

prometiéndose; y 3º el resarcimiento del daño originado, aunque solo sea por culpa leve (1).

(1) Como Heineccio no habla de los pactos que pueden entrar en la celebracion de la venta y compra, los indicaremos nosotros por via de apéndice á este tratado. No solo se puede celebrar puramente, sino bajo condicion, esto es, poniendo el uno al otro de los contrayentes ciertas condiciones, que podemos llamar *pactos añadidos*. Los mas solemnes que se pueden poner y son permitidos en este contrato, son los pactos llamados de *retrovendendo*, *comisorio* y de *señalamiento de día* (*additionis in diem*), LL. 38. 40. y 42. *tít. 3. Part. 5.* Por el primero se verifica la venta con la precisa calidad y condicion de que para cierto día, mes y año ha de restituir el comprador la misma cosa vendida al que se la vende ó á sus herederos, en la forma que la recibe, sin demora alguna, volviéndosele el precio; y que por ningun pretesto la ha de poder vender, gravar, ni de cualquiera otro modo enajenar hasta que pase el tiempo prefinido, y si lo hiciere, sea nulo. Ordenada en estos términos la venta, es lícito el contrato, L. 42. *tít. 5. Part. 5.*, y el comprador puede usarla y disfrutarla, mas no venderla hasta que espire el tiempo prescrito; pero el vendedor puede darle tambien facultad para esto, quedando siempre el segundo comprador con la obligacion de restituirla, y la accion de vindicarla en su fuerza y vigor. Por el pacto comisorio se obliga el comprador á que, si no satisface el precio de la cosa comprada para cierto día, queda por el mismo hecho nula la venta, se tiene por no trasferido el dominio de la alhaja, y sus acreedores no adquieren derecho á ella, y por lo mismo el vendedor gana la arra ó señal; bien que puede elegir uno de los dos medios, que son, ó pedir todo el precio, y que subsista el contrato, ó no querer que este valga, y retener la arra; pero no arrepentirse despues de hecha la eleccion, *d. lei.*

Si el comprador percibió algunos jrutos de la alhaja ven-

## TÍTULO XXV.

## DE LA LOCACION Y CONDUCCION.

§. CMXVI. Hasta aquí hemos hablado del primer contrato consensual, la compra y venta. Sigue el de la *locacion y conduccion*. En él se ha de considerar, 1º la definicion, §. 916; 2º la division, §. 917; 3º los atributos esenciales, §. 918-923; 4º la obligacion que de

dida con pacto comisorio, debe entregarlos al vendedor, devolviéndole este la señal ó parte del precio que recibió, y no de otra suerte; y si los quiere, le ha de abonar las espensas hechas en sus labores y coleccion de ellos; pero si la alhaja se deterioró por su culpa, miéntras la poseyó, está obligado á reintegrar al vendedor su decremento, *d. lei.*

Cuando se añade pacto de señalamiento de día, recibe el comprador la cosa con la condicion de que si dentro de tanto tiempo (que se señala) pareciere otro comprador que dé al vendedor y á su heredero mas precio que él, ha de quedar por el mismo caso nula y rescindida la venta, y el derecho del vendedor vivo é ileso para apoderarse de la cosa, venderla al que mas le diere, y compeler al primer comprador á que se la restituya saneada y en la propia forma que la recibió, devolviéndose el precio que entregó y el de las mejoras útiles que tenga; mas no las precisas para su conservacion. Pero si pasare el tiempo prefinido, se trasfiere el dominio de la cosa al comprador, sin que sea necesaria nueva tradicion, l. 40. *tít. 5. Part. 5.*

Este pacto será válido, concurriendo las circunstancias siguientes: primera, que el segundo comprador sea verdadero

él nace, §. 924-926; y 5º las acciones, §. 927-929. La definición es fácil: *locacion y conduccion es un contrato consensual, por el cual se presta hasta cierto tiempo el uso de una cosa, ó cierto trabajo por cierta merced ó estipiendo*. Decimos 1º que la locacion y conduccion es un *contrato consensual*, porque recibe su fuerza de solo el consentimiento. Añadimos, *por el cual se presta el uso de una cosa*, pues aquí no se trata de trasferir el dominio, como en la compra, ni de que otro custodie una cosa, como en el depósito, sino de que tenga el uso el conductor, es decir, el que la

y no simulado; segunda, que el vendedor ó su heredero hagan saber al primero el mayor precio que el segundo le ofrece por la alhaja, y le prevenga si la quiere por el tanto, pues tiene derecho para ser preferido; tercera, que el mayor precio ofrecido sea por la alhaja conservada en la misma forma que la vendió, sin mejoras ni aumentos. Faltando alguna de estas circunstancias, no se rescindirá el contrato, *d. l. 40*.

Otro accidente puede suceder en la venta, que no conocian los romanos, y es el *retracto* ó *tanteo*, que viene á ser un derecho que por la costumbre ó pacto compete á alguno, para rescindir la venta y atraer á sí por el mismo precio la cosa vendida dentro del término por Derecho señalado.

En España se conocen cuatro géneros de tanteo ó retracto. El primero es convencional, y se verifica, cuando el vendedor y comprador pactan que aquel ha de poder retraer la finca dentro de cierto término ó cuando quiera, restituyendo el precio recibido; y este es el pacto *de retrovendendo*, de que hablamos poco hace. El segundo tiene lugar, cuando el que posee algun castillo ó fortaleza, intenta venderlo ó permutarlo, pues lo debe hacer con licencia del rei, é informarle del comprador y precio que por él da, para que, si quiere, lo re-

toma en alquiler. Sigue diciendo la definición, *ó cierto trabajo*; lo cual se ha de entender de los que reciben estimacion, como son los mecánicos, que pueden ejercerse con la mano. Últimamente decimos, *por cierta merced ó estipendio*; porque si no está determinada, y se concede *grátis* la cosa para cierto uso, no es locacion, sino comodato.

