

llevar los adornos que puso para mero recreo, si se pueden separar sin deterioro de la cosa. En España la ley 44, tít. 28, Part. 3.^a autoriza al poseedor de mala fe para que pueda retener la cosa ajena, hasta que el dueño le abone los gastos *necesarios*, descontando su valor de los frutos percibidos. En cuanto á los gastos útiles, le da derecho para que, ó el dueño le satisfaga, *si quiere*, ó si se niega á abonarlos, que el poseedor de mala fe pueda llevar la labor que hizo. Por último, en cuanto á los gastos hechos más bien para adorno y recreo que para provecho, los pierde todos el poseedor de mala fe, y nada puede llevarse, según dicha ley. Esta pena me parece muy justa y muy conveniente al bien común, para escarmentar á los poseedores de mala fe. * (Véase el Código civil, lib. 2, tít. 2, sección 2.^a, cap. 2.) *

CAPÍTULO VIII

DE LA TRADICIÓN Ó ENTREGA

1004. El segundo modo de adquirir dominio por derecho de gentes se llama derivativo, y es por la *tradición*; la cual consiste en que una persona capaz de trasladar el dominio de una cosa la pone en poder de otra con intención de conferirle su dominio y posesión por medio de la entrega, interviniendo justo título.

La *tradición* real no tiene lugar propiamente sino en las cosas corporales; no obstante, en las incorporales, como servidumbres y demás derechos semejantes, es representada por el uso de aquel á quien se conceden y el consentimiento del que las concede, y se llama *cuasi entrega* ó *cuasi tradición*.

Hay tradición fingida, que es de tres maneras: *brevis manus*, *longa manus* y *simbólica*.

Brevis manus es cuando teniendo otro una cosa mía en depósito ó prestada, le digo: *te hago perpetua dona-*

ción de ella. Aquí hay ficción de derecho de que me la devolvió y yo se la volví á entregar.

Longa manus es cuando, por ejemplo, el comprador y el vendedor, teniendo á cierta distancia la cosa vendida, el vendedor, mostrándosela al comprador, le dice: *te la entrego y pongo en tu poder*. En este caso, los ojos son como una *mano larga* con que el comprador, donatario, etc., aprehenden la cosa que se les vendió, ó donó, ó permutó, etc.

La tradición *simbólica* es cuando interviene alguna señal que significa la entrega de la cosa; como cuando se entregan las escrituras de los contratos, la llave de la cámara donde está el trigo, etc. (Véanse las leyes 46, 47 y 48, tít. 28, y leyes 1.^a, 6.^a, 7.^a y 8.^a, Part. 3.^a)

Aunque para trasladar el dominio bastaba la sola voluntad del hombre si se atiende solamente al derecho natural, las leyes civiles, para evitar dudas y pleitos, establecieron sabiamente como condición necesaria la entrega ó tradición de la cosa: «*Traditionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur.*» (*L. Traditionibus 20 c. De Pactis*); pero la tradición sola nunca basta para trasladar el dominio, si no hay algún justo título: «*Numquam nuda traditio transfert dominium.*» Se ha de notar que, como se dijo tratando de la posesión, hay alguna vez aprehensión legal, que por ficción de derecho equivale á la real, como cuando se abre ó publica el testamento; pues los herederos adquieren *ipso facto* el dominio y *posesión* de la parte determinada que les dejó el testador.

* Se entenderá entregada la cosa cuando se ponga en poder y posesión del comprador (art. 1462). Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldría á la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare ó se dedujere claramente

lo contrario. Fuera de los casos que expresa el artículo precedente, la entrega de los bienes muebles se efectuará: por la entrega de las llaves del lugar ó sitio donde se hallen almacenados ó guardados, y por el solo acuerdo ó conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse á poder del comprador en el instante de la venta, ó si éste la tenía ya en su poder por algún otro motivo (art. 1463). Si una misma cosa se hubiese vendido á diferentes compradores, la propiedad se transferirá á la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuera mueble. Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad á quien de buena fe sea primero en la posesión; y faltando ésta, á quien presente título de fecha más antiguo, siempre que haya buena fe (art. 1473). *

CAPÍTULO IX

DE LAS ESPECIES DE SERVIDUMBRE

1005. No voy á tratar de la servidumbre de los esclavos; de ésta, en la parte que puede ser necesario su conocimiento á un confesor, se trató ya en el cuarto precepto.

