

Col·legi de Notaris de Catalunya

PREMI PUIG SALELLAS
Edició 2010

ARTICLES SELECCIONATS

JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO

Col·lecció
PREMI PUIG SALELLAS
2010

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES
2011

Sumari

	Pág.
JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO I LA SEVA OBRA, PEL SR. JUAN JOSÉ LÓPEZ BURNIOL	9
PARAULES DEL SR. JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO	17
«SENY NATURAL», «EQUITAT» Y «BONA RAHÓ» EN LA TRADICIÓN DEL DERECHO DE CATALUÑA	19
PIGNUS TABERNAE	23
I. ¿CUÁL ES LA EXPLICACIÓN DOGMÁTICA DE ESTE DICTAMEN?	27
A) Concepción de la «universitas»	27
B) La subrogación real	42
C) Hipoteca de cosas futuras	52
II. EL PROBLEMA TELEOLÓGICO DE LA PRELACIÓN	63
A) La <i>floating charge</i> : su extensión a las mercancías	66
B) La prenda flotante sobre mercaderías y materias primas en general, pertenecientes a un establecimiento comercial o industrial	67
CONCLUSIONES	73
LAS COMPRAS CON PACTO DE SOBREVIVENCIA EN DERECHO CATALÁN	75
I. ADMISIBILIDAD DEL PACTO EN TÉRMINOS GENERALES O BIEN RESTRINGIDO A LAS COMPRAS REALIZADAS POR ESPOSOS	77
II. LA CONFIGURACIÓN DE LA ADQUISICIÓN DEL SOBREVIVIENTE DIRECTAMENTE DERIVADA DEL VENDEDOR	83
III. LA RELACIÓN INTERNA ENTRE LOS COMPRADORES Y SU REPERCUSIÓN EN LAS LEGÍTIMAS DE LOS DERECHOHABIENTES DEL PREMORIENTE, LA RESERVA VIDUAL Y EN LA PROHIBICIÓN DE LA LEY «HAC EDICTALI»	88
IV. EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD EN VIDA DE AMBOS CÓNYUGES	92
A) Revocabilidad y renunciabilidad del pacto	93
B) El ejercicio de la acción « <i>communi dividundo</i> »	94

	Pág.
C) Enajenación de la cosa y de los derechos actuales y eventuales de los compradores.....	95
V. LA CONMORIENCIA DE LOS COMPRADORES	96
PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LAS CAUTELAS TESTAMENTARIAS DE OPCIÓN COMPENSATORIA DE LA LEGÍTIMA.....	99
I.	99
II.	104
III.	110
IV.	111
V.	119
A) Objeciones a su validez.....	119
a) Objeciones de carácter general	119
b) Objeciones alegadas para los supuestos en que la cautela está formulada como una sanción o imposición de pena, que priva del exceso sobre la legítima atribuido testamentariamente al legitimario que no acepte un gravamen sobre su legítima	126
B) Argumentos esgrimidos a favor de su validez.....	131
C) Cuestiones que suscita la aplicación de estas causas al tercio de mejora.....	132
VI.	136
A) La cautela de opción compensatoria de la legítima en el Derecho positivo y en la jurisprudencia española	136
VII.	138
A) Atribución al legitimario de un mayor «quantum» del legalmente debido al mismo	139
B) Expresa imposición del gravamen, incluso sobre la legítima...	142
C) Expresa imposición por el testador de la absoluta incompatibilidad de reclamar la legítima y recibir además lo atribuido ultra legítima.....	143
D) Aceptación por el legitimario de la atribución testamentaria con su gravamen, es decir, con la limitación de su «quale» legitimario	148
LA ACTIO AD SUPPLENDAM LEGITIMAM.....	159

Juan B. Vallet de Goytisolo i la seva obra

A mi em va passar el mateix que tinc per segur que li ha succeït a gairebé tothom: vaig conèixer Juan B. Vallet abans per la seva obra que personalment. Per la meva generació, la que estudià la carrera de Dret als anys 60 i oposità als 70, Vallet era una cita obligada, contínua i prestigiosa. La seva aportació, especialment al Dret de Successions, era reconeguda públicament com decisiva. Tant ho era, que —de fet— moltes vegades l'estudiàvem no directament en els seus innumerables articles, monografies i llibres, sinó a través dels resums i cites prodigats als cursos y manuals de l'època, com el Castán, el Lacruz i el Puig Brutau. Vallet tenia, doncs, un prestigi i una autoritat científica reconeguts abastament i sense discussió.

Passaren anys fins que no el vaig conèixer personalment. Fou a finals dels anys 80, en un dinar organitzat no recordo per quina raó pel llavors degà de Madrid —Roberto Blanquer— amb tres o quatre convidats més, tots notaris de Madrid tan sols una mica més joves que Vallet. Vallet em va sorprendre. M'esperava la típica «*patum*» jurídica, una mica engolada i llepafils, tan freqüent en les cúpules de totes les professions jurídiques, i em vaig trobar amb un home amb una forta presència física, que menjava i bevia amb abundor i notòria satisfacció, que xerrava pels descosits dient coses interessants, explicava acudits intel·ligents i reia. Sobretot, reia. En tornar a Barcelona li vaig comentar a algun amic —tal vegada Puig Salellas o Follia— que «*en Vallet és com un carlí*». Uns anys després vaig tornar a coincidir amb Vallet en uns cursos organitzats per la «Fundació Roca Sastre» a la Universitat de Cervera. Se li notaven una mica els anys, però era el mateix. Encara va despatxar amb fruïció unes viandes no pas suaus de la cuina de La Segarra, que no és precisament lleugera. En resum, Vallet ha estat un home ple de força i vitalitat. Tan sols així s'explica l'extensió i rigor de la seva obra, que és plural i abrumadora.

Juan B. Vallet de Goytisolo nasqué a Barcelona el 21 de febrer de 1917. El seu avi patern —Francesc Vallet i Piquer— descendia del Sarral (Tarragona), on es detecta el cognom Vallet des de l'Edat Mitja. El seu avi matern —Antonio Goytisolo Digat— havia nascut a Cienfuegos (Cuba), fill d'un emigrant —Agustín Goytisolo Lizarzaburu—, nascut a Lequeitio

i que va arribar a fer una gran fortuna. Vallet és, per tant, cosí dels escriptors germans Goytisolo —José Agustín, Juan y Luis—. Recordo que Juan explica a les seves memòries que quan —l'any 1956— el seu germa Luis, llavors militant comunista —i avui acadèmic—, fou detingut, acudiren a la intercessió de Juan B. Vallet, qui —una personalitat ja al Madrid de l'època— aconseguí el seu alliberament immediat. El pare de Vallet —Josep Maria Vallet i Arnau— fou un dels pioners a Espanya de la indústria de l'automòvil. Fundà les societats «Vallet Elizalde» i «Vallet Fiol», que van ser les matrius de altres dues companyies «Elizalde» i «Hispano Sui-za», la darrera de les quals va acabar absorbida per «Enasa», és a dir, la fàbrica dels «Pegaso». Casat amb Maria Goytisolo Taltavull, morí molt jove —als 38 anys—, quan Juan B. Vallet en tenia 8 i era el més gran de vuit germans.

Vallet estudià des dels 6 anys al Col·legi Bonanova, dels Germans de la Doctrina Cristiana, on cursà l'ensenyament primari i el batxillerat. L'any 1933 aprovà l'examen d'ingrés a la Universitat Autònoma de Barcelona, on va ser deixeble del catedràtic de Dret Civil José Alguer, un bon mestre, traductor i anotador —amb Blas Pérez Gonzáles— del tractat alemany de Ennecerus, Kipp i Wolff, editat per Bosch. Per altra banda, durant la seva juvenesa es distingí molt en la pràctica d'esports: va ser campió de Catalunya de hockey sobre herba i practicà l'atletisme en les especialitats de salt i decathlon. La guerra civil interrompé el seus estudis en acabar el tercer curs. El maig de 1937 pogué creuar la frontera amb França i arribà a Sant Sebastià. S'enrolà a la Tercera Brigada de Navarra i acabà la guerra amb el grau d'alferes provisional. El setembre de 1939 va concloure la carrera i es posà a preparar oposicions a notaries, sota la orientació de Ramon-Maria Roca Sastre, juntament amb Jorge Roura, Luis-Fernando de Alós, Luis de Molina y Lorenzo García-Tornel. Ingressà a les oposicions de 1942, per Torroella de Montgrí. L'any 1944 es traslladà a Malgrat, on va conèixer a la que seria la seva dona —Teresa Regí i Ribas—, amb la que ha tingut set fills. L'any 1945 passà a servir la notaria d'Arucas, a les Illes Canàries, i el 1947 una de les de Logroño, guanyada per oposicions entre notaris. I, per fi, l'any 1949 guanyà —en oposicions lliures— una notaria de Madrid, que va servir fins a la seva jubilació, el primer d'abril de 1987. Des de 1963 és acadèmic de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia i, des de 1986, de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. És també acadèmic corresponent de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya i membre de l'Institut d'Estudis Catalans. I, per últim, ha estat president efectiu —i ho és honorari— de la Unión Internacional del Notariado Latino.