§. CMXVII. En cuanto á la division, la locacion y conduccion es, ó de *cosa*, cuando se concede su uso por cierta merced, por ejemplo, un prado, una casa; ó de *trabajos (operarum)*, cuando se prestan trabajos

traiga por el tanto, *L. 1. tit. 18. Part. 2*. El tercero se llama *de comunion ó sociedad*, y le está concedido al socio ó partícipe en el dominio de alguna cosa raíz, *L. 55. tit. 5. Part. 5*. El cuarto, finalmente, es el *de consanguinidad ó gentilicio*, del que trataremos primeramente, y es el que compete á los hijos, nietos y parientes legítimos por su orden, dentro del cuarto grado civil, recto y trasversal del dueño de los bienes que se venden, sin distincion de sexo ni edad, pues por los menores pueden usar de él sus tutores y curadores, y por los ausentes sus apoderadores con poder especial, *LL. 17. tit. 10. lib. 4. del Fuero real, 6 y 7. lib. 5. del Ordenamiento, y 230. del Estilo*.

La razon de permitir el Derecho á los consanguíneos la facultad de retraer, se toma de la aficcion que por lo comun profesan todos á los bienes de sus mayores, ya sea por la utilidad que experimentan en conservarlos, ya porque les es sensible el que salgan de la familia. Concede pues el Derecho esta facultad, no solo á los hijos legítimos, sino tambien á los naturales, por militar en ellos igual razon; pero no á los espurios, por no reputarse por conocidos sus padres. En virtud del derecho que hemos explicado, queriendo el dueño de al-

mecánicos por una recompensa; por ejemplo, cuando el sastre compone un vestido por cierta merced; ó *de obra (operis)*, cuando se arrienda alguna obra que se va á hacer, v. gr., si la nacion arrienda la obra de un puente por cierto precio; de cuya locacion trata la *L. 5. §. 1. De verbor. signif.* Por lo demas acerca de estas especies de locacion se ha de observar, 1º que las personas de los conductores tienen diversos nombres, pues el que toma en arriendo una casa, se llama *inquilino*; el que toma predios rústicos, *colono*; el que rentas reales, *publicano*; el que alguna obra, *asentista (redem-*

guna finca ó alhaja inmueble, patrimonial ó abolenga, venderla por dinero de contado á extraño, si algun pariente suyo hasta el cuarto grado inclusive, contado por Derecho civil, quiere poseerla por el tanto, es preferido al extraño. Si el pariente no intentó el retracto ó tanteo antes que la finca se vendiese, todavía puede apoderarse de ella, si ocurre dentro de los nueve dias primeros siguientes al de la celebracion de la venta; pero con la condicion precisa de que pague el mismo precio que el comprador extraño ofrecia, y de que jure que quiere para sí la finca, y que no hace el retracto con dolo ni con fraude. Y si entónces no existe en el pueblo, puede tantearla otro pariente por la misma línea. Pero en el caso que dos ó mas de un grado pretendan la misma finca, dispone el Derecho que la partan entre sí; y siendo de diversos, que la lleve el mas cercano, *L. 13. tit. 10. lib. 3. del Fuero real.* Por lo que hace al retracto de comunion ó sociedad, es constante que no solo puede el socio ó participe en la finca, siempre que justifique serlo, retraerla por el tanto, si el consocio quiere vender su parte á extraño, sino tambien despues de vendida esta, acudiendo dentro de los nueve dias concedidos al pariente, y no despues, con tal que pague el precio ofrecido

*tor*), y ultimamente, el que toma en arriendo trabajos, se llama *mercenario*. 2º La locacion de obra tiene algo verdaderamente singular, pues en los demas casos el que da la merced, se llama conductor, y el que la recibe locador. Mas aquí es al contrario, pues el que da la merced de la obra que se trata de hacer, se llama locador, y el que la recibe, conductor; porque al mis-

por el comprador, y que no haya fraude ni dolo, *L. 55. tit. 5. Part. 5.*; mas esto se entiende, cuando ambos poseen la cosa *pro indiviso*, pues si está dividida real y demostrativamente, y cada uno posee su parte separada, ninguno puede intentar el retracto de la otra, porque en este caso ya no son socios, ni tienen comunion de ella.

Siendo muchos los socios, puede cada uno retraer por el tanto la finca ó cosa vendida á extraño; y si todos la quieren, deben ser todos admitidos á su tanteo proporcionalmente, segun la parte que en ella les corresponda, no con igualdad. Pero si uno de los socios vende á uno de los consocios la suya, no pueden los demas retraerla ni quitarla, aunque sean grandes las de ellos, y pequeña la del consocio comprador.

