



P. G. DE LA SERNA

DERECHO CIVIL

2



KM19
.E8
G6
v. 2
1881



FONDO
ABELARDO A. LEAL LEAL



1080035073

DC 648-II



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



DC. 648-11

ELEMENTOS

DEL

DERECHO CIVIL Y PENAL DE ESPAÑA

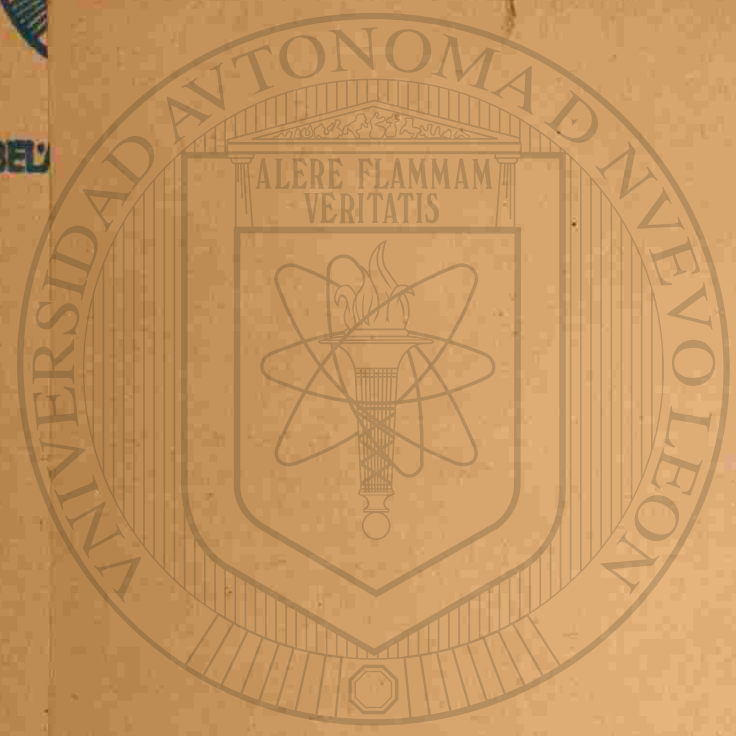


Capilla Alfonso
Biblioteca Universitaria



74422

ABEL



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ELEMENTOS

DEL

DERECHO CIVIL Y PENAL DE ESPAÑA,

PRECEDIDOS DE UNA RESEÑA HISTÓRICA

DE LA

LEGISLACION ESPAÑOLA,

POR LOS DOCTORES

D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA Y D. JUAN MANUEL MONTALBAN,

ANTIGUOS CATEDRÁTICOS DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL.

DÉCIMOTERCIA EDICION, CORREGIDA Y AUMENTADA

POR

D. JUAN MANUEL MONTALBAN.

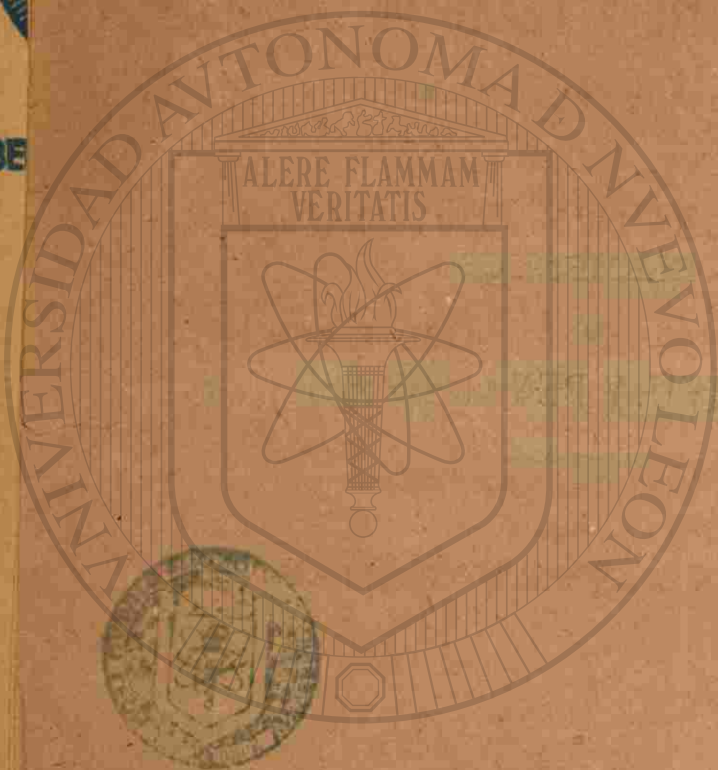
TOMO SEGUNDO

MADRID.

Librería de GABRIEL SANCHEZ,

CARRETAS, 21.

1881

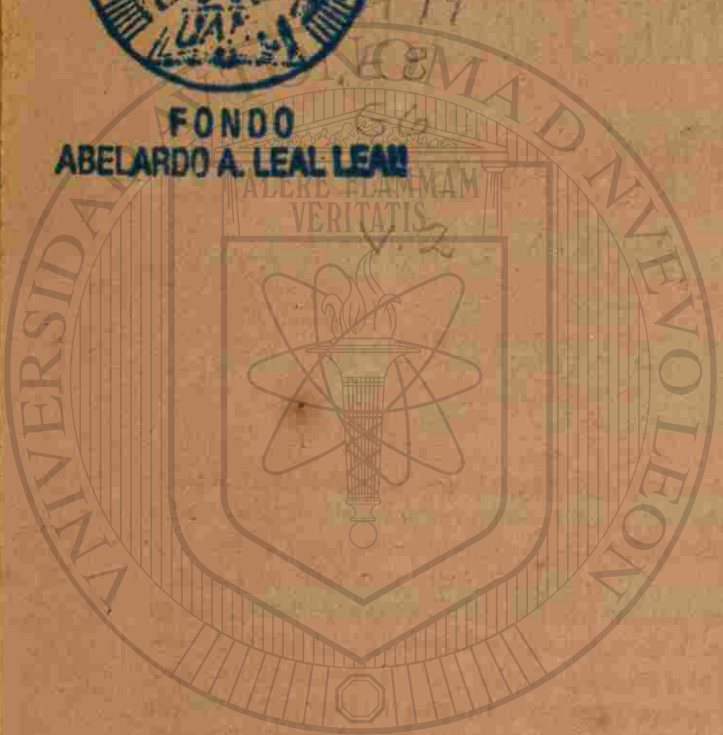


UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



19
FONDO
ABELARDO A. LEAL LEAL



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
DIRECCIÓN GENERAL DE

LIBRO TERCERO.

DE LAS SUCESIONES.

1. La muerte de una persona extingue con ella todos los derechos de familia, mas no los que tiene *en ó á* las cosas, los cuales pasan á otros individuos, á excepcion de los que son puramente personales. De aquí proviene que el patrimonio del que muere sea considerado como una universalidad, esto es, como un todo jurídico á que se da el nombre de *sucesion* ó de *herencia*. La sucesion, por lo tanto, se compone, no sólo de los derechos, sino tambien de las obligaciones del difunto, cuya representacion pasa por su voluntad ó por disposicion de la ley al que está llamado á reemplazarle, á quien damos el nombre de *heredero*: de aquí dimana la division de la sucesion en *testada* ó *testamentaria*, é *intestada* ó *legítima* ó *abintestato*. Mas como es permitido tambien al testador dejar cosas singulares, resulta que hay además una clase de sucesiones parciales denominadas *mandas*, que constituyen una parte interesante de este tratado. Por último, viene á completarlo la sucesion en las vinculaciones, esto es, en los bienes ligados por la voluntad de su fundador, autorizada primero por la costumbre y despues por la ley, para hacer llamamientos perpétuos de sucesores; materia cuya importancia ha disminuido considerablemente, y que con el tiempo no la tendrá sino bajo el aspecto histórico, á consecuencia de las leyes de desamortizacion.

TÍTULO PRIMERO.

De la sucesion testamentaria.

SECCION PRIMERA.

DE LOS TESTAMENTOS Y CODICILOS.

§ I.

Sus requisitos.

2. Hija de la libertad del hombre y derivacion de la propiedad, la facultad de hacer testamento no es una creacion de la ley civil, que debe limitarse á dictar reglas para el ejercicio de este derecho, y á ponerlo en armonía con los derechos de la sociedad (1). Abolir los testamentos y convertir el Estado en heredero legal, como han pretendido espíritus extraviados, seria un verdadero despojo y una inicua confiscacion. Grandes son las ventajas que resultan de la facultad de testar. En ella hallan los testadores un medio de premiar la virtud y los servicios que se les prestan, ejerciendo una especie de magistratura doméstica; y las personas llamadas á la sucesion ó que tienen esperanza de serlo, hallan tambien un estímulo en el agradecimiento y áun en el interés, para ser apoyo de aquéllos en la ancianidad y su consuelo en las adversidades. Además, sin los testamentos, la sociedad sufriria graves perjuicios con la disipacion de las fortunas, que se verifica-

(1) Tan justa y elevada idea tenia Leibnitz de la facultad de testar, que fijó su fundamento en la inmortalidad del alma. Hé aquí las palabras de este gran filósofo: *Testamenta vero, mero jure nullius essent momenti nisi anima esset immortalis. Sed quia mortui revera adhuc vivunt, ideo manent domini rerum; quos vero heredes reliquerunt, concipiendi sunt ut procuratores in rem suam.*

ria frecuentemente en todos los casos en que los particulares miraran con odio, y aunque sólo fuese con indiferencia, al heredero que la ley les designaba. Tan arraigada está en la conciencia humana la idea del derecho que el hombre tiene de disponer de sus bienes para despues de la muerte, que son muy pocos los pueblos en que no se haya reconocido. Así es que su origen se pierde en la noche de los tiempos, sin que se puedan distinguir la época ni el país en que ha comenzado el uso de este derecho (1).

3. Testamento es un acto solemne, revocable, en el que se dispone de los bienes para despues de la muerte (2). Los testamentos

(1) En Egipto se conocieron los testamentos; fueron conocidos tambien en Aténas y en las demás repúblicas griegas; y en Roma, sabido es de todos cuán amplia, y áun pudiera decirse cuán ilimitada era la facultad de testar que segun las leyes de las Doce Tablas correspondia al *pater familias*.

Si los germanos, ántes de establecerse en las provincias del imperio, y otros pueblos no civilizados, no tuvieron idea de esta institucion, consistió principalmente en que tampoco existia entre ellos la propiedad individual inmueble, prefiriendo aquellas tribus los peligros de la guerra y las fatigas de la caza, al cultivo pacífico de los campos; considerando, segun dice Tácito, cobardía y flojedad adquirir con el sudor lo que podian adquirir á costa de su sangre. Sin embargo, no se les ocurrió la singular idea de adjudicar á la tribu los bienes de los que morian, como á algunos soñadores de los tiempos modernos se les ha ocurrido la de proponer su adjudicacion al Estado, puesto que les sucedian sus hijos en primer lugar, y á falta de hijos, sus hermanos, tíos paternos y maternos.

(2) En materia de sucesiones testamentarias, el testamento es la ley principal por la que deben resolverse las cuestiones que se susciten acerca de la inteligencia de todas y cada una de sus cláusulas, las cuales se deben examinar aisladamente y en conjunto, relacionándolas entre sí; y en todo testamento, la voluntad del testador es la ley que siempre debe aplicarse en todo lo que no ofenda á la moral ni al derecho, y ha de ser cumplida en todas sus disposiciones, no siendo menos obligatorias las relativas á los legados que las concernientes á la institucion de heredero: principio de derecho repetidamente declarado por numerosas sentencias del Tribunal Supremo, pero no tan absoluto que no se halle limitado por las leyes que imponen ciertas prohibiciones á los testadores, como tendremos ocasion de ver en el lugar correspondiente. Las palabras con que el testador expresa su voluntad, deben entenderse llanamente, así como ellas suenan, á no aparecer ciertamente que aquella voluntad fué otra, que no suena como las palabras que están escritas. (Ley 5.ª, tit. XXXIII, Part. VII, y diversas sentencias del Tribunal Supremo; entre otras, las de 28 de Junio de 1864.

son *nuncupativos* ó *abiertos*, y *escritos* ó *cerrados* (1): son también *comunes*, ó *privilegiados*. En los *nuncupativos* es manifiesta y pública la voluntad del testador; en los *cerrados*, oculta y reservada.

4. *Testamento nuncupativo*.—El testamento *nuncupativo* ó *abierto* es el que se hace expresando el testador ante las personas que concurren á su otorgamiento, cuál es su voluntad postrimera (2). Aunque en él no es de esencia que se reduzca desde luego á escritura pública, suele hacerse para conservar más íntegra la memoria del acto. Es válido el testamento *nuncupativo* ó *abierto*, hecho de cualquiera de los modos siguientes: 1.º Con escribano y á presencia de tres testigos, vecinos del lugar donde se hiciera (3). 2.º Sin escribano, pero asistiendo cinco testigos de la mis-

de 4 de Abril de 1871, de 22 de Febrero, 15 de Junio y 4 de Noviembre de 1872, 3 de Marzo de 1873, 3 y 7 de Enero y 4 de Febrero de 1874, 24 de Enero de 1876, 6 de Marzo de 1879 y 22 de Mayo de 1880.)

(1) Ley 1.ª, tít. I, Part. VI.

(2) La forma de los testamentos y demás disposiciones *mortis causa* se rige por las leyes especiales, según las cuales y la jurisprudencia que las completa, la eficacia de los testamentos *nuncupativos* consiste esencialmente en la abierta ó paladina manifestación de la voluntad del testador, ya la anuncie oralmente, ya por la lectura de un papel, cédula, apunte ó memoria, siendo de todo punto indiferente que la lea por sí mismo ó la mande leer á otra persona, con tal que después de leída le oigan el escribano, si asistiere, y siempre el competente número de testigos, que aquel es su testamento ó última voluntad, dando fe el escribano, cuando asista, de conocer al testador. (Sentencias del Tribunal Supremo, de 7 de Diciembre de 1861, y de 31 del mismo mes de 1878.)

(3) El escribano ha de ser del número del pueblo en que el testamento, ya *nuncupativo*, ya escrito, se otorgare; pero no habiéndole, basta cualquiera otro, aunque no tenga la misma cualidad. En la actualidad, según lo dispuesto en el art. 8.º de la ley de 28 de Mayo de 1862, los notarios pueden ejercer indistintamente dentro del partido judicial en que se halle su notaría; en la inteligencia de que, las poblaciones en donde hubiere más de un juzgado de primera instancia, se reputarán para este efecto como un solo partido judicial; por consiguiente, no habrá precisión de que el notario sea del número del pueblo en que el testamento se otorgare. Esta disposición, sin embargo, no se extiende á los que eran depositarios de la fe pública al tiempo de la publicación de la ley, ni á los antiguos notarios de reinos sin asignación fija, según la real orden de 27 de Junio de 1862. Por

ma vecindad. 3.º Con tres testigos vecinos, no habiendo en el pueblo cinco con esta calidad, ni escribano. 4.º Con siete testigos, sean ó no vecinos, teniendo las otras cualidades que el derecho requiere, aunque no asista escribano (1). Los testigos han

la ley 7.ª, tít. XXIII, lib. X de la Novísima Recopilación, se establece, que sólo se puedan otorgar testamentos ante los escribanos reales, en los pueblos en que no los hubiere de número, ó en los lugares en que estuvieren la corte y chancillerías. Después de la ley de 28 de Mayo de 1862, los notarios son los que únicamente están autorizados para dar fe de los asuntos y demás actos extrajudiciales, á excepción de los escribanos y notarios que á la publicación de aquella ley intervenían en los actos judiciales, pues continuarán desempeñando uno y otro cargo, mientras no vacaren natural ó legalmente. (Art. 1.º y disposición 1.ª transitoria de la expresada ley.) Empleamos con mucha frecuencia la palabra *escribano*, por acomodarnos á la nomenclatura de nuestras leyes, especialmente de las Recopiladas.

La palabra *vecino*, aplicada á los testigos, se toma aquí en su significación más lata; así es, que está declarado que debe considerarse como tal el criado doméstico del testador, así como también todas las personas residentes en el lugar del otorgamiento. (Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, de 17 de Setiembre de 1858, de 29 de Diciembre de 1859, y de 17 de Enero de 1868.) Opina, sin embargo, algún escritor moderno, que para la calificación de vecino se ha de atender á lo dispuesto por la ley municipal; opinión que no admitimos por considerarla opuesta á lo establecido en ley de Partida, y por hallarse en contradicción con la doctrina del Tribunal Supremo, en las citadas sentencias de 29 de Diciembre de 1859, y de 17 de Enero de 1868. Pero no puede negarse la circunstancia de vecindad á los que pertenecen á un mismo distrito municipal. (Sentencia de 19 de Mayo de 1877.)

(1) Leyes 1.ª y 2.ª, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilación. Aunque haya notario en el pueblo en que se hace el testamento, basta para su validez la presencia de cinco testigos vecinos, según decimos en el texto. La ley está clara y terminante en el particular, y así se ha aplicado por el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de Enero de 1860 y en otras anteriores y posteriores; entre ellas, la de 9 de Febrero de 1880. La ley no exige la necesidad de que se intente, principie y concluya el ordenamiento de un testamento *nuncupativo* bajo las prescripciones de una sola de las maneras de hacerle, ni prohíbe que se sustituya por otra. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de Diciembre de 1861.) También se halla decidido que cuando el escribano otorgante es de buena fama y el testamento tiene todas las formalidades externas que la ley exige, no le invalida el que los testigos instrumentales digan que no lo fueron del testamento, ó que no se dispuso lo que en él se expresa; y aún ménos puede

de ver, oír y entender al testador, á fin de evitar falsedades que

producir este efecto cuando aseguren haberlo sido, aunque difieran en algunos accidentes acerca de su contenido, ó si estamparon en él sus firmas. (Sentencias del Tribunal Supremo, de 7 de Diciembre de 1869 y 28 de Diciembre de 1872.)

Cuando hay exceso de testigos en un testamento, queda éste válido si concurren á él los señalados por la ley, aunque se eliminen por alguna tacha los que sobrasen del número legal. (Sentencias del Tribunal Supremo, de 6 de Febrero de 1866 y 27 de Octubre de 1877.) Mas la cédula en que se expresa que para otorgarla estuvieron presentes los cuatro testigos que en ella se mencionan, no tendrá fuerza de testamento nuncupativo, sin que á este número pueda agregarse el que despues declaró que, habiendo acudido para socorrer en su enfermedad al testador en los momentos de otorgarse el testamento, presencié el acto. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de Mayo de 1872.) Por último, debemos advertir que lo dispuesto en la ley del notariado, relativamente á la forma de los instrumentos públicos y al número y cualidades de los testigos, no es aplicable á los testamentos y demás disposiciones *mortis causa*. (Art. 29 de dicha ley.) Además, de conformidad con la ley, se declaró por el Tribunal Supremo en 29 de Noviembre de 1876, que las últimas voluntades han de hacerse constar en las diferentes formas especiales determinadas al efecto, y no por pruebas testificales supletorias.

Aragon.—El testamento abierto se hace en Aragon ante un escribano y dos testigos. (Obs. 26, *De gener. privileg.*, lib. VI.) Segun la inteligencia dada por el Tribunal Supremo de Justicia á dos fueros de Aragon, uno de 1528 y otro de 1678, basta que el testador y los testigos suscriban con su firma y rúbrica el testamento otorgado ante escribano, sin que éste tenga obligacion de firmarle y signarle, y si sólo la de escribir de su puño y letra la primera y última línea, rubricando además la penúltima y última del mismo. El fuero de 1413, *De forma instrumentorum testificandorum*, como anterior á dichos fueros, ha quedado modificado por ellos. (Sentencia de 27 de Setiembre de 1875.) Cuando no hay notario en el pueblo, ó el testador se halla enfermo de tal gravedad que no puede esperarse su llegada, es válido el testamento que se otorga ante el párroco y dos testigos vecinos del lugar, con tal que despues sea *adverado* en los términos y con las formalidades que establecen los fueros: circunstancias tan indispensables, que su omision puede dar lugar á que el testamento sea declarado nulo. (Fuero 1, 2 y 3, *De testam.*; Molinó, Portoles; sentencias del Tribunal Supremo, de 18 de Setiembre de 1863 y 20 de Marzo de 1866.) Y tambien está declarado por el mismo Supremo Tribunal, en sentencia de 24 de Marzo de 1865, que para que un papel privado pueda ser tenido por testamento, es necesario, segun fuero de Aragon, que se haya otorgado ante notario

en otro caso se podrian cometer (1). La unidad del acto (*uno con-*

ó escribano público y dos testigos, ó en defecto de notario, ante el cura párroco é igual número de testigos.

Cataluña.—El testamento nuncupativo ha de otorgarse en Cataluña ante dos testigos rogados al efecto por el testador, y su presencia ha de ser continua hasta la terminacion del acto, ó sea hasta que la escritura quede otorgada y firmada por los concurrentes, debiendo el notario extenderla y formalizarla inmediatamente en su registro. No habiendo escribano, puede otorgarse ante los curas párrocos ó sus tenientes en sus respectivos territorios, y además dos testigos llamados al efecto, haciéndolo en el papel sellado correspondiente. (Reales cédulas de 29 de Noviembre de 1736, de 24 de Julio de 1755 y de 29 de Noviembre de 1836, y sentencias del Tribunal Supremo de 25 de Octubre de 1861 y de 28 de Diciembre de 1872.) Tan indispensable es la asistencia de escribano si pudiere ser habido, que por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 11 de Diciembre de 1855, se consideró nulo un testamento otorgado en Barcelona á presencia de tres testigos varones, no rogados, y dos mujeres, por no haberse hecho constar que se practicaron diligencias para hallar más testigos idóneos, y por no haberse observado los requisitos que para la formalizacion de testamentos nuncupativos exige el derecho de Cataluña, ó en su defecto, el canónico y romano. (Sentencia de 11 de Diciembre de 1855.) La voluntad expresada por un ciudadano de Barcelona ante testigos, bien verbalmente, bien por escrito, tiene fuerza de testamento, siempre que con arreglo al cap. XLVIII del privilegio *Recognoverunt proceres*, juren sobre el altar que así lo vieron ú oyeron escribir ó decir como se contiene en dicha escritura, ó última voluntad, verbalmente expresada por el testador. Este testamento se llama *sacramental*. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de Junio de 1864.)

Navarra.—El testamento nuncupativo debe hacerse en Navarra ante escribano y dos testigos: no habiendo escribano, se ha de otorgar á presencia del cura ó de otro clérigo, y de dos testigos; mas si tampoco hubiere clérigo, han de asistir precisamente tres testigos convecinos del testador, que no sean parientes ó criados de los herederos ó de personas que tengan interés en la herencia. (Cap. XX, lib. III del Fuero, y ley 10, título XIII, lib. III de la Novísima Recopilacion de Navarra.) Las personas amenazadas de muerte ó heridas de arma, no hallando testigos, podian declarar su voluntad ante un clérigo de buena fama y opinion. (Cap. IX, título XX, lib. III del Fuero.)

Vizcaya.—El testamento hecho en lugares de montaña en presencia de tres testigos, dos varones y una mujer, que sean de buena fama y rogados para este efecto, es válido, observándose algunas otras formalidades establecidas en la ley 4.^a, tít. XXI del Fuero.

(1) En el testamento nuncupativo ordenado ante escribano público, es

textu) parece una circunstancia indispensable para la validez del testamento hecho de palabra (1).

5. *Testamento cerrado.*—Es el que se *hace expresando el testador su voluntad de un modo reservado en una escritura cerrada.* Para ordenar un testamento escrito, ó sea cerrado, han de concurrir á lo ménos siete testigos y escribano. La calidad de vecinos parece indispensable en los testigos, pues aunque la ley no lo expresa, no puede ser otro su espíritu, en atención á que su objeto fué asegurar la autenticidad del testamento escrito, aumentando el número de testigos, y no el variar las circunstancias de éstos. El testador les presenta cerrado el testamento, que ha de ser firmado en la cubierta por él y los testigos, llevando tambien el signo del escribano. Pero si aquél no pudiere y los testigos no supieren ó no pudieren, han de firmar los unos por los otros: el que no supiere escribir no puede hacer testamento cerrado (2). Las palabras que la ley usa ha-

indispensable para su validez que los testigos presentes á *lo ver otorgar* se enteren de su contenido, leyéndoseles íntegramente á presencia de los otorgantes, y sin que pueda ser reservada parte alguna del mismo, con arreglo á la ley 1.^a de los títulos XVIII y XXIII, lib. X de la Novísima Recopilación. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de Mayo de 1864.)

(1) Párrafo II del art. 1953 de la *Ley de Enjuiciamiento civil.*

Aragón.—Segun el fuero, el testamento puede hacerse en diferentes intervalos. (Obs. 10, *De testamentis.*)

Cataluña.—En esta provincia es necesaria la unidad de acto para la validez del testamento, de conformidad con lo dispuesto por la legislación romana. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de Octubre de 1861.)

(2) Por la ley 2.^a, tít. I, Part. VI, no habia necesidad de que supiera escribir el que hacia testamento cerrado, pues podia encargar á otra persona la redacción de su última voluntad. La ley 3.^a de Toro (ley 2.^a, título XVIII, lib. X de la Novísima Recopilación), limitando este derecho al que sabia escribir, aunque no pudiera, trató de evitar los fraudes á que en otro caso se daría lugar, y de alejar la facilidad de suplantar las postre-ras disposiciones. Sin embargo, no todos los autores han dado esta explicación; nosotros hemos adoptado la que nos ha parecido más segura y aceptable.

Diferentes son tambien las opiniones de los juriscultores respecto á la cuestion de si el que sabe escribir podrá encargar á otra persona que escriba por él su testamento. Nosotros no hallamos inconveniente en la resolución afirmativa, puesto que el testador puede asegurarse de que no

cen creer que no han de ser ménos de dos los testigos firman-

se falsea su última voluntad; y en este sentido se halla tambien resuelta esta cuestion en una sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de Julio de 1868, así como en otra de 10 de Julio de 1873, en que se declara que no tiene importancia el que haya sido escrito el testamento por uno de los herederos ó legatarios, con tal que reuna todos los requisitos exigidos por la ley 2.^a, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilación. La ley 2.^a, tít. I, Partida VI, habia establecido que el testador que supiera escribir debia extender por su mano el testamento; pero la ley 2.^a, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilación, á que debemos atenernos, no exige semejante formalidad.

Posteriormente á la 12.^a edición de esta obra, de la cual reproducimos literalmente los dos anteriores párrafos, el Tribunal Supremo dictó una sentencia con fecha de 6 de Abril de 1877, que se opone abiertamente á nuestra opinion. En ella se declara, que la ley 2.^a, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilación no prohíbe que firme uno de los testigos por el testador que no sabe hacerlo, sino que, ántes bien, lo dispone en las siguientes palabras: «*Y si no supieren, y el testador no pudiere, que los unos firmen por los otros.*» En estas frases el Tribunal ve comprendidos, respecto al testador, los casos de impotencia y de ignorancia, sin que en ellas se haga tampoco distincion entre testigos y testador. Nosotros, por el contrario, hallamos clara y evidente esta distincion en la ley. «*Mandamos, dice, que intervengan á lo ménos siete testigos con un escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escritura de dicho testamento, ellos y el testador, si supieren ó pudieren firmar, y si no supieren (ellos, los testigos), y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros.*» Esta contraposición entre los testigos que no saben y el testador que no puede, indica suficientemente, que la facultad de suplir la falta de firma de éste por medio de la de un testigo está limitada al caso de impotencia y no se ha hecho extensiva al de ignorancia de la escritura. Esta es la interpretación que da Colon en su *Instrucción de escribanos* á las palabras de la ley: ésta la adoptada por Llamas; y es tambien la de varios modernos y notables juriscultores y escritores de derecho, entre los cuales podemos señalar á los Sres. Gomez de la Serna, Viso, Alvarez, Garcia Goyena, Pacheco y Gutierrez, sin omitir un bien escrito artículo publicado en el tomo LI de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, firmado por el señor Ucelay. Si se hubiera tratado de la validez de un testamento otorgado por quien no sabia escribir, pero sí leer, podríamos juzgar aceptable la interpretación del Tribunal Supremo, porque no exponia al testador al peligro de que su voluntad fuese suplantada. Pero el que no sabe leer se halla en el mismo caso que el ciego: la razon que la ley ha tenido para prohibir al segundo otorgar testamento cerrado, existe para extender igual prohi-

tes (1), pero que tampoco hay necesidad de más. Se infiere también de lo dicho que el testimonio de los testigos y notario se limita sólo al otorgamiento ó escritura de la cubierta.

6. Tanto para la validez del testamento escrito como para la del nuncupativo, no es necesaria la institucion de heredero. Si alguno instituyere á otro, ó le mandare alguna cosa para que la

bición al primero. Y no basta que, como dice Febrero, no haya riesgo de que se suplante una escritura por otra al que no sabe leer, pues segun acertadamente contesta Llamas y Molina, el peligro no está en la suplantacion material del papel ó instrumento, sino en la de su contenido, y esto no lo puede evitar el testador que no sabe leer, porque no le es posible enterarse de si en el testamento se ha expresado fielmente su voluntad. En apoyo de esta opinion, podemos todavía alegar otra autoridad en alto grado respetable, y es la de los ilustrados y distinguidos jurisconsultos que redactaron el proyecto del Código civil, en uno de cuyos artículos (el 602), quedan equiparados *el ciego y el que no sabe ó no puede leer*, prohibiéndose á uno y á otro otorgar testamento cerrado. Sentimos, pues, no poder estar conformes con la doctrina del Supremo Tribunal: reconocemos la justificacion é imparcialidad que inspiran siempre todas sus decisiones, y las respetamos por su alta procedencia; pero este respeto no llega hasta el punto de forzar nuestra conviccion, fortalecida además con la de tantos y tan ilustres jurisconsultos.

No puede alegarse como causa de nulidad la falta de algunas de las solemnidades que enumera la ley 2.^a, tit. I, Part. VI, pues basta para la validez del testamento, que se cumplan las prescriptas en la ley 2.^a, título XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion. (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 28 de Julio de 1846.)

(1) *Que los unos firmen por los otros.* (Ley 2.^a, tit. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.)

Aragon.—En Aragon, el testamento cerrado se ha de entregar al escribano á presencia de dos testigos, quienes firman en la cubierta juntamente con el testador y el notario. (Fuero único, *Forma para testificar.*)

Cataluña.—También en Cataluña se ha de entregar el testamento por el testador al escribano á presencia de dos testigos, los cuales han de firmar en la cubierta. (Reales ordenanzas de 24 de Julio de 1755.) No se expresa si han de poner su firma el testador y su signo el escribano; pero de una resolucion del Consejo Real de 19 de Enero de 1833, se deduce que deben cumplirse igualmente estos últimos requisitos.

Navarra.—Aunque por las leyes de Navarra no se hace mencion del testamento escrito ó cerrado, tiene también lugar en la forma establecida por el derecho romano, que es el supletorio del de este antiguo reino.

dé á quien sustituyere en la herencia ó manda, si el heredero ó legatario no aceptare ó hiciese renuncia, *el sustituto lo podrá haber todo.* Válido será también el testamento y deberán cumplirse las mandas contenidas en él, aunque el heredero instituido haya muerto ántes que el testador, ó renunciado la herencia (1).

7. La rogacion solemne de los testigos, que era necesaria por las leyes de Partida, ha dejado de serlo en toda clase de testamentos, despues de las del Ordenamiento y de Toro que están recopiladas. Esta circunstancia, tomada del derecho romano, no influyendo en nada en la calidad de los testigos, ni en la mayor ó menor autenticidad del testamento, no se considera ya necesaria para la validez de las últimas disposiciones, ó cuando más, se reputa y presume que se ha cumplido por la simple lectura del testamento nuncupativo á presencia de los testigos, ó por las firmas de los mismos en la cubierta del cerrado ó escrito (2).

8. *Declaracion de pobre.*—La declaracion ó testamento de un pobre en que manifiesta que carece de bienes, como que es un verdadero testamento, debe tener las mismas solemnidades que éste. En esta última voluntad podrá el testador instituir herederos, sustituir, mejorar, dejar mandas, y disponer de la misma manera que podría hacerlo en cualquier otro testamento, refiriéndose á los bienes que puede adquirir en lo sucesivo.

(1) Ley 1.^a, tit. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion. Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de Diciembre de 1864. Aunque la ley recopilada habla sólo del testamento nuncupativo, una interpretacion constante admitida en la escuela y en el foro, la hace extensiva al testamento cerrado: interpretacion que no puede negarse que está bien justificada, porque no hay en el particular razon de diferencia entre uno y otro testamento.

(2) Esta es la opinion de Palacios Rubios, de Matienzo, de Antonio Gomez, de Sala, y de Llamas y Molina, quien juzga, sin embargo, que la rogacion deberá tener lugar cuando el testamento nuncupativo se hiciere ante siete testigos que no tengan la cualidad de vecinos. La ley del Fuero Real que se cita en apoyo de la rogacion, así como las demás de este código no insertas en la Novísima Recopilacion, sólo obligan en los lugares en que fueren usadas y guardadas. Por otra parte, la falta de mencion de una solemnidad de esta especie en las leyes 1.^a y 2.^a del tit. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, cabalmente al hacer profundas modificaciones en esta materia, es por lo ménos una presuncion de gran fuerza contra la existencia legal de este requisito.

9. *Testamento del ciego.*—El ciego sólo puede hacer testamento nuncupativo, lo que se sobreentiende sin género de duda, aunque la ley recopilada no lo dice expresamente (1). En él intervienen cinco testigos á lo ménos (2), que deben tener la cualidad de vecinos; porque aunque la ley no la exige de un modo terminante, se comprende bien que este es su espíritu, pues de lo contrario, este testamento resultaría con ménos garantías que las que ofrece el nuncupativo comun y ordinario. La ley tampoco exige la asistencia del notario; pero creemos que será muy conveniente no omitir esta circunstancia, para evitar dudas é interpretaciones (3).

10. *Testamentos privilegiados.*—Distintas son las formalidades que se emplean en los testamentos privilegiados. Estos son los que hacen aquellas personas que gozan de fuero de guerra. Pueden otorgarlos, bien sean nuncupativos ó escritos, en papel simple y firmado de su mano, ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad, ó hacerlos por ante notario con las fórmulas y cláusulas de estilo. En la parte dispositiva pueden usar á su ar-

(1) La de Partida está terminante en este punto.

(2) Ley 2.^a, tit. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilación.

(3) Segun la doctrina del Tribunal Supremo, en el testamento del ciego es necesaria, además de la intervencion de cinco testigos, la asistencia de escribano, pues así es como deben entenderse las palabras de la ley 3.^a de Toro, relativas á este testamento. (Sentencia de 13 de Junio de 1877.)

Aragon.—El Tribunal Supremo, considerando que los fueros y observancias de Aragon establecen las formalidades con que se han de otorgar el testamento comun y los privilegiados, tiene declarado que no está comprendido entre estos últimos el testamento del ciego, y que por lo tanto, es indudable que debe subordinarse á las reglas y solemnidades del comun. (Sentencia de 3 de Diciembre de 1878.)

Cataluña.—En el testamento del ciego se han de observar las mismas formalidades que prescribe el derecho romano, segun la opinion de Comes, Perera y Gibert. Y así está declarado por sentencia del Tribunal Supremo, fundada en que á falta de constitucion de Cataluña, debe régir el derecho canónico, y en su defecto el civil, decidiendo en su consecuencia, que para la validez del testamento del ciego es necesario que firmen los siete testigos presenciales al otorgamiento, además del escribano. (Sentencia de 21 de Mayo de 1845.)

Navarra.—Se observan las mismas formalidades que en el nuncupativo. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de Diciembre de 1867.)

bitrio del privilegio y facultades que les da la ley militar, la civil ó la municipal (1).

11. *Codicilo.*—Codicilo es un acto ménos solemne, revocable, en que el testador dispone de parte de sus bienes para despues de

(1) Ley 8.^a, tit. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilación, declaratoria de lo que disponia el art. 4.^o, trat. VIII, tit. IX de las Ordenanzas generales del ejército, segun el cual, siempre que el militar pudiese testar en paraje donde habia escribano, lo debia hacer con él segun costumbre. Y aunque la expresada ley no puede ser más clara y terminante, todavia se vino á reproducir lo dispuesto en ella, por Real órden de 17 de Enero de 1835. Tambien está declarado que los que disfrutan este privilegio, nunca pueden perjudicar al heredero forzoso, dejando á otro los bienes castrenses, excepto el tercio en perjuicio de sus ascendientes, y el quinto en perjuicio de sus descendientes. (Art. 17 de las Ordenanzas generales del ejército.) Las Partidas reconocian tambien como testamentos privilegiados, los otorgados con *fe pública*, esto es, los otorgados ante el monarca; los que con autorizacion real otorgaban los incapacitados; los firmados por cinco testigos en poblaciones rurales poco numerosas, no pudiendo ser cerrados si todos los testigos no sabian escribir, y los que hacian los padres entré sus hijos ó descendientes legitimos. (Leyes 5.^a, 6.^a y 7.^a, tit. I, Part. VI.)

Aragon.—En el testamento hecho en despoblado, á falta de testigos con las cualidades necesarias, bastará el testimonio de dos individuos mayores de siete años, y en su defecto, el del capellan que lo recibió y de una mujer de buena fama; pero debiendo adverbarse en la forma legal. Mas á pesar de citarse en confirmacion de estas disposiciones un fuero y la observancia 26 *De general. privilegiiis*, y de no hacer observacion alguna sobre ellas Franco y Guillén, que tambien las citan, nos parece muy dudoso que se hallen en práctica en el dia.

Cataluña.—El testamento del padre entre sus hijos debe hacerse conforme á los principios del derecho romano, segun la opinion más comun: sin embargo, esto era cuestionable y dió lugar á varios pleitos.

