SUMISIÓN Y RESIDENCIA HABITUAL EN EL REGLAMENTO EUROPEO DE SUCESIONES: FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS

Prorogation of Jurisdiction and Habitual Residence in the European Succession Regulation: Romanistic Foundations

Carmen López-Rendo Rodríguez
María José Azaustre Fernández
Universidad de Oviedo

Resumen: En este trabajo se analizan dos de los foros de competencia judicial internacional previstos en el Reglamento Europeo de Sucesiones: 1) sumisión dentro de los márgenes permitidos por el reglamento y 2) residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento, tanto en el RES como en el Derecho romano y en la interpretación realizada por los juristas de la recepción, destacando las conductas susceptibles de ser consideradas como una sumisión tácita, los requisitos y efectos del acuerdo, el concepto y elementos del *domicilium* y la residencia en el RES, en el Derecho romano y su evolución posterior, así como los indicios reveladores del domicilio y la residencia habitual en un determinado lugar, con la finalidad de ofrecer criterios interpretativos aplicable a los supuestos que puedan plantearse en la actualidad.

Palabras clave: acuerdo de elección de foro/*prorogatio fori, domicilium*, foros de competencia internacional, fundamentos romanísticos, Reglamento Europeo de Sucesiones, residencia habitual.

Abstract: This paper analyses two of the international grounds of jurisdiction provided for in the European Succession Regulation: 1) prorogation of jurisdiction within the margins permitted by the regulation and 2) habitual residence of the deceased at the time of death, both in the RES and in Roman Law and its interpretation by the jurists of the reception; highlighting the conducts susceptibles of being considered as a tacit submission, the requirements and effects of a choice of court agreement, the concept and ele-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

ments of the domicile and residence in the RES, in Roman Law and its subsequent evolution, as well as the revealing indicators of the domicilium and habitual residence in a certain place, with the aim of offering interpretative criteria applicable to the cases that may arise nowadays.

Keywords: choice-of-court agreement/prorogatio fori, domicilium, grounds of international jurisdiction, romanistic foundations, European Succession Regulation, habitual residence

Sumario: I.–Introducción. II.–Los acuerdos de elección de foro. II.1 La sumisión expresa como criterio de atribución de competencia en el RES. II.2 La sumisión expresa como criterio de atribución de competencia en Roma. II.2.1 Admisibilidad de los acuerdos de elección de foro en el Derecho romano. II.2.2 Requisitos del acuerdo de sumisión: A) Autoridad frente a la que puede efectuarse la *prorogatio fori* B) El consentimiento de las partes. II.2.3 Efectos del acuerdo de sumisión. II.3 La sumisión tácita: A) En el Reglamento Europeo de Sucesiones. B) En Roma. II.4 La sumisión de las partes como criterio de atribución de competencia en el Derecho histórico español. III.–La residencia habitual del causante. III.1 La residencia habitual del causante en el RES. III.2 El concepto de domicilio según la tradición romanística. III.2.1 El *domicilium* en el Derecho Romano. A/ Concepto y elementos. B/ Acreditación del domicilio. III.2.2 El domicilio en la recepción. IV.–Conclusiones.

I. INTRODUCCION

La Unión Europea se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, dentro del cual esté garantizada la libre circulación de personas, siendo preciso la adopción de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza.

En el espacio europeo de justicia, para evitar los obstáculos a la libre circulación de personas, es imperativo que los ciudadanos puedan organizar su sucesión y garantizar de manera eficaz los derechos de todos los interesados en la herencia: herederos, legatarios, personas próximas al causante, así como de los acreedores de la herencia. Por ello se aprueba el Reglamento número 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de documentos públi-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

cos en materia de sucesiones *mortis causa y* a la creación de un certificado europeo sucesorio (en adelante RES).

El Reglamento Europeo de Sucesiones no armoniza ni unifica ninguna normativa nacional de los Estados miembros. Cada estado miembro conserva naturalmente su derecho sustantivo en esta materia.

Una de las características importantes que presenta es su aplicación directa en los estados miembros que participan en el mismo, sin que precise de normativa de desarrollo en cada Estado miembro. Asimismo, ha de destacarse su carácter imperativo, puesto que se aplica a todo supuesto contemplado dentro de su ámbito de aplicación. No puede dejar de mencionarse su eficacia *erga omnes,* que tiene como consecuencia que las normas referentes a la competencia judicial internacional y derecho aplicable a la sucesión *mortis causa*, se apliquen con independencia de la nacionalidad de las partes implicadas, aun cuando sean nacionales de un estado no miembro de la EU. Esta eficacia *erga omnes* alcanza a la indiferencia de que la ley designada por el reglamento como ley aplicable a la sucesión *mortis causa* sea o no ley de un Estado miembro, tal como dispone el artículo 20 del RES.

El RES ha entrado en vigor en España y en todos los Estados miembros de la UE que participan en este Reglamento el 17 de agosto de 2015 [1]. Hasta este momento no existía una normativa internacional o europea, rigiéndose el derecho aplicable a la sucesión por la ley nacional del causante, tal y como dispone el artículo 9.8 del CC. En materia de competencia jurisdiccional, hasta el 17 de agosto de 2015 los tribunales españoles venían aplicando el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A partir de esta fecha, sin embargo, deben aplicar el reglamento 650/ 2012, quedando desactivado tanto el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como el artículo 9.8 del CC en lo que se refiere a la ley aplicable a la sucesión *mortis causa*.

Los diversos foros de competencia que establece el reglamento europeo están ordenados jerárquicamente o en cascada, de modo que, como indica Carrascosa [2], si concurre el primer foro de competencia judicial internacional,

[1] Artículo 84 RES: Entrada en vigor. El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Será aplicable a partir del 17 de agosto de 2015, excepto por lo que respecta a los artículos 77 y 78, que serán aplicables a partir del 16 de enero de 2014, y a los artículos 79, 80 y 81, que serán aplicables a partir del 5 de julio de 2012. El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembros de conformidad con los Tratados.

[2] Carrascosa González, J., *El reglamento sucesorio europeo 650/2012, de 4 de julio de 2012. Análisis crítico,* Comares, Granada, 2014, p. 72. Los foros contemplados por el reglamento son, por orden: 1) el de la nacionalidad del causante en caso de elección de ley por el causante, si esa ley es de un Estado

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

sólo serán competentes los tribunales a los que conduce tal foro, pasándose al segundo sólo si este no concurre y así sucesivamente.

El Reglamento establece un nexo real entre la sucesión y el Estado miembro en que se ejerce la competencia, a efectos de determinar tanto la competencia como la ley aplicable. El RES ha elegido como nexo real general: «la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento».

Al igual que sucede en los reglamentos en materia de separación y divorcio, se sustituye el criterio de la nacionalidad por el criterio de la residencia habitual, entendido como un concepto fáctico y no jurídico, de ahí que no se defina qué han de entender los tribunales y las autoridades por residencia habitual.

No obstante la carencia de definición, los considerandos 23-25 dan unas pautas para que las autoridades que sustancien la sucesión determinen cuál es la residencia habitual del causante. Precisamente en estas pautas es posible detectar fundamentos romanistas, que pueden utilizarse para interpretar y determinar la residencia habitual de una persona.

En el presente trabajo vamos a tratar los fundamentos romanísticos de los nexos de conexión de competencia judicial internacional en el RES, centrándonos en los acuerdos de elección de foro y el foro general subsidiario de la residencia habitual del causante. La residencia habitual, como es sabido, constituye también el principal punto de conexión del Reglamento en materia de ley aplicable, si bien el estudio de esta va a quedar fuera de nuestro ámbito de investigación.

II. LOS ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO

II.1 **La sumisión expresa como criterio de atribución de competencia en el RES**

Conforme al artículo 5 del RES, cuando la ley elegida por el causante para regir su sucesión con arreglo al artículo 22 sea la ley de un Estado miembro, las partes interesadas podrán acordar que un tribunal o los tribunales de dicho Estado miembro tengan competencia exclusiva para sustanciar cualquier

miembro y además ha habido un acuerdo de litigación *inter partes* o una inhibición espontánea en régimen de *semi-forum non conveniens* (artículos 5 a 7 del reglamento); 2) el de su residencia habitual en el momento del fallecimiento –artículo 4–; 3) el del lugar de situación de los bienes –artículo 10– y 4) el *forum necessitatis* (artículo 11).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

causa en materia de sucesiones. Se ha destacado cómo, con el establecimiento de dicho punto de conexión se pretende favorecer la correlación *forum-ius* [3], objetivo declarado expresamente por el considerando 27 del Reglamento [4].

Otros reglamentos europeos han utilizado como foro de competencia el acuerdo de elección de foro, como ocurre en el artículo 4 del Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DOUE L 7 de 10 de enero de 2009) o el artículo 25 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351 de 20 de febrero de 2012) [5]. Pero frente a esta normativa, la sumisión expresa tal y como aparece regulada en el RES tiene un campo de aplicación bastante más restringido, al ser únicamente procedente en aquellos supuestos en los que el causante ha elegido como ley aplicable a su sucesión, con los requisitos señalados por el artículo 22, la ley de un Estado miembro. Ello excluye su aplicabilidad a los supuestos de sucesión intestada y de reenvío conforme al artículo 34,1, a) [6].

---

[3] Odersky, Art. 9, *EU Regulation on Succession and Wills, Commentary*, Otto Schmidt, Köln, 2015, p. 72; Bonomi, A.– Wautelet, P., *El Derecho europeo de sucesiones: Comentario al Reglamento (UE) num. 650/2012, de 4 de julio de 2012,* trad. Álvarez González et. al., Thomson Reuters, p. 165, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 165; Leandro, A., *La giurisdizione nel Regolamento dell'Unione Europa sulle successioni mortis causa,* «Il diritto internacionale privato Europeo delle successioni *mortis causa*», coord. Franzina-Leandro, Giuffré ed., Milano, 2013, p. 68; Lagarde, P., *Les príncipes de base du nouveau règlement européen sur les successions,* «Rev.crit. DIP», 101(4), 2012, pp. 723-724; Iglesias Buiges, J.L., *Art. 5. Elección de foro*, en «Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012», dir. Iglesias Buiges-Garín Alemany, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 72. Sobre las distintas vías para obtener la correlación *forum-ius* y la finalmente seguida por el RES *vid.* Álvarez Torné, M., *La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales,* Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 115-124. Para esta autora, el Reglamento no ha forzado un paralelismo *forum-ius* incondicional desatendiendo las características propias de cada ámbito, aunque ha favorecido que, en la mayor parte de los casos, la autoridad competente en materia sucesoria aplique su propio Derecho.

[4] Considerando 27 RES: «Las normas del presente Reglamento están concebidas para garantizar que la autoridad que sustancie la sucesión aplique, en la mayoría de los casos, su propio Derecho».

[5] El reglamento viene a sustituir, salvo para los procedimientos incoados antes de su entrada en vigor, al Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I), estableciendo un texto refundido; los acuerdos de elección de foro aparecían también regulados en el artículo 23 del Reglamento de 2001. Hay que tener en cuenta, además, que si bien la UE es parte en el Convenio de la Haya de 2005 sobre Acuerdo de Elección de Foro, el convenio no ha entrado en vigor y, además, de su campo de aplicación quedaba expresamente excluida la materia sucesoria.

[6] Odersky, *op. cit.,* pp. 71 s. y *Compétence*, en «Commentaire du Réglement Européen sur les successions», Bergquist-Frimston-Odersky-Damascelli-Lagarde-Reinhartz, Dalloz, Paris, 2015 pp. 63-64. Como indica Lagarde, *op. cit.,* p. 716, se deja cierto papel a la autonomía de la voluntad en materia de competencia judicial, pero subordinada siempre a la elección por el difunto de la ley aplicable.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

Además de la necesidad de que el causante haya optado por su ley nacional según el artículo 22 RES [7], son requisitos de la validez del acuerdo:

1) En cuanto al *consentimiento*, este ha de ser prestado, según declara el artículo 5, no por el causante, sino por las «partes interesadas» en la sucesión [8]. En cambio, en el sistema de Derecho internacional privado de algunos estados, como en Suiza, se establece que una elección del causante por su ley nacional como ley aplicable a la sucesión, supone la sumisión a los tribunales de dicho Estado.

Según el considerando 28 del Reglamento, se ha de determinar caso por caso si el acuerdo se ha de celebrar entre todas las partes afectadas por la sucesión o si, por el contrario, algunas de esas partes pueden acordar someter una cuestión específica al tribunal elegido, si la resolución que pueda llegar a dictar dicho tribunal no afecta a los derechos de las otras partes en la sucesión. Ello dependerá, en buena medida, de la cuestión objeto de elección de foro.

Observa Bonomi [9] que habrán de tenerse en cuenta las normas de los respectivos estados nacionales en relación al litisconsorcio, pero que fue-

[7] Odersky, *Compétence… cit.,* p. 64, admite que esa elección se efectúe de forma tácita, poniendo en relación esta elección con los supuestos reseñados en los artículos 83.2 y 83.4 del Reglamento Europeo de Sucesiones. En el artículo 83.4, se recoge como elección tácita el supuesto de una disposición *mortis causa* realizada antes del 17 de agosto de 2015, con arreglo a una ley que el causante podría haber elegido, conforme a este reglamento. En este caso, aun cuando no existe elección expresa, el apartado 4 considera que la ley aplicable a la sucesión es la que rige la disposición *mortis causa* realizada. Otros autores como Iglesias Buigues, *op. cit.* p. 72 o Gaudement-Tellon H., *Droit Europeen de Successions Internationales. Le Règlement du 4 juilliet 2012,* Defrénois, Paris, 2013, p. 131, consideran que los herederos no podrán concluir un acuerdo de elección de foro a menos que el *decuius* haya fallecido a partir del 17 de agosto de 2015, fecha de entrada en vigor del reglamento, pues este acuerdo no puede ser calificado como «disposición a causa de muerte» empleada en los artículos 83.3 y 4 RES, siendo, por tanto, requisito indispensable que el reglamento sea aplicable para que la elección de foro sea posible.

[8] Al respecto destaca Lagarde, *op. cit*, p. 723 que la regulación de los litigios sucesorios ya no es una cuestión que afecte al difunto, y no le corresponde modificar con antelación el centro de gravedad determinado objetivamente por el reglamento, en igual sentido Álvarez Torné, *op. cit.,* p. 164 (quien recuerda, por otro lado, que algunas respuestas al Libro Verde, como las de los gobiernos francés y holandes destacaron la necesidad de admitir con cautela la elección de foro, indicando incluso que sería preciso el acuerdo unánime de todos los herederos, *cfr.* n. 123) y Marongiu Buonaiuti, *The EU. Succession Regulation. A Commentar,* dir. Calvo Caravaca-A. Davi –H-P Mansel, Cambridge University Press, 2016, p. 151. El mismo autor destaca como en cambio, en el sistema de derecho internacional privado de algunos estados, como en Suiza, se establece que la elección efectuada por *el causante* de su ley nacional como ley aplicable a la sucesión, supone la sumisión a los tribunales de dicho Estado (p.149). Por lo tanto, una elección de foro efectuada por el difunto no sería vinculante, y sería susceptible de ser revocada por los herederos (Odersky, *Compétence… cit.,* pp. 66-67).

[9] Bonomi, *op. cit.,* p. 166, poniendo el ejemplo de la acción sobre entrega de legado que está en posesión de un heredero, donde solo sería exigible el acuerdo entre heredero y legatario; o el de una acción de reducción de una liberalidad, donde solo sería exigible el acuerdo del heredero afectado y el gratificado. A juicio de Odersky, Art. 9… *cit.*, p. 72, dada la falta de definición de parte afectada, los problemas de delimitación se plantearán fundamentalmente, en los procedimientos no contenciosos.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

ra de estas hipótesis solo parece exigirse el acuerdo de las partes en el procedimiento.

En relación a las consecuencias jurídicas derivadas de los vicios del consentimiento, las cuestiones relativas a su interpretación, las cuestiones preliminares (como la capacidad jurídica para concluir un acuerdo de elección de foro, la admisibilidad de una representación, etc.) considera la doctrina [10], que no se regirán por el reglamento, sino *probablemente* por la ley del Estado miembro cuya ley sucesoria ha sido elegida conforme al artículo 22.

2) En cuanto a la *forma*, el Reglamento exige que el acuerdo conste por escrito, con expresión de la fecha y firma de las partes interesadas. Ello excluye, por ejemplo, el simple intercambio de correos electrónicos, salvo que estén firmados electrónicamente por ambas partes [11], aunque Odersky considera que probablemente basta con que el documento sea firmado, escaneado y enviado [12].

Hay que destacar la exigencia expresa de la firma, que si bien aparece mencionada en el artículo 7.1 del R. (UE) nº 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, así como en el artículo 23 del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE L 183 de 8 julio 2016) [13] y en el R. (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el

---

[10] Odersky, *Compétence… cit.,* p. 66. En este sentido Marigoriou Buonaiuti, *op. cit.,* p. 159 lamenta que no se haya incluido una previsión similar a la contemplada en el artículo 25 del R. 1215/2012, según la cual el órgano jurisdiccional en cuyo favor se ha realizado la elección de foro será competente «a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material *según el Derecho de dicho Estado miembro».*También favorable en este punto a la aplicación de la ley nacional del Estado miembro a cuya jurisdicción se hayan sometido las partes se muestran Iglesias Buigues*, op. cit.,* pp. 76, quien observa además que la capacidad de las partes en este punto está excluida del RES, según su art. 1.2 b) y Bonomi, *op. cit.,* p. 167, que no obstante considera que la cuestión del consentimiento quedará normalmente embebida por la de la forma.

[11] Bonomi, *op. cit.,* p. 167. Para Deixler-Hübner, Art. 5, «EuErbVO-Kommentar», Deixler-Hübner/Schauer, MANZ'sche Verlags, Wien, 2015, p. 106, además de la firma electrónica, es admisible el cifrado.

[12] Odersky, *Compétence… cit.,* p. 67.

[13] Artículo 23 *Validez formal del acuerdo de elección de la ley aplicable* 1. El acuerdo a que se refiere el artículo 22 se expresará por escrito, fechado y firmado por ambos cónyuges. Se considerará como escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOUE L 183 de 8 julio 2016) [14], no aparece, sin embargo, en otros reglamentos europeos [15].

No es preciso, en cambio, el otorgamiento de documento público.

3) Finalmente, en cuanto al *momento* de prestar el consentimiento para el acuerdo, no tiene porqué coincidir necesariamente con el de la apertura de la sucesión, aunque esto sería lo normal, pues con anterioridad puede ocurrir que las partes desconocieran la elección efectuada por el causante en favor de su ley nacional; no obstante en teoría sería admisible la validez de un acuerdo anterior, aunque supeditando sus efectos al momento de la apertura de la sucesión [16].

El acuerdo de elección de foro válidamente celebrado producirá, como indica la doctrina sobre el Reglamento Europeo de Sucesiones, un efecto negativo, derivado de los artículos 5 y 6.b RES (la derogación de la competencia que habría debido conocer del asunto según los criterios de atribución de competencia previstos en el Reglamento) y uno positivo: la prórroga de la competencia del Tribunal elegido (arts. 5 y 7.b RES) [17].

---

[14] Artículo 23 *Validez formal del acuerdo de elección de la ley aplicable* 1. El acuerdo a que se refiere el artículo 22 se expresará por escrito, fechado y firmado por ambos miembros de la unión registrada. Se considerará como escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.

[15] Como el artículo 23.2.a) del R. (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de octubre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*Bruselas I)* y el artículo 4.2 del R. (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2009, relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia de obligaciones de alimentos. La inclusión de manera expresa del requisito de la firma en el RES ha sido acogida de manera favorable por Odersky (*Compétence… cit.,* p. 67) frente a estos textos en los que no se sabe con certeza si la firma es o no necesaria, mientras que Marongiu Buonaiuti, *op. cit.,* p. 157, por el contrario, considera que es tautológico.

[16] Marongiu Buonaiuti, *op. cit.,* p. 152; Iglesias Buigues, *op. cit.,* p. 71.

[17] *Cfr.* Bonomi, *op. cit.,* p. 168, Odersky, *Article 4...* cit., p. 71, quien observa que aparentemente del acuerdo de elección de foro se derivará una jurisdicción exclusiva diferente, no alternativa, a diferencia de lo que se deduce del inciso final del artículo 4,1 del Reglamento 4/2009, relativo a las obligaciones de alimentos, que reza: »la competencia atribuida por convenio será exclusiva*, salvo pacto en contrario entre las partes*»; en igual sentido Carrascosa González, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 76 y Calvo Caravaca, *op. cit.,* p. 152.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

II.2 **La sumisión expresa como criterio de atribución de competencia en Roma**

II.2.1 Admisibilidad de los acuerdos de elección de foro en el Derecho romano

El Derecho romano también conoció la sumisión de las partes a un órgano jurisdiccional distinto al competente, lo que suponía una derogación de los foros generales de competencia. De la materia se ocupaba ya el *fragmentum Atestinum,* que autorizaba a quien era demandado ante un magistrado municipal por una acción de fiducia, sociedad, mandato, tutela, hurto o *iniuria* defenderse en aquel municipio, si este era su deseo, en lugar de ir a Roma, lugar donde le correspondería haber sido demandado, siempre que la causa no superase los diez mil sestercios [18].

La posibilidad de derogación de la competencia, denominada por la doctrina posterior *prorogatio fori* [19], aparece reconocida en varios fragmentos de la compilación justinianea, fundamentalmente D.5.1.1 (*Ulp. l. II ad ed.),* D.5,1,2,1 y 2 *(Ulp. l. III ad ed.),* D.2,1.15 (*Ulp. l. II de omn. Trib.);* D.2,1,18 (*Afr. l. VII*

[18] [*Quei post hanc legem rogatam in eorum quo oppido municipio colonia praefectura foro veico conciliabulo castello territoriove, quae in Gallia Cisalpeina sunt eruntve, ad IIvirum IIIIvirum praefectumve in iudicium fiduciae aut pro socio aut*] *mandati aut tutelae suo nomine quodve ipse earum rerum ° quid gessisse dicetur, add*u*cetur, aut quod furti, quod ad ho°minem liberum liberamve pertinere deicatur, aut iniuri°arum agatur: sei is, a quo petetur quomve quo agetur, d(e) ° e(a) r(e) in eo municipio colonia praefectura iudicio certa°re* 'volet' *et si ea res HS ccIcc minorisve erit, quo minus ibei d(e) e(a) r(e) ° iudex arbiterve addicatur detur, quove minus ibei d(e) e(a) r(e) iudicium ita ° feiat, utei de ieis rebus, quibus ex h(ac) l(ege) iudicia ° data erunt, iudicium fierei ex oportebit, ex h. l. n(ihilum) r(ogatur)* (Bruns, *Fontes iuris Romani antiqui*, I, Tübingen, 1909, pp. 101-102).

[19] El término *prorogatio fori* procede de D.5,1,2,2 (Ulp. l. III ad ed.) *Si et iudex ad tempus datus et omnes litigatores consentiant: nisi specialiter principali iussione prorogatio fuerit inhibita, possunt tempora, intra quae iussus est litem dirimere, prorogari;* pero hay que observar que en el Derecho Romano dicho fragmento no contempla un supuesto de derogación de la competencia, sino de prórroga temporal del plazo para juzgar, tal como pone de manifiesto la glosa β) a *prorogatio*: *Hic conuincitur interpretum error, qui putant prorogare iurisdictionem esse, cum ex consensu partium aditur incompetens iudex.* Cviac. Fehi, J. *Corpus Iuris Civilis Iustinianei. Studio et opera Ioannis Fehi*, t. I, Otto Zeller, Osnabrück, ed. facs. de la de 1627, t. I, p. 635. Glück, F., *Commentario alle Pandettete,* t. II, trad. De Marinis, Leonardo Vallardi ed., Milano, 1895, p. 157. Noodt, *op. cit.,* p. 117, considera que la verdadera *prorogatio* es la relativa al tiempo, para la jurisdicción o imperio propone los términos *prolatio* o *propagatio,* como hace su amigo Jacobus Perizonius, aunque de hecho el uso docente ha llevado a hablar de hecho de «prórroga de jurisdicción». En igual sentido se expresan Cramer, J. U.-Schneider, J. L., *Dissertatio jvridica de jvrisdictione prorogata*, Marburgum, 1737, p. 3, *schol*. a def. 9 y Heineccii, *Operum,* t. VI*, quo continetur I. Elementa Iuris Civilis secundum ordinem pandectarum, II. Observationes Theoretico-Practiace ad Pandectas*, Genevae, Fratrum de Tournes, 1768, p. 71. Para algunos es posible distinguir una *prorogatio* voluntaria, cuando viene establecida por convención de las partes, y una necesaria, cuando es obra de la propia ley, incluso contra la voluntad de los particulares; pero matizando que solo la *prorogatio* voluntaria es verdadera prórroga de jurisdicción (Glück, *op. cit.,* p. 158). *Cfr.* finalmente Pugliese, G., *Il proceso civile romano, II, Il proceso formulare*, t. I, Giuffré ed., Milano, 1963, pp. 164 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

Quaest.); D.50,1,28 (*Paul. l. I ad ed.*); C.2,3,19 y C.3,13,1 pr. y C.3,13,3. La formulación general de la posibilidad de la sumisión se encuentra expresada en:

> D.5,1,1 (*Ulp. l. II ad ed.)*: *Si se subiciant aliqui iurisdictioni et consentiant, inter consentientes cuiusvis iudicis, qui tribunali praeest vel aliam iurisdictionem habet, est iurisdictio.*

Ulpiano indica que si las partes se someten a una jurisdicción–*si se subiciant alicuqui iurisdictioni*– y lo consintieran, tiene jurisdicción sobre ellas cualquier juez que preside un tribunal, o que tiene otra jurisdicción. Según la glosa a *qui tribunali* [20], la expresión «que preside un tribunal» puede comprender tanto a quien preside un tribunal ordinario como al delegado a quien se somete. La jurisdicción a la que se refiere parece ser la civil, aunque en la glosa *a iurisdictio* se indica que también en la criminal se puede prorrogar la jurisdicción [21].