En aquesta esquemàtica trajectòria s'insereix una obra jurídica de primera magnitud, ingent i d'alta qualitat, que començà molt aviat, tot just servint les seves primeres notaries. L'any 1944, un any i mesos després del seu ingrés, publica a la *Revista de Derecho Privado* un article titulat «La compraventa por mitades indivisas y con pacto de sobrevivencia. Su naturaleza jurídica y su eficacia en el Derecho común y en el foral catalán». I, encara no un any més tard, publicà a *La Notaria* —la revista d'aquest

Col·legi— un treball de títol llarguíssim: «Dos casos prácticos.— I. Pago de legítimas, habiendo prelegados y legados con carga. II. La cláusula o pacto de supervivencia en compraventas por cónyuges de predios en común y proindiviso, en relación con la Ley Hac Edictali, y con la edificación de solar común por uno solo de los consortes». N'hi ha prou amb aquestes dues publicacions per detectar una constant en tota l'obra jurídica de Juan B. Vallet. És l'obra d'un gran jurista, de sòlida formació romanística i depurat per l'estudi dels clàssics catalans i castellans, però és també l'obra d'un notari —que és el que va ser tota la vida—, és a dir, d'un professional que treballa en contacte directe amb la realitat i ha de resoldre els problemes als seus clients. És evident, per tant, que els treballs de Vallet són inicialment, en bona mida, la resposta a casos pràctics que se li plantejaven a la seva notaria. I és per aquesta raó per la que les opinions de Vallet —hi estiguis o no d'acord— mai t'ofeguen amb una dogmàtica encarcerada, sinó que sempre busquen esclatxes de llibertat per les que poder donar sortida als interessos en joc.

Publicà dos treballs més a *La Notaria* i, el 1946, ho féu, per primera vegada, a la *Revista General de Derecho*; el 1947, a la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*; i, el 1949, a l'*Anuario de Derecho Civil*. L'any 1951 aparegué el seu primer llibre —*Hipoteca del Derecho Arrendaticio*—, que està dedicat «A mis maestros de Derecho civil en la Universidad de Barcelona, Don José Alguer Micó y Don Blas Pérez González», i que és també la resposta a una necessitat detectada al seu despatx, com ho reconeix en dir, a la introducció, que «*El problema se planteó en mi despacho. Tajante y concreto, desde el lado opuesto de mi mesa*». El 1955 aparegué una obra capital en la seva producció: *Apuntes de Derecho Sucesorio*, que havien sortit abans per capítols a l'*Anuario de Derecho Civil*. Aquest treball, juntament amb els que porten per títol «El artículo 811 como norma a interpretar» i «El artículo 811 como norma a integrar» (1957-1960), marcaren un abans i un després en els estudis de Dret de Successions, com ho prova el fet que el professor José-Luis Lacruz Berdejo encapçalés el seu curs de Dret de Successions —juntament amb el professor Francisco Sancho-Rebullida— amb aquestes paraules: «*Dedicamos este libro a Juan B. Vallet de Goytisolo, en reconocimiento a su contribución impar al derecho sucesorio español y en testimonio de amistad*». Aquests treballs constituïren la base sobre la que Vallet bastí les seves posteriors obres de síntesi més conegudes. La primera fou el *Panorama del Derecho civil*, de 1963, i la més extensa el *Panorama del Derecho de sucesiones*, de 1982 i 1984, en dos volums que fan en conjunt, més de 2.000 pàgines. En total, ha publicat trenta llibres i uns dos-cents treballs jurídics, recollits parcialment en una sèrie de «Estudios» sobre fonts del dret i mètode jurídic, Dret de coses, donacions, Dret successori, obligacions, contractes, empreses i societats, i garanties reals. I, per tancar aquest apartat, s'ha de fer esment del seu llibre *Metodología jurídica*, de 1988.

Aviat va sortir també de l'àmbit estrictament jurídic, per entrar en el de la filosofia del Dret i en el de la ciència política. Utilitzant terminologia d'Eugeni d'Ors, es podria dir que va passar molt aviat de l'anècdota a la

categoria, demostrant l'encert de Gregorio Marañón quan deia que «*el médico que sólo sabe medicina, ni medicina sabe*». *Glosas a la Pacem in Terris* (1963), *La antítesis inflación-justicia* (1960), *La crisis del Derecho* (1962), *Derecho y sociedad de masas* (1967) y *De la propiedad al capitalismo anónimo y a la propuesta de reforma de la empresa* (1968) són unes primeres manifestacions de l'ampli ventall de les seves inquietuds. S'ha de destacar, en aquest camp, el llibre *Montesquieu: Leyes, gobierno y poderes* (1986). En total, ha publicat més de cent treballs sobre filosofia jurídica i temes polítics i socials, molts d'ells a la revista *Verbo*, que juntament amb l'«Editorial Speiro» són dues iniciatives que deuen molt a Vallet —segurament també en termes de mecenatge—, ja que són fruit de la seva íntima col·laboració amb Eugenio Vegas Latapié, lletrat del Consell d'Estat i ideòleg d'«Acción Española»...

Fet aquest precipitat recorregut per l'obra de Vallet, toca ara assajar una aproximació —breu i modesta— al pensament que batega darrera una producció tan extensa com variada. I permetin-me que ho faci entorn a tres idees: 1. Vallet és un iusnaturalista. 2. Vallet és un jurista format en el si de l'escola jurídica catalana. 3. Vallet s'insereix en la millor tradició conservadora europea.

Vallet és un iusnaturalista que s'integra en l'escola clàssica aristotèlica i tomista, que «*parte de la idea del orden natural del que debe extraerse lo justo, es decir, el lugar adecuado de cada cosa en una armonía general, y no significa un conjunto de reglas sino más bien un método realista*». Quin lloc ocupa l'ordenament jurídic positiu en aquesta concepció? Per Vallet «*el ordenamiento positivo queda inmerso en el Derecho natural, que le opone los diques del desuso, la costumbre en contrario, la ineficacia de la ley injusta y el temperamento de la equidad o de la epiqueya que adecua la norma general al caso concreto*». No he trobat la posició de Vallet sobre la «desobediència civil», que a ben segur ha de ser suggestiva. Recorda Vallet que Montesquieu va escriure a *L'esprit de les lleis* aquesta memorable afirmació: «*Decir que nada hay justo o injusto sino lo que ordenan o prohíben las leyes positivas, equivale a decir que antes de trazarse el círculo no eran iguales todos los radios*». Des d'aquesta perspectiva iusnaturalista, la justícia és —per Vallet— l'expressió de l'ordre inscrit per Déu en la natura, el que significa que «*la imposición de un orden artificial, coercitivo y contrario (a este orden) es la negación del Derecho*». Ara bé, com es reconeix aquest ordre natural? Per Vallet és necessari —en primer lloc— aprofundir en el coneixement de cada cas concret, en totes les seves circumstàncies, ja que no existeix la justícia absoluta, sinó tan sols la justícia del cas concret. Així, ens diu: «*La justicia debe hallarse en cada caso, sin olvidar lo universal, pero teniendo en cuenta todas las circunstancias particulares y examinando la relación en todos los ángulos, aspectos, perspectivas, relaciones y consecuencias reales, sean particulares o generales*». I —en segon terme— s'ha de tenir molt present, segons Vallet, que la idea de justícia està molt lligada a la de bé comú. «*El concepto de bien común —ens diu—, al ser decisivo para determinar lo que es justicia general, o legal o social, en su genuino significado, ha de serlo también para la correcta delimitación*

del ámbito de la justicia conmutativa». Ara bé, immediatament afegeix que «*ese bien común, única pauta de la justicia general o social, no es el bien de la mayoría. No es lo que se ha llamado interés nacional. No es la satisfacción de las masas. Es el bien de todo el pueblo, visto transtemporalmente, en la sucesión de sus generaciones*». El que comporta que no es pugui fer taula rasa del passat, que es tingui de valorar la tradició, que s'hagin de ponderar els precedents i que es degui tenir present el costum. Resumint: l'actitud de Vallet —informada per un realisme que esbrina a fons cada supòsit de fet, i per la recerca de la justícia del cas concret— és molt semblant a la del juristes clàssics romans i, àdhuc, a la dels juristes anglosaxons. I, per altra banda, en aquest nucli dur del seu pensament s'insereix l'arrel més profunda del conservadorisme de Vallet, al que faré referència aviat.