Tienen tambien este derecho de retracto por comunion el señor que tiene el dominio directo en alguna posesion; el superficiario, que es el que tiene edificio sobre suelo ajeno, por el que paga pension al de este; y el enfiteuta ó dueño del dominio útil de la finca, que es el que recibió á censo enfiteutico algun fundo para cultivarlo, y percibir sus frutos, con obligacion de pagar al que se lo dió y á sus sucesores, cierto rédito ó pension anual. Ahora pues, si el señor del dominio directo, ó de la área ó suelo, lo vende á un extraño, pueden retraerlo por el tanto el superficiario y enfiteuta, como dueños del útil, dentro de los nueve dias referidos. Si estos venden el útil, puede retraerlo aquel dentro del mismo término, en caso que ninguna pension anual le paguen; pues si la pagan,

mo tiempo que toma en arriendo la obra, da tambien en arriendo trabajos, *L. 22. §. 2. L. 25. §. pen. ff. h. t. (1)*

§. CMXVIII. Llegamos á los requisitos esenciales de la locacion y conduccion, que tienen grande analogía con los de la compra y venta, pues así como las condiciones esenciales de aquella eran tres, consentimiento, cosa y precio, §. 899, igualmente se hallan aquí otras tantas, 1º consentimiento, 2º cosa ó trabajo que se da en arriendo, y 5º merced, por la cual se arriendan. De donde fácilmente se deduce por qué dice el jurisconsulto, *L. 2. pr. ff. h. t.*, que hai mucha semejanza entre estos dos contratos. Ahora hablaremos de cada uno de los requisitos.

§. CMXIX y CMXX. El primer requisito esencial es el consentimiento, porque es contrato consensual, el cual adquiere su fuerza de solo el consentimiento, §. *un. Inst. De contr. consens.* De lo que se sacan estas

deben, para evitar que la finca caiga en comiso, requerirle si lo quiere por el mismo precio, á fin de que lo tome, pues es preferido, ó permita que se venda á otro; y una vez requerido, tiene dos meses de término para el tanteo, pasados los cuales, quedan en libertad para venderlo, y el señor sin acción por aquella vez á tantearlo, pero sí al derecho del laudemio.

(1) Nuestras leyes distinguen entre arrendamiento, flete y alquiler: *arrendamiento* se dice la paga que se da por el uso de una heredad; *flete* la que se da al dueño de un navío para trasportar algunos géneros de un lugar á otro; y *alquiler* la paga que se da por el uso de cualquier otra cosa, *L. 1. tit. 8. Part. 5.*

consecuencias: 1º que con solo el consentimiento se perfecciona este contrato, y por tanto nace de él la obligación y acción en el momento que se ha convenido en la cosa y merced. Pero lo que dijimos en la compra, sobre que si las partes se convenian en reducir á escritura las leyes del contrato, no nacia la obligación hasta concluirse y quedar firmado el instrumento, se observa tambien puntualmente en la locacion y conduccion, *L. 47. C. De fid. inst.* Suelen hacerse muchas veces estas escrituras en los arrendamientos de bienes raíces y obras, pues acostumbando en ellos los contratantes á ponerse diversas condiciones, se necesita un testimonio por escrito, para que no se olviden aquellas. 2º Que pueden dar y tomar en arriendo todos los que pueden consentir y disponer de sus cosas. Sin embargo las leyes prohiben á algunos tomar en arriendo; á unos *por necesidad*, á otros *por utilidad de la nacion*, y á otros *por privilegio*. *Por necesidad* están prohibidos los decuriones (1), los cuales si tomasen en arriendo los predios rústicos, se tendrían que separar de las curias á que estuviesen adscritos. *Por utilidad de la nacion* se les ha prohibido á los militares, para que no se aparten de las banderas; á los clérigos, porque mezclán-

(1) Segun las *LL. 3. tit. 11. lib. 7. de la Novísima*, y *2. tit. 8. Part. 5.*, los consejeros, oidores, alcades de corte, contadores mayores, sus oficiales, y los del real Consejo, y otras personas poderosas no pueden ser conductores ni recaudadores de rentas, reales ni concejiles, de las ciudades en que ejercen su oficio.

dose en las cosas y negocios domésticos, no sean indolentes en el servicio de Dios; á los curadores y tutores se les prohíbe arrendar las cosas fiscales y señoriales, para que no respondan al fisco con bienes afianzados ya á los pupilos menores, pues no bastando los bienes para ambas cosas, se hallarian en concurrencia el fisco y los pupilos. Últimamente los hombres de letras tienen el singular privilegio de que no puedan vivir junto á sus casas los artesanos que meten mucho ruido con su trabajo, como cuberos, herreros, tallistas; y así los estudiosos pueden oponerse, si aquellos quisiesen tomar en arriendo habitaciones contiguas. Rebuffo escribió un libro de los privilegios de los que se dedican á las letras, y entre otros muchos verdaderamente ridículos, reclama este en virtud de la *L. un. C. De studios. libert.* Mas á decir verdad nada leemos en aquel testo que pertenezca al asunto y demuestre tan gran privilegio. Sin embargo vemos que todavía está en rígida observancia en algunas provincias y academias de Alemania.

§. CMXXI. Otro requisito esencial son las *cosas ó trabajos (operæ)* que se arriendan. Tales son 1º todas las cosas que tambien pueden venderse, y aún muchas que no pueden venderse, como las cosas eclesiásticas, *cosas de ciudades*, públicas etc. 2º Conviene que estas cosas no sean consumibles, pues en otro caso no se trasferiria el uso, sino el dominio. 3º Pueden tambien darse en arriendo todos los trabajos mecánicos, con tal que sean honestos, mas no los liberales, y que se han

de prestar con el ingenio; pues no admitiendo estos estimación, se sigue que tampoco puede fijarse merced por ellos. De aquí es que no dan en arriendo sus trabajos los ministros de la Iglesia, ni los profesores, abogados etc., sino los artífices y jornaleros. Así es que á los doctos no se debe merced, sino honorario.