La romanística coincide en destacar las interpolaciones existentes en este texto [22]; Pugliese [23] destaca en particular la indeterminación del *se subicere iurisdictioni,* la falta de indicación de a qué se refiere la *iurisdictio*, la mención del *iudex* en lugar del magistrado y la expresión *tribunal praese*. A juicio de este autor, el jurista severiano únicamente tomaba en consideración la derogación de competencias concretas, en este caso, la competencia por razón de cuantía del magistrado municipal.

Lo mismo sucedería en D.5,1,2,1:

> D.5,1,2,1 *(Ulp. l. III ad ed.) Convenire autem utrum inter privatos sufficit an vero etiam ipsius praetoris consensus necessarius est? Lex Iulia iudiciorum ait «quo minus inter privatos conveniat»: sufficit ergo privatorum consensus. Proinde si privati consentiant, praetor autem ignoret consentire et putet suam iurisdictionem, an legi satisfactum sit, videndum est: et puto posse defendi eius esse iurisdictionem.*

En este texto Ulpiano pregunta si basta el convenio entre particulares o se precisa también el consentimiento del pretor. El jurista se decanta por indicar

---

[20] Fehi, *op. cit.,* t. I, p. 633, glosa b) *qui tribunali. Scillicet* [i] *ordinarie & quod subiicit de delegata / i. tribunali praesse qui dicuntur.*

[21] Fehi, *op. cit.,* t. I, p. 633, glosa c) *scilicet in ciuile causa. Sed an idem* [K] *in criminali* / k) *Iurisdictio vtrum possit prorogari in criminalibus.*

[22] *Vid.* Levy– Rabel, *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, Weimar, 1929, p. 67 y t. III, 1935: a) inter-iurisdictio: quaedam T[i] esse susp. Jörs Pauly-Wissowa RE 5,536; –b) iudicis-praeest; quaedam T[i] esse susp. Pernice SZ 14, 136, n. 5– c) iudicis T? Lenel Ulp. 194; –d. iudicies T? d. tribunal-vel T? Seckel s.v. praeesse 1, tribunal 2; Suppl. p. 84: iudex (a principe) Wlassak Jud bef 63 sqq. Girard, P. F., *Les leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum*, «ZSS», 34, 1913, p. 335; Pugliese, p. 162 ss. y Ziletti, U. *La dottrina dell'errore nella storia del Diritto romano*, Milano, Giuffré ed., 1961, pp. 356-357.

[23] Pugliese, *op. cit.,* pp. 162 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

que basta con el consentimiento de los particulares, sin que sea necesario el consentimiento o conocimiento –*scientia*– del pretor [24].

Pugliese [25]indica que en este fragmento se estaría haciendo referencia a la posibilidad de comparecer ante un pretor distinto del competente. El acuerdo debía de constituir una derogación de la competencia por razón de la materia, pues la diferente competencia de un pretor respecto a otro no podía depender de razones de cuantía o territorio. En opinión del jurista italiano, es dudoso que en la época clásica se hubiera llegado a formular un principio general según el cual las partes, de común acuerdo, habrían podido libremente someterse a cualquier magistrado; por ello estima que la derogación convencional que inicialmente tomaban en consideración los juristas consistía en el acuerdo de someterse al pretor urbano o al peregrino [26], posibilidad ya habría sido admitida por la *lex Iulia de ordo iudiciorum privatorum* [27], de la época de Augusto [28]. Posteriormente, los pasajes se interpolarían para tratar de generalizar el pensamiento de Ulpiano.

La siguiente constitución del emperador Caracalla fechada en el año 214 hace referencia a una sumisión (en este caso tácita) en favor del *procurator augusti:*

C.3,13,1. *Imperatores Severus, Antoninus. Non quidem fuit iudex procurator noster in lite privatorum: sed cum ipsi eum iudicem elegeritis et is consentien-*

---

[24] Vid. Glosa *privatorum: etsi praetor non* [a] *est praesens: patitur tamen post ante se litem contestari/ a) In iurisdictionis prorogatione, quae sit de persona ad personam, non requiritur scientia, vel consensus iudicis.* (Fehi, *op. cit.,* t. I, p. 634).

[25] Pugliese, *op. cit.,* p. 163.

[26] La alusión al Pretor se repite en los fragmentos relativos a la *prorogatio fori*: D.5,1,2, pr., D.5,1,2,1¸D.2, 1,15 y D.2,1,18. En D. 2,1,15 se habla también de sumisión a la jurisdicción del presidente y en el CJ. 3,13,1 de sumisión en favor del *procurator augusti.* Sobre la delimitación de competencias entre los pretores urbano y peregrino *vid.* Bertoldi, *op. cit.,* p. 199 y ss. Recuerda esta autora que dichas competencias no venían atribuidas por la elección popular, sino con la posterior *sortitio provinciarum* por parte del Senado antes del inicio del año judicial.

[27] Como observa Glück, *op. cit.,* t. II, p. 156, lo que concretamente señalaba la *lex Iulia* en cuanto a la extensión de la jurisdicción, Ulpiano no lo dice expresamente, sino que se limita a indicar «que no se convenga entre particulares»– *quo minus inter privatos conveniat*–. Según Bertoldi, F., *La lex Iulia iudiciorum privatorum*, Giappichelli ed., Torino, 2003, p. 202, la *lex Iulia* habría previsto una distinción de competencias entre el pretor urbano y peregrino, pero también habría regulado la posibilidad de derogarla, dándose determinados requisitos.

[28] En el pasado se debatió extensamente sobre la atribución de dicha ley a Julio César o a Octavio Augusto (la atribuyen al primero, por ejemplo, Gothofredo, *op. cit.,* t. I, p. 372, n. 14; Mommsen, *Droit Penal*, I, 148). Sobre esta cuestión *vid.* Bertoldi, *op. cit.,* p. 7 y ss., Girard, p. 344 y ss., Glück, *op. cit.,* p. 155, Rotondi, G., *Leges publicae populi romani,* Georg Olms Verlagsbuchhandlung, Hildesheim, 1966, pp. 450 y ss. Actualmente esta ley que, como es sabido, completa la sustitución del procedimiento de las *legis actiones* por el formulario, se considera que fue aprobada en el año 17 a.C., en correspondencia o acaso en un único texto con la *Lex Iulia de ordo iudiciorum publicorum* (*cfr.* Torrent, A., *Diccionario de Derecho romano,* voz «Lex Iulia (octaviana) iudiciorum publicorum», Edisofer, Madrid, 2005, p. 612). La *lex Irnitana* se refiere en su capítulo 94 a «la ley Julia recientemente aprobada sobre juicios privados» –*legis Iuliae quae de iudic(i)s privatis proxime lata est*– (D'Ors, A. y J., *Lex Irnitana,* texto bilingüe, Universidade de Santiago de Compostela, 1988, pp. 78-79).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

tibus adversariis sententiam tulerit, intellegitis vos adquiescere debere rei ex consensu vestro iudicatae, cum et procurator iudicandi potestatem inter certas habeat personas, et vos incongruum eum esse vobis iudicem scientes tamen audientiam eius elegistis.

Esta constitución imperial se dicta a propósito de un litigio entre unos particulares que eligieron juez al *procurator augusti*, que no era competente en el mismo, consintiendo sus adversarios. El *procurator* pronuncia sentencia.

En este caso el emperador sostiene que deben aquietarse a la cosa juzgada con su consentimiento, porque sabiendo que él no era competente para juzgar en ese litigio eligieron su tribunal. Esta solución se establece como norma para otros supuestos referentes a otros jueces semejantes y con independencia de que la sumisión se produzca por el actor o por el demandado.

Según Pugliese, tampoco esta constitución justificaría un principio general de admisibilidad de la *prorogatio fori* en la época clásica, al tratarse de un caso de *cognitio* [29], no pudiéndose trasferir el mismo principio al ámbito de la *iurisdictio* en sentido técnico, concluyendo que probablemente los clásicos valoraban caso a caso la idoneidad del magistrado o funcionario en cuyo favor se operaba la derogación.

El derecho común admitió la prórroga de la competencia, de modo que en siglo XVII Voet llega a afirmar que la jurisdicción se tiene o por concesión del Príncipe, por la voluntad concurrente de los particulares [30].

Como señalaba Glück [31], los límites de la jurisdicción forman parte de la constitución de un estado, no pudiendo, en principio, ser dicha jurisdicción

---

[29] En igual sentido KASER, *op. cit.,* p. 184 y FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *Estudios de Derecho procesal civil romano,* S.P. Universidade da Coruña, 1999, p. 185. La eficacia del acuerdo tácito de someterse al *procurator augusti* se justifica en este caso, explica PUGLIESE, *loc. ult. cit*., porque este, a pesar de su incompetencia específica, todavía tiene *iudicandi potestas*. La decisión – añade– parece un corolario del principio de que, si se escoge un funcionario o magistrado dotado de *iudicandi potestas*, de él se puede sustraer el juicio. Aclara GOTHOFREDI, D., *Corpus Juris Romani*, t. IV, Neapoli, 1830, p. 272 que el *caesaris procurator* no dirime juicios entre particulares, sino entre estos y el fisco (C.2,36,1).

[30] VOET, J., *Commentarius ad Pandectas*, t. I, Parisiis, 1829, p. 124: *jurisdictionem aliam ex sola Principis concessione competere, aliam concurrente privatorum facto, seu prorogatione*.

[31] GLÜCK, *Commentario alle Pandette,* t. II, trad. De Marinis, Leonardo Vallardi, Milano, 1895, p. 155. Cita el jurista alemán los siguientes fragmentos: D. 2,14,38 (Pap. l. II *Quaest*.), en cuya virtud el Derecho público no puede ser alterado por pactos de particulares –*Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*– y D. 50, 17,27 (Pomp. l. XVI *ad sab*.), según el cual no se ha de alterar alguna cosa por convención de los particulares ni en el derecho civil ni en el pretorio, aunque las causas de las obligaciones se pueden alterar por pacto y de derecho y por la excepción de pacto convenido, porque el modo de las acciones introducido en la ley, o por el pretor no es invalidado por pactos de los particulares, a no ser que se haya convenido entre ellos al incoarse la acción: *Nec ex praetorio nec ex sollemni iure privatorum conventione quicquam immutandum est, quamvis obligationum causae pactione possint immutari et ipso iure et per pacti conventi exceptionem: quia actionum modus vel lege vel per praetorem introductus privatorum pactionibus non infirmatur, nisi tunc, cum inchoatur actio, inter eos convenit.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

abolida o alterada por la voluntad de los particulares. Sin embargo, pueden presentarse casos en los que el reconocimiento de un juez que, de otro modo sería incompetente, sirve para facilitar el acceso a la justicia, pues a las partes puede resultarles más gravoso acudir al juez ordinario; por ello la ley permite, dentro de ciertos límites, la prórroga de la jurisdicción.

II.2.2 Requisitos del acuerdo de sumisión

Para que el acuerdo de sumisión ante un determinado órgano jurisdiccional produjese sus efectos, los juristas romanos exigían la concurrencia de una serie de circunstancias [32], referidas, de un lado, a la persona cuya competencia podía ser prorrogada y de otro, al consentimiento de las partes, y que pasamos a analizar a continuación.

A) *Autoridad frente a la que puede efectuarse la prorogatio fori*

En general, se entiende que la sumisión únicamente podía tener lugar en favor de quien tuviera jurisdicción [33] *–qui tribunali praeest vel aliam iurisdictionem habet,* dice Ulpiano en D.5,1,1–.

En este sentido, una constitución de Diocleciano y Maximiano, recogida en C.3,13,3, señala que el consentimiento de los particulares no hace juez al que no tiene jurisdicción alguna– *qui nulli praeest iudicio–* [34].

Es cierto que las partes podían someter su controversia a un particular –arbitraje– pero en este caso no se le estaría dotando de jurisdicción [35].

Glosadores y comentaristas interpretaron el texto considerando que, si bien los particulares a título individual no podían otorgar jurisdicción, sin em-

---

[32] Donelli, H., *Opera omnia. Commentariorum de Jure Civili*, t. IV, Florentiae, 1842, col. 1256 exige tres requisitos para la validez de la sumisión: a) sometimiento a una jurisdicción *–si se subjidiant jurisdictioni–* tanto por convención expresa (que además debe ser justa y legítima) como tácita, b) que las dos partes consientan-*si consentiant–* y c) que el juez tenga la jurisdicción por sí mismo *–si is sit iudex, qui aliquam per se jurisdictionem habeat–*.

[33] A propósito de la *iurisdictio vid.* Pugliese, *op. cit.,* pp. 113 y ss. Cuiacii, J., *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem, in XIII. Tomos distributa,* t. III, Prati, 1837, p. 35, definía la jurisdicción en sentido propio como *Notio jure magistratus competens;* a lo que Pothier añade (*op. cit.,* p. 9): *proinde consistit in decernedo et dandis Judicibus.*

[34] CJ. 3.13.3. *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Privatorum consensus iudicem non facit eum, qui nulli praeest iudicio, nec quod is statuit rei iudicatae continet auctoritatem.* * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. IUDAE. *'A 293 S. VI K. IAN. AA. CONSS.'

[35] Glück, *op. cit.,* t. II, p. 193, n. 84.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

bargo, los colegios o *universitas,* como la de los obreros –*cerdonum* [36]–, curtidores de pieles –*pelliparíorum*– u otros similares, en cambio sí podían, utilizando como argumento la auténtica *de defensores civitatibus.*

El problema que surgía a continuación era el de si se requería la confirmación por un superior, pues tanto en C.1,55,8 como en la Nov. 15,1,1 se establecía la necesidad de que el *praefectus praetorio* confirmase la autoridad del *defensor civitatis* nombrado por obispos, clérigos, honorables, poseedores, y curiales [37]. Finalmente se entendió que las *universitas* confieren jurisdicción, pero que los efectos de la misma no se tienen hasta la confirmación por el *praefecto praetorio*.

También se observó que la prórroga de jurisdicción no procede respecto a otros oficios en los que no hay jurisdicción, como en el caso de los tabeliones, cuyo oficio no se puede prorrogar [38].

La siguiente cuestión que se plantea es la de la determinación de ante qué autoridad concreta dotada de jurisdicción podían someterse las partes; por ejemplo, en el caso de competencia por razón de la materia se discute si únicamente cabía la sustitución del pretor urbano por el peregrino o viceversa, o si podía alcanzar a otros pretores con funciones especiales, como el pretor fideicomisario, el de *liberalibus causis* [39]*,* etc.

---

[36] Nombre que se encuentra en varios pasajes, designando un oficio siempre aplicado a esclavos u hombres de la más baja condición (Daremberg-Saglio, voz «cerdo», *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, t. I-2, Akademische Druck– U. Verlagsanstalt, Graz, 1969, p. 1020).

[37] Azonis, *Lectura super codicem, «*Corpus Glossatorum Iuris Civilis», t. III, Augustae Taurinorum, ex officina Erasmiana, 1966, p. 188 (ad. CJ. 3,13,3): PRIVATORVM. *praeterea intellige de priuatis dignitati. nam praeses vel praetor vel similes dare possunt iurisdictionem: ut s. qui pro sua iurisdictione iudices dare darive possunt. praeterea intellige de privatis qui non constituunt vniversitatem in civitate aliqua vel municipio. Illi enim +dare possunt iurisdictionem: vt j. authen. de defenso. Ciuit.;* Accursio, *Glossa in Codicem*, «Corpus Glossatorum Juris Civilis», t. X, Augustae Taurinorum, p. 72, *ad l. Privatorum* (C.3,13,3): *putà duorum, vel trium, vel quatuor nam secus in consensu aliucuius collegii, putà cerdonum, pelliparíorum & similium, vt j. eod. l. fin. Item secus in consensu universitatis: ut in authent. De defen. civi, circa princip. § j. in fin. coll. IIII. Nec obstat quod ibi dicit est confirmando a praefecto pretorio sed dico quod habet iuridictionem statim facta electione habent iurisdictionem sed non effectum iurisdictionis*. Baldo Ubaldi *Commentaria in primum, secundum & tertium Codicis lib.*, Lugduni, 1585, p. 209, *ad l. privatorum* (C.3,13,1): *privati vt singuli non possunt vt hic, sed vt collegium probatum, vel universitas appoprobata: sic: utin contrarii. Sed contra hoc opponitur, quia+immp etiam si est collegium, vel vniuersitas, requiritur confirmatio superioris, vt d. § in interim. Solu. Concedo quod vniuersitas confert iurisdictionem: sed effectum iurisdictionis+electus non habet nisi per confirmationem superioris, vunde non potest iurisdictionem exercere ante confirmationem.*

[38] Baldo Ubaldi, *Commentaria in primam Digesti Veteris... cit., fol.* 283, *ad l. si se subiiciant* (D. 5,1,1), recogiendo el pensamiento de G.: vsque ad versi IX dicit G. *materia prorogationis procedit in his, quae iurisdictionem sapiunt, non in aliis officiis, vt in tabellio natu, cuius officium non potest prorrogari.*

[39] Pugliese, *op. cit.,* p. 163 apunta la posibilidad de que la expresión «un pretor por otro», inicialmente referida al acuerdo de someterse al pretor urbano por el peregrino o viceversa, quizá fuera sucesivamente interpretada en sentido extensivo, viniendo a referirse también a los numerosos pretores, a los que en la época imperial se les confiaban tareas no propiamente jurisdiccionales (fideicomisiarios, tutelares,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

En general, se estimó que además de tener jurisdicción en general, la autoridad en cuyo favor se opera la delegación ha de tener jurisdicción en la especie a la que pertenece la cuestión prorrogada [40], y que, en consecuencia, no se podía prorrogar la jurisdicción en favor de quien tenga competencia para juzgar en causas de diverso género a la prorrogada. Así lo indica Pothier [41] poniendo el ejemplo del *latrunculator,* que no podía juzgar en asuntos pecuniarios, conforme a D.5,1,61,1 (*Ulp. l. XXVI ad ed*.) [42].

En materia criminal fue discutida la posibilidad de efectuar una *prorogatio fori*; siendo admitida por algunos [43], como Azón [44] y negada por otros, como Baldo de Ubaldis [45] o Voet [46], por entender que el reo puede ser aprehendido en

---

subastas…). Para Kaser, *Das Römische Zivilprozessrecht*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1966, p. 184, n. 44, es dudosa la validez del compromiso de acudir a magistrados o funcionarios que no tendrían acceso al procedimiento formulario. Girard, *op. cit.,* p. 336 considera que la prórroga no puede alcanzar más que a una autoridad que tenga la *iurisdictio inter privatos,* es decir, investida de jurisdicción civil, que puede ser la jurisdicción extraordinaria en tiempos de Ulpiano, alcanzando a los pretores extraordinarios –pero nunca en materia penal– y que en tiempos de la *lex iulia* solo podían alcanzar a los pretores con jurisdicción civil del *ordo*. En relación con los gobernadores de provincias y los magistrados municipales, entiende que la posibilidad de prórroga está constatada al menos desde los Severos, siendo posible su vigencia con anterioridad. Robles Reyes, *op. cit.,* p. 129, se muestra partidario de hacer una interpretación extensiva, de modo que la prórroga alcance a pretores con funciones especiales.

[40] Glück, *op. cit.,* t. II, p. 193.

[41] Pothier, R.J., *Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae, cum legibus, codicis et novellis, quae jus pandectarum confirmant, explicant aut abrogat*, t. I, Parisiis, 1818, p. 70.

[42] D. 5,1,61,1 *(Ulp. l. XXVI ad ed.) Latrunculator de re pecuniaria iudicare non potest.* Explica Pothier, *op. cit.,* p. 70, n. 6, que el *latrunculator* era el magistrado encargado de perseguir a los ladrones y de investigar los casos de latrocinio.

[43] *Vid*. sobre este punto la glosa de Gregorio López, *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el IX*, t. IV, Barcelona, 1844, a Part. 7,1,15 (p. 30, n. 16).

[44] Azonis, *Lectura… c*it., p. 190 *ad l. quaestiones,* (C.3,15,1): se aplica la jurisdicción del juez extraordinario si sabe que no es su juez y no opone la excepción desde el principio – *forte apud + extraordinarium iudicem, si s. scivit non suum iudicem nec opposuit exceptionem in principio*– pero si verdaderamente ignora que es su juez, será nula la sentencia – *si vero ignorasset suum iudicem non esse, non tenet sententia*–. Spiegel, I. *Lexicon Iuris Civilis,* Basileae, 1549*,* p. m 2 vta., formularía la máxima de que se entiende que se someten a la jurisdicción aquellos que saben que no están sujetos a ella y sin embargo consienten –*Consentire iurisdictioni videtur qui sciunt se non esse subiectos iurisdictioni eius et in eum consentiunt*– (*Cfr.* Domingo, R. Ortega, J., Rodríguez Antolín, B, Zambrana, N., *Principios de Derecho global. 1000 reglas y aforismos jurídicos comentados,* 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 90, nº 194).

[45] Baldo Ubaldi, *Commentaria in primum, secundum & tertium Codicis… cit.,* fol. 208 va. *ad l. non quidem* (CJ. 3,13,1)– *prorogationem impedit qualitas cuasarum: puta si sint causae criminales.* No obstante, admite que se puede prorrogar en favor de quienes tienen mero imperio, pero no en el caso contrario: *in quo dico quod potest fieri prorogatio in habentenm merum imperium: sid si non habentem merum imperium, non potest fieri prorogatio criminalium causarum & ita debet intelligi glos.* Define Heineccii, I. G., *op. cit.,* p. 69, el mero imperio como aquel que incluye *la potestas gladii,* especialmente concedida por ley, para advertir a los criminales –*potestas gladii, ad animaduertendum facinorosos homines, speciali lege concessa*–. Al mero imperio se opone el *imperium mixtum*, que solo permite la *modica coercitio* que está unida a la jurisdicción –*modica coercitio, quae iurisdicioni cohaeret.*

[46] Voet*, Commentarius ad Pandectas*, t. I, Parisiis, 1829, p. 134, n. XXXVII: *in criminalibus denique causis frustranea plerumque est prorogatio, cum reus criminis comprehendi ubique possit, et reatus omnen plerumque dignitatem excludat, faciatque cessare fori praescriptionem.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

cualquier lugar y que los crímenes excluyen su dignidad, haciendo cesar la prescripción de fuero. Se citan al efecto los siguientes textos:

> 1) Una constitución de los emperadores Severo y Antonino, del año 196 d.C., recogida en C.3,15,1, en la que dichos emperadores recuerdan, como cosa ya sabida, que las causas por crímenes, ya sean penados por las leyes o extraordinariamente, deben concluirse donde aquellos se cometieron o se empezaron o donde son hallados los acusados del crimen [47].
>
> 2) Una constitución de Constantino dirigida a Octaviano, *Comes Hispaniarum,* que nos trasmite C.3,24,1, y fechada en el 317 d.C., por la que se somete a las leyes públicas en la provincia en que perpetró el delito –*intra provinciam in qua facinus perpetravit*–, sin posibilidad de utilizar la excepción de fuero, al que, gozando de esclarecida dignidad, hubiere cometido determinados delitos, tales como el rapto de una virgen, la invasión de algunos límites o ser sorprendido en alguna culpa o crimen, pues el delito excluye todo honor de esta naturaleza –*omnen enimhuiusmodi honorem reatus excludit*.
>
> 3) Un fragmento de Paulo, contenido en D.1,18,3 (*Paul, l. XIII ad Sab*.) donde el jurista recuerda que el presidente de una provincia, a pesar de tener imperio tan solo sobre los hombres de su provincia – y esto mientras reside en ella, pues si sale se le considera como un simple particular–, sin embargo, a veces tiene potestad también sobre los extraños, si hubieren cometido algún delito con armas, pues en los mandatos de los Príncipes se expresa que el presidente de la provincia debe purgar a esta de hombres malvados, sin hacer distinción de su lugar de procedencia.
>
> 4) Por último, un texto de Ulpiano recogido en D.1,18,13, pr. (*Ulp. l. VII de off. Proc.)* en el que el jurista severiano recuerda el deber del Presidente de cuidar de que la provincia que gobierna esté pacífica y quieta, labor que conseguirá fácilmente si procura que la provincia esté libre de hombres malvados –entre los que menciona expresamente a sacrílegos, ladrones, plagiarios y rateros–, los persigue, castiga y reprime a sus encubridores.