Vallet és un jurista format en el si de l'escola jurídica catalana. Català de soca i arrel, alumne de la Universitat Autònoma de Barcelona, deixeble de José Alguer i de Ramon-Maria Roca Sastre, i estrenat com notari en dos pobles de la Catalunya vella, no podia ser d'altra manera. I quins són els trets característics de l'escola jurídica catalana? Bàsicament, la prevalença del principi de llibertat civil. En efecte, l'esperit més profund del Dret català no es troba en aquesta o en aquella institució aïllada, ni en la successió contractual ni en la separació de béns, ni en els fideïcomisos ni en la legítima curta, ni en la plena autonomia de la dona ni en l'engany de mitges. L'essència del Dret català rau en la llibertat civil que l'ordenament jurídic ha reconegut des de sempre als catalans i catalanes per autogestionar els seus negocis i autoregular els seus interessos. Una llibertat civil que ha fet possible la preservació mateixa del Dret català, àdhuc en aquelles llargues èpoques en què s'ha vist privat —per raons polítiques— de les seves pròpies fonts normatives creadores, en donar-li aquesta mateixa llibertat una extraordinària capacitat d'adaptació a les noves circumstàncies. Raó per la que es podria parlar de la força creadora de la llibertat. Un filòsof —Rafael Gamba— ens explica —tal vegada millor que ho faria un jurista— aquesta característica substancial del pensament de Vallet: «*Por debajo de la concepción positivista del Derecho vigente en la Europa post-revolucionaria descubre Vallet los verdaderos cimientos del Derecho en el suelo cultural histórico de la Cristiandad. Un Derecho cuyas raíces más profundas son sobrenaturales y se expresan en un orden natural asequible a la razón. Raíces que se decantan históricamente en la libertad civil del individuo y de la familia, así como en la costumbre de cada pueblo como preformadoras del derecho escrito. (...) Vallet descubre esta doctrina en los islotes todavía vivos de nuestro Derecho Foral, y busca inspiración en la escuela jurídica catalano-aragonesa —Prat de la Riba, Costa, Duran i Bas, Torras i Bages—, así como en foralistas navarros*». En paraules del mateix Vallet: «*La libertad testamentaria, como padre de familia; la libertad de contratar, como poseedores todos de igual capacidad jurídica; la propiedad territorial plena o semiplena, como condición de poder y de independencia: con ellas se ponían en perfecta consonancia los derechos civiles con los derechos como ciudadanos*». Fa anys, quan estudiava alguns dels treballs

de Vallet, vaig arribar a dues conclusions: Primera, que l'actitud de Vallet davant de qualsevol problema era sempre la mateixa: ampliar l'àmbit de la llibertat individual forçant al màxim la interpretació de la llei, però sense infringir-la; (així —per exemple— la idea essencial de la tesis de Vallet sobre l'article 811 del Codi civil és que el reservista pot escollir i distribuir entre els reservataris, cosa que la doctrina anterior negava, ja que entenia que la llei imposava una distribució igualitària entre tots els reservataris). Segona, que l'evolució de les institucions jurídiques i, en certa mida, la mateixa història del Dret privat consisteix en la història de l'erosió de les normes imperatives. En resum, la llibertat civil —columna vertebral de la tradició jurídica catalana— vertebrà per sempre la vida i obra de Juan B. Vallet.

El pensament de Vallet s'insereix en la millor tradició conservadora europea. L'aprofundiment en les arrels del Dret porta a Vallet —segons Rafael Gamba— al terreny de la política, i, en ell, als dos grans principis de l'ordre institucional tradicional cristià: l'organització social per cossos intermedis i el principi de subsidiarietat. En aquesta línia de pensament, Vallet dóna una importància especial al concepte d'arrelament, que considera un concepte capital del tradicionalisme polític. Una cita de Simone Weil que fa Vallet ho explica millor que mil paraules: «*El arraigo es tal vez la más importante y la más desconocida necesidad del alma humana. Y de las más difíciles de definir. El ser humano tiene una participación real, activa y natural en la existencia de una colectividad que conserva vivos determinados tesoros del pasado y presentimientos del porvenir. Participación natural, es decir, producida automáticamente por el lugar, el nacimiento, la profesión, el contorno. Cada ser humano tiene necesidad de múltiples raíces. Necesita así recibir la casi totalidad de su vida moral, intelectual, espiritual, por mediación de los ambientes de que naturalmente forma parte*». El conservadorisme de Vallet és nodreix, doncs, d'aquesta percepció viva i operativa del passat i d'aquest pressentiment també decisiu del futur. Res més lluny del pensament de Vallet que el conservadorisme «celtibèric» de curta volada i flatulent, que s'esgota en la defensa tancada d'una determinada posició de privilegi. Al contrari, el conservadorisme obert i valent de Vallet implica que el progrés —l'ampliació de l'àmbit de llibertat de la que fa un moment parlàvem— no es pot fer realitat sobre la destrucció absoluta del passat, sinó —molt al contrari— sobre les bases que aquest passat ens proporciona. Som persones perquè tenim memòria i som pobles perquè tenim història. També és cert que podem viure perquè oblidem, però aquest oblit ha de ser selectiu, ha de desgranar el que val i el que és inútil en cada cas. El conservadorisme de Vallet s'acosta molt, en aquesta línia, a la millor tradició conservadora anglosaxona que arranca d'Edmund Burke i culmina amb Jorge Santayana, passant per Disraeli i Newman, Adams, Babbit i More. Una tradició que es defineix per la convicció que els problemes polítics són, en el fons, problemes morals; que la realitat rebutja la uniformitat; que la societat reconeix, valora i necessita l'autoritat; que propietat i llibertat són interdependents; que el costum té un valor; i que és preferible la reforma del que hi ha al canvi que arrasa

tot el preexistent. «Tesis, antítesis i síntesis» és la tríade amb que Hegel compassà el curs de la història humana. Ara bé, en l'àmbit de la política, no s'arriba mai a una síntesi si els conservadors no sacrifiquen moltes coses accessòries per preservar la principal, i els progressistes o lliberals no sacrifiquen aspectes secundaris del seu projecte per fer realitat l'essencial. A aquesta visió responen unes paraules de Gonzague de Reynold, que Vallet fa seves: «*El espíritu del porvenir depende del pretérito (...), no es posible adquirir impulso hacia el futuro sin tomar el pasado como apoyo. No hay civilización sin conservación; redescubrir para crear*».

Aquest breu repàs de l'obra de Vallet seria incomplet si no es fes referència directa a la seva reflexió sobre Catalunya, dispersa en molts treballs. La va recollir en un llibre editat en castellà el 1989, sota el títol *Reflexiones sobre Cataluña*, i reeditat en català el 2007 sota el mateix títol. La tesis que batega en totes les a prop de 300 pàgines de l'obra és que l'entramat d'un poble, és a dir, la manera de relligar horitzontalment els seus homes i dones i les seves comunitats humanes —de menor a major—, i la manera de relligar verticalment les successives generacions, amb continuïtat històrica, ve determinada en bona mida per la tradició; una tradició secular en la que es manifesta la solidaritat interna del poble i que és prova fefaent de la seva voluntat de projectar-se al futur. Les senyals d'identitat —la llengua i el Dret— serien, doncs, els factors operatius d'aquesta relligació. Per aquesta raó Valler alerta, amb un cert dramatisme, contra els excessos d'una voluntat de constructivisme social que —emparada en majories parlamentàries conjunturals— pot arribar a destruir alguns aspectes de la tradició jurídica catalana, expressada en lleis i costums, que són substancials al ser del poble català. Però s'ha de entendre que això no ho diu en defensa d'una determinada estructura de poder cristal·litzada, sinó per preservar en temps difícils el principi de llibertat civil. És significatiu, en aquest sentit, que Ramon Trias Fargas escrivís aquestes paraules: «*Catalunya ha sobreviscut perquè ha unit la seva causa a la causa eterna de la llibertat. I perquè hem sabut defensar la llibertat i identificar-nos amb ella, encara existim i formem part, modestament però dignament, del concert de les nacions*».

He d'anar acabant. I ho faig d'una manera que a Vallet —defensor del Dret públic cristià i, per tant, partidari de la teoria del cossos entremitjos— no li seria estranya. Acabo, doncs, remarcant la seva triple condició de extraordinari jurista i pensador català, espanyol i europeu. Català perquè ho és per la seva naixença i formació fins al moll de l'os, de forma que la seva actitud enfront de la vida i de les grans qüestions que la vida en societat planteja han estat sempre marcades per les seves arrels culturals catalanes. Espanyol perquè sempre ha considerat com cosa pròpia, valorada i estimada, l'àmbit hispànic, en veure'l com el seu primer espai de projecció i interrelació preferents. I europeu perquè europees son les coordenades bàsiques del seu pensament. Segur que Vallet està d'acord amb Paul Valéry, quan diu que la cultura europea es fonamenta en la filosofia grega, el dret romà i la teologia cristiana. I segur també que coincideix amb aquestes paraules de Xavier Zubiri: «*La metafísica griega, el Derecho*

romano y la religión de Israel (dejando de lado su origen y destino divinos) son los tres productos más gigantescos del espíritu humano».

Juan B. Vallet de Goytisoló ha estat fidel a aquestes arrels, excel·lint en el conreu de parcel·la de la realitat que li va tocar en sort. Aquesta és la raó profunda del premi Puig Salellas que avui se li atorga. I, arribats a aquest punt, tanco la meva intervenció amb una anècdota. A mitjans del anys 80, poc després que Vallet hagués publicat el primer volum del seu *Panorama del Derecho de sucesiones*, jo li vaig dir un dia a Josep-Maria Puig Salellas, amb una certa malícia: «*Escolta Josep-Maria, al parlar de no sé quin tema, en Vallet no et cita*». Llavors en Puig em mirà i digué, amb evident sornegueria: «*És que en Vallet no m'estima gaire*». Segurament es referia a alguna puntual diferència ideològica i política que els distanciava sense més transcendència. Però el destí ha volgut que, avui, els seus dos noms quedin lligats per sempre amb aquest premi. És una coincidència esplèndida, que diu molt a favor d'aquest país i de com aquest país els va fer a l'un i l'altre. Separats, potser, en algun punt accessori, però coincidents en la defensa de l'essencial: la causa eterna de la llibertat.

Seria una joia que Vallet estès ara entre nosaltres. No ha pogut ser. Però, per això mateix, li demanem al seu fill que li digui que no és que el recordem, és que el tenim present; que hem après d'ell moltes coses i, sobretot, com s'han de mirar les coses; que li estem molt agraïts; i que l'estimen en tot el que val i tot el que ha fet.