Mas por una sentencia del Tribunal Supremo, se han considerado válidos los testamentos ológrafos otorgados en Cataluña por los padres á favor de sus hijos, siempre que reunan los requisitos que exige la novela 107 de Justiniano, y conste legalmente la identidad de la letra y firma del testador; siendo tal su fuerza, que sólo pueden revocarse por otros perfectos y solemnes en que se haga expresa mencion de ellos. El testamento ológrafo en que la mujer del testador aparece como heredera con la obligacion de disponer de los bienes hereditarios á favor de los hijos, es válido tambien, porque en este caso la mujer es solamente heredera de *confianza*; institucion practicada en Cataluña. (Sentencia del Tribunal Supremo,

la muerte (1). En realidad, sólo se conocen los cerrados, porque los abiertos no se diferencian en nada de los testamentos nuncupativos, y han cesado, por consiguiente, las restricciones que respecto de ellos habian establecido las leyes de Partida (2). Las mismas solemnidades que en éstos, deben tambien concurrir en los codicilos escritos (3); y aunque la ley no lo expresa, se dedu-

de 17 de Diciembre de 1860.) La de 11 de Octubre de 1869 ha confirmado y ampliado esta doctrina, declarando que ni la falta de institucion directa y en primer grado de los hijos del testador, ni la de no señalarles la porcion hereditaria en que los institua, ni el haber instituido á una persona extraña, son causas bastantes para quitar á este testamento la cualidad de *inter liberos*.

Tambien tiene declarado el Supremo Tribunal (en un recurso sobre validez del testamento otorgado por un vecino de Barcelona), que si bien en el testamento *inter liberos*, como privilegiado, quedan relajadas las solemnidades que se exigen en los demás, no así lo que constituye la esencia del testamento; esto es, la prueba de la voluntad del testador, expresada con palabras claras y precisas que no dejen lugar á dudas; y esta voluntad se ha de manifestar en presencia de testigos, los cuales juren sobre el altar de San Félix, que así lo vieron ú oyeron escribir ó decir. (Sentencia de 26 de Junio de 1877.)

En los testamentos hechos en tiempo de peste, no hay necesidad para su validez de que los testigos suscriban en un mismo acto, y basta que lo hagan en horas y aún en dias diferentes.

(1) Ley 1.^a, tit. XII, Part. VI.

(2) Ley 2.^a, tit. XVIII, libro X de la Novísima Recopilacion. Si en los codicilos abiertos han de intervenir las mismas solemnidades que en los testamentos nuncupativos, es indudable que entre unos y otros no existe diferencia. Y no sirve decir que se entenderá codicilo la declaracion de nuestra última voluntad cuando no haya institucion de heredero, y testamento nuncupativo cuando la haya, porque ya hemos manifestado, que para la validez de un testamento es indiferente á los ojos de la ley que exista ó no la institucion. Esta opinion, que ya emitimos en las primeras ediciones de esta obra, ha sido confirmada posteriormente por la respetable autoridad del Tribunal Supremo, en sentencias de 27 de Junio de 1864 y de 21 de Junio de 1867.

(3) Gregorio Lopez, Antonio Gomez, Matienzo, y Sala, sostienen que en los codicilos escritos deben intervenir necesariamente cinco testigos, cuyas firmas han de aparecer tambien: nosotros creemos más acertada la opinion que seguimos en el texto, respecto al número de testigos, conforme á la del Sr. Llamas y Molina, pues juzgamos con este escritor, que en el he-

cho de su espíritu que el otorgante y los testigos han de firmar en la cubierta, y en ella se ha de poner tambien el signo del notario si se hacen con su asistencia. Como la voluntad del testador es desconocida en ellos, así como en el testamento escrito, estas formalidades constituyen una garantía de que no quedará sin cumplirse. Pero como los requisitos para los codicilos cerrados no son tantos como los que se exigen en los testamentos de igual naturaleza, resultará, como una consecuencia necesaria, que las prohibiciones que ántes comprendian á los codicilos abiertos y cerrados, deberán considerarse circunscritas á los últimos. Así, pues, en ellos no se podrá instituir heredero directamente, pero sí por via de fideicomiso; ni poner condicion á la institucion hecha en el testamento; ni desheredar al instituido en él; ni nombrarle sustituto: todo lo cual creemos permitido en los codicilos abiertos (1). Nada decimos de la cláusula codicilar, que reputamos inútil, pues de ella no hacen mencion tampoco nuestras leyes (2).

12. *Memorias testamentarias*.—Las leyes guardan silencio sobre las memorias testamentarias, que, sin embargo, se hallan autorizadas por una larga y antigua práctica. La Ley de Enjuiciamiento civil de 1855 y despues la de 1881 han venido tambien á confirmar su validez, al establecer en algunos de sus artículos el modo de asegurarse de su autenticidad, y de verificar su pro-

cho de usar la ley de Toro del número plural al mencionar los codicilos despues de hablar en singular del testamento nuncupativo, del cerrado y de el del ciego, quiso comprender en sus disposiciones, tanto á los cerrados como á los abiertos. Sin embargo, atendida la diferencia de opiniones entre jurisconsultos tan autorizados, conceptuamos como el medio más seguro y eficaz de evitar litigios, el procurar la intervencion de cinco testigos en el codicilo cerrado, que firmen en la cubierta.

(1) Leyes 8.^a, tit. III, y 2.^a, tit. XII, Part. VI. El codicilo no puede dar fuerza á un testamento declarado nulo. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de Noviembre de 1865.)

(2) *Aragon*.—En Aragon no se diferencian los codicilos de los testamentos, excepto en que los posteriores no invalidan los anteriores, á no ser que así lo disponga expresamente el testador, segun Portoles y Sessé. *Cataluña*.—Las leyes catalanas hablan de los codicilos además de los testamentos.

Navarra.—Las leyes de Navarra no hacen mencion de los codicilos, pero los hay siguiendo al derecho romano, que es el supletorio.

TOCOLIZACION (1); y varias sentencias del Tribunal Supremo, en recursos de nulidad y de casacion, las han reconocido igualmente (2). Las memorias testamentarias consisten en un papel, sin distincion de sellado ó no, en que el testador consigna varias de sus disposiciones, y aun expresa el nombre del heredero instituido en el testamento; pero es preciso que en éste se haga referencia á la memoria; requisito tan esencial, que su omision produciria la nulidad de aquélla. Es tambien absolutamente indispensable que conste la autenticidad de la memoria ó cédula, para cuyo efecto habrá de reunir todas las señales y circunstancias designadas en su testamento por el testador (3). Este modo de disponer de sus cosas, opuesto abiertamente al espíritu y letra de nuestra legislacion antigua, es bastante arriesgado y está muy sujeto á fraudes, por lo cual veríamos con gusto establecida su derogacion.

13. *Testigos* (4).—Siendo la doctrina acerca de testigos, co-

(1) Artículos 1969 al 1979 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1881.

(2) Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de Julio de 1850, de 7 de Octubre de 1854, de 30 de Enero de 1856, de 17 de Mayo de 1858, de 28 de Enero de 1862, de 18 de Noviembre de 1865, de 27 de Setiembre de 1867, de 13 de Octubre de 1873, y por último, la de 14 de Julio de 1879.

(3) Sentencias de 7 de Octubre de 1854 y 30 de Junio de 1876. Aunque el testador hable en su testamento de una sola memoria y se halle mayor número, se podrán todas considerar como una misma y continuacion de la primera, cuando así aparezca de su contexto, haya entre ellas conexión y enlace de los sucesos ocurridos, resulten necesarias las posteriores, y sea una misma la forma de su redaccion. (Sentencias del Tribunal Supremo, de 28 de Enero de 1862 y 13 de Junio de 1877.) Confesamos que nos parece bastante arriesgada esta doctrina, y que no la aplicaríamos sin grandes precauciones.

Aragon.—Este modo de expresar su última voluntad, se halla establecido por el fuero de 1678.

(4) Es conveniente advertir en este lugar, que los tribunales no pueden, en cuanto á la existencia legal de un testamento, formar su conviccion por los amplios y racionales medios que para los hechos comunes establece el art. 317 (659 de la vigente) de la *Ley de Enjuiciamiento civil*, sino que deben necesariamente ajustar su criterio judicial á las reglas especiales que para la comprobacion de tales actos establece el derecho, así en cuanto al número y capacidad de los testigos presenciales, como á las demás solemnidades que han de concurrir en el otorgamiento. (Sentencias del Tribunal

mun á testamentos y á codicilos, creemos propio de este lugar el tratar de ellos. Enumerando las personas cuyo testimonio no se admite, sabremos quiénes son las que pueden atestiguar. Hay algunas que tienen prohibicion absoluta, y otras que la tienen respectiva.

14. Tienen prohibicion absoluta:

1.º Los menores de catorce años.

2.º Las mujeres (1).

3.º Los física ó moralmente impedidos, como los locos, los sordos que no oyen nada, los mudos y los pródigos (2).

Supremo, de 22 de Octubre de 1864 y 8 de Julio de 1876.) Por consiguiente, en semejantes casos, no son aplicables, ni el expresado art. 317, ni el 320 (ahora 660) de dicha ley, ni las 32 y 40, tít. XVI, Part. III, cuya doctrina es tambien extensiva á Cataluña. (Sentencia de 23 de Marzo de 1877.)

Y tambien debemos repetir aquí, que lo dispuesto en la ley para el arreglo del notariado, relativamente á la forma de los instrumentos, al número y calidades de los testigos y á la capacidad de adquirir lo dejado ó mandado por el testador, no es aplicable á los testamentos y demás disposiciones *mortis causa*, en las cuales continuarán rigiendo la ley ó leyes especiales del caso. (Art. 29 de la ley de 28 de Mayo de 1862.)

(1) Ley 9.ª, tít. I, Part. VI. La exclusion de las mujeres se halla consignada en las leyes de Partida. El silencio que en las del Ordenamiento y de Toro se guarda sobre este punto, al establecer las calidades y número de los testigos, pudiera servir de argumento en favor de su admision. Mas como en la 1.ª del tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, al dar validez á los testamentos otorgados á presencia de siete testigos, aunque éstos no tengan la cualidad de vecinos ni aquéllos pasen ante escribano, se fija como precisa condicion que tengan las otras calidades que el *derecho requiere*, y entre ellas se cuenta la de que los testigos sean varones, se deduce que efectivamente no procede en estos casos la admision de las hembras. Pero la razon más poderosa y convincente que existe en favor de la exclusiva admision de los varones, es la jurisprudencia por tantos siglos observada sin contradiccion alguna.

Aragon.—En Aragon, las mujeres pueden ser testigos en los testamentos, segun la opinion más recibida. No obstante, algunos sostienen que el Fuero 1.º, *De tutoribus*, y la observancia 26, *De general. privilegiis*, limitan su intervencion al testamento nuncupativo hecho ante el párroco.

(2) Ley 9.ª, tít. I, Part. VI. No se entiende por sordo en el sentido de la ley el que oye, aunque sea necesario hablarle en tono más alto de lo or-

15. La tienen respectiva:

1.º Los descendientes en los testamentos de sus ascendientes y al contrario, excepto en los otorgados por personas que gozan del fuero militar (1).

2.º El heredero y sus parientes hasta el cuarto grado, en los

dinario, sino el que carece de la facultad de oír. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de Junio de 1864.)

A estas prohibiciones añade la citada ley de Partida, las de aquellos que son condenados por libelos infamatorios, por hurto, homicidio, violación y delitos graves; pero despues de la publicacion del Código penal, nos parece muy dudosa la existencia de tales incapacidades. Mas debemos confesar, á pesar de todo, que el Tribunal Supremo, no sólo parece reconocerlas en el hecho de declarar que para que tales tachas produzcan sus efectos es indispensable que consten por condena ejecutoria, sino que en otra sentencia posterior las considera subsistentes de un modo terminante. (Sentencias del Tribunal Supremo, de 11 de Febrero de 1860, y 13 de Mayo de 1873.)

La misma ley 9.ª declaraba incapaces de ser testigos á los que abandonaban la religion cristiana, haciéndose moros ó judíos, aunque despues volvieran á convertirse á la fe; caso que apénas se concibe que hoy pueda tener lugar. Por otra parte, el espíritu que domina en la Constitucion vigente y las disposiciones del Código penal, son suficientes motivos para que se suponga no existente en el dia aquella incapacidad.

Respecto á los protestantes, se hallaba resuelto, aún años ántes de promulgarse la Constitucion de 1869, que el serlo no era un obstáculo para testificar en actos testamentarios. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de Marzo de 1861.)

(1) Ley 14, tít. XVI, Part. III. Al señalar esta prohibicion, nos limitamos á exponer lo manifestado por algunos escritores. Conviene, sin embargo, advertir que en nuestro concepto, la citada ley sólo prohibe á los ascendientes y descendientes ser testigos en favor ó en contra los unos de los otros, es decir, sobre hechos que les pueden ser perjudiciales ó útiles. Al parecer, no se refiere á los testigos de los testamentos, cuyo número y capacidad se rigen por disposiciones especiales, segun hemos visto en la nota 4.ª de la pág. 20; y disposiciones semejantes no pueden ser otras que las comprendidas en el tít. I de la Part. VI. No obstante, tenemos que reconocer que hay una fuerte objecion contra nuestros argumentos: la ley 14 dice, *que si alguno oviere fijo caballero (soldado), que bien podria el padre ser testigo del testamento que su fijo ficiere en huete ó en cavalgada*. De aquí se sacará la consecuencia de que, si no se hallase en este caso, no podria serlo.

testamentos en que se ha hecho la institucion (1). Los legatarios y fideicomisarios singulares pueden ser testigos en los testamentos en que se les dejan las mandas (2).

16. Al terminar este párrafo, consideramos conveniente advertir, que si dos quisieren declarar su voluntad en un solo testamento, pueden hacerlo sin necesidad de duplicar las solemnidades exigidas para su formacion. Pueden tambien instituirse recíprocamente en un mismo acto testamentario, siendo en este caso heredero el testador que sobreviva, no habiendo quedado herederos forzosos (3). Y es de notar que el testamento hecho manco-

(1) Ley 11, tít. I, Part. VI. En realidad, lo que prohíbe la ley es que el heredero, su padre, descendientes, hermanos y los demás parientes hasta el cuarto grado puedan ser testigos sobre la contienda (*pleito*) que el heredero hubiere con los parientes del difunto ó con otros, acerca del testamento en que se hizo la institucion. Así, pues, parece que, segun ella, si no se ha suscitado pleito, la intervencion de los testigos no es ineficaz. Sin embargo, nosotros seguimos en el texto la opinion general de los autores, que es la adoptada en la práctica; así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, establecida en las sentencias de 28 de Enero de 1861, y 10 de Julio de 1873. Respecto á la prohibicion del heredero, está terminante la ley 9.ª, tít. V, lib. III del Fuero Real; y aún sin ella, los principios generales del derecho le impedirian ser testigo en causa propia y en que tiene tan gran interés.

La prohibicion de la ley 11 citada no es aplicable á los testigos del testamento cerrado, por haberlo sido sólo de su otorgamiento, y no de la institucion y demás disposiciones testamentarias, que ignoran, á diferencia del nuncupativo, de cuyas cláusulas son sabedores, porque precisamente al otorgarle se les tiene que dar conocimiento de ellas. Esta importante doctrina se estableció en aclaracion de la ley por el Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de 20 de Abril de 1865.

(2) Ley 11 citada del mismo título y Partida. La falta de los testigos que en el documento autorizado por el escribano aparezcan haber intervenido con aquel carácter, y que resultaron inhábiles, no puede suplirse con otras personas de que no se hace mencion en él, por más que se hubieren hallado presentes en aquel acto; pues segun el considerando de una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 26 de Setiembre de 1862, el número de testigos en los testamentos se exige por las leyes como *solemnidad*. Mas si á pesar de la disminucion de algunos, quedare todavía suficiente número de los llamados para el otorgamiento, sin tacha legal, será válido el testamento. (Sentencia de 6 de Febrero de 1866.)

(3) Nada tienen que ver estos testamentos hechos de mancomun y en

munadamente, no impide al que suceda variar de voluntad y disponer de sus bienes despues de haber entrado en la posesion de la herencia y cuando ha muerto el otro testador (1); facultad que, en nuestro concepto, no alcanza á revocar la voluntad expresamente manifestada por el que primero falleció, á no hallarse dispuesto así en el mismo testamento. Consideramos sujeta á graves

que hay una institucion reciproca, con los pactos sucesorios que se hallan prohibidos por la ley 33, tít. XI, Part. V, que habla precisamente de los contratos, y no de los testamentos, que son por su naturaleza revocables. (Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, de 24 de Mayo de 1860 y de 26 de Marzo de 1861.)

(1). «No hay ley ni doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales, que sancione el principio de la irrevocabilidad de los testamentos dichos de mancomun, que suelen otorgar los cónyuges, sobre todo cuando no contienen pacto ó convenio que la establezca.» (Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de Mayo de 1860.) En consonancia con esta sentencia, se halla la de 25 de Abril de 1876. En la institucion de herederos que recíprocamente se hacen marido y mujer con la facultad de libre disposicion y con la cláusula de que el cónyuge sobreviviente deberá dejar la herencia que pueda resultar á persona determinada, esta condicion no limita aquella facultad sino respecto á la herencia resultante al tiempo del fallecimiento del sobreviviente. El mismo resultado producirá la cláusula en que se exprese que sólo lo que se conserve á la muerte del último sobreviviente, así como las acciones, derechos y sucesiones futuras, haya de pasar á determinada persona. (Sentencias de 24 de Junio y de 31 de Diciembre de 1872.)

En otra sentencia del mismo Tribunal se declaró tambien, que «no es un precepto de derecho ni doctrina legal recibida por la jurisprudencia de los tribunales, que el testamento otorgado de hermandad por marido y mujer instituyéndose herederos ó mandándose algo mutuamente, encierra, por la naturaleza propia de este acto jurídico, la condicion tácita de que la voluntad de los otorgantes permaneciera siendo una, y la misma, por lo ménos, mientras los dos existan, para que la institucion hecha por cada uno de ellos conserve su fuerza y validez en la época en que ha de tener cumplimiento; cuya doctrina, por otra parte, pugna con los principios legales que regulan las solemnidades, eficacia, revocabilidad y subsistencia de los testamentos.» (Sentencia de 22 de Abril de 1878.)

Vizcaya.—El testamento hecho de comun acuerdo por marido y mujer, si uno de éstos falleciere dentro del término de año y dia de su otorgamiento, el que sobreviva no lo podrá revocar, ni disponer de los bienes

inconvenientes la facultad de otorgar esta clase de testamentos, y nos pareceria acertada su prohibicion legal (1).

§ II.

Personas capaces de testar.

17. Enumerando, del mismo modo que lo hicimos ántes al tratar de los testigos, las personas que no tienen facultad de testar, conoceremos cuáles son las que la tienen. No pueden hacer testamento:

1.º Los menores de catorce años, siendo varones, y de doce, siendo hembras.

2.º Los que padecen enajenacion mental, mientras se hallen en este estado; y así se presume hasta que se prueba lo contrario, si la demencia era el estado habitual del testador (2).

3.º Los pródigos, desde que en virtud de declaracion judicial se les ha prohibido enajenar sus bienes.

4.º Los sordo-mudos de nacimiento, á no ser que supieren escribir (3), ó que pudieren expresar su voluntad de tal modo que aleje la más remota duda.

contenidos en él, excepto de la mitad del usufructo por el tiempo de su vida; mas si ambos cónyuges vivieren más del año y dia, contados desde que se hizo el expresado testamento, cualquiera de ellos lo podrá revocar y disponer otra cualquier última y postrimera voluntad. (Ley 1.ª, tít. XXI del Fuero.)

(1) El artículo 557 del proyecto del Código civil establece esta prohibicion.

(2) Ley 13, tít. I, Part. VI. Gregorio Lopez, en la glosa 6.ª (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 11 de Febrero de 1860.)

Aragon.—Los mayores de catorce años, sean varones ó hembras, tienen facultad de hacer testamento. (*F. ut minor viginti annorum.*)

(3) Ley 13 del mismo título y Partida.

Añade la ley, que los que supieren leer y no escribir pueden testar con licencia del Rey; este permiso, ni es hoy necesario, ni puede darse, pues no está comprendido en las *gracias al sacar*. Parece, sin embargo, que no debe haber inconveniente en que teste el sordo-mudo si supiere leer aunque no escribir, extendiendo otro el testamento, leyéndole despues él, y aprobándolo con signos que no dejen duda alguna.

5.º Los religiosos profesos que viven en clausura. Los que sirven de capellanes en el ejército ó armada tienen facultad de testar (1).

6.º Los arzobispos y obispos, que ántes no podían testar de sus bienes profecticios, esto es, de los adquiridos en sus respectivos beneficios, pero sí de los adventicios y patrimoniales (2),

(1) Ley 17, tít. I, Part. VI, y 9.ª, tít. XXVII, lib. I de la Novísima Recopilación.

A los secularizados y exclaustros se les concedió la facultad de hacer testamento, por decreto de 25 de Enero de 1837, restableciendo el de 29 de Junio de 1822, y por la ley de 29 de Julio del mismo año; á los primeros, desde la fecha de la secularización, y á los segundos, desde el día de la exclaustro. A las monjas que continuaban en los conventos que permanecieron abiertos desde el 8 de Marzo de 1836, se les permitió testar y ser herederas *ex testamento y abintestato*, por el art. 38 de la misma ley; pero habiendo sido derogada esta disposición por el Concordato celebrado con la Santa Sede, según se expresa en la Real orden de 19 de Setiembre de 1867, las religiosas quedaron incapacitadas de hacer testamento y de recibir herencias. Después, por Real decreto expedido con acuerdo del Nuncio de Su Santidad, con fecha de 25 de Julio de 1868, se declararon válidos y subsistentes todos los actos de dominio que las religiosas profesas hubieran ejercido desde la publicación de la citada ley de 29 de Julio hasta la fecha de este decreto, y se dispuso que *no pudieran en adelante adquirir individualmente bienes de ninguna especie, en la inteligencia de que serían nulas y de ningún valor y efecto todas las adquisiciones que ilegalmente hicieren*. Pero al mismo tiempo se dejó á salvo el derecho de las comunidades para adquirir y poseer según las leyes canónicas, y según los convenios celebrados con la Santa Sede. Mas este decreto fué derogado en todas sus partes por otro del Gobierno provisional, de 15 de Octubre del mismo año, elevado á ley en 20 de Junio de 1869; se restableció, en su consecuencia, la prohibición impuesta por las leyes á las comunidades religiosas de adquirir y poseer bienes, y se volvió á dar fuerza y vigor al ya citado artículo de la ley que concede individualmente á las monjas profesas este derecho. De conformidad con estas disposiciones, el Tribunal Supremo tiene declarado que las religiosas se hallan en el pleno uso de sus derechos civiles para instituir heredero y disponer libremente de todos sus bienes, excepto de los de que anteriormente hubieren dispuesto sin condición ni reserva (en favor de su comunidad), y tienen igualmente capacidad legal de ser instituidas herederas. (Sentencia de 24 de Mayo de 1872.)

(2) Leyes 3.ª y 8.ª, tít. XXI, Part. I.

Antiguamente tenían también prohibición: 1.º Los hijos de familia, no

pueden hoy verificarlo libremente de todos ellos (1), del mismo modo que lo pueden hacer los demás clérigos, según la antigua costumbre de España (2).

§ III.

Testamento por comisario (3).

18. Una ley del Fuero Real concedía amplia facultad de testar por otro; las Partidas no la admitieron (4); las leyes de Toro la confirmaron con modificaciones, y dieron reglas sobre su uso. Los fraudes y perjuicios que esta autorización puede ocasionar, son mayores que sus ventajas.

19. El comisario recibe su autoridad por medio de un poder revestido de las mismas formalidades que un testamento, y re-

siendo en los peculios castrense y cuasi castrense. 2.º Los condenados á muerte natural ó civil. Pero las leyes 3.ª y 4.ª, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilación, derogaron estas prohibiciones. Y aún creemos que, atendido su espíritu, ha cesado igualmente la que tenían los condenados por libelos infamatorios, á lo que se agrega que en el Código penal no se les impone semejante prohibición.

Cataluña.—Según opinión general de los autores, el hijo de familia no puede hacer testamento, como no sea del peculio castrense ó cuasi castrense. (Vives y Cebriá.)

(1) Real orden circulada á los subcolectores de espolios, en 30 de Abril de 1844. Esta disposición fué confirmada por el art. 131 del Concordato de 16 de Marzo de 1851, que concede á los obispos la libre facultad de testar según les dicte su conciencia, á excepción de los ornamentos y pontificales, que se consideran como una propiedad de la mitra y pasan á sus sucesores en ella.

(2) Ley 12, tít. XX, lib. X de la Novísima Recopilación.

(3) En el proyecto del Código civil, art. 358, se considera la testamentifacción como un acto personalísimo que no se puede dejar en todo ni en parte al arbitrio de un tercero.

Aragón.—Sobre si se puede hacer testamento por comisario, no hay conformidad entre los autores: Sessé y Portoles sostienen la opinión afirmativa, y á ella se adhieren Franco y Guillén.

En Cataluña y Navarra no tiene lugar el testamento por comisario.

(4) No creemos que á esta afirmación se oponga la ley 11, tít. III, Partida VI.

vocable como toda última voluntad (1). Tiene derecho de conferirle el que puede testar, y de ser comisario todo el que puede ser legalmente apoderado de otro. Cuando la ley dice que algunos, porque no quieren ó no pueden hacer sus testamentos, dan poder á otros para que los hagan por ellos, no se refiere á la impotencia legal, sino á la física, nacida de las angustias é incomodidades de una enfermedad ó de otras causas. A veces en el poder se determinan señaladamente las cosas que han de ejecutarse, y á veces es conferido sin esta expresion especial.

20. Para instituir heredero, para desheredar, hacer mejoras, sustituciones y nombramiento de tutores, es necesario que en el poder se concedan especialmente estas facultades, y en el primer caso, que se designe la persona que ha de ser instituida. Si nada se hubiere dicho, las facultades del comisario se limitan á cumplir los cargos de conciencia del testador, pagando sus deudas, y á distribuir el quinto por su alma, dando lo demás á sus parientes ó personas que tuvieren derecho de heredarle abintestato, y si no existieren estas personas, deberá disponer de los bienes en favor del alma del testador. Tampoco se puede disponer más que del quinto, cuando el testador hubiere nombrado heredero y dado facultad al comisario para concluir su testamento. El testamento que hubiere sido otorgado por el poderdante no podrá ser revocado en todo ni en parte, si no hubiere dado expresamente facultades para ello; ni podrá serlo tampoco, aunque quisiera reservarse esta facultad, el que hubiere hecho el mismo comisario en cumplimiento de su poder (2).

(1) Ley 6.^a (edición de la Academia), tit. V, lib. III del Fuero Real, y ley 8.^a, tit. XIX, lib. X de la Novísima Recopilación.

(2) Leyes 1.^a, 2.^a, 3.^a, 4.^a, 5.^a y 6.^a, tit. XIX, lib. X de la Novísima Recopilación. En las leyes comprendidas en este título, se fundó el Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de Marzo de 1877, para declarar válidos los legados hechos por comisario en uso de su poder.

Aragon.—En Aragon se puede encargar á otro la institucion de heredero, segun la opinion de los que sostienen la existencia de la facultad de testar por comisario.

Viscaya.—Al comisario, para hacer la eleccion, institucion y nombramiento de heredero, cuando los hijos, descendientes, profincos y tronqueros del testador estuvieren al tiempo del fallecimiento de éste en edad de casarse, se le concede el término de año y dia; más si aquéllos no hubie-

21. Pueden ser nombrados, no tan sólo uno, sino dos ó más comisarios. Si alguno renuncia, el poder se refunde en los demás; si hay discordia entre ellos, se está á lo que disponga la mayor parte, y si hubiere empate, lo decidirá el juez del lugar del poderdante (1).

22. Se conceden cuatro meses al comisario para cumplir su cargo, si estaba en el pueblo en que se le dió el poder al tiempo de conferirsele; seis estando fuera, pero dentro del reino; y un año no hallándose en España: contra estos plazos no puede alegar ignorancia (2). La ley no expresa desde cuándo se han de empezar á contar estos términos; la opinion más comun es que ha de ser desde el dia de la muerte del otorgante, y así lo tiene adoptado la práctica.

23. Pasados estos términos, ya no podrá el comisario usar del poder, y sucederán en los bienes los herederos abintestato; mas si el testador hubiere nombrado la persona á quien se habia de instituir heredero, ó expresado una cosa cierta que habia de hacer el comisario, la institucion se considerará como hecha, é igualmente lo demás de que el poderdante hubiere hecho un señalamiento especial (3).

24. Finalmente, cuando el comisario no hiciere testamento por una causa cualquiera, irán los bienes del poderdante á sus herederos abintestato, que tendrán obligacion, no siendo hijos ó descendientes suyos, de emplear el quinto en favor de su alma; y si no lo cumplieren, podrán ser compelidos por los tribunales, ante quienes tendrá accion para reconvenirles cualquiera del pueblo (4).

ren salido de la edad pupilar, el término se extiende durante el tiempo de la menor edad y un año despues. La institucion hecha por el comisario es válida, aunque el testador no haya señalado cuál ha de ser el hijo, descendiente ó sucesor á quien aquél haya de elegir. (Ley 3.^a, título XXI del Fuero.)

(1) Ley 7.^a, tit. XIX, lib. X de la Novísima Recopilación.

(2) Ley 3.^a Estos términos que la ley ha establecido en beneficio del poderdante, pueden ser renunciados por él, y prorogados por el tiempo que juzgue conveniente, segun sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de Setiembre de 1863.

(3) La misma ley 3.^a

(4) Leyes 3.^a, tit. XIX, y 13, tit. XX, lib. X de la Novísima Recopilación.

§ IV.

Apertura de testamentos cerrados: reduccion á escritura pública de los abiertos hechos de palabra; y protocolizacion de memorias testamentarias.

25. Las diligencias que han de practicarse para abrir y protocolizar un testamento cerrado; para elevar á escritura pública el testamento y codicilos hechos de palabra, y para protocolizar una memoria testamentaria, en que se ocupan diferentes artículos de la ley de Enjuiciamiento civil, son en realidad más propias que de éste, de un tratado de procedimientos; pero atendida su importancia y considerándolas como complemento de lo que dejamos expuesto en el párrafo I de esta misma seccion, hemos creído que no podíamos excusarnos de hacer aquí un resumen de las más esenciales é interesantes.

26. *Testamento cerrado.*—El que tenga en su poder algun testamento cerrado, deberá presentarlo al juez competente, tan luego como sepa el fallecimiento del otorgante, así como también podrá pedir la presentacion de él, cualquiera que tuviere conocimiento de haber sido otorgado y de que obra en poder de tercero. Si el reclamante es persona extraña á la familia, deberá jurar que no procede de malicia, sino por creer que puede tener interés en el testamento (1). El actuario, despues de examinar el pliego que le contenga, extenderá diligencia expresiva de su estado, firmándola también la persona que haya hecho la presentacion, y acto continuo dará cuenta al juez (2).

27. El juez dispondrá desde luego, que para el dia siguiente ó ántes si es posible, se cite al notario autorizante y á los testigos instrumentales. Comparecidos los testigos, se les pondrá de manifiesto el pliego cerrado para que lo examinen, y declaren bajo juramento si reconocen como legítimas las firmas que con su nombre aparecen en la cubierta, declarando al mismo tiempo si el pliego se halla en el mismo estado que cuando pusieron la firma. Si por no saber firmar alguno de los testigos, otro hubiere

(1) Artículos 1956 y 1957 de la Ley de Enjuiciamiento civil.
(2) Artículos 1958 y 1959.

firmado por él, serán examinados los dos, reconociendo su firma el que la hubiere puesto. Aunque alguno de los testigos negare que era suya la firma, esta circunstancia no impedirá la apertura (1).

28. Si alguno ó algunos de los testigos hubiesen fallecido ó se hallaren ausentes, se preguntará á los restantes si los vieron poner su firma y rúbrica; y serán, además, examinadas otras dos personas que conozcan la firma y rúbrica del fallecido ó ausente, acerca de su semejanza con las estampadas en el pliego. Si esto último no pudiere tener lugar, será abonado el testigo en la forma ordinaria (2).

29. En el caso de haber fallecido el notario que hubiese autorizado el otorgamiento, el juez, con dos peritos de su exclusivo nombramiento, cotejará el signo, firma y rúbrica del pliego ó carpeta con las estampadas en la copia que debe existir en el registro especial de los testamentos cerrados: en los testamentos otorgados ántes de la ley del notariado, el cotejo se hará con otras firmas y signos indubitados del mismo notario. Puede también suceder que hayan fallecido el notario y todos los testigos: en semejante caso, será preciso abrir informacion acerca de esta circunstancia, de la época de la defuncion, concepto público que merecieran el notario y los testigos, y de si se hallaban en el pueblo cuando se otorgó el testamento (3).

30. Practicadas las expresadas diligencias, se procederá á la apertura del pliego, á no ser que el testador, en la misma carpeta ó en un codicilo abierto, hubiese dispuesto que se suspendiera hasta una fecha determinada, pues en este caso su voluntad deberá ser cumplida. Verificada la apertura por el juez, á presencia del notario que hubiese autorizado el testamento y de los testigos, y aún de los parientes que en ello puedan tener interés, á quienes no se permitirá oponerse á esta diligencia, el juez le leerá desde luego para sí y le entregará despues al actuario para que éste le

(1) Artículos 1959 y 1960. Ley 3.ª, tit. II, Part. VI.

(2) Artículo 1962. El abono procede sólo de los testigos que lo fueron en el testamento cerrado; y en los nuncupativos, respecto de los que ya han prestado sus declaraciones y no pueden ratificarse en ellas por haber muerto. (Sentencia de 27 de Mayo de 1872.)

(3) Artículos 1963 y 1964 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

lea en alta voz, con excepcion de la cláusula ó cláusulas que por disposicion del testador deban quedar reservadas y en secreto hasta cierta época. Leído, pues, el testamento, el juez dictará auto mandando que se protocolice con todas las diligencias originales de la apertura, en los registros del notario que hubiese autorizado su otorgamiento (1).

31. *Testamento nuncupativo.*—En los casos en que el testamento nuncupativo hubiere sido otorgado de palabra, cualquiera que sea parte legítima tiene accion para pedir al juez que mande elevarle á escritura pública. Se entiende ser parte legítima el que tiene interés en el testamento, el que hubiere recibido en él cualquier encargo del testador, y el que con arreglo á las leyes pueda representar sin poder á cualquiera de los que se encuentren en los dos casos expresados (2). El juez, despues de examinar separadamente á los testigos presenciales, y al notario si hubiere concurrido á su otorgamiento, y resultando de las declaraciones clara y terminantemente el propósito deliberado que tuviera el testador de hacer testamento, así como tambien que se han observado en la expresion de su voluntad todas las formas legales, declarará testamento lo que de dichas declaraciones resulte, con la cualidad de sin perjuicio de tercero, y mandará protocolizar el expediente en los registros del notario de la cabeza del

(1) Ley 6.^a, tít. II, Part. VI. Artículos 1865, 1966, 1967 y 1968 de la ley de Enjuiciamiento. No puede negarse la protocolizacion del testamento en virtud de oposicion, si ha sido abierto con las formalidades legales, que no tienen otro objeto que el garantir el hecho y darle forma legal, sin prejuzgar ningun otro género de cuestiones que á las partes quedan reservadas para el juicio correspondiente. (Sentencia de 20 de Enero de 1880.)

Cualesquiera que sean los vicios ó defectos de que adolezcan las diligencias de apertura de un testamento..... habiendo aceptado los interesados en el mismo la parte de herencia que les corresponda, las legalizan..... y caduca la accion que podian tener para reclamar contra ellas. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de Mayo de 1865.) Y los expedientes relativos á la apertura de testamentos cerrados no pueden hacerse contenciosos, aunque para ello se presente oposicion por quien tenga personalidad para formularla, segun se deduce del art. 1209, al no hacer mencion de la regla 7.^a del artículo anterior, así como la hace de todas las demás contenidas en él. (Sentencia de 15 de Abril de 1876.)

(2) Artículos 1943 y 1944 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

partido, y si hubiere más de uno, en el que designe el juez (1).

32. *Memorias testamentarias.*—Las diligencias que se han de

(1) Ley 4.^a, tít. II, Part. VI, y artículos 1949, 1953 y 1955 de la misma ley.

Aragon.—En Aragon, el testamento nuncupativo hecho ante el párroco y testigos no hace fe, como ya dejamos dicho, hasta que se halla adverado con todos los testigos que firman, en la forma prescrita en los fueros I, II y III, *De Testam.*, lib. VI, bien que ya no se observan algunas de estas solemnidades. (Obs. 5, de *Prob. fact. cum. carta*, lib. IX.) Se verifica presentando el párroco y los testigos el testamento en las puertas de la iglesia parroquial ante el juez del lugar, acompañado éste de un notario y los testigos: se lee á presencia de todos la cédula que contiene la disposicion testamentaria; juran el párroco y los testigos que es verdaderamente la del testador, y el notario extiende acta de estas diligencias insertando en ella la disposicion testamentaria, y firman aquélla todos los presentes. (Fueros citados. La Ripa, Palacios en sus notas á las Instituciones de Asso, y de Manuel, Franco, Guillén y otros.) No hay necesidad de citar para la adveracion á los herederos abintestato. (Obs. 9.^a, *De testam.*) Ultimamente, por Real órden de 4 de Febrero de 1867 se halla dispuesto, que la adveracion se practique á instancia de parte legítima por el juez de primera instancia en los pueblos cabezas de partido, y en las demás poblaciones por los municipales en virtud de delegacion de aquéllos, con intervencion de escribano de actuaciones; y que, resultando del acta de adveracion, por las declaraciones del párroco y testigos del testamento, las circunstancias expresadas en el art. 1387 (1953 de la ley de 1881) citado de la Ley de Enjuiciamiento civil, el juez haga la declaracion prevenida en el mismo artículo y mande protocolizar el testamento.