A juicio de Noodt [48], seguido por Glück [49], la *lex iulia iudiciaria* permite únicamente la *prorogatio fori in causae privatae* pues la regulación de los *crimina* quedaba fuera del ámbito de la ley.

---

[47] C.3,15,1. *Imperatores Severus, Antoninus. Quaestiones eorum criminum, quae legibus aut extra ordinem coercentur, ubi commissa vel inchoata sunt vel ubi reperiuntur qui rei esse perhibentur criminis, perfici debere satis notum est.* * SEV. ET ANT. AA. LAURINAE. *'A 196 PP. IIII NON. OCT. DEXTRO II ET PRISCO CONSS.' Siglos más tarde Irnerio, en su *Summa in Codicis,* recordará que el foro competente para la represión del delito es el del lugar donde fue cometido o donde fue aprehendido el delincuente (Fitting, H., *Summa Codicis des Irnerius mit einer Einleitung*, Berlin, 1894, p. 51).

[48] Noodt, G., *Opera varia, quibus continentur Probabilium Juris Civilis, libri IV; De iurisdictione et Imperio, libri II, Ad legem Aquiliam liber singularis*, Lugduni, apud Fredericum Haaring, 1705, p. 127 (De jurisdictione et imperio, l. II, cap. 15).

[49] Glück, *op. cit.,* t. II, p. 198.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

Cramer y Schneider [50], por su parte, entienden que es la utilidad pública la que exige que las penas se impongan a los delincuentes en el lugar de comisión del delito.

En Derecho común se han distinguido varios tipos de prórroga de jurisdicción: *de persona ad personam*, *de re ad rem, de loco ad locum* y *de tempore ad tempus* [51].

En relación con la *prorogatio de persona ad personam* se ha señalado desde antiguo que para la validez del acuerdo era necesaria la voluntad de las partes, pero no así la del magistrado [52], y así se pronuncia Ulpiano, recordando que la *Lex Iulia de ordo iudiciorum privatorum* únicamente se refería a «lo que no se convenga entre los particulares», y que, por tanto, bastaba el consentimiento de estos (D.5,1,2,1, *Ulp. l. III ad ed*.). El fundamento de esta disposición radica, según Donello, en que el pretor tiene la jurisdicción por sí mismo y no la recibe del consentimiento de los particulares [53]. De ahí el requisito de que las partes sólo se podían someter a una autoridad dotada de jurisdicción, según se ha señalado anteriormente.

Por lo que se refiere a la *prorogatio de re ad rem* [54], se admite comúnmente la posibilidad de que las partes, si consienten en ello, puedan litigar por mayor cuantía de la que habitualmente les corresponde ante los magistrados municipales, con base en D.50,1,28 (*Paul, l. I ad Ed*.) *–Inter convenientes et de re maiori apud magistratus municipales agetur* [55]– y D.5,1,74 (*Iul. l. V dig*.), según

---

[50] Cramer-Schneider, *op. cit.,* p. 28: *Reum delinquentem poenae in loco delicti commissi subjici utilitas publica exigit.*

[51] Baldo Ubaldi, *Commentaria in primam Digesti Vetus… cit.*, fol. 284 v., ad l. *sed si iudex–* (D.5,1,2,2,).

[52] D.5,1,2,1 (*Ulp. l. III ad ed.) Convenire autem utrum inter privatos sufficit an vero etiam ipsius praetoris consensus necessarius est? Lex Iulia iudiciorum ait « Convenire autem utrum inter privatos sufficit an vero etiam ipsius praetoris consensus necessarius est? Lex Iulia iudiciorum ait «quo minus inter privatos conveniat»: sufficit ergo privatorum consensus. Proinde si privati consentiant, praetor autem ignoret consentire et putet suam iurisdictionem, an legi satisfactum sit, videndum est: et puto posse defendi eius esse iurisdictionem.»: sufficit ergo privatorum consensus.* Fehi*, op. cit.,* t. I, p. 635, gl. c. *Privatorum. etsi praetor non*[a] *est praesens: patitur tamen post ante se litem contestari*: a/ *In iurisdictionis prorogatione, quae sit de persona ad personam, non requiritur scientia vel consensus iudicis: secus in ea, quae sit de tempore ad tempus;* Bartolus a Saxoferrato, *In primam Digesti veteris partem,* Venetiis, 1570, fol. 152 va*. ad l. consensisse* (D. 5,1, 2, pr.).

[53] Donello, *op. cit.,* p. 1263. *Nam praetor ipse per se jurisdictionem habet, non ex privatorum consensu accipit.*

[54] Baldo Ubaldi, *Commentario in primam Digesti Veteris… c*it., fol. 284 va*. l. sed si iudex* (D. 51,2,2) *Vt si iudex habebat iurisdictionem vsque ad x. libras, & prorrogatur vsque ad xx. vel ad mille, ad municipa. l. inter convuenientes.*

[55] Accursio, *Glossa in Digestum vetus...* cit., p. 534, gl. inter a *inter convenientes* (D. 50,1,28) niega que se pueda consentir en causas de mero imperio, pues tales causas máximas exigen jueces máximos. Lo mismo ocurren en las causas de imperio mixto, que también precisan de jueces máximos. Por tanto, las causas pecuniarias deben ser entendidas como aquellas en las que antiguamente se podía conocer hasta 100 aúreos, de conformidad a los establecido en C.1,55,1: …*sed secundum hoc nunquid potest vnus in*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

el cual el juez a quien se demandó juzgar hasta cierta suma, puede también juzgar en asunto de una cuantía mayor, si así se conviene entre los litigantes [56].

También suele admitirse la posibilidad de derogación de competencia por razón del territorio *–de loco ad locum-* [57]. Sin embargo, ello no supone que pueda otorgarse competencia a un juez fuera del territorio en el que este tenga jurisdicción [58].

Recuerda Noodt [59] que según Paulo se desobedece impunemente al que administra justicia fuera de su territorio, o si quisiera administrarla excediéndose de su jurisdicción (D.2,1,20 *–Paul. l. I ad Ed.*)– En tales supuestos, aclara Voet [60], el presidente o *praefectus urbi* que está fuera de su provincia se considera como un simple particular.

En cuanto a la prórroga de competencia *de tempore ad tempus* (la auténtica *prorogatio fori* según la terminología empleada en las fuentes romanas) debe tenerse en cuenta que, a semejanza del caso anterior, no puede prorrogarse la jurisdicción de un juez a un momento en el que ya no la tenga porque deba cesar de su cargo, pues a partir del cese el juez debe ser considerado como un particular [61]. A lo largo de la recepción se fue precisando que, a diferencia de la *prorogatio ad personam*, este tipo de prórroga requiere el consentimiento del juez además del de los particulares [62].

---

eum consentire de causis meri imperii? Respond. Non: cum tales causae maximae máximos exigant iudices…idem puto in causis mixti imperii: illae máximos iudices exigunt. De causis ergo pecuniariis debet intelligi in quibus tantum vsque ad centum aureos poterat olim cognoscere: ut C. de defens.civitate.l. j.

[56] D.5,1,74 (*Iul. l. V Dig.*), *Iudex, qui usque ad certam summam iudicare iussus est, etiam de re maiori iudicare potest, si inter litigatores conveniat.*

[57] Pugliese, *op. cit.,* p.167, justifica la ausencia de fuentes jurídicas que contemplen expresamente la derogación de la competencia por razón del territorio en el hecho de que, al tratarse de una derogación obvia, no tenía por qué ser consentida por norma expresa; además de que, por otro lado, quedaba reflejada en algunas fuentes literarias: Catón, *De agr.* 149, que habla de una cláusula que se insertaba en los contratos agrarios (*Si quid de iis rebus contraversiae erit, Romae iudicium fiat*) en cuya virtud las partes podían acudir al pretor urbano en lugar del *praefectus iure dicundo* y Cic. *Pro Tull*. 8,20 y *Verr*. 2,5,13,34, que refleja otro sistema: hacer prometer al demandado en forma de *vadimonium* la comparecencia ante el pretor en un día determinado (*vadimonium Romam promissum*).

[58] *Cfr.* Glück, *op. cit.,* t. II, pp. 196 y ss. Ni siquiera –aclara el jurista alemán– pueden las partes a su arbitrio prorrogar la competencia del juez dentro de su circunscripción *de loco ad locus,* citando como ejemplo el de la *bonorum possessio* que se da en el tribunal *–pro tribunali–* (D. 38, 15, 2*, Ulp. l. XLIX ad ed.).*

[59] Noodt, *op. cit*, p. 126.

[60] Voet, *op. cit.,* ad l. II, t. 1, cap. XXXIII: *Quamprimum enim vel praeses, vel urbi praefectus urbi, aliusve similis suam provinciam aut jurisdictionem territorium eggresus est, pro privato habetur.*

[61] Glück, *op. cit.,* p. 197.

[62] Baldo de Ubaldis, *Commentario in primam Digesti Veteris… c*it., fol 284 va*. l. sed si iudex* (D, 5,1,2,2): *Ítem not. In +prorrogat de tempore ad tempus requiritur consensus iudicis, praestat, & facit argu.ad ídem s. de argi. l. si cum dies in prin. & Labeo & C. locati. l. si cum Hermes. S*e apoya aquí el comentarista en CJ. 4,65,7, según el cual, si al tomar Hermes en arrendamiento por un quinquenio el impuesto de las octavas obligaste tu fianza, y después, habiendo transcurrido el espacio de este tiempo, no prestaste tu consentimiento al ser mantenido como idóneo en el arrendamiento el mismo Hermes, sino que

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

B) *El consentimiento de las partes*

El consentimiento de las partes había de reunir determinados requisitos, que Pothier [63] sintetiza de la siguiente manera: 1º) debía tratarse de un consentimiento libre de error, pues quien yerra no consiente 2º) el consentimiento había de ser espontáneo, lo que comportaba ausencia de violencia o intimidación, por lo que si se prestaba obligado por la pretura –*viribus Praetura compulsus est*– ello excluía la jurisdicción 3º) se debía perseverar en el consentimiento, es decir, la *mutatio voluntatis* excluiría la prórroga de competencia y 4º) no se requería que fuera manifestado de forma expresa, siendo admisible el consentimiento tácito.

Respecto a la capacidad de las partes, se considera que que solo quienes tiene capacidad de contratar y de comparecer en juicio podrán prorrogar la jurisdicción, y que, en consecuencia, en nombre de los pupilos y menores podrían realizar la *prorogatio fori* sus tutores y curadores, aunque un *procurator*, sin embargo, no podría hacerlo sin un poder especial de su principal [64].

El consentimiento ha de ser válido, lo que implica ausencia de vicios. En particular, se constata una especial preocupación en los juristas romanos por determinar los efectos del error como vicio del consentimiento.

En el siguiente pasaje, Ulpiano afirma que el error, ya recaiga sobre la persona del magistrado, ya sobre su competencia, anula lo actuado ante el pretor:

> D.2.1.15 (*Ulp. l. II de omn. Trib.). Si per errorem alius pro alio* praetor fuerit aditus, nihil valebit quod actum est. *Nec enim ferendus est qui dicat consensisse eos in praesidem, cum, ut Iulianus scribit, non consentiant qui errent: quid enim tam contrarium consensui est quam error, qui imperitiam detegit?*

La mención de *alius pro alio* suele entenderse en el sentido de tomar al pretor urbano por el peregrino, o viceversa [65]. Los glosadores y comentaristas

---

pediste que se te devolviera la caución, el juez competente no ignorará que no se te debe sujetar a la responsabilidad del riesgo posterior. En igual sentido, Bartolo, *In primam Digestum vetus... cit.*, p. 152 v. (ad l. consensisse, D. 5,1,2, pr.). Vid., además, Fehi, *op. cit.,* t. 1, p. 634.

[63] Pothier, *op. cit.,* p. 70.

[64] Glück, t. II, *op. cit.,* p. 165; Baldo Ubaldi *Commentaria in primum, secundum & tertium Codicis… cit.,* fol. 208 va*., ad l. non quidem* (CJ 3,13,1).

[65] Accursio*, Glossa in Digestum Vetus*, «Corpus Glossatorum Juris Civilis», t. VII, Augustae Taurinorum, 1959, p. 44, gl. *Alius pro alio ad Si per errorem: putá vrbanus pro peregrino.* Fehi, t. I, *op. cit.,* p. 133*,* pone el ejemplo de la elección por error del pretor urbano en lugar del peregrino, estando en la ciudad de Roma. Considera que en tal caso el convenio no es válido. También aclara que la referencia a Juliano –*ut Iulianus scribit*– debe entenderse hecha a D.5,1,2, pr.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

indicaron que el error en la sumisión comprende tanto el error de hecho como el de derecho [66], pues el que yerra no consiente [67].

Un caso de error de hecho sería, justamente, confundir el pretor urbano con el peregrino; por el contrario, sería un error de derecho considerar que el pretor urbano puede conocer de las causas de los peregrinos [68].

Se han mencionado, como otros ejemplos de error en la persona del juez, el supuesto en el que alguien se somete a la jurisdicción de un pretor no fideicomisario en un asunto sobre fideicomisos, o si se sigue ante el *procurator Caesaris* una audiencia en causa privada, pensando que se trataba del ordinario [69]. Godofredo [70] contrapone esta situación a la de quien obtiene la posesión por voluntad del heredero que comete un error, a quien solo se concede acción para reclamar lo que exceda de los tres cuartos de la *lex falicidia* (D.35,2,1,11, *Paul. l. sing. ad l. falcidiam).*

Pero el error no es la única causa por la que se puede viciar un acuerdo de elección de foro, y así, se ha puesto de relieve que también el miedo puede viciar el consentimiento. Precisamente el inciso final del fragmento que se comenta, en el que Ulpiano se pregunta retóricamente qué hay más contrario al consentimiento que el error, que revela la impericia –*quid enim tam contra-*

---

[66] Accursio, *Glossa in Digestum Vetus,* cit., p. 44, gl. *nihil ad si per errorem*: *quandoque tamen error facit ius, si est communis.*

[67] Accursio, *Glossa in Digestum Vetus,* cit., p. 44, gl. *Error. Not. Errantem non consentire sic. L. de adquir re.do l. si procurator. Arg. Contra j. de iuiu. l. eum qui de iniur. Ad leg. Falc.l. j.si legatarius*. A título de ejemplo, Bartolo de Sassoferrato, *In primam Digesti veteris partes,* Venetiis, 1570, p. 52, (*Si per errorem*) acude a la distinción entre error en la *causa solvendi* y el error en la cantidad. Mientras que el error en la causa de pago vicia el consentimiento, al tratarse de un error en la causa principal del negocio, el error en la cuantía se entiende que no produce semejante efecto: *Tu dicas secundùm Bartol. Hîc quod ibi consensit in soluendo, licet errauerit in quantitate patrimonii & sic error impedit etiam consensum circa id, in quo erratur; non circa id in quo consensit, vt in contrario, ita loquitur totus titulus de condict. inde. vbi erratur in causa solutionis, non in soluendo.*

[68] *Cfr.* Fehi, t. I, *op. cit.,* p. 133 (*gl. Detegit a si per errorem* – D. 2,1,15) Para Guillelmus (Guarnerius según Bartolo) el error de hecho perjudicaría tanto antes como después de la *litis contestatio*, mientras que el segundo solo perjudicaría antes de esta. Accursio reprueba esta opinión, considerando que no hay que distinguir entre errores, entre otras razones, porque se menciona la impericia, y esta se refiere tanto al error de derecho como al de derecho. Dentro del error de hecho Guillelmus establecía, a su vez, dos hipótesis: si erraba el actor y ello no perjudicaba al reo o si erraba y ello le perjudicaba, porque el fuero se valora según la persona. Nuevamente Accursio rebate este argumento entendiendo que no debe claudicar el juicio si no hay justa causa, con apoyo en C. 2,13(12),14, donde se recoge una constitución del emperador Gordiano del año 241 en la que se recuerda que es costumbre que la edad favorezca a los menores, no que les perjudique en los negocios concluidos de forma favorable, por lo que se estima válida la sentencia favorable a una menor de veinticinco años defendida por su marido sin intervención del curador.

[69] Donello, *op. cit.,* col. 1.262. Sobre el *procurator Caesaris vid.* Cuiacio, t. IV, p. 1710, l. XIX sub *cum procurator l. 23 de apell.* y Glück, *op. cit.,* t. II, p. 195 así como la bibliografía allí citada.

[70] Gothofredi, *op. cit.,* t. I, p. 252, n. 2: *Imo quis nanciscitur possessionem voluntate heredis errantis. L. I § si legatarius 11. infr. ad l. Falc.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

rium consensui est quam error, qui imperitiam detegit?– ha sido calificado de «hiperbólico» pues más contrario al consentimiento es el miedo que el error [71].

II.2.3 Efectos del acuerdo de sumisión

En este punto se puede apreciar una evolución a lo largo de las diferentes etapas del Derecho romano. En el Derecho clásico, vigente el procedimiento formulario, el simple *convenire* de someterse a un magistrado distinto al inicialmente competente, no producía efectos fuera del proceso si se producía un cambio posterior en la voluntad de las partes. Cosa distinta sería que el acuerdo estuviera incorporado a un contrato, en cuyo caso si una de las partes mudaba su voluntad podía ser considerada como culpable de incumplimiento contractual [72].

De la *mutatio voluntatis* en el procedimiento formulario se ocupa el siguiente fragmento de Africano:

> D.2,1,18 *(Afr. l. VII quaest.) Si convenerit, ut alius praetor, quam cuius iurisdictio esset, ius diceret et priusquam adiretur mutata voluntas fuerit, procul dubio nemo compelletur eiusmodi conventioni stare.*

Puede verse cómo para este jurista el haber mudado la voluntad de las partes que convinieron someterse a la jurisdicción de un pretor distinto de aquél que tuviese la jurisdicción antes de la comparecencia –*priusquam adiretur*– provoca que el acuerdo de someterse a la jurisdicción de otro pretor no sea vinculante [73].

Como explica Glück [74], sin la comparecencia no es posible la prórroga de jurisdicción, pues el juez debe estar al tanto de que las partes, que de otro modo no dependerían de él, se han sometido a su jurisdicción, cosa que no puede saber si no comparecen.

Ahora bien, se discrepa desde antiguo en relación al momento procesal límite para este cambio de voluntad. Mientras que para Accursio, Baldo, y en

---

[71] Gl. *Tam contrarium a si per errorem: Hyperbolice loquitur: nam metus magis contrarius est.* También Ziletti, *op. cit.,* p. 360, n. 36 califica este inciso final del fragmento en el que se vincula el error con la impericia de «hipérbole moralista» propia de quien busca un fundamento ético de la relevancia del error; de este modo, la llamada a la impericia como causa justificativa crea un clima bien lejano a los austeros principios clásicos en materia de autoresponsabilidad.

[72] Pugliese, *op. cit.,* p. 170.

[73] Hay que tener en cuenta que Marcelo señala que, una vez aceptado el juicio, allí debe terminar: D. 5,1, 30 (Marc. l. I Dig.) *Ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet.*

[74] Glück, *op. cit.,* t. II, pp. 161-162.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

tiempos más recientes, Girard, es necesario un acuerdo ante la autoridad prorrogada que solo deviene obligatorio a partir de la *litis contestatio*[75], otro sector doctrinal encabezado por por Guillelmus y Cuiacio, y posteriomente por Pugliese, considera suficiente la comparecencia ante la autoridad incompetente[76].

La validez del acuerdo de sumisión exige, según Donello, que la convención sea justa y legítima. Considera que la nuda convención no perjudica al reo, puesto que antes de la comparecencia se le permite cambiar de opinión. Una convención justa y legítima sería, a su juicio, la que se efectúa a través de una *stipulatio*, pues de ella deriva una acción para poder exigir su cumplimiento. Se pregunta, finalmente, lo qué sucedería si el estipulante prometía someterse al fuero y al juez del actor, lo que sería someterse a una jurisdicción futura, no dudando de que, a través de un contrato, cualquiera puede elegir someterse a la jurisdicción del juez en cuyo territorio fue celebrado dicho contrato, considerando, asimismo, que es justa razón que, cuando alguien contrata, conviene tácitamente en ejecutar el negocio y poder ser demandado en ese lugar[77].

En el período justinianeo hay que tener en cuenta la constitución de Justiniano y dirigida a Juan, prefecto del Pretorio, fechada en el año 531, que nos transmite C.2,3,29:

> C.2.3.29. *Imperator Justinianus. Si quis in conscribendo instrumento sese confessus fuerit non usurum fori proscriptione propter cingulum militiae suae vel dignitatis vel etiam sacerdotii praerogativam, licet ante dubitabatur, sive oportet eandem scripturam tenere et eum qui hoc pactus est non debere adversus suam*

---

[75] Accursio, oponiéndose a la opinión de Guillelmus: *quia demum lite contestata confertur in eum iurisditio* (gl. *Detegit* a *Si per errorem*, *Glossa in Digestum Vetus… cit.,* p. 44); en igual sentido Baldo Ubaldi, *Commentaria in primam Digesti veteris… cit.,* fol. 84 va. ad. l. *si convenerit* (D.2,1,18) y fol. 283 ad l. *si se subiiciant* (D.5,1,1): *sed reuocabiliter vsque quo lis contestetur: alias non tenerent gesta interim, sed per litem contestatio sit prorogatio irreuocabilis;* Girard, *op. cit.,* p. 335, n. 1.

[76] En este sentido ya se pronunciaban Guillelmus, reseñado por Fehi (gl *Detegit* a *Si per errorem*, t. I, p. 134): *ex tali consensu, si non erramus, etiam sine contestatione dari ei iurisditionem soa aditione, vel libello postea dato;* Cuiacio, t. VII, p. 111 (ad l. II tit 1 sub l. 15): *Nam antequam cum adierint mutare voluntate possunt. Observationum et emendationum libri XIIII,* Coloniae Agrippinae, 1574, p. 33 (l. 1, cap. 32). *Cfr.* asimismo Pugliese, *op. cit.,* p. 170; Kaser, M., *Das Römische Zivilprozessrecht,* C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1966, p. 184, n. 42 y Bertoldi, F., *La lex Iulia iudiciorum privatorum*, Giappichelli ed., Torino, 2003, p. 203. Para Fernández Barreiro, *op. cit.,* p. 187 y ss., en el procedimiento formulario la derogación de la jurisdicción se hacía definitivamente después de la *editio in iure*, mientras que en la *cognitio* el acuerdo de sumisión de las partes solo se convierte en irrevocable desde *la litis contestatio* en su nueva concepción; en el derecho justinianeo, finalmente, los efectos del convenio derogatorio de la jurisdicción se producirían en el mismo momento del acuerdo extraprocesal de las partes.

[77] Donelli, *op. cit.,* pp. 1257-1259. *Quare et qui stipulanti actori promiserit se forum et judicem actoris secuturum, in cum cum vocatus erit, ejus judicis jurisdictio futura est. De quo ne dubitemus, ejus rei certum argumentum est, quod unusquisque ex contractu suo subjiciitur jurisdictioni ejus judicis, in cujus territorio contraxit …Neque vero hoc jus aliam rationem habet, quam quod qui alicubi contraxit, tacite convenit in negotio gerendo (qua justa conventio est) ut eo loco posset conveniri.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

conventionem venire, vel licentiam ei praestari decedere quidem a scriptura, suo autem iure uti: sancimus nemini licere adversus pacta sua venire et contrahentes decipere. 1. Si enim ipso edicto praetoris pacta conventa, quae neque contra leges nec dolo malo inita sunt, omnimodo observanda sunt, quare et in hac causa pacta non valent, cum alia regula est iuris antiqui omnes licentiam habere his quae pro se introducta sunt renuntiare? 2. Omnes itaque iudices nostri hoc in litibus observent, et huiusmodi observatio et ad pedaneos iudices et ad compromissarios et arbitros electos perveniat scituros, quod, si neglexerint, etiam litem suam facere intellegantur. * IUST. A. IOHANNI PP. *'A 531 D. K. SEPT. CONSTANTINOPOLI POST CONSULATUM LAMPADII ET ORESTAE VV. CC.').

La constitución prohíbe a quien se haya comprometido en el momento de otorgar un instrumento, a no usar la excepción de fuero [78] por razón de su dignidad, grado militar o sacerdocio, que se vuelva contra su propio convenio y utilice su fuero.

Se justifica la prohibición diciendo que a nadie le es lícito volver contra sus pactos y engañar a quienes con él contrataron *–qui hoc pactus est non debere adversus suam conventionem venire, vel licentiam ei praestari –* [79].