§ CMXXII y CMXXIII. Por último falta el tercer requisito esencial, á saber, la *merced*, que cuando se paga por el trabajo, suele tambien llamarse (*manupretium*) salario por el trabajo. 4º Así como en la compra y venta debe consistir el precio en dinero contado, lo mismo la merced en la locacion, pues en el momento que en lugar de merced en dinero se paga cada año otra cosa, por ejemplo, frutos, bueyes, cerdos etc., ya no es locacion, sino el contrato *doi para que des*; ó si prestan trabajos por otra cosa, el contrato *doi para que hagas*. Sin embargo otra cosa ha de decirse, (a) si se hubiese fijado cierta merced en dinero, y recibiese el locador en lugar de este dinero trigo ú otra cosa, pues esto es en cuenta de paga (*in solutum datio*). (b) Si el locador y conductor de predio rústico se convienen en que el colono pague cada año la mitad de los frutos del fundo, *L. 23. §. 6. ff. h. t.*, entónces se llama el conductor (*colonus partiarius*) colono aparcerero. Pero si se ha de decir lo que la cosa es en sí, no es ciertamente locacion y conduccion, á no estar estimados los frutos en cierto precio, sino sociedad, pues el locador pone la cosa, el conductor el trabajo, y el interes y daño es comun; y esta es la naturaleza de la sociedad. Véase á

Lauterb. *Diss. de colono partiaro*. 2º Así como en la compra y venta debe ser el precio verdadero, justo, cierto, §. 909, así son también iguales los atributos de la merced en la locación y conducción; por tanto debe ser (a) verdadera porque de otro modo degeneraría en donación, *L. 46. ff. h. t.* Debe ser (b) justa (1), porque en otro caso se rescindiría, ó habría de suplirse la merced por la *L. 2. C. De resc. vend.* Ultimamente debe ser cierta, en sí y con relación á otra cosa. Por ejemplo: te doi en arriendo tal cosa por la pensión que hasta ahora he recibido; ó te la arriendo por la pensión que Ticio juzgue justa etc. La razón es, porque en otro caso no habría consentimiento en una misma cosa. Suele aquí preguntarse, si aquella locación, por la cual el padre de familias en la parábola de san Mateo, *cap. 20. vers. 4-7*, envió los operarios á la viña, subsistiría según nuestras leyes. El padre de familias no prometió nada de cierto á algunos operarios, sino que prometió darles lo que fuese justo; y en el §. 1. *Inst. h. t.* y en la *L. 22. ff. Præsc. verb.*, se niega que sea locación y conducción un contrato de esta clase; pues así como vimos arriba, §. 909. 3, que no puede quedar el precio al arbitrio del comprador, así tampoco se deja la merced al

(1) Para que el importe del alquiler ó paga sea justo, se debe arreglar á las leyes ó costumbre del lugar, y si no la hubiere, se deberá hacer una convención equitativa, *L. 4. tit. 8. Part. 5.* Y por lo que hace á los jornales de los obreros, está dispuesto que se tasen en los concejos, y que se les paguen cada día, si ellos los pidieren.

arbitrio del locador. Sin embargo juzgo que la locación de que habla san Mateo, *cap. 20. vers. 4-7*, puede también subsistir por Derecho civil, pues el jornal de los operarios casi en todas partes está determinado ó por la lei ó por la costumbre, y por tanto es bastante cierta la merced, si prometo al mercenario que le daré lo justo, porque prometo lo que disponen las leyes ó costumbres de cada pueblo.

§. CMXXIV — CMXXVI. Llegamos á la obligación que nace de este contrato, que es la cuarta parte de este título. Á saber, 1º el locador debe prestar la cosa ó trabajo según lo prometido, ó si se ha arrendado alguna obra, dar al justo tiempo la merced prometida. 2º El conductor está obligado á pagar en el tiempo señalado la merced ó pensión (1), ó si se ha arrendado

(1) No pagando al plazo tratado, puede el locador quitar la cosa al conductor, y para ser satisfecho tiene hipoteca tácita en los bienes que hallare en la casa ó fundo arrendado. *L. 5. título 8. Part. 5.* Mas siendo puntual en pagar, no podía antes ser desposeído de la casa alquilada, sino en cuatro casos: 1º Cuando al locador se le caía la casa en que moraba y no tenía otra, ó estaba enemistado en aquella vecindad, ó si caía alguno de sus hijos ó le hacía caballero. En Madrid debía dar fianza, según auto acordado del Consejo, de que la quería para sí, y la había de habitar por cuatro años. 2º Si después de alquilada la casa había necesidad de obrarla para que no se cayese. 3º Cuando el alquilador usaba mal de la casa. 4º Cuando siendo el arriendo por cuatro ó cinco años: se habían pasado dos sin pagar lo convenido el arrendatario. Pero en la actualidad puede el propietario pedir se deje libre, vacua y espedita su finca, cuando fuere su voluntad, si no hu-

obra, á darla hecha y de recibo, segun lo convenido. 3º Como es igual el provecho de ambos contrayentes, cada uno se debe mutuamente la culpa leve, §. 788 2. 4º Tambien aquí corre el caso imprevisto á cuenta del dueño, á no ser que lo tomase á su cargo el conductor. De aquí se sigue, 5º que si el conductor manifiestamente no pudiese usar de la cosa, tambien cesaria la merced; y si en parte solamente pudiese disfrutarla, se rebajaria de la pension tanto quanto exija la equidad, L. 45. §. 4. sig. L. 25. §. 1. L. 33. fin. h. t. 6º Ordinariamente ha de continuar el contrato por el tiempo señalado, de suerte que los herederos estén obligados en virtud de la locacion y conduccion del difunto por el tiempo determinado en el contrato, L. 49. §. 8. ff. h. t., á no ser que se hayan arrendado trabajos, los cuales, muerto el locador, no se han de prestar por los herederos; por quanto lo que se obligó, fué la industria de la persona, L. 31. ff. De solut. 7º Sin embargo puede concluirse la locacion ántes de tiempo por ciertas cau-

biere escritura de arriendo por cierto tiempo á plazo estipulado, debiendo conceder al arrendatario un año, que se llama de *desahucio*, si la finca es rústica, y enarenta dias, si es urbana.