Cataluña.—Si el testamento es cerrado, suele publicarse dos veces: la primera, así que muere el testador; pero esta publicacion se hace únicamente de la cláusula en que se contienen el nombramiento de albaceas, los funerales, y las misas que han de celebrarse por el alma del testador; verificado lo cual, se vuelve á cerrar el testamento, y no se publica el resto hasta que se ha dado sepultura al cadáver. (Vives y Cebriá.)

Navarra.—El abonamiento de los testamentos equivale á su apertura. Se verifica ante los jueces de primera instancia, citando y emplazando á los que tendrian derecho de suceder abintestato, por el término de treinta dias, pasados los cuales se reciben declaraciones al cura ó sacerdote que escribió dicho testamento y á los testigos presenciales. Los que se hacen en otra forma son nulos. (Leyes 8.^a y 9.^a, tít. XIII, lib. III de la Novísima Recopilacion de Navarra.)

Debemos tambien advertir, que publicada con fuerza general obligato-

practicar para la protocolización de las memorias testamentarias, están sustancialmente contenidas en el siguiente conciso resumen de varios artículos de la Ley de Enjuiciamiento civil (1).

33. Presentada la memoria al juez competente por la persona que la tenga en su poder; abierta en el día y hora señalados por el juez; leída, con excepción de la cláusula ó cláusulas cuya publicación hubiere ordenado el testador que se suspenda hasta cierta época; confrontadas sus señales con las expresadas en el testamento del que se deriva su fuerza, diligencia á que pueden asistir los interesados en él, y resultando que reúne las condiciones exigidas por el testador para que se la tenga por auténtica, se dictará auto mandando protocolizarla, sin perjuicio del derecho de los interesados para impugnarla en el juicio correspondiente. La protocolización se ha de verificar en los registros del notario que hubiere autorizado el testamento, y juntamente con éste si fuere posible.

34. Conviene advertir además, que cuando el testador haga referencia á alguna memoria escrita de su puño y letra, ó sólo firmada por él, sin mencionar ninguna otra señal especial que la identifique, el juez mandará que sea reconocida bajo juramento por tres testigos que conozcan perfectamente la letra del testador, y aún podrá designar también á parientes no favorecidos en la memoria. Podrá hacer todavía más para asegurarse de la autenticidad de la memoria, y es confrontar su letra, firma y rúbrica con otra indubitada del testador, que obre en cualquier documento público ú oficina del Estado. Practicadas estas diligencias y resultando la autenticidad de la memoria, mandará protocolizarla del modo que ya dejamos expuesto.

ria la *Ley de Enjuiciamiento civil*, las disposiciones comprendidas en ella respecto al modo de elevar á escritura pública el testamento hecho de palabra, y al de proceder á la apertura de los testamentos cerrados, han de observarse, no sólo en las provincias regidas por el derecho comun, sino también en las que se rigen por sus especiales fueros, y por consiguiente, en las que acabamos de mencionar.

(1) Artículos 1969, 1971, 1972, 1973, 1974, 1975, 1976, 1977 y 1978.

SECCION II.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO Y DE LA DESHEREDACION.

§ I.

Institucion de heredero.

35. Cuando el testador deja á alguno todos ó parte de sus bienes con sus acciones y derechos, se dice que *instituye heredero*: cuando deja cosas determinadas, se llama legatario el agraciado (1).

36. La institucion de heredero no es necesaria para la validez del testamento, segun ya hemos dicho en otra ocasion (2). Pero hay personas que suceden necesariamente aunque el testador no las instituya ó instituya á otras distintas, y las hay que todo lo deben á su voluntad. Los herederos que pertenecen á la primera clase, se llaman *herederos forzosos*; los que pertenecen á la segunda, se llaman *voluntarios*. Nombres tomados, no de la necesidad de adir ó de la facultad de no admitir la herencia, sino del derecho indisputable que los unos tienen á suceder, á no ser desheredados en virtud de una causa justa y legal, y del título meramente voluntario por el que heredan los otros.

(1) La institucion consiste en *establecer un ome á otro por su heredero, de manera que finque señor despues de su muerte, de lo suyo, ó de alguna partida dello, en lugar de aquel quel estableció.* (Ley 1.^a, tít. III, Part. VI.) Ni esta ley, ni otras de la misma Partida establecen la prohibicion de ser instituidos herederos los no nacidos, para cuando naciesen. (Sentencia de 19 de Enero de 1875.)

(2) Ley 1.^a, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

Cataluña.—En Cataluña es necesaria la institucion de heredero, segun opinan los jurisconsultos catalanes; pero nó lo es en Barcelona ni en las demás ciudades que gozan de sus privilegios, segun dispone la ley única, título I, lib. VI de la coleccion de sus constituciones. Y también está declarado por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en 14 de Noviembre de 1845, que en virtud del privilegio concedido á los ciudadanos de Barcelona por D. Pedro III, ó sea la constitucion 1.^a, tít. I, lib. VI, vol. II del Código municipal, pudo ser instituida heredera la hermana de un tes-

37. Los descendientes legítimos son herederos *forzosos* en las cuatro quintas partes de los bienes del difunto (1), y los ascendientes en las dos terceras (2): esto es lo que constituye sus respectivas legítimas (3). Los hijos naturales y los espúrios lo son con respecto á la madre, en defecto de legítimos (4). Aun el padre puede excluir de la sucesion á los ascendientes, con tal que instituya á un hijo natural, por más que á éste se considere heredero voluntario, y forzosos los ascendientes en todos los de-

tador, sin hacer mencion de su nieta, quedándole á ésta á salvo el derecho de reclamar su porcion legítima sobre la herencia de su abuelo.

Posteriormente se declaró por sentencia del mismo Tribunal de 7 de Abril de 1864, que es un principio reconocido en la ley 7.^a del Digesto, *De diversis regulis juris*, que nadie puede morir en parte testado y en parte intestado, no pudiendo, por consiguiente, tener lugar á la vez la sucesion testamentaria y la legítima, conforme á lo dispuesto tambien por la ley 89 del mismo título, ambas vigentes en Cataluña.

(1) Ley 8.^a, tit. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) Ley 1.^a del mismo título y libro. No es válida la renuncia que de la legítima hace un ascendiente si tiene descendientes, pues cede en perjuicio de la que en su caso puede corresponder á éstos, en contravencion á lo prescrito en las leyes 1.^a y 8.^a, tit. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de Abril de 1865.) Tambien se halla declarado por el mismo Supremo Tribunal, que la autorizacion dada á un testador por sus herederos forzosos para disponer libremente de la legítima que les corresponde, es nula y no tiene eficacia legal, porque las leyes fundamentales que regulan la sucesion y derechos de la familia, en que tanto se interesa el orden público, no pueden derogarse por convenios particulares. (Sentencia de 21 de Octubre de 1865.)

«Para fijar las legítimas de los hijos, debe atenderse al valor que tenían los bienes del padre en el día de su muerte, deduciéndose previamente el importe de las deudas y demás responsabilidades á que los mismos estuviesen afectos.» (Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de Junio de 1868, en recurso de casacion interpuesto contra un fallo de la Audiencia de Barcelona.)

(3) No pudiendo los herederos forzosos ser privados de sus legítimas, á no mediar una justa causa de desheredacion, es una consecuencia natural de este principio, «que el testador no les puede prohibir que acudan á los tribunales para reclamarla»; y así está declarado por el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de Junio de 1877.

(4) Ley 5.^a, tit. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion.

más casos (1). Son herederos *voluntarios* los parientes transversales y los extraños.

38. La mayor parte de las prohibiciones absolutas que las

(1) Ley 6.^a del mismo título y libro.

Aragon.—Segun el fuero único, *De testamentis civium*, y el VI, *De testamentis*, pueden los padres instituir heredero á uno sólo de los hijos, dejando á los demás lo que les plazca de sus bienes, sin que pueda admitirse como doctrina de jurisprudencia, por no constar auténticamente, la de que sea necesario conceder por equidad un suplemento de legítima para evitar la desigualdad entre el haber del heredero y el de los demás hijos del testador. (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de Marzo y de 17 de Junio de 1864.) Y en la de 10 de Diciembre de 1879, consideró el expresado Tribunal que el marido y mujer que en su testamento de hermandad habian dejado á cada uno de sus hijos diez sueldos jaqueses por legítima paterna, y otros diez por la materna, habian cumplido lo que prescribe la legislacion especial de Aragon. Los padres, sin embargo, no quedan eximidos de la obligacion de dar alimentos á los hijos. (Fuer. I, *De alimentis*.) La práctica que llegó á introducirse de poder instituir heredero á un extraño, habiendo hijos, dejando á éstos, así como en el caso anterior, por razon de legítima, cinco sueldos por bienes raíces y cinco por muebles, práctica que los doctores Asso y de Manuel consideran fundada en los fueros, es, por el contrario, opuesta á ellos, porque sus palabras se limitan á conceder esta facultad en favor de uno de los hijos, *unum ex filiis*. El Tribunal Supremo ha venido á dar fuerza á esta opinion, al declarar que ni de la letra ni del espíritu de los fueros, *De testamentis nobilium et civium*, puede deducirse que habiendo hijos, puede ser extensiva hasta los extraños la facultad concedida á los padres por los expresados fueros, de disponer á favor de alguno de aquellos de todos sus bienes, dejando á los demás cuanto quisieren. (Sentencia de 8 de Octubre de 1877.)

Cataluña.—En Cataluña, la legítima de los descendientes, y la de los ascendientes en su caso, es la cuarta parte de los bienes paternos, y de consiguiente, pueden los padres ó hijos disponer de las otras tres cuartas partes como mejor les parezca, segun el cap. XCIV de las Córtes de Monzon, celebradas en 1585, reinando D. Felipe II. Es, sin embargo, bastante comun en algunos pueblos el dejarles cinco sueldos por razon de legítima; pero en estos casos tendrán derecho los hijos á que se les complete hasta la cuarta, si es que no la han percibido ya durante la vida de sus padres, cuyo suplemento no pueden reclamar hasta el fallecimiento de éstos. La legítima de los ascendientes es tambien la cuarta parte de la herencia de los hijos. Aunque los hijos ó hijas excedan del número de cuatro, la legítima para todos ellos sólo será la cuarta parte de dichos bienes, y se guardará por el valor de los del padre al tiempo de su fallecimiento, debiendo

leyes del Fuero Real y de las Partidas habian establecido con respecto á algunas personas, ha desaparecido en el dia, en que no tienen lugar la muerte civil ni la confiscación de bienes, y

ser de cuenta exclusiva de los herederos el aumento ó disminución que con posterioridad tengan dichos bienes. No habiendo pacto en contrario, los herederos pueden pagar las legítimas en dinero ó en propiedad inmueble. (Ley 2.^a, tit. V, lib. VI, vol. I de la Const. de Cataluña; ley 6.^a, título XXVIII, lib. III del Código, y sentencias del Tribunal Supremo de 15 de Junio de 1869, de 28 de Diciembre de 1871 y 11 de Junio de 1873.) El mismo Supremo Tribunal tiene declarado, de conformidad con las constituciones de Cataluña, que no es exacto el principio de que sea heredero forzoso el hijo mayor del testador, pues el padre puede testar libremente, salvo de la cuarta parte de la herencia en que consiste la legítima de todos sus hijos; legítima que bajo ningún concepto puede ser gravada por los padres, y de la que aquéllos pueden disponer libremente. (Sentencias de 3 de Enero de 1873 y de 25 de Febrero de 1879.) Es doctrina también del mismo Tribunal Supremo, que la renuncia de la legítima es nula de derecho, aunque se haya verificado con juramento del renunciante, si éste ha obtenido del eclesiástico la absolución del juramento, y al propio tiempo ha intervenido lesión enorme ó enormísima en dicha renuncia. (Sentencia de 11 de Junio de 1873.) Disposición que se reproduce en otra sentencia de 24 de Setiembre de 1875, según la cual, las renunciaciones de los derechos legítimos, y aun del suplemento de legítima, pueden rescindirse con arreglo á la legislación vigente en Cataluña, cuando en ellas hubiese mediado lesión enorme.

Navarra.—El testador puede disponer libremente de sus bienes, aun teniendo hijos, dejando á éstos la legítima foral, que consiste en una roba de tierra en los montes comunes y en cinco sueldos febles. Sin embargo, esto se limita en el caso de que tuviere hijos de dos ó más matrimonios, pues entonces no podrá disponer en favor del segundo ó tercero ni de su segunda ó tercera mujer, de más bienes que los que deje á los del primero. (Ley 16, tit. XIII, lib. III de la Novísima Recopilación, y ley 48 de las Cortes del año de 1765 y 1766). Se limita también en los testamentos de los labradores, puesto que están obligados á distribuir igualmente entre sus hijos sus bienes raíces. (Cap. II, tit. XIX, lib. III del Fuero general.)

Vizcaya.—También en Vizcaya se halla establecido por fuero, que se pueda dar en vida ó instituir por universal heredero de todos los bienes á cualquiera de los hijos legítimos del testador, ó á uno de los nietos ó descendientes del hijo legítimo que haya fallecido, dejando á los demás hijos ó descendientes legítimos alguna parte de tierra en poca ó mucha cantidad, en la cual no pueden poner gravámen alguno, porque tales tierras sustituyen

en que la penalidad antigua ha sido corregida por el nuevo Código. En su consecuencia, podremos decir que actualmente sólo tienen incapacidad absoluta de ser instituidos herederos:

ven y hacen la vez de legítimas. (Leyes 11, tit. XX, y 7.^a, tit. XXI del Fuero.)

Mas en todo testamento ó última voluntad que no fueren otorgados ante escribano público, ningún testador que tuviere ascendientes ó descendientes puede disponer en favor de extraños más que de la quinta parte de sus bienes, y no teniendo ascendientes ó descendientes puede mandar dicho quinto y no más por su alma; pero esto se entiende de los bienes raíces, porque de los muebles puede disponer á su voluntad, no teniendo descendientes ni ascendientes. (Ley 5.^a, tit. XXI del Fuero.)

A los extraños no se puede hacer manda ni donación de bienes raíces, habiendo descendientes ó ascendientes legítimos, ó parientes transversales dentro del cuarto grado, procedentes del mismo tronco; pero de lo mueble se puede disponer libremente, con tal que la donación ó manda no exceda del quinto de los bienes cuando hubiere ascendientes ó descendientes. No obstante, en favor del alma se puede disponer hasta del quinto de los bienes raíces, aunque existan los tales herederos legítimos ó parientes. (Ley 18, tit. XX del Fuero.)

El Tribunal Supremo ha considerado y supuesto que esta ley prohíbe las donaciones y mandas de bienes raíces en favor de extraños, existiendo parientes del cuarto grado, siempre que aquéllas excedan de la quinta parte. La ley, sin embargo, no está explícita en cuanto á esta limitación; pero juzgamos que el Tribunal Supremo la ha interpretado acertadamente. (Sentencia de 17 de Febrero de 1868.)

El mismo Tribunal Supremo, exponiendo lo establecido por la ley 14, título XX del Fuero, respecto al derecho que concede al que no tiene descendientes legítimos (la ley añade los ascendientes) para disponer á su arbitrio de los bienes muebles y semovientes que le pertenezcan, y á la obligación que le impone de reservar los raíces para los *profincos tronqueros*, entendiéndose por tales, según la 8.^a, tit. XXI, los parientes cercanos de la línea de donde los bienes proceden, considera, de conformidad con lo dispuesto en la ley 16 del tit. XX, á la cosa raíz comprada, con el mismo carácter de troncalidad que si proviniera de patrimonio ó de abolengo. (Sentencia de 25 de Abril de 1868.)

Y por último, la ley 10, tit. XXI del Fuero determina que ninguno, aunque falleciere sin dejar ascendientes ni descendientes, pueda mandar por su alma más que la quinta parte de los bienes raíces, no habiendo muebles, pues si los hubiere é importaren la quinta parte de los raíces, no podrá hacerse manda de éstos, no siendo á los herederos, parientes y tronqueros del testador.

1.º Las corporaciones ilícitas, esto es, las establecidas sin la aprobación de la autoridad pública (1), porque les falta el carácter de personas jurídicas.

2.º La tienen también de ser herederos en bienes raíces é inmuebles, los monasterios y conventos (2). A la Iglesia no comprende actualmente esta prohibición, por habersele concedido la facultad de adquirir, retener y usufructuar toda especie de bienes y valores (3).

(1) El Fuero Real (ley 11, tit. V, lib. III) y las Partidas (ley 4.ª, título III, Partida VI, y 4.ª, tit. XXVI, Part. VII) determinaban que no pudieran ser instituidos herederos: 1.º, los deportados y los condenados á trabajos públicos perpétuos; 2.º, los que abandonaban la religión del Estado y los herejes declarados por sentencia; 3.º, los traidores y alevosos, declarados también por sentencia. Hasta hace algunos años, todavía se consideraba vigente por el Tribunal Supremo de Justicia la prohibición de testar y de ser instituidos los herejes declarados tales por sentencia del juez eclesiástico. (Sentencia de 2 de Marzo de 1865.) Mas al promulgarse la Constitución de 1869, cesó de hecho y de derecho esta incapacidad, que es también incompatible con la tolerancia establecida en la ley fundamental de 1876.

(2) Artículo 15 de la ley de 11 de Octubre de 1820. En el concordato celebrado con la Santa Sede en 16 de Marzo de 1851, y en el Convenio de 25 de Agosto de 1859, no hay ningún artículo que autorice á los monasterios y conventos, no sólo para retener, sino tampoco para adquirir bienes raíces. Y aunque en la ley de 1.º de Mayo de 1855 se establece que los bienes que se donen y leguen á las manos muertas, y que éstas pueden aceptar con arreglo á las leyes, sean puestos en venta y su producto invertido según su procedencia y en la forma prescrita, esta disposición no es aplicable, en nuestro concepto, á los monasterios y conventos, que no se hallan comprendidos entre las manos muertas enumeradas en el art. 1.º de aquella ley, á los cuales, por otra parte, se les prohibió adquirir por el artículo 15 de la de Octubre de 1820. No puede decirse lo mismo del decreto de 25 de Julio de 1868, pues por él se les reconoció el derecho de adquirir y poseer según las leyes canónicas y convenios celebrados con la Santa Sede. Mas este punto no es ya cuestionable desde la publicación del decreto del Gobierno provisional en 15 de Octubre de 1868, de que hemos hecho mención en una nota del párrafo II, sección I de este mismo título.

(3) Artículo 41 del Concordato de 16 de Marzo de 1851, y art. 3.º del Convenio celebrado con la Santa Sede en 25 de Agosto de 1859. En los artículos siguientes de este mismo Convenio, se establece el modo de per-

3.º Los religiosos profesos (1).

39. Las prohibiciones relativas son las siguientes, y en ellas se hallan comprendidos:

1.º Los hijos de dañado y punible ayuntamiento de parte de

mutar los bienes de la Iglesia por inscripciones intrasferibles de la deuda del Estado.

(1) El voto solemne de pobreza en que renuncian al mundo y á todos los derechos temporales, les hace incapaces de propiedad. La ley 10, título V, lib. III del Fuero Real establece terminantemente la prohibición de instituirlos. La 17, tit. XX, lib. X de la Novísima Recopilación, sólo prohíbe que los religiosos sucedan *abintestato* á sus parientes; pero pareciendo que el espíritu de la ley iba más allá que sus palabras, se le dió por algunos una interpretación extensiva, que no ha sido aceptada por el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de Noviembre de 1871. Respecto á los regulares secularizados de ambos sexos, se declaró por el decreto de 29 de Junio de 1822, restablecido en 27 de Enero de 1837, que quedaban habilitados para adquirir bienes de cualquiera clase, tanto por título de legítima, como por cualquiera otro de sucesión, bien sea *ex-testamento* ó *abintestato*, entendiéndose esta capacidad desde la fecha de la secularización, á pesar de cualesquiera renunciaciones que hubiesen hecho los interesados en favor de sus propias comunidades ó de sus familias cuando entraron en religión; pero sin que esta disposición tuviera efecto retroactivo, ni se extendiera, por consiguiente, á las herencias y legítimas adquiridas por otros parientes ántes de la citada época. (Decretos citados, y sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Abril de 1874.) Por el art. 38 de la ley de 29 de Julio de 1837, se concedió también la capacidad para adquirir entre vivos y *ex-testamento* ó *abintestato*, á los exclaustros de sus conventos, y aún á las monjas que continuaran en los que quedaban abiertos desde el 8 de Marzo de 1836. Estas disposiciones, que la Real orden de 19 de Setiembre de 1867, en desacuerdo con una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 4 de Octubre de 1860, consideró derogadas por el Concordato celebrado con la Santa Sede, y publicado como ley del Estado en 17 de Octubre de 1851, fueron restablecidas por el de 15 de Octubre de 1868, como ya dejamos dicho en la nota 1.ª de la pág. 26, que puede volverse á ver como complemento de ésta. Además, debemos hacer especial mención de la Real orden de 24 de Febrero de 1876, en cuyo art. 3.º se determina que «para calificar la capacidad jurídica de las religiosas profesas respecto de la adquisición y enajenación de bienes inmuebles y derechos reales, los registradores tendrán presente la legislación vigente en la época del otorgamiento de los documentos en que las mismas resulten interesadas.»

Á los escolapios alcanzó también el beneficio consignado en el art. 38

la madre, esto es, de aquel por el que incurria la madre en la pena de muerte natural, no pueden ser instituidos por ésta, si bien podrá dejarles el quinto (1).

2.º Los hijos nacidos de personas ligadas con voto solemne de castidad, pues nada pueden recibir de parte de sus padres ni de sus parientes (2).

de la citada ley de 29 de Julio de 1837, y gozan, por consiguiente, de la testamentifacion, de la capacidad para adquirir entre vivos ó *ex-testamento* ó *abintestato*, y de los demás derechos civiles que corresponden á los eclesiásticos seculares. (Sentencia de 31 de Diciembre de 1878.)

(1) Ley 5.ª, tit. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion. Los intérpretes no decidían de un modo uniforme en qué casos incurria la madre en la pena de muerte natural. Gregorio Lopez, al glosar la ley 11, tit. XIII, Partida VI, por la cual se imponía á la adúltera la pena de azotes y de reclusion, deja sin resolver esta duda. Otros, sin embargo, en cuyo número se cuentan Antonio Gomez, y Llamas y Molina, sostenían que como por el adulterio incurria la mujer en la pena de muerte, según la ley 82 de Toro, debía el hijo adulterino ser excluido de la herencia. Respecto á la incestuosa era más favorable la resolucíon, pues casi todos convenían en que no tenía señalada aquella pena. Mas en la actualidad, las disposiciones del Código han cambiado notablemente el derecho antiguo sobre este particular, y en ningun caso se impone á la mujer la pena capital por esta clase de delitos. ¿Podrá decirse, en su consecuencia, que los hijos adulterinos tienen ya el derecho de heredar á sus madres? Nosotros no lo creemos así, pues juzgamos que aunque se haya mitigado la antigua pena, existe todavía la causa que tuvo la ley para excluir de la sucesion á los hijos de ciertas uniones sumamente ilegítimas é inmorales; siendo, por otra parte, indudable, que la declaracion de la capacidad ó incapacidad para suceder es de la competencia exclusiva del derecho civil.

Aragon.—El hijo de dañado y punible ayuntamiento nada puede recibir del padre en virtud de disposicion testamentaria. (Obs. 27, *De gener. privo.*, lib. VI; y Obs. 1 y 2, *De natis ex damnato coitu.*) Molino: *verb. bastardus*, y Portoles.

Vizcaya.—Los hijos que el casado haya habido de alguna mujer, ó la casada de algun hombre en vida del marido legítímo, ó el marido en vida de la mujer legítíma, ú otros incapaces, engendrados en dañado ayuntamiento, no pueden suceder ni heredar en vida ni en muerte en bienes algunos del padre, salvo si fueren legitimados por el Rey. (Ley 14, tit. XX del Fuero.)

(2) Ley 4.ª, tit. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion.

Vizcaya.—No pueden suceder á la madre los hijos que haya habido de

3.º Tampoco es válida la institucion hecha en la enfermedad de que uno muere, al confesor del testador, su iglesia, religion, convento y parientes (1); disposicion motivada por los abusos con que la experiencia acreditó que se captaban las últimas voluntades.

4.º Los hijos incestuosos y adulterinos, pues tampoco pueden heredar ninguna cosa de los bienes del padre (2). Pero los hijos incestuosos que se hicieron legítimos por el subsiguiente matrimonio de los padres, celebrado en virtud de dispensa pontificia, no se hallan comprendidos en esta prohibicion, y por consiguiente, no tan sólo pueden ser instituidos por el padre, sino que disfrutan de los mismos derechos que los que nacieron legítimos, según está declarado por disposiciones legales (3).

40. Habiendo examinado ya quiénes pueden ser instituidos herederos y quiénes no, veamos de qué manera se debe hacer la institucion.

41. La institucion de heredero ha de hacerse en testamento y no en codicilo; pero como despues de la ley de Toro los codicilos abiertos no se diferencian de los testamentos de igual clase, creemos que en ellos se podrá hacer tambien la institucion y poner condiciones á la hecha en un testamento, aunque nada de esto podrá hacerse en codicilo cerrado, como ya hemos dicho en otro lugar (4). Mas ni esta limitacion habrá en el caso en que la

clérigo ó fraile, ó de union por la que incurria en pena de muerte; pero tanto ella como el padre pueden dejar á los hijos por vía de alimentos, hasta el quinto de todos sus bienes muebles y raíces. A los hijos espúrios de cualquier otra especie, les puede dejar todos sus bienes muebles. (Ley 11, tit. XX del Fuero.)

(1) Cédula de 30 de Mayo de 1830.

(2) Ley 10, tit. XIII, Part. VI. Sin duda por descuido del copiante ó por errata de imprenta se ha impreso Part. 3.ª en lugar de Part. VI. al citar esta ley en la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de Junio de 1876.

(3) Reales cédulas de 6 de Julio de 1803, y de 11 de Enero de 1837.

(4) Leyes 7.ª y 8.ª, tit. III, Part. VI.

Cataluña.—Del modo de hacer en Cataluña la institucion de heredero por medio de contrato celebrado con ocasion del matrimonio, vamos á dar noticia á continuacion, extractando, y en mucha parte copiando literalmente varios párrafos de un comentario escrito por el Sr. Permanyer, distinguido catedrático que fué de las Universidades de Barcelona y Central.

institucion se haga por vía de fideicomiso, rogando el testador ó

é inserto en la pág. 275, tomo I de la LEY HIPOTECARIA, comentada por el ilustre jurisconsulto D. Pedro Gomez de la Serna.

La palabra *heredamiento* tiene todavía en Cataluña la acepcion de herencia, y se designa tambien con la palabra *heredante* al que instituye, con la de *heredado* al instituido, y con la de *heredar* al acto de instituir. Hay dos clases de heredamientos: unos que tienen carácter y efecto de donaciones entre vivos, y otros de índole diversa y de diferentes clases.

Los primeros, es decir, *los heredamientos y donaciones universales* á que ha dado origen la costumbre de establecerse y fijarse en las familias la ley de sucesion á los bienes del padre en vida de éste, por medio de contrato y con ocasion del matrimonio de los hijos ó de aquel de los mismos que está destinado á ser su heredero universal, se distinguen por su carácter y efecto, segun los términos en que hayan sido otorgados. «El padre, por contemplacion del matrimonio del hijo primogénito ó de aquel á quien quiere *heredar*, le hace unas veces donacion universal de todos sus bienes, y otras de una parte de ellos. En el primer caso, el padre donante, no sólo por costumbre, sino por necesidad legal, pues de otra manera dejaria de ser válida la donacion comprensiva de todos los bienes, la limita con algunas reservas á su favor, y éstas suelen ser, no sólo para testar libremente, ó como suele decirse, *á libres voluntades*, y la de dotar á los demás hijos y colocarlos competentemente sin que á ello pueda oponerse el donatario, sino tambien la del pleno usufructo y libre administracion de los bienes donados durante su vida, sin necesidad de prestar fianza ni rendir cuentas, y muchas veces hasta con la facultad de enajenar independientemente del hijo donatario en caso de necesidad ó de urgencia.»

Estas donaciones se otorgan con el carácter y efectos de las llamadas *entre vivos*, y de aquí se infiere que se realiza la inmediata transferencia de la propiedad, aun dado caso que al otorgarse la donacion con reserva del usufructo, se haya estipulado como generalmente se acostumbra, que *la hace el padre para despues de su muerte y no ántes*. «Por consecuencia de esto, no se da valor alguno á las obligaciones que el padre contrae sobre los bienes donados con posterioridad á la donacion, cuando tienen el carácter de gravámenes reales, y mucho menos á las enajenaciones que haya otorgado del todo ó parte de dichos bienes, como no sea en virtud de las reservas que hubiere estipulado. Tambien es consecuencia de lo dicho que el hijo donatario, una vez adquirida la propiedad de los bienes donados, no la pierde aunque muera ántes que el padre donante, sino que la transmite legalmente á sus herederos, no sólo cuando éstos son sus hijos y descendientes, sino tambien siendo extraños, si la donacion no se ha limitado con el pacto de reversión para el caso de morir el donatario sin hijos, bien que esto último sucederá muy rara vez, por ser dicho pacto de uso muy

mandando á los que por cualquier concepto hayan de ser sus he-

»frecuente y casi universal en Cataluña.» Al padre, durante su supervivencia, sólo le quedan los derechos de administracion y usufructo, en el caso de habérselos reservado, como casi siempre sucede.

Estas donaciones se pueden hacer, no solamente por el padre, sino tambien por los parientes y aun los extraños. No están sujetas al requisito de la insinuacion, ni pueden ser revocadas aun cuando preste su consentimiento el donatario, pues semejantes revocaciones están expresamente prohibidas por ley municipal.

A veces no se otorga verdadera donacion en favor del que contrae matrimonio, sino una promesa de *heredarle* ó instituirle heredero universal. Y es tambien costumbre general otorgar estas promesas, no á favor del que se casa, sino de los hijos nacidos ó que hayan de nacer del matrimonio; promesa que, por lo comun, hacen los mismos contrayentes del matrimonio para dejar de esta suerte establecida la ley de sucesion en la familia. Estas promesas, que son los *heredamientos* en su acepcion más genérica, tienen el carácter de contratos, y son obligatorias é irrevocables: como contratos, necesitan la aceptacion del instituido, pero se considera suficiente, que *el notario que autoriza la escritura acepte el heredamiento en nombre de los hijos que puedan nacer*. No comprende este heredamiento los bienes futuros, á no expresarlo el donante, y aun así, seria preciso que hiciera alguna reserva á su favor; pero ni en este caso quedaria privado del derecho de enajenar cualquiera finca adquirida despues de la donacion. Si el heredante sobrevive al heredado, el heredamiento queda sin efecto: no siendo así, tiene prohibicion de disponer de sus bienes.

Hay además en Cataluña otros heredamientos que se llaman los unos *prelativos* y los otros *preventivos*. «Los primeros se reducen á la promesa recíprocamente otorgada por los que contraen matrimonio, de nombrar por herederos á los hijos que nacieren del mismo ó á alguno de ellos, con preferencia á los que hubiere de otro matrimonio posterior, aquel de los contrayentes que sobreviva y contraiga segundas nupcias.» Esta obligacion siempre resulta condicional en sus efectos, y dependiente de la eventualidad de que nazcan hijos de primer matrimonio y de que lleguen éstos á concurrir á la muerte del padre ó de la madre *heredante* con otros hijos habidos de matrimonio posterior.» Y aun en este caso, la prohibicion del heredante se limita á disponer de los bienes inmuebles por causa de muerte, pero no le cohibe la facultad de enajenarlos en vida.

«El *heredamiento preventivo* se reduce pura y simplemente á la designacion hecha en contrato matrimonial de aquel de los hijos futuros que los contrayentes quieren que sea su heredero universal en el caso de morir sin haberlo instituido, y para el sólo efecto de impedir que se defiera su herencia abintestato. Esto no impide que en testamento ó de cualquier otro

rederos, que despues de su muerte den ó entreguen todos sus bienes á aquel que fuese nombrado en el codicilo (1).

42. La persona del heredero debe ser señalada de un modo cierto y por el mismo testador, y no dejada su designacion al arbitrio de otro (2). El simple error en el nombre no daña la institucion, pero sí el que consiste en la persona del heredero, en cuyo

modo dispongan los heredantes de sus bienes durante su vida ó para despues de su muerte.»

Tambien el Tribunal Supremo tiene declarado respecto de esta materia: 1.º Que la institucion de heredero, hecha en las capitulaciones matrimoniales para el caso de morir los cónyuges intestados, es válida y no se opone á la libre voluntad de testar, por poder variar la institucion si lo creyeren conveniente. (Sentencia de 30 de Junio de 1859.) 2.º Que la donacion y heredamiento universal hecho en capitulaciones matrimoniales, aún con las reservas que la ley exige para su validez, no tiene exclusivamente el carácter de donacion *inter vivos*, sino tambien el de *institucion testamentaria*, por la universalidad de los bienes del donante á que se refiere, y por producir sus efectos despues de la muerte del mismo. «Además, cualquiera que sea el valor y eficacia de tales heredamientos y donaciones universales, deben respetarse y cumplirse con igual exactitud las condiciones y reservas que en ellos establezcan los donantes. (Sentencias de 10 de Enero y 30 de Junio de 1873.) 3.º Que los heredamientos absolutos equivalen á las donaciones *inter vivos* y son irrevocables, por lo cual, ni pueden revocarse ni imponerse en ellos ninguna condicion ni gravamen restitutorio posterior. (Sentencia de 26 de Octubre de 1876.) 4.º Que son heredamientos condicionales, no sólo aquellos en que se pone expresamente una condicion, sino tambien aquellos que expresa ó tácitamente se refieren á otro matrimonio, y que se dirigen á que los hijos del primero sean preferidos á los del segundo. (La misma sentencia citada de 26 de Octubre.) 5.º Que á esta clase, con el carácter de *prelativo*, pertenece el que se establece en capitulaciones matrimoniales, cuando se estipula que en el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges dejando hijos del matrimonio, si el sobreviviente pasase á contraer otro, del cual tuviese tambien hijos, en tal caso hijos por hijos é hijas por hijas sean preferidos en orden á la sucesion de los bienes del sobreviviente los hijos é hijas del primer matrimonio. (La misma sentencia de 26 de Octubre de 1876.)

(1) Leyes 7.ª, tit. III, y 2.ª, tit. XII, Part. VI.

(2) Leyes 6.ª y 11. Esta ley 11 no es aplicable, segun un considerando del Supremo Tribunal, cuando tres otorgantes de un testamento se instituyen reciprocamente únicos y universales herederos, y disponen que en determinado caso pueda el sobreviviente distribuir la herencia por

caso no tendrá valor el nombramiento (1). Tampoco valdrá la institucion en que se califique al instituido con un delito determinado; pero si generalmente se dijere mal de él, esto no dañaria al nombramiento (2). Pueden ser instituidos uno ó muchos, y cada uno de ellos por iguales ó desiguales partes. Instituidos los pobres de una poblacion, se distribuirán los bienes especialmente entre los que se hallaren en los hospitales; si no se hubiere señalado lugar, entre los del pueblo en que el testador otorgó su testamento (3). Si hubieren sido instituidos todos los parientes, se considerarán como tales los reconocidos por la ley de 16 de Mayo de 1835, que más adelante mencionamos (4).

43. La institucion puede hacerse puramente y bajo condicion, y tambien desde y hasta cierto dia, porque con arreglo á una ley recopilada (5), que corrige en esta parte las de Partida (6) y del derecho romano, puede uno morir en parte testado y en parte intestado. Verificada la institucion sólo por la vida del heredero, con la cláusula de que pueda éste enajenar los bienes que se le dejan en caso de necesidad, podrá hacerlo válida y legal-

las almas de los mismos, ó entre las personas que mejor le acomodare. (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 Abril de 1869.) Tambien se halla declarado que, con arreglo á lo virtualmente dispuesto en la ley 13, tit. III, Partida VI y en otras del mismo código, y á la doctrina legal constantemente seguida en todo el reino, es válida la institucion aunque en ella no aparezca el nombre del instituido, siempre que el testador haya manifestado su intencion, de manera que sea imposible dudar acerca de la persona á quien se refieran sus palabras. (Sentencia de 18 de Junio de 1857.)

Ya hemos dicho que en *Aragon*, segun la opinion de algunos juriscultos, se puede encargar á otro la institucion de heredero.

En *Cataluña* los maridos dejan á veces á eleccion de sus mujeres el nombramiento de heredero. (Vives y Cebriá.)

(1) Ley 12, tit. III, Part. VI.

(2) Ley 10, tit. III, Part. VI.

(3) Ley 20, tit. III, Part. VI. Gregorio Lopez dice que esto se entiende si el testador tenia en este pueblo su domicilio.

(4) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 22 de Junio de 1854.

(5) Ley 1.ª, tit. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(6) Ley 15, tit. III, Part. VI.

mente, sin otras formalidades y condiciones que las impuestas por el mismo testador (1).