Hay que observar que en el texto se habla de *instrumento* [80]; por ello puede considerarse que el carácter formal en este caso del acuerdo de sumisión influye en la eficacia del acuerdo, y por ello no se admite la *mutatio voluntatis.*

---

[78] Aclara la glosa *praescriptione* a *l. si quis in conscribendo* –C.2,3,29– (Fehi, t. IV, cit., p. 346) que la voz *praescriptione* quiere decir excepción: *praescriptione, id est, exceptione.*

[79] Para Pugliese, *op. cit.,* p.170, se trata de un criterio distinto, seguido por el Derecho justinianeo. En igual sentido, Fernández Barreiro, *op. cit.,* p. 188. Godofredo había intentado explicar la antinomia entre este texto y D. 2,1,18 entendiendo que se trata de dos disposiciones distintas, no contradictorias. En el fragmento del Codex, el consenso para someterse a un juez ajeno se hace a través de un contrato, y sería inícuo recusar al juez si no se ha hecho otro contrato con el adversario. En el del Digesto, nada es de ese modo (*Corpus Juris Romani*, t. I, Neapoli, 1828, p. 252, n. 7). Tampoco se opone este texto a lo dispuesto en D.2,1,18 según Cuiacio (*op. cit.,* t. VII, p. 111).

[80] S. Isidoro, tras afirmar que el nombre genérico de todo instrumento legal es el de «voluntad», porque no emana de un acto de fuerza, sino de la voluntad *–voluntas generale nomen omnium legalium instrumentorum; quae quia non vi, sed voluntate procedit– (Etym*. 5, 24, 1) define el instrumento como aquello con lo que construimos algo, como un cuchillo, una pluma, un hacha; lo que se ha construido sirviéndonos del instrumento, como un bastón, un libro o una mesa se denomina *instructum: Instrumentum est unde aliquid construimus, ut cultrus, calamus, ascia. Instructum, quod per instrumentum efficitur, ut baculus, codex, tabula* (*Etym*. 5,25,26-27). En terminología procesal los *instrumenta* son cualquier medio hábil para llevar adelante un proceso incluyendo no solo las pruebas sino las declaraciones de las personas que intervienen en el litigio, si bien en el lenguaje forense el término acabó designando los documentos escritos que atestiguaban el negocio celebrado. Al principio la redacción de tales documentos tenía eficacia meramente probatoria, pero a partir de la época postclásica comienzan a tener además valor constitutivo (Torrent, *op. cit.,* voces «instrumenta» e «instrumentum privatum», pp. 468-469, e «Instrumenta emptionalia: C.4,21,17», *RIDA* 58, 2010, pp. 471 y ss.). Sobre el papel del *instrumentum* en la donación en las diferentes etapas del Derecho romano *vid.* Alemán Monterreal, A., «Donatio et instrumentum», *RIDA* 45, 1998, pp. 209-228; sobre la historia del documento en Roma *vid.* Talamanca, M., «Documentazione e documento (diritto romano)», *ED* 13, (1964), pp. 548-561.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

A juicio de Glück [81] en esta constitución no se está contemplando realmente un supuesto de *prorogatio fori,* sino más bien de renuncia a un foro privilegiado. Como diferencias más significativas entre ambos supuestos señala las siguientes:

a) por lo que se refiere a los requisitos del acuerdo, en el caso de la renuncia a la que se refiere el C.2,3,29, solo se requiere la simple convención de las partes, mientras que la prórroga de jurisdicción precisa, además de la convención, la comparecencia ante el juez incompetente.

b) desde el punto de vista de los efectos, la renuncia contemplada en C.2,3,29 produce únicamente la consecuencia de que quien gozaba de un foro privilegiado se ve en la necesidad de no valerse de su privilegio en la controversia y de reconocer la autoridad del juez ordinario; por el contrario, en el caso de la prórroga de jurisdicción el juez competente y ordinario queda excluido de una controversia que es llevada a conocimiento de un juez incompetente.

De la misma fecha es la constitución de Justiniano recogida en CJ. 1,51 (50), que viene a repetir lo indicado en la anterior constitución, pero en este caso en referencia a la renuncia del fuero privilegiado exclusivamente por parte de los sacerdotes, y que debía ser efectuada mediante instrumento:

> C.1.3.50. *Imperator Justinianus: Si quis in conscribendo instrumento sese confessus fuerit non usurum fori praescriptione propter sacerdotii praerogativam, sancimus non licere ei adversus sua pacta venire et contrahentes decipere, cum regula est iuris antiqui omnes licentiam habere his quae pro se introducta sunt renuntiare. 1. Quam generalem legem in omnibus casibus obtinere sancimus, qui necdum per iudicialem sententiam vel amicalem conventionem sopiti sunt.* * IUST. A. IOHANNI PP. *'A 531 D. K. SEPT. CONSTANTINOPOLI POST CONS. LAMPADII ET ORESTAE VV. CC.'

Hay que observar que, si bien falta en este caso la referencia que en C.2, 3,29 se efectuaba al edicto del pretor, recordando que incluso en dicho edicto se habían de observar en todos los casos los pactos convenidos no celebrados contra las leyes ni con dolo malo *–pacta conventa, quae neque contra leges nec dolo malo inita sunt–* se repite literalmente la mención a una antigua *regula iuris*, según la cual todos tienen la facultad de renunciar a lo que en su favor se ha establecido *–cum regula est iuris antiqui omnes licentiam habere his quae pro se introducta sunt renuntiare–.*

[81] GLÜCK, *op. cit.,* t. II, p. 162 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

Finalmente, como norma de derecho transitorio, se indica que lo dispuesto en la constitución se aplicará a los casos aún no resueltos por sentencia judicial o convenio amigable.

II.3 **La sumisión tácita**

A) *En el Reglamento Europeo de Sucesiones*

En defecto de acuerdo unánime de elección de foro por todas las partes interesadas, dispone el artículo 9 del RES que «el tribunal seguirá ejerciendo su competencia en caso de que las partes en el procedimiento que no hayan sido partes en el acuerdo comparezcan ante el tribunal sin impugnar la competencia de este» [82].

Se ha destacado que la *prorogatio fori* por razón de la comparecencia encuentra mayores limitaciones en el caso del RES frente a lo que es habitual en las legislaciones de los Estados miembros o en la propia Unión Europea [83], pues la posibilidad de sumisión por comparecencia se reduce al supuesto en el que no todas las partes afectadas por el art. 5 hayan sido partes en el acuerdo de elección de foro [84]; sería el caso, por ejemplo de una sucesión en la que existen tres herederos, de los cuales dos son partes en el acuerdo de elección de foro y el otro se limita a comparecer sin impugnar la competencia del tribunal.

En cuanto a la interpretación de qué conductas concretas suponen una «comparecencia sin impugnación de la competencia del tribunal», hay que observar que el Tribunal de Justicia ha realizado una interpretación autónoma de la

---

[82] Informa Álvarez Torné, *op. cit.,* p. 165, que la atribución de competencia por la vía de la sumisión tácita no se mencionaba expresamente ni en el Libro Verde, ni en la Propuesta de Reglamento de 2009, ni en el *Discussion paper* o el informe del DNotl. A su juicio, quizá cabría haber ampliado los supuestos en que tal opción pudiese resultar operativa.

[83] *Cfr.* Odersky, *op. cit*, pp. 84 y ss. La limitación de la posibilidad de sumisión a los supuestos en los que sea aplicable la ley nacional del foro aparece nuevamente en el artículo 8.1 del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales; excluyéndose además los supuestos de fallecimiento de uno de los cónyuges o de interposición de demanda de divorcio, separación o anulación del matrimonio.

[84] Odersky, *Compétence… cit.,* pp. 65-66 recomiendan en la práctica que, si la jurisdicción competente tiene dudas sobre la identidad de las partes interesadas, decline su competencia conforme al artículo 6 a) a petición de una de las partes en el procedimiento, desde entonces la cuestión de la competencia general no dependerá ya de la conclusión efectiva por todas las partes de un acuerdo de elección de foro.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

sumisión tácita en relación a otros reglamentos europeos de tenor similar, distinta de la que sería aplicable según el Derecho interno de los estados miembros [85].

Así ha sucedido en la reciente STJUE de 11 de abril de 2019 (C-464/18), en el que el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Gerona planteaba la cuestión de si el foro de la sumisión tácita previsto y regulado en el artículo 26 del Reglamento (UE) 1215/1012 [86] exige una interpretación autónoma, no condicionada por las limitaciones de competencia judicial interna de los estados miembros. En el caso de los tribunales españoles, el artículo 56 LEC establece que el demandante se entenderá sometido tácitamente por el hecho de acudir a los tribunales de una determinada circunscripción interponiendo la demanda, y el demandado por el hecho de hacer, después de personado en el juicio, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria, añadiéndose que «también se considerará tácitamente sometido al demandado que, emplazado o citado en debida forma, no comparezca en juicio o lo haga cuando haya precluido la facultad de proponer la declinatoria». Además, el artículo 54.1 de la misma ley dispone que «no será válida la sumisión expresa o tácita en los asuntos que deban decidirse por el juicio verbal».

El Tribunal de Justicia en la sentencia mencionada consideró que el caso concreto, en el que se reclamaba una indemnización de 250 euros en concepto de compensación por retraso de un vuelo y en el que el demandado ni había presentado observaciones ni había comparecido, no podía considerarse como un supuesto de sumisión tácita del artículo 26 del Reglamento 1215/2012.

Parece razonable entender que también la sumisión tácita recogida en el RES ha de ser objeto de una interpretación autónoma, diferente de la mantenida por las legislaciones nacionales.

Ahora bien, habrá que analizar si se aplica a este reglamento la jurisprudencia procedente del propio TJUE en otros reglamentos europeos que regulan

---

[85] Álvarez Torné, *op. cit.,* p. 162 vaticina, a propósito del artículo 9.2 del RES similares problemas de aplicación en la práctica que en el artículo 24 del R. Bruselas I, en relación a qué debe entenderse por «comparecencia» y por «impugnación».

[86] Artículo 26.1 del Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: «Con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia o si existe otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 24». Del mismo tenor son los artículos 24 del R. 44/2001del Consejo, relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; el artículo 18 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; el artículo 5 del (CE) 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

en similares términos la sumisión tácita. Así, por ejemplo, la sentencia de 24 de junio de 1981 (Asunto 150/80, *Elefanten Schuh GmbH v. Jacqmain*) no consideró sumisión tácita, a los efectos del artículo 18 del Convenio de Bruselas de 1968, la impugnación de la competencia cuando además se formulan pretensiones sobre el fondo del litigio, siempre y cuando la impugnación de la competencia, aunque no sea previa a cualquier defensa sobre el fondo, no sea posterior a la actuación procesal, que, conforme al Derecho procesal interno, sea considerada como la primera actuación de defensa dirigida al juez que conoce del asunto [87].

Finalmente, conviene comparar la regulación de la sumisión por comparecencia contemplada en el RES con la que aparece en otros reglamentos europeos, como el artículo 8.2 del Reglamento en materia de regímenes económico matrimoniales o del artículo 26.2 del reglamento 1215/2012, según los cuales:

> «antes de asumir la competencia en virtud del apartado 1, el órgano jurisdiccional se asegurará de que el demandado sea informado de su derecho a impugnar la competencia y de las consecuencias de su comparecencia o incomparecencia.»

Como se ve, el RES no recoge una previsión análoga a la establecida en los citados reglamentos. Por ello no parece que en el caso del reglamento sucesorio sea exigible semejante advertencia por parte del órgano jurisdiccional para poder entender que se ha producido una sumisión tácita [88].

B) *En Roma*

La romanística ha debatido también el problema de si esta competencia basada en la comparecencia, es decir, si los supuestos de sumisión tácita, eran admisibles en el ordenamiento jurídico romano.

A juicio de Pugliese [89], la falta de oposición de parte de quien conoce la incompetencia debería suponer aceptación del magistrado, teniendo en cuenta la posibilidad de manifestar esta adhesión de cualquier forma.

---

[87] Advierte Oteros Fernández, M., *Determinación de la competencia judicial internacional y territorial. Sumisión tácita y declinatoria,* Córdoba, 2002, p. 229, que la primacía del Convenio de Bruselas de 1968 no significa que no haya que acudir a las leyes procesales de los estados miembros para integrar determinados conceptos, como el de «comparecer» o para fijar hasta qué momento el demandado podrá plantear la excepción de incompetencia (menciona, al efecto el Informe Jenard relativo al Convenio de Bruselas y las conclusiones del Abogado General en el asunto *Elephanten Schuh v. Jacqman*, antes citado).

[88] En este sentido *vid.* Odersky, *Compétence… cit.,* p. 77. Ello no es obstáculo, afirma el citado autor, para que el Tribunal pueda informar a la parte de la regla del artículo 9.

[89] Para Pugliese, *op. cit.,* p. 171, la adhesión tácita debería admitirse por parte del actor si este hubiese invitado al demandando a comparecer ante un magistrado incompetente y este hubiese dirigido la

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

Efectivamente, el supuesto recogido en CJ. 3,13,1, antes transcrito, constituye un caso de sumisión tácita en el procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, donde los actores han elegido un juez no competente en un asunto entre particulares, el *procurator caesaris – sed cum ipsi eum iudicem elegeritis* –y los adversarios lo han consentido– *et is consentientibus adversariis*.

La siguiente cuestión sería la de determinar qué conductas constituyen o no una sumisión tácita:

1. La mera presentación de la demanda no es un supuesto de sumisión para el actor. Es necesario que el juez la admita, pues si solo se ha hecho la simple demanda –*si tantum postulatio simplex celebrata*– o únicamentese le hubiera dado a conocer al demandado ante el juez la clase de acción –*vel actionis species ante iudicium reo cognita* **–**no se considera llevada a juicio una cuestión –*res in iudicium deducta non videtur*– según se pone de manifiesto en una constitución del año 202 de Septimio Severo y Caracalla, reogida en C.3,9,1 [90].

Una vez admitida la demanda, puede considerarse que el juez ha entrado a conocer del asunto, entendiéndose producida la sumisión por parte del demandante –no del demandado. A juicio de Glück, para poder hablar de una sumisión tácita por parte del actor, se requiere que plantee una acción ante un juez que de otro modo no sería competente, haciendo emanar una citación al demandado [91].

2. Modestino, en D.5,1,33 (*Mod. l. III Reg*.), se había ocupado de indicar que no se entiende que consiente en un juez el que pretende ante ese juez que se le manifieste el género de la acción:

> D.5,1,33 *(Mod. l. III Reg.) Non videtur in iudicem consensisse, qui edi sibi genus apud eundem iudicem desiderat actionis* [92].

---

postulatio (como en el *fragmento Atestinum*). Y por parte del demandado, no debe privarse de valor a la aquiescencia del demandado toda vez que Juliano y Ulpiano se preocupaban de advertir con tanta insistencia que el error sobre la persona del magistrado o sobre su competencia excluían el consentimiento.

[90] *Vid*. página siguiente.

[91] Glück, t. II, cit., p. 164.

[92] *Cfr. Index Int*. cit., p. 68. Vid. el comentario a este fragmento de Fernández Barreiro, *op. cit.,* pp. 184 y ss. Frente a la teoría de Wlassak y Kaser, opina este autor, con Lenel, que en este pasaje Modestino se está refiriendo al procedimiento de la *cognitio*. Entre otros argumentos, destaca que en el procedimiento formulario carecería de sentido que el demandado exigiese al actor *in iure* que le diese a conocer la clase de fórmula que quería entablar contra él ya que ésta o le era ya conocida por la editio extraprocesal, o lo sería en el momento en que presentes ambos litigantes ante el magistrado, el propio interés del demandante le llevara a manifestarlo. La exigencia del demandado sería, a su juicio, más lógica en la *cognitio*, donde el actor podía limitarse a alegar hechos.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

Sobre este fragmento dice la Glosa que el actor debe especificar la acción en la demanda, pero si además se responde a la demanda, se consiente en el juez [93].

3. La emisión de una citación no es suficiente para entender que el demandado se ha sometido ante un Tribunal. Como pone de relieve Glück [94], el despliegue de la acción solo sirve para que el demandado resuelva si debe satisfacer al actor o entrar en una controversia judicial.

4. Tampoco se entiende que consiente el que pide una copia, pues esta petición se hace para deliberar [95]. Se trae a colación, para justificar esta opinión, la auth. *de exhibend. et introducend. reis*. § s*ancimus* a CJ. a 3, 9, 1 [96], que ordena presentar la demanda a quien es llamado a juicio y concederle veinte días para deliberar si debe ceder o pleitear, una vez que haya pagado las espórtulas y prestado fianza.

5. En cambio, sí se consideraba que se había sometido tácitamente como demandado ante un tribunal quien comparecía ante un órgano jurisdiccional alegando una excepción distinta de la *praescriptio fori.* El fundamento de esta regla se encuentra en una constitución de Honorio y Teodosio, del año 415 d.C. y que nos trasmite CJ. 8,36(35), 13, en la que los emperadores recuerdan que las excepciones de fuero deben oponerse por los litigantes al principio:

> C.8,36(35),13. *Imperatores Honorius, Theodosius.Praescriptiones fori in principio a litigatoribus opponendas esse legum decrevit auctoritas. * HONOR. ET THEODOS. AA. SYMMACHO PROCONS. AFRICAE. *'A 415 D. V K. SEPT. RAVENNAE HONORIO X ET THEODOSIO VI AA. CONSS.'*

Para fundamentar la existencia de sumisión tácita como consecuencia de haber pedido que el juez se pronuncie sobre las excepciones propuestas, salvo

---

[93] Accursio, *Glossa in Digestum Vetus, cit*., p. 204, *gl. non videt*): *quam actionem actor debet edere in libelo …nam inter litis contestatio…Sed ibi etiam respondit & consensit in iudicem.*

[94] Glück, t. II, cit., p. 165.

[95] *Cfr.* Baldo Ubaldi, *Commentaria in primam, Digesti veteris… cit.*, fol. 289 ad l. *non videtur* (D.5,1,33) *Qui petit +copiam pductorum nonio intelligitur consentire tanquam in iudicem competentem. h.d. ratio, quia ista petitio sit ad deliberandum. Con. Cot. auth. offeratur C. de lit. contest.* (CJ. auth. a 3,9,1)

[96] *Auth. de exhiben. et introducen. reis* § s*ancimus* (Nov. 53, c.3) *Offeratur ei, qui vocatur ad iudicium, libellus, et exinde praebitis sportulis et data fideiussione viginti dierum gaudeat iudiciis, quibus deliberet, cedatne an contendat, aut iudicine alium associari petat, vel recuset eum, nisi ille sit is, quem ipse alio recusato iam petierit. Denique praesens interrogetur, an hoc tempus litis transierit; quod non modo ex ipsius responsione, sed etiam ex libelli subscriptione manifestatur, quam in initio facere debet. Litis ergo contestatio contra hoc indultum habita pro nihilo habenda est.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

la de incompetencia del juez, Bartolo de Sassoferrato acude también a lo manifestado por Ulpiano en D.5,1,52, pr. *(Ulp. l. VI fideic.)* [97]:

> D.5,1,52, pr. (*Ulp. l. VI fideic*.) *sed et si suscepit actionem fideicommissi et aliis defensionibus usus hanc omisit, postea, quamvis ante sententiam, reverti ad hanc defensionem non potest.*

En el supuesto contemplado, un demandado por la acción de fideicomiso alega determinados medios de defensa, omitiendo otros. Antes de la sentencia, pretendía introducir aquellos medios de defensa que había omitido, a lo que Ulpiano se opone.

Para evitar que se entendiera producida una sumisión ante el tribunal, advierten los comentaristas que la declinatoria de jurisdicción debía ser la primera de las excepciones propuestas [98].

Para mayor seguridad, recomienda Baldo formular protesta de que no se consiente en el juez o tribunal, además de oponer la oportuna declinatoria [99].

6. También se consideraba que se sometía al juez si el demandado contestaba a la demanda:

> C.3,9,1. *Imperatores Severus, Antoninus.Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit vel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit * SEV. ET ANT. AA. VALENTI. *'A 202 D. K. SEPT. SEVERO III ET ANTONINO AA. CONSS.'*

Los emperadores Severo y Caracalla, en una constitución imperial del año 202 dirigida a Valente destacan la grandísima diferencia existente entre la contestación a la demanda y la acción. Para ello afirman que no se considera llevada a juicio una cuestión –*res in iudicium deducta non videtur*– si solamente se hubiera dado a conocer al reo la clase de acción –*si tantum postulatio simplex celebrata sit vel actionis species ante iudicium reo cognita*–. Para que se considere contestada la demanda es preciso que, una vez expuesto el negocio, hubiere comenzado el juez a entender en la causa.

---

[97] Bartolo a Saxoferrato, *In primam Digesti veteris… cit.,* fol. 52 *ad l. si convenerit* (D.2,1,18) *Si uero alias exceptiones proposuerit, licet istam exceptionem iudicis incompetentis omisit, quia proponendo istas exceptiones vt petere, iudex super eis pronunciet, per hoc vt in consentiré, vt infra de iudic.l. sed&si susceperit in princip. Et sic duobus modis consentit in iudicem, vel contestando litem, vel proponendo alias exceptiones quam declinatorias vt d. l. sed&si susceperit (*D.5,1,52, pr.)

[98] Bartolo a Saxoferrato, *In primam Digesti veteris… cit.,* fol. 52 va. *ad l. si convenerit* (D.2,1,18) *Et hoc est q dicit text. in l. fi. C. de excep*. (C.8,36 (35),13) *q. exceptio declinatoria debe opponi antequam alia oponat;* Baldo Ubaldi, *Commentaria in primam, Digesti veteris… cit.*, fol. 289 ad l. *non videtur* (D.5,1,33): *Inter ipsias etiam exceptiones declinatorias, quae respiciant iudicem, est ordo, vt primo opponantur ea, quae respiciunt iurisdictionem, quam ea, quae respiciunt personam…*

[99] Baldo Ubaldi, *Commentaria in primam, Digesti veteris… cit.*, fol. 289 ad l. *non videtur* (D.5,1,33): *cautius tamen est semper protestari q. quis non intendit in iudicem consentire.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

A modo de resumen, Donello consideraba que se sometía a la jurisdicción tanto de manera expresa –*aut conventione aperta*– como tácita –*re et facto*– [100]. Existía sumisión *re et facto* cuando quien había sido llamado ante el juez no competente, comparecía ante él respondiendo a la acción del adversario, salvo que se tratase de la alegación de la prescripción de foro.

En todo caso, advierte que la alegación de dicha prescripción en la audiencia judicial debería tener lugar antes de la *litiscontestatio*, después se consumiría [101]. Para ello se apoyaba en el fragmento de Ulpiano, antes citado, contenido en D.5,1,52 pr. (*Ulp. l. VI fideic*.).

Para Pothier [102] este último texto contiene un ejemplo de sumisión tácita.

II.4 La sumisión de las partes como criterio de atribución de competencia en el Derecho histórico español

En nuestro Derecho histórico, la competencia del tribunal basada en la sumisión de las partes ya aparece recogida en el Fuero Juzgo:

> F.J. 2,1,13: «Ninguno non debe iudgar el pleito, si non á quien es mandado del príncipe, ó quien es cogido por iuez de voluntad de las partes con testimonias de dos omnes buenos, ó con tres (…)».
>
> F.J. 2,1,15: «Nengun juez de ninguna tierra, ni nenguno que non sea iuez, non iudgue en otra tierra aiena; ni mande ni constringa por si, ni por sayon, fueras sí fuere juez de mandado del rey, ó de voluntad de las partes, ó del mandado del iuez de la cibdad, ó de otros iuezes, así cuerno es dicho en la ley de suso».

También las Partidas hacen referencia expresa a la sumisión de las partes ante Juez distinto del competente. Efectivamente, la Part. 3,2,32, en la que se enumeran las razones por las que se puede demandar ante un Juez determinado, menciona, entre otras:

> «La sesta es, quando el demandado, u otro cuyo heredero el fuesse [103], ouiesse puesto algún pleito, o prometido de fazer cosa alguna en aquella tierra,

---

[100] Donelli, H. *Opera Omnia*, t. IV, *Florentiae*, 1842, col. 1256: S*ubjicit se quis jurisdictioni aut conventione aperta, aut re ipsa et facto.*

[101] Donelli ,*op. cit.,* col. 1259: *Re et facto se subjicere jurisdictioni quisque intelligitur, qui vocatus ad judicem non competentem audientiam ejus elegit, ut est in L. 1 C. de jurisid.omn. jud. id est, qui vocatus ad judicem venit, et ibi cognita actione adversarii de re respondens, et aut insicians intentionem, aut defensione aliqua actionem removens praescriptionem fori omisit, et in summa si actionem suscepit, id est, litem contestatus est, omissa fori praescriptione: ut hoc explicatur in L. sed etsi suscepit, in prin. D. de judi–.*

[102] Pothier, *op. cit.,* p. 70, n. 4.