Voy á tratar de la servidumbre en cuanto es uno de los medios de adquirir dominio real indirecto ó útil de una cosa cuyo dominio *directo* pertenece á otra persona.

ARTÍCULO PRIMERO

De la servidumbre.

1006. P. ¿Qué es servidumbre?
R. «*Jus faciendi aut prohibendi aliquid in alieno.*» Es el derecho constituido en una cosa ajena, mediante el cual está obligado el dueño á no

hacer, ó á permitir que se haga algo en ella en beneficio de otra persona ó cosa. De modo que la servidumbre de las cosas es un desmembramiento del derecho de propiedad de una cosa, y tiene ese nombre por analogía á la servidumbre de las personas.

* Los artículos 531 y 532 del Código civil definen la servidumbre diciendo que es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro, perteneciente á distinto dueño, ó en provecho de una ó más personas, ó de una comunidad á quienes no pertenezca la finca gravada. Antiguamente se dividían las servidumbres en reales y personales; mas el Código civil omite esta división por haber suprimido del cuadro de las servidumbres el usufructo de una cosa, el uso y la habitación. La servidumbre real es aquella en que un predio sirve á otro predio, y la personal la en que un predio sirve á una persona. Las servidumbres se dividen, además, según el Código civil moderno, en continuas y discontinuas, aparentes y no aparentes, positivas y negativas, y legales y voluntarias.

Continuas son aquéllas cuyo uso es ó puede ser incesante sin intervención de ningún hecho del hombre; discontinuas son las que se usan á intervalos más ó menos largos, y dependen de actos del hombre; servidumbres aparentes son las que se anuncian y están continuamente á la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas; no aparentes son las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia. Positivas son las que imponen al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa ó de hacerla por sí mismo; negativas son las que prohíben al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre; legales son las establecidas por la ley, y, finalmente, voluntarias son las establecidas por la voluntad de los propietarios.

Las servidumbres legales se subdividen en servidumbres en materia de aguas, de paso, de medianería, de luces y vistas, de desagüe, de edificios, y en servidumbre de plantaciones. Lea el lector, si gusta, los artículos del 552 al 564 del Código civil, donde se trata extensamente de la servidumbre de aguas.

También ha derogado el nuevo Código las antiguas servidumbres conocidas por los nombres de senda, carretera, ó vía y carretera, determinando sólo que tiene derecho el dueño de una finca enclavada entre otras ajenas sin salida á camino público para exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización; pero admite la servidumbre del paso para ganados, conocida con los nombres de cañada, cordel, vereda ó cualquier otro, y las de abrevadero, descansadero y majada, que se regirán por las ordenanzas y reglamentos de 3 de Marzo de 1877, y, en su defecto, por las costumbres del lugar, limitando la anchura de la cañada á 75 metros, la de cordel á 37 metros 50 milímetros, y la de vereda á 20 metros. (Véanse los artículos 571 al 579 del Código civil, que tratan de la servidumbre de medianería, que consiste en los derechos que tienen los dueños de dos fincas, ó cerca que las divide.)

Asimismo ha derogado las antiguas servidumbres romanas y ha establecido servidumbres de luces y vistas en términos señalables desde el artículo 580 al 585; y del desagüe, edificios y plantaciones trata en el artículo 586 hasta el 593. Finalmente, dispone el Código vigente que todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y en la forma que bien le pareciere, siempre que no contravengan á las leyes y al orden público.

Las servidumbres se adquieren del modo siguiente: las continuas y aparentes por virtud de un título ó por la

prescripción de veinte años (art. 537); las continuas, no aparentes y las discontinuas, sean ó no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud de un título (art. 539).