Moltes gràcies.

Juan-José LÓPEZ BURNIOL
Barcelona, desembre de 2010

Paraules del Sr. Juan B. Vallet de Goytisoló llegides pel seu fill, Sr. Juan Vallet Regí

Sra. Consejera, Sra. Presidenta del Tribunal Superior de Justicia, Sr. Decano de este Ilustre Colegio Notarial, miembros de la Junta Directiva, estimados amigos todos que habéis acudido a compartir este grato acto.

Mi padre, Juan B. Vallet de Goytisoló, lamentablemente no ha podido acudir personalmente, como hubiera deseado, a recibir y agradecer este premio que le ha otorgado la Junta Directiva de este Ilustre Colegio Notarial. Sus noventa y tres años de edad no le permiten realizar demasiados esfuerzos y por ello me ha pedido que acuda yo en su nombre y lea, como ahora haré, unas breves líneas de agradecimiento que ha redactado a tal efecto.

Éstas son sus palabras:

«Muy agradecido por este reconocimiento tan generosamente otorgado, por haber tenido el honor de ingresar en el notariado por el Colegio de la Ciudad de la que soy hijo, Barcelona.

Mi toma de posesión la completé en Torroella de Montgrí. Con un cielo luminoso y la visión en el fondo, al noroeste, del Canigó, azul o rosado, según le iluminara el sol. Era y es la tierra de las sardanas, el pueblo del compositor Bou que entonces ya había compuesto “El Saltiró de la Cardina” y “Mar de Xaloc”, entre otras. Esa Torroella de Montgrí que, a su levante, mostraba las Islas Medas en una mar radiante.

A tal paisaje, claro y alegre, correspondían sus hombres, los ampurdaneses, entre los que hay que recordar al Notario Puig Salellas, que da nombre a este premio que tan gratamente recibo.

No obstante esta estancia mía en Torroella no duró. Mi compañero de preparación, Lorenzo García Tornel, al notificarme su marcha de Malgrat a San Celoni, me indicó que en Malgrat había dejado un chalet libre a muy buen precio, lo cual me facilitaría hallarme más cerca de mis hermanas, que vivían en Barcelona.

Pero resultó que allí encontré al amor de toda mi vida con la que marché hacia las Islas Canarias, extendiéndose por poniente la nidada Vallet-Regí, aquí representada por uno de mis hijos».

Éstas son, pues, las palabras con las que un Notario que ahora afronta la última etapa de su prolífica vida, su vejez, en la que los recuerdos y vivencias personales ganan fuerza y se apoderan de su ser, agradece el reconocimiento que le otorga esta Ilustre y para él muy querida institución, agradecimiento que yo, con orgullo de hijo, os traslado.

Muchas gracias.

Juan VALLET REGÍ
Diciembre de 2010

Pignus tabernae *

1. La ley «*Cum tabernam*», 34 del título I, Libro XX del *Digesto*, recoge un texto de SCAEVOLA (Libro XXVII de su *Digesto*) que en su proemio dice así:

«Habiendo el deudor dado en prenda al acreedor una tienda (*Quj tabernam debitor creditori pignori dedit*), se preguntó: “¿No habrá realizado nada con este acto, o bajo la denominación de tienda (*tabernae*) se considera que obligó las mercancías que había en ella, y si con el tiempo hubiere vendido aquellas mercancías y comprado otras, y las hubiere introducido en la tienda, y hubiere fallecido podrá el acreedor reclamar con la acción hipotecaria todas las cosas que allí se encuentran, habiéndose cambiado las especies de mercancías, y llevado otras cosas?”. Respondió: “Se considera que están obligadas en prenda las cosas que se hallaran en la tienda al tiempo de la muerte del deudor” (*ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur*)».

En estas escasas líneas, de cuyas derivaciones vamos a ocuparnos, se halla el germen de muy debatidos problemas dogmáticos y el antecedente de más de una institución considerada como un avance de la técnica jurídica moderna.

Laten en él las cuestiones de la *universitas facti*, del juego de la subrogación real, de la prenda e hipoteca de cosa futura; y asoman instituciones como la prenda sin desplazamiento de mercaderías y materias primas, la prenda y la hipoteca flotante y la hipoteca de establecimiento mercantil, en cuanto a la posibilidad o conveniencia de su extensión a las mercancías.

La estructura técnico-jurídica de estas instituciones, en gran parte depende precisamente de la solución que se adopte en las cuestiones teóricas antes enunciadas.

* Este trabajo, desarrollo y ampliación de una conferencia que el que suscribe pronunció en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia en Madrid el 20 de mayo de 1953, fue publicado en *Anuario del Derecho Civil*, VI-IV (octubre-diciembre 1953), pp. 783 a 838, y en el libro *Estudios sobre Garantías Reales* (Editorial Montecorvo, S. A.) (1973), pp. 324 a 377.

En cambio, queda al margen del texto el examen general de la prenda e hipoteca de empresa o de establecimiento mercantil.

- a) En sentido lato *taberna* en latín significa todo edificio útil para ser habitado. ULPIANO lo dice así en un pasaje recogido en el frag. 183 del título «De verborum significatione» del *Digesto*. También, en uno de sus versos, lo utiliza HORACIO en este sentido, según cita de nuestro jurista clásico PARLADORIO¹. Pero, en la terminología jurídica, el uso impuso la utilización del término *taberna*, como casa o apartamento en el que por razón de negocio se exponen y venden mercancías. Dice PARLADORIO², «domo in qua merces negotiationis causa exponuntur ut vendetta..., vulgo *tienda* appellatur». En este sentido ULPIANO, en el frag. 185 del tit. ant. cit., nos dice que está provista («instructam») la *taberna* que consta de cosas y de hombres dispuestos para una negociación.
- b) Mas, en el término *taberna* se comprendían sus instrumentos, así como las mercancías³, pero no, en cambio, los esclavos encargados de ella. En este sentido PAULO, en la ley «*Tabernae cauponae*» (*Dig. XXX-VII, § 13*), distinguía entre *taberna* y *cauponam*. Nuestro PARLADORIO⁴ sintetizó así la distinción: La denominación *taberna* comprende lo que está dentro de la misma. La denominación *caupona* (mesón o bodegón) comprende no sólo lo que hay dentro, sino también lo que fuera tiene. Es decir, *taberna* es nombre de lugar (*loci nomen est* y *caupona* de negocio *negotiationis*⁵). Con ello, nos alejamos de la hipoteca y la prenda de establecimiento mercantil. En contenido del *pignus tabernae* examinado por SCAEVOLA es más restringido que el contemplado por el cardenal DE LUCA⁶, cuando señaló que la hipoteca se extiende tanto «in instrumentis ipsius tabernae» como, a aquel Derecho *intellectuali*, «quod vulgo aviammentum dicitur». En cuya acepción «universitates mercimonium reputetur bona fructifera», cualidad apreciable en los contratos de arrendamiento.

¹ J. YÁNEZ PARLADORIO, *Opera Iuridica, Quotidianorum Differentiarum* (Coloniae Allobrogum 1761), Diff. CXXXIII, núm. 2, p. 372.

² PARLADORIO, *Diff. Cit.*, núm. 3.º, p. cit.

³ Así se deduce del proemio de un texto de POMPONIO, recogido en el *Digesto* (XXXIII-VII, 15), que ante un legado dispuesto en estos términos «*quae tabernarum exercendarum, instrumentarum pistrini cauponae causa facta partaque sunt, do lego*», resolvió que también se entienden legadas «*mercesque, auae in his taernis essent*». Tal es la opinión de GOTHOFREDO (glosa a la palabra «*nihil*», que luego será citada), que afirmó: «*quae si ita (la taberna) pignorata esset, nullum dubium foret merces tabernae quoque pignoratas, arg. 1. 7, 1. 13, 15, 1. 23 in inf. de instructo*» (*Dig. XXXIII-VII*).

⁴ PARLADORIO, *loc. cit.*, núm. 4.

⁵ La respuesta de PAPIANO (lib. VII *Responsorum*) contenida en el fragmento «*Pater filio tabernam purpurariam*» (*Dig. XXXII, único, 91, § 2.º*) no aclara realmente el concepto de la *tabernae purpurariae*, sino tan sólo el contenido del legado dispuesto de «una tienda de púrpuras, con los esclavos encargados de ella y con las púrpuras que en ella hubiese el día de su muerte», contestándose como interpretación de esta disposición «que no se comprendían en el legado ni el importe de la púrpura recogido, ni los débitos, ni los atrasos».

⁶ J. BAUTISTA DE LUCA, *Thyeatrum veritatis et Iustitiae* (Venetiis, 1716), lib. VIII, disc. XXXV, núm. 17, p. 65.