[103] La referencia al heredero de quien hubiese aceptado un juicio concuerda con D.5,1,34 (*Iav. l. XV ex Cassio*).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

> donde fuesse Juez, aquel ante quien le fazen la demanda, o lo uiesse fecho, o prometido en otra parte, poniendo de lo cumplir allí.»
>
> «La nouena es, quando el demandado de su voluntad responde ante el Juzgador, que non ha poder de apremiarlo: ca entonce tenudo es de yr adelante por el pleito, bien assi como si fuesse de aquella tierra sobre que el ha poderío de judgar.»

Se ha observado que el precepto no señala en qué casos se podría derogar la competencia del juez natural para someterse a otro, ni si existían limitaciones a esta sumisión [104].

Hay que tener en cuenta que incluso en las causas criminales admite este código alfonsino la prórroga de jurisdicción:

> Part. 7,1,15 «E si por aventura, el que ouiese fecho el yerro en vn lugar, fuesse después fallado en otro, e lo acusassen y delante del Judgador do lo fallasen, si el respondiesse ante el a la acusación, non poniendo ante si alguna defensión, si la auia; dende en adelante, tenudo es de seguir el pleito ante el, fasta que sea acabado, maguer el fuesse de otro lugar, e se pudiera escusar con derecho de responder ante el, ante que respondiesse a la acusación».

Gregorio López [105], en su glosa a esta ley, enumera los supuestos en los que se debe limitar la prórroga de jurisdicción en causas criminales:

1) cuando tal prórroga se hace dolosamente, para hallar un juez benigno;
2) cuando la causa fuere sobre un asunto feudal contra la voluntad del señor del feudo o ignorándolo este y,
3) finalmente, cuando se hace en favor de un juez de distinto reino y territorio.

Pero «siendo todos los jueces, entre los cuales versa la cuestión, de un mismo reino; y por otra parte no habiendo dolo, podrá hacerse la prorrogación como abiertamente se dice en esta ley de Partida».

El criterio empleado por esta ley recuerda al de la *Summa* de Azo, antes mencionado, por cuanto el reo, aun cuando fuese aprehendido o acusado fuera del lugar de comisión del delito, se entiende sometido tácitamente al juez ante el que es acusado, si existiendo una excepción no la alega desde el principio. También aclara Gregorio López, siguiendo a Azón, que esto debe entenderse

---

[104] Robles Reyes, *op. cit.,* p. 145. También pone de manifiesto cómo según la Part. 3,2,32, que se refiere a los jueces ante los que el demandado «non le sería tenudo de responder», no estaría el demandado obligado a presentarse ante jueces incompetentes, pero tampoco se le prohíbe, dejando abierta esta posibilidad.

[105] Sanpons y Barba-Martí de Eixalá-Ferrer y Subirana, *Las Siete Partidas del sabio rey don Alonso el IX*, con las variantes de más interés, y con la glosa del lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M., t. IV, Imprenta Antonio Bergnes, Barcelona, 1844, p. 30, n. 116.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

solo si el reo sabía no ser súbdito o ser de fuero distinto del juez que conoce de la causa: pues si creyese ser súbdito de este parece no prorrogaría la jurisdicción, y sería nula la sentencia [106].

En el Ordenamiento de Alcalá, la ley única del título IV [107] estableció un plazo de ocho días para que el demandado probara la declinatoria de jurisdicción, plazo que la Nueva Recopilación eleva a nueve días (N.R. 4,5,1) y que la Ley de Enjuiciamento Civil de 2000 establece en diez días (artículo 64.1 de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

Con posterioridad a las Partidas, algunas normas específicas fueron estableciendo límites a la facultad de someterse a tribunal distinto del competente. Por ejemplo, la sumisión de los legos a los jueces eclesiásticos sobre cosas profanas fue prohibida por la Nov. Rec. 4,1,7; 10,1,6 y 11,29,7. Por otro lado, el artículo 1.203 del Código de Comercio prohibió la sumisión expresa o tácita a los tribunales de comercio sobre personas o cosas ajenos a ella [108].

Llegados a la etapa codificadora, las sucesivas disposiciones en materia de proceso civil han recogido siempre tanto la sumisión expresa como la tácita. Se considera que la primera se produce cuando los interesados renuncien clara y terminantemente al fuero propio, designando con toda precisión el Juez a quien se someten.

La sumisión tácita se entiende producida por parte del demandante, por el hecho de recurrir al Juez interponiendo su demanda; por parte del demandado, por hacer, después de personado en autos, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria [109].

A grandes rasgos, cabe destacar como la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 no exceptuaba de la *prorogatio fori* a la jurisdicción criminal, siendo introducida tal prohibición por el artículo 299 de la Ley Provisional sobre organización del Poder judicial de 15 de septiembre de 1870.

La regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 «reconoce prorrogable la jurisdicción civil ordinaria, sancionando lo que sobre esta materia estaba admitido por la jurisprudencia de acuerdo con nuestras leyes antiguas».

---

[106] Gregorio López, *loc. ult. cit.*, t. IV, p. 30, en la glosa 117 a esta ley.

[107] O. Alcalá, tit. 4, ley única: si el demandado dixiere que non es de la jurisdicion del Judgador, ante quien le es fecha la demanda, è allegare para esto á tal raçon que la aya de probar, sea tenudo de la probar gasta ocho dias desde el día que le fuere puesta la demanda; et si la probare en estos dichos ocho dias non sea tenudo de responder à la demanda…

[108] *Cfr.* en este punto Manresa y Navarro, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil reformada conforme a las bases aprobadas por la ley de 21 de junio de 1880,* I, Imprenta Revista de Legislación, Madrid, 1881, p. 169, n. 1.

[109] Artículos 3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855; artículos 299 y 303-307 de la Ley Provisional de Organización del Poder Judicial de 1870; Arts. 56 a 58 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

Manresa da cuenta de una antigua protesta utilizada para evitar que se entendiese producida una sumisión tácita, y que consistía en que el demandado incluía en el escrito en el que se mostraba parte la siguiente fórmula «sin que sea visto atribuir á V.S. más jurisdicción que la que por derecho le compete». Entiende este jurista que si después de personado el demandado en los autos, practica cualquier gestión que no sea la de proporner la declinatoria de jurisdicción, aun cuando solo se trate de la protesta expresada, quedará por este solo hecho sometido al juez ante el que el actor hubiere presentado su demanda [110].

El mismo autor vuelve a plantear la vieja problemática en torno a la necesidad del consentimiento de juez para la validez de la sumisión de la que trataba D. 5,1,2,1, cuestión que entiende definitivamente resuelta con el nuevo artículo 74 de la ley, que prohibía promover de oficio las cuestiones de competencia en asuntos civiles; pudiendo no obstante el juez que se creyera incompetente por razón de la materia abstenerse de conocer, oído el ministerio fiscal.

En la actualidad la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil regula la posibilidad de sumisión de las partes a un determinado órgano jurisdiccional –siempre que tenga competencia objetiva para conocer del asunto de que se trate– en los artículos 54 a 57.

Lo primero que llama la atención es la cantidad de materias que están excluidas de la posibilidad de sumisión, concretamente, las enumeradas en los apartados 1.º y 4.º a 15.º del artículo 52.1 (entre ellas se encuentran, precisamente, los juicios sobre cuestiones hereditarias).

También quedan excluidas, en virtud del apartado 2 del mismo artículo, las demás cuestiones a las que alguna ley atribuya expresamente carácter imperativo y los asuntos que deban decidirse por el juicio verbal, considerándose inválida, además, la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios [111].

En cuanto a la sumisión tácita, el artículo 56 considera que el demandante se entenderá sometido tácitamente por el mero hecho de acudir a los tribunales de una determinada circunscripción interponiendo la demanda o formulando petición o solicitud que haya de presentarse ante el tribunal competente para conocer de la demanda; mientras que el demandado lo será por el hecho de hacer, después de personado en el juicio tras la interposición de la demanda,

[110] Manresa y Navarro, *loc. ult. cit.,* p. 158.

[111] Oteros Fernández, *op. cit.,* p. 178 critica el hecho de que el legislador haya metido en el mismo saco a la sumisión expresa y a la tácita, pues si bien el descrédito de la primera, debido a los abusos que se cometieron invocándola, justifica que el legislador haya querido ponerle coto, la sumisión táctita no se presta a tales abusos y cumple con el fin de prevenir eventuales cuestiones de competencia.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria, al igual que ocurría en el Derecho romano.

También se considerará tácitamente sometido al demandado que, emplazado o citado en forma, no comparezca en juicio o lo haga cuando haya precluido la facultad de proponer la declinatoria.

III. LA RESIDENCIA HABITUAL DEL CAUSANTE

III.1 **La residencia habitual del causante en el Reglamento Europeo de Sucesiones**

A efectos de determinar tanto la competencia, como la ley aplicable, el RES establece cómo nexo general: *la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento.*

Cómo señala Carrascosa [112], es un foro subsidiario, *que solo opera si los tribunales del Estado miembro de la nacionalidad del causante carecen de competencia judicial internacional para conocer del litigio sucesorio (art. 7.a RES a contrario sensu).*

Por tanto, el nexo general solo opera en defecto de competencia de ley nacional del causante, si no ha existido elección de Tribunal por las partes y de ley aplicable por el causante, tal y como disponen los artículos 5,6,7 referentes a la competencia judicial y el artículo 22 que se ocupa de la ley aplicable a sucesión *mortis causa.*

El carácter general de la competencia atribuida al Tribunal, en virtud del artículo 4 del RES, que le permite conocer de todos los asuntos relacionados con la sucesión [113], se remonta a lo señalado por Marcelo en

---

[112] Carrascosa, J. *El concepto de residencia habitual del causante en el reglamento sucesorio europeo sucesorio,* BARATARIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales, Nº 19, pp. 15-35, 2015, ISSN: 1575-0825. Online ISSN: 2172-3184. https://doi.org/10.20932/barataria.v0i19.23. «Como se ha indicado, este foro sólo se activa en el caso de que el foro de la nacionalidad del causante (art. 7 RES) no resulte operativo. Ello explica que el art. 4 RES lleve como rúbrica «competencia general» y no «foro prevalente» o «competencia principal».

[113] El TJUE en S. de 21 de junio de 2018 (asunto C-20/17) ha concluido que el artículo 4 del RES debe interpretarse en el sentido de que en él se determina también la competencia internacional exclusiva para la expedición en los Estados miembros de certificados sucesorios nacionales, con independencia de la naturaleza voluntaria o contenciosa del procedimiento. En consecuencia, resulta opuesta al reglamento una normativa interna que establezca que, aunque el causante no tuviera en el momento de su fallecimiento su residencia habitual en ese estado miembro, los tribunales de este último seguirán siendo competentes para expedir certificados sucesorios nacionales, en una sucesión *mortis causa* con repercusiones transfronterizas, cuando existan bienes situados en el territorio del propio Estado miembro o cuando el causante hubiera tenido la nacionalidad del mismo. Tal era el caso del art. 343 de la FamFG alemana en el asunto

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

D.5,1,30, que indica que donde una vez fue aceptado un juicio, allí debe terminar:

> D.5.1.30 (*Marc. l. I dig.) Ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet.*

La doctrina internacionalista que se ha ocupado del RES [114] coincide en señalar una serie de características sobre el punto de conexión basado en la última residencia habitual del causante:

1) Su carácter relativamente *reciente*, habiendo sido empleado con anterioridad al Reglamento en materia de ley aplicable tan solo en unos pocos estados miembros, como Bélgica, Finlandia y Holanda y en algunos reglamentos de la UE.

También se ha utilizado en algunos Convenios de la Haya, como el de 1961 sobre conflicto de leyes en materia de forma de los testamentos, el de 1989 sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte –que nunca ha entrado en vigor– o, como foro de competencia, en el de 1973 sobre administración internacional de las sucesiones, solo ratificado por tres estados.

2) Se trata de un concepto de *interpretación autónoma* [115], para los supuestos de la sucesión *mortis causa.* Efectivamente, puede no ser lo mismo determinar cuál es la residencia habitual de la persona a los efectos del cumplimiento de un contrato, que a los efectos de una sucesión *mortis causa.*

3) Se han destacado tanto las *ventajas,* como los *inconvenientes* de este punto de conexión:

– Como *ventajas*, se pueden mencionar:

a) La facilidad para localizar y ejecutar el testamento o, en su día, la sentencia,

---

en cuestión. A juicio del Tribunal, el objetivo del reglamento de establecer un régimen uniforme aplicable a las sucesiones *mortis causa* con repercusiones transfronterizas, implica una armonización de las reglas de competencia judicial internacional de los tribunales tanto en el marco de los procedimientos contenciosos como de los de jurisdicción voluntaria.

[114] Carrascosa, *op. cit.*; Bonomi, A.– Wautelet, P., *El Derecho europeo de sucesiones: Comentario al Reglamento (UE) num. 650/2012, de 4 de julio de 2012,* trad. Álvarez González et. al., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015; Fugardo Estivill, J.M., *En torno a la propuesta de Reglamento sobre sucesiones y el certificado sucesorio europeo,* Bosch, Barcelona, 2014; Leandro, A., *La giurisdizione nel Regolamento dell'Unione Europa sulle successioni mortis causa,* «Il diritto internacionale privato europeo delle successioni *mortis causa*». coord. Franzina-Leandro, Giuffré ed., Milano, 2013; Rodríguez-Uría Suárez, I., *La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012*, «InDret», 2/2013, entre otros.

[115] Bonomi, A.– Wautelet, P., *op. cit.,* p. 155; Carrascosa González, *op. cit.,* p. 62

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

b) la posibilidad de combinarlo con el Reglamento sobre regímenes económico matrimoniales.

c) se evitan los problemas derivados de los distintos significados que el término «domicilio» asume en los diferentes ordenamientos. Un ejemplo de esta multiplicidad de significados lo encontramos en el asunto resuelto por la STS 685/2018, de 5 de diciembre (RJ\2018\5442) [116], si bien referido a un problema de ley aplicable a la sucesión, no de competencia judicial internacional.

d) la posibilidad de unifi*car forum*-ius [117], objetivo expresamente previsto por el considerando 27 del RES, que dice literalmente:

> «… Las normas del presente Reglamento están concebidas para garantizar que la autoridad que sustancie la sucesión aplique, en la mayoría de los caos, su propio Derecho.»

– Entre los *inconvenientes*, se menciona fundamentalmente:

a) la inseguridad jurídica que se produce en los supuestos en que es difícil determinar cual ha sido la última residencia habitual del causante, tales como los que acontecen en casos de residencia habitual inestable, ausencia de residencia habitual, de personas que habitan en varios Estados a la vez durante el año, etc. [118]

---

[116] El supuesto de hecho es el de un causante inglés (fallecido antes del 17 de agosto de 2015) con residencia habitual en España, en cuyo testamento manifestaba que mantenía su *domicile*, en el sentido del derecho inglés, en Inglaterra. Conforme al 9.8 CC (al no resultar de aplicación el RES) la sucesión había de regirse por la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento, es decir, la ley inglesa. Conforme a esta última, la sucesión de los bienes muebles se rige por la ley del *domicilio* del causante y la de los inmuebles por el lugar de su situación. El TS consideró que dicho domicilio «debía determinarse conforme al concepto del mismo que nos da el ordenamiento inglés y no el Código Civil español en su artículo 40… porque siempre que debe aplicarse un derecho extranjero por el juez español, éste debe fallar del modo más aproximado a como lo haría un tribunal de dicho estado y ha de aplicar el derecho extranjero en su integridad». En consecuencia, la ley aplicable a su sucesión sería la ley inglesa. Aclara Carrascosa González, *La relatividad de los conceptos jurídicos: domicilio, domicile y residencia habitual. Reflexiones sobre STS 5 diciembre 2018,* disponible en http://accursio.com/blog/?p_912 (última consulta: 2 de julio de 2019) que mientras que «domicilio» en Derecho español se identifica con «residencia habitual» en los términos del art. 40 CC, «domicilio» en Derecho inglés (=*domicile)* no puede equipararse a la residencia habitual, pudiendo residir de facto y de manera habitual en un país pero mantener su *domicile* en Inglaterra, cambiando únicamente de *domicile* si decide abandonar definitivamente el país de su antiguo *domicile* para siempre, con la intención de no regresar y cortando todo contacto vital con el mismo. En definitiva, concluye este autor «cuando un juez español aplica Derecho inglés debe razonar como un juez inglés, emplear los conceptos del Derecho inglés y utilizar las instituciones del Derecho inglés».

[117] Fugardo Estivill, *op. cit.,* p. 61; Leandro, *op. cit.,* p. 61, Berquist, *op. cit,* p. 61.

[118] Sobre los inconvenientes de este punto de conexión *vid.* Rodríguez-Uría Suárez, *op. cit.,* p. 15, y Carrascosa González, *Reglamento Sucesorio Europeo y residencia habitual…. cit.,* p. 60.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

b) al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, puede redundar en situaciones de inseguridad jurídica. La residencia habitual es un nexo más difícil de verificar que la nacionalidad.

c) El de favorecer *el forum shopping,* pues el criterio de la residencia habitual hace fácilmente accesible a los individuos la posibilidad de determinar el fuero competente.

4) El RES *no ha definido* intencionadamente la residencia habitual, dejando su determinación a los tribunales a la luz del conjunto de las circunstancias concurrentes en el caso [119]. De ese modo queda totalmente descartado: a) El concepto de *domicile* anglosajón; b) El concepto nacional de cada Estado miembro en relación con el domicilio [120].

Por el contrario, sí ha proporcionado, criterios para determinarlo, fundamentalmente a través de los considerandos 23 a 25.

> C. 23 RES: «Habida cuenta de la creciente movilidad de los ciudadanos y con el fin de asegurar la correcta administración de justicia en la Unión y de garantizar que exista un nexo real entre la sucesión y el Estado miembro en que se ejerce la competencia, el presente Reglamento debe establecer como nexo general, a efectos de la determinación tanto de la competencia como de la ley aplicable, la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento. Con el fin de determinar la residencia habitual, *la autoridad que sustancie la sucesión debe proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo,* tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular *la duración y la regularidad de la presencia del causante* en el Estado de que se trate, así como las *condiciones y los motivos de dicha presencia.* La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento».

Destaca Alvarez Torné que la noción de residencia habitual comúnmente admitida no precisa el factor acusado de la intencionalidad de establecer en un

---

[119] Un sector doctrinal se muestra crítico con esta falta de concreción legal del concepto de residencia habitual, por entender que introduce un factor de inseguridad jurídica, al menos, hasta que se produzcan los primeros fallos del TJUE en la materia. En este sentido, *cfr.* Atallah, M., *The Last Habitual Residence of the Deceased as the Principal Connecting Factor in the Context of the Succession Regulation (650/2012), «*Baltic Journal of European Studies*»,* vo. 5, nº 2 (19), p.143. Hayton, D., *Determination of the Objectively Applicable Law governing Succession to Deceaseds' States*, «DNotl», Les successions Internationales dans l'UE, 2004, p. 365, alertaba sobre la conveniencia de una definición común de residencia habitual, proponiendo la siguiente: «el centro principal de la vida personal, social y económica de una persona *voluntariamente adquirido».*

[120] Carrascosa González, *Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual… cit*., pp. 62 y 64.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

determinado lugar el centro de intereses [121]. Por ejemplo, el n.º 9 de la *Resólution* (72) 1 *relative a l'unification des concepts juridiques de «domicile» et de «residence»* [122] menciona, para la determinación de la residencia habitual únicamente los factores de la duración y la regularidad, junto con otros *hechos* de naturaleza personal o profesional que revelen vínculos duraderos entre una persona y su residencia. Se empleaban, por tanto, únicamente factores objetivos. Los elementos subjetivos como la intención de la persona no constituían condiciones para la existencia de una residencia habitual, aunque sí podían ser tomadas en consideración para determinar si poseía una residencia o el carácter de ésta –n.º 10 de la misma resolución–.

La misma autora, sin embargo, pone de manifiesto también cómo algunos documentos preparatorios del reglamento tienen presente la intención del sujeto de conferir a un determinado lugar un carácter estable, es decir, un *animus remanendi*. Tal ocurre en el *Discussion paper* de 30 de junio de 2008, preparado el Grupo de expertos sobre efectos patrimoniales del matrimonio y otras formas de unión, sucesiones y testamentos en la Unión Europea [123]. También destaca la jurisprudencia del TJUE acerca de la residencia habitual, pronunciada a propósito de otras materias, en la que la voluntad del interesado desempeña un papel relevante.

Varios autores han puesto de relieve cómo el elemento intencional está presente en el texto finalmente aprobado del RES [124].

Dicho elemento subjetivo se desprende, a nuestro juicio, del inciso del considerando 23 en el que se obliga a la autoridad encargada de determinar el lugar de la última residencia habitual del causante a tener en cuenta, además de la duración y la regularidad de la presencia del causante en un determinado

---

[121] Cfr., por ejemplo, Geimer, R., *Internationales Zivilprozessrecht,* 6. Auflage, Otto Schmidt Verlag, Köln, 2009, p. 152, en relación al Derecho alemán.

[122] https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=52e280894 (consultado el 27 de junio de 2019). Tal resolución tenía el carácter de mera recomendación.

[123] Alvarez Torné, *op. cit.,* p. 147. La residencia habitual queda definida en ese documento, según la traducción de la citada autora, como «aquel lugar en que el causante había fijado, *con la intención* de conferirle un carácter estable, el centro habitual de sus intereses. Para determinar esta intención, serán tomadas en cuenta la duración efectiva o prevista de la residencia del causante en ese Estado, así como la naturaleza temporal o de larga duración de su alojamiento. La mera intención de regresar más tarde a otro país no se considerará suficiente para calificar la intención del causante como enfocada a establecer el centro habitual de sus intereses allí».

[124] *Cfr.* Damascelli, D., *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di norte (dalla l. n.218/1995 al reg. UE n. 650/2012)*, Giuffrè ed., Milano, 2013, pp. 50 y ss.; Carrascosa González, *Reglamento sucesorio europeo…* cit., p. 65 y ss. y Fugardo Estevill, p. 109 quien cita, en este punto, la STJUE de 15 de septiembre de 1994, Magdalena Fernández/Comisión, asunto C-452/93, en la que se declara que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, la residencia habitual es el lugar en el que el interesado ha fijado, *con la intención de conferirle un carácter estable*, el centro permanente o habitual de sus intereses».

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

estado –circunstancias objetivas– «las condiciones y los *motivos* de dicha presencia». Por otro lado, esta interpretación resulta más acorde con los elementos que en el derecho romano y en la tradición romanística han integrado la noción de domicilio, según se verá en los apartados siguientes.

6) La falta de expresión de un plazo temporal de residencia en un determinado lugar para determinar la residencia habitual, evita, además, el conflicto móvil, no siendo relevantes las residencias anteriores [125].

7) Finalmente, se destaca que se trata de un *concepto de naturaleza fáctica* [126] tal como se observa en el Considerando 23 del RES, que dice que «el tribunal habrá de tomar en consideración todos los *hechos* pertinentes». Dicho concepto incluye tanto un elemento objetivo como uno subjetivo, cobrando especial relevancia el centro de intereses de orden personal, familiar, etc. del causante.

Tal carácter fáctico, ya había sido señalado por Paulo en D.50,1,20 pr (Paul, l. XXIV *Quaest.*):

> *Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione: sicut in his exigitur, qui negant se posse ad munera ut incolas vocari.*

Paulo en este texto indica que el domicilio se transfiere por la cosa y por un hecho –*re et facto*–, no con la nuda declaración –*contestatione* [127]–. El texto, sería ampliamente comentado desde la época de los glosadores en adelante, llegándose a concluir entre otros autores, por Voet, Pothier o Glück que la determinación del domicilio es una cuestión que, en general, debe quedar a la libre apreciación del juez, quien deberá resolver ponderando para cada caso en particular todas las circunstancias [128].

Como puede verse, este foro de competencia internacional contiene cuatro términos:

– ha de tratarse de una *residencia* (no de la nacionalidad).

– ha de revestir un carácter de *habitualidad* (en contraposición a otros tipos de residencias).

---

[125] Carrascosa González, *Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual*…, p. 51.

[126] En este sentido, Leandro, A., p. 62; Fugardo Estevill, *op. cit.,* p. 94, apoyándose en la doctrina y jurisprudencia francesa; Carrascosa González, *op. cit.,* p. 48.

[127] Accursio, *Glossa in Digestum Novum*, cit., p. 534, gl. *contestatione a domicilium* (D. 50,1,20), indica: *contestatione id est protestatione.*

[128] *Cfr.* Voet, p 455 (*Comm. ad* l.V, tit. I, XCXVIII); Pothier, *Introduction Générale aux Coutumes, cit*., p. 4; Glück, p. 125, Windscheid, p. 105.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

– la residencia ha de serlo *del causante* (no de los herederos).
– finalmente, el momento que se toma en consideración es el *de su muerte*.

La búsqueda de los antecedentes romanísticos de este fuero de competencia general a efectos del Reglamento Sucesorio Europeo requiere analizar, por tanto, la cuestión del equivalente romano a la residencia habitual, es decir, el *domicilium,* y su evolución posterior.