Se extinguen las servidumbres: 1.º Por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente. 2.º Por el no uso durante veinte años. Este término principiará á contarse desde el día en que hubiera dejado de usarse la servidumbre respecto á las discontinuas, y desde el día en que haya tenido lugar un acto contrario á la servidumbre respecto á las continuas. 3.º Cuando los predios vengán á tal estado que no pueda usarse de la servidumbre; pero ésta revivirá si después el estado de los predios permitiera usar de ella, á no ser que cuando sea posible el uso, haya transcurrido el tiempo suficiente para la prescripción, conforme á lo dispuesto en el número anterior. 4.º Por llegar el día ó realizarse la condición, si la servidumbre fuera temporal ó condicional. 5.º Por la renuncia del dueño del predio dominante. 6.º Por la redención convenida entre el dueño del predio dominante y el del sirviente. *

ARTÍCULO II

Del usufructo, uso y habitación.

1007. * El Código civil, como se ha dicho, no considera estos derechos como servidumbres personales, sino más bien como limitación ó gravamen del dominio ó propiedad, como realmente parece ser así, y, por lo tanto, siguiendo el mismo orden del Código, se empieza por el usufructo, el cual se define: *jus fruendi re aliena, salva ejus substantia*, ó bien usufructo es el derecho de disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, á no ser que el título de su constitución ó la ley autoricen otra cosa. Se constituye por la ley,

por la voluntad de los particulares, manifestada en actos entre vivos ó de última voluntad, y por prescripción.

Podrá constituirse en todo ó parte de los frutos de la cosa á favor de una ó varias personas simultánea ó sucesivamente, y en todo caso desde ó hasta cierto día, puramente ó bajo condición. También puede constituirse sobre un derecho siempre que no sea personalísimo ó intransmisible. El usufructo se constituye por la ley á favor del padre y de la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados, y á favor del cónyuge superviviente sobre los bienes del premuerto; mas ni los dichos padres usufructuarios de los bienes de sus hijos, ni el cónyuge sobreviviente respecto á la cuota hereditaria que le conceden los artículos 834, 836 y 837, están obligados á prestar la fianza que establece el artículo 491, sino en el caso de que los padres ó el cónyuge contrajeran segundo matrimonio. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen ó extingan derechos de usufructo, deben inscribirse en los Registros de la propiedad conforme á lo dispuesto en el art. 2.º de la Ley Hipotecaria.

Se extingue el usufructo: 1.º Por muerte del usufructuario. 2.º Por expirar el plazo por que se constituyó, ó cumplir en la condición resolutoria consignada en el título constitutivo. 3.º Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona. 4.º Por la renuncia del usufructuario. 5.º Por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo. 6.º Por la resolución del derecho del constituyente. 7.º Por la prescripción. Si la cosa en usufructo que se ha dado, se perdiera sólo en parte, continuará este derecho en la parte restante. No podrá constituirse el usufructo á favor de un pueblo ó corporación ó sociedad por más de treinta años. Si se hubiese constituido, y antes de este tiempo el pueblo quedara yermo, ó la corpora-

ción ó la sociedad se disolviera, se extinguirá por este hecho el usufructo.

Los derechos y obligación del usufructuario son los que determina el título constitutivo del usufructo; en su defecto, por insuficiencia de éste, se estará á lo que disponen los artículos 471 al 512 del Código civil. *

1008. * El uso se define *jus utendi re aliena, salva ejus substantia*, de modo que el usuario tiene derecho á usar ó servirse de la cosa ajena según sus necesidades. (Ley 20, tít. 31, Partida 3.ª) Las facultades y obligaciones del usuario se regularán por el título constitutivo de este derecho, y, en su defecto, por las disposiciones siguientes: El uso da derecho á percibir de los frutos de la cosa ajena, los que basten á las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta se aumente. Los derechos de uso no se pueden arrendar ni traspasar á otro por ninguna clase de título. El que tuviere el uso de un rebaño ó pira de ganado podrá aprovecharse de las crías, de leche y lana en cuanto baste para su consumo y el de su familia, así como también del estiércol necesario para las tierras que cultive. Si el usuario consumiera todos los frutos de la cosa ajena, estará obligado á los gastos del cultivo, á los reparos ordinarios de conservación y al pago de las contribuciones, del mismo modo que el usufructuario. Si sólo percibiera parte de los frutos, no deberá contribuir con nada, siempre que quede al propietario una parte de frutos para cubrir los gastos y las cargas. Si no fueran bastantes, suplirá aquél (el usuario) lo que falte. (Código civil, artículo 524 y siguientes.) *