El arrendatario nunca está obligado al caso fortuito, por ejemplo, si las heredades se destruyeren por lluvias, avenidas, etc., y no coge nada, á nada está obligado; pero si recoge algunos frutos, queda en la alternativa de pagar la pension, ó de dar lo que cogió, deducidos los gastos. Lo mismo sucede, cuando en los dos años que lleva arrendado el fundo, el uno produjo tantos frutos que equivalen á los dos, en cuyo caso debe pagar el arrendamiento.

sas espresas en el párrafo, en cuyo caso, no obstante, si lo hace el locador sin culpa del conductor, está obligado aquel á resarcir á este el perjuicio. 8º Ultimamente, si el conductor permanece en la cosa arrendada fuera del tiempo prefijado, y lo tolera el locador, se entiende renovado el arrendamiento, y con las mismas condiciones que anteriormente, L. 43. §. ult. ff. h. t. Esto se llama *relocatio ó locatio tacita*, locacion tácita.

§. CMXXVII — CMXXIX. Faltan las *acciones* que nacen de este contrato, las cuales proviniendo de un contrato nominado, es consiguiente que tambien lleven el mismo nombre, y que por tanto se llamen (*locati conducti*) de lo arrendado, §. 779. Una y otra es directa, porque el locador y conductor se obligan mutuamente desde el principio y por la misma naturaleza del contrato; aquel á entregar el uso de la cosa ó los trabajos, y este á pagar la merced, pension ó alquiler, §. 872. Así que por la accion *locati* (de la locacion) obra el locador contra el conductor y sus herederos, para que se paguen la merced y las usuras desde su demora, y tambien para que acabada la locacion, se restituya la cosa y se resarza el daño causado aún por culpa leve, §. 924. Y por la accion *conducti* (de la conduccion) obra el conductor contra el locador, á fin de conseguir todo lo que aquel puede exigir de este por las leyes de este contrato; de donde fácilmente se deduce que ambas acciones son de buena fe, §. 784. L. 54. ff. L. 47. C. h. t. §. 28. *Inst. de action.*

## DEL CONTRATO DE ENFITÉUSIS.

§. CMXXX. No es este tratado un título particular de la *Instituta*, sino un apéndice del tit. 25. Habiéndose dicho arriba, que ántes del tiempo de Zenon no era la enfitéusis un contrato especial, sino que unos lo acostumbraban referir á la compra y venta, y otros á la locacion y conduccion, preferimos tratar de él separadamente, por cuanto en realidad ni es locacion y conduccion, ni compra y venta, *L. 4. C. De jure emphyt.* Por lo demas este contrato es el único que tiene nombre griego, de lo cual no sin fundamento colige J. Eschilero que empezó á conocerse desde el tiempo del gran Constantino, cuando se trasladó la silla del imperio de Roma á Constantinopla. Se llama enfitéusis de un verbo griego que significa *plantar*, porque el objeto de este contrato era entregar por cierto cánon campos incultos, con la condicion de que se cultivasen: del origen de este uso diremos algo, tomando las cosas desde los principios. Los romanos tenian admitida la máxima de que á aquel, cuya era una provincia, pertenecian tambien todos los campos ó terrenos de la misma. Así que, vencida una nacion, todos los particulares de ella perdian el dominio de sus tierras, que se hacian por consiguiente públicas. Como el pueblo en su totalidad no podia cultivarlas, ni percibir sus frutos, solian adoptar tres arbitrios: ó bien por medio de una lei agraria se llevaban colonias á la provincia nueva, y se

repartian los campos entre los nuevos colonos; ó bien arrendaban las tierras cultivadas á sus primitivos poseedores, ó á los nuevos con la condicion ó grávamen de que habian de pagar una cuota anual, v. gr. la décima parte de los frutos; y estos campos se llamaban entónces *vectigales*, de la cuota ó tributo (*vectigal*) arriba dicho; ó finalmente, se daban los terrenos incultos y aún no descuajados á otras personas, con la obligacion de cultivar estos terrenos y pagar un moderado cánon anual, quedándose con el dominio útil; y estos terrenos ó campos llevaban el nombre de *enfitéuticos*. Hé aquí por qué en las Pandectas vemos el título, *Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius pet.* Esta costumbre tenian los romanos, y la misma observaban los municipios y colonias; pues estas ciudades poseian campos bastante estensos, de los cuales sacaban con que sostener las cargas de la república. Estos campos tambien eran arrendados por cierto tributo (*vectigal*) anual, ó dados en enfitéusis por un cánon anuo. Esto mismo imitaban por último los particulares; de manera que desde el cuarto siglo de la era cristiana nada fué tan frecuente como este contrato. Esta materia está tratada con mucho tino por Pedro Burmano, *De vectig. P. rom. pag. 428. sig. pag. 448. sig.*