44. *Condición es una circunstancia que suspende el cumplimiento de alguna cosa hasta cierto evento*: de aquí se infiere, que la que hace relación á tiempo pasado ó presente no es verdadera condición (2). Su efecto es que valga la institución ó promesa, cumplida que ella sea, retrotrayéndola al principio. Las *condiciones* se dividen en *posibles é imposibles*. En realidad es inexacta esta nomenclatura, pues las imposibles no merecen el nombre de condiciones; pero la ley de Partida la acepta, y es necesario tenerla presente porque es de frecuente aplicación. Las imposibles lo son, *por la naturaleza, de hecho, por el derecho y por su duda y oscuridad*. Las *imposibles por la naturaleza* son las en que por ésta hay un impedimento invencible para su cumplimiento: *las imposibles de hecho*, aquellas que no teniendo un impedimento natural para su existencia no pueden, sin embargo, suceder. Realmente son difíciles de distinguir las condiciones imposibles por naturaleza de las que lo son de hecho (3), y nosotros omitiríamos esta división si no produjera efectos diferentes en el derecho. Las *imposibles por derecho* son las que prefijan una circunstancia contraria á las leyes ó á las buenas costumbres; y se las llama y declara imposibles, por el principio altamente moral de reputar como imposible todo lo que se opone á la honestidad y á las prescripciones del derecho. Las *dudosas* son aquellas que por la oscuridad de su redacción no aparecen con claridad (4). Las imposibles por naturaleza y por derecho se tienen por no puestas

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia: de 21 de Mayo de 1859.

(2) Ley 2.^a, tit. IV, Part. VI.

(3) Leyes 3.^a y 4.^a del mismo título y Partida. Imposible por la naturaleza, según la ley de Partida, sería la condición que pusiera el testador al heredero de que había de tocar con la mano al cielo; imposible de hecho, si instituyera á una persona con la de que había de dar á la iglesia un monte de oro. Gregorio Lopez, interpretando la ley 4.^a, dice que habla de un monte artificial, y que si el testador hablara de uno natural, entonces la condición sería imposible por naturaleza. Semejante distinción, tomada de más antiguos textos que las leyes de Partida, no nos satisface, así como tampoco las consecuencias que de ella se han sacado.

(4) Ley 1.^a, tit. IV, Part. VI.

y no vician la institución; lo contrario sucede en las perplejas ó dudosas, como también en las imposibles de hecho (1).

45. Las posibles se dividen en *potestativas, casuales y mixtas*. Las *potestativas* son las que dependen en todo de la voluntad de aquel á quien se imponen; las *casuales*, de la suerte; las *mixtas*, de ambas cosas (2). No se puede imponer condición en la legítima á los herederos forzosos, y sólo la potestativa por lo demás que se les dejare (3). A los extraños se imponen todas las posibles, y tendrán obligación de cumplirlas con la siguiente diferencia. Las potestativas no cumplidas destruirán la institución, á no ser que la falta de cumplimiento haya dependido de la casualidad, ó que sea por culpa de otro y no del insti-

(1) Leyes 3.^a, 4.^a y 5.^a, tit. IV, Part. VI.

(2) Leyes 1.^a y 7.^a del mismo título y Partida.

(3) Ley 11 del mismo título y Partida. Esta ley permite al padre ó á la madre poner una condición potestativa, respecto á los bienes que dejan al hijo además de la legítima; pero ninguna de las casuales ó mixtas, estableciendo que, si las pusiere, *no empescen al hijo heredero máguier non se cumplan*. El Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de Mayo de 1875, considera derogada esta última parte de la ley, por la 10, tit. VI, lib. X de la Novísima Recopilación (26 de Toro), la cual se limita á declarar que la donación hecha al hijo se ha de entender mejorada en lo que cupiere del tercio, quinto y legítima; y por la 11 del mismo título y libro (27 de Toro), que autoriza á los padres á poner los gravámenes que quisieren en las mejoras á sus hijos, aunque con ciertas limitaciones. Advertimos, sin embargo, que esta decisión no se halla en perfecto acuerdo con las doctrinas de los juriscónsultos, pues tanto Gregorio Lopez en sus glosas, como varios escritores modernos, hacen mención de esta parte de la ley como subsistente y no derogada.

El mismo Supremo Tribunal tiene también declarado que es doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales, que los testadores puedan imponer á los herederos legítimos todas las condiciones que la ley 3.^a, título IV, Part. VI no prohíbe, aunque se les grave con la pérdida de lo que graciosamente se les deje, si no las cumplen. (Sentencia de Marzo de 1866.) Esta decisión no se opone á la prohibición de la ley de Partida de imponer condición en la legítima á los herederos forzosos, puesto que la falta de cumplimiento de las que en aquella se autorizan, sólo lleva consigo la pérdida de la porción de que el testador puede disponer libremente, y de ningún modo de parte alguna de la legítima.

tuido (1). Las casuales han de cumplirse necesariamente (2). Las mixtas, si no se cumplieren por culpa del tercero de quien en parte dependen, y no por un accidente fortuito, se tendrán también por cumplidas (3). Así, pues, si uno fuere instituido heredero con la condición de casarse con determinada persona, y ésta muriese, ó él no quisiere efectuar el matrimonio, no recibirá la herencia; mas si ella se opusiere, no le servirá de obstáculo al instituido para ser declarado heredero, la falta del cumplimiento de la condición (4).

46. Hay además otra división de condiciones en *afirmativas* y *negativas*, que consisten, las unas en hacer, y las otras en no hacer cosa alguna. Como el cumplimiento de las negativas de parte de aquel á quien se imponen no puede tener efecto hasta después de su muerte, la institución resultaría siempre ineficaz. Para evitarlo, determina la ley que en este caso no se suspenda la adquisición de la herencia, si bien el heredero ha de dar la caución que los romanos llamaban *muciana*, que consiste en afianzar que si no cumple la voluntad del testador, se devolverá la herencia á sus legítimos sucesores (5).

(1) Ley 14, tit. IV, y ley 22, tit. IX, Part. VI.

(2) Ley 14, tit. IV, Part. VI.

(3) Leyes 14, tit. IV, y 22, tit. IX, Part. VI.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de Enero de 1866, considera que «la condición exigida por un testador de haber de casarse su heredero con persona de familia determinada, debe reputarse por no puesta, según la doctrina de jurisprudencia consignada por el mismo Tribunal, por ser contraria en general á las buenas costumbres y á la libertad y santos fines del matrimonio.» De aquí se deduce, como necesaria consecuencia, que habrá más motivo para declarar como no puesta la condición, cuando el testador señaló persona determinada, pues en este caso es mayor la restricción de la libertad del heredero. Pero nosotros, teniendo en cuenta que el ejemplo de que nos valemos en el texto se halla enteramente ajustado al que ponen las leyes 14, tit. IV, y 22, tit. IX, de la Part. VI, no podemos seguir la opinión de tan respetable tribunal, asentando una doctrina que consideramos poco conforme con lo expuesto por leyes claras y terminantes.

(4) Es doctrina admitida por el Tribunal Supremo, que el heredero voluntario está obligado á cumplir con todo lo ordenado por el testador en el testamento. (Sentencia de 28 de Setiembre de 1872.)

(5) Ley 7.^a, tit. IV, Part. VI. La condición negativa de no casarse, im-

47. Algunas veces se ponen varias condiciones *copulativa* ó *disyuntivamente*; en el primer caso, todas deberán ser cumplidas; en el segundo, basta el cumplimiento de una sola (1).

48. Finalmente, las condiciones pueden ser *expresas* ó *tácitas*. *Expresas*, las que el testador marca y determina explícitamente; *tácitas* son aquellas que se sobreentienden, aunque no sean puestas señaladamente (2).

§ II.

Sustituciones.

49. Cuando la institución de heredero constituía una circunstancia tan esencial, que sin ella era nulo el testamento, debía reportar grandes ventajas la sustitución. El morir intestado era altamente ignominioso, y para evitarlo, se valían los romanos de todos los medios posibles, entre los cuales se contaba éste. Las leyes de Partida adoptaron también las sustituciones, y aunque desde la publicación del Ordenamiento de Alcalá haya cesado entre nosotros la principal causa que las introdujo, no por eso dejan de ser una institución vigente, útil y favorable á las últimas voluntades.

50. Sustitución es *el nombramiento de un segundo heredero en lugar del primero*. La ley señala seis clases: vulgar, pupilar,

puesta á un soltero, especialmente si es mujer, se considera nula por algunos escritores, fundados en la doctrina de las leyes romanas, y aún en principios de moralidad y de decoro. Impuesta á un viudo se le da fuerza, así como también cuando la prohibición de casarse no es general, sino limitada á determinadas personas. Esta es la opinión de Gomez, Covarrubias, Gutierrez, Sala y algunos otros jurisconsultos. La condición de no casarse con determinada persona debe cumplirse, por no ser contraria á las buenas costumbres, puesto que la prohibición se limita á un sólo individuo señalado; así se halla establecido respecto á los legados, y lo consideramos extensivo á la herencia, por el Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de Diciembre de 1873.

(1) Ley 13 del mismo título y Partida.

(2) Ley 10, tit. IV, Part. VI.

compendiosa, brevilocua y fideicomisaria (1). En todo rigor, no hay más que una especie, la vulgar, aunque en verdad es muy clara y conveniente la division, cuyo segundo miembro comprende la pupilar.

51. *Sustitucion vulgar.*—Sustitucion vulgar es la que hace cualquier testador al instituido por heredero, para el caso en que éste no llegare á serlo (2). Se hace expresa y tácitamente. Expresamente, cuando se instituye á uno, y explícitamente se dice que si no fuere heredero lo sea otro que tambien se nombra: en este caso adquiriria el segundo la herencia, si el primero muriese antes de adirla ó si durante su vida no quisiere recibirla ó la renunciase; pues la fórmula general de la sustitucion vulgar comprende los casos particulares de noluntad y de impotencia del primer instituido. Se hace tácitamente, siempre que el testador nombra á dos por sus herederos, diciendo que lo sea aquel que quede vivo, pues en semejante caso, si ambos viviesen, ambos obtendrán la herencia; pero si uno de los dos muriese, la adquirirá el que sobreviva. Se dice y entiende hecha tácitamente esta sustitucion, porque aún viviendo los dos, si uno de ellos no quisiere ser heredero, el otro entrará en su lugar y recibirá la herencia por entero (3). Si fueren instituidos varios herederos, señalando á cada uno la parte que ha de percibir, y sustituyéndolos vulgarmente entre sí sin expresar partes en la sustitucion, si uno dejare de serlo, le sucederán los demás en la misma proporcion en que fueron instituidos, porque se presume que la voluntad del testador fué igualarlos ó desigualarlos en la sustitucion, del mismo modo que en la institucion (4).

(1) Ley 1.^a, tít. V, Part. VI.

Aragon.—Las únicas sustituciones que están en práctica, son: la vulgar, la fideicomisaria y la compendiosa, segun afirman Lissa, Franco, y Guillén.

(2) Por ejemplo, segun dice la citada ley 1.^a: *Establezco á fulan por mio heredero, é si él non quisiere, ó non lo puiere ser, séalo fulan en lugar del.* La 2.^a varia la fórmula, poniéndola en estos términos: *Establezco á fulan por mio heredero, é si él non lo fuere, fago mio heredero á fulan.*

(3) Ley 2.^a citada.

(4) Ley 3.^a del mismo título y Partida. Es lícito hacer una serie de sustituciones vulgares, llamando sucesivamente á varios herederos en falta de los primeramente nombrados, con tal que esta disposicion no contenga

52. Cesa la sustitucion vulgar cuando el heredero admitió la herencia, ó manifestó su conformidad y consentimiento acerca de su admision (1).

53. *Sustitucion pupilar.*—Sustitucion pupilar es la que hace el padre al hijo que tiene en su poder, para el caso en que sea heredero y muera antes de llegar á la pubertad (2). Instituida ori-

ninguna prohibicion de enajenar, ni por consiguiente ninguna vinculacion. (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 29 de Noviembre de 1859.) Cuando es llamado ó instituido heredero en último lugar aquel á quien por derecho tocarse y correspondiese, se ha de entender por tal el pariente ó parientes más próximos del testador que existiesen al tiempo de abrirse la herencia. (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Enero de 1863.)

«La sustitucion hecha en favor de una persona para cuando otra muera sin hijos es condicional, y el sustituto que muere pendiente la condicion no adquiere derecho alguno, y por lo tanto, no puede transmitirlo á sus sucesores.» (Sentencia de 18 de Abril de 1872.)

Tambien, segun la jurisprudencia admitida por los tribunales, la disposicion testamentaria por la que es llamado un tercero al todo ó parte de lo que reste de una herencia al morir el heredero, contiene una especie de sustitucion condicional en favor del llamado, á la cual son aplicables las reglas y prescripciones legales que rigen respecto á esta clase de instituciones..... Y por consiguiente, el sustituto que premuere, pendiente dicha condicion, no adquiere ni puede transmitir derecho alguno por testamento ni abintestato. (Sentencia de 10 de Julio de 1878.) Igualmente está declarado que, segun la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es necesario que en las instituciones condicionales tenga el sustituto capacidad para aceptar la herencia al tiempo de cumplirse la condicion impuesta por el testador, sin lo cual no adquiere ni puede adquirir derecho alguno. (Sentencia de 23 de Octubre de 1876.)

(1) Ley 4.^a del mismo título y Partida, y jurisprudencia establecida de conformidad con esta ley por el Tribunal Supremo. (Sentencia de 29 de Noviembre de 1878.) Y es evidente que cesará tambien, siempre que el sustituto muriese antes que el heredero instituido, á no haber dispuesto otra cosa el testador; doctrina confirmada además por sentencias del Tribunal Supremo de 14 y 26 de Octubre de 1867.

(2) Por las leyes de Partida (ley 5.^a, tít. V, Part. VI), no solamente correspondia al padre la facultad de sustituir pupilarmente, sino tambien á los demás ascendientes que conservaban el derecho de patria potestad en que se funda esta clase de sustitucion. Mas este derecho se limitó á los padres, desde que la ley de Toro declaró emancipados á los hijos casados y

ginariamente para libertar á los pupilos de las asechanzas de sus más inmediatos parientes, que llamados á la tutela y á la herencia podrian atentar á la vida del que al llegar á la pubertad tenia derecho de testar, más bien que sustitucion es una institucion de heredero, ó si se quiere, es el testamento del hijo, habiendo la ley permitido al padre que le hiciera en su nombre.

54. La sustitucion pupilar se hace tambien expresa ó tácitamente. Expresamente, cuando el testador señala por heredero á un hijo suyo, y para el caso en que lo sea y muera ántes de la pubertad nombra á otro, pues entónces si muere el primero, recibirá el segundo la herencia de testador. Tácitamente, cuando el testador instituye tambien á un hijo suyo, y para el caso de que no sea heredero designa en su lugar á otra persona; entónces tambien ésta adquirirá la herencia, aunque el primero hubiere sido heredero y muerto dentro de la edad pupilar (1). De este principio podemos deducir que la sustitucion pupilar tácita está contenida en la vulgar. No obstante, hay la siguiente excepcion de esta regla: cuando el testador nombra por herederos á dos hijos suyos, el uno mayor de catorce años y el otro menor, y los sustituye vulgarmente, pues entónces, aunque este último muera dentro de la edad pupilar, si hubiere ya admitido la herencia, no entrará á sustituirle el otro, porque en este caso no se conservaría entre ellos igualdad; pero sí le sucederá abintestato (2). De-

velados. En el día tambien podrá, en nuestro concepto, ejercitar este derecho la madre que tenga el de patria potestad.

(1) La citada ley 5.^a pone las fórmulas de ambas maneras de sustitucion. De la expresa, en estos términos: *Establezco por mio heredero á fulan mio fijo, é si fuere mio heredero é muriere ántes que sea de edad de catorce años, establezco á fulan que sea su heredero.*

De la tácita: *Establezco por mio heredero á fulan, mio fijo, que es menor de catorce años, é á fulan, é á fulan mis amigos: Mando que qualquier que sea mi heredero, sea heredero de mio fijo.*

En un recurso de casacion elevado contra una sentencia dictada por la Audiencia de Barcelona, se ha declarado que si la fórmula de la sustitucion hecha en un testamento respecto á los hijos varones es diversa de la que se emplea al instituir y sustituir á las hijas en defecto de varones, es prueba de que el testador ha querido que fuesen distintas las sustituciones. (Sentencia de 27 de Noviembre de 1872.)

(2) Ley 5.^a, tit. V, Part. VI.

bemos decir francamente que no nos parece bien esta disposicion, que en último resultado viene á producir el efecto de hacer de mejor condicion al extraño que al hermano.

55. El padre puede sustituir al hijo desheredado, pues por la desheredacion no se acaba la patria potestad (1).

56. Veamos ahora qué bienes y bajo qué condiciones ha de heredar el sustituto pupilar, llegado el caso de la sustitucion. Es indudable que sucederá en los bienes del huérfano, cualquiera que sea su procedencia (2), ya sean adquiridos por el pupilo mismo, ya procedentes de su padre, ya de otra persona, sin que pueda tomar los unos y dejar los otros (3); porque el heredero sucede en todos los beneficios y derechos como en todas las cargas y deudas.

57. El sustituto pupilar dado por el arrogador al arrogado heredará tan sólo los bienes que éste tuviere procedentes de aquél, ó que hubiese recibido por contemplacion suya. Pero los demás bienes que el arrogado hubiere adquirido por herencia de sus ascendientes, ó colaterales, ó por otro cualquiera título, pasarán á sus herederos legítimos y no al sustituto (4).

58. El sustituto pupilar no excluye de la herencia de su hijo á la madre, y sólo percibirá en todo caso la tercera parte de los bienes, porque de otro modo se destruiria la doctrina que acerca de la legítima de los ascendientes dejamos expuesta, y tendríamos que al padre que testa por el hijo, se le daba más latitud que la que á éste corresponderia si tuviera capacidad para testar (5). Lo que decimos de la madre, debe hacerse extensivo á los abuelos y demás ascendientes, por militar en ellos igual razon.

(1) Ley 6.^a, tit. V, Part. VI.

(2) Ley 7.^a, tit. V, Part. VI.

(3) Ley 8.^a, del mismo título y Partida.

(4) Ley 9.^a, del mismo título y Partida.

(5) Covarrubias, Lopez, y Gomez, fundándose en la ley 12, tit. V, Partida VI, sostienen la doctrina contraria á la que aquí expresamos; y Febrero dice que en la práctica, los tribunales superiores é inferiores deciden en favor del sustituto y contra la madre. No podemos creer que hoy haya un solo tribunal en España que no repunte derogada la ley de Partida por la 6.^a de Toro, ó sea la ley 1.^a, tit. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion, por la que se establece que los ascendientes sean herederos de los descendientes cuando éstos no tengan hijos ó descendientes legítimos, ó que hayan

59. La sustitucion pupilar se acaba:

1.º Llegando los hijos á la pubertad, porque cesa entónces la causa de su introduccion.

2.º Saliendo del poder paterno, porque de él es efecto la facultad de sustituir.

3.º Por la anulacion del testamento del padre, del que toma la sustitucion toda su fuerza (1).

4.º Por la muerte del hijo, acaecida ántes que la del padre; pues siendo la sustitucion una ficcion por la que se supone que el padre hace testamento por el hijo que le sobrevive, cesan en este caso los términos hábiles en que se funda, y además falta la razon que tuvo la ley para permitirla (2).

60. *Sustitucion ejemplar.*—La sustitucion ejemplar, llamada así por haber sido introducida á imitacion de la pupilar, es aquella que el padre, la madre, los abuelos y otros ascendientes hacen á los descendientes que hubieren perdido el juicio, para el caso en que

derecho de los heredar, pues las últimas palabras sólo pueden referirse á los descendientes legitimados, y áun á los naturales y espúrios con respecto á la madre, y no como pretende Gomez á los sustitutos, teniendo para apoyar interpretacion tan torcida, que violentar, no sólo el buen sentido sino hasta las reglas de gramática. Con Elizondo y Gutierrez desechamos semejante interpretacion, que parece imposible que haya sido seguida por nuestros antiguos jurisconsultos y prevalecido en la práctica despues de las leyes de Toro. Una sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de Diciembre de 1879, ha venido á confirmar esta opinion.

Cataluña.—Respecto á Cataluña se halla declarado, que si bien es cierto que segun la ley 8.ª, pár. V, *De inoffic. testam.*, el padre que testa por su hijo impúber tiene facultad de excluir á la madre, privándola de su porcion legitima, es indispensable para ello que ejercite clara y terminantemente este derecho de exclusion; doctrina que se halla corroborada por la constitucion única, tít. VI, lib. VI, vol. I. (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Noviembre 1872.)

(1) Ley 10, tít. V, Part. VI. La renuncia de la herencia hecha por el hijo es tambien uno de los casos en que cesa la sustitucion, segun la misma ley de Partida, pero en nuestro concepto esto no tiene ya lugar desde la Ley de Ordenamiento.

(2) Este caso no se halla comprendido expresamente en la ley, aunque de él se hace mencion en la glosa 17 de G. Lopez á la misma; y por las mismas razones expuestas en el texto, le hemos considerado como una de las causas por que se acaba la sustitucion pupilar.

mueran en este estado sin testamento legitimo (1). No siendo esta sustitucion consecuencia de la patria potestad, es claro que pueden hacerla los ascendientes respecto á los descendientes emancipados y á los que han contraído matrimonio. La madre que pasa á segundas nupcias no pierde esta facultad.

61. No pueden los ascendientes hacer la sustitucion, cuando los descendientes testaron válidamente ántes de su enfermedad, porque la locura sobreviniente no es causa que revoque el testamento.

62. El ascendiente, en la sustitucion ejemplar, debe llamar á la herencia de los descendientes por este orden:

1.º A los hijos y descendientes del que padece la enajenacion mental, por el orden con que tienen derecho á la legitima.

2.º A los ascendientes (2), por el orden mismo tambien con que son llamados á la legitima.

3.º A los hermanos.

4.º A los extraños (3).

63. Cuando el padre que tiene en su poder al hijo impúbero, y éste es loco ó mentecato, le sustituye pupilarmente, no se entiende comprendida la sustitucion ejemplar en la pupilar; y mucho ménos si estaba cuerdo el hijo al tiempo de testar el padre y enloqueció despues, porque no es de creer que pensara el testador en el accidente que aconteció con posterioridad.

64. Cesa la sustitucion ejemplar: 1.º Por recobrar el juicio el sustituido. 2.º Por nacerle un hijo. 3.º Por la revocacion del testamento. Si despues de recobrar el juicio el descendiente incede de nuevo en la locura, no habiendo hecho testamento mientras conservó la razon, la sustitucion subsistirá, segun la opinion de algunos comentadores (4).

65. *Sustituciones compendiosa y reciproca.*—La sustitucion compendiosa y la reciproca ó brevilocua son más bien modos de sustituir que instituciones diferentes. La primera es la que com-

(1) Leyes 1.ª y 11, tít. V, Part. VI.

(2) Aunque la ley de Partida no los designa, creemos admisible esta doctrina despues de lo establecido por la ley de Toro en materia de sucesiones.

(3) Ley 11, tít. V, Part. VI.

(4) Entre ellos Antonio Gomez.

prende los distintos casos de la sustitucion con una sola fórmula; y en la segunda, el testador sustituye entre sí á los mismos á quienes ha instituido (1).

66. *Sustitucion fideicomisaria.*—La sustitucion fideicomisaria, llamada tambien fideicomiso universal, tiene lugar cuando el testador instituye á una persona, encargándola que entregue á otra el todo ó parte de la herencia (2). Puede hacer esta sustitucion todo el que puede otorgar testamento. El que debe entregar el todo ó parte de la herencia se llama *heredero fiduciario*, y ha de tener capacidad de ser heredero; el que ha de recibirla se llama *heredero fideicomisario*, y tambien ha de tener la misma capacidad (3). El fiduciario solamente puede ser compelido á cumplir la voluntad del testador cuando haya admitido la herencia, pero no cuando se niega á adirla ó la repudia: en este caso pasa al fideicomisario (4). A los ascendientes y descendientes del fideicomitente no se les puede imponer este gravámen con perjuicio de sus legítimas (5).

67. No siempre se expresa la persona á quien debe hacerse la entrega, sino que la designacion suele ser confidencial, hallándose autorizado por la práctica y por la jurisprudencia que

(1) Leyes 12 y 13, tít. V, Part. VI. La ley 12 usa de la siguiente fórmula como ejemplo de la sustitucion compendiosa: *Fago mio heredero á fulano mio hijo, é quando quier que el muera, sea su heredero tal ome.*

La ley 13 presenta un ejemplo de la brevilocua para la sustitucion de dos hijos menores de catorce años, y emplea esta fórmula: *Fágo vos míos herederos á ambos á dos, é establécovos por substitutos el uno del otro de so uno:* fórmula en la cual, como dice la misma ley, van comprendidas cuatro sustituciones, dos vulgares y dos pupilares.

(2) Ley 14 del mismo título y Partida.

(3) Leyes 13 y 14, tít. VII, Part. VI.

(4) Ley 1.^a, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, que limita lo dispuesto por la ley de Partida. Gregorio Lopez, en su glosa 12 á la ley 14, tít. V, Part. VI citada. Ley, por otra parte, que no es aplicable al caso en que los testadores no han establecido en sus testamentos herederos fideicomisarios conocidos. (Sentencia de 10 de Marzo de 1875.)

(5) Ley 17, tít. I, Part. VI, y 1.^a, tít. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion.

Aragon.—En Aragon cesa esta sustitucion, si el gravado con ella muere dejando hijos legítimos, segun dicen Molino y Portoles.

esta designacion se haga, ya en cédulas ó papeles reservados, ya á la misma persona á quien se da la comision (1). Muchas veces se dispone, no en favor de un individuo determinado, sino en beneficio del alma del testador (2). Puede tambien encargarse sigilo en la distribucion, prohibiendo que se pidan cuentas al fiduciario por cualesquiera jueces y personas, y estableciendo que en caso de intentarlo se convierta aquél en heredero absoluto, cesando el fideicomiso. De esto se infiere que nuestros fideicomisos guardan muchas veces analogia con los primitivos de los romanos, que dependian de la buena fe del fiduciario. Laudables fueron los fines que la ley se propuso al conceder este modo de testar, pero no desconocemos que ha sido causa y origen de frecuentes y lamentables abusos que han dado lugar á que se forme una opinion generalmente poco favorable á esta institucion.

68. Cuando los testadores dejaren por herederas á sus almas, las de sus parientes ó de otros cualesquiera, ó por vía de mandas ó legados señalaren algunos sufragios, ó de cualquier modo mandaren hacerlos, no podrán encargarse éstos á los confesores en su última enfermedad, ni á sus parientes, religiones ó conventos: en caso de transgresion de esta ley, pasará á los sucesores legítimos todo lo dejado, y en su defecto á los destinos piadosos que señale la justicia, imponiéndose la pena de privacion de oficio al escribano que autorice estas últimas voluntades (3).

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Junio de 1862.

El heredero fiduciario universal á quien el testador atribuye todas las facultades de que él podia hacer uso en vida, y en los términos absolutos que le tenia prevenido verbalmente y por medio de notas, sin que autoridad ni persona alguna pudiera intervenir sus actos, facultándole al mismo tiempo para que, si falleciere ántes de cumplir lo dispuesto por el testador, pudiese nombrar heredero que lo ejecutase, puede, en efecto, cometer válidamente á su heredero, instituyéndole en el fideicomiso, las mismas facultades que á él se le habian concedido, sin que á esto se opongan las leyes que se refieren á los albaceas y comisarios para testar, inaplicables á los fideicomisos. (Sentencia de 8 de Mayo de 1871.)

(2) En efecto, es lícita y legal la institucion de heredero hecha en favor del alma del testador; doctrina confirmada por sentencias del Tribunal Supremo, de 15 de Marzo de 1864 y 24 de Diciembre de 1866.

(3) Cédula de 30 de Mayo de 1830. Estas prohibiciones no deben ser aplicadas sino en su tenor literal, y por consiguiente, no se entiende com-

69. La prohibicion de fundar fideicomisos, de que habla una ley que examinaremos en otro título, se entiende tan sólo de los que se hacian con vinculacion de bienes, ó por una série indefinida de individuos (1).

70. Suele suscitarse la cuestion acerca de si entre nosotros corresponderá al heredero fiduciario el derecho de sacar la cuarta parte de los bienes que han de ser entregados, y que con el nombre de Trebeliánica conocieron los romanos y las leyes de Partida (2). Como estaba apoyada en la necesidad de que el fiduciario adiese la herencia para que el testamento surtiera efecto, cesando ya esta necesidad de adición, puesto que sin ella han de cumplirse las disposiciones testamentarias, según una ley recopilada (3), nos inclinamos á que en la actualidad debe de haber caducado (4).

prendido en ellas el encargo que el testador diese á su confesor en su última enfermedad, designado como albacea, de invertir los productos de sus bienes en los fines que el testador le tuviese comunicados. (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 18 de Junio de 1864.) Nosotros tememos que esta decision sea un medio de eludir á veces la saludable prohibicion de la ley. Mas de otra decision posterior del mismo Tribunal parece deducirse evidentemente, que cuando resulta por declaracion del confesor que el encargo reservado que le dió el testador consiste en emplear el producto de sus bienes en la celebracion de misas, sufragios y otras atenciones privadas, aquel encargo está dentro de la prohibicion de la ley, y por consiguiente, no puede confiarse al expresado confesor. (Sentencia de 29 de Abril de 1873.)

(1) Ley de 27 de Setiembre de 1820. Así es, que se halla en este caso, y por lo tanto, prohibido, el establecimiento de un fideicomiso perpétuo familiar, á cuya obtencion son llamadas ciertas y determinadas personas por órden sucesivo de institucion y sustitucion, concediéndoles únicamente el usufructo de los bienes é imponiéndoles la prohibicion de enajenarlos. (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Junio de 1863.) A esta clase de fideicomisos perpétuos familiares es á la que se refiere tambien la declaracion del Tribunal Supremo, respecto á que la voluntad del fundador de un fideicomiso es la ley por la cual deben resolverse las cuestiones que se promuevan sobre mejor derecho á los bienes del mismo. (Sentencia de 26 de Enero de 1859.)

(2) Ley 14, tít. XV, Part. VI.

(3) Ley 1.^a, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(4) No es así como piensa la mayoría de nuestros intérpretes. Ceballos,

§ III.

Desheredacion.

71. Para excluir á un heredero forzoso de la sucesion es preciso desheredarle. *Desheredacion* es el acto por el cual se priva de su legitima, en virtud de causa justa, á uno de los herederos forzosos (1). Es un medio que tiene el testador para reprimir las faltas y castigar la ingratitude y la maldad de aquellos que debieran heredarle.

72. Para que uno sea desheredado, es preciso que tenga más

al que sigue Gutierrez, defiende la opinion que llevamos en el texto, y dice que obtuvo en confirmacion suya una sentencia favorable. Mas no siendo uniforme la opinion de los juriscultos acerca de este punto, creemos conveniente hacer una ligera indicacion de lo que nuestras leyes disponen respecto á la *Cuarta Trebeliánica*. Semejante á la *Cuarta Falcidia* de que más adelante hablaremos, lleva consigo para poder detraerse, la necesidad de que el fiduciario haga inventario de los bienes (ley 10, tít. VI, Part. VI); y se le imputa en parte de la *Cuarta* lo que se le hubiere dejado particularmente en el testamento, como tambien los frutos de la herencia que hubiere percibido; pero no los que percibió despues que el fideicomisario supo la voluntad del testador y no reclamó su cumplimiento, ni los devenidos ántes de llegar el día en que se le mandó hacer la restitucion de la herencia. (Ley 8.^a, tít. XII, Part. VI.)

Aragon.—En Aragon no se conoce la *Cuarta Trebeliánica*. (Portoles.)

Cataluña.—En Cataluña hay *Cuarta Trebeliánica*, á no prohibirla expresamente el testador. (Cap. XXVII de las primeras Cortes de Barcelona de 1590.)

Navarra.—A pesar de que el derecho romano suple al navarro, la *Cuarta Trebeliánica* no se halla en práctica en Navarra. (Alonso.)

(1) Ley 1.^a, tít. VII, Part. VI. Algunos autores presentan la duda de si desheredado un hijo, se extienden á los nietos los efectos de la desheredacion. En nuestro concepto la respuesta tiene que ser negativa. Privado de la herencia el hijo, mediante una justa causa, ocupan su lugar los descendientes y adquieren los derechos que ha perdido el ascendiente, de cuyas faltas no pueden ser responsables. Claro es que esto se entiende del caso en que el hijo desheredado sobreviva á su padre, pues si muriere ántes que él, no habrá ninguna cuestion, y se aplicará á sus hijos ó nietos la regla general, según la cual suceden éstos en la parte que hubiera debido corresponder á su padre en el caso de no haber sido desheredado.

de diez años y medio (1), y que haya cometido alguna de aquellas faltas que las leyes reconocen como causas justas para excluirle de la herencia. La desheredacion debe hacerse nombrando al desheredado, á no ser que el testador no tuviera más que un hijo; en este caso valdrá sin nombrarle, y aún habiéndole designado con un epíteto infamante. Ha de hacerse de toda la herencia, puramente y sin condicion (2), y con una justa causa. Esta debe ser probada por el testador ó por sus herederos, advirtiendo que si aquél hubiera expresado varias, será suficiente la justificacion de una sola (3).

73. Son causas justas de desheredacion de los descendientes, todos aquellos actos que constituyen atentados contra la vida del padre, contra su honra y contra sus bienes, ó que manifiestan una marcada ingratitud y falta notable de piedad filial. Lo son tambien ciertos actos indecorosos é infamantes y el abandono de la religion (4). Además de estas, que enumeran especialmente las

(1) Ley 6.^a, tít. V, y ley 2.^a, tít. VII, Part. VI. El Código penal, al declarar exentos de responsabilidad criminal al menor de nueve años en todos los casos, y al menor de quince y mayor de nueve cuando ha obrado sin discernimiento, ha modificado, á nuestro parecer, aunque de una manera implícita, lo dispuesto por la ley de Partida con respecto á la edad en que los descendientes pueden ser desheredados. No obstante, no nos atrevemos á presentar como segura esta opinion, mientras no la veamos prescrita en el código civil, ó admitida en la práctica.

(2) Ley 3.^a, tít. VII. Algunos creen que pudiendo morir uno en *parte testado* y en *parte intestado*, no será necesario que la desheredacion se haga puramente y de toda la herencia. Nosotros hemos preferido exponer la doctrina de la ley de Partida, cuya observancia nos parece más segura y ménos expuesta á dar lugar á litigios.

(3) Ley 8.^a

(4) Leyes 4.^a, 5.^a, 6.^a y 7.^a Algunas de estas causas no existen ahora. El dedicarse los hijos al teatro, ó sea ser *juglar*, bajo cuyo nombre se comprenden los cómicos y los bailarines, segun Gregorio Lopez en su glosa 1.^a, profesion que en aquella época imprimía una tacha infamante, constituye en la actualidad un arte, cuyo ejercicio no debe ser causa en el día para que se les prive de la herencia. Por consiguiente, no podemos estar conformes con el anotador de las Partidas, edicion de la Publicidad, quien sostiene que esta disposicion no se halla derogada ni en desuso, sino del todo vigente. Ridículas son otras causas señaladas por la ley, como sucede en ciertos delitos imaginarios, á saber, la hechicería y el encantamiento.

leyes de Partida, era tambien ántes justa causa para desheredar, el contraer matrimonio sin el consentimiento paterno (1), ó sin su

Aragon.—En Aragon no hay necesidad de expresar justas causas para la desheredacion, lo cual es una consecuencia de la facultad que tiene el testador de instituir por heredero á quien mejor le parezca, segun dejamos manifestado en el párrafo primero de esta seccion (Fuer. único, *De test. nob.*; Fuer. ún., *De testam. civium.*) Sin embargo, esto debe entenderse del caso en que la institucion hubiera recaído en uno de los hijos; pues no siendo así, y nombrando por heredero á un extraño con perjuicio de aquéllos, será preciso expresar alguna de las causas de desheredacion establecidas por el Fuero. Cinco son las que señala, y consisten esencialmente en haber maltratado al padre ó madre, ó haberles ocasionado la pérdida de sus bienes. (Fuer. II, *De exheredatione filiorum.*)

Cataluña.—El usaje *Exheredare* contiene las causas por las que los ascendientes pueden privar á sus descendientes del derecho á la legítima en Cataluña.

Navarra.—El capítulo VIII, tít. IV, lib. II del Fuero general, designaba las causas justas de desheredacion. Esto dió lugar á que una ley posterior explicara su inteligencia, manifestando que sólo era aplicable á los labradores, toda vez que las personas de otra condicion podian disponer aún en favor de extraños de todos sus bienes, dejando á los hijos la legítima foral. (Ley 16, tít. XIII, lib. III de la Novísima Recopilacion.) Así es, que no tratándose de ésta, sino sólo de la parte libre, no hay necesidad de expresar la causa de desheredacion. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de Noviembre de 1866.)

(1) Ley 9.^a, tít. II, lib. X de la Novísima Recopilacion. En algunas de nuestras anteriores ediciones decíamos lo siguiente: «La ley 18 del mismo título y libro impone las penas de expatriacion y de confiscacion de bienes á los hijos que contraen el matrimonio sin el consentimiento paterno ó sin su suplemento, pero guarda silencio sobre la desheredacion. Aquellas penas han sido sustituidas por otras, segun prescribe el Código penal, y además la de confiscacion estaba ya hace tiempo proscrita por las leyes. Como la cédula de 1803 (ley 18 citada) dice que hayan de arreglarse á ella sin glosas, interpretaciones ni comentarios, y no á otra ley ni pragmática anterior, juzgan algunos que en el día no es causa para desheredar el haber contraído matrimonio sin el consentimiento de los padres, puesto que sólo se considera como tal en la pragmática de 1776, y no se menciona en la de 1803. No obstante, del mismo modo que vemos disposiciones anteriores á la ley 18, que se observan á pesar de las palabras que acabamos de citar, puede inferirse que tampoco está derogada la que se refiere á la desheredacion, sobre todo si se tiene en cuenta que el espíritu que predomina en la

suplemento en la edad en que la ley le exigía; mas desde la publicación de la ley de 20 de Junio de 1862, que hemos examinado en otro lugar, no cabe duda alguna de que este hecho no puede contarse ya entre las causas de desheredación (1).