III.2 **El concepto de domicilio según la tradición romanística**

En principio, el foro competente en materia de sucesiones en el Derecho romano era el del domicilio del heredero, en cuanto concreción de la regla de que se debía demandar en el domicilio del deudor, según la máxima *actor sequitur forum rei.* [129]

De este modo, Ulpiano afirma en D. 5,2,29,4*(*Ulp.*, l. V opinionum)* [130] que la *querella inofficiosi testamenti* debe ser interpuesta en la provincia en la que tienen su domicilio los herederos instituidos.

No obstante, en materia de sucesiones el ordenamiento jurídico romano aplicó también otros foros de competencia distintos:

– El del lugar donde radicaban todos o la mayor parte de los bienes de la herencia, tal y como aparece en C.3,20,1 [131].

– El del domicilio del causante. Este foro aparece utilizado en situaciones diversas; lo vemos aplicado cuando se trataba de cumplir una obligación contraída por el causante –D.5,1,19, pr., *(Ulp. l. IX ad ed.)* [132]– cuando se continúa un pleito ante el órgano jurisdiccional al que en su día se sometió el difunto –D.5,1,34 (*Iav. l. XV ex Cassio*) [133]; cuando se trata de pedir la *restitutio*

[129] Carrascosa González, «Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas I-bis 1215/2012. Análisis crítico de la regla actor *sequitur forum rei*», *Cuadernos de Derecho transnacional (CDT)*, 2019, vol. 11, n. 1, pp. 112 y ss., se muestra crítico con esta regla, especialmente con la interpretación que de ella se hace en la época medieval y moderna. *Vid*., especialmente, pp. 121-125.

[130] D.5,2,29,4 *(Ulp., l. V opinionum) In ea provincia de inofficioso testamento agi oportet, in qua scripti heredes domicilium habent.*

[131] C.3,20,1. *Imperatores valer., gallien. Illic, ubi res hereditarias esse proponis, heredes in possessionem rerum hereditarium mitti postulandum est. Ubi autem domicilium habet qui convenitur, vel si ibi ubi res hereditariae sitae sunt degit, hereditatis erit controversia terminanda * VALER. ET GALLIEN. AA. MESSIAE. *'A 260 PP. VII K. MAI. SAECULARE ET DONATO CONSS.*

[132] D.5,1,19, pr., *(Ulp. l. IX ad ed). Heres absens ibi defendendus est, ubi defunctus debuit, et conveniendus, si ibi inveniatur, nulloque suo proprio privilegio excusatur.*

[133] D.5,1,34 (*Iav. l. XV ex Cassio*) *Si is qui Romae iudicium acceperat decessit, heres eius quamvis domicilium trans mare habet, Romae tamen defendi debet, quia succedit in eius locum, a quo heres relictus est.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

in integrum a la que en su caso hubiera tenido derecho un menor –CTh.2,16,4 [134]– entre otros supuestos.

III.2.1 El domicilium en el Derecho Romano

A/ *Concepto y elementos*

La doctrina tradicional, representada por Baudry, Visconti o Salgado [135], concluía que el término alcanzaba su concreción jurídica a partir de la época de mayor expansión territorial del Imperio (s. II d.C.). Para ello se fundamentaba en la observación de que la mayor parte de los fragmentos de la compilación relativos al domicilio proceden de la época de los severos y como mucho se refieren a rescriptos del emperador Adriano.

La moderna romanística, encabezada por Licandro, sin embargo, ha destacado que el término *domicilium* estaba acuñado en el lenguaje legal romano en una época anterior a la inicialmente considerada, poniéndose de manifiesto que ese término ya gozaba de una definición técnico-jurídica en una época anterior a Cicerón [136], fundamentalmente a la luz de las fuentes literarias y epigráficas.

Entre las fuentes literarias destaca la presencia del término *domicilium* ya a finales del s. III a C. en las comedias de Plauto (concretamente en el *Miles gloriosus* [137] y en *Mercator* donde opone el concepto de domicilio al de patria [138]); y,

---

[134] CTh.2,16,4 *Quum vero maior successionem fuerit adeptus minoris, siquidem civili iure ab intestato vel ex testamento successerit, mox quum creta fuerit vel adita hereditas, si vero honorario iure, ex quo bonorum possessio fuerit accepta, examinando integri restitutionis negotio solida, sine ulla deminutione, tempora supputentur, quae non pro locis, regionibus atque provinciis, in quibus morantur, qui heredes aut bonorum possessores sunt, observari iubemus, sed in quibus defuncti domicilia collocaverant.*

[135] Salgado, J., *Contribución al estudio del «Domicilium» en el Derecho romano,* «RDP», 1980, pp. 499; Visconti, A., *Note preliminari sul «domicilium» nelle fonti romane*, «Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione», I, Milano, «Vita e pensiero», 1947, pp. 431; Baudry, F., voz *Domicilium*, en «Dictionnaire des antiquités grecques et romaines», Daremberg-Saglio, II-1, Akademische Druck– U. Verlagsanstalt, Graz, 1969, p. 334 que define el domicilio como el lugar en el que una persona se considera presente en lo que respecta a sus derechos y obligaciones. El domicilio no tendría importancia jurídica sino a partir de Caracalla. Para el jurista francés en la República no se plantearían conflictos relativos al domicilio, pues los derechos y deberes de los ciudadanos le seguirían donde quiera que se encontraran, alcanzándoles la competencia de los magistrados de Roma. La situación cambiaría al alcanzar la ciudadanía a todos los provinciales ingenuos y al estar el Imperio organizando en provincias iguales en derechos, cada una con sus magistrados.

[136] Licandro, O., *Domicilium habere. Persona e territorio nella disciplina del domicilio romano,* Giappichelli ed., Torino, 2004; López Huguet, M.L., *Régimen jurídico del domicilio en Derecho Romano,* Dykinson, Madrid, 2008.

[137] Plauto, *Miles*, 450 (2,5,40) *Hosticum hoc mihi domicilium est, Athenis domus est Atticis; ego istam domum neque moror neque vos qui homines sitis novi neque scio.*

[138] Plauto, *Mercator* (653): *quae patria aut domus tibi stabilis esse poterit?*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

poco después, en el *De re rustica* de Varrón [139]. En el s. I a.C. aparece utilizado en los discursos de Cicerón (concretamente en *Pro Archia* [140]), y en el *De bello civile*, de Julio César [141]. El término está presente también en escritores del Principado, como Aulo Gellio, en referencia a la necesidad de tener domicilio en Italia para poder acceder a la condición de vestal [142].

Entre las fuentes epigráficas de los s. II y I a. C. que contienen el término *domicilium* se citan:

a) la l*ex Acilia Repetundarum* (123 a.C.), en la que se determinan los criterios de selección del pretor peregrino a la hora de elaborar la lista de los 450 jueces a los efectos de la ley, debiendo excluir, entre otros, a quienes no tuvieran su domicilio en Roma o en el radio de una milla [143].

b) la *lex Municipi Tarentini* [144]*,* en la que se establece el deber de los senadores municipales tener una casa con un determinado número de tejas en el municipio en cuestión –aunque aquí propiamente no se emplea la palabra «domicilio»–.

---

[139] Varrón, *De re rustica*, 3,16,31. *Quae in novam coloniam cum introierunt, permanent adeo libenter, ut etiam si proximam posueris illam alvum, unde exierunt, tamen novo domicilio potius sint contentae*.

[140] Cic., *Pro Archia* 4,7: *Data est ciuitas Siluani lege et Carbonis: «SI QUI FOEDERATIS CIUITATIBUS ASCRIPTIFUISSENT; SI TUM CUM LEX FEREBATUR, IN ITALIA* DOMICILIUM HABUISSENT*; ET SISEXAGINTA DIEBUS APUD PRAETOREM ESSENTPROFESSI.» Cum hic domicilium Romaemultos iam annos haberet, professus est apudpraetorem Q. Metellum familiarissimum suum.* En este fragmento el orador se refiere a la ley de Silvano y Carbó, que concedía la ciudadanía romana a los inscritos en algunas ciudades federadas y con domicilio en Italia a la entrada en vigor de la ley, si efectuaban la oportuna declaración ante el pretor en el plazo de sesenta días. Más adelante (*Pro Archia* 4,9) identifica el domicilio con el lugar donde una persona tiene la sede de todas sus cosas y su fortuna*: An domicilium Romae non habuit is, quitot annis ante ciuitatem datam sedem omnium rerum ac fortunarum suarum Romae conlocauit*

[141] Caes. *Bell civ*. 1,86,3. *Paucis cum esset in utramque partem verbis disputatum, res huc deducitur, ut ei*, qui habeant domicilium aut possessionem in Hispania*, statim, reliqui ad Varum flumen dimittantur; ne quid eis noceatur, neu quis invitus sacramentum dicere cogatur, a Caesare cavetur.* El texto refleja una neta distinción entre el domicilio y la posesión de un bien, disponiendo el licenciamiento inmediato para todos los soldados que en Hispania tuvieran su domicilio o posesiones.

[142] Gellio, *Noc. Att*., 1, 12, 8: *Praeterea Capito Ateius scriptum reliquit neque eius legendam filiam, qui domicilium in Italia non haberet*

[143] Girard, P.F.– Senn, *Les lois des Romains***,** Napoli, 1977, pp. 90-106, n. 7**:** *queive in urbem Romam propiusve u[rbem Romam (passus) M domicilium non habeat*

[144] *Lex municipii tarentini* (89-62 a C), CIL I2, n. 590. *quibus senatus eius municipi censuer[i]t sine d(olo) m(alo) / quei decurio munipi Tarentinei est erit queive in municipio Tarenti[no in] / senatu sententiam deixerit is in o[pp]ido Tarentei aut intra eius muni[cipi] / fineis aedificium quod non minu[s] MD tegularum tectum sit habeto [sine] / d(olo) m(alo) quei eorum ita aedificium suom non habebit seive quis eorum [eo] / aedificium emerit mancupiove acceperit quo hoic legi fraudem f[aceret] / is in annos singulos HS n(ummum) V(milia) municipio Tarentino dare damnas esto.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

c) la *Tabula Heracleensis* [145], que dispensa a los que tengan su domicilio en varios municipios o colonias y estén censados en Roma de la obligación de censarse además en dichos municipios o colonias;

d) la *lex Ursonensis,* que al hablar de los sujetos obligados a la contribución personal para la ejecución de una obra pública –*munitio*– menciona a los que sin ser colonos tienen el «domicilio» en Urso [146].

e) la *lex Irnitana,* que en su capítulo 87 establece la misma obligación para los munícipes e incolas del municipio o los que habiten un domicilio o tenga su finca o fincas dentro de los límites del municipio [147].

Las fuentes jurídicas romanas nos han legado dos definiciones de domicilio:

1) La primera es obra de Alfeno Varo, contenida en D.50,16,203 *(Alf. Varus, l. VII* dig.), donde el jurista define casa como aquella «en la que cada cual tuviese su asiento y sus escrituras, y hubiese hecho el establecimiento de sus cosas» –*ubi quisque sedes et tabulas haberet suarumque rerum constitutionem fecisse*t–.

2) La segunda aparece en una constitución de Diocleciano y Maximiano, que nos transmite el CJ. 10,40(39),7, donde el domicilio aparece definido como el lugar donde cada cual constituyó sus lares y el conjunto de sus cosas y de su fortuna –*ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit*– y de donde no haya de alejarse otra vez, si nada le obligue –*unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet–,* y de donde cuando partió se considera que está de viaje, y cuando volvió que dejó ya de viajar –*unde cum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari iam destitit–.*

Las opiniones doctrinales vertidas a propósito de la delimitación conceptual del domicilio en el Derecho romano han sido muy variadas, coexistiendo dos corrientes:

a) la teoría evolutiva, que defiende la progresiva substitución del elemento material por el intencional en la configuración jurídica del domicilio,

---

[145] *Tab. Her.* 157, *qui pluribus in municipieis colon'i'eis praefectureis domicilium habebit et is Romae census erit, quo magis/ in municipio colonia praefectura h(ac) l(ege) censeatur, e(ius) h(ac) l(ege) n(ihilum) r(ogatur).*

[146] *Lex Urs*., cap. 98*:… intrave eius colon(iae) fines* domicilium praedi/umve habebit *neque eius colon(iae) colon(us) erit is ei/dem munitioni uti colon(us) pare{n}to.* D'Ors, A., *Epigrafía jurídica de la España Romana*, Madrid, 1953, pp. 227-228.

[147] *Lex irni*. Cap. 83**–** *quicumque mu-/nicipes incolaeve eius municipi erunt, aut intra fines munici-/pi eius habitabunt, agrum agrosve habebun[t, ii om]nes eas operas/dare facere praestareque debento.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

teoría mantenida con diversos matices por Pernice [148], Carnelutti [149], Leonhardt [150], Visconti [151], Battista [152], Salgado [153] y López-Huguet [154].

b) la que defiende un concepto inmutable del mismo a lo largo de todo el Derecho romano, representada fundamentalmente por Tedeschi. [155]

De conformidad con la teoría evolutiva, en una primera fase, propia de una sociedad de economía doméstica y predominantemente agraria, el concepto de domicilio sería material, territorial y único [156]. El domicilio se identificaría como la sede, como la habitación de hecho [157], tal y como sucede en el fragmento de Alfeno Varo recogido en D.50,16,203.

No se ha dudado en destacar la identificación realizada por el jurista republicano entre *domus* y *domicilio* [158]. El elemento requerido parece revestir

---

[148] Pernice, A., *Marcus Antistius Labeo, Das Römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, I,* Halle, 1873, pp. 98 y ss. Afirma el jurista alemán que, mientras en el lenguaje jurídico de la época republicana el domicilio carece de un sentido técnico, considerado simplemente como el lugar de residencia duradera, a partir de Adriano se empieza a tener en cuenta el elemento intencional, es decir, la voluntad de establecer en un lugar la residencia con carácter permanente.

[149] Para Carnelutti, F., *Note critiche intorno ai concetti di domicilio*, *residenza e dimora*, «AG», 1905, pp. 393 y ss. en un primer momento, la expresión jurídica de la relación del hombre con el espacio fue esencialmente única y material, manteniéndose durante largo tiempo la sinonimia *domus-domicilium*. El cambio en las condiciones sociales dará lugar a que el hombre adquiera mayor movilidad, pasando a concebirse el domicilio como el lugar de *residencia estable.* Solo en un estadio posterior de la evolución, cuando el individuo conquista tal grado de movilidad que el hecho de su presencia física puede no ser ya suficiente para señalar su residencia estable, se busca el indicio de ésta en la *intención* de residir habitualmente en un determinado lugar. El domicilio es siempre la residencia estable del individuo, pero la estabilidad de la residencia no se deduce tanto de su presencia física como de su presencia moral.

[150] Leonhard, R., *Domicilium,* «Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumwissenschaft», V-1, A. Druckenmüller, Sttutgart, 1958 (ed. facsimilar de la de 1903), pp. 1300-1301 explica que, a partir del rescripto de Adriano, el domicilio no parece ya como el centro de actividad, sino más bien como el establecimiento permanente, como el punto de descanso fijo dentro de la actividad de la vida que se relaciona con una persona. Relaciona el alejamiento del concepto de domicilio de su raíz etimológica con la decadencia de la economía natural y el trabajo doméstico.

[151] Visconti, p. 434, considera que en la concepción jurídica del domicilio ha tenido lugar una evolución pararela al desarrollo de la civilización romana, de agraria a mercantil, de ser cuasi estática a contar con una gran movilidad.

[152] Battista, M., *Del domicilio e della residenza*, 2.ª ed., E. Marguieri-UTER, Roma-Torino-Napoli, 1923, pp. 4-5 y 6-7.

[153] Salgado, *op. cit*, pp. 499 y ss.

[154] López-Huguet*, Régimen jurídico del domicilio en Derecho romano,* Dykinson, Madrid, 2008, p. 101.

[155] Tedeschi, V., *Del domicilio,* Cedam, Padova, 1936, especialmente pp. 2-5. El jurista italiano niega que, en las fuentes alegadas por autores como Pernice o Leonhard, para justificar dicha evolución, se encuentre ningún elemento intencional que justifique dicha evolución del concepto de domicilio, particularmente en las relativas al domicilio plural. Concretamente, la expresión «destinatio animi» que aparece en D. 50, 1, 27,2 (*Ulp., l. II ad ed.*) no se refiere a la intención que permite tener al individuo el domicilio en el lugar donde apenas se encuentra, sino de un criterio de elección de un domicilio entre varios lugares diversos (siendo, por tanto, un medio para eliminar la pluralidad de domicilios).

[156] *Cfr.* López Huguet, cit., p. 26.

[157] Gutiérrez, A., *Diritto delle persone,* «Apollinaris», 51, 1978, p. 480

[158] Pernice, cit., p. 98 y Carnelutti, cit., p. 396.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

un carácter meramente territorial físico: el establecimiento de la sede principal del individuo.

Ahora bien, en una fase posterior, comienza a aludirse a la intención de habitar en un determinado lugar –*animus sibi manendi*– como elemento necesario para la determinación del *domicilium.*

Tal elemento resulta de un texto de Ulpiano, dictado para resolver un problema de doble domicilio:

> D.50,1,27,2 *(Ulp. l. II ad ed.) Celsus libro primo digestorum tractat, si quis instructus sit duobus locis aequaliter neque hic quam illic minus frequenter commoretur: ubi domicilium habeat, ex destinatione animi esse accipiendum. Ego dubito, si utrubique* destinato sit animo*, an possit quis duobus locis domicilium habere. Et verum est habere, licet difficile est: quemadmodum difficile est sine domicilio esse quemquam. Puto autem et hoc procedere posse, si quis domicilio relicto naviget vel iter faciat, quaerens quo se conferat atque ubi constituat: nam hunc puto sine domicilio esse* [159].

El supuesto de hecho que relata el jurista consiste en determinar si puede tener su domicilio en dos lugares el sujeto que está establecido igualmente en ambos lugares –*instructus sit duobus locis aequaliter*– y no mora con menos frecuencia en uno y en otro –*neque hic, quam illic minus frequenter commoretur.*

Celso había entendido necesario realizar una «investigación del ánimo» del interesado –*ex destinatione animi esse accipiendum*– [160].

Ulpiano duda de que sea posible si en ambas partes se está con la misma resolución de ánimo que una persona pueda tener su domicilio en ambos lugares, aunque en algunos casos acaba por admitir la posibilidad.

La necesidad de un elemento intencional resulta también de una constitución de Alejandro Severo, en la que se remite a una epístola de Adriano, en relación, esta vez, a la determinación del domicilio de los estudiantes y de los padres que los acompañan:

> C.10,40(39),2 *Imperator Alexander Severus. Nec ipsi, qui studiorum causa aliquo loci morantur, domicilium ibi habere creduntur, nisi decem annis transactis eo loci sedes sibi constituerunt, secundum epistulam divi Hadriani, nec pater, qui propter filium studentem frequentius ad eum commeat. 1. Sed si aliis rationi-*

[159] *Cfr. Index interp… c*it., t. III, p. 571.

[160] Para Robles Reyes, J. R., *La competencia jurisdiccional y judicial en Roma,* Universidad de Murcia, 2003, p. 39, en relación a la intencionalidad del interesado sería determinante su manifestación previa al respecto, ya que de no existir esta se dejaría la puerta abierta a la incertidumbre. Sería precisamente esta incertidumbre la que, a su juicio, motivase que en ese fragmento se incluyese la opinión de Paulo y Labeón, favorables a la sumisión previa de las partes y la sujeción a las dos jurisdicciones (D.50,1,28 s.).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

*bus domicilium in splendidissima civitate Laodicenorum habere probatus fueris, Mendacium, quo minus muneribus fungaris, non proderit. * ALEX. A. CRISPO. *'A XXX'.*

De acuerdo con esta constitución no es suficiente morar en un determinado lugar para poder hablar de domicilio. Es necesario, además, la intención de residir allí con carácter permanente, lo que queda excluido en el caso de los estudiantes o sus acompañantes *–nec ipsi, qui studiorum causa aliquo loci morantur, domicilium ibi habere creduntur–* Lo único que hace el texto es establecer una presunción *iuris tantum* por la que se señala que transcurrido un plazo de diez años se presume que se ha querido fijar en aquel lugar la residencia, aunque incluso en ese caso, se admite prueba en contrario [161].

El elemento intencional resulta asimismo implícito en el inciso final del C.10 (40) 39,7, ya citado, cuando afirma que se tiene el domicilio (…) en el lugar de donde cuando partió se considera que está en viaje, y cuando volvió, que dejó ya de viajar *–unde cum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari iam destitit–.*

La mayor parte de la doctrina considera necesaria la concurrencia tanto de un *corpus –habitatio–* y de un *animus –animus sibi manendi–* en la noción romana de domicilio [162].

A juicio de algunos autores la exigencia de ese elemento intencional para la determinación del domicilio se encuentra implícita, además, en otros fragmentos en la compilación justinianea. De este modo Licandro [163] subraya el empleo por parte de Marcelo del verbo *volere* en D.50,1,31 (l. I Dig.) a propósito de la libertad de domicilio *–Nihil est impedimento, quo minus quis ubi velit habeat domicilium, quod ei interdictum non situe–* lo que a su juicio supone atribuir a la voluntad del individuo un preciso papel en la concepción

[161] Sobre este texto, *cfr.* Licandro, *op. cit.,* pp. 234 y ss.

[162] Thomas, p. 46, quien concibe el domicilio como libre, pues depende únicamente de la voluntad de un sujeto, desligado de todo vínculo hereditario, y considera que hace falta una *destinatio animi,* una *voluntas*; Coleman Phillipson, *The international law and custom of ancient Greece and Rome*, vol. I, Mcmillan and Co. ltd., London, 1911, p. 246, Carnelutti, *op. cit.,* p. 400; Salgado, p. 502; Plescia, J. *Conflicts of law in the Roman Empire,* «LABEO» 38, 1992, p. 37; Licandro, *op. cit.,* pp. 228 y ss., Gutiérrez, *op. cit.,* p. 480. Para López Huguet*, El domicilio de las personas jurídicas, cit.,* p. 72, n. 10 afirma que el elemento intencional ya entra en juego desde la configuración jurídica de esta institución en el s. II a. de C. En contra, Ruggiero, E., *La patria nel diritto publico italiano*, Roma, 1921, pp. 175-176, que exige como condición indispensable del domicilio la residencia permanente, valorando dicha permanencia sobre la base de la *laris collocatio* y del haber establecido en un lugar determinado el centro del patrimonio, negocios, actividad commercial o industrial, etc. No obstante, el autor parece incurrir en una contradicción cuando, a propósito del caso de los estudiantes, indica que el plazo de diez años está fijando una presunción de que esta duración constituyese un indicio *de la intención* de efectuar el cambio de domicilio.

[163] Licandro, *op. cit.,* pp. 230-232.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

romana del *domicilium;* por otro lado, destaca que en D.50,1,20 (*Paul., l. XXIV Quaest*.) al indicar que el domicilio se transfiere por la cosa y por el hecho pero no con la nuda contestación, lo que se está poniendo de manifiesto es más la insuficiencia que la irrelevancia de la voluntad manifestada, que debía ser acompañada de un acto.

B/ *Acreditación del domicilio*

Para la determinación del domicilio, tanto en el Derecho romano como en el actual, se presentan problemas que afectan a la voluntad y a la prueba, surgiendo la cuestión de qué indicios se podían tomar en consideración para acreditar la residencia habitual y cuales no determinaban el domicilio.

1. No constituyen elementos determinantes del domicilio:

a) *La mera propiedad o posesión de una casa*.

Como pone de relieve Papiniano, en Roma no se considera domicilio la mera propiedad de una casa –s*ola domus possessio, quae in aliena civitate comparatur, domicilium non facit*– (D.50,1,17,13, *Pap. l. I Resp*.) [164]. Efectivamente, existe un buen número de textos que, con las finalidades más diversas, dejan clara la distinción entre los conceptos de propiedad y domicilio:

> – a propósito de la legitimación para interponer la *actio* derivada de la *lex Cornelia de Iniuriis*, Ulpiano equipara *domus* a domicilio, dejando claro que no se tiene porqué ser propietario: d*omum accipere debemus non proprietatem domus, sed domicilium*. Por lo tanto, la legitimación procede tanto en el caso de que se viva en casa propia –*in propria domu quis habitaverit*–, arrendada –*sive in conducto*–, cedida de forma gratuita –*vel gratis*– o si se hubiera sido recibido en hospedaje –*sive hospitio receptus, haec lex locum habebit*– (D.47,10,5,2, *Ulp. l. LVI ad ed)*.
>
> – en el marco de la responsabilidad en caso de *effusum vel deiectum,* responsabilidad exigible frente al habitante de una casa propia –*vel in suo*–, arrendada –*vel in conducto*– o gratuita –*vel in gratuito*–, quedando únicamente excluido el huésped (D.9,3,1,9 – Ulp. l. XXIII ad ed.) [165]. El fundamento de esta distinción radica en distinguir entre el que tiene domicilio –habitante– y el pasajero –huesped–.

[164] Vid. *Index int*., t. III, p. 570.