§. CMXXXI y CMXXXII. La palabra enfitéusis puede considerarse de dos maneras; ó como *derecho en la cosa*, ó como *derecho á la cosa*; porque si, por ejemplo, yo prometo á otro un terreno por cierto cánon, este sugeto, en virtud de esta promesa ó contrato, solo



tendrá derecho á la cosa, y por una accion personal podrá obligarme á que le entregue dicho terreno, pues que su derecho nace de mi obligacion, §. 767. Por el contrario, cuando el campo está ya entregado, al instante recibe el poseedor un *derecho en la cosa*, y en efecto adquiere un dominio, no pleno á la verdad, pero sí útil; de suerte que hace suya la cosa, dispone de ella, la vindica, y percibe todos sus frutos, con tal que pague todos los años el cánon convenido. Dije que el enfiteuta se hacia dueño, pero no pleno; porque al modo que en el dominio ménos pleno hai dos dueños, uno llamado *directo* y otro *útil*, así tambien sucede en la enfiteúsis. El que dió el campo por cierto cánon, se llama *señor directo de la enfiteúsis*, y el que recibe este campo y paga el cánon, tiene el nombre de *señor útil ó enfiteuta*. Hai algunos que sostienen que el enfiteuta no adquiere dominio, y entre ellos con especialidad Harprecto en su *Comment. ad §. 3. Inst. h. t. tom. III. de sus obras*, fundándose en que la *L. 1. §. 1. ff. Si ager vect. emphyteut.* niega ser dueño el enfiteuta; de donde infiere que la enfiteúsis tiene mas de usufructo que de dominio. Pero á esto respondemos, 1º que si en dicha *L. 1. §. 1.* se niega que el enfiteuta sea dueño, es porque no tiene el dominio pleno; no porque no tenga parte de dominio. 2º No puede llamarse el enfiteuta usufructuario, por quanto dispone libremente de la cosa entre vivos, y por causa de muerte la trasmite á todos los sucesores, así universales como singulares, y hace en el fundo mismo las mudan-

zas que se le antojan; cosas todas que, segun hemos visto arriba, no puede hacer el usufructuario, y si el enfiteuta, como despues diremos. 3º El enfiteuta es llamado espresamente dueño en la *L. 12. pr. C. De fund. part. L. últ. C. De cons. et censit. L. 1. L. 8. L. 11. C. De omn. agr. desert.* Por lo demas, si se atiende á que estamos tratando la materia de contratos, fácilmente se echará de ver que aquí no consideramos la enfiteúsis como derecho en la cosa, sino como derecho á la cosa, como obligacion ó contrato. Así pues esplicaremos brevemente, 1º qué viene á ser contrato de enfiteúsis, §. 933 y 934; 2º cuáles son los derechos del enfiteuta, §. 935 y 936; 3º cuál es su obligacion, §. 937; 4º cómo se acaba la enfiteúsis, §. 938; y 5º qué acciones nacen de este contrato, §. 939 y 940.

§. CMXXXIII y CMXXXIV. Qué cosa sea el contrato de enfiteúsis, lo sabremos parte por la definicion, parte por los axiomas que se derivan de ella, y que tambien espondremos. La definicion está concebida en estos términos: es *un contrato consensual, por el que se concede á otro el dominio útil de un predio, para siempre ó para largo tiempo, por cierto cánon anuo que se debe pagar en reconocimiento del dominio*. Decimos que es un *contrato consensual*, pues esta es la naturaleza que le atribuyó Zenon, segun consta de la *L. 1. C. De jur. emphyt.*, y del §. 13. *Inst. h. t.*; y como para que valga un contrato consensual solo se requiere el consentimiento de ambos contrayentes, §. 895, se deducen dos axiomas: 1º que el contrato está

perfeccionado, tan pronto como consienten los contrayentes; y 2º que la escritura solo se requiere para prueba, especialmente segun la *Nov. VII. pr.*, y la *Nov. CXX. cap. 5.* en la enfitéusis eclesiástica. De un modo diverso opina Pagenstechero en sus *Aphor. h. t.*, pues considera como literal este contrato, y por consiguiente cree que la escritura entra en su esencia. Pero esto seria contra la naturaleza de los contratos consensuales, que no necesitan escribirse, á no ser que los contrayentes se convengan en reducir á escrito las condiciones y leyes del contrato. En el §. 3. *Inst. h. t.* se hace tambien mencion de escritura; mas no porque ella forme la esencia de este contrato, sino porque nadie es tan necio que dé sin escritura á otro un campo enfitéutico, siendo de temer que con el trascurso del tiempo niegue el poseedor la cualidad enfitéutica del terreno, y quiera quedarse con el dominio pleno; en cuyo caso el dueño de la enfitéusis, destituido de esta escritura, no tendria ninguna prueba en su favor. Decimos por último en la definicion que es un contrato consensual para *conceder el dominio útil*, porque del contrato no nace dominio, sino que solo se promete, y el dominio se adquiere por la subsiguiente tradicion. De aquí el tercer axioma, segun el cual el derecho en la cosa se deriva de la tradicion que sigue á este contrato. La razon de esto queda espuesta en el §. 339. Finalmente añadimos en la definicion, *por cierto cánon anual que se debe pagar en reconocimiento del dominio*; sobre lo cual se debe notar la diferencia que

média entre la locacion y conduccion y la enfitéusis. Porque 1º el conductor paga una *merced*, y el enfitéuta un *cánon*: 2º aquella es proporcionada á los frutos ó productos de la cosa, y este moderado, y con frecuencia en sumo grado ínfimo: 3º aquella se paga por el uso de una cosa ajena, y este por una cosa propia en reconocimiento del dominio superior ó directo.