74. En menor número son las causas de desheredación de los ascendientes, porque muchos de los actos que en los hijos constituyen faltas gravísimas, son reputados correcciones de parte de los padres. Las leyes señalan ocho casos, reducidos á las acusaciones capitales contra los hijos, maquinaciones contra su vida, contra la del otro cónyuge y contra la libre disposición de sus bienes por última voluntad; atentados contra su honor, negativa de alimentos, falta notable de piedad, y el abandono de la religión (2).

75. Algunos autores examinan los efectos que puede producir la preterición, ó sea omisión de los descendientes ó de los ascendientes, distinguiendo dos casos, á saber: cuando la preterición

ley 18 es más severo y riguroso que el de la 9.^a mencionada.» En el proyecto de ley aprobado en el Congreso, se establecía que el hecho de contraer matrimonio sin el permiso de los padres cuando éste era necesario, constituía una causa justa de desheredación; pero esta disposición, ya muy combatida en aquel cuerpo, fué rechazada por el Senado.

(1) «Segun la ley 5.^a, tít. II, lib. X de la Novísima Recopilación, hemos dicho en algunas ediciones, es tambien justa causa de desheredación el contraer matrimonio que la Iglesia tiene por clandestino; mas siendo nulos en el día los que ántes eran llamados matrimonios clandestinos por falta de asistencia de testigos, creen algunos jurisconsultos que no puede aplicarse á los contrayentes por los padres la pena de desheredación, sino únicamente por los tribunales las establecidas en el Código penal. Pero acaso pudiera decirse que, á pesar de no tener el acto en sí mismo ningún efecto legal, en él ha habido el intento de verificar un enlace oculto, violando el derecho establecido, produciendo tal vez consecuencias de gravedad, y que, por consiguiente, los que le ejecutaron se han hecho acreedores á que los padres, cuya autoridad suele ser tambien menospreciada en estos casos, puedan privarlos de la legítima.» Molina, en su tratado *De hispanorum primogenitorum origine ac natura*, lib. II, cap. XVI, núm. 19, sostiene, que á pesar de estar declarada la nulidad de estos matrimonios por el Concilio de Trento, el hecho de haberlos contraído debe considerarse como justa causa de desheredación.

(2) Ley 11, tít. VII, Part. VI.

se ha hecho simplemente sin instituir á otra persona, ó cuando se ha verificado esta institución. En el primer caso, declaran válido el testamento con arreglo á lo establecido en una ley recopilada (1); pero en el segundo le consideran nulo, fundándose en leyes de Partida (2). Nosotros creemos que el testamento es válido en uno y otro caso en todo lo que no sea la institución de un extraño, que deberá declararse nula; pero quedando siempre subsistentes las demás cláusulas y disposiciones contenidas en la última voluntad, en la inteligencia de que las mejoras y las mandas sólo han de ser válidas en la parte que no perjudique á las legítimas (3).

76. Como los hermanos no son herederos forzosos entre sí, no tiene necesidad el testador que deja sus bienes á un extraño, de expresar las causas que pueden haberle inducido á ello. Sin embargo, las leyes presumen que se les hace cierta injuria grave cuando se les prefiere una persona de mala vida ó infamada, y entonces les conceden acción para anular el nombramiento de heredero. No obstante, la institución se sostendrá en los tres casos siguientes:

- 1.^o Si aquellos hubieren maquinado la muerte de mi hermano.
- 2.^o Si hubiesen entablado contra él una acusación capital.

(1) Ley 1.^a, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilación.

(2) Ley 10, del tít. VII, y 1.^a, del tít. VIII, Part. VI.

(3) Ley 8.^a, tít. VI, y 1.^a, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilación. No obstante, es preciso reconocer que la ley 8.^a, al declarar válidas todas las mejoras, sin hacer mención de las mandas, cuando el testamento se rompiere ó anulare por causa de preterición ó exheredación, y la ley 1.^a, al determinar que el testamento ordenado en la forma que en ella se expresa, valga en cuanto á las mandas, y otras cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno, han podido dar lugar á que algunos autores sostengan la distinción á que nos referimos en el texto. Pero considerando que en el tít. VI á que pertenece la ley 8.^a, sólo se trató de las mejoras, por lo cual no es extraño que en ella nada se diga de las mandas, y que hay la misma razón para tener como válidas las mandas y demás cláusulas de un testamento en que no se ha instituido heredero, que cuando en él se ha hecho la institución y se ha declarado nula, nos hemos apartado del parecer de aquellos escritores, y adoptado la doctrina que arriba hemos expuesto.

3.º Si le hubiesen causado ó procurado causar la pérdida de la mayor parte de sus bienes (1).

77. Las causas justas para la desheredacion deben ser las señaladas expresamente por la ley, y no admitirse otras por analogía. Nos mueve á pensar así el que, siendo esta materia odiosa, no cabe en ella interpretacion extensiva, á lo que puede añadirse que esta opinion parece conforme con lo dispuesto por las leyes de Partida (2). Por último, conviene advertir que si el testamento fuese declarado nulo, ó revocado por el testador, quedará sin efecto la desheredacion (3).



SECCION III.

DE LAS MANDAS.

§ I.

Modos de constituirse las mandas.

78. El deseo de satisfacer el afecto que tenemos á alguna persona, la necesidad de darle pruebas de agradecimiento por un servicio señalado, y la inclinacion á ejecutar ciertos actos de piedad ó beneficencia, pueden considerarse como otros tantos fundamentos y estímulos de los legados, que en las leyes de Partida reciben el nombre de *mandas*. Y manda ó legado es *una porcion de bienes hereditarios que el testador deja á alguno en su testamento ó codicilo*. Se distinguen por la forma en que se dejan, y por las cosas que se legan.

79. Por su forma, pueden ser puras, condicionales, desde dia cierto y hasta cierto dia (4). Se hacen puramente, cuando no se

(1) Ley 12, tít. VII, Part. VI.

(2) Leyes 8.ª y 11, tít. VII, Part. VI.

(3) Ley 2.ª del mismo título y Partida.

Esta ley añade otro caso en que la desheredacion ha de quedar sin efecto, á saber: cuando el heredero instituido no quiere adir la herencia; pero la del Ordenamiento (1.ª, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion) quitó su fuerza á esta disposicion.

(4) Ley 31, tít. IX, Part. VI.

añaden condicion ni circunstancia alguna que difieran su cumplimiento; á dia cierto, cuando se designa aquel en que deben entregarse; desde cierto dia, cuando se prefija el que ha de servir de término desde el cual se han de poder empezar á pedir; y bajo condicion, cuando se señala una circunstancia cuyo cumplimiento ha de ser necesario para su existencia: tambien valdria la manda en caso de que la condicion potestativa dejara de cumplirse sin culpa del legatario, habiendo hecho éste todo lo posible para su cumplimiento (1). Lo que digimos de las condiciones aplicadas á la institucion de heredero, debemos tenerlo aquí por repetido.

80. Se dejan tambien con *causa, modo y demostracion*.

81. *Causa*.—Causa es el motivo por que se lega. Debe referirse siempre al tiempo pasado, y es de advertir que la expresion de una causa falsa no vicia la manda (2). Esto debe entenderse, siempre que la voluntad del testador no indique claramente lo contrario, porque ante su voluntad no hay lugar á las conjeturas que en la duda hace la ley. La razon de esto es, que tomando el legado su fuerza de la voluntad del testador y no de los motivos que la determinan, nada adelantaria el heredero aún en el caso de que probase que la demanda era inmotivada.

82. *Modo*.—Modo es el fin que mueve al testador á hacer la manda, como cuando lega para que se dé ó haga alguna cosa. En este caso, no se deberá entregar la manda al legatario mientras no dé caucion de cumplir lo que se le encarga, si bien cuando puso de su parte todos los medios y no pudo conseguirlo, no perderá lo que se le dejó (3). Si el testador expresó que ántes de entregarse el legado, habia de cumplir el legatario lo que se le prevenia, deberá ser ejecutada su voluntad.

83. *Demostracion*.—Demostracion del legado es la descrip-

(1) Leyes 22 y 31 del mismo título y Partida. Es puro el legado que no contiene dia, tiempo, condicion, ni otra cualidad ó circunstancia que suspenda ó difiera su cumplimiento. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de Setiembre de 1862.) El legado limitado á cierto tiempo no debe confundirse con el condicional. (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Marzo de 1860.)

(2) Leyes 20 y 21, tít. IX, Part. VI.

(3) Ley 21, del mismo título y Partida.

cion ó explicacion de la cosa legada. Aunque esta descripción sea inexacta, con tal que se conozca la cosa y se sepa á cuál quiso aludir el testador, valdrá el legado. No debe confundirse la designacion con la determinacion del legado: la designacion se refiere á las señas de la cosa, la determinacion á su misma existencia. Por consiguiente, si uno dejara á otro en su testamento cierta cantidad de dinero que tenia depositado en un banco, habrá determinacion del legado, y á diferencia del caso anterior, si resultare que no habia semejante depósito, quedará el legado sin efecto. Si la suma que habia era menor, ésta será la que se entregue al legatario; si era mayor, sólo se le dará la que le hubiera sido mandada (1).

84. Las mandas se subdividen por las cosas que se legan, en mandas de *cosa propia* y de *cosa ajena*: en mandas de *liberacion*, de *crédito* y de *deuda*: en mandas de *especie*, de *género* y de *cantidad*.

85. *Mandas de cosa propia y ajena*.—Pueden ser legadas, no tan sólo las cosas propias, sino tambien las ajenas, no con el objeto de que se obligue al dueño á entregárselas al legatario, lo cual seria legalmente imposible y por lo tanto un absurdo, sino con el de que las compre el heredero si el dueño quiere venderlas, y las entregue á quien se dejaron, ó dé su estimacion á éste si aquél no accediere á la venta ó pidiere más de lo que valen. Sin embargo, es necesario que el testador, al legarlas, supiera que eran ajenas, porque cuando lo ignora, se presume que si lo hubiera sabido no las habria legado. Aun así seria válida la manda de cosa ajena hecha á persona allegada al testador, por ejemplo, á su mujer ó á algun pariente (2). Si se suscitare duda acerca de si lo sabia ó lo ignoraba, toca la prueba al legatario, porque, además de ser éste el actor, está la presuncion á favor del heredero.

86. Si el legatario hubiere adquirido ántes ó despues de la muerte del testador la cosa ajena que le fué legada, habrá que distinguir si la adquisicion se hizo por título lucrativo ó por título oneroso. En el primer caso no podrá pedir la estimacion de la manda, pero sí en el segundo (3). La razon de diferencia es,

(1) Ley 18 del mismo título y Partida.

(2) Ley 10 del mismo título y Partida.

(3) Ley 43 del mismo título y Partida.

porque dos causas lucrativas no pueden acumularse en una misma persona acerca de una misma cosa, pero sí una causa lucrativa y otra onerosa.

87. Legada una misma cosa por dos testadores en diversos testamentos, si el legatario hubiese recibido su valor del heredero de uno de ellos, puede, sin embargo, reclamarla del otro; mas si hubiera adquirido ya el objeto en que consistia la manda, no podrá despues pedir su estimacion (1). Explicase esta diferencia, considerando que el que tiene la cosa, implícitamente tiene el valor de ella; pero el que tiene el valor, no tiene la cosa misma.

88. Mandada varias veces una misma cosa especial y determinada en un mismo testamento, el heredero no tiene obligacion de darla más de una vez. Y lo mismo sucederá si el legado consiste en cierta cantidad de dinero, ó en otra cosa de las que se pueden contar, pesar ó medir, á no ser que el legatario probare cumplidamente que la intencion del testador habia sido que se le diera otras tantas veces cuantas la habia mandado. Pero si la manda de cierta cantidad se hubiera hecho en el testamento y repetido despues en el codicilo, el heredero deberá darla dos veces, excepto si pudiere probar que el ánimo del testador fué que se diera por una vez solamente (2).

89. Puede suceder que esté empeñada la cosa propia que se lega. Entónces se ha de atender á si lo está por todo ó por ménos de su valor: en el primer caso debe redimirla el heredero, bien supiera ó ignorara el empeño el testador, y entregársela al legatario; en el segundo caso corresponde su desempeño al mismo legatario, cuando el testador lo ignoraba (3).

90. *Legado de género*.—Puede legarse el *género*, y se entiende por tal toda especie que tenga determinacion fija por la naturaleza, por ejemplo, un caballo. En este caso, si el testador no tiene más que uno, éste será el que se dé; si tiene varios, escojerá el legatario, pero no el mejor; si no tuviere ninguno, obligacion será del heredero el comprar uno y entregarle. No sucede así cuando el género, ó por mejor decir, la especie determinada, es creacion de la mano del hombre, por ejemplo, si el testador le-

(1) Ley 44 del mismo título y Partida.

(2) Ley 45 del mismo título y Partida.

(3) Ley 9.ª del mismo título y Partida.

gare una casa: entónces, si tuviera algunas, el heredero dará la que quiera, y si no tuviera ninguna, no tendrá obligacion de comprarla, pues tal manda no vale. Fácil es conocer la razon de diferencia: en cosas que tienen su determinacion por la naturaleza, no hay la gran discrepancia que en las que son obra de los hombres; por eso dice la ley de Partida, siguiendo á los juriscultos romanos, que cuando el testador legó una casa y no tenia ninguna, se cree que quiso burlarse y no legar (1).

91. Legada la *opcion* de dos cosas, el legatario podrá escoger la que mejor le pareciere, pero sin facultad de arrepentirse despues de haberlo verificado. Mas si esta facultad hubiera sido cometida á un tercero y no usare de ella dentro de un año, podrá hacerlo despues el legatario (2). Si á dos se hubiera concedido la eleccion de una cosa y no se convinieren en ella, se echarán suertes, y escogerá aquel á quien le hubiese cabido este derecho, dando al otro la estimacion de su parte, regulada por dos hombres buenos. Muriendo el legatario sin haber usado de esta facultad, se observarán las mismas reglas con sus herederos (3).

92. *Legado de especie*.—Hay legado de *especie*, cuando se manda una cosa determinada individualmente, por ejemplo, una heredad, designándola con su nombre y con sus linderos, ó con cualquiera otra señal para que sea bien conocida.

93. *Legado de cantidad*.—El legado de *cantidad* consiste en el género, determinado por el número.

94. *Legado de liberacion*.—El legado de *liberacion* tiene lugar, no tan sólo cuando el testador perdona expresamente á su deudor la cantidad que le debia, sino tambien cuando le lega las escrituras justificativas del crédito (4), porque entonces se reputa que es una condonacion tácita. Este legado, no sólo aprovecha á los deudores y á sus herederos, sino tambien á los fiadores; por el contrario, dejado á los fiadores, no aprovecha á los deudores principales: la razon de diferencia es, que la obligacion principal puede subsistir sin la fianza; pero no la fianza, obligacion accesorial, sin la principal. Legada al deudor por el acreedor la cosa

(1) Ley 23 del mismo título y Partida.
(2) Ley 25.
(3) Ley 26.
(4) Ley 47.

que el primero habia empeñado para seguridad de la deuda, quedará aquélla desempeñada; pero los herederos no perderán el derecho de reclamar del deudor la suma que se le habia prestado (1).

95. *Legado de deuda*.—Se entiende por legado de *deuda* aquel en cuya virtud deja el testador á su acreedor lo mismo que le estaba debiendo. Este legado, que á primera vista parece sin utilidad, la trae muy grande en ciertos casos. Así, pues, por él se debe inmediatamente lo que se debia desde cierto dia, se hace líquida la deuda que ántes no lo era, y se considera cumplida la condicion; ántes tambien se adquiria hipoteca tácita en los bienes del testador (2).

96. *Legado de crédito*.—El legado de *crédito* es aquel en que el testador deja á un tercero lo que otro le debia. En este caso, cumple el heredero con ceder las acciones al legatario. Entiéndese tambien hecho este legado, cuando el testador deja á uno las escrituras ó documentos justificativos del crédito que tiene contra otro (3).

97. *Cosas que pueden legarse*.—Recorridas estas diferentes especies de mandas, véamos ahora qué cosas pueden legarse, lo que podremos conocer fácilmente, sabiendo las que no tienen tal capacidad. Estas son, las que no están en el comercio de los hombres, ya absolutamente, como las consagradas inmediatamente al culto y las comunes y públicas, ya respectivamente, como las que forman parte de un edificio; y tambien las que estando en el comercio al tiempo del otorgamiento del testamento, hubiesen dejado de estarlo, sin culpa del heredero, en la época de la muerte del testador (4). Podrán dejarse en manda, aún las cosas no existentes, pero que están por venir, como los frutos que un campo produzca (5).

98. El dominio de la cosa individualmente legada, siendo el legado puro ó á tiempo cierto, pasa inmediatamente despues de la muerte del testador al legatario; así es, que aunque no la

(1) Ley 16, tít. IX, Part. VI.
(2) La LEY HIPOTECARIA no reconoce hipotecas tácitas ni generales.
(3) Ley 47, tít. IX, Part. VI.
(4) Ley 13 del mismo título y Partida.
(5) Ley 12 del mismo título y Partida.

haya poseído todavía al tiempo de su fallecimiento, verificado éste, se transmitirá á su heredero (1). En las mandas condicionales es indispensable el cumplimiento de la condicion. Sin embargo, si la manda condicional se hubiere hecho conjuntamente á dos personas, ó si se hubiese dado sustituto al legatario, muerto éste, pasará la cosa legada al sustituto ó al conjunto, si despues se cumpliere la condicion (2). Legado el género, no se transfiere el dominio á la muerte del testador, por falta de cosa determinada en que entónces recaiga la propiedad. El legado de usufructo no le adquiere el legatario hasta que se ha verificado la adición de la herencia; porque, pereciendo las servidumbres personales con la muerte de la persona á quien se deben, en ningun caso son transmisibles, y por consiguiente, no milita en ellas la misma razon que en la cosa cuya propiedad se lega (3).

99. Legado el usufructo, se incorporará con la propiedad por muerte del usufructuario. Pero si el testador lega para siempre la propiedad y posesion, con la cláusula de que despues de la muerte del legatario han de pasar los bienes á otras personas, adquirirá aquél el pleno dominio en ellos cuando las personas llamadas hubiesen fallecido ántes que él, y el heredero testamentario no podrá alegar ningun derecho. Doctrina omitida en la ley, pero establecida por la jurisprudencia (4).

(1) Ley 34 del mismo título y Partida. Sentencias del Tribunal Supremo, de 19 de Diciembre de 1864 y de 28 de Diciembre de 1872.

(2) Ley 34 citada.

«Segun la ley 5.^a, tít. LIII, lib. VI del Código de Justiniano, no es condicional el legado que se establece para cuando el legatario llegue á la mayor edad; y si éste fallece, muerto ya el testador, mientras cede el día, trasmite á sus herederos el derecho y la accion para pedir su entrega, despues que, si el legatario no hubiese fallecido, hubiera llegado á la edad fijada.» (Sentencia de 8 de Marzo de 1879, declarando haber lugar á un recurso de casacion interpuesto contra un fallo de la Audiencia de Mallorca.)

(3) Ley 25 del mismo título y Partida. Se halla establecido en favor del legatario á quien se lega la propiedad de una cosa, que adquiera el dominio de ésta inmediatamente despues de la muerte del testador, porque de este modo puede transmitirle á su heredero, áun falleciendo ántes de la adición de la herencia.

(4) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 24 de Marzo de 1857.

100. Los aumentos y mejoras que durante la vida del testador hubiere tenido la cosa legada, pertenecen al legatario. Sus frutos, siendo propia del que la legó, se deben desde la muerte de éste; siendo ajena, desde el dia en que se compró; y si el heredero no quisiere comprarla y fuese compelido por el legatario, tendrá que entregársela con los frutos que produjere despues, ó en su defecto la estimacion de todo (1).

101. *Personas que pueden legar y recibir legados.*—Todos los que tienen capacidad de testar, la tienen tambien de hacer mandas. Y pueden adquirirlas los que podian ser herederos al tiempo de la muerte del testador (2). Las personas que tienen incapacidad absoluta de ser herederos, la tienen tambien de ser legatarios; mas no cuando la incapacidad es relativa y se limita á impedir ó anular la institucion. A las corporaciones y manos muertas se les prohíbe adquirir legados que consistan en bienes raíces; pero si se les hubieren dejado para invertir sus productos, no se les impedirá su adquisicion, pues en este caso cesa el motivo de la prohibicion de la ley, que es impedir que los bienes se amorticen (3). La Iglesia no se halla en el dia comprendida en esta prohibicion (4). Las mandas hechas en la enfermedad de que uno muere, á su confesor, iglesia, religion ó parientes de éste, son nulas (5).

(1) Ley 37, tít. IX, Part. VI. Segun esta ley, los frutos de la cosa legada propia del testador, sólo se deben desde la adición de la herencia; pero, en nuestro concepto, se halla corregida por la 1.^a, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, que no hace necesarias la institucion de heredero y la adición de la herencia para la validez de las mandas y demás cosas contenidas en el testamento. En ella nos fundamos al establecer la doctrina que exponemos en el texto; á la misma parece inclinarse Gregorio Lopez en la glosa 4.^a de la ley 37, aunque no de un modo decisivo.

El legado de cantidad indeterminada, en que para fijarla se necesita que preceda liquidacion, no constituye un legado específico, y por consiguiente, no le puede ser aplicable la ley 37, tít. IX, Part. VI, citada arriba. (Sentencia de 25 de Junio de 1861.)

(2) Ley 1.^a, tít. IX, Part. VI.

(3) Sentencia de 23 de Febrero de 1857. Pueden verse tambien las notas de las págs. 26 y 40.

(4) Véase lo que decimos de las adquisiciones de la Iglesia al hablar de la institucion de heredero.

(5) Ley 15, tít. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion. Por el Tribu-

102. La persona del legatario debe ser designada ciertamente, haciéndola constar, ó por su nombre, ó por señales que no dejen lugar á duda de ser ella á la que el testador quiso referirse (1). Y aunque el testador errase en el nombre del legatario, no se invalidaria la manda, con tal que se probara su intencion en favor de aquella persona. Otra cosa seria si se hubiese cometido un error esencial en la especie mandada, como si se legara laton, creyendo que este era el nombre que tenia el oro (2). La ley se funda para hacer esta distincion, en que todos conocen el nombre de las cosas, pero no el de las personas, y por lo tanto, el error en el nombre de aquéllas prueba falta de voluntad, mas no en el de éstas.

103. A cualquiera á quien deja algo el testador puede imponer la obligacion de satisfacer legados, con tal que no le grave en más de lo que recibe (3). Y aun cuando no admitiere lo que se le dejaba, serian válidas las mandas (4).

104. Las mandas se dejan en testamento y en codicilos (5), y por práctica, tambien en memorias testamentarias. Aun dejadas con palabras de súplica, que es lo que muchos llaman fideicomiso singular, son válidas y deben ser necesariamente cumplidas (6).

105. Las leyes de Partida (7), siguiendo los principios del derecho romano, tratan tambien de la *Cuarta Falcidia*; pero asi como al hablar de los fideicomisos universales manifestamos que, en concepto nuestro, la Trebeliánica no tenia lugar, debemos decir con respecto á la Falcidia, que habiendo cesado la causa que

nal Supremo se declaró contraria á esta ley la fundacion de una administracion de bienes á cargo de varios clérigos de una iglesia, en que se contaba el confesor del testador. (Sentencia de 13 de Marzo de 1876.) Tanto esta ley como la cédula de 30 de Mayo de 1830, á que nos hemos referido al tratar de la institucion de heredero, no son aplicables á los casos en que no ha mediado disposicion testamentaria. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de Noviembre de 1869.)

(1) Ley 9.^a, tít. IX, Part. VI.

(2) Ley 28 del mismo título y Partida.

(3) Ley 3.^a

(4) Ley 1.^a, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(5) Ley 34, tít. IX, Part. VI.

(6) Ley 28 del mismo título y Partida.

(7) Título XI, Part. VI.

la introdujo (1), que fué la necesidad de la adición de la herencia para que valieran los demás capítulos del testamento, es exactamente la misma nuestra opinion, conforme en este punto á la que han llevado varios escritores (2). Sin embargo, la contraria es defendida por algunos otros autores (3).

(1) Ley 1.^a, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) Entre ellos Antonio Gomez.

Aragon.—No se conoce en Aragon la *Cuarta Falcidia*. (Portoles.)

Cataluña.—En Cataluña sí.

Navarra.—Tampoco en Navarra está en práctica la Falcidia. (Alonso.)

(3) Entre ellos Matienzo, Molina, y Castillo. Escriche dice tambien que se reputa más probable y equitativa la opinion de los que sostienen la *Cuarta Falcidia*, para evitar que sea ilusorio el nombramiento de heredero. Nosotros exponemos los fundamentos de nuestra opinion. Conociéndose entre los romanos que las leyes Furia y Voconia no producian el resultado que se habia propuesto el legislador, establecieron la Falcidia con el mismo objeto que aquéllas, á saber: para que el heredero instituido, estimulado por el interés que tenia en sacar la cuarta parte de los legados, no repudiase la herencia, distribuida toda entre varios legatarios, causando así la destitucion del testamento. Los tres principios combinados, á saber, que el testamento tomaba su fuerza de la institucion de heredero, que para su subsistencia era necesario que el instituido adiese la herencia, y que nadie podia morir en parte testado é intestado en parte, hicieron conveniente el establecimiento de la cuarta en favor de los herederos, para que así se conservase, si no en el todo, al ménos en su mayor parte, la voluntad del testador. Se dijo despues que habia además otra causa para conceder la detraccion, cual era la presuncion de que el testador no podia haber querido que la persona agraciada por él con la designacion de heredero quedara completamente privada de los beneficios de la institucion: sin entrar ahora en el exámen de esto, baste decir que sólo podria ser una razon secundaria. Por último, segun una ley del Digesto, apareció tambien extendida la facultad de detraer la cuarta en los fideicomisos impuestos al heredero abintestato, lo cual fué introducido por Antonino Pio, segun dice el juriconsulto Paulo. Nuestras leyes de Partida adoptaron esta disposicion de los romanos, que habia sido hasta entónces completamente desconocida en España, diciendo que seria cosa injusta y poco conveniente, *desaguisado serie*, el que la persona que tenia el nombre de heredero no recibiese de él ninguna utilidad. Vemos, pues, por esta ligerisima reseña, que la causa originaria y positiva para establecer la Falcidia fué el deseo de evitar la destitucion de los testamentos. Las demás razones son posteriores y poco sólidas y verdaderas. Ahora bien; es indudable que en las

106. Además de estas mandas voluntarias, que en realidad son el único objeto de este tratado, había otras que se llamaban

Partidas, inspiradas por el espíritu romano, principalmente en lo que respecta á las últimas voluntades, se introdujo la Falcidia, porque, según aquel código era también necesaria la existencia de heredero para la validez de los testamentos y nadie podía morir testado en parte y en parte intestado, así como eran igualmente indispensables otras varias solemnidades que sólo tenían su fundamento en los orígenes romanos. Resulta, por lo tanto, que si por la ley del Ordenamiento, que es la 1.^a, tit. XVIII, libro X de la Novísima Recopilación, cesó la necesidad de la institución; si en virtud de ella se conserva válido el testamento en que el heredero instituido repudia la herencia, y si, por otra parte, toda su tendencia se dirige á dar fuerza y vigor á la voluntad explícita del testador, debemos inclinarnos á sostener que la *Cuarta Falcidia* no puede ni haber tenido nunca lugar en España, puesto que han cesado todos los motivos que contribuyeron á su introducción en Roma. A estas consideraciones debemos añadir otra no menos interesante. Las Partidas no tuvieron fuerza legal hasta el Ordenamiento de Alcalá, y entonces sólo como derecho supletorio para completar las lagunas que se observaban en las demás complicaciones: nuestro sistema de sucesiones testamentarias era completo y acabado, y no había necesidad ninguna de suplirlo en una cosa en que no era deficiente. La *Cuarta Falcidia* era hija de un sistema, que no debía venir en auxilio de otro que abiertamente le contradecía.

De nuestro deber es, sin embargo, manifestar que además de los autorizados juriscultos que sostienen la opinión contraria, no siempre han estado conformes acerca de este punto las resoluciones de los tribunales superiores. Debemos advertir también, que de los considerandos de algunas sentencias del Tribunal Supremo, se deduce que éste reconoce como existente y en todo su vigor lo establecido en las leyes de Partida respecto á la *Cuarta Falcidia*. (Sentencias de 7 de Diciembre de 1860, de 29 de Setiembre de 1866, de 17 de Junio de 1872 y de 12 de Diciembre de 1873.) En su consecuencia, lo que parece más seguro y acertado para evitar litigios es, que si los testadores tienen intención de distribuir en legados todo el caudal de la herencia, al realizarlo, ó prohiban la deducción de la Falcidia, ó no instituyan á nadie por heredero, puesto que la falta de la institución no afecta á la validez del testamento y evita interpretaciones que pueden falsear las últimas voluntades. En vista, pues, de lo expuesto, consideramos necesario hacer aquí en breves palabras una indicación de las principales disposiciones de nuestras leyes respecto á la Falcidia.

Las leyes de Partida conceden la Falcidia al heredero, ya para detraer la cuarta parte de las mandas y donaciones por causa de muerte cuando en ellas se ha consumido toda la herencia, ya para completar la cuarta par-

forzosa. Estas consistían en cierta cantidad que se había de dejar en la Península é Islas adyacentes en favor de los Santos Lugares y de otros objetos: los escribanos tenían obligación de cuidar que no se omitieran, bajo diferentes penas (1). Mas por Real orden de 22 de Julio de 1855, se declaró que esta manda había quedado derogada como forzosa, en virtud de la ley de presupuestos de 23 de Mayo de 1845.

§ II.

Extincion de las mandas.

107. Las mandas se extinguen, ya por revocacion expresa ó

te íntegra, si lo que le resta no llega á cubrirla. (Ley 1.^a, tit. XI, Partida VI.) Esta cuarta parte debe deducirse despues de pagadas las deudas, ó bien contraídas en vida del testador, ó las que hubo que satisfacer por razon de su muerte y testamentaria. (Ley 2.^a) Debe atenderse al tiempo de la muerte para considerar el valor de los bienes; de modo que el aumento ó disminucion que éstos tuvieren despues de la muerte del testador, resultará en beneficio ó en daño del heredero, quedando sin participar de las ventajas ó menoscabos los legatarios. (Ley 3.^a)

No están sujetas á la deducción de la *Cuarta Falcidia* las mandas que deja el testador á la Iglesia, hospitales, ó por causas piadosas, ni las que se dejan en testamento militar (ley 4.^a), ni las de cosas determinadas con la cláusula de no enajenarlas.

Pierden el derecho de deducir la Falcidia:

1.^o El que pagó íntegramente algunas mandas, que deberá satisfacer del mismo modo las demás, á no ser que despues que comenzó á pagarlas hubiera aparecido una deuda considerable del testador, pues en este caso podrá detraer la cuarta de los legados que aun no hubiere pagado.

2.^o El que maliciosamente canceló el testamento ó los legados.

3.^o El que hubiere hurtado alguna de las cosas legadas por el testador, ó dijere que era suya siendo de la herencia, si es vencido en el juicio. (Ley 6.^a)

4.^o El heredero que no hubiere hecho inventario. (Ley 7.^a)

Cesa la deducción de la Falcidia:

1.^o Cuando la prohibiere el testador. (Ley 6.^a)

2.^o Cuando los herederos son personas á quienes corresponde legítima, la cual les queda salva en todo evento. (Ley 4.^a)

(1) Instrucción de 30 de Mayo de 1831, y Real orden de 27 de Junio de 1838.

tácita del testador, ya por hechos extraños é independientes de su voluntad.

108. Como las mandas reciben únicamente su fuerza, así como todas las disposiciones testamentarias ó codicilares, de la voluntad del testador, es claro que cuando éste cambia de pensamiento puede revocarlas. Y esto se verifica, no tan sólo por palabras suyas, claras y terminantes (1), sino también por hechos que demuestran de un modo evidente, ó hacen presumir su voluntad.

109. Los casos en que esto sucede, y que enumeran las leyes y los autores, pueden reducirse á los siguientes:

1.º Si el testador cancelase por sí mismo, ú otro por su mandado, el testamento ó codicilo en que dejaba el legado (2); lo cual será aplicable á las memorias testamentarias.

2.º Si en vida hiciera á otro donacion de la cosa legada; pero no si la vendiere ó empeñare, pues en este caso percibirá el legatario el precio por que fué vendida ó su estimacion si fué empeñada, por presumirse que la enajenó por necesidad y no para revocar la manda. Mas esta presuncion cesa si el heredero probare que la intencion del testador fué revocar la manda (3).

3.º Si hiciera de la cosa legada una nueva especie, porque con este hecho indica que mudó de voluntad (4).

4.º Si el testador hubiese percibido la cosa ó deuda que habia legado al deudor, habiéndola reclamado; pero no si el deudor la hubiera satisfecho espontáneamente (5).

5.º Si en un testamento posterior legare la cosa á una persona distinta de aquella á quien se la habia legado en el primero (6).

(1) Ley 39, tít. IX, Part. VI. Las mandas y legados dejados en un testamento pueden ser modificados y revocados en un codicilo otorgado por el testador con posterioridad. (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Junio de 1869.) Este considerando debe referirse á los codicilos cerrados, porque en los abiertos no puede haber duda alguna, puesto que segun hemos manifestado en otro lugar, en nada se diferencian de los testamentos nuncupativos, con arreglo á la ley 3.ª de Toro.

(2) Dicha ley 39.

(3) Leyes 17 y 40 del mismo título y Partida.

(4) Ley 42 del mismo título y Partida.

(5) Ley 15 del mismo título y Partida.

(6) Ley 2.ª, tít. V, lib. III del Fuero Real.

110. Por hechos en que ni expresa ni tácitamente ha manifestado su voluntad el testador, se extingue el legado:

1.º Cuando la cosa en que consiste, siendo cierta y determinada, perece sin culpa del heredero (1).

2.º Si el legatario la hubiese ya adquirido por título lucrativo, mas no si la adquisicion hubiera sido por título oneroso (2), segun ántes hemos dicho.

3.º Si habiendo mandado á uno mismo dos testadores la misma cosa, hubiese el legatario obtenido su dominio en virtud de uno de los testamentos, mas no si hubiere logrado su estimacion (3), segun lo expuesto también anteriormente.

4.º Si el legatario muriese ántes que el testador, porque entonces el legado no puede recaer en él (4).

5.º Si muere el legatario ántes de cumplirse la condicion que habia impuesto el testador (5).

111. La misma facultad que el testador tiene para revocar las mandas, le asiste para modificarlas, imponer en ellas nuevas condiciones y trasladarlas á diferentes personas.

SECCION IV.

DE LAS DONACIONES POR CAUSA DE MUERTE.

112. Muy parecidas á las mandas son las donaciones por causa de muerte, tanto, que en la ambigüedad de los antiguos jurisprudenciosos acerca de si debian computarse entre las donaciones ó los legados, Justiniano resolvió la duda en el último sentido. Por lo tanto, elegimos este lugar para explicarlas. El carácter distintivo de dichas donaciones consiste en estar subordinadas á la condicion de la muerte.

(1) Ley 41, tít. IX, Part. VI.

(2) Ley 43 del mismo título y Partida.

(3) Ley 44.

(4) Ley 35. Añade la ley, que lo mismo sucederia en caso de que el legatario fuera desterrado para siempre. Ya en otros lugares hemos hablado de esta pena, que despues de la promulgacion del Código penal no puede producir los efectos ni tener la extension que la daban las leyes de Partida.

(5) Ley 34 del mismo título y Partida.

113. Hay donacion por causa de muerte:

1.º Cuando en un peligro inminente, como el de un combate, de un naufragio ú otro semejante, se da cierta cosa á uno con la condicion de recobrarla escapando de él.

2.º Cuando sin ningun peligro particular se da una cosa para que el donatario adquiera su propiedad despues de la muerte del donante (1).

114. La donacion por causa de muerte se puede hacer de un modo suspensivo ó de un modo resolutorio. Suspensivo, cuando se hace para el caso en que acontezca la muerte, como cuando uno dice: *Si muero en la epidemia, te doy la casa en que vivo*. Resolutorio, cuando hecha de presente la donacion, envuelve la condicion de resolverse cesando el peligro, como si se dijere: *Te doy la casa en que vivo, mas si no muero en la epidemia, me la devolverás*. La diferencia en el modo de dejar estas donaciones produce diversidad en los efectos. Hecha suspensivamente, no da ningun derecho en el momento, pero ocurrida la muerte en el caso previsto, el donatario adquiere la propiedad de la cosa sin necesidad de tradicion; doctrina no especial á esta donacion, sino general al derecho hereditario. Mas si se ha hecho con una condicion resolutoria, entónces la tradicion, que es indispensable, traspasa la propiedad aunque sólo revocablemente, no siendo la liberalidad más que la causa y no el modo de la adquisicion.

115. Para conocer los puntos de contacto de las donaciones por causa de muerte y de las mandas, no reputamos inoportuno adoptar el medio que han seguido muchos escritores de manifestar sus semejanzas y desemejanzas.

116. Son semejantes las donaciones por causa de muerte y las mandas, principalmente:

1.º En que unas y otras se perfeccionan por la muerte del donante ó testador.

2.º En que hasta ella son revocables.

3.º En que pueden hacerse á favor de las mismas personas.

4.º En que sin tradicion y por el mero hecho de la muerte transfieren la propiedad.

5.º En que en unas y otras pueden hacerse sustituciones.

(1) Ley 11, tit. IV, Part. V.