[165] D.9,3,1,9 (*Ulp. l. XXIII ad ed) Habitare autem dicimus vel in suo vel in conducto vel in gratuito. Hospes plane non tenebitur, quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur, sed is tenetur, qui hospitium dederit: multum autem interest inter habitatorem et hospitem, quantum interest inter domicilium habentem et peregrinantem.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

– con occasión del *ius occidendi* del padre respecto a la hija sorprendida en adulterio en la casa en la que él o su yerno tienen su domicilio, distinguiendo la *domus* de otra casa en la que no habita (D.48,5,23(22),2*, Pap. L. I de adult*. y D.48,5,23(24),3*, Ulp. l.I. de adult*.) [166]

– en relación a la formulación de la denuncia del ausente en juicio (D.39,2,4,5 –*Ulp. l. IV ad ed*.-) [167] o del hurto que se comete en el domicilio de quien tiene una casa de juego (D.11,5,1,2, *Ulp. l. XXIII ad Ed*.) [168].

b) *La mera declaración del interesado.*

Los juristas romanos entendieron que no bastaba la mera declaración en la determinación del domicilio, como indica Paulo en el siguiente fragmento [169]:

D.50,1,20 (*Paul., l. XXIV Quaest*.) *Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione: sicut in his exigitur, qui negant se posse ad munera ut incolas vocari.*

Paulo en este texto indica qué el domicilio se transfiere por la cosa y por un hecho –*re et facto*–, no con la nuda declaración –*contestatione* [170].

Accursio añade, además de la cosa y el hecho, el ánimo para cambiar o transferir el domicilio [171].

Sobre la interpretación de la expresión «traslado del domicilio por el hecho» Godofredo, siguiendo a Bártolo de Sassoferrato, pone el ejemplo de quien abandona un lugar con sus cosas [172].

Pothier señala que cuando se cambia de domicilio es necesario el concurso de la voluntad y del hecho, como indica Paulo en este fragmento del Diges-

---

[166] D.48,5,23 (22),2*, (Pap. L. I de adult*.) *Ius occidendi patri conceditur domi suae, licet ibi filia non habitat, vel in domo generi: sed domus et pro domicilio accipienda est, ut in lege Cornelia de iniuriis*; D. 48,5,23 (24),3*, Ulp. l.I. de adult. Sed si pater alibi habitet, habeat autem et aliam domum, in qua non habitet, deprehensam illo filiam, ubi non habitat, occidere non poterit*.

[167] D.39,2,4,5 (*Ulp. l. IV ad ed*.) *Praetor ait: «Dum ei, qui aberit, prius domum denuntiari iubeam». Abesse autem videtur et qui in iure non est: quod et Pomponius probat: verecunde autem praetorem denuntiari iubere, non extrahi de domo sua. Sed «domum, in quam degit denuntiari» sic accipere debemus, ut et si in aliena domo habitet, ibi ei denuntietur. Quod si nec habitationem habeat, ad ipsum praedium erit denuntiandum vel procuratori eius vel certe inquilinis.*

[168] D.11,5,1,2 (*Ulp. l. XXIII ad Ed.)– Item notandum, quod susceptorem verberatum quidem et damnum passum ubicumque et quandocumque non vindicat: verum furtum factum domi et eo tempore quo alea ludebatur, licet lusor non fuerit qui quid eorum fecerit, impune fit. Domum autem pro habitatione et domicilio nos accipere debere certum est.*

[169] Licandro, *op. cit.,* p. 232, indica que este pasaje está incardinado dentro del ámbito de determinación de los *munera.*

[170] Accursio, *Glossa in Digestum Novum*, cit., p. 534, gl. *contestatione a domicilium* (D. 50,1,20), indica: *contestatione id est protestatione.*

[171] Accursio, *Glossa in Digestum Novum*, cit., p. 533, en la gl. *domicilium* a *Domicilium* (D. 50,1,20). *Domicilium re, facto &animo mutamus.*

[172] Gothofredus, *op. cit.,* t. III, p. 753, n. 14: *Puta quando quis cum rebus suis redecit. Bart. hic.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

to. Por esta razón, añade, no obstante los signos que alguna persona haya dado de su voluntad de trasladar y de alguna razón que tenga para cambiarlo, va a quedar sujeto a la ley de su antiguo domicilio hasta que se haya trasladado al lugar en que quiere establecer su nuevo domicilio y lo haya establecido efectivamente [173].

La simple declaración de aquellos cuyo domicilio se disputa, no siempre puede servir para decidir, pues la experiencia enseña que puede ser refutada por una simple *nuda contestationem* o *protestatio facto contrario*, tal y como han observado algunos autores alemanes como Cramer [174] o Glück [175].

Windscheid añade que el concurso de la voluntad y la relación de hecho es necesario tanto para la constitución como para el cese del domicilio [176].

c) *La estancia pasajera en un lugar.*

Esto puede ocurrir en el marco de un viaje, o cuando se está en un lugar sin propósito de permanencia, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los estudiantes, tal y como se señala en diversas fuentes:

– en Fr. Vat. 204, donde se indica que aquelos que están en Roma por razón de estudios deben quedar excusados de los censos y otras cargas municipales, pues no se les entiende allí domiciliados [177].

– en D.47,10,5,5 (*Ulp. l. LVI ad ed.*), en el que el jurista entiende aplicable la *lex Cornelia de iniuriis* incluso a los que por cauda de estudios viven en Roma, aunque no tienen ciertamente allí su domicilio [178].

– finalmente, en la constitución de Alejandro Severo recogida en C.10, 40 (39),2 en referencia a una epístola de Adriano, en virtud del cual no se considera que quienes, por causa de estudio, moran en algún lugar tienen en él su domicilio,

---

[173] Pothier, *Introduction Générale aux Coutumes, cit*., p. 4.

[174] Cramer, J.U, *Observationum Juris Universi es praxi recentiori Supremorum Imperii Tribunalium Haustarum,* t. V, obs. 1392, Ulmae, 1769, p. 763: *Haec autem animi declaratio que ipso facto elicitur, per nudam verborum contestationem rei haud refutatur, per expressam l. 20 Munic*.

[175] Glück, *op. cit.,* t. V. p. 121.

[176] Windscheid, *op. cit.,* p. 106.

[177] Fr. Vat., 204: *Proinde qui studiorum causa Romae sunt praecipue civilium, debent excusari, quamdiu iuris causa Romae agunt studii cura distracti; et ita... Imperator Antoninus Augustus Cereali a censibus et aliis rescripsit.*

[178] D.47,10,5,5 (Ulp. l. LVI ad Ed.) *Si tamen in fundum alienum, qui domino colebatur, introitum sit, Labeo negat esse actionem domino fundi ex lege Cornelia, quia non possit ubique domicilium habere, hoc est per omnes villas suas. Ego puto ad omnem habitationem, in qua pater familias habitat, pertinere hanc legem, licet ibi quis domicilium non habeat. Ponamus enim studiorum causa Romae agere: romae utique domicilium non habet et tamen dicendum est, si vi domus eius introita fuerit, Corneliam locum habere. Tantum igitur ad meritoria vel stabula non pertinebit: ceterum ad hos pertinebit, qui inhabitant non momenti causa, licet ibi domicilium non habeant.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

> a no ser que transcurridos diez años hubieren constituido en aquél lugar su residencia. Lo mismo se aplica a los padres que los acompañan [179].

Dernburg [180] entiende que las residencias pasajeras no sirven de base a un domicilio, incluso si la estancia se alarga en el tiempo. Se pregunta el jurista alemán si el arrendatario tiene su domicilio en el inmueble arrendado, cuestión que a su juicio debe resolverse en función de las circunstancias, no pudiendo descartarse sin más la constitución del domicilio por el hecho de que se haya arrendado solo temporalmente. Otro indicio de que la residencia no es pasajera sería el ingreso de un mayor de edad en una relación de servicios con la intención de ganarse el sustento, lo que fundamenta la constitución de su domicilio en el lugar en que reside con la intención de cumplir su obligación de servicio.

2. Elementos que sí se tienen en cuenta para la determinación del domicilio:

a) *La laris collocatio, el lugar donde se tienen las tabulas, y donde se hace el establecimiento de sus cosas* [181]. Estos tres elementos aparecen el fragmento, ya citado, de Alfeno Varo:

> D.50,16,203 *(Alf. Varus, l. VII dig.) In lege censoria portus Siciliae ita scriptum erat: «Servos, quos domum quis ducet suo usu, pro is portorium ne dato». Quaerebatur, si quis a Sicilia servos Romam mitteret fundi instruendi causa, utrum pro his hominibus portorium dare deberet nec ne. Respondit duas esse in hac scriptura quaestiones, primam quid esset «domum ducere», alteram, quid esset «suo usu ducere» Igitur quaeri soleret, utrum, ubi quisque habitaret sive in provincia sive in Italia, an dumtaxat in sua cuiusque patria domus esse recte dicetur. Sed de ea re constitutum esse eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet suarumque rerum constitutionem fecisset* [182].

El fragmento recoge la opinión del jurista a propósito de la interpretación de la ley censoria del puerto de Sicilia [183], en la que se hallaba escrito «por los

---

[179] C.10,40(39),2 *Imperator Alexander Severus. Nec ipsi, qui studiorum causa aliquo loci morantur, domicilium ibi habere creduntur, nisi decem annis transactis eo loci sedes sibi constituerunt, secundum epistulam divi Hadriani, nec pater, qui propter filium studentem frequentius ad eum commeat.*

[180] Dernburg, *op. cit.,* p. 75.

[181] Advierte Lauterbach, *op. cit.,* p. 24. Cap. XXV, que estas palabras han de ser tomadas no en su sentido gramatical sino jurídico, remitiéndose a Richter.

[182] *Cfr. Index Int.,* t. III, p. 588.

[183] A este tipo de leyes se entiende referida la expresión *lege censoria* utilizada en el texto *Cfr.* Cuiacio, *Opera*, t. 8, Neapoli, 1722, col. 625: *Id est, in l. locationes, quam censor dixit locando publica–*. En estas leyes censorias se establecían las vectigales, pero el impuesto recaía sobre las mercancías destinadas a la venta, no al consumo– *Nam venalia tantum, sive promercalia pendunt portorium: usualia (sic voca-*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

esclavos que alguno lleve a su casa para su uso no pague el portazgo». El jurista tenía que resolver dos cuestiones:

1. El significado de llevar a su casa *–domum ducere–*.
2. El significado de llevar para su uso *–suo uso ducere–*.

En su *responsa,* Alfeno Varo considera como *domus* el lugar donde cada cual tuviese su sede y sus *tabulas –ubi quisque sedes et tabulas haberet* [184]*–*, y hubiese hecho el establecimiento de sus cosas *–suarumque rerum constitutionem fecisset–* [185].

Explica Zanger que entre los romanos la *laris collocatio* significaba la casa en la que se hacía el *lararium*, es decir, el *sacrarium* doméstico en el que se adoraban los lares y los dioses particulares [186].

La doctrina discrepa a la hora de valorar el papel de la *laris collocatio* en la determinación del domicilio romano, y así, mientras para Tedeschi [187] asume un papel central como elemento constitutivo, para Licandro es simplemente un índice presuntivo del *animus* [188].

---

mus) non pendunt portorium. Destaca Cuiacio como el jurista no identifica *domus* con la patria de origen sino con el domicilio. También explica que Alfeno Varo solía ser consultado en materia de las leyes dictadas por los censores en los arrendamientos públicos.

[184] En relación a este texto, define Alciato, *op. cit.,* t. I, col. 379, la «sede» como la habitación perpetua *–sedes, id est, habitationem perpetuam–*.

[185] Para Thomas, Y., «*Origine» et «commune patrie». Étude de Droit public romain (89 av. J.-C – 212 ap. J.-C.)*, École française de Roma, Roma, 1996, p. 35, n. 28, el texto es atribuible a Servio Sulpicio Rufo. Opina Licandro, *op. cit.,* pp. 63-64 que la redacción del texto da a entender que la cuestión en él planteada no era nueva «sobre este particular se estableció que…» y que sobre la misma existían varias opiniones doctrinales «se suele preguntar si…o si…», por tanto, el concepto de domicilio ya estaría elaborado antes de la fase tardorrepublicana de la jurisprudencia romana. Sería la ambigüedad de la *lex censoria* del puerto de Sicilia, a la que se alude al principio del fragmento (…) la que habría dado lugar a la necesidad de un dictamen de los juristas (en igual sentido, López Huguet, *op. cit.,* p. 90). En relación a las interpolaciones del texto, *cfr. Index interp... cit.,* t. III, p. 588.

[186] Zangeri, J., *Tractatus duo. Uno de exceptionibus, alter de quaestionibus*, Witterbergae, 1694, pp. 53-54: *Laris voculam apud Romanos significasse domum, in qua lararium fit, hoc est, sacrarium domesticum, in quo lares et dii peculiares adorantur.* El autor advierte contra la confusión presente en algunos autores que atribuían a la expresión *larem fovere* el mismo significado que en Alemania se daba a *focum et ignem tenere (eigen Kauch und Licht oder Feuer halten).*

[187] Tedeschi, *Del domicilio…* cit., p. 2. Para el jurista italiano, ningún texto autoriza a mantener que para la constitución del domicilio sea suficiente tener en un lugar los propios intereses patrimoniales, mientras que, por el contrario, numerosos pasajes destacan la importancia fundamental para la constitución del domicilio de la *laris constitutio*.

[188] Licandro, *op. cit.,* pp. 215 y ss. No discute que la *laris collocatio* sea un indicio de la efectiva estabilidad del individuo en un lugar, pero niega que tenga la particular importancia que tuvo en el ordenamiento jurídico romano en la primera fase de la historia del domicilio, lo que deduce a partir de la posibilidad de tener varios domicilios según la *tabula heraclea* –no pudiéndose constituir el culto doméstico más que en un lugar–; o del planteamiento del problema de la *destinatio animi* por parte de Celso respecto de aquél que habitase dos lugares igualmente.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

A la *laris collocatio* se refiere asimismo una constitución del emperador Juliano del año 362, recogida en CTh. 12, 1,52, donde niega que la simple posesión de una casa, sin la *laris collocatio*, constituya domicilio [189]:

> CTh.12.1.52. *Idem a. ad Iulianum consularem Foenices. Non obstat curialium petitioni, quod ii, quos incolas dixerunt, alibi decuriones esse dicuntur; poterunt enim et aput eos detineri, si eorum patitur substantia et ante conventionem incolatui renuntiare noluerunt.* Sola vero possessione sine laris collocatione *praedictos onerari iuris ratio non patitur, quamvis res decurionum comparasse dicantur. Sane incolatus iure tunc detinendi sunt, si non aut arma gesserunt aut expeditioni militari praefuerunt aut sub praecone administrationis facti sunt senatores. Dat. III non. sept. Antiochiae; acc. id. oct. Tyro Mamertino et Nevitta conss.*

Otras menciones las encontramos en:

1) C.3,24,2. A través de esta constitución del año 330 que los emperadores Valente, Graciano y Valentiniano dirigen al Senado, se ordena que en las causas pecuniarias los senadores respondan ante la prefectura pretoriana o ante el *magister officiorum* si residen en Roma o en sus suburbios, debiendo responder en cambio en las provincias si allí tienen su domicilio o donde poseen la mayor parte de sus bienes y residen allí con frecuencia –*in provinciis vero* ubi larem fovent *aut ubi maiorem bonorum partem possident et adsidue versantur respondebunt–.*

2) CTh.7,21,4. En esta constitución del año 408 d. C. los emperadores Honorio y Teodosio anuncian que perseguirán con severidad a quienes hayan obtenido cartas testimoniales no por mérito propio sino en consideración a la persona que hubiera suplicado clemencia, no obstante lo cual, permitirán a tales personas vivir en la sacratísima urbe si allí hubieran constituido sus lares y su domicilio: *qui posuerunt illic larem adque domicilium* [190].

3) C.1,39, 2. El fragmento recoge una constitución de Valentiniano y Marciano del año 450 dirigida a Taciano, prefecto del pretorio, por la que se manda nombrar tres pretores para la ciudad eligiéndolos de los que tengan su propio domicilio en la ciudad y no de las provincias*: ut hi tamen tres ex his,* qui proprium larem *in hac alma urbe habeant.*

4) C.1,3,39 (38) pr., que transmite una constitución de León y Antemio, en la que se somete a sacerdotes, clérigos y monjes a sus jueces ordinarios, sin poder ser sacados del lugar, provincia o región que habitan, para que puedan servir más fácilmente por la proximidad a los sacrosantos altares, constituidos

---

[189] Observa Licandro, *op. cit.,* que no es sorprendente que Juliano, coherentemente con su política religiosa de restaurar el culto pagano, haya recuperado la concepción típica de la tradición y cultura antigua con la *domus* como sede de los lares familiares.

[190] CTh.7.21.4*: Impp. Honorius et Theodosius aa. Theodoro praefecto praetorio. Eos, qui testimoniales non suo merito, sed eorum contemplatione sunt adepti qui pro his nostram clementiam sunt precati, par severitas persequatur. Eos tamen esse in urbe sacratissima non vetamus, qui posuerunt illic larem adque domicilium. Dat. X kal. dec. Ravenna Basso et Filippo conss. (408 nov. 22).*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

ellos en sus propios lares y domicilios *faciliusque de proximo sacrosanctis altaribus obsecundent in suis laribus et domiciliis constituti.*

5) C.1,3,48 (49),2. En esta constitución Justiniano dispone que en caso de que el testador hubiera nombrado herederos a los cautivos *si quidem captivos scripserit heredes* se hará cargo de la herencia el obispo y el ecónomo de la ciudad en que se conoce que el testador tenía su hogar y vivía *–civitatis, in qua testator* larem fovere *ac degere noscitur episcopus et oeconomus hereditatem suscipiant–* destinado la misma a la redención de cautivos.

El segundo de los elementos indicadores del domicilio que se menciona en D. 50, 16, 203, es el «lugar donde se tienen las *tabulas*». Hay que recordar que los romanos guardaban las crónicas familares en códices en sus archivos domésticos, hechas en tablas de madera o cera [191]. También llevaban los libros de contabilidad *–codex accepti et expensi* [192]*–*.

Para la Glosa, las *tabulas* mencionadas en D.50,16,203 son aquellas en las que antaño se llevaban la contabilidad doméstica [193].

b) *El usar de las ventajas de la ciudad.*

El criterio aparece mencionado en D.50,1,27,1, donde Ulpiano manifiesta que si alguno se sirve del foro, del baño y de los espectáculos, *si quis in eo foro balineo spectaculis utitur* y allí celebra los días festivos *–ibi festos dies celebrat–* y disfruta finalmente de todas las comodidades del domicilio y de ningunas de las colonias *–omnibus denique municipii commodis, nullis coloniarum fruitur–*, se considera que mas bien tiene allí su domicilio, que allí donde va para cultivar *–ibi magis habere domicilium, quam ubi colendi causa deversatur–.*

El criterio lo utilizaba Ulpiano para resolver el supuesto de una persona que cultivaba en una colonia y realizaba siempre sus negocios en el municipio en el que compra, vende, contrata y se sirve de sus comodidades.

La legislación municipal hace referencia a otros *commoda* de los municipios. Por ejemplo, la *lex Irnitana* hace una regulación pormenorizada del pro-

[191] Pauly-Wissowa, *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, IV A, 2, voz «Tabula», pp. 1881-1882. Según Heumann, H.– Seckel, E., *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts,* 11. Aufl., Graz, 1971, p. 577, la *tabula* es el lugar donde se escribe, recibiendo este nombre por el material en el que escribían sus documentos los romanos, que contenía dos o tres tablas de madera (*diptica, triptica*).

[192] Explica Luzzato, «Tabulae», *NNDI*, t. XVIII, 1957, p. 1019, que a imitación de este *Codex accepti et expensi* que los romanos usaban para su administración privada se realizarían posteriormente las anotaciones del magistrado sobre su propia actuación (*res gestae*). En relación con el c*odex accepti et expensi vid.* Torrent, *Diccionario… ci*t., p. 1301 y Zandrino, L., *Osservazioni sul Codex accepti et expensi*, «SDHI»; nº 83, 2017 pp. 131 y ss.

[193] Fehi, *op. cit.,* p. 1853: *Tabulae sunt quas olim quisque de domestica ratione faciebat*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

cedimiento para la aprobación de los gastos en ceremonias religiosas y cenas para los munícipes, decuriones y conscriptos –*inpensis in sacra ludos cenasque faciendis*– (caps. 77 y 79), y se prohíbe hacer señalamientos en aquellos días en los que se den en el municipio espectáculos, banquetes o meriendas a los munícipes –*spectacula in eo municipio edentur epulum aud vesceratio municipibus* [194]–.

En D.50,1,35 *(Mod. l. I. Excusationum*), Modestino también se refiere a la necesidad de disfrutar de las ventajas de la ciudad para estimar que se habita en ella, negando la cualidad de *incola* a quien permanece en el campo sin hacer uso de las comodidades de la ciudad: *Scire oportet eum qui in agro degat incolam non existimari: nam qui eius urbis commodis non utitur, propterea incola esse non existimatur.*

c) *El lugar donde se negocia.*

Varios autores, entre los que figuran Thomas y Licandro, han destacado la relevancia que en la determinación del domicilio se concede al lugar donde se negocia [195]; y efectivamente, varias fuentes mencionan este criterio indicativo, como el pasaje, ya citado, de Ulpiano, recogido en D. 50,1,27,1, donde el jurista comienza refiriéndose a si alguno hace siempre sus negocios no en la colonia, sino en el municipio, en el cual vende, compra, contrata… –*Si quis negotia sua non in colonia, sed in municipio semper agit, in illo vendit emit contrahit*–.

La alusión al lugar donde se negocia aparece también en D. 5,1,5 (Paul, l. XIV ad ed.), donde se menciona al que negociaba igualmente en varios lugares –*qui pluribus locis ex aequo negotietur*–.

d) *El lugar donde se encuentra la mayor parte de la fortuna –fortunarum suarum summam constituit–* como señalan C.10,40 (39),7, y D.50,16,203.

La importancia del lugar donde se poseen lo bienes se pone también de manifiesto, por ejemplo, a los efectos de designar los magistrados competentes para el nombramiento de tutores o curadores.

Efectivamente, según establece un rescripto de Antonino Caracalla dirigido a Aristóbulo, fechado entre los años 214-215 d.C., serán competentes

[194] *Cfr.* Thomas, *op. cit.,* p. 43, n. 49 y p. 26, n. 6.

[195] Thomas, *op. cit.,* pp. 48-49; Licandro, *op. cit.,* p. 134, n. 197. Ya Glück, *op. cit.,* t. V, p. 123, incluía dentro de los criterios que permiten deducir la intención de fijar el domicilio duradero en un determinado lugar el que uno comience a negociar o trabajar y haga todo lo que el resto de los habitantes del lugar están autorizados u obligados.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

para el nombramiento los magistrados de la ciudad del origen o del lugar donde radiquen los bienes del menor, prevaleciendo estos criterios sobre el lugar donde los menores únicamente tienen su domicilio. En tal caso, se dispone que los menores sean restituidos a su patria y moren en el lugar donde tengan su patrimonio (C.5,32,1) [196].

La glosa a *summam* [197] se encarga de precisar que «la mayor parte de la fortuna» implica que no tiene más en otro lugar, aunque son suficientes otros medios para constituir el domicilio, como la *laris collocatio*.

Al comentar la constitución contenida en C.10,40 (39),7, Bartolo de Sassoferrato considera que, si se consigue probar que una persona tiene algo en una determinada ciudad, se le presume habitante –*incola*– de la misma, salvo que esta pruebe que en otro lugar tiene más [198].

Al lugar en el que se poseen la mayor parte de los bienes como indicio presuntivo del domicilio se refiere también Zanger, quien admite a estos efectos que la posesión se efectúe a través de un tercero [199].

e) *Lugar del que uno se va por obligación y del que cuando se marcha se considera que está de viaje y al que siempre se regresa,* tal y como se señala en C.10,40(39),7 *in fine: unde cum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari iam destitit.*

Los indicios que hasta ahora se han ido mencionando pueden servir como un criterio que facilite la determinación del lugar donde radicaba el domicilio y la residencia de una persona, tanto en el derecho romano como en el actual reglamento sucesorio europeo.

Pero existen supuestos en los que esta determinación reviste una mayor dificultad. Esto sucede, por ejemplo, en los supuestos de domicilio doble o plural o de ausencia de domicilio, de residencia habitual disociada (familiar y

---

[196] C.5,32,1. *Imperator Antoninus. Magistratus eius civitatis, unde filii tui originem per condicionem patris ducunt vel ubi eorum sunt facultates, tutores vel curatores his quam primum secundum formam perpetuam dare curabunt. Quod si filii tui neque possident quicquam in provincia, ubi morantur, neque inde originem ducunt, restituti apud patriam suam et ubi patrimonium habent morabuntur, ut ibi defensores legitimos sortiantur * ANT. A. ARISTOBULAE. *'A 215 PP. K. OCT. LAETO II ET CEREALE CONSS.'.*

[197] Fehi, *op. cit.,* t. 5,1, p. 79, gl. *Summam. Summam id est maximam. Et dicitur summa si non habeat alibi plus… Sic ergo sufficit k/k. Domicilium alicubi habere queaudmodum quis dicatur, alterum istorum, scilicet vl larem constituere: vel summam rerum habere.*

[198] Bartolo a Saxoferrato, Commentaria in tres libros Codicis… cit., fol. 21 v., ad l. cives quidem, CJ. 10,40 (39),7: Nam si probo quod tu habes in ciuitate ista aliquid, praesumeris incola, nisi probes quod alibi habes plus.