- c) La ley *Cum tabernam* también se aparta de la hipoteca inmobiliaria: el lugar, la casa, el apartamento no se entienden hipotecados. La aplicación ya la dio la glosa de ACCURSIO⁷: «Quop videbatur quia erat in publico, vel conducta erat a publico». BARTOLO⁸ recogió esta explicación, que apoyó en la ley «Qui tabernas» (*Dig. XVIII-I, 32*). ÚLPIANO, al glosarla, nos dice que quien vende tiendas que están en suelo público no vende el suelo, sino el Derecho, porque son públicas estas tiendas, cuyo uso pertenece a los particulares. A través de GOTHOFREDO⁹ se continúa transmitiendo esta explicación, que hace unos cincuenta años vuelve a repetir el maestro italiano SCIALOJA¹⁰. Los mercados solían explotarse por concesión, como aún hoy, pues se hallaban en lugar público. El contexto de la ley *Cum tabernam* nos demuestra que nos encontramos ante un supuesto de esta especie.
- d) Igualmente resulta de la misma ley que no se comprendían en la pignoración cuestionada el Derecho arrendaticio, ni el *instrumentum tabernae*¹¹, pese al texto de PAULO antes citado (es que en el caso de la ley «Cum tabernam» el *instrumentum tabernae* estaba adscrito a aquel lugar público?). Lo cierto es que la ley «Cum tabernam» plantea esta alternativa: «¿no habrá realizado nada con este acto?» (*utrum eo facto nihil agerit*) «¿o bajo la denominación tienda (*tabernae apellatione*) se consideró que obligó las mercancías que en ella había?». Conforme entendió BARTOLO, en el sentido de la ley: «Apellatione taberna venit, universitas mercantiae, quae ibi exercetur». Tratábase, pues solamente, de la pignoración o hipoteca de las mercancías contenidas en una tienda o en un almacén.
- e) En la ley *Cum tabernam* se plantea la pignoración de las mercancías de una tienda *sin desplazamiento de su posesión*. Claramente resulta así de su texto: Es el deudor de quien se presupone que con el tiempo hubiese vendido aquellas mercancías que había en la tienda al constituirse la prenda, y comprado e introducido en la tienda otras. También las expresiones *obligasse videatur* y *pignori obligata esse videntur*¹² referidas a las mercancías, corresponden

⁷ ACCURSIO, *Digestum vetus seu Pandectarum Iuris Civiles cum Notis integris acursii* (edición con otras glosas y los comentarios Antonii Persia, Venteéis, 1575), ad lib. XX, tít. I, lex XXXIV, vol. I, p. 1300, gl. (1) a las palabras «Nihil egerit».

⁸ B. DE SASOFERRATO, *Adnotationibus integris in secundam Digesti Veteris Partem* (edición, con otras adiciones, Lugduni, 1631), ad lib. X, tít. I, lex XXXIV, «Cum tabernam», fol. 133.

⁹ D. GOTHOFREDO, *Corpus Iuris Civiles Romani, cum notis Dionyssi Gotylfredi* (editio nova —con otras adiciones— Coloniae-Munantinae, 1781), glosa a la palabra «nihil», núm. 48, t. I, p. 399 de la ley *Cum tabernam*: «Cur nihilk egisse Viteri possit? An quia taberna, de qua yhic agitar, aut in solo publico posita est: aut de publico conducta: ut eius generis tabernam pignori obligari non possis magis quam res ipsas, quae vere publicae sunt...».

¹⁰ V. SCIALOJA, «Sulla locazioni dl'essercizio di un fondaco e sulla l'roprieta delle merci in esso esistenti (nota alla sentenza 24 nov. 1892, Cass. Roma)», publicada en *Foro italiano*, 1883, I, col. 705, y en *Studi Giuridici*, vol. III, Roma, 1932 (que es de donde lo hemos consultado), p. 381.

¹¹ Así lo anotó GOTHOFREDO (*glos. cit.*), que no se entendía pignorada «nec taberna cum instrumento».

¹² Así, señala ARIAS RAMOS («La doctrina de la *conventio* y el origen de la hipoteca romana», en *Revista de Derecho Privado*, vol. XXVII, abril 1943, p. 219, núm. 6): «Cuando se quería aludir concretamente a la modalidad apuntada del *pignus* (es decir, a aquélla en la que *non transit nec*

a la terminología de la prenda convencional, que recibiría más tarde, por influencia helénica, aun sin perder su antigua denominación, el nombre griego de *hypotheca*. Es más, en este mismo proemio, que usa las expresiones *pignori dederit* y *pignori obligata*, se pregunta si el acreedor podrá reclamar las mercancías que se encuentran *in eam tabernam*, precisamente, con la *hypotecaria actione*.

COVARRUBIAS¹³, MERLINO¹⁴, el cardenal DE LUCA¹⁵, etc., emplean esta denominación de hipoteca al aludir o examinar el texto de que nos ocupamos.

La salvedad es interesante. De este modo el problema de la reposición de las mercancías queda situado en un ángulo jurídico inverso al planteado en la prenda de hacienda mercantil, o en la de almacén, por la doctrina italiana moderna que exige en toda pignoración el desplazamiento de su posesión, acompañado de una adecuada publicidad¹⁶. En ese supuesto, el acreedor tiene en su poder las mercaderías, puede disponer de ellas como el usufructuario del establecimiento, con la obligación de reponerlas.

2. La hipoteca de las mercancías de una tienda planteó ya en Roma la primera cuestión teleológica. Tienda con sus mercancías pignoradas equivaldría a tienda cerrada, si el gravamen impidiera la normal disponibilidad de aquéllas. Era, pues, necesario que pudieran venderse y que se adquirieran sin mácula de gravamen¹⁷. En la *ratio* de la ley *Cum tabernam* se presupone que ésta era la intención de las partes. MERLINO¹⁸ explicó que «per hypothecam mercium non censetur sublata facultas debitori eas alienando, sed tacite actum censetur, ut possit eas alinare» y que «huiusmodi hipoteca non impedit, quin res venales distrahi valeant». Después, tal vez por influjo germánico, por uso reconocido fundado en la equidad y por razón de comercio, como dijo el cardenal DE LUCA¹⁹, en ningún caso

possessio ad creditorem, o hipoteca), resultado del triunfo de la teoría de la *voluntas* en el Derecho pretorio, se hablaba de *conventillo* y *convenire*, de *pactum*, *pactere*, o refiriéndose a la cosa de *res obligata*, de *obligare*, *pignus obligatum*, *res pignori obligata*, *praedium obligatum*».

¹³ D. COVARRUBIAS DE LEIVA, «Variarum Resolutionum», lib. II, cap. V, núm. 2, en *Opera Omnia* (Antuerpiae, 1614), vol. II, p. 116.

¹⁴ MERCURIAL MERLINO, *De Pignoribus et Hipótesis tractatus absolutissimus* (Venteéis, 1649), lib. II, tít. I, quaest. XLV, pp. 139 y ss.

¹⁵ DE LUCA, *Disc. XXXV*, cit.

¹⁶ Así, v. gr.: F. FERRARA (señor), *Trattato di Diritto Civile italiano*, vol. I (Roma, 1921), núm. 169, p. 809 (donde, no obstante, cree preferible organizar su publicidad a través de la forma hipotecaria); LORDI, «Pegno commerciale», en *Nuevo Digesto italiano*, vol. IX (Torino, 1939), núm. 59, p. 667.

¹⁷ D. IBÁÑEZ DE FARIA, *Additiones, observationes et notae ad libros Variorum resolutionum IIMI. Ac. Revdmi. D. Didaci Covarrubias a Leiva* (Coloniae-Allobrogum, 1728), ad lib. II, cap. V, núm. 14, p. 177. Resume así la opinión común, con citas de STRACCA, RIPA, MERLINO, BARTOLO, BALDO, ANTONIO AGUSTÍN, etc.: «Speciale est in mercibus, ut hipoteca per forum alienationem extingatur, nec actio contra tertium possessorem creditori, quoniam ipsarum natura aliud non patitur, atque ita videntur contrayentes tacite convenire, ut distrahi irrevocabiliter possint ne alioqui commercium impediatur».

¹⁸ MERLINO, *op. cit.*, lib. II, tít. II, quaest. XLIV, núm. 28, p. 141.

¹⁹ DE LUCA, *Disc. Cit.* núm. 3, vol. cit., p. 64.

fue ejercitable la hipoteca contra las mercancías individualmente vendidas a tercero que las compró de buena fe.

Por la primera razón —interpretación de la voluntad de las partes—, SCAEVOLA, en el texto que estudiamos, respondió: «Ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur» («se considera que están obligadas en *prenda* las cosas que se hallaron en la tienda al tiempo de la muerte del deudor»).

I. ¿CUÁL ES LA EXPLICACIÓN DOGMÁTICA DE ESTE DICTAMEN?

A) Concepción de la «universitas»

3. Ha sido la primera solución ofrecida como básica. Pero la *universitas*, como posible objeto de derechos, ha sido harto discutida. Se habló de ella: como concepto *ontológico*, como concepción meramente *lógica* y simplemente como *expediente técnico* que explica determinados efectos jurídicos. Incluso su origen y el valor terminológico clásico de la palabra *universitas* y de la expresión *corpus ex distantibus* han sido desmenuzados por los romanistas.

a) El texto básico que en el *Digesto* (XLI-III, 30, pr.) formula la concepción del *corpus ex distantibus* corresponde a POMPONIO (lib. XXX ad Sabinum). Refiere, en él, la famosa tripartición de los *tria genera corporum*: *corpus unitum* «quod continetur uno spiritu», como el hombre, el madero, la piedra, etc.; *corpus ex coherentibus* o *connexum*, «quae ex contingentibus constat», que se compone de varias cosas unidas entre sí, como un edificio, una nave, un armario; y *corpus ex distantibus*, que consta de muchos cuerpos no unidos, pero subordinados a un solo nombre, como un pueblo, una legión o un rebaño.