6.º En que en ellas tiene lugar la deduccion de la *Cuarta Falcidia*, en el supuesto de hallarse vigente.

7.º En el derecho de acrecer.

117. Se diferencian principalmente:

1.º En que la donacion por causa de muerte requiere á veces la intervencion del donatario y el concurso de dos voluntades (1).

2.º En que tambien á veces hay en ella tradicion de la cosa en vida del donante, en los términos que hemos expuesto. Pero frecuentemente vienen á ser una misma cosa los legados y estas donaciones.

118. Los que tienen capacidad para testar pueden hacer donaciones por causa de muerte (2), y éstas pueden constituirse en testamento y en codicilos, del mismo modo que las demás últimas disposiciones, sin que para su firmeza sea necesario mayor número de solemnidades. Sin embargo, si la propiedad de la cosa donada se hubiere de traspasar al donatario en vida del donante, parece que la donacion deberá hacerse por un acto entre vivos, puesto que los testamentos no producen efecto hasta despues de la muerte del testador. En este caso, parece tambien que no bastará tener capacidad para testar, sino además la libre administracion y disposicion de sus bienes (3).

119. No diremos, repitiendo las palabras de la ley de Partida (4), que las donaciones por causa de muerte se revocan por fallecimiento del donatario, acaecido ántes que el del donante, y

(1) La donacion hecha de un modo suspensivo no necesita para su validez de la aceptacion del donatario, pues no adquiere su fuerza hasta que muere el donante. A esta donacion debe referirse el considerando de una sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de Marzo de 1864.

(2) Ley 11, tit. IV, Part. V.

(3) Por la referida sentencia de 11 de Marzo de 1864, citada en la penúltima nota, se consideró válida una donacion de cierta parte de bienes para despues de la muerte del donante, hecha en escritura pública, y con la expresion de que si necesario fuese, se tuviera por parte de su disposicion testamentaria.

(4) La citada ley 11, tit. IV, Part. V. De conformidad con esta ley ha declarado el Tribunal Supremo, que las donaciones *mortis causa* son, por regla general, revocables por otras disposiciones de carácter testamentario que se hagan con las solemnidades que las leyes requieren. (Sentencia de 12 de Noviembre de 1872.)

por variar éste de voluntad, porque nada nuevo enseñaríamos despues de lo que hemos visto acerca de la revocacion de las mandas (1). Diremos sí que es particular á ellas el quedar revocadas, siempre que el donador hubiera salido de la enfermedad ó peligro que le indujeron á constituir las (2).

SECCION V.

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO (3).

120. Los legisladores, al conceder á los ascendientes la facultad de mejorar á sus descendientes, pusieron en sus manos el medio de premiar los servicios, cuidados y hasta las afecciones de los unos, de castigar la ingratitud y tibieza de los otros, y de poder atender á los que por circunstancias particulares tenían más necesidad de la solicitud paternal. Tuvieron además presente otro principio: frecuentemente los hijos, ya cuando constituyen familia separada, ya por otros motivos diversos, perciben con anticipacion parte del caudal de los ascendientes; en estos casos son tambien muy útiles las mejoras para equilibrar las legítimas y conservar en ellas la conveniente igualdad. La parte de que el ascendiente puede disponer en favor de uno de sus descendientes fuera de la legítima no deberia, sin embargo, ser la misma en todos los casos, sino tenerse en cuenta para su designacion el mayor ó menor número de hijos que tuviera el mejorante. Reforma que en nuestro concepto reclama esta institucion.

121. Sabemos que las mejoras fueron introducidas en España en tiempo de Chindasvinto é incorporadas entre las disposiciones del Fuero Juzgo (4). Los fueros municipales y el Viejo de

(1) *Aragon.*—Es notable en Aragon la disposicion legal que declara irrevocables las donaciones por causa de muerte, hechas en instrumento público y con fianzas. (Obs. 7.^a y 18, *De donation.*)

(2) Ley 11, tit. IV, Part. V.

(3) *Aragon.*—*Cataluña.*—*Navarra.*—No se conocen las mejoras en Aragon, en Cataluña ni en Navarra, provincias en que tienen los padres una facultad más amplia para disponer de sus bienes, como ya hemos visto en el lugar correspondiente.

(4) Ley 1.^a, tit. V, lib. IV.

Castilla las proscibieron completamente; pero volvieron á sancionarse en el Fuero Real, y ocupan un lugar importante entre las leyes de Toro.

122. *Mejora es la porcion de bienes que los ascendientes dejan á sus descendientes, fuera de la legítima.* Legítima de los descendientes, como ya tenemos dicho, es toda la herencia del difunto, excepto el quinto, y de los ascendientes, toda excepto el tercio (1). Pero si bien el ascendiente no puede disponer más que del quinto de la herencia fuera de sus descendientes, tiene derecho de dejar además el tercio, ya á alguno ó á algunos de los hijos, ó ya á uno ó más nietos, aunque viva el padre de éstos. Puede decirse, por lo tanto, que el tercio no es legítima de ningun descendiente en particular, sino de todos en general (2). Lo que no pueden hacer el padre ni la madre es dejar á ninguno de sus hijos ni descendientes más de un quinto de sus bienes en vida y en muerte, además del tercio (3). Cuando el ascendiente deja el tercio ó el quinto á alguno de sus descendientes, entónces se dice que le *mejora*.

123. Las mejoras se dejan, ó expresa ó tácitamente. Expresamente, con palabras claras y terminantes; tácitamente, cuando se hace una donacion en favor de alguno de los descendientes.

(1) Leyes 1.^a y 3.^a, tit. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) Ley 2.^a, tit. VI, lib. X de la Novísima Recopilacion. A pesar de lo terminante de la ley 18 de Toro, que es la 2.^a, tit. VI, lib. X de la Novísima Recopilacion acabada de citar, sostiene Antonio Gomez, sin manifestar los fundamentos de su opinion, que cuando el abuelo tiene un solo hijo y varios nietos, no puede mejorar á ninguno de éstos. Nosotros, conformes en esta parte con varios autores, entre los que se cuentan Molina, Covarrubias, y Llamas, creemos que la mejora es procedente, ya por las razones que brevisimamente indicamos en el texto, á saber, porque si bien el tercio es legítima de los hijos respecto de los extraños, no lo es respecto de los descendientes; ya porque seria una inconsecuencia que no tendria explicacion alguna el que en el caso de haber varios hijos, pudiera ser mejorado cualquiera de los nietos, y que en el de haber uno sólo, no tuviera lugar la mejora. Ninguna dificultad hallamos tampoco en resolver afirmativamente la cuestion de si podrá ser mejorado el nieto único, cuando el hijo del mejorante sea único tambien.

(3) Ley 8.^a, tit. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion (28 de Toro), aclaratoria de dos leyes del Fuero.

124. Se constituyen en testamento, ó por contrato entre vivos: en el primer caso, se pueden hacer tambien libremente por la mujer casada; en el segundo, necesita licencia del marido. Unas y otras son revocables al arbitrio del mejorante, viniendo de este modo á ser más bien la creacion de una esperanza que la trasmision de un derecho, hasta que llega el caso de morir el que las otorga. Pero las constituidas por contrato serán irrevocables en los casos siguientes:

1.º Si el mejorante hubiere entregado al mejorado la posesion de las cosas en que consistia la mejora.

2.º Si le hubiere entregado ante escribano la escritura en que estaba constituida.

3.º Cuando se hubiere hecho en virtud de contrato oneroso con un tercero (1).

Sin embargo, aún en estos tres casos podrán revocarse las mejoras, siempre que el mejorante se hubiere reservado esta facultad, y sólo en los dos primeros, cuando el mejorado hubiese incurrido en una de las causas en virtud de las que pueden revocarse las donaciones perfectas (2).

(1) Cuando el mejorante no tiene facultad de revocar la mejora, tampoco la tiene para dejarla sin efecto y hacerla irrealizable, enajenando á una persona extraña y de un modo absoluto el derecho de usar, labrar y cultivar los bienes en que consiste; y en su consecuencia, el mejorado puede reclamar legítimamente la nulidad de la enajenacion. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de Octubre de 1869.)

(2) Ley 1.ª, tit. VI, lib. X de la Novísima Recopilacion. Palacios Rubios, Matienzo, y Llamas y Molina, juzgan que ninguna causa de ingratitud es suficiente para revocar la mejora hecha por contrato oneroso con un tercero; opinion que hemos adoptado en el texto por parecernos acertada y equitativa.

Los derechos adquiridos por el hijo mejorado, cuando la mejora es irrevocable por haberse hecho en virtud de contrato y por causa onerosa con un tercero, pueden ser transmitidos por aquél, ya en vida, ya en muerte, al que le haya de suceder por testamento ó abintestato. Además, la mejora hecha por contrato no puede ser revocada por un acto unilateral, cual es el testamento. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de Diciembre de 1862.) La mejora de que habla este considerando debe entenderse, en nuestro concepto, de la que se hace irrevocablemente y cuando el padre no se ha reservado la facultad de revocarla. De conformidad con la ley se halla tambien declarado por el Tribunal Supremo que, hecha la mejora

125. Las mejoras contenidas en testamento nunca pueden ser irrevocables, porque siempre han de seguir la naturaleza de las últimas voluntades (1).

126. Pueden hacerse promesas de mejorar ó de no mejorar. La promesa de mejorar á cualquiera de los descendientes deberá ser cumplida, y si el mejorante no la cumpliera, pasados los dias de su vida se tendrá por hecha; pero esta doctrina se entiende solamente cuando la promesa se hubiere hecho por contrato oneroso con un tercero, ó por título de matrimonio. Será válida tambien la promesa de no mejorar á ninguno de los descendientes; mas para que surta efecto, deberá haber sido otorgada por escritura pública (2). Sin embargo, si la promesa de no mejorar se ha hecho en favor de uno de los hijos y no en beneficio de todos, no tan sólo podrá ser mejorado aquél, sino tambien cualquiera de los demás, con tal que no sufra desmembracion lo que el primero deberia percibir á no haber habido la mejora; doctrina no establecida expresamente por la ley, pero deducida de su espíritu y de su recta interpretacion (3).

127. Con objeto de evitar las prodigalidades de los padres al contraer sus hijas matrimonio, la ley prohíbe que puedan ser mejoradas tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, é invalida la promesa que se las hace de mejorarlas

por causa remuneratoria, entregándose al mejorado la escritura en que se hizo, y pactada su irrevocabilidad, constituye un contrato bilateral entre vivos que no puede revocarse por disposicion testamentaria. (Sentencia de 2 de Enero de 1872.) Muriendo el mejorado condicionalmente, ántes de cumplirse la condicion, ningun derecho trasmite. (Sentencia de 20 de Diciembre de 1873.)

(1) Ley 1.ª, tit. IV, lib. X de la Novísima Recopilacion.

Toda mejora constituida en un testamento cuyos efectos no tienen lugar hasta despues de la muerte del testador, aunque éste le dé el título de contrato irrevocable, puede ser revocada legítimamente por otro testamento posterior. (Sentencia de 7 de Febrero de 1874.)

(2) Ley 6.ª Algunos autores sostienen que en este último caso es necesario que haya mediado tambien título oneroso, así como que en el primero se haga constar por escritura pública la promesa de mejorar. El sentido y la forma en que está redactada la ley de Toro, no dejan de dar bastante fuerza á esta opinion.

(3) Castillo, Palacios Rubios, y Acevedo.

por vía de dote ó casamiento. Las mejoras que se les dejan en testamento, no siendo con fraude, son válidas y no están comprendidas en la prohibición de la ley (1).

128. Ha solido suscitarse la cuestion sobre si se puede hacer á las hijas la promesa de no mejorar á los demás hijos; nosotros no dudamos en resolverla afirmativamente, puesto que la ley sólo prohibe hacerlas de mejor condicion que á sus hermanos. Las razones que dan algunos en contra de esta opinion, apoyándose principalmente en que, siendo el espíritu de la ley coartar los excesos en las dotes, debe interpretarse en un sentido prohibitivo, nos parecen poco satisfactorias (2).

129. Para deducir las mejoras, se atiende al tiempo de la muerte del testador y no al en que se hicieron (3). Las diferentes donaciones que anteriormente se hubiesen hecho á los hijos, sea en el concepto de dote, de donacion *propter nuptias*, ó de cualquiera otro, aunque tendrán que traerse á colacion para saber si son ó no inoficiosas, no se computan para aquel efecto (4), porque se hallan fuera del patrimonio, del cual únicamente deben hacerse las deducciones despues de satisfechas las deudas hereditarias.

130. En la mejora tácita es necesario distinguir si la donacion que intervino ha sido simple, ó por causa. La donacion simple se imputa, primero en el tercio, despues en el quinto, y últimamente en la legítima (5), porque se considera acto de pura liberalidad. La donacion por causa, primero en la legítima; si áun excediere á ésta, en el tercio, y finalmente en el quinto, porque se cree que el objeto del mejorante fué, ante todo, dar al mejo-

(1) Ley 6.^a, tít. III, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) Acevedo, Sala, y Gutierrez. Este último escritor se equivoca sobremanera, al afirmar que si valiera esta promesa, resultaria la hija tácitamente mejorada, contra la prohibición de la pragmática, respecto de aquella parte de que podia ser privada en beneficio de los demás hijos. Pero aquí no existe tal mejora; lo único que se hace es asegurar á la hija la conservacion de su legítima lata, con lo cual no puede decirse que se hace mejor su condicion, sino igual á la de sus hermanos.

(3) Ley 7.^a, tít. VI, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(4) La ley 9.^a del mismo título y libro establece terminantemente esta doctrina.

(5) Ley 10.

rado su legítima anticipada (1). El exceso de estas cuotas se devuelve al cuerpo de la herencia para dividirlo con igualdad entre todos los hijos.

131. Suele decirse que la dote queda preservada del vicio de inoficiosa, con tal que quepa en los bienes del padre con arreglo al valor que éstos tenían, ya en el tiempo en que la dió ó prometió, ó ya en el de su fallecimiento, segun eligiere la dotada. Pero creemos abolida por la pragmática de Madrid (2) la ley

(1) Ley 5.^a, tít. III, libro X de la Novísima Recopilacion. Las leyes 26 y 29 de Toro, que son la 10 del tít. VI y la 5.^a del tít. III, lib. X citadas, están á primera vista en contradiccion: las explicamos como lo hace la mayor parte de nuestros jurisconsultos, á cuya opinion nos adherimos. Así tambien han sido entendidas por el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de Junio de 1873. Como anticipacion en cuenta de la legítima, se consideran igualmente las donaciones causales, en sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Abril de 1865.

(2) Ley 6.^a del mismo título y libro. La ley 29 de Toro disponia que para determinar si la dote era inoficiosa ó no, se pudiera elegir uno de dos tiempos, á saber: aquel en que se habia entregado ó prometido, ó en el que se habia verificado la muerte del donante; de suerte que si cabia en la legítima y en el tercio y en el quinto de los bienes, atendido el valor de ellos en la época en que habia sido entregada ó prometida, no era inoficiosa, aunque al tiempo del fallecimiento del ascendiente excediera de aquel valor. Mas publicada la pragmática de Madrid de 1534, quedó abolida terminantemente la disposicion de esta ley en cuanto á la facultad de mejorar á las hijas por contrato entre vivos, ya expresa, ya tácitamente, siendo este un punto tan claro y tan incontrovertible, que no ha dado lugar á dudas ni cuestiones entre los intérpretes de alguna autoridad. Pero no sucede lo mismo por lo que respecta á si quedó subsistente el derecho de elegir el tiempo á que se ha de atender para saber si la dote cabe ó no en la legítima. Los que están por la afirmativa, se fundan en las palabras de la petition que dirigieron al Monarca las Cortes de Madrid del referido año, en la cual se manifestaba la conveniencia de que las dotes no pudieran exceder de la legítima que correspondiera á la dotada, si se partiesen los bienes al tiempo de su constitucion; y se apoyan tambien en que por la pragmática publicada á consecuencia de aquella petition, se establecia como pauta para regular la legítima, la renta de los dotantes al tiempo de la entrega ó de la promesa de las dotes. Fuerza es confesar que en muchos tribunales del reino se ha explicado así la ley, y concedido á la dotada la facultad de elegir. No obstante, nosotros, despues de haber examinado detenidamente esta cuestion, juzgamos que no tiene lugar el derecho de

de Toro (1) en que esta opinion se fundaba, y por consiguiente, sin opcion la hija al derecho de elegir, debiendo tambien atenderse en este caso á la época de la muerte, porque de lo contrario seria una mejora tácita.

132. Dejados el tercio y el quinto, se saca primero el último, á no haber fuero ó costumbre en contrario (2), porque generalmente se constituye en beneficio del alma del testador (3). Algunos escritores señalan dos casos de excepcion:

1.º Si el testador hubiera dispuesto lo contrario, renunciando de esta suerte un beneficio introducido en su favor.

2.º Si la mejora del tercio se hubiera hecho irrevocablemente.

133. Declarado nulo el testamento, serán tambien nulas las mejoras; pero declarada nula solamente la institucion, aquéllas

eleccion, porque eludiria con frecuencia la ley prohibitiva de mejorar á las hijas por causa de dote, y ofreceria muchas veces el repugnante espectáculo de verlas disfrutando una cantidad considerable de los bienes paternos, mientras sus hermanos se veian privados de percibir porcion alguna del mismo patrimonio, del que nada quedaba á la muerte del padre, ya por mala administracion de éste, ya por circunstancias desgraciadas é inevitables. Escribhe hace una advertencia que no debe ser omitida. Segun él, si la dote cabia al tiempo de su constitucion y al de la muerte del padre, considerados todos los bienes de éste, pero resultó excesiva por haber sido mejorado alguno de los otros hijos, no por eso la mujer deberá ser obligada á restituir el exceso, siempre que la totalidad de la dote cupiese en su legitima larga.

(1) Ley 5.ª, tit. III, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) Ley 214 del Estilo.

(3) Efectivamente, segun la ley 9.ª, tit. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion, la cera, misas y gastos del entierro se tienen que sacar del quinto y no del cuerpo de la hacienda del testador, aunque éste disponga lo contrario, así como las otras mandas graciosas. Esto, sin embargo, debe entenderse cuando deja descendientes á quienes se debe la legitima, para evitar que en ella queden perjudicados. Si uno de los hijos ha sido mejorado en el tercio, y el testador no ha dispuesto del quinto, de éste se sacarán primeramente los expresados gastos, del resto de la hacienda el tercio de la mejora, y lo que despues resulte se dividirá entre los demás hijos; mas si al hijo mejorado en el tercio se le hubiere impuesto la carga de pagar el funeral, misas y legados, deberá cumplirla, pero solamente hasta donde alcance el quinto. Doctrina no establecida expresamente en la ley, pero que se deduce de su espíritu y recta interpretacion.

permanecerán subsistentes (1). El mejorado puede abstenerse de la herencia y admitir la mejora, pagando las deudas á prorata y quedando obligado á satisfacer del mismo modo las que despues resultaren, ya consista la mejora en cosa cierta, ya en incierta parte de los bienes (2).

134. Solamente los que pueden obligarse podrán hacer mejoras por contrato entre vivos; más para hacerlas en testamento bastará tener capacidad para otorgarle. En la mejora puede el mejorante imponer el gravámen que quisiere, *no siendo perpétuo*, así de restitucion como de sustituciones y fideicomisos, segun doctrina establecida por el Tribunal Supremo, de conformidad con leyes en parte derogadas por otras posteriores (3).

135. El mejorante puede señalar las cosas en que ha de consistir la mejora, pero no cometer á otro esta facultad (4). El hijo está incluido tambien en esta prohibicion, cuyos motivos concurren en él todavia con más fuerza que en los extraños. Es, por consiguiente, errónea é infundada la opinion de los que sostienen lo contrario (5).

(1) Ley 8.ª, tit. VI, lib. X de la Novísima Recopilacion. Esta ley habla del caso en que el testamento se rompiere ó anulare por causa de pretericion ó desheredacion; pero como el testamento en que no hay instituido heredero, ó en el que el instituido no quiere heredar, es válido en cuanto á las mandas y á las demás cosas que en él se contienen, nosotros sólo consideramos nulo el que carece absolutamente de toda fuerza legal, y se reputa como no existente en todas sus partes.

(2) Ley 5.ª, del mismo título y libro.

(3) Ley 11, tit. VI, lib. X de la Novísima Recopilacion. Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de Octubre de 1867.

(4) Ley 3.ª, tit. VI, lib. X de la Novísima Recopilacion. Está destituida de sólido fundamento la diferencia que Acevedo, Angulo, Tello, Gomez, Matienzo, y Palacios Rubios establecen entre la comision general y la especial para hacer la designacion, suponiendo que la ley se limita á la primera y no es extensiva á la segunda: nosotros opinamos como Sala, y Llamas y Molina.

(5) Es notable efectivamente que de las palabras generales de la ley, hablando de la prohibicion de cometer la facultad de designar las cosas en que consista la mejora á *otra persona alguna*, se quiera deducir una consecuencia violenta, cual es la de no estar comprendido en ella al hijo mejorado, alegando que no es de creer que la ley quisiera incluirle en la prohibicion general, y sosteniendo que como la facultad de hacer el señalamiento

136. Si no estuvieren designados los bienes en que habia de consistir la mejora, se sacará de los de la herencia, no siendo permitido á los herederos el darla en dinero, á no ser que las cosas hereditarias no admitieren cómoda division (1), ó que en ello se conviniere el mejorado.

SECCION VI.

DEL DERECHO DE ACRECER.

137. Teniendo las leyes de Partida establecido el principio de la institucion de heredero como una circunstancia esencial para la validez de los testamentos, y deduciéndose tambien de ellas la aprobacion de la máxima romana acerca de que ninguno pudiera morir en parte testado é intestado en parte, resultaba que en las herencias se hacia necesario el derecho de acrecer. Pero la ley del Ordenamiento no confirmó esta doctrina, ni sancionó, por consiguiente, semejante necesidad (2). Así, pues, sólo tendrá lu-

versa en utilidad de los mismos hijos, debe ampliarse en beneficio de ellos. Nosotros creemos que no deben admitirse excepciones no marcadas en la ley, y que seria una interpretacion bien poco equitativa el conceder al hijo mejorado la facultad de hacer el señalamiento de las cosas en que habia de consistir la mejora, puesto que siempre lo verificaria en aquellas que por lo ménos tuvieran á sus ojos mayor valor de afeccion. Sala, no obstante, opina lo contrario. El Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de Marzo de 1870, ha venido á confirmar la doctrina que exponemos en el texto y que ampliamos en esta nota.

(1) Ley 4.ª, tít. VI, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) No están conformes nuestros intérpretes acerca de si por la ley 1.ª del tít. XIX del Ordenamiento, que es la 1.ª, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, se derogó ó no la necesidad del derecho de acrecer. Búrgos de Paz, Ayllon, y Pichardo sostienen, la opinion negativa, fundándose principalmente en que, hallándose establecido expresamente el derecho de acrecer en la ley 14, tít. III, Part. VI, difícilmente debe considerarse derogado por induccion. Matienzo y Elizondo no lo consideran subsistente, y el último dice haberlo declarado así el Consejo de Indias en grado de mil y quinientas. D. Márcos Gutierrez coincide con nuestra opinion. Diversas sentencias del Tribunal Supremo consideran tambien sub-

gar aquel derecho cuando expresamente se estableciere por el testador ó se coligiere de sus palabras de un modo inequívoco; de suerte, que en el dia no será hijo de la necesidad, sino sólo de la voluntad del que testa.

138. Suele definirse diciendo que *es aquel derecho en cuya virtud se agregan á los coherederos, comejorados ó colegatarios llamados á una misma cosa, las porciones de sus coherederos, comejorados ó colegatarios muertos antes que el testador, ó que han hecho renuncia de su parte* (1).

139. Por consiguiente, para que tenga lugar se necesita:

1.º Que el coheredero, comejorado, ó colegatario, renuncie lo que le toca, ó que se verifique su muerte ántes que la del testador, ó que por cualquiera otra causa no llegue á obtener su parte en la herencia, manda ó mejora.

2.º Que haya una verdadera conjuncion. Esta existe cuando dos ó más son llamados á una misma cosa. Y pueden estar unidos solamente en ella ó tambien en las palabras. Pertenecen al primer caso los que son llamados en distintas oraciones á una misma cosa: pertenecen al segundo, los que están llamados á una misma cosa en una misma oracion (2).

140. Si hay conjuntos de ambas especies, faltando uno de los

sistente (aunque voluntario) el derecho de acrecer, entre otras las de 24 de Enero de 1862, 12 de Junio y 29 de Diciembre de 1863, 13 de Marzo de 1868, 12 de Junio de 1869 y 3 de Marzo de 1873.

(1) En las mejoras constituidas por contrato, hechas de un modo irrevocable, no tiene lugar el derecho de acrecer, porque en tal caso son transmisibles á los herederos del mejorado, aun cuando muera éste ántes que el mejorante; pero si tiene lugar en virtud de renuncia.

(2) Ley 33, tít. IX, Part. VI. Esta ley dice que la manda se haria *ayuntadamente en esta manera: Mando á fulan é á fulana tantos maravedís ó tal cosa, nombrándolos todos uno á uno señaladamente, cuantos fueren aquellos á quien lo mandasse. Et apartadamente..... como si dixiese, mando á fulan tal mi viña; et despues desso dixiese en aquel mesmo testamento que mandaba aquella mesma viña á otro, et despues á otro, nombrando á cada uno dellos por sí.....* No hay absoluta conformidad entre los intérpretes respecto á la clase de conjuncion que ofrece el primer ejemplo. Unos sostienen que pertenece á la de los conjuntos, que se llamaban *re et verbis*, mientras otros aseguran que sólo se habla de los conjuntos *verbis tantum*. Gregorio Lopez da á entender que puede alegarse en favor de ambas opiniones, y por

de la primera, su porcion acrecerá á todos los restantes, computándose como una sola persona los que están unidos en las cosas y en las palabras. Mas si uno de estos últimos faltare, su porcion acrecerá tan sólo á los de la misma clase, por tener estos la consideracion que acabamos de indicar respecto á los otros. Fúndase esta doctrina en la voluntad presunta del testador.

141. Las leyes de Partida han hablado con mucha brevedad de esta materia, ampliamente examinada en el derecho romano, adonde deberán acudir los que quieran enterarse de ella con alguna extension. Nosotros solamente añadiremos á lo que ya hemos expuesto, que, en nuestro concepto, debe hacerse extensivo á las donaciones por causa de muerte lo que dejamos dicho acerca del derecho de acrecer en las herencias, mejoras y mandas.

SECCION VII.

DE LOS TESTAMENTARIOS.

142. Suelen los testadores designar á ciertas personas en sus testamentos, para que cumplan sus disposiciones y ejecuten sus últimas voluntades. Estas personas se llaman testamentarios (1), mansosores, cabezaleros (2), albaceas ó ejecutores de últimas voluntades.

143. Por regla general no pueden ser albaceas los que tienen prohibicion de testar; y además de éstos, se consideran sin capacidad para serlo, los religiosos que no hubiesen obtenido licencia de sus superiores (3), y las mujeres. La incapacidad de éstas se

consiguiente, comprender ambas especies de conjuntos. Pero en la práctica no tiene esta cuestion la misma importancia que tenia en el derecho romano.

El Tribunal Supremo, en sentencias de 3 de Marzo de 1873 y 7 de Enero de 1874, cita aquella ley en apoyo de una declaracion suya favorable al derecho de acrecer.

(1) Proemio del tit. X, Part. VI.

(2) Ley 1.^a, tit. X, Part. VI.

(3) Ley 2.^a del mismo título y Partida. Segun Gregorio Lopez, los religiosos que habian desempeñado el cargo de ejecutores testamentarios con permiso de sus prelados, estaban obligados á dar cuenta de su administra-

funda en una ley del Fuero Real (1); mas como las leyes de este código, en tanto tienen fuerza en cuanto son usadas y guardadas, la prohibicion sólo es extensiva á los pueblos en que por práctica se observa. En los demás podrán serlo, pero juzgamos que si estuvieren casadas, necesitarán la licencia del marido, así como la del padre si están en la patria potestad. Respecto á los religiosos secularizados y exclaustros, parece que por la ley civil pueden en el dia desempeñar este cargo (2).

144. En defecto de albaceas testamentarios (3), los hay que reciben el nombre de legítimos, y otros el de dativos. Es *albacea legítimo* el heredero, pues tiene naturalmente la obligacion de cumplir la voluntad del finado. Mas como en realidad esta obligacion procede principalmente del hecho de la aceptacion de la herencia, que constituye un cuasi contrato en virtud del cual los herederos tienen que cumplir la voluntad del testador, se ha considerado impropia respecto de éstos la calificacion de albaceas legítimos. Será, no obstante, más exacta, aplicada á los parientes

cion, y podian ser reconvenidos ante los jueces ordinarios. Los frailes menores tenian una incapacidad absoluta de ser albaceas. En realidad, la ley de Partida que acabamos de citar no ponia estas limitaciones, pero sí el derecho canónico.

(1) Ley 7.^a, tit. V, lib. III. A estas incapacidades parece que debía añadirse la de los menores de edad: en efecto, implica cierta contradiccion que el que no tiene aptitud legal para manejar sus negocios, sea reputado hábil para manejar los ajenos; mas la práctica, fundándose sin duda en que á los diez y siete años pueden ser procuradores para los negocios extrajudiciales, admite á los menores que los han cumplido. No todos, sin embargo, están conformes con esta opinion, sosteniendo que no es lo mismo un procurador cuyo poder puede ser revocado por el mandante, que el testamentario cuyas facultades empiezan cabalmente cuando aquel murió.

(2) Artículo 38 de la ley de 29 de Julio de 1837. Al confesor del testador en la última enfermedad no le prohíbe la ley ser albacea, si bien esto deberá limitarse al caso en que el testador no le prevenga cosa alguna que redunde en su propio lucro, ó en el de sus parientes ó iglesia. (Sentencias del Tribunal Supremo, de 18 de Junio de 1864, de 15 de Diciembre de 1865 y de 24 del mismo mes de 1866.)

(3) El albacea puede designar persona que le sustituya en el albaceazgo, siempre que le hubiere concedido esta facultad el testador. (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Diciembre de 1862.)

que suceden abintestato, y que tienen el deber de disponer el entierro y funerales del difunto que no habia hecho ninguna disposicion.

145. *Albacea dativo* es el nombrado por el juez, cuando la persona de cuya sucesion se trata ha muerto sin testar y sin dejar descendientes, ascendientes ó colaterales dentro del cuarto grado. Sus facultades se reducen á disponer el entierro, exequias y todo lo demás propio de este cargo, con arreglo á las leyes (1). Vemos, pues, aquí el mismo orden gradual que establecen las leyes para la tutela.

146. El deber de los albaceas es cumplir la voluntad de los testadores en los términos en que éstos la hubiesen expresado (2). Pueden, por consiguiente, reclamar las cosas de *que fueron hechas las mandas*, bien se hallen en poder del heredero ó de otra persona, para entregarlas á los legatarios; mas no podrán obligar á los herederos del finado á que les entreguen los bienes de éste para cumplir su testamento, pero cada uno de los legatarios podrá hacer directamente la reclamacion de la parte que le hubiere sido legada (3). Se exceptúan, no obstante, los cuatro casos siguientes en que los albaceas tendrán derecho de exigirlo:

1.º En las mandas piadosas.

(1) Artículo 966 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*. Cuando faltan todos los albaceas designados por el testador, y el heredero carece de persona que especialmente le represente, como sucedió en el caso de haber sido instituida única y universal heredera el alma, el nombramiento de albacea dativo corresponde al juez de primera instancia, al ménos por analogía. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de Marzo de 1869.)

(2) Leyes 2.ª y 3.ª, tít. X, Part. VI. Es doctrina legal admitida que las facultades de los albaceas se extienden, no sólo al cumplimiento de las mandas piadosas, sino tambien al de los demás encargos que les encomienden los testadores. (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Diciembre de 1864.) Son nulos los actos de los albaceas cuando no se agitan á lo dispuesto por el testamento. (Sentencia de 3 de Junio de 1864 y 6 de Mayo de 1871.)

(3) Leyes 2.ª y 4.ª, tít. X, Part. VI, y sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Febrero de 1872, que en la de 6 de Febrero de 1875 declara tambien que, los albaceas testamentarios no están obligados por las leyes 1.ª y 2.ª, tít. III, Part. VI, á cumplir las mandas, sino por los bienes del testador que puedan tener á su disposicion.

2.º Cuando el testador lega una cosa á otro juntamente con ellos.

3.º En las mandas de alimentos.

4.º Cuando el testador les da facultades para hacerlo (1).

147. El albacea no puede ser obligado á admitir este cargo; pero una vez admitido, debe cumplirlo con exactitud en el término que hubiere señalado el testador. No habiéndose hecho este señalamiento, debe evacuar su cometido lo ántes posible, y á más tardar dentro del plazo de un año, contado desde la muerte del que le nombró (2). Si hubiere varios y algunos no quisieren ó no pudieren cumplirlo, será válido lo que hagan los restantes, aunque esta facultad no se haya conferido *in solidum* á cada uno de ellos (3). Cuando por descuido ó malicia no ejecutaren la voluntad del testador, y fueren amonestados y removidos, pierden la parte que les dejaba en el testamento; pero si fueren des-

(1) Ley 4.ª, tít. X, Part. VI. Los albaceas no pueden proceder á la venta de los bienes de los menores, aunque el testador les hubiese dado facultades para ello, sino en los casos y en la forma prescritos por las leyes y con el otorgamiento del juez, áun cuando la enajenacion tenga por objeto el pago de las deudas. Tampoco su carácter de árbitros, arbitradores y amigables componedores los autoriza para la enajenacion de bienes, sin formalizar previamente inventario. (Sentencias del Tribunal Supremo, de 22 de Octubre de 1857 y de 19 de Octubre de 1859.) Por último, por muy amplias que sean las facultades que el testador conceda á los albaceas, nunca pueden autorizarlos para resolver una cuestion puramente legal. (Sentencia de 12 de Mayo de 1870.)

(2) Esto debe entenderse, segun el Tribunal Supremo, cuando no sea materialmente imposible cumplir en tan breve plazo la voluntad del testador; pero no cuando el destino dado por éste á la herencia y otras especiales circunstancias de la testamentaria, hagan imposible su conclusion en el término limitado que señala la ley. (Sentencias de 26 de Noviembre de 1861 y de 28 de Febrero de 1872.)

(3) Ley 6.ª Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de Marzo de 1865. Los jueces reales son los competentes para compeler á los albaceas al cumplimiento del testamento, áun relativamente á las mandas piadosas, si bien en cuanto á éstas se ha de conservar á los obispos el derecho de averiguar si se ha cumplido ó no. Doctrina conforme á las leyes 13, 14 y 16, título XX, lib. X de la Novísima Recopilacion, que han modificado lo dispuesto en la 7.ª, tít. X, Part. VI.

endientes, deberá quedarles salva la legítima (1); disposición que nos parece también extensiva á los ascendientes.

148. Si fuere necesario proceder á la venta de bienes del difunto, debe verificarse en pública subasta (2); y está prohibida á los testamentarios la compra de todos ó de cualquiera parte de ellos, bajo la pena de nulidad y de otras señaladas en el Código penal (3). Esto no es extensivo á los bienes ya adjudicados, porque entónces el albacea ha cesado en su cargo, y los bienes han dejado de ser de la testamentaria.

149. La *revocacion* hecha por el testador, la *muerte* del nombrado, su *impotencia* física ó moral, su *remocion* como sospechoso, la *terminacion* del plazo señalado sin haber cumplido su encargo, son causas que impiden que nazcan, ó hacen que espiren las facultades del albacea. Este cargo, como personalísimo, sólo es trasmisible mediante expresa autorizacion del testador (4).

SECCION VIII.

MODOS DE PERDER SU FUERZA LAS ÚLTIMAS VOLUNTADES.

150. Una disposición otorgada sin las solemnidades prescriptas por el derecho, ó por persona incapaz de testar, es *nula* desde el principio; pero aunque haya sido válida, pueden sobre-

(1) Ley 8.^a, tít. X, Part. VI. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de Febrero de 1872.)

(2) Ley 62, tít. XVIII, Part. III. Mas la limitacion de esta ley sólo se refiere á los casos ordinarios, y no á aquellos en que el testador autoriza á los albaceas con facultades extraordinarias y les prescribe la manera en que deben vender sus bienes para el cumplimiento de su voluntad. (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Enero de 1866.)

(3) Ley 1.^a, tít. XII, lib. X de la Novísima Recopilacion. Artículo 412 del Código. Esta prohibicion no es extensiva al que al mismo tiempo que albacea es heredero y compra en concepto de tal. (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Noviembre de 1859.) Tampoco tiene aplicacion á las adjudicaciones de bienes que se les hacen, mediante las solemnidades legales, en pago de anticipaciones de cantidades que hayan hecho en beneficio de tercero. (Sentencia de 14 de Diciembre de 1875.)

(4) Sentencia de 29 de Marzo de 1869.

venir tales circunstancias que la invaliden posteriormente. Las leyes de Partida no tienen fuerza en muchas de sus doctrinas acerca de esta materia, porque el Ordenamiento de Alcalá hizo notables innovaciones, incompatibles con lo dispuesto en aquel código. La ley que establece entre otras cosas que no haya necesidad de la institucion de heredero para la validez de los testamentos (1), ha producido alteraciones trascendentales en las materias que este título comprende.

151. Los testamentos se invalidan, ó totalmente, ó en cuanto á la institucion de heredero; y ninguno puede hacer un testamento tan firme, que le impida revocarlo á su voluntad hasta el día de su muerte (2). Lo que decimos de los testamentos, se entiende también de los codicilos en lo que les fuere aplicable.