1009. * Habitación es el derecho de morar en casa ajena sin pagar alquiler. Las facultades y obligaciones del que tiene derecho de habitación se regularán por el título constitutivo de este derecho, según se ha dicho en el núm. 1008, hablando del uso. La habitación da á quien tiene este derecho

la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia. Los derechos de habitación no se pueden arrendar ni traspasar á otro por ninguna clase de título. Si el que tuviere derecho de habitación ocupara toda la casa, estará obligado á los reparos ordinarios y de conservación y al pago de las contribuciones, lo mismo que el usufructuario. Si sólo percibiera parte de la casa, no deberá contribuir con nada, siempre que queden al propietario aprovechamientos bastantes para cubrir los gastos y las cargas. Si no fueren bastantes, suplirá el que habite la casa lo que rente. Los derechos de uso y habitación se extinguen por las mismas causas que el usufructo, y, además, por abuso grave de la cosa y de la habitación. *

ARTÍCULO III

De los modos de adquirir dominio por derecho civil.

1010. Los modos de adquirir dominio por derecho civil son ó *universales ó particulares*. En cuanto á la transmisión de toda la herencia por derecho positivo civil, no hay sino un modo, que es la sucesión hereditaria. Los modos particulares de transmitir el dominio por el mismo derecho son dos: la prescripción y los contratos.

CAPÍTULO X

DE LA SUCESIÓN HEREDITARIA

ARTÍCULO PRIMERO

Origen, definición y división del testamento.

1011. Para mí es indudable que la facultad de testar no es de derecho natural *propriamente tal*, sino que, en cuanto á la *sustancia*, es de derecho de

gentes, y en cuanto á las *solemnidades* es de derecho civil. La razón es, porque por derecho natural las cosas eran comunes, y la división de la propiedad se hizo por derecho de gentes, como dice la opinión comunísima de los doctores, teólogos, canonistas y juristas, siguiendo á Santo Tomás.

Por derecho natural, la cosa común se hacía propia por la *ocupación*, y esta propiedad duraría mientras se ocupase y poseyese, y nada más: es así que con la muerte se acaban la *posesión* y la *ocupación*, luego el derecho que hoy tienen los propietarios de disponer de sus cosas en vida *para después que han muerto* (esto es, para cuando ya *no pueden poseer*), no proviene del derecho natural, sino del de gentes.

El poder hacer testamento es muy conforme á la equidad natural, por muchos motivos, como lo es la división de la propiedad, y como lo son todas las cosas que son de derecho de gentes; porque este derecho se define: *Quod naturalis ratio inter omnes homines (cultos) constituit*. El derecho de testar es antiquísimo, y se pierde en la oscuridad de los tiempos.

Scavini dice que la facultad de testar es de derecho natural; pero las tres razones que alega no tienen ningún valor, y quedan contestadas satisfactoriamente. Me admira que el erudito Scavini afirme que es de creer muy probablemente que cuando Abraham se lamentaba de que su esclavo Eliezer sería su heredero, por no tener hijos, esto era una prueba de que el derecho de testar no proviene de las *leyes civiles*; porque, *dice*, no es de creer que *éstas* existiesen *sobre esta materia* en aquellos tiempos: «Nullis tunc, saltem *valde probabiliter* (Abraham), *regebatur legibus positivis*.» (Tract. VI, disp. 2.^a, cap. 7, *quæ*. 2.^o) No solamente no es muy probable, sino que es del todo improbable lo que afirma Scavini; porque Abraham pensaba *adoptar* por hijo á Eliezer para poderle instituir su heredero,