SCIALOJA²⁰ nos explica que este texto recogió la doctrina estoica, repetidamente explicada en los libros filosóficos (PLUTARCO, SÉNECA, TAZIO). Incluso los ejemplos ofrecidos fueron precisamente los usados por las escuelas filosóficas. Pero, para los estoicos, el *corpus ex distantibus* está compuesto siempre por cosas animadas²¹. Por eso, el maestro italiano estima absurdo querer extender el concepto a la biblioteca, los almacenes o semejantes. Antes que él, otros autores habían sostenido este criterio restrictivo. V. gr., WINDSCHEID, a partir de la 5.^a ed. de sus *Pandectas*²².

²⁰ SCIALOJA, *op. cit.*, *Studi...*, III, p. 378.

²¹ Incluso señala que la duda suscitada por la circunstancia de comprenderse a las constelaciones en dicha categoría se desvanece recordando que para los estoicos también las estrellas eran seres animados, incluso de grado más elevado que las bestias y los hombres (SCIALOJA, *loc. cit.*, pp. 378 *in fine* y ss.).

²² B. WINDSCHEID, *Il Diritto Delle Pandette*, versión italiana, con notas de FADDA y BENSA (Torino, 1925), vol. I, § 137, núms. 6, 7 y 8, p. 479.

¿Pero esta teoría filosófica tuvo aplicaciones reales?, ¿o no pasó de una abstracción sin efectos jurídicos prácticos?

Por de pronto, POMPONIO, en el § 2.º del texto antes citado, niega la usucapión y la posesión del rebaño como tal —«sed singulorum animalium scuti possessio, ita et usucapio»—; y la *vindacatio gregis*²³ tampoco supone una propiedad sobre el rebaño distinta del derecho que individualmente se tenga de los *capita aliena* (*Dig.* VI-I, 3, pr., ULPIANO) —según precisa BARBERO²⁴— nos demuestra que la concepción de *grege* como *corpus ex distantibus* no sustituye a las *singulas oves* como objeto de la propiedad. Únicamente tiene la función de invertir el procedimiento de determinación de los objetos de la reivindicación, que resultan en él por exclusión de las ovejas ajenas.

b) Los términos *universitas, universaliter*, según BONFANTE²⁵, expresaron en la latinidad clásica genéricamente la totalidad, la colectividad, en oposición a las partes, a los elementos singulares. *Universus* equivalía a *ovnis* e indicaba, en sentido enfático, la totalidad, la unanimidad, pero no la unidad. La antítesis típica era *singuli-universi*. En cambio, según el mismo maestro, en el lenguaje justiniano, *universus* equivale a *Aotus, cunctus*, y adquiere valor orgánico, unitario. La *universitas*, es así usada por los bizantinos para significar una unidad orgánica; es decir, un complejo de cosas consideradas como un único objeto.

ALBERTARIO²⁶ distingue en tres grupos los textos de las *Pandectas* que contienen el término *universitas*. Los que lo emplean con referencia a la *hereditas*; aquellos que lo aplican a la corporación como persona jurídica, y, finalmente, las demás por exclusión. En los dos primeros grupos, cree que esa expresión es fruto de interpolaciones de los compiladores. En el tercero, acepta su origen clásico.

Ahora bien, este autor, como BONFANTE²⁷, también acepta la interpolación, señalada por EISELE, en el texto de ULPIANO, *Digesto* VII-I, 79, § 3.º, del inciso «id est universitatis», referido al *corpus ex distinctibus (grege, equitium, armentum)*, pues entiende que los clásicos, que tenían un tecnicismo terminológico perfecto y nunca usaban un término con significados diversos, no utilizaron jamás en sentido abstracto la palabra *universitas*. Por otra parte, cree ALBERTARIO²⁸ que la concepción de la *vindicatio gregis* como una *actio rei specialis*, supone una contradicción *in terminis*, en la que no pudo caer ULPIANO, en el frag. 1, *Digesto* VI-I. Por lo que estima

²³ Vid. GAYO, IV-XVII, 1, § 3.º; PAULO, *Dig.*, VI-I, 2; ULPIANO, *Dig.*, VI-I, 3; PAULO, *Dig.*, VI-I, § 5.º; POMPONIO, *Dig.*, XLIV-II, 21, § 1.º

²⁴ D. BARBERO, *La universalità patrimoniali* (Milano, 1936), núm. 52, p. 196.

²⁵ P. BONFANTE, «Le formazione scolastica della dottrina dell'universitas», en *Scritti Giuridici Varii*, vol. I (Torino, 1926), p. 308, y «La "successio in universum ius" e "l'Universitas"», vol. cit., p. 268.

²⁶ E. ALBERTARIO, «Actio de universitate e actio specialis in rem», en *Studi di Diritto Romano*, vol. IV (Milano, 1946), p. 70.

²⁷ BONFANTE, «La "successio in universum ius" e "l'Universitas"», en *Scritti...*, vol. cit., p. 270.

²⁸ ALBERTARIO, *loc. cit.*, pp. 94 y ss.

interpolado el inciso «specialis in rem actio», del § 1.º de dicho texto, tanto más cuanto que en aquel absurdo cayeron los bizantinos, tal como, a su juicio, inevitablemente debían caer por su preocupación en distinguir entre *actio in rei specialis (rei vindicatio)* y la *actio universitatis (acciones hereditarias)*.

En cambio, BARBERO²⁹ subraya que no es posible afirmar que para los clásicos todo término tuviese un significado determinado. Por lo menos resulta de los textos precisamente lo contrario con referencia a la palabra *universitas*. Así indica: cosa compuesta en la *universitas aedium* (Dig. XLI-III, 23; XLIII-XXIV, 8; XLI-1, 7, 11); la integridad del *corpus unitum*, en la *universitas fundi* (Dig. XXXI-único, 10; XLVI-III, 73; XXIX-I, 18, pr.; XXXIV-II, 8); y el *corpus ex distantibus* en el aludido fragmento de ULPIANO, Dig. VII-I, 79, § 3.º A su juicio, en este texto, el inciso «id est universitatis» pudo ser genuino, ya que no es necesario referirlo a una *universitas* como *categoría general*. Entiende que no tuvo valor extensivo, sino meramente explicativo; ni pretendió abrazar en una categoría general, además del rebaño, el *equitium* y el *armentum*, etc., sino que simplemente quiso explicar el sentido, el modo como las unidades del conjunto eran consideradas *sub specie universitatis*. Es decir, determinadas precisamente por formar parte de dicho conjunto con referencia a él.

Si el *id est universitatis* no expresa un concepto dogmático, sino un *modo de considerar*, no parece —según sigue racionando BARBERO— que deba ser aplicado solamente a los complejos animados (*grex*, «et quae gregatim habentur»). Ciertamente, en las fuentes la terminología se aplica solamente a éstos, entre las posibles universalidades de cosas; pero —a juicio del mismo autor— este dato terminológico no prejuzga para nada el punto de vista sustancial. Su valor jurídico, que estima coincidente con el de la expresión *corpus ex distantibus*, entiende que consiste en: «Someter un complejo de cosas a un tratamiento jurídico *unitario*, como si la efectiva pluralidad de las cosas fuese (*lógicamente*) reducida a la unidad».

4. En Derecho común aparece en clara antítesis la terminología *universitas facti* y *universitas iuris*³⁰. Ésta, caracterizada por gozar de la *actio de universitatae* y por el principio de la subrogación real *in iudicibus universalibus*, tenía la *hereditas* como figura más característica, a la que luego se agrega el *peculium*³¹ y se la calificó de *universitas incorporalis et iuris*, ya que podía componerse de *corpore* y de *iure* o incluso solamente de *iure*. Aquélla, compuesta necesariamente de cosas corporales —«corpore»—, recogía al principio únicamente los complejos animados —«ut gregis»—, era objeto de la «*actio singularum rerum petitionis*» y a efectos de la subrogación fue catalogada entre los *singularibus*.

²⁹ BARBERO, *op. cit.*, núm. 51, pp. 185 y ss.

³⁰ *Vid.* en la citada obra de BARBERO (núms. 80 y ss., pp. 302 y ss.) una interesantísima reseña de la posición de glosadores y comentaristas.

³¹ Resumiendo, según su propio criterio, las opiniones de los autores, nuestro PARLADORIO (*op. cit.*, Diff. CXXXI, núm. 2, p. 369) dice: «Quator autem sunt in jure nomina quae universitatem significant, secundum Bald... Haec nempe, *hereditas, patrimonium, peculium, bonorum possession, adjiciunt et alii dotem, inter quos es Bartol...*».

No faltaron autores³² que entre la *universitas iuris* —«ut est hereditas quae potest consistere sine corporibus»— y la *universitas facti* —«consistente in corporibus sine quibus consistere non potest, ut grex»— situaron una tercera especie, la «universitas mixta», o «iuris et facti mixtum, ut peculium, dos, patrimonium»³³.

En la terminología observamos las expresiones: «nomen universitatis» —que BARTOLO aplica a la denominación *tabernae*, referida a las mercancías en ella contenidas³⁴—; «corpus universales» —aplicado a las universalidades de cosas, que con GOTHOFREDO³⁵, MERLINO³⁶, el cardenal DE LUCA³⁷, SALGADO DE SOMOZA³⁸, etc., no sólo es referida a los complejos animados, sino también a la taberna—; *ius universale*, que, para SALGADO DE SOMOZA³⁹, corresponde al *nomen universalis* y es distinto a la suma de los derechos sobre bienes y especies que están comprendidos en el mismo,

³² Tales: J. DEL MAINO y ALCIATO (*vid.* la obra de BARBERO, p. 307, nota 330, y p. 316, nota 349).