152. Se invalidan totalmente:

Primero.—Por el otorgamiento de un testamento posterior perfecto (3); lo cual admite las siguientes excepciones:

(1) Ley 1.^a, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) Ley 25, tít. I, Part. VI. Pero este precepto de la ley no es tan absoluto, que no deba subordinarse á lo que otras leyes del mismo código tienen establecido para cerciorarse de la verdadera voluntad de los testadores, como hemos de ver en esta misma seccion. (Sentencia del Tribunal Supremo de 1.^o de Octubre de 1860.) No obstante, cualquiera excepcion de este principio debe interpretarse en sentido restrictivo, como todo lo que tienda á coartar el libre ejercicio de tan importante derecho. En su consecuencia, no tendrá valor ni efecto la cláusula en que se obligue el testador á pagar una cantidad ó pension en caso de revocar su testamento por otro posterior. (Sentencias de 22 de Junio de 1865 y 12 de Julio de 1879.) Pero si bien es cierto que el testamento puede ser revocado por el testador, siempre que así le plazca, en cualquier época de su vida, no lo es ménos que las disposiciones testamentarias sólo adquieren toda su eficacia desde la muerte del testador, y que desde entónces pasa el señorío de sus cosas á los herederos ó legatarios llamados á su obtencion; y así lo tiene reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de Noviembre de 1878.

(3) *Fecho despues cumplidamente.* Ley 21, tít. I, Part. VI. Segun la ley 3.^a, tít. XII, Part. VI, este principio no es aplicable á los codicilos, puesto que dicha ley permite el otorgamiento de muchos, sin que los unos quiten su fuerza á los otros, á no ser que el testador disponga de un modo explícito lo contrario.

Se halla reconocido por el Tribunal Supremo de Justicia, que cualquier documento otorgado con los mismos requisitos que exige la ley para la va-

1.^a Cuando se hubiere hecho en la falsa creencia de que había muerto el instituido en el primero, puesto que no era cierta la causa que había inducido al testador á cambiar de voluntad; sin embargo, siempre serian válidas las mandas del segundo (1).

2.^a Si en el primero se instituyere por herederos á los hijos, pues para entenderse revocado, deberá hacerse mencion de él en el segundo (2); lo cual procede sin perjuicio de la le-

lidad de las últimas voluntades, en que esté expresamente consignada la voluntad del otorgante de revocar y anular un testamento anterior, es válido y eficaz. (Sentencia del Tribunal Supremo. publicada en 1.º de Febrero de 1861.)

Aragón.—También el testamento anterior, aunque se halle adverbado con juramento, es derogado por el posterior, lo cual se verifica aún en el caso de que marido y mujer testen en un mismo papel, pudiendo el sobreviviente revocar su disposición; pero no cuando uno de los cónyuges testó y el otro consintió en lo que disponía. (Obs. 1 y 2, *De testament.*, libro VI.)

Navarra.—El testamento de hermandad de marido y de mujer ó de cualesquiera otras personas no puede revocarse por una de ellas, despues de la muerte de uno de los de la hermandad; pero sí en vida de los otorgantes, por consentimiento comun, ó por cualquiera de ellos en cuanto á sus bienes propios, dando noticia á los demás. (Ley 41 de las Cortes de 1765 y 1766.)

Vizcaya.—El testamento otorgado en presencia de escribano público y testigos no se puede revocar en cuanto á la institucion de heredero, en presencia de testigos, sin escribano público, pero sí en cuanto á las mandas que en él se hubieran hecho. (Ley 2.^a, tit. XXI del Fuero.)

(1) Ley 21, tit. I, Part. VI. Esta ley habla de las mandas hechas por motivos piadosos á parientes ó amigos, lo que implícitamente viene á comprenderlas todas, y esta es la opinion de nuestros jurisconsultos.

(2) Ley 22, tit. I, Part. VI.

Cataluña.—A pesar del privilegio concedido por la ley única, tit. I, libro VI, vol. II de las Constituciones de Cataluña á los ciudadanos de Barcelona, debe considerarse en toda su fuerza, también respecto á ellos, la novela 107 de Justiniano, segun la cual, el testamento otorgado *inter liberos* no puede ser revocado ni invalidado por otro posterior, á no ser que este contenga cláusula especial de derogacion, expresando claramente la voluntad de revocar y anular el primeramente otorgado. (Sentencias del Tribunal Supremo, de 23 de Setiembre de 1864, de 28 de Diciembre de 1876 y de 18 de Enero de 1879.)

gítima que en todo caso debe quedar á los descendientes que no han sido desheredados por justa causa.

3.^a Cuando el primero contiene cláusula general ó especial derogatoria, pues para considerarle revocado, será preciso que el testador exprese *señaladamente* en el segundo, que revoca el anterior, y añada que las palabras dichas en éste no perjudiquen al último (1).

(1) Ley 22 del mismo título y Partida. La palabra *señaladamente*, empleada por la ley, ha suscitado la cuestion de si para considerar revocado el testamento que contiene una cláusula derogatoria, deberá hacerse mencion especial, *individual*, como dicen los intérpretes, ó si bastará la general. Gregorio Lopez y otros autores citados por él sostienen que esta última (*especial*, segun Lopez), será suficiente, diciendo por ejemplo: *No obstante quacumque cláusula derogatoria, hujus ultimi testamenti dispositionem valere volo*. Y aún añaden, que siempre que por conjeturas pueda decir el juez que la voluntad del testador fué que valiera el segundo testamento, aunque en él no se haya hecho mencion expresa de la cláusula derogatoria contenida en el primero, éste se tendrá por revocado.

Pero considerando que la razon principal que ha podido tener la ley, al establecer la doctrina que exponemos en el texto, ha sido la de hacer ilusorias las sugerencias, y más que todo la coaccion, que en circunstancias dadas influyen en el ánimo de los testadores coartándoles su libertad, es nuestra opinion que para declarar revocado un testamento anterior con cláusula derogatoria, será indispensable que en el posterior se haga mencion especial de las mismas ó equivalentes palabras con que aquella estaba redactada. De todos modos es lo más seguro hacerlo así, porque esto puede evitar muchos litigios. Y esta parecia ser la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, al declarar que el testamento con cláusula derogatoria ó *ad cautelam* queda invalidado por el posterior que le revoca, si en la memoria testamentaria que forma parte del mismo se reproducen *literalmente* con este objeto las palabras de aquella cláusula. (Sentencia de 19 de Octubre de 1861.) Sin embargo, el mismo Tribunal Supremo ha declarado despues, que para considerar revocado por un testamento posterior el anterior que contiene cláusula derogatoria, basta que el testador le revoque *señaladamente*, y diga que no estorben para el nuevo testamento *las palabras que dijera en el primero*, sin necesidad de copiar literalmente las que fuesen. (Sentencia de 22 de Junio de 1865.) Ha declarado asimismo, que la cláusula general de derogacion de anteriores testamentos consignada en el último, no es la especial que exige la ley para que se entienda derogada la *ad cautelam* ó derogatoria contenida en otra anterior. (Sentencia de 7 de Diciembre de 1869.) Ha declarado también que deben considerarse sufi-

Segundo.—El testamento escrito se invalida totalmente tambien, rompiéndole á sabiendas el otorgante, borrando las firmas, ó quebrantando el sello ó sellos que le cierran; mas no cuando fuere probado que algunas de estas cosas ocurrieron por accidente y no se hicieron á sabiendas por el testador (1). Parece que seria consecuencia de esto, el considerar igualmente revocado en los mismos casos el testamento nuncupativo redactado por escrito; pero juzgamos que deberia al efecto estar bien justificado, que al destruirle habia tenido el testador la intencion de revocarle. Fundámonos para llevar esta opinion, en que hay entre ambos testamentos la diferencia de que el primero pende todo de la escritura, y el segundo no; á lo que se agrega que nada queda en el cerrado, mientras en el nuncupativo se conserva el protocolo si se hizo en escritura pública, y en este caso tambien, y en el de que se hiciera por escritura privada ó por simple nuncupacion, el dicho de los testigos.

cientes las palabras del testador, cuando expresa que «su voluntad era derogar el anterior (testamento), cualesquiera que fuesen los términos en que estuviere extendido, contuviera ó no señal ó palabra derogatoria.» (Sentencia de 3 de Noviembre de 1873.)

Y por último, en sentencias de 13 de Junio y 30 de Octubre de 1877 ha vuelto á declarar, que un testamento anterior con la cláusula *ad cautelam* no se quebranta, sino que prevalece sobre el posterior, si en éste no se expresa *señaladamente* (palabra de la ley), que se revoca el primero y que no le dañen las palabras dichas en él.

A la esencia del testamento no afecta el que la cláusula derogatoria *ad cautelam* esté redactada en latin. (Sentencia de 26 de Marzo de 1861.)

Aragon.—El testador puede revocar siempre por un testamento posterior perfecto el que anteriormente hubiese otorgado, cualesquiera que sean los juramentos y cláusulas que éste contenga; mas si hubiese destruido el segundo, ó recogido de poder del notario con ánimo de quitarle su valor, recobrará su eficacia el primero. (Obs. 2, *De testamentis*.)

Cataluña.—Segun lo declarado por el Tribunal Supremo, en consonancia con la novela 107 de Justiniano, el testamento otorgado *inter liberos* no se destruye por ningun otro posterior, á no ser que éste contenga la cláusula especial de derogacion, expresando claramente el testador su voluntad de revocar y anular el anterior. (Sentencia de 18 de Enero de 1879.)

(1) Ley 24 del mismo título y Partida. (Sentencia de 18 de Noviembre de 1865.)

153. Aun el testamento hecho mancomunadamente puede ser revocado por el testador que ha sobrevivido, segun dejamos dicho en otra seccion (1); pero en nuestro concepto, esto se entenderá tan sólo por lo que respecta á su propia y particular disposicion, y no á la del otro otorgante, que deberá conservarse en toda su fuerza y vigor.

154. Se invalidan en cuanto á su institucion, permaneciendo salvos los demás capítulos:

1.º Si habiendo herederos forzosos, fueren instituidos los extraños.

2.º Por el nacimiento de un póstumo no instituido: se llama póstumo para este efecto, no tan sólo al que nace despues del fallecimiento de su padre, sino tambien despues que éste ha otorgado su última voluntad (2).

3.º Por la querrela del testamento inoficioso, sentenciada á favor de los desheredados.

(1) Sentencia ya citada del Tribunal Supremo de Justicia, de 26 de Marzo de 1861.

(2) Ley 20, tit. I, Part. VI.

Al sostener que por el nacimiento de un póstumo preterido, el testamento no se invalida en todas sus partes, opinion de que discrepan algunos ilustrados escritores, hemos tenido presente la ley 2.ª, tit. XIX del Ordenamiento de Alcalá, que es la 1.ª, tit. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, en la cual se establece que el testamento otorgado en la forma expresada en dicha ley, «valga en cuanto á las mandas y demás cosas que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno; y entónces herede aquel que, segun derecho y costumbre de la tierra, habia de heredar en caso que el testador no hiciere testamento.» Estas palabras, muy claras y muy terminantes en nuestro concepto, nos han parecido dirigidas á variar muchas doctrinas del derecho romano admitidas en las Partidas, pero que ni ántes ni despues de aquel código han recibido autoridad legal, y entre ellas contamos las que se refieren á la invalidacion del testamento por nacimiento del póstumo. Mas áun cuando el testamento no se invalide sino respecto á la institucion, no por eso se disminuye el derecho del póstumo á percibir integramente su legítima, como la percibiria cualquier otro heredero forzoso que hubiese sido preterido. La ley 8.ª, título VI, lib. X de la Novísima Recopilacion viene tambien á confirmar nuestro parecer, si bien debemos confesar que ella por sí sola no habria sido suficiente para que fijáramos la doctrina del texto en términos tan generales.

155. Esta querella es una acción por la cual los herederos forzosos y los hermanos postergados á personas de mala vida ó infamadas, reclaman la rescisión de un testamento en que han sido desheredados en virtud de una falsa causa (1). Que esta causa sea cierta, lo debe probar el heredero (2), porque la presunción está en favor del desheredado, pues todos se reputan buenos mientras no se pruebe lo contrario.

156. Cesará esta queja:

1.º Si el interesado hubiese dejado pasar sin reclamación alguna cinco años, contados desde la adición de la herencia, á no ser menor de edad, pues entonces gozará además del beneficio de la restitución (3). El lapso del tiempo se tiene como una renuncia tácita.

2.º Si el desheredado consintiere en el testamento, tácita ó expresamente, y esto aunque lo hiciere en nombre de otro en concepto de abogado ó de procurador (4).

3.º Si el padre dejase al hijo en concepto de heredero parte de su legítima, en cuyo caso, sólo tendrá acción para reclamar el resto, á diferencia de cuando le deja una manda, porque entonces puede el hijo entablar la querella, á no ser que recibiera lo que se le dejaba, sin hacer protesta alguna (5).

(1) Leyes 1.ª y 2.ª, tit. VIII, Part. VI. *Ome de mala fama*, dice la ley 2.ª, refiriéndose al instituido por el hermano con exclusión de sus hermanos. *Ome de mala vida ó enfamado*, dice la ley 12, tit. VII de la misma Partida.

(2) Ley 10, tit. VII, Part. VI.

(3) Ley 4.ª, tit. VIII, Part. VI.

(4) Ley 6.ª del mismo título y Partida.

(5) Ley 5.ª del mismo título y Partida.

TÍTULO II.

De la sucesión intestada.

§ I.

Orden en los llamamientos.

157. A falta de herederos señalados por el hombre, entran los designados por la ley. Esta atiende en sus llamamientos á la voluntad presunta del difunto, de quien se supone que si hubiera otorgado testamento y hecho alguna institución, habría llamado para sucederle á aquellas personas que más estrechamente le estaban ligadas por los vínculos de afecto y de parentesco. Las llama además en los casos en que el testador, faltando á los deberes que le imponen, no sólo el derecho civil sino también la naturaleza, hubiere instituido á personas extrañas, excluyendo sin una justa causa á los que han designado las leyes como herederos forzosos; é igualmente cuando el testamento es nulo, y cuando pierde su fuerza, ó totalmente ó con respecto á la institución de heredero, en los términos que dejamos expuestos en el título que antecede. Además, entran también á suceder las personas llamadas por la ley, cuando en el testamento se ha omitido la institución de heredero, ó cuando los herederos testamentarios son excluidos como indignos de la sucesión, según tendremos ocasión de ver más adelante (1).

158. Tres son los órdenes que en vista de este principio se establecen:

1.º El de descendientes.

2.º El de ascendientes.

3.º El de parientes colaterales (2).

(1) En el momento en que uno muere intestado, sus herederos adquieren derecho á la herencia por ministerio de la ley y pueden transmitirle á los suyos, aunque no lleguen á poseer los bienes hereditarios. (Sentencias del Tribunal Supremo, de 27 de Setiembre de 1867 y de 12 de Febrero de 1879.)

(2) *Vizcaya*.—Los hijos legítimos ó descendientes suceden á los ascendientes por su orden y grado, y á falta de descendientes suceden los as-

155. Esta querella es una acción por la cual los herederos forzosos y los hermanos postergados á personas de mala vida ó infamadas, reclaman la rescisión de un testamento en que han sido desheredados en virtud de una falsa causa (1). Que esta causa sea cierta, lo debe probar el heredero (2), porque la presunción está en favor del desheredado, pues todos se reputan buenos mientras no se pruebe lo contrario.

156. Cesará esta queja:

1.º Si el interesado hubiese dejado pasar sin reclamación alguna cinco años, contados desde la adición de la herencia, á no ser menor de edad, pues entonces gozará además del beneficio de la restitución (3). El lapso del tiempo se tiene como una renuncia tácita.

2.º Si el desheredado consintiere en el testamento, tácita ó expresamente, y esto aunque lo hiciere en nombre de otro en concepto de abogado ó de procurador (4).

3.º Si el padre dejase al hijo en concepto de heredero parte de su legítima, en cuyo caso, sólo tendrá acción para reclamar el resto, á diferencia de cuando le deja una manda, porque entonces puede el hijo entablar la querella, á no ser que recibiera lo que se le dejaba, sin hacer protesta alguna (5).

(1) Leyes 1.ª y 2.ª, tit. VIII, Part. VI. *Ome de mala fama*, dice la ley 2.ª, refiriéndose al instituido por el hermano con exclusión de sus hermanos. *Ome de mala vida ó enfamado*, dice la ley 12, tit. VII de la misma Partida.

(2) Ley 10, tit. VII, Part. VI.

(3) Ley 4.ª, tit. VIII, Part. VI.

(4) Ley 6.ª del mismo título y Partida.

(5) Ley 5.ª del mismo título y Partida.

TÍTULO II.

De la sucesión intestada.

§ I.

Orden en los llamamientos.

157. A falta de herederos señalados por el hombre, entran los designados por la ley. Esta atiende en sus llamamientos á la voluntad presunta del difunto, de quien se supone que si hubiera otorgado testamento y hecho alguna institución, habría llamado para sucederle á aquellas personas que más estrechamente le estaban ligadas por los vínculos de afecto y de parentesco. Las llama además en los casos en que el testador, faltando á los deberes que le imponen, no sólo el derecho civil sino también la naturaleza, hubiere instituido á personas extrañas, excluyendo sin una justa causa á los que han designado las leyes como herederos forzosos; é igualmente cuando el testamento es nulo, y cuando pierde su fuerza, ó totalmente ó con respecto á la institución de heredero, en los términos que dejamos expuestos en el título que antecede. Además, entran también á suceder las personas llamadas por la ley, cuando en el testamento se ha omitido la institución de heredero, ó cuando los herederos testamentarios son excluidos como indignos de la sucesión, según tendremos ocasión de ver más adelante (1).

158. Tres son los órdenes que en vista de este principio se establecen:

1.º El de descendientes.

2.º El de ascendientes.

3.º El de parientes colaterales (2).

(1) En el momento en que uno muere intestado, sus herederos adquieren derecho á la herencia por ministerio de la ley y pueden transmitirle á los suyos, aunque no lleguen á poseer los bienes hereditarios. (Sentencias del Tribunal Supremo, de 27 de Setiembre de 1867 y de 12 de Febrero de 1879.)

(2) *Vizcaya*.—Los hijos legítimos ó descendientes suceden á los ascendientes por su orden y grado, y á falta de descendientes suceden los as-

§ II.

Sucesion de los descendientes.

159. Es una verdad de sentimiento, y que no necesita demostrarse, que los descendientes son los herederos naturales de sus ascendientes. Parece que sólo hay en ellos continuacion de dominio, segun la acertada expresion de un antiguo y célebre juriconsulto (1), y que lo que de nuevo adquieren es únicamente la administracion de los bienes. La vida que han debido á sus padres, la primera educacion que han recibido á su lado, los cuidados que les han prodigado constantemente, la ternura y el afecto que en ellos deben suponerse, y hasta las mayores necesidades que siempre tiene una generacion naciente, son causas bastante poderosas para dar á los descendientes el primer lugar en el orden de suceder.

160. De dos modos se verifica esto: entrando los descendientes por su derecho propio, ó en representacion de otra persona á quien reemplazan: en el uso jurídico llamamos *sucesion in capita* al primer modo, y *sucesion in stirpes* al segundo (2). Esta

cientificos en la misma forma, en la inteligencia de que en los bienes raíces suceden sólo los de la línea de donde proceden. A falta de ascendientes y descendientes, entran á suceder los parientes más inmediatos de la línea de donde proceden los bienes raíces, advirtiéndose que esto se verifica aunque viva cualquiera de los ascendientes de la otra línea. En los bienes muebles y semovientes entran á suceder igualmente por su orden y grado los ascendientes y colaterales sin distincion de líneas; y si los parientes de parte del padre fuesen más que los de la madre ó al contrario, los del padre heredarán la mitad y la otra mitad los de la madre. (Ley 8.^a, tít. XXI del Fuero.)

(1) Paulo.

(2) Es un principio inconcuso que el derecho de representacion no tiene lugar en la sucesiones voluntarias, pues en ellas sólo se atiende á los llamamientos del testador. Tampoco tiene lugar en las sucesiones legítimas, sino entre descendientes ó colaterales de segundo grado, pero procede en las sucesiones vinculares: así lo tiene reconocido el Tribunal Supremo. (Sentencia de 4 de Abril de 1871.)

Aragon.—El derecho de representacion, sólo tiene lugar en la sucesion de los descendientes. (Obs. 5, *De testamentis*.)

diferencia en el modo de suceder trae su origen de la necesidad que ha tenido la ley de consultar á la justicia y á la afeccion, siempre que con descendientes de un grado más próximo quedaban otros más remotos, entre los cuales y el finado no habia ninguna persona intermedia. Inhumano seria excluir al nieto cuyo padre habia muerto, porque el abuelo habia dejado otro hijo: la naturaleza, que en este caso parece que aproxima más el parentesco que los une, reemplazando los abuelos á los padres, ha sido seguida en la sucesion. La representacion, pues, es una ficcion legal por la que se supone que el hijo ó los hijos ocupan el lugar que dejó vacante el padre que murió antes que el abuelo; ficcion por la que reemplazan en todos los efectos el representante ó los representantes al representado, que repara en gran parte las desgracias de la orfandad y evita que queden burladas esperanzas justamente concebidas.

161. En este orden de suceder se observan las reglas siguientes:

1.^a Todos los descendientes del primer grado, legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, suceden por derecho propio y son preferidos á los de grados ulteriores que provienen de ellos (1).

2.^a Los nietos entran á suceder á falta de sus padres y en concurrencia con sus tíos; pero éstos suceden por derecho propio, y aquéllos por representacion.

3.^a No habiendo descendientes del primer grado, sucederán en stirpes los que hubiese de grados ulteriores (2), y debemos advertir que en esta línea es ilimitado el derecho de representacion.

4.^a A falta de descendientes legítimos, entran los naturales

(1) Ley 3.^a, tít. XIII, Part. VI; ley 2.^a, tít. VI, lib. III del Fuero Real, y ley 1.^a, tít. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) Ley 3.^a, tít. XIII, Part. VI. Algun escritor es de opinion que los nietos ó biznietos sucederán por cabezas, cuando los descendientes cuyo lugar ocupan, hubieren sido excluidos como indignos de la sucesion, ó hubiesen repudiado la herencia. Se funda en que en estos casos no hay derechos que representar, y en el art. 752 del proyecto del Código civil. Prescindiendo de que este artículo habla sólo del caso de repudiacion, no nos parece segura esta doctrina, mientras un acto del poder legislativo no venga á confirmarla.

legitimados para suceder con autorizacion real. Pero aunque expresamente hubieran sido legitimados para heredar los bienes de sus padres, madres ó abuelos, si éstos tuvieren despues descendientes legítimos nacidos de legítimo matrimonio, ó legitimados por el subsiguiente, los que lo fueron por autorizacion real no concurrirán á suceder con los mencionados, y sólo tendrán derecho al quinto, si sus ascendientes se lo hubieren dejado. Mas esta limitacion es sólo respecto á los ascendientes, pues en cuanto á los demás parientes, los sucederán con el mismo derecho que los que nacieron legítimos ó fueron legitimados por el subsiguiente matrimonio: *en honras y preeminencias que han los hijos legítimos*, tampoco habrá diferencia entre éstos y los legitimados (1).

5.^a No teniendo la madre hijos legítimos ó legitimados, la sucederán los naturales y en su falta los espúrios, con preferencia á los ascendientes (2). Sin embargo, si los hijos fueren de dañado y panible ayuntamiento de parte de la madre, no podrán heredarla *abintestato*, así como tampoco *ex-testamento* (3), segun hemos dicho en otro título.

6.^a A falta de hijos, ascendientes, y colaterales hasta el cuarto grado civil, todos legítimos, sucederán al padre los naturales legalmente reconocidos y sus descendientes (4).

7.^a Los hijos naturales sucederán tambien al padre, si éste no tuviere legítimos, en la sexta parte de la herencia, que dividirán con su madre, sin que pueda impedirlo la viuda del difunto (5). Los

(1) Ley 7.^a, tít. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion. (12 de Toro.)

(2) Ley 5.^a, tít. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion.

No influye que se ignore el nombre del padre para que el hijo pueda aspirar á los derechos de la ley 9.^a de Toro. (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Octubre de 1864.)

(3) Ley 5.^a, tít. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(4) Ley de 16 de Mayo de 1835.

Aragon.—El hijo natural no sucede á sus padres, y sólo tiene derecho á reclamar alimentos. Franco y Guillén examinan las varias opiniones de los autores acerca de si los hijos ilegítimos pueden suceder á falta de otros parientes legítimos, á los que lo sean por la línea materna. Mas para resolver esta cuestion debe tambien tenerse presente que la ley de 16 de Mayo de 1835, general para toda la monarquía, llama, como acabamos de ver, á la sucesion intestada del padre á los hijos naturales legalmente reconocidos.

(5) Leyes 8.^a y 9.^a, tít. XIII, Part. VI. La citada ley 8.^a que concede este derecho á los hijos naturales, no puede entenderse derogada ni modi-

hijos incestuosos y adulterinos nada pueden heredar del padre, lo cual se extiende á la sucesion testamentaria, como hemos dicho ya en otro lugar (1); pero respecto á los primeros cesa esta prohibicion cuando han sido legitimados por el subsiguiente matrimonio de sus padres, contraido con dispensa pontificia, segun dejamos manifestado al hablar de la institucion.

8.^a Los hijos abortivos, de quienes tambien hemos hablado en otra parte, no serán admitidos á la sucesion (2).

9.^a Tampoco lo serán los hijos de los clérigos, frailes ó monjas profesas (3).

162. Las reglas que acabamos de dar, obran sin distincion sobre los descendientes, bien sean emancipados ó bien estén en la patria potestad, ya sean varones ó hembras, nacidos ó póstumos.

163. Respecto á los hijos adoptivos, la ley del Fuero Real les concedia el derecho de suceder en la cuarta parte de los bienes del adoptante (4): la de Partida los llamaba á la sucesion intestada del mismo (5); y la ley recopilada no introducía, al parecer,

ficada por las leyes de Toro, que nada dicen respecto á este particular, y cuyo silencio debe suplirse con lo dispuesto para este caso por las de Partida. (Sentencia de 3 de Marzo de 1868.) La de 10 de Marzo de 1874 reconoce tambien como vigente esta ley. Tambien se dispone en la misma ley que si el padre, olvidándose del hijo natural en su testamento, no le dejase cosa alguna, los herederos han de tener obligacion de darle lo necesario para sus alimentos *de manera que lo puedan sufrir sin grant su daño*. (Sentencia de 24 de Octubre de 1877, dictada de conformidad con dicha ley.)

(1) *Cataluña.*—Por el Tribunal Supremo se ha declarado válida la manda del quinto, hecha por el padre en favor de un hijo adulterino, de conformidad con lo dispuesto en el derecho canónico, supletorio á las constituciones de Cataluña, y que tiene en este país preferencia sobre el derecho romano. (Sentencia de 11 de Enero de 1867.)

(2) *Navarra.*—En Navarra, para que los hijos nacidos ó extraídos del vientre de su madre se consideraran vitales y con derecho á la sucesion, era necesario que vivieran doce horas y que fuesen bautizados. (Ley 52 de las Cortes de 1766.)

(3) Leyes 4.^a y 5.^a, título XX, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(4) Ley 5.^a, tít. XXI, lib. IV. Este título falta en algunos de los códigos del Fuero Real.

La ley 5.^a, tít. VI, lib. III del Fuero Real permitía tambien al padre que no tenia hijos legítimos, instituir herederos á los adoptivos.

(5) Leyes 8.^a y 9.^a, tít. XVI, Part. IV. La primera de estas leyes dis-

más innovacion en esta materia, que la de dar preferencia á los ascendientes en la sucesion de sus descendientes sobre todas las personas que á su vez no fuesen descendientes legitimos de éstos, y aún ilegítimos en cuanto á sus madres; quedando, por consecuencia, postergados los hijos adoptivos (1). Así, pues, era opinion bastante general y autorizada entre los jurisconsultos, la de que los adoptivos sucedian á sus padres adoptantes á falta de ascendientes y descendientes legitimos y naturales, con preferencia á los parientes de la línea lateral (2). Mas en el día no todos se hallan conformes con esta doctrina, pues en concepto de algunos, ha sido cambiada por una ley publicada no hace muchos años, que al hablar de las adquisiciones en favor del Estado, guarda absoluto silencio sobre los hijos adoptivos (3): silencio que se alega como argumento contra su admision en el orden de suceder. Pero téngase presente que la citada ley no los excluye expresa ni tácitamente, y sólo dispone que correspondan al Estado los bienes de los que mueren ó hayan muerto intestados, *sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo á las leyes vigentes*. Y así como se entienden comprendidos en este número, no sólo los descendientes y ascendientes, sino tambien los colaterales hasta el cuarto grado inclusive, á pesar de no hallarse mencionados esplicitamente por la ley, puede creerse que igualmente lo estarán los hijos adoptivos, y que no es bastante su falta de expresion para excluirlos del lugar que las leyes les concedieron entre las personas capaces de suceder. Debemos reconocer, no obstante, deciamos ya en la sétima edicion de esta obra, que sería muy conveniente que una declaracion del poder legislativo viniera á fijar este punto controvertible, y á disipar las dudas é incertidumbre que produce la diversa inteligencia de la ley. Posteriormente, la doctrina del Tribunal Supremo ha venido á robustecer nuestra opinion (4).

pone tambien que el arrogado no pueda ser desheredado sin justa causa, y que si lo fuere, el arrogador deba darle la cuarta parte de todos sus bienes, además de restituir los del mismo arrogado.

(1) Leyes 1.^a y 5.^a, tit. XX, lib. X de la Novísima Recopilación.

(2) Acevedo y algunos otros escritores sostienen esta doctrina. Entre los de nuestra época, se cuentan Salas y Escriche.

(3) Ley de 16 de Mayo de 1835.

(4) En efecto; con la doctrina consignada ya en el texto en la sétima

§ III.

Sucesion de los ascendientes (1).

164. El afecto hácia nuestros ascendientes, superior al que tenemos á los parientes laterales, y el agradecimiento que se les debe por los cuidados, vigilancia y servicios que nos han prestado, son causa de haberles señalado el segundo lugar en el orden de suceder.

edicion de estos ELEMENTOS, en 1865, está conforme el Tribunal Supremo, al declarar que la ley de 16 de Mayo de 1835 ha respetado el orden de suceder abintestato anteriormente establecido, concretándose sólo á restablecer y crear otros diversos para el caso exclusivo de que el que fallezca intestado no deje personas capaces de heredarle *con arreglo á las leyes vigentes*. (Sentencia de 3 de Marzo de 1868.) En este sentido se habia dictado ya otra sentencia en 15 de Enero de 1867. Esta ley tiene carácter general y es aplicable, por consiguiente, á todas las provincias en que el intestado no deje personas capaces de heredarle *con arreglo á las leyes vigentes*.

Aragon.—En Aragon suceden los adoptivos, aún en union con los legitimos. (Fuero únic., *De adopt.* Obser. 27, *De gener. privil.*) Debemos repetir, sin embargo, lo que ya hemos dicho en otra parte, á saber: que segun manifiestan autorizados jurisconsultos, no está en uso la adopcion de extraños cuando se tienen hijos legitimos.

(1) *Aragon.*—Los ascendientes suceden en unos casos á sus descendientes, y en otros son postergados por los parientes laterales. Suceden: 1.^o En los bienes adquiridos por el difunto por cualquier título que no sea el de sucesion de parientes; y la division se hace por mitad, una parte para los ascendientes más inmediatos por la línea paterna, y otra para los de la materna, de suerte que cada una de las líneas ha de llevar siempre la mitad. 2.^o En los bienes donados al hijo por los padres, bien sea la donacion por causa de matrimonio, bien por cualquiera otro título *inter vivos*. 3.^o En los transferidos por ellos á los mismos hijos, ya por venta, ya por otra cualquiera causa. 4.^o En la *firma de dote*, si consiste en bienes raíces. 5.^o En todos los demás que pertenecieron al difunto, si éste no deja parientes transversales. Los casos en que éstos son preferidos en la sucesion á los ascendientes, los expresamos en el siguiente párrafo. (Obs. 7, *De testamentis*; 42, *De Jure dot.*; Fuero I y II, *De succes. abintestato.*)

Navarra.—Al hablar de la sucesion colateral, expondremos el derecho navarro respecto á los ascendientes.

165 En él se observarán las siguientes reglas:

1.^a A falta de descendientes, sucederán los ascendientes legítimos.

2.^a Los más próximos excluyen á los más remotos, aunque éstos sean de diferente línea. Así, por ejemplo, la madre del difunto, no tan sólo excluirá á los abuelos maternos, sino también á los paternos.

3.^a Estando igualmente distantes, se harán dos partes de la herencia, una para cada línea; de suerte que si hubiere dos abuelos paternos y uno sólo materno, éste llevará tanta porción como los otros dos. Por esto se llama lineal la sucesión de los ascendientes, porque ni puede decirse que suceden por derecho propio, ni por derecho de representación (1).

4.^a No se separan los bienes procedentes del padre y de la madre, excepto en aquellas ciudades, villas y lugares en que se observa el fuero de troncalidad; esto es, *do segun el fuero de la tierra, se acostumbra tornar los bienes al tronco, ó la raíz á la raíz*, como dice la ley recopilada (2). El uso del fuero ha de probarse por la costumbre del pueblo.

5.^a En la sucesión de los ilegítimos se siguen recíprocamente las mismas reglas que en las de los descendientes (3). No obstante, es de advertir que el padre natural debe entrar á suceder inmediatamente á falta de descendientes y de la madre de su hijo, pues todos los parientes colaterales que tiene éste, como no le están unidos con un vínculo de legitimidad, deben ser excluidos, aún por los ascendientes paternos (4).

(1) Ley 4.^a, tít. XIII, Part. VI, y ley 1.^a, tít. XX, lib. X de la Novísima Recopilación.

(2) Ordenamiento de Nájera: ley 1.^a, tít. II, lib. V del Fuero Viejo; ley 10, tít. VI, lib. III del Fuero Real, y 1.^o, tít. XX, lib. X de la Novísima Recopilación.

(3) Ley 8.^a, tít. XIII, Part. VI.

(4) Siguiendo el espíritu de la ley de Partida y aún el de la recopilada, nos parece indudable que la madre debe ser preferida al padre en la sucesión del hijo natural. ¿Pero es cierto que el padre ha de ser preferido á los parientes transversales del hijo, según dejamos manifestado en el texto? Gregorio Lopez dice que los hermanos uterinos del hijo natural difunto han de heredar todos sus bienes, excepto la sexta parte, que ha de pasar al padre. Algunos otros, fundándose en que la sucesión es recíproca, y

6.^a En ningún caso concurren con los ascendientes los hermanos ni sobrinos del difunto (1).

§ IV.

Sucesión de los parientes colaterales.

166. Este orden de suceder se halla interrumpido por personas que no pertenecen á su clase; pero como después de ellas

observando que la ley de 16 de Mayo de 1835 no concede al hijo natural el derecho de sucesión respecto al padre, sino á falta de parientes colaterales hasta el cuarto grado civil, si bien le dan la misma sexta parte, juzgan que debe ser postergado á los parientes por parte de la madre, que se hallen en el referido grado. Nosotros, viendo el silencio que sobre este punto guarda la expresada ley, y persuadidos de que los hermanos y demás parientes que ella prefiere al hijo natural han de estar unidos al difunto con un vínculo de legitimidad, creemos que como éste no existe, no hay razón para decidirse en favor de los parientes del ilegítimo, contra el padre natural. Por otra parte, la reciprocidad de que habla la ley y en que se fundan algunos autores, no existe ni puede observarse aquí por no haber términos hábiles para ello. En efecto, en un caso se trata de la sucesión del ascendiente legítimo y por eso son preferidos los parientes que le están unidos con un vínculo de legitimidad: en el otro, de la de un descendiente ilegítimo, que lo es lo mismo para el padre que para los hermanos de madre; por lo cual, y en el supuesto de que el hijo esté reconocido legalmente, obran en favor del padre, aunque no sea más que por analogía, todas las razones que han hecho dar la preferencia sobre los parientes colaterales á los que se hallan en la línea recta de ascendientes. Pero todavía debemos hacer una observación importante, y es, que la doctrina expuesta en esta nota se refiere al padre, y no siempre se extiende á los demás ascendientes. Nos fundamos en que ningún pariente colateral puede estar unido al hijo con un vínculo de legitimidad, pero sí al nieto y á otros descendientes. El nieto, hijo legítimo de un hijo natural, puede tener un hermano legítimo también, y éste será preferido en la sucesión del primero á su ascendiente natural por la línea paterna. Si no tiene hermano, puede tener un tío, hermano legítimo de su madre, comprendido, por consiguiente, dentro del cuarto grado civil, y éste heredará abintestato con exclusión del ascendiente natural. Aún podría ponerse algún otro ejemplo. Es tan importante todo lo que se refiere á la materia de sucesiones, que, á riesgo de parecer prolijos, hemos creído oportuno entrar en estos pormenores.

(1) Ley 2.^a, tít. XX, lib. X de la Novísima Recopilación.

vuelven otra vez á continuar sucediendo los parientes transversales, no hemos querido hacer dos órdenes distintos. Las reglas que se siguen son las siguientes:

1.^a A falta de descendientes y ascendientes entran los parientes colaterales.

2.^a Los hermanos del difunto y los sobrinos en defecto de sus padres, siendo de doble vínculo, son preferidos á los demás (1).

3.^a No habiendo hermanos ni sobrinos de doble vínculo, entran los hermanos y sobrinos de parte de padre ó de madre solamente; pero en este caso los consanguíneos, esto es, los hermanos de parte de padre, heredarán los bienes que el difunto haya obtenido de su padre, y los uterinos, ó sea los hermanos de parte de madre, los que procedieren de ésta. Los que él hubiere ganado por otro título cualquiera se dividirán con igualdad.