§. CMXXXV y CMXXXVI. Hemos visto lo que es el contrato enfitéutico: ahora trataremos de los *derechos del enfitéuta*, los cuales consisten parte en disponer y enajenar, y parte en percibir los frutos y usar de vindicacion. Todo esto lo esplicaremos por su órden. 1º El enfitéuta percibe todos los frutos, aún los tesoros que se encuentren, porque es señor útil; y aún cuando este caso del tesoro no se halle decidido en las leyes (razon por la que Harprecht y otros sostienen que el tesoro encontrado en el fundo enfitéutico no pertenece al enfitéuta, pues tampoco el usufructuario se queda con ningun tesoro, *L. 7. §. 12. ff. Sol. matr.*); no obstante repugna á la analogía del derecho el argumento deducido del usufructo para aplicarse al dominio. El dueño sin duda alguna recoge de su cosa todos los frutos, no solo los ordinarios, sino tambien los extraordinarios; 2º Puede tambien el enfitéuta imponer servidumbre en el fundo, lo cual no es permitido al usufructuario; puede igualmente mudar la superficie del terreno, cosa que tampoco podia hacer el usufructuario, *L. 13. §. pen. L. 44. ff. De usufr.* Puede empeñar, dar, permutar; todo lo cual escede las facultades del usufructua-

rio; pero cuando decimos que el enfiteuta puede mudar el aspecto del fundo, no queremos dar á entender que pueda empeorar el campo. Esto seria contrario al fin de la enfiteúsis, la cual, segun queda dicho, se establece para que el campo inculto se cultive, y por consiguiente se mejore, *Auth. Qui rem, C. De SS. eccl.* 3º Puede el enfiteuta vender la cosa; pero con obligacion de hacerlo saber al señor. Lo cual no quiere decir que se requiera el consentimiento de este, como sucede en los feudos; sino que se necesita este aviso, porque al señor conceden las leyes el derecho de *preferencia (protimisis)*, y por tanto puede deliberar si comprará ó no la cosa. Por eso si el señor no quiere comprarla, ó no declara su voluntad dentro de dos meses, puede entónces el enfiteuta vender la cosa segun le plazca, *L. 3. C. De jur. emphyt.* 4º Al modo que recoge todos los frutos de la cosa enfiteútica, con razon debe tambien pagar los tributos y demas pensiones anejas á la misma cosa, y está obligado á poner de manifiesto al señor los recibos, siempre que este quiera verlos, *L. 2. C. cod.* 5º Y por quanto es un efecto del dominio que el dueño pueda vindicar su cosa de cualquier poseedor, el mismo derecho compete tambien al enfiteuta, quien aún del mismo señor de la enfiteúsis puede vindicar el fundo enfiteútico, *L. 4. §. últ. L. últ. ff. h. t.* Puede parecer extraño y absurdo que yo vindique la cosa de su mismo dueño; pero la dificultad se salva, diciendo que el enfiteuta vindica el dominio útil del señor directo, á quien no compete este domi-

nio. Del mismo modo tambien el señor directo puede vindicar su dominio de cualquier poseedor, hasta del mismo enfiteuta. 6º Finalmente, siendo un derecho propio del dueño el transmitir una cosa suya á sus herederos y á los estraños, ó por última voluntad, ó abintestato, tambien goza de igual derecho el enfiteuta. Pero debe notarse que si la cosa enfiteútica se devuelve al heredero, nada hai que pagar; pero si es á los estraños, estos tienen que pagar al señor el *laudemio*, que segun las leyes consiste en la quincuagésima parte del precio, esto es, en el dos por ciento. Así es que se tasa el predio enfiteútico, y si su precio es, por ejemplo, de dos mil florines, por via de laudemio se pagarán cuarenta, *L. 3. C. De jure emphyt.* Pero las costumbres en esta parte son muy varias, sobre lo cual escribió el célebre jurisconsulto Franzkio un tratado particular, en que con claridad espone lo que acerca de esta materia se observa en varias naciones.

§. CMXXXVII. Vamos ahora á tratar de las *obligaciones del enfiteuta*. Estas consisten 1º en el cánón anuo que debe pagar puntualmente al tiempo convenido. Si pues no paga al dueño seglar en tres años consecutivos, ó á la Iglesia en dos, el enfiteuta pierde su derecho, *L. 2. C. De jure emphyt. Nov. 7. cap. 3. §. 2.* Ademas debe observarse 2º que este cánón no se perdona, aún cuando el enfiteuta no pudiese usar del campo ni percibir los frutos de él por esterilidad, incursion de enemigos ú otro caso fatal, *L. 1. C. De jure emphyt.* Otra cosa dijimos estar dispuesta por Dere-

cho en la locacion y conduccion, §. 924. 6. Por qué tal diversidad? La razon de la diferencia está en que la merced se paga en la locacion y conduccion por el uso de una cosa ajena; y por consiguiente, cesando el uso, tambien debe cesar la merced. Pero el cánon se paga por el enfiteuta en reconocimiento del dominio, §. 933; y por lo mismo, que pueda que no pueda usar de la cosa, debe no obstante reconocer el dominio, y por tanto pagar el cánon. De lo cual por último se deduce, 3º que pereciendo todo el fundo por un terremoto ó inundacion, tambien debe cesar el cánon; porque una cosa que ya no existe, no puede tener dueño. Luego en este caso nada debe pagarse en reconocimiento del dominio, *L. 1. C. De jure emphyt.*

§. CMXXXVIII. Los modos con que se acaba la enfiteúsis, se deducen fácilmente de la misma naturaleza del contrato. I.º El primer modo es la *destruccion de la cosa*, y de él se ha tratado en el párrafo anterior. Las cosas que no existen, no pueden tener ningunas cualidades, ni dueño, ni prestar utilidad alguna. II.º El segundo es la *consolidacion*. Ya sea que el dueño directo adquiera con cualquier justo título el dominio útil, ya el dueño ó enfiteuta el dominio directo, el campo deja de ser enfiteútico, y pasa al pleno dominio del poseedor. III.º El tercero es la *prescripcion*. Porque si por espacio de diez años, estando el dueño presente, ó de veinte, estando ausente, el enfiteuta no pagase el cánon, y el dueño permaneciere tranquilo, el enfiteuta adquiere por la prescripcion el dominio pleno, *L. 15.*