³³ La calificación de la dote como *universitas iuris* fue muy discutida, debido a que la subrogación real «praetium loco rei», en ella sólo tenía lugar *ex conventioned* y *ad utilitatem mulieri* (*vid.* su resumen en las pp. 309 y ss. de la *cit. op.* de BARBERO).

Entre nuestros clásicos, MATIENZO (*comentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*, Mantuve Carpentenae, 1597, tit. II, lex I, glos. 1, fols. 41 y ss.) se ocupó principalmente de esta cuestión. A su juicio: «dos est ius mixtum de universali et particulari participans, prout magis mulieri expedieri» (núm. 1, fols. 41 y vto.). Y a la pregunta de si el precio «an succedat loco rei in dote, sicut in rebus universalibus», responde negativamente, pero con esta salvedad «nisi ita fuerit conventum, quia sic expedit mulieri..., ibi si muliere ita utile» (núm. 12, fol. 42 y vto. y 43).

También discuten nuestros clásicos la naturaleza del mayorazgo. Para el doctor L. DE MOLINA (*De Primogeniorum Hispanorum origine ac natura*, Nova Editio, Lugduni, 1749, lib. I, cap. XXVI, núm. 20, p. 214), «titulum maioratus non esse titulum particulare sed universales cum eadem cadant accesiones et incrementa»... «Intelligendum autem et maioratum esse quid universale, nedum si ex pluribus constet vel ex una universali, oppido, castro, seu civitate, vel rebus similibus, sed etiam si solum constet ex domo, vel fundo, vel alia re particulari simili: adhuc enim dicendum erit esse ius universales, saltem aptitudine; quia ex accessionibus potest augeri»... «sed haec erit universitas facti, non iuris, ut optime declarant Sigismundus Neapolitanus... atque Mattheus de Afflictis..., ubi dicitur feudum esse universitate facti, non iuris. Ea autem quae quoad hoc in feudis dici solita sunt, optimo iure ad maioratus deduci poterunt».

³⁴ BARTOLO, *op. y loc. cit.*: «Apellatione tabernae venit universitas mercantiae, quae ibi exercetur». En otro inciso de la misma glosa añade: «Oportet haec appellatio, tabernae, puta refertur ad mercem est nomen universitatis, sicut, grex, peculium, et similla... et ideo liceo merces mutetur: tunc videtur esse taberna».

³⁵ GOTHOFREDO, *op. y lex cit.*, gl. a las palabras «an tabernae», núm. 49, p. 399, donde se lee: «Universitatis corpora» (*ut est taberna*).

³⁶ MERLINO, *op. cit., quaest. cit.*, núms. 51 y 55, pp. 142 y ss. En esta última dice: «Quia corpus universale mercatoris potest considerari, ut quid distinctum a singulis mercibus, et uti ius universale...». En el núm. 24, p. 141, parece, en cambio, que apunta el sentido de un *modo de considerar*, más que el de concepto dogmático, ya que dice: «Ideo veniunt merces, quia sub nomine universali corporis tabernae continentur».

³⁷ DE LUCA, *op. y disc. cit.*, núm. 4, p. 64. Refiriéndose, «ubi agatur de universitati fundaci, seu tabernae», afirma que «tunc attenditur ipsum corpus universale, quod semper est unum et idem, nequeur variationem mercium varitur». En el núm. 21, p. 65, donde se remite a los Disc. XV y XVI del lib. V, pars. 1, pp. 39 y ss., distingue el conjunto de mercancías y el negocio propio del establecimiento: de éste dice que «non consistit in ipsis mercibus, materialibus, sed in ipso iure incorporali, seu intellectuali».

³⁸ F. SALGADO DE SOMOZA, *Labryrinthus creditorum concurrentium, inter illos causatam*, pars. IV (Lugduni, 1672), cap. II, núm. 6, p. 15.

³⁹ SALGADO DE SOMOZA, *op. y loc. cit.* núms. 96 y 97, p. 24.

por la susceptibilidad de extenderse a los futuros aumentos que se entienden comprendidos en el nombre universal; *causa universale* —equivalente al título hereditario⁴⁰—; *iudicibus universalibus*, expresión de la que nos ocuparemos al tratar de la subrogación real, originariamente referida a la petición de herencia.

COVARRUBIAS⁴¹ nos señala la significación de la oración universal, a la que atribuye el sentido de totalidad, mas no de unidad.

Y FONTANELLA⁴², en este mismo sentido, distingue: «Universalitas autem quae provenit ex re ipsa est, quare res ita ex se universitatem importat, ut nullo ad id ageat signo universali, veluti *hereditas, peculium, grex*, et similla, quae coporum, et iurium universitatem important: universitatem autem, quae descendit ex vocabulis, est quae ex se universalitatem minime denotat, sed ex eo, quod ei signa universalialia, velutti *omnes, quicumque*». et similla adiungantur».

Pero, frente a este sentido *totalitario* de la *universales oratio* o del *nomen universales*, aparece como *unitario* el significado de *corpus universales*, «quid distinctum a singuéis mercibus»⁴³, «quod semper est unum, et idem»⁴⁴.

Sin embargo, esta concepción se basó, seguramente, en un espejismo producido por la distinta eficacia de la venta al detall de las mercancías y de la venta del conjunto o de la mayor parte de éstas. Al acreedor, garantizando con hipoteca de la *tabernae*, no le era posible actuar sobre las mercancías vendidas, «quando ut singular, et minutim fuissent distracta et alienata»⁴⁵; en cambio, podía ejercitar su derecho contra el comprador en bloque de la totalidad, o de parte alícuota, o de todo el negocio⁴⁶. Más

⁴⁰ DE LUCA (*Disc. XXXV*, cit., núms. 55 y 56, p. 68), al distinguir «inter causam universales, et particularen», reconoce: «Bene verum quod prima pars distinctionis circa causam universales, communiter recepta est in ea universitate, quae consideratur in hereditate..., non tamen procedit in omnia alia universitate». Más exactamente, expresa la distinción VINNIO (*Selectarum Iuris Quaestionum*, Ed. Novissima, Lugduni, 1755, lib. I, cap. XXIII, p. 40)... «Aut allegat titulum, sed universales scilicet pro herede... aut allegat titulum singularem, et hunc vel universitate sive hereditate aut parte hereditate... vel in re singulari...».

Causa o título universal vale tanto como título de herencia, por cuyo título pueden adquirirse toda clase de bienes. Por causa o título singular (como es la compraventa) pueden ser adquiridos tanto *universitas facti o iuris* como cosas singulares.

Así como la expresión *iudicibus universalibus* no se define por el objeto, sino por la acción ejercitada (*petitio hereditatis*), *causa o título universal* tampoco se refiere a la naturaleza del objeto, sino a la causa o título de su adquisición.

⁴¹ DIDACUS COVARRUBIAS A LEIVA, «Variarum resolutionum», en *Opera Omnia*, vol. II (Antuerpiae, 1614), lib. I, cap. XIII, núm. 1, p. 57: «Universales oratio est, quae termino común signum universale apponitur est enim signum universales, quod omnia referri potest, et per se ipsum nihil significat, ut *nullus, homo, ovis*: erit ergo propositio universales, *Nullus homo cantat, Ovis homo dormit, Nemo currit*».

⁴² J. PETRI FONTANELLAE, *Tractatus de pactis nuptialibus sive de capitulis matrimonialibus*, tomos prior (Lugduni, 1667), claus. IV, glosa IX, pars IV, núm. 98, p. 160.

⁴³ MERLINO, *op. y quaest. cits.*, núm. 55, p. 143.

⁴⁴ DE LUCA, *op. y dis. cits.*, núm. 4, p. 64.

⁴⁵ MERLINO, *loc. cit.*, núm. 50, p. 152; DE LUCA, *loc. últ. cit.*, núm. 3, p. 64; IBÁÑEZ DE FARIA, *op. y loc. cits.*, núm. 18, p. 177.

⁴⁶ MERLINO, *loc. cit.*, núms. 51 y ss., pp. 152 y ss.; DE LUCA, discurso cit., núm. 4, p. 64; IBÁÑEZ DE FARIA, *op. y loc. cits.*, núm. 18, p. 117: «Quia eas (mercium) non minutatim, sed ut corpus emit, velutti si tota taberna, vel horreum fuerit distractum, aut pars eius quotitativa: nam cum

adelante veremos cuál es la verdadera explicación de estos efectos, evidentemente justos y equitativos.

Ciertamente, se distinguió con precisión entre la determinación *específica* de las mercancías de un conjunto y su determinación *sub nomine universale*. Bajo el nombre universal *tabernae*, como glosó BARTOLO⁴⁷, se comprenden todas las mercancías que allí se encuentran; «veniut merces, quia sub nomine universali corporis tabernae continentur», según dejó escrito MERLINO⁴⁸. En cambio —expresa este último autor⁴⁹—, en el caso de que las mercancías —«merces et res venales»— «fuerint descriptae in instrumento», cada una de ellas queda expresa y específicamente hipotecada y la hipoteca les sigue aunque fuesen vendidas, «cum alienatio vetita censeatur»⁵⁰.