[199] Zanger, *op. cit.,* pp. 54-55 *Secunda conjectura contracti domicilii est, si reus in aliquo loco majorem bonorum partem possideat…Quin enim nostro nomine sunt in possessione, ii non sibi, sed nobis possident & nos per eos possidemus.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

laboral) o de de traslados efectuados sin propósito de permanencia. Asimismo, pueden plantearse dificultades mayores a la hora de precisar el lugar de residencia habitual de menores, discapacitados o presos, por ejemplo.

El estudio pormenorizado de estas cuestiones hace aconsejable un estudio independiente de la materia, por lo que no van a ser objeto de análisis en este trabajo, al exceder del propósito del mismo.

III.2.2 El domicilio en la recepción

A lo largo del Derecho intermedio, se ha insistido aun con mayor intensidad en la necesaria concurrencia de ambos elementos en la delimitación del domicilio. Esto sucede ya con los glosadores y comentaristas.

De este modo, mientras Azón [200] se limita a dar una definición de domicilio parafraseando las fuentes romanas, como el lugar donde se constituye la suma de su fortuna y sus lares, donde se vuelve cuando se está de viaje, Accursio, insiste claramente en el elemento intencional, al establecer la distinción entre el *origo*, que nadie puede cambiar, y el domicilio, *que por la voluntad se constituye y se retiene* [201]; y con los comentaristas, como Bartolo de Saxoferrato [202] y Baldo de Ubaldis [203].

Continúan en esta línea de pensamiento los humanistas, como Alciato [204], o Donello [205], que insiste en la necesidad conjunta de *habitatio* y *animus* de establecerse en un lugar de manera permanente, poniendo como ejemplos de

---

[200] Azonis, *op. cit.,* p. 188: *vbi constituit summam rerum suarum&larem, vbi facit ignem, a quo loco si recedat dicitur peregrinari.*

[201] Accursii, *Glossa in Digestum novum*, «Corpus Glossatorum Iuris Civilis», t. IX, Augustae Taurinorum, 1968, p. 534 (gl. *Domicilium* a D.50,1,27,2): *dicut quidam aliud est origo & aliud est domicilium, cum primum ex necessitatte, &deferri non potest: secumdum* ex voluntate *constituitur &retinetur.*

[202] Bartolo a Saxoferrato, *Commentaria in secundam Digesti novi partem,* Lugduni, 1555, fol. 258 v., *ad l. Placet* (D. 50,1,3) *Quaero, qualiter constituatur domicilium? Respondeo, animo et facto, ut dic. glossa.*

[203] Baldo Ubaldi, *Commentaria in VII, VIII, IX, X & XI Cod. lib*., Lugduni, 1585, fol. 305 v., ad l. *origine* –C.10,49 (39)3– *domicilium quia consistit ex facto* et animo *potest definere et mutare facto et animo.*

[204] Alciato, A., *Opera omnia*, Vico Verlag, Frankfurt, 2004 (ed. facsim. de la ed. de Basileae, 1557-1558), col. 379. *Domum– Vbi igitur domicilium aliquis constiuertit, domum habere dicitur: ut satis non sit, quod aliquo in loco quis habitet, animo forte recedendi, sed necessarium est domicilium esse constitutum, id est rerum suarum summam ibi esse, frequentius a patres familias incoli.*

[205] Donelli, H., *Opera omnia. Commentariorum de Jure Civili*, t. IV, Florentiae, 1842, col. 1289-1290. Tras criticar el concepto de domicilio contenido en el C.10,40(39) por que da lugar a la incertidumbre, lo define como *locus, in quo quis habitat eo animo, ut ibi perpetuo consistat, nisi quid avocet*. Y, no dejando lugar a duda sobre los elementos constituyentes del domicilio, aclara: *dua res domicilium constituunt, quas superiore definitione volumus intelligi, habiatio cujusque, et animus ibi consistendi. Primum habitatio: sine hac domicilium non est (…) Habitatio non est satis, animus consistendi accedere oportet:ut*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

residencia temporal, además del supuesto clásico de los estudiantes, el de quienes se trasladan a un lugar *legationis causa* y alquilan una casa o el de los que viajan *negotiandi aut mercaturae discendae causa* [206].

La necesidad de ambos elementos también está presente en su discípulo Zanger [207], en Lauterbach [208], Heinecio [209] y Thomasius [210].

Voet distingue entre domicilio propio y menos propio, entendido este último como aquél en el que falta el propósito de vivir perpetuamente, como el domicilio elegido por razón del litigio, el del relegado, o el militar [211]. Este autor menciona una serie de «conjeturas probables» interesantes para la prueba del domicilio, que a su juicio se podrán aplicar cuando no consta de manera clara dónde se ha constituido el domicilio ni consta el ánimo de abandonar un determinado lugar:

a) se presume que se continúa en el domicilio de origen o domicilio paterno.

b) se presume el domicilio donde se tiene la mayor parte de la fortuna.

c) si habiéndose vendido los bienes que se tenían en otra parte, se reúne en otra ciudad con la familia, volviendo allí asiduamente [212].

---

uis scilicet ita ibi inhabitet, ut ibi sedem sibi constituierit, idest, un ibi perpetuo consistat, non temporis causa.

[206] Donelli, *op. cit.,* col. 1290: Q*uisquis temporis caussa alicubi commoratur et consistit, ibi domicilium non habet. Veluti, si qui legationis caussa aliquo venerint, et dum legatione fuguntur, ibi habitationem conduxerint: si qui benerint aliquo negotiandi, aut mercaturae discendae causa. Ipso adeo studiosi qui aliquao venerint studiorum causa, hoc ipso quod ibi ita consistant, ut post studia completa domum redeant.*

[207] Zangeri*, op. cit.,* p. 53, nº 20: *Animum persistendi &domicilium contrahendi*.Y un poco más adelante, a propósito de la interpretación que debe darse a la *laris constitutio*: *non enim ex eo quod quis focus & ignem teneant, arguitur domicilii constitutio, utpote* quae ex solo animo perpetuo habitandi in loco dependat.

[208] Lauterbach, W. A., *Tractatio de domicilio*, Typis Johann. Henrici Reisi, Tubingae, 1663, p. 55, p. 19. El autor define el domicilio como la residencia que en un determinado lugar se ha instituido con intención de permanencia *–habitatio, certo in loco, animo perpetuo ibi consistendi instituta–.*

[209] Heineccius, *op. cit.,* p. 163*: nec habitatio sine anime destinatiione, nec contestatio animi sine habitatione faciat domicilium.*

[210] Thomasius, C., *Tractatio iuridica de vagabundo, sev eo qui est sine domicilio, occasione l. 27§2 ad municip.,* 3ª ed., Lipsiae, 1739, p. 44., nº 25: *ad constitutionem domicilii non sufficit nudus habitationis actus, sed praeterea &animus ac intentio perpetui ibi manendi requiritur.*

[211] Voet, *op. cit.,* p. 453, cap. 94: *alius minus proprium, in quo illud propositum perpetuo commorandi deest, quod et in domicilio litis causa electo, et eo quod relegatus in loco relegationis, aut miles, ubi meret, habet animadvertere licet.*

[212] Voet, *op. cit.,* p. 454, cap. 97: *quoties autem non certo constat, ubi quis domicilium constitutum habeat, et an animus sit inde non discendenci, ad conjeturas probabilis recurrendum…Sic enim in dubio in loco originis et domicilio paterno quemque praesumi continuasse domicilium, jam ante dictum. Idemque est, si aliquo loco majorem bonorum partem possideat: auto bonis divenditis, quae alibi possidebat, in aliam urbem cum familia se contulerit, ibique assidue versatus fuerit: vel jus civitatis aliquo in loco sibi acquisiverit, atque ita illic habitet.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

La doctrina francesa anterior al *Code civil*, como Pothier [213] o Argou [214], insisten en que una vez establecido el domicilio en un lugar, puede retenerse *animo solo*. Para este último resulta incluso más importante la voluntad que el hecho objetivo de la residencia, lo que supone como consecuencia que quienes no son dueños de su voluntad, como las mujeres casadas o los menores, no pueden elegir domicilio [215].

Quizá la única excepción sea Domat, que define el domicilio simplemente como el lugar de la residencia habitual, sin hacer alusión al elemento subjetivo.

La exigencia de estos dos elementos está presente también tanto en la Escuela Histórica con Savigny [216] como en la Pandectística: Glück [217], Puchta [218], Dernburg [219], Windscheid [220] y Arndts [221].

El *Code* napoleónico se mantuvo fiel a la tradición, de modo que, tras determinar en el artículo 102 que «el domicilio de todo francés, en cuanto al ejercicio de sus derechos civiles, es el pueblo en que tiene su principal

---

[213] Pothier, R.J., *Introduction Générale aux Coutumes, «*Œuvres», t. X, Pichon-Béchet, Paris, 1827, p. 2: *une personne ne peut, á la vérité, établir son domicile dans un lieu qu'animo et facto, en s'y établissant une demeure: mais le domicilie, une fois établi dans un lieu, peut s'y retenir animo solo.*

[214] Argou, G., *Institutions au Droit Français,* t. I, 3eme ed., Paris, 1730, p. 31: *Il feut deux choses pour l'etablir, l'habitation réelle, &la volonté de le fixer au lieu que l'on habit; l'une et l'autre sont necessarires pour constituir le domicilie, mais la volonté seule suffit pour le conserver; au contraire, la volonté seule ne suffit pas pour le perdre, il faut que le falit y foit joint.*

[215] Argou*, loc. ult.cit: Comme le domicile consiste plus dans la volonté que dans le fait; ceux qui ne sont pas maîtres de leur volonté ne peuvent pas choissir un domicile.*

[216] Savigny, F.C., *Sistema del Derecho romano actual*, t. VI, trad. Mesia-Poley, 2ª ed., Centro editorial de Góngora, Madrid, 1924, p. 154, considera domicilio el lugar donde un individuo reside constantemente y que ha elegido libremente como centro de sus negocios y de sus relaciones jurídicas. Es precisamente la intención actual de fijeza y perpetuidad la que permite distinguir las nociones de residencia y domicilio.

[217] Glück, F., *Commentario alle Pandette,* V, trad. Biagio Brugui, Leonardo Vallardi ed., Milano, 1893, p. 120*: per libera determinazione viene costituito un domicilio 1. Quando si stabilisce in un luogo col propio patrimonio, e si ha pure 2. la intenzione di rimanere permanentemente in questo luogo.*

[218] Puchta, G.F., *Pandekten*, 8. Aufl., J. Ambrosius Barth, Leipzig, 1856, p. 70: *Es entsteht entweder durch den in Ausfuhrung gebracten Willen der Person (freiwilliges Dom.) oder durch rechtliche Vorschrift (dom. necessarium).*

[219] Dernburg, H., *System des Römischen Rechts*, I, 8. Auf., Müller Verlag, Berlin, 1911, p. 46: *Domizil– Wohnsitz– eines Menschen ist der Mittelpunkt seiner Tätigkeit, in diesem Sinne sein regelmäsiger Auftenhaltsort. Derselbe fordert: a) den Willen des regelmäsigen Auftenhalts an einem Orte, dem man zum Mittelpunkte seiner Lebenverhältnisse macht (…) b) die Betätigung jenes Willens durch entprechende Handlungen, z.B., durch Beziehen einer Wohnung.*

[220] Windscheid, B., *Diritto delle Pandette*, I, trad. Fadda-Bensa, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1930, quien exceptuando los supuestos de domicilio necesario declara que: *non é possibile la fissazione di un domicilio, senza la volontà di colui che lo fissa. D'altra parte non basta la semplice volontà, se non le corresponde il rapporto di fatto*.

[221] Arndts, C.L., *Trattato delle Pandette*, t. I, anot. por Serafini, (ed. facs. de la de Bologna, 1877), Arnaldo Forni ed., 1981, p. 67.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

establecimiento» [222], recogió los dos elementos romanos de *habitatio* y *animus sibi manendi*, al disponer en el artículo siguiente: «la mutación de domicilio se verificará en el *hecho* de habitar realmente en otro pueblo, junto con la *intención* de fijar en él su principal establecimiento».

Admitía este cuerpo legal dos modalidades de prueba de la mutación de domicilio:

a) expresa, mediante declaración ante las municipalidades del lugar que se deja y del pueblo a donde se transfiere el domicilio (artículo 104)

b) tácita, dependiendo en ese caso de las circunstancias la prueba de la intención (artículo 105).

Sin embargo, los tratadistas franceses posteriores al Código comenzaron a distinguir entre domicilio y residencia. Consideraron que el domicilio no dependía de esta última, sino que se trataba de una cuestión de derecho, una creación jurídica, consistiendo en la relación moral de la persona con un determinado lugar, donde la ley establece la sede jurídica de una persona, independientemente del hecho de la residencia; pues el domicilio, una vez adquirido, podía retenerse *solo animo*. Por el contrario, la residencia constituiría meramente una cuestión de hecho, pudiendo constituir un indicio del establecimiento principal que representa el domicilio [223].

En este sentido, Demolombe [224], que define el domicilio como la sede lugar de la persona, el lugar que le representa de cierta manera frente a terceros, destacaba la pervivencia de la constitución CJ. 10,40(39) 7 en el artículo 103 del *Code* francés, en cuanto que declara que en Derecho francés el domicilio es el lugar del establecimiento principal, es decir, el lugar que se hace centro

[222] *Código de Napoleón con las variaciones adoptadas por el cuerpo legislativo el día 3 de septiembre de 1807*, Madrid, 1809. De manera similar, Colin, A., y Capitant, H., *Curso elemental de Derecho civil*, trad. De Buen, t. I, ed. Reus, Madrid, 1922, p. 820, entienden por domicilio la residencia que se considera que tiene la persona a los ojos de la ley para el ejercicio de ciertos derechos o para la realización de ciertos actos.

[223] Explica Carnelutti, *op. cit.,* p. 417 y ss. que los juristas franceses se encontraron ante el anacronismo de los artículos 102 y 103 del *Code*, que hacían derivar el domicilio francés, al igual que el romano, del hecho de la residencia y de la intención de tener en ese lugar la sede del establecimiento principal, pero que en la práctica muchas veces no lo era (*Cfr.* Colin y Capitant, cit., p. 824: «Es lo más frecuente que la residencia y el domicilio no sean más que una sola cosa porque la mayor parte de las gentes habitan en un lugar único en el cual viven ejerciendo su oficio o su profesión. Pero una persona puede residir en un punto distinto de aquel en que tiene su principal establecimiento»). La revolución de los medios de comunicación y del transporte – continúa Carnelutti– fue dando lugar en muchos casos a que el lugar de residencia estable estuviera en lugar distinto a donde uno ha constituido la suma de sus cosas y de su fortuna, escindiéndose el establecimiento de los negocios y de los intereses, y como consecuencia, los conceptos de domicilio y residencia o habitación. (*Cfr.* López Huguet, *El domicilio de las personas jurídicas: evolución desde el Derecho romano y significado actual,* «REDUR», 6, 2008, pp. 74 y ss.)

[224] Demolombe, C., *Cours de Code Napoleon*, I, Paris, 1880, pp. 542 y 547.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

de sus intereses, negocios y costumbres, la sede de su existencia social, *rerum ac fortunarum suarum summam.*

De manera similar, Colin y Capitant [225], entienden por domicilio la residencia que se considera que tiene la persona a los ojos de la ley para el ejercicio de ciertos derechos o para la realización de ciertos actos.

En Italia, la publicación del Código de 1865 supone la consagración de la distinción entre los conceptos de domicilio, entendido como el lugar de la sede principal de los propios negocios e intereses y residencia, entendida como el lugar en el que la persona tiene su estancia habitual [226].

También el Derecho canónico recibió la doctrina romana del domicilio y la doble exigencia de *habitatio* y animus *sibi manendi* [227]. En la actualidad, el Código de Derecho Canónico establece en el canon 102.1 un doble sistema para la determinación del domicilio: aplicando de manera automática el criterio objetivo de la residencia cuando esta es superior a los cinco años, o prescindiendo de ese plazo, cuando la residencia vaya unida al elemento intencional de querer permanecer en un determinado lugar si nada lo impide [228].

IV. CONCLUSIONES

En este trabajo hemos analizado los fundamentos romanistas de los foros de competencia judicial internacional previstos en el RES centrándonos exclusivamente en la sumisión de las partes y la residencia habitual, dada la exten-

---

[225] Colin, A., y Capitant, H., *Curso elemental de Derecho civil*, trad. De Buen, t. I, ed. Reus, Madrid, 1922, p. 820.

[226] *Codice civil del Regno d'Italia*, Stamperia Reale, Torino, 1865, artículo 16: *Il domicilio civile di una persona è nel luogo in cui essa ha la sede principale dei propri affari ed interessi. La residenza è nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale.* El tenor es prácticamente igual al del artículo 43 del Código de 1942, con la salvedad de que se cambia *in cui essa ha* por *in cui essa ha stabilito*. Pese a valorar positivamente la autonomía conceptual que el *Codice* italiano otorga a la residencia, critica el hecho de que el mismo reproduce el régimen francés para el cambio de domicilio, que necesita de la concurrencia del hecho material de la residencia con el elemento intencional de fijar allí la sede principal, lo que da lugar a una norma anacrónica y antinómica.

[227] Gutierrez, *Diritto delle persone,* «Apollinaris», 51, 1978, p. 481, señalando como diferencias principales entre el régimen del domicilio entre el Derecho romano y el canónico la introducción, en el segundo, de la institución del quasi domicilio, el carácter autónomo de la figura del vago en el derecho canónico y la posibilidad de tener domicilio autónomo por parte del menor en el derecho romano, frente al canónico, que solo le concede la posibilidad de tener un *quasi* domicilio.

[228] De este modo, el canon 102.1 del Código de Derecho Canónico de 1983 dispone «El domicilio se adquiere por la residencia en el territorio de una parroquia o al menos de una diócesis, que *o vaya unida a la intención* de permanecer allí perpetuamente si nada lo impide, *o se haya prolongado por un quinquenio completo*» (el canon 92.1 del Código de 1917 recurría al plazo clásico de los diez años).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

sión de la materia, quedando por investigar los fundamentos romanistas de los restantes foros que se recogen en el RES.

1. Por lo que se refiere a la *sumisión expresa*, en el RES se exigen como requisitos, además de que el causante haya optado por su ley nacional según el artículo 22 RES, que el consentimiento sea prestado por «las partes interesadas» en la sucesión, debiendo constar por escrito, con expresión de fecha y firma. Esta sumisión expresa tiene un efecto negativo –la derogación de la competencia– y otro positivo –la prórroga de competencia del tribunal elegido–.

El Derecho romano también conoció la sumisión expresa con los mismos efectos negativo y positivo que se observan en el RES, tal como nos lo transmite D.5,1,1 (*Ulp. l. II ad ed.*) donde consagra la formulación general de la sumisión expresa.

Esta sumisión únicamente puede tener lugar en favor de quien tenga jurisdicción, tal y como transmite Ulpiano en D.5,1,1 y se remarca en el C.3,13,3.

Igualmente se exige como requisito el consentimiento de las partes, sin que sea necesario el consentimiento o conocimiento del pretor, y así se observa en D.5,1,2,1 *(Ulp. l. III ad ed.*).

Este consentimiento tiene que carecer de vicios, puesto que el error en la persona del magistrado o sobre su competencia anula lo actuado ante el pretor (D.2,1,15, *Ulp. l. II de omn. trib.).*

Asimismo, se exigía una perseverancia en el consentimiento, de tal forma que la *mutatio voluntatis* excluía la prórroga de la jurisdicción: D.2,1,18 (*Afric. l. VII quaest.*); C.2,3,29 y C.1,51(50).

2. En defecto de acuerdo de elección de foro unánime de las partes interesadas, el artículo 9 del RES admite la *sumisión tácita* mediante la comparecencia ante el tribunal, sin impugnar la competencia de este. El RES no especifica las conductas concretas que suponen una «comparecencia sin impugnación de la competencia del tribunal».

Los supuestos de sumisión tácita mediante comparecencia fueron admitidos en el ordenamiento jurídico romano, tal como queda reflejado en C.3,13,1, el cual también tuvo que resolver si determinadas conductas constituían o no sumisión tácita.

A partir de aquí, se han analizado las conductas susceptibles de ser interpretadas o no como una sumisión tácita, con la finalidad de ofrecer soluciones que puedan servir de criterio interpretativo aplicable a los supuestos que puedan plantearse en la actualidad:

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

Son conductas no constitutivas de sumisión, por ejemplo, 1) por parte del actor la mera presentación de una demanda –C.3,9,1–; 2) la pretensión del demandado de que se le manifieste el género de la acción –D.5,1,33 (*Mod. l. III reg.*)–; 3) la emisión de una citación; 4) la petición de una copia de la demanda.

Por el contrario, sí se consideraba sumisión tácita 1) la comparecencia ante el órgano jurisdiccional alegando una excepción distinta de la *praescriptio fori* –C.8,36(35), 13 y D.5,1,52 pr. *(Ulp. l. VI fid.)*–; 2) formular la contestación a la demanda –C.3,9,1–.

3. En la actualidad, en torno al RES se plantean a propósito de la *residencia habitual del causante* los mismos problemas que en su día surgieron en el Derecho romano en torno al concepto de *domicilium*, a propósito de su carácter fáctico y de cara a su prueba:

3.1 En cuanto a los elementos integrantes de la noción de residencia habitual, del considerando 23 del Reglamento se desprende la exigencia, de un elemento objetivo, la *duración y la regularidad de la presencia* del causante en el Estado de que se trate, y por otro de un elemento subjetivo, que habrá de tomar en consideración las *condiciones y los motivos* de dicha presencia.

A partir del emperador Adriano es indubitada la exigencia de ambos elementos en la determinación del lugar del *domicilium* en el Derecho romano, tal y como aparece en D.50,1,27,2 *(Ulp. l. II ad ed.)* y se deduce de C.10,40(39)2, a propósito de los estudiantes que se trasladan a otro lugar *studiorum causa*, sin ánimo de constituir allí su domicilio.

3.2 En cuanto a la prueba, las reglas para la determinación de la residencia habitual se encuentran recogidas en los considerandos 23-25, teniendo en cuenta:

a) La necesidad de una evaluación general de las circunstancias de vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del fallecimiento, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, entre otros la duración y presencia del causante en el estado de que se trate, así como las condiciones y motivos de dicha presencia.

b) El carácter fáctico de dicha apreciación aparece también en el Derecho romano en D.50,1,20, pr., donde Paulo pone de manifiesto que el domicilio se transfiere por la cosa y por un hecho, no por la nuda declaración.

c) La residencia habitual así determinada deberá revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate, teniendo en cuenta los objetivos específicos del Reglamento Europeo de Sucesiones.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233

3.3 Tanto el Derecho romano como la tradición romanística posterior aportan un repertorio de criterios que pueden revelarse de suma utilidad a los jueces, tribunales y autoridades encargados de determinar el lugar de la residencia habitual del causante a efectos del Reglamento Europeo de Sucesiones:

a) El lugar de *la laris collocatio,* donde se tienen las *tabulas,* y donde se hace el establecimiento de las cosas –D.50,16,2*03 (Alfenus l. VII dig.)*–.

b) El lugar donde se negocia –D.50,1,27*,1 (Ulp. l. II ad ed.);* D.50,1,*5 (Paul. l. XL ad ed.)*–.

c) El lugar de cuyas comodidades se disfruta: lugar donde alguno se sirve del foro, del baño, de los espectáculos, etc. –D.50,1,2*7,1(Ulp. l. II a*d ed.); D.50,1,*35 (Mod. l. I excusat.)*–.

d) Allí donde se encuentra la mayor parte de la fortuna –C.10,40(39)7 y D.50,16,2*03 (Alfenus l. VII di*g.*)*–.

e) Lugar del que uno se va por obligación y del que cuando se marcha se considera que está de viaje y al que siempre se regresa, tal y como se señala en C.10,40(39*),7 in fine: unde cum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari iam destitit.*

f) No tiene carácter determinante la mera propiedad o posesión de una casa, tal y como señala con carácter general D.50,1,17*,13 (Pap. l. I resp.)* además de otros textos que aplican este criterio a supuestos concretos.

g) Tampoco lo tiene la simple declaración del interesado, como indica D.50,1,20 *(Paul. l.* X*XIV quaest.)* en relación a la *nuda contestatione o protestatione.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0233