§. 27. *C. De damn. infect.* IV.º El cuarto modo es la *tardanza ó morosidad consentida en pagar el cánon*. Porque si el enfiteuta no pagare al dueño seglar por tres años, ó á la Iglesia por dos el cánon convenido, ya dijimos poco hace que podria ser echado y privado del campo. No obstante por Derecho canónico, *cap. ult. X. De locat.*, si ántes de que el dueño trate de echar á un enfiteuta, ofrece todavía este el cánon, reparando así la tardanza, la privacion cesa, porque se considera que el dueño al recibir el cánon perdonó esta tardanza al enfiteuta. V.º El quinto modo es la *venta de la cosa hecha sin conocimiento del dueño*, del cual hemos hablado en el §. 935. 3. VI.º El sexto y último modo es si el fundo dado en enfiteúsis, en vez de mejorarse, se empeora en sumo grado; pues repugnando esto al fin del contrato enfiteútico, que es el cultivo de un campo inculdo y su mejora, con razon lo pierde el que directamente contraviene á este fin. *Auth. Si rem. C. De SS. eccles.*

§. CMXXXIX y CMXL. Falta la quinta y última parte de este apéndice, en la cual hablaremos de las *acciones* que resultan de este contrato. Las que de él se derivan, son dos, porque ambos contrayentes por la misma naturaleza del contrato se obligan á algo, el señor á entregar el fundo, y el enfiteuta á pagar el cánon: luego siendo el contrato bilateral, preciso es que las acciones que de él nacen, sean dos, y estas directas, §. 782. Además, siendo este contrato nominado, las acciones serán tambien del mismo nombre, *enfiteúticas*: la una

corresponde al enfiteuta contra el señor, para que entregue la cosa ó predio segun las leyes del contrato, y la otra pertenece al señor contra el enfiteuta, para que este pague todo lo que debe por el contrato, v. gr. el cánon, laudemio, etc. Ambas acciones son personales, porque nacen de un contrato de buena fe que es bilateral. Si pues tanto el enfiteuta como el señor intentan accion contra un tercero, esta accion será reivindicatoria; la cual no pertenece á este tratado (1).

(1) Como casi toda la doctrina de Heineccio hai que variarla, para tratar de nuestros censos ó juros, que son los contratos de enfiteúsis, los explicaremos en este lugar. Aunque esta palabra *censo* tiene diversos significados, aquí se toma por un derecho de percibir cierta pensión ó rédito anual procedente de la traslacion del dominio de alguna cosa, hecha á favor de aquel que queda obligado á pagar el rédito. El censo así definido se divide en *enfiteúutico*, *reservativo* y *consignativo*.

*Censo enfiteúutico* es un contrato consensual por el cual se conviene uno en dar á otro perpetuamente, ó por largo tiempo, el dominio útil de alguna cosa raiz por cierta pensión anual, que se debe pagar en reconocimiento del dominio directo, que siempre queda al que concede la enfiteúsis, L. 28. tit. 8. Part. 5. Decimos que es un contrato consensual, porque se perfecciona por solo el consentimiento, y así aunque se requiere escritura, es como una condicion necesaria para que conste el contrato, y sin la cual no vale por nuestro Derecho; pero no porque sea contrato literal. Decimos que es un contrato por el cual se promete entregar el dominio útil, porque no nace el dominio de solo el contrato, sino que el enfiteuta se hace señor por la subsiguiente tradicion. Finalmente se añade en la definicion, que se debe pagar cierta pensión en reconocimiento del dominio útil; en cuyas palabras se

## TITULO XXVI.

## DE LA SOCIEDAD.

§. CMXLI — CMXLIII. El cuarto contrato consensual es la *sociedad*, y acerca de él se tratará de explicar 1º qué cosa sea, §. 941-943.; 2º de cuántas maneras, §.

puede notar la diferencia que hai entre la locacion-conduccion y la enfiteúsis. El conductor paga alquiler, y el enfiteuta pensión: el alquiler debe ser proporcionado á los frutos y utilidades que produce la cosa; la pensión por lo regular es mui corta. En Madrid cada solar que tiene 50 piés de frente y 100 de fondo, que multiplicados unos por otros hacen una área plana de 5000 cuadrados, se da á censo enfiteúutico por dos ducados.

Hemos visto qué cosa es enfiteúsis; veamos ahora cuáles son sus derechos. Estos consisten, parte en la facultad de disponer de la cosa y enajenarla, parte en percibir los frutos y vindicarla. Sea pues el 1º que el enfiteuta percibe todos los frutos hasta los estraordinarios, como los tesoros, porque es señor de todas las utilidades. 2º El enfiteuta puede enajenar y vender la cosa, pero con la condicion de que ántes de venderla, lo avise al señor del fundo, L. 29. titulo 8. Part. 5. Mas esta noticia no se le da, porque se requiera su consentimiento, sino porque tiene derecho para comprarla primero que otro; y si no declara su voluntad dentro de dos meses, puede el enfiteuta venderla á quien quisiere, con tal que sea persona que pague el censo con la misma puntualidad que el enfiteuta; en cuyo caso tiene el señor derecho al laudemio, que es la cincuentena parte del precio por que se ven-