Nuestro mercantilista clásico SALGADO DE SOMOZA⁵¹ formula la distinción en estos términos: «Quia aliud est hypothecare ius universale per nomen universale, ut gregem, peculium, mercimonium; aliud vero hypothecare bona et species ipsius iuris universales, ut sub illa hipoteca cadat augmentum, sub iste vero minime».

Esta distinción creemos que nos encamina por la verdadera senda. La designación *sub nomine universitatis* equivale a un modo de determinar las unidades no *in specie*, sino *sub specie universitatis*; no individualmente, sino en cuanto formen parte del conjunto en el tiempo correspondiente. Los textos últimamente transcritos nos aproximan a la explicación de BARBERO. En cambio, los que hablan del *corpus universales*, como hemos enunciado y luego desarrollaremos, sufren el espejismo de un determinado efecto —¿sujeción del *corpus*?— que tiene otra explicación distinta.

5. La moderna doctrina ha llenado muchas páginas discutiendo la naturaleza de la *universitas rerum* o *facti*.

a) Una primera teoría la considera como una cosa material con existencia real. WARKOENING y GESTERDING, entre otros pandectistas, defendieron esta tesis⁵². FADDA y BENSA⁵³ cuentan en Italia entre sus más ilustres sostenedores.

La independencia del todo respecto de sus elementos constitutivos, de modo que aquél permanece idéntico pese a la mutación de sus compo-

universitas rerum sit cum suo onere transit in emptorem, sicut caetera quae nexu obligationis atinentur»... «Cessant enim hic rationes, propter quas mercium obligatorum alienatio est permissa».

⁴⁷ BARTOLO, *op. y loc. cit.*

⁴⁸ MERLINO, *quaest. cit.*, núm. 24, p. 141.

⁴⁹ *Ibid.*, *quaest. cit.*, núm. 68, p. 143.

⁵⁰ También se expresa en este sentido IBÁÑEZ DE FARIA (*op. y loc. cit.*, núm. 19, p. 177): «Si in generali obligatione merces aliquae fuerint descriptae, quod eas, actionem creditori contra tertium possessorem non denegari; nam censentur specialiter obligatae, et earum alienatio quocumque modo vetita».

⁵¹ SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthus creditorum concurrentium* (editio novissima, Lugduni, 1672), pars. IV, cap. II, núm. 97, p. 24.

⁵² *Vid.* las citas que de estos y otros autores hace SCIALOJA (*loc. cit.*, p. 377).

⁵³ FADDA y BENSA, *Notas al Diritto delle Pandette de Windscheid*, vol. V, nota b, al libro III, núms. 8 a 12, pp. 10 y ss.

nentes singulares, se considera como la prueba más segura de su unidad jurídica.

Su carácter corporal, determinado por su composición, creen que está reconocido en el citado fragmento de POMPONIO de los *tria corpora*. Si en la distinción de los corpora en tres categorías se usara la expresión en un sentido para dos de las categorías y para la tercera en otro distinto, resultaría una incongruencia terminológica y, además, un error de lógica, pues las distinciones o clasificaciones sólo se hacen en orden a cosas pertenecientes al mismo género.

Otros autores, como BONFANTE⁵⁴, han aceptado esta tesis, aunque limitando su campo de aplicación a las agrupaciones de animales constituyentes del rebaño. «Una vez admitido el concepto de universalidad de cosas, adoptando como criterio la conciencia y la economía, a nada conduce —según el sabio romanista— rebelarse a la idea de que semejante universalidad constituye una cosa corporal. Todo se reduce a operaciones del pensamiento. Pero el concepto mismo de cosa es una operación de nuestro pensamiento; en la naturaleza no existe más que el átomo, aunque en ella sea el último elemento»⁵⁵.

b) Como variante de la concepción positiva, otros muchos autores⁵⁶ entienden que la *universitas facti* es una realidad jurídica ideal, es decir, una *res incorporalis*. En sentido material, *corpus* sólo puede ser lo que tiene carácter unitario. La unidad de un cuerpo está siempre condicionada a una exterior coherencia. Si ésta falta, si existe la pluralidad de cosas, su conjunto no puede constituir una sola cosa material. Pero si el común destino económico imprime al agregado una individualidad propia, que no cabe alterar por las variaciones de sus componentes, entiende VENEZIAN⁵⁷ que es necesario aplicar el concepto de cosa objeto del derecho a aquella *unión de cosas* conexas por su destino. La unidad del conjunto —dice— «constituye una mera representación individual y la misma realidad física de la unión no es sino la realidad de la posición en que se hallan colocadas determinadas cosas». Esa unidad se concibe, por tanto, como un *quid* necesariamente inmaterial, dada la pluralidad real y distinta de los diversos elementos componentes del conjunto.

c) No obstante, en la doctrina, con cierta variedad de matices, predominan las tesis negativas⁵⁸, es decir, las posiciones que niegan a la *universitas* la posibilidad de ser objeto de derechos. Según SCIALOJA⁵⁹, la lectura sin prejuicios de los textos romanos convence de que, en la mayoría de ellos, la pretendida *universitas* no tiene importancia jurídica directa, ni

⁵⁴ BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, traducción española de la 8.ª ed. italiana, por BACCI y LARROSA (Madrid, 1929), § 78, p. 241, nota 2.

⁵⁵ Respecto a la terminología clásica, observa que *corpus* cuando no se usa en el sentido más restringido de cuerpo, es un puro y simple sinónimo de *res* (*corporales*, se entiende), en todos los usos jurídicos y extrajurídicos de la palabra.

⁵⁶ Vid. los autores que citan SCIALOJA (*loc. p. últ. cit.*) y FADDA y BENZA (*loc. cit.*, núm. 11, p. 15).

⁵⁷ VENEZIAN, *Usufructo, uso y habitación*, trad. española anotada por CASTÁN (Madrid, 1928), vol. II, núm. 277, pp. 265 a 269 y esp. nota 1 de la p. 268.

⁵⁸ Vid. la bibliografía que cita BARBERO, *op. cit.*, núm. 1, pp. 2 y ss., nota 2.

⁵⁹ SCIALOJA, *loc. cit.*, p. 378.

es construida por el Derecho como cosa de sí misma, y, en cambio, tiene importancia directa como elemento de interpretación de la voluntad o del criterio como deben ser administrados ciertos conjuntos de cosas.

Ya IHERING⁶⁰ hizo notar que dos relaciones de propiedad no pueden existir sobre *una sola y misma cosa* (*unidad de la cosa, unidad de derecho*, teoría de la accesión), así como tampoco puede existir una sola relación de propiedad sobre dos cosas (*pluralidad de cosas-pluralidad de propiedad*).

En este sentido, FERRARA, padre⁶¹, señaló que la consideración de la *universitas rerum* como cosa corporal o incorporeal no suprime la individualidad de las cosas singulares que la componen. Por eso «es admitido un dualismo de los derechos de propiedad sobre el agregado y sus componentes, derechos que concurren y no se absorben, de modo que la introducción de una cosa ajena en la universalidad no extingue la propiedad del dueño de aquélla». Ese razonamiento basta por sí solo —a su juicio— para demostrar el error de las construcciones positivas.

El absurdo se confirma con la fórmula que, para patentizarlo, nos ofrece BARBERO⁶²: conjunto de X elementos = propiedad de X + 1 cosa (la *universitas*).

Varias cosas materiales no pueden ser a la vez una sola cosa material.

POMPONIO, en el fragmento de los *tria corpora*, no pudo usar en su sentido ontológico, sino como significado alegórico, o a lo más lógico, la palabra *corpus* en el *corpus ex distantibus*. Así resulta del mismo texto que le niega la posibilidad de posesión y usucapión. Recuerda BARBERO⁶³ el concepto gayano de las cosas corporales recogido en la Instituta (II, § 2. «Corporales hae sunt, quae sui natura tangi possunt»). Quien intentase tocar un rebaño o una biblioteca —explica—, difícilmente lograría tocar más que alguna oveja o algún libro. Y, aun cuando las tocase todas, tocaría todas las ovejas del rebaño, pero no a éste, que sólo es un *nomen* lógico.

Si bien la *universitas facti* no es una cosa material, tampoco puede ser una *res inmaterial*. Un conjunto de cosas materiales no puede ser una cosa inmaterial. Puede abstraerse como concepto, pero un *concepto* no es un *ser*. El propio BARBERO⁶⁴ señala que no tiene una existencia objetiva, sino sólo *subjetiva*; no existe en la *serie de los seres*, sino en el interior del ser pensante.

Como concluye BARASSI⁶⁵, no ofrece duda que la universalidad se esfuma en una entidad meramente conceptual e incorpórea si se quiere construirla como unidad independiente de sus elementos.

⁶⁰ R. VON IHERING, *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, versión española y notas de PRÍNCIPE Y SOTORRES (5.ª trad., Madrid, s. f.), vol. IV, § LVI, p. 41.

⁶¹ FERRARA, *op. y vol. cit.*, núm. 169, p. 201.

⁶² BARBERO, *op. cit.*, núm. 17, p. 66.

⁶³ *Ibid.*, *op. cit.*, núm. 8, pp. 28 y ss., y núm. 19, III, pp. 79 y ss.

⁶⁴ *Ibid.*, *op. cit.*, núm. 7, p. 24.

⁶⁵ L. BARASSI, *Diritti Reali e Possesso*, vol. I (Milano, 1952), núm. 118, p. 373.