como dicen Calmet, Cornelio à Lápi-de, Tirino, Scio y otros comentadores sobre ese pasaje del Génesis (capítulo 15, v. 2); de donde se sigue *evidentemente* que la sucesión hereditaria *regebatur legibus positivis*, puesto que estaban admitidas: 1.^o, la esclavitud; 2.^o, la adopción; 3.^o, la potestad de dejar la herencia ó de que heredase *ab intestato* un esclavo adoptado, con preferencia á los hermanos y demás parientes consanguíneos no descendientes del difunto. Estas tres cosas son indudablemente disposiciones del derecho civil positivo; porque ni la esclavitud, ni la adopción, ni los derechos del adoptado para suceder con esa preferencia al padre adoptante, son de derecho natural. No sólo existían en aquel tiempo esas leyes civiles, sino que existían innumerables ciudades, gobernadas con mucha cultura, donde florecían las ciencias y las artes: Babilonia, Pentápolis, Gerara, Heliópolis, Menfis, Egipto, etc. De esta última se dice: *Et eruditus est Moyses omni sapientia ægyptiorum*. (Act., cap. 7, v. 22.)

Habían pasado cerca de quinientos años después del diluvio cuando sucedió este hecho de Abraham; y es indudable que el derecho civil había dado ya leyes ó se habían fijado costumbres sobre la transmisión de la herencia. Noé y sus hijos transmitieron también á sus descendientes las costumbres antediluvianas. Por último, no pudiendo existir una sociedad sin leyes, ¿cómo puede creerse que nación alguna omitiese legislar sobre un ramo tan importante? Véase á Bursati, en su obra *Consiliorum*, consil. 226, donde trata eruditísimamente esta materia; á Antonio Gómez, sobre la ley 3.^a de Toro, núm. 16; á Covarrubias, lib. 3, *variar. resol.*, capítulo 6, núm. 7; á Alciato, in *E. Nihil aliud*, núm. 14 *De verb. oblig.*; á Gutiérrez, sup. núm. 79; á Ceballos, *Speculum pract.*, en la q. 512; á Fossario, Escriche, etc.

1012. P. ¿Qué es testamento?

R. Si se atiende á la etimología de la palabra, se deriva de *mentis testatio*, último testimonio de nuestra *voluntad*. Así es que cuando las palabras del testador son ambiguas, se ha de procurar descubrir su voluntad para cumplirla: *Semper vestigia testatorum sequimur*, dicen los juristas.

La definición esencial del testamento es: «Declaración *legal* que uno hace de su *última* voluntad, disponiendo de sus bienes para después de su muerte.» (Ley 1.^a, tít. 1, Partida 6.^a) «Ultima hominis voluntas de eo quod post mortem de rebus suis fieri vult.»

Se dice *legal*, porque el derecho civil declara nulo el testamento que carece de las formalidades legales esenciales.

Se dice *última* voluntad, porque el testamento último es el que vale. Se dice *para después de su muerte*, porque el testamento no surte sus efectos hasta después de la muerte del testador.

El derecho civil español se apartó aquí del derecho romano en dos cosas importantes:

1.^a El derecho romano declaraba nulo el testamento en el que no se hacía institución de heredero; *cum institutione hæredis*, añadían en la definición del testamento; pero el derecho español no exige esa formalidad. Así es que los herederos *ab intestato* deben cumplir las mandas y legados del testamento del difunto, aunque en él no se hubiese hecho institución de heredero; y se debe cumplir el codicilo aunque no se haya hecho testamento. (Ley 2.^a, tít. 18, lib. 10 de la Novísima Recopilación, y ley 1.^a, tít. 12, Part. 6.^a) * Hoy no existe el codicilo. *

2.^a Por el derecho romano no podía uno morir parte testado, parte intestado; pero por el derecho español puede: y si el difunto dispuso de parte de sus bienes, se dan éstos á los