4.^a Concurriendo hermanos y sobrinos, los primeros suceden por derecho propio y los segundos por representación.

5.^a Habiendo hermanos ó sobrinos solamente, sucederán por derecho propio.

6.^a La preferencia del doble vínculo y el derecho de representación concluyen en los hijos de los hermanos, y en adelante se atiende tan sólo á la mayor proximidad.

7.^a No habiendo hermanos ni sobrinos, entran los tíos del difunto; á falta de éstos, sus primos hermanos.

8.^a No habiendo parientes dentro del cuarto grado civil, son llamados á la sucesion del padre sus hijos naturales legalmente

(1) Contra la resolucion contenida en esta regla se publicó, hace ya años, un luminoso trabajo, digno de ser atentamente leído. Su título es el siguiente: *Una cuestión de derecho, por D. Manuel Silvela*. Si los límites de nuestra obra nos lo permitieran, haríamos gustosos un breve exámen analítico de las principales razones en que se funda tan ilustrado escritor para sostener la opinion de que el doble vínculo de parentesco en el primer grado de la línea transversal no constituye un título de preferencia, sobre todo en la sucesion de los bienes que del ascendiente comun vinieron al difunto; pero no siéndonos esto posible, debemos manifestar que la letra de la ley, seguida por la mayor parte de los juriconsultos, se opone á que adoptemos su parecer, del cual en otro caso no estaríamos muy distantes, especialmente por lo que respecta á los bienes procedentes de la persona que constituía el tronco comun.

reconocidos y sus descendientes, como dejamos dicho en el párrafo II de este mismo título, y ya sabemos que en la de la madre son preferidos aún á los ascendientes.

9.^a A falta de éstos, se sucederán recíprocamente los cónyuges no separados por demanda de divorcio, contestada al tiempo de su fallecimiento, y á su muerte volverán los bienes raíces de abolengo á los laterales.

10.^a No existiendo individuos de las clases precedentes, son llamados á la sucesion los parientes desde el quinto hasta el décimo grado inclusive.

11.^a Despues de todos estos es llamado el Estado (1).

Debemos advertir que la computacion de grados se hace civilmente.

167. En la sucesion de los ilegítimos hay que atender á otros principios, segun los cuales se observará lo siguiente: Muriendo el hijo natural sin testamento y sin descendientes ni ascendientes, le heredarán:

1.^o Los hermanos que tuviere de parte de madre, con exclusion de los paternos.

2.^o Los hermanos legítimos de parte de padre.

3.^o Los ilegítimos naturales de parte de padre.

Los hijos naturales no tienen derecho de heredar los bienes de sus hermanos legítimos ni demás parientes que les pertenezcan por parte de su padre; pero á los parientes por parte de madre, bien los pueden heredar, siendo ellos los más inmediatos (2).

(1) Leyes 5.^a y 6.^a tit. XIII, Part. VI; ley 2.^a, tit. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion, y la ley de 16 de Mayo de 1835.

(2) Ley 12, tit. XIII, Part. VI. Por las leyes de Partida terminaba el derecho de suceder abintestato concedido á los parientes colaterales, en el décimo grado, segun unos códigos, y en el duodécimo segun otros; pasaba despues al cónyuge sobreviviente, y en defecto de todas estas personas, se refundia en el fisco. Le limitó al cuarto grado la instruccion para recaudar bienes mostrencos, vacantes y abintestatos, inserta en la ley 6.^a, tit. XXII, libro X de la Novísima Recopilacion, aunque hay datos para creer, ó que no estuvo en observancia, ó que la computacion de los grados era la canónica. Mas en la instruccion del año de 1831 sobre el impuesto gradual, se dispuso terminantemente y del modo más explícito, que en las herencias abintestato, no habiendo parientes colaterales dentro del cuarto grado civil, entrase á heredar la Real Hacienda. Esta disposicion, altamente censura-

TÍTULO III.

De las cosas comunes á las sucesiones testamentaria é intestada.

168. Son cosas comunes á las sucesiones testamentaria é intestada:

1.º El derecho que tiene la viuda pobre á la cuarta parte de los bienes del marido.

ble á nuestro modo de ver, fué derogada por la ley de 16 de Mayo de 1835, varias veces citada, y que, si bien adolece de algunas imperfecciones, no puede negarse que ha introducido mejoras razonables en esta parte importantísima de nuestro derecho civil.

Aragon.—A falta de descendientes, suceden en los bienes adquiridos en virtud de título hereditario por la persona á quien se ha de heredar, los parientes transversales más cercanos de aquella parte de donde proceden los bienes, á saber: los parientes por parte de padre en los paternos, y los de parte de madre en los maternos. (Fuer. ún., *De rebus vinc.* y fuer. V, *De testamen.*, lib. VI.) Esta regla no tiene lugar en los bienes que no proceden de los parientes, sino que adquirió el difunto por su industria ó por otro diverso título, pues en ellos suceden los parientes de ambas líneas (Obs. 7, *De testam.*); ni en los muebles, que se han de partir del mismo modo, segun antigua práctica. Dúdase si los padres han de ser preferidos á los demás parientes, y los intérpretes llevan en esta parte distintas opiniones, segun la inteligencia que dan á la palabra *parentes*, que emplea la observancia; pero la más natural y equitativa nos parece ser la que concede á los padres esta preferencia. En la línea lateral, los sobrinos no suceden en union con sus tíos, pues no hay en ellos derecho de representacion. (Observ. 6, *De testam.*)

El hospital general de Zaragoza tiene el privilegio especial de ser heredero abintestato de los enfermos que mueren en él, sin dejar parientes legítimos dentro del cuarto grado. (Fuer. ún. de 1626.) Sin embargo, consideramos modificada esta disposicion, en cuanto no sea compatible con la ley de 16 de Mayo de 1835, de carácter general á toda la monarquía, y que por consiguiente, juzgamos aplicable tambien al antiguo reino de Aragon.

Cataluña.—Generalmente se siguen los principios del derecho romano. El derecho de troncalidad sólo se halla expresamente establecido desde las Córtes de Monzon, celebradas en 1363, reinando D. Pedro III, en un caso, que es el de la sucesion del impúbero, con respecto á la cual se de-

- 2.º La aceptacion y repudiacion de la herencia.
- 3.º La exclusion de la herencia respecto á las personas consideradas como indignas por la ley.
- 4.º La reserva recíproca á que los cónyuges están obligados por los bienes que los unos han recibido de los otros.
- 5.º Las particiones.

SECCION PRIMERA.

DEL DERECHO DE LA VIUDA POBRE EN LA SUCESION DE SU MARIDO.

169. De presumir es que ningun hombre honrado quiera dejar reducida á la estrechez y á la miseria á la persona que eligió

termina, que los bienes que éste haya adquirido de su padre, abuelo, ó de otros parientes de la línea paterna, pasen despues de su muerte á los parientes del mismo lado hasta el cuarto grado inclusive, reservando sólo la legítima á la madre ó á los ascendientes de la línea materna, si sobreviven; lo cual se observa del mismo modo en los bienes pertenecientes al impúbero, que procedan de la madre ó de la línea materna. (Constitucion 2.ª, tit. II, lib. VI, vol. I, y sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de Diciembre de 1874.)

Navarra.—Muerto el padre ó la madre, y hecha la particion de los bienes entre el sobreviviente y los hijos, si falleciere despues alguno de éstos, debe tomar la parte en su representacion el hermano mayor; si muere alguna de las hermanas, la parte perteneciente á ella ha de ir á la hermana mayor, y si todas las hermanas murieren sin hijos, deberá adquirir el hermano mayor, siendo de padre y madre, lo que les hubiese correspondido; si todos los hermanos murieren sin hijos, adquirirá este mismo derecho la hermana mayor. En la sucesion de los primos se observará el mismo orden. Por último, debemos advertir que estas disposiciones son exclusivamente propias de los infanzones, y que sólo se observarán en donde esté en uso esta manera de suceder. (Cap. X, tit. IV, lib. II del Fuero general.) Tampoco tendrá derecho de reclamar el hermano mayor la parte del que falleció, si no estuvieren hechas las particiones. (Cap. XI, tit. IV, lib. II del Fuero general.) Las disposiciones anteriores rigen en la sucesion de los bienes de abolengo y de patrimonio y en los troncales. En los de libre disposicion, aunque sean dotales, los padres y demás ascendientes suceden solamente á sus hijos cuando éstos no dejan hermanos (ley 7.ª, tit. XIII, libro III de la Novísima Recopilacion de Navarra); pero cuando ocurre este caso, suceden, no sólo en los bienes adquiridos con la industria de los hijos, sino tambien por sucesion, herencia ó manda. (Leyes 3.ª, 4.ª y 7.ª,

por compañera de su vida, y justo es que, si alguno lo quisiere, intervenga la ley para moderar un deseo tan cruel, que en último resultado vendría á parar en desdoro y en mengua del hombre que lo abrigaba. De aquí proviene que tanto en el caso de que uno muera con testamento, como en el de que fallezca sin él, y aunque tuviere hijos, si no deja á su viuda pobre lo suficiente, ó ella no tiene bienes bastantes para poder vivir bien y honestamente, tenga ésta el derecho de reclamar una parte de la sucesion de su marido. Esta parte es la cuarta de los bienes que deja, por lo que communmente se le da el nombre de *cuarta marital*, la cual nunca puede exceder de cien libras de oro (1). La deducción debe hacerse de todos los bienes hereditarios, por ser deuda legal, segun la opinion generalmente recibida, autorizada por el Tribunal Supremo, y que nos parece apoyada en sólidos fundamentos. Esta cuarta parte está sujeta á reserva (2).

titulo XIII, lib. III de la Recopilacion de Navarra, y sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Mayo de 1863.) Por el mismo Tribunal Supremo se halla declarado de un modo más general, que segun el espíritu de la legislación de Navarra, en las herencias abintestato, á falta de hijos y de hermanos, se llama á los parientes troncales á la sucesion de los bienes sitios que de ellos procedan por la linea recta ascendente. (Sentencia de 9 de Noviembre de 1868.)

(1) Ley 7.^a, tit. XIII, Part. VI. Dice Febrero que cada libra de oro tenia setenta y dos castellanos ó sueldos de oro, y que cada uno de éstos valia cuatrocientos y ochenta y cinco maravedís de nuestra moneda: en este supuesto, las cien libras serian ciento dos mil setecientos cinco reales y treinta maravedís. Sobre este punto merecen ser consultados Covarrubias, Antonio Gomez, Ayllon, y Gutierrez. Es digna tambien de mencion especial una *Memoria sobre el valor de las monedas de D. Alfonso el Sabio, mencionadas en las leyes del Espéculo, Fuero Real y Partidas*, por D. Vicente Argüello. Está inserta en el tomo IV de las Memorias de la Real Academia de la Historia. Pero la variedad que se nota entre los diversos autores y la dificultad de conciliar el valor intrínseco y comercial del dinero en aquel tiempo con el de nuestra época, hacen que en este punto se deje bastante latitud al arbitrio prudencial de los tribunales, y esta era ya la opinion de Gutierrez.

(2) El Tribunal Supremo de Justicia tiene declarado que la citada ley está vigente, y no derogada ni modificada por las posteriores de la Recopilacion. (Sentencia de 20 de Octubre de 1860.)

Aragon.—Cataluña.—Navarra.—De los derechos del cónyuge sobrevi-

SECCION II.

DE LA ACEPTACION Y REPUDIACION DE LA HERENCIA.

170. No basta solamente el llamamiento de heredero en el testamento, ó cuando éste no existe, el de la ley, sino que además se exige la aceptacion del llamado. Este ha de tener capacidad de serlo al tiempo de la muerte del testador, si es heredero forzoso, así como descendiente; mas si lo fuere extraño y voluntario, ha de tener capacidad en la época de la institucion, en la del fallecimiento del testador y en la de la adición de la herencia (1).

171. La aceptacion ó adición de la herencia es el acto por el que el heredero instituido en el testamento, ó llamado por la ley, manifiesta su voluntad de suceder al difunto. Sólo pueden aceptar libremente la herencia, por ser la adición un cuasi-contrato, los que tienen capacidad para contraer y para quedar obligados. En

viente respecto á los bienes del difunto en Aragon, Cataluña y Navarra, hemos hablado al tratar del usufructo que se constituye por la ley.

(1) Ley 22, tit. III, Part. VI. Al hijo *natural* instituido heredero, considerando que es descendiente directo del testador, no debe exigirsele la capacidad de adquirir en las tres épocas que requiere la ley para que tenga efecto la sucesion de los extraños. (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Marzo de 1869.)

En las instituciones hereditarias, así como en las sustituciones en que el testador impone una condicion, es requisito indispensable que el instituido y el sustituto en su caso tengan capacidad para aceptar la herencia cuando se cumple la condicion; limitándose esta doctrina en cuanto á los sustitutos, á los casos en que han sido llamados directa, expresa y nominalmente. (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de Febrero de 1865, 30 de Junio de 1866, de 24 de Abril de 1867, 26 de Febrero de 1870, 5 de Junio y 24 de Diciembre de 1874.) Y tambien está declarado, que cuando la institucion se hace condicionalmente y para cuando haya llegado el caso de que el instituido sea capaz, no tiene aplicacion la citada ley 22 en cuanto á los tres tiempos en que requiere capacidad en los herederos extraños, sino que basta que la tengan en el último, ó sea cuando se otorgan por herederos. (Sentencia de 19 de Enero de 1875.)

su consecuencia, el pupilo menor de siete años, el que padece enajenacion mental, y el pródigo judicialmente intervenido, no pueden aceptarla, y han de hacerlo en representacion suya sus tutores ó curadores, si creyeren que les era beneficiosa. El menor de catorce años y mayor de siete puede adirla con otorgamiento de su tutor. El mayor de catorce y menor de veinticinco que se halle fuera de la patria potestad y carezca de curador, puede adquirirla por sí, pero tendrá el derecho de renunciarla despues, haciendo uso del beneficio de la restitucion. Mas como en el dia á todos los menores de veinticinco años que no están en el poder paterno se les ha de dar curador, juzgamos necesario que éste preste su consentimiento. El hijo de familia mayor de veinticinco años podia adir la herencia que se le dejaba (1): en la actualidad puede hacerlo con más fundado motivo, porque ya no tiene la consideracion de hijo de familia, pues por cumplir aquella edad se sale del poder paterno. La mujer casada necesita licencia de su marido para admitirla, á no verificarlo á beneficio de inventario, y tambien para repudiarla; á veces suple la autoridad del juez el permiso del marido (2).

172. A ninguno puede obligarse á ser heredero, bien proceda de un testamento la institucion, ó bien de llamamiento de la ley (3).

173. La adición de la herencia se hace simple y puramente,

(1) Ley 13, tít. VI, y 7.^a, tít. XIX, Part. VI. Al cumplirlos sale hoy de la patria potestad. La ley hace distincion entre la herencia que se dejó al hijo para él, y la que se le dejó con intencion de que fuera para el padre, exigiendo el otorgamiento de éste en el segundo caso.

Seguimos estrictamente en el texto la doctrina establecida por las leyes de Partida; pero como de admitir ó no la herencia podrian resultar grandes ventajas ó pérdidas á los menores, parece que tanto el padre como el guardador deberán adir ó prestar su consentimiento para la adición, aunque siempre á beneficio de inventario, negándose únicamente á verificarlo en aquellos casos en que la aceptacion de la herencia sea evidentemente perjudicial al hijo de familia ó al menor. Obrando de otro modo, incurrirán á veces en gran responsabilidad.

(2) Leyes 13 y 15, tít. I, y 10, tít. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(3) Ley 11, tít. VI, Part. VI.

ó á beneficio de inventario (1). Puede hacerse de palabra y por hechos. De palabra, cuando el heredero manifiesta de una manera clara y explícita su voluntad de admitir la herencia: por hechos, cuando ejecuta algunos actos que la demuestran suficientemente; por ejemplo, si se apodera de las cosas hereditarias y obra en ellas como señor. Pero no se entenderá así cuando hubiese ocupado aquellos bienes, sólo con el objeto de conservarlos y para que no se deteriorasen, ó por razones de piedad, si bien en estos casos, para evitar dudas y falsas interpretaciones, deberá protestar de un modo fehaciente que no quiere ser heredero, y exponer los motivos que le mueven á mezclarse en la herencia (2).

174. El heredero sucede en todos los beneficios, acciones y derechos de su antecesor, así como tambien adquiere la responsabilidad por todas sus cargas y deudas (3). Y una vez verificada la aceptacion, no podrá desamparar la herencia, á no ser que le corresponda el beneficio de la restitucion, ni por consiguiente quedará libre de aquella responsabilidad (4). Igualmente, repudiada la herencia por el heredero, no la podrá demandar despues (5).

175. Para evitar que inconsideradamente sean admitidas herencias que, léjos de proporcionar ventajas, pudieran ser ocasion de ruina á causa de las grandes obligaciones á ellas inherentes, se han introducido dos remedios, llamados el uno, *beneficio de deliberar*, y el otro, *beneficio de inventario* (6).

(1) Leyes 5.^a y 15 del mismo título y Partida.

(2) Ley 11, tít. VI, Part. VI. Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Diciembre de 1872.

(3) Ley 10 del mismo título y Partida. Las obligaciones del heredero nacen con la aceptacion de la herencia, por medio de un hecho ó expresamente. (Sentencia de 17 de Junio de 1872.)

(4) Ley 18 del mismo título y Partida. Sentencia de 6 de Noviembre de 1858. Y segun repetidas declaraciones del Tribunal Supremo, la conformidad del heredero aceptando con sus actos el testamento, y recibiendo como tal la herencia ó parte de la herencia que por él le corresponde, lleva en sí la caducidad de la accion y del derecho para reclamar la nulidad del mismo testamento. (Sentencias de 27 de Enero de 1870 y de 19 de Octubre de 1876.)

(5) Ley 18, tít. VI, Part. VI.

(6) Proemio del tít. VI, Part. VI.

176. *Beneficio de deliberar.*—Consiste el beneficio de deliberar, en el plazo que se concede á los herederos para que, aconsejándose como juzguen conveniente y con vista de los documentos que pertenecen á la herencia, resuelvan acerca de su admision. Los guardadores deben pedir este plazo en favor de sus menores (1). El juez ha de conceder nueve meses de término, que podrá reducir á cien dias, pero no tiene facultad para limitarle más; y aun en algun código se expresa que no ha de bajar de cinco meses. Muerto el heredero antes de cumplirse el plazo, el que le sucediere tendrá para deliberar el término que falte; pero si hubiere espirado todo el plazo, sólo cuando el difunto fuere descendiente de aquel á cuya sucesion testamentaria ó legítima fué llamado, será cuando el heredero pueda adquirir la herencia (2).

177. Mientras el plazo esté pendiente, no puede el heredero vender ni enajenar ninguna cosa de la herencia, á no ser con mandamiento del juez y habiendo justa causa, como si la enajenación fuere necesaria para el entierro del difunto, ó para evitar el deterioro de sus bienes (3). No aceptando la herencia, debe restituirla, ó la parte que hubiese tomado de ella, al que sea declarado heredero, y en caso de no hacerlo así, pagará su estimacion segun el juramento del heredero, regulado por el juez (4). Los herederos nombrados en el testamento no pueden renunciar la herencia, sino despues de estar ciertos de la muerte del testador (5).

178. *Beneficio de inventario.*—Se dice que toma á beneficio de inventario una herencia, el que la recibe con la condicion de no responder de las cargas más que en cuanto alcancen los bienes hereditarios (6). Estableciéndose por las leyes opcion entre el derecho de deliberar y el beneficio de inventario, resulta que rara vez se acudirá al primero, por ser el segundo mucho más útil y ventajoso.

(1) Ley 1.^a, tit. VI, Part. VI.

(2) Ley 2.^a, tit. VI, Part. VI.

(3) Ley 3.^a, del mismo título y Partida.

(4) Ley 4.^a, del mismo título y Partida.

(5) Ley 6.^a, del mismo título y Partida.

(6) El que acepta y recibe una herencia sin beneficio de inventario, toma por consiguiente á su cargo las deudas hereditarias y testamento de la misma. (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Enero de 1873.)

179. El *inventario* es una escritura en que se enumeran los bienes del difunto (1). Para que aproveche á los que se acogen á su beneficio, se debe empezar á formar á los treinta dias desde que los herederos supieren que lo eran, y concluirse á los tres meses si todos los bienes estuviesen en un mismo pueblo: si se hallaren en distintos, se concederá además el término de un año: si se dejan pasar dichos términos respectivamente sin concluir el inventario, se entiende que se renuncia á su beneficio, y quedan por lo tanto los bienes del heredero obligados á las cargas y deudas hereditarias (2). Este inventario se ha de hacer con intervencion de notario, y deberán ser citados para su formacion los herederos, el cónyuge sobreviviente y los legatarios de parte alícuota del caudal. En el inventario judicial serán citados tambien los acreedores que hayan promovido el juicio ó sido admitidos en él como parte legítima (3). La ley de Partida prevenia que á falta de algunos de los legatarios, se habia de hacer el inventario á presencia de tres testigos de buena fama que conociesen á los herederos (4). Mas en la práctica no se citaba á todos los interesados, sino sólo á los herederos y al cónyuge sobreviviente, quedando accion á los legatarios para reclamar de *diminuto* el inventario. El heredero que ocultare maliciosamente alguna cosa en la formacion del inventario, además de la pena en que incurra, quedará privado del beneficio que le concede la ley (5).

180. La intervencion judicial en el inventario, sólo es necesaria: 1.^o Cuando la herencia está intervenida. 2.^o Cuando la solicita parte legítima. 3.^o Cuando los herederos están ausentes y no hay quien tenga su representacion legítima. 4.^o Cuando son menores ó incapacitados, si el testador no hubiere dispuesto lo contrario. 5.^o Cuando algun acreedor la reclama (6).

181. Los efectos del beneficio de inventario son (7):

1.^o Impedir, mientras dura su formacion, que los herederos sean inquietados por los legatarios y acreedores.

(1) Ley 5.^a, tit. VI, Part. VI.

(2) Ley 10, del mismo título y Partida.

(3) Artículo 1065 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*.

(4) Ley 5.^a, tit. VI, Part. VI.

(5) Ley 12, del mismo título y Partida.

(6) Artículos 1037 y 1041 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*.

(7) Leyes 7.^a y 8.^a, tit. VI, Part. VI. Naturalmente los beneficios con-

2.º Formado que sea el inventario, hacer que no se confundan los bienes y derechos del heredero con los del difunto; así es, que le quedará la acción para repetir lo que éste le debía.

3.º Que el heredero no esté obligado á pagar las mandas hasta después de haber satisfecho todas las deudas del difunto.

4.º Que no esté obligado á responder ni por las deudas ni por las mandas del testador, sino en cuanto alcancen los bienes de la herencia. Si hecho el inventario se pagan ántes las mandas que las deudas, los acreedores deberán reconvenir primero á los legatarios, según una ley de Partida (1), cuando no le hubiese quedado al heredero más que la cuarta parte de la herencia, y si lo que recibieren no fuese suficiente para la solución de sus créditos, podrán reclamar contra el heredero; pero como esta doctrina tiene por base la deducción de la Cuarta Falcidia, es claro que con

cedidos por esta ley, sólo son aplicables á los que hayan hecho el inventario con las debidas solemnidades. (Sentencia de 28 de Setiembre de 1864.) El mero hecho de manifestar que recibían la herencia con este beneficio, no puede aprovechar á los herederos, si no hicieron el inventario en tiempo oportuno. (Sentencia de 26 de Setiembre de 1870.)

(1) Ley 7.ª del mismo título y Partida, y sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Junio de 1872.

Aragón.—En Aragón, todos los herederos gozan del beneficio de inventario, aunque éste no se haya formalizado, y por consiguiente, no están obligados á satisfacer las deudas del difunto en aquella parte en que excedan del valor de la herencia. (Obs. 3.ª, y ley 12, *De testam.*)

Cataluña.—Es un requisito tan indispensable el inventario, que el heredero que no lo hiciere pierde la *Cuarta Trebeliánica* si fuere fiduciario, y los demás herederos, en cuyo número se incluyen los hijos, pierden también la Falcidia si no lo formalizan en el tiempo prescrito por las leyes de Cataluña. (Cap. LV de las primeras Cortes de Monzon, celebradas en 1547.) Mas según la práctica general del Principado, no se cita para hacer inventario á los acreedores, legatarios y fideicomisarios, como exige la ley, sino que se considera válido, haciéndolo en presencia de un escribano y de dos testigos. (Cáncer, y Vives y Cebriá.)

Navarra.—El cónyuge sobreviviente ha de empezar á hacer el inventario de los bienes que dejó el difunto, dentro del término de cincuenta días, y ha de concluirle en otros cincuenta, contados todos desde el día de la muerte, y no desde el requerimiento, interpelación ó mandato judicial. (Ley 49 de las Cortes de 1765 y 1766.)

ella no pueden estar conformes los que no admiten la Falcidia por juzgar que no existe en el día la causa de su introducción (1).

182. No deben mezclarse los jueces eclesiásticos ni seculares en hacer inventarios ni en otro asunto cualquiera de la herencia, bajo pretexto de sucesión intestada, á no haber menores ó ausentes, siendo de cargo de los herederos el hacer los sufragios y exequias, según la costumbre del país y la clase del difunto: en caso de omisión ó negativa, podrán ser obligados á ello por sus propios jueces (2).

183. No corresponde á una obra de esta naturaleza examinar todas las diligencias que se han de practicar para la formación de un inventario, pues son propias de los tratados de procedimientos. Por eso nos hemos limitado aquí á exponer, de un modo conciso, lo meramente necesario para poder determinar los casos en que el heredero puede gozar del beneficio conocido con aquel nombre.

SECCION III.

DE LOS EXCLUIDOS COMO INDIGNOS DE LA SUCESION.

184. Las sucesiones testadas se fundan especialmente, como dejamos dicho, en la presunción del afecto que se supone que el difunto tenía á las personas designadas por la ley para recibir su herencia. Pero estas presunciones deben ceder á otras más graves. Si el heredero abintestato hubiera sido el asesino de aquel á quien debía suceder, no podríamos presumir en éste en manera alguna la voluntad de que le heredara el que tan bárbaramente le había privado de la existencia: el que despreció y holló los deberes de la naturaleza, no puede reclamar sus derechos. Lo mismo puede decirse de los herederos testamentarios: no es de creer

(1) El que acepta la herencia á beneficio de inventario, mientras la testamentaria no termine y él éntre en posesión de los bienes que quedaren, carece por sí sólo de capacidad legal para contestar á la demanda interpuesta contra él. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de Junio de 1869.)

(2) Ley 14, tít. XX, lib. X de la Novísima Recopilación, dictada para evitar la extensión indebida que daban á la ley precedente, así los jueces eclesiásticos como los seculares, con abuso de lo dispuesto en la misma ley.

que si hubiera previsto el testador un acto de esta especie en la persona á quien instituyó por su heredero, hubiese dejado de revocar la institucion. Mas las causas de exclusion de la herencia por razon de indignidad no deben ser muchas, para evitar pesquisas odiosas y procedimientos injustos.

185. Hé aquí los casos en que con arreglo á nuestras leyes los herederos serán excluidos de la sucesion como indignos:

1.º Si el dueño de los bienes hubiere sido muerto violentamente, y el heredero, siendo varon y de edad cumplida, tomara posesion de la herencia ántes de entablar la acusacion contra el homicida, siempre que éste sea conocido y no se haya fugado á país extranjero. Mas el término para acusar será de cinco años y no se perderá la herencia hasta que éstos trascurren, sin que durante ellos haya hecho gestion el heredero para perseguir al criminal (1).

2.º Cuando sabiendo el heredero quiénes eran los homicidas del testador, abriere su testamento sin haber hecho la acusacion (2).

3.º Si el testador ó intestado hubiere sido muerto por consejo, por instigacion ó por hecho del heredero.

4.º Si éste hubiere cometido adulterio con la mujer de quien le instituyó ó á quien debe suceder abintestato.

5.º Si denunciare como falso el testamento en que habia sido instituido, y seguida la instancia se declarara válido, á no ser que lo hiciera á nombre de algun huérfano que tuviese en su guarda; mas no le podrá libertar de perder la herencia el haber gestionado contra el testamento en concepto de abogado ó pro-

(1) La ley 13, tit. VII, Part. VI hacia distincion del caso en que el homicidio fuese cometido por personas de la casa ó de fuera de ella. En la ley 11, tit. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion no se expresa esta diferencia. En el dia, en que la persecucion de los delitos se considera justamente como un deber de la justicia social representada por los tribunales, dificilmente tendrá lugar el caso de indignidad que expresamos en el texto.

(2) Gregorio Lopez, citando á otros juriconsultos, sostiene que no basta la simple apertura del testamento, sino que además es preciso haber adido la herencia ántes de entablar la acusacion. (Glosa 10 á la ley 13, titulo VII, Part. VI.)

curador. La razon de diferencia es que, como procurador ó abogado, obra por su voluntad, y como guardador debe hacerlo contra ella.

6.º Cuando el heredero instituido entrega la herencia, á ruego del testador, á persona que no tiene capacidad legal, si es que le consta esta circunstancia; pues en semejante caso, perderá el derecho que le habia dado la institucion (1).

7.º Cuando la viuda vive deshonestamente, es excluida tambien respecto á los bienes que heredó de su marido (2).

8.º Son tambien excluidos los hijos que abandonan á sus padres, hallándose éstos en estado de locura ó demencia, permitiendo que los cuide un extraño (3).

186. Conviene advertir que todo cuanto hemos dicho de la pérdida de la herencia por causa de indignidad, debe tambien entenderse de la pérdida de la manda en iguales casos (4).

187. Debe además recordarse que hay personas no consideradas como indignas por la ley, y que, sin embargo, ya absoluta, ya respectivamente, se hallan excluidas como incapaces de la sucesion, por más que concurren en algunas los requisitos de parentesco y de legitimidad. Al hablar de la institucion de heredero hemos manifestado estas incapacidades: sólo nos res-

(1) Ley 13, tit. VII, Part. VI.

(2) Ley 5.ª, tit. II, lib. V del Fuero Juzgo, y ley 9.ª, tit. XII, lib. III del Fuero Real.

(3) Ley 17, tit. VII, Part. VI. Esta ley priva tambien de la sucesion al hijo ó heredero de quien estuviere en cautiverio, y que pudiendo, no quisiere libertarle. En el dia no es comun este caso, muy frecuente en la época de las Partidas y algunos siglos despues. Pero si el cautiverio, como entonces era conocido, es raro en la actualidad, no sucede lo mismo con las detenciones ilegales y sustraccion de menores, de que se habla en los capítulos I y II del tit. XII, lib. II del Código penal.

(4) Ley 13, tit. VII, Part. VI. El que habiendo sido agraciado con una manda y nombrado despues tutor de los hijos del que se la hizo, no quiere desempeñar este cargo, pierde tambien el legado. Y le pierde igualmente el que hurtare el testamento en que le habia sido dejada la manda. (Ley 17.) Esta misma ley excluye de la sucesion al que hubiere sido instituido heredero creyendo el testador que era su hijo, y despues de su muerte se supiere que no lo era; pero esto, ni remotamente puede considerarse caso de indignidad.

ta añadir á ellas, la que tienen los religiosos profesos de suceder á sus parientes en las herencias legítimas, á excepcion de los que se hallan en el caso que hemos señalado ya en otro lugar (1).

SECCION IV.

DE LOS BIENES SUJETOS Á RESERVA.

188. La esperanza que tienen los hijos del primer matrimonio de suceder por sí solos en los bienes del difunto, adquiridos por el cónyuge que sobrevive, podría quedar frustrada casándose éste otra vez, si las leyes no hubieran establecido en favor de ellos la obligación de reservar; obligación por otra parte fundada en la voluntad presunta del que falleció, que sin duda no querría que unos hijos extraños dividieran con los suyos parte de su patrimonio. Esta misma consideracion, aunque en menor escala, tiene tambien lugar respecto á los hermanos. Esta ha de ser principalmente la causa de las reservas, y no la injuria que se supone que uno de los cónyuges hace á la memoria del difunto pasando á contraer segundo matrimonio, lo cual seria reconocer que las leyes imponian una pena por un acto tan legítimo, y que está muy lejos de ser censurable por el derecho ni por la moral (2).

189. Por reserva entendemos, *la obligación que tiene el cónyuge que pasa á segundo matrimonio, de conservar á favor de los hijos del primero los bienes que por título gratuito recibió del cónyuge premórtuo, y los que en virtud de sucesion testada ó intestada adquirió de los hijos habidos en el mismo primer matrimonio, y que éstos habian heredado de su padre ó de su madre* (3).

(1) Ley 17, tit. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion. Lo que dejamos dicho en las notas de las páginas 26, 40 y 41 de este mismo tomo puede considerarse como complemento de esta materia.

(2) Ni los fueros, ni los escritores de Aragon, hacen mencion de esta clase de reservas. En Cataluña se siguen en cuanto á ellas las disposiciones del derecho romano.

(3) Considerando que las leyes que hablan de las reservas deben interpretarse en sentido restrictivo, y que si bien es cierto que bajo la deno-

Así es, que respecto de los bienes sujetos á reserva, el que ántes de contraer segundo matrimonio era dueño absoluto, se convierte en mero usufructuario. Esta obligacion de reservar se impone únicamente al marido ó á la mujer que pasa á contraer segundo matrimonio, á favor de los hijos suyos habidos en el primero, pero no de los que lo sean tan sólo del cónyuge de quien proceden los bienes; es decir, que á los hijastros no se concede este derecho (1).

190. En el Fuero Juzgo y en el Real (2) apenas se encuentran vestigios de reservas: las leyes de Partida (3) hablaron de ellas con más expresion, aunque incidentalmente, al tratar de las hipotecas, y las de Toro (4), suponiéndolas existentes, se limitaron á decir que el viudo estaba obligado á reservar en los mismos casos en que debia hacerlo la viuda. En la falta de expresion de leyes propias, nuestros jurisconsultos y pragmáticos han tenido que acudir al derecho romano para fijar los puntos culminantes de la materia. Mas esto mismo ha hecho olvidar á algunos, que si bien directamente no estaba corregido el derecho romano por el nuestro, en el último habia disposiciones que indirectamente se oponian á aplicar alguna vez el primero en todos sus pormenores.

191. Existiendo igual causa en ambos cónyuges para esta

minacion de hijos se comprende tambien generalmente á los demás descendientes, esto no debe tener lugar en la interpretacion de las leyes que tienen un objeto especial, está declarado por el Tribunal Supremo de Justicia, que los abuelos no están obligados á reservar los bienes heredados de sus nietos, y que la obligacion se limita á los padres respecto de los bienes que heredasen de sus hijos. (Sentencia de 11 de Marzo de 1864.)

(1) Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de 9 de Mayo de 1859, de 31 de Mayo 1861, de 27 de Junio de 1866, y 16 de Enero de 1871.

(2) Las leyes 5.^a, tit. II, lib. II del Fuero Juzgo, y la 9.^a, tit. XII, libro III del Fuero Real no hablan de reservas, como más adelante manifestaremos.

(3) Ley 26 (25 en la edicion de la Academia), tit. XIII, Part. V. En el primer período de esta ley, se previene que si una viuda contrae segundo matrimonio, tenga que conservar en favor de los hijos del anterior las arras y donaciones que hubiese recibido de su primer marido, quedando hipotecados todos sus bienes para la seguridad de la restitucion.

(4) Ley 15, que es la 7.^a, tit. IV, lib. X de la Novísima Recopilacion.

obligacion, los dos la tienen en efecto por expresa disposicion de la ley, segun queda dicho; así es, que cuanto se diga del uno, debe necesariamente ser aplicado al otro. La obligacion empieza desde que se contrajo el segundo matrimonio.

192. Algunos autores (1) creen que tiene tambien la obligacion de reservar la mujer que, siendo viuda, viviere deshonestamente. Nosotros, aunque convenimos en que en este caso pierde la mujer cuanto ha recibido del marido en beneficio de los herederos de éste, no vemos en él la causa de la introduccion de las reservas, y por consiguiente, no podemos conformarnos con esta doctrina (2).

193. Todo lo que cualquiera de los cónyuges hubiere recibido del otro por título lucrativo está sujeto á reserva (3). Lo estarán, por consiguiente, los legados, las arras, la cuarta marital, las do-

(1) Entre otros Acevedo, Antonio Gomez, y Sala.

(2) La causa de la introduccion de las reservas fué el que los hijos del primer matrimonio no quedaran perjudicados por el segundo, en los bienes que el cónyuge superstite que pasó á nuevas nupcias habia obtenido del premórtuo. Donde no hay, pues, descendientes del primer matrimonio, no puede haber reserva, aunque la persona en quien haya recaído la herencia sea despojada de ella por ser reputada como indigna. Hay más: la reserva sólo se extiende á los bienes que el viudo obtuvo del cónyuge que falleció, y á pesar de ella, el que sobrevive sigue en el usufructo de los que se le dejaron. Esto supuesto, como la viuda que vive deshonestamente pierde, no sólo la propiedad, sino tambien el usufructo de los bienes que le dejó su marido (ley 5.^a, tit. II, lib. V del Fuero Juzgo, y ley 9.^a, tit. XII, lib. III del Fuero Real); como esta pérdida es una pena, puesto que no se halla introducida sólo en favor de los hijos del primer matrimonio sino de cualquiera que sea heredero de su marido; y como por otro lado, no se limita á los bienes que fueron propios de éste, únicos á que se extienden las reservas, sino que es extensiva á la parte de gananciales que pertenece exclusivamente á la mujer (ley 4.^a, tit. III, lib. X de la Novísima Recopilacion), parece que no puede decirse que hay semejante reserva, si bien los hijos podrán sacar más ventajas aún por la extincion total de los derechos de la madre en lo que la quedó de su marido. Agrégase á esto que la reserva comprende tambien por regla general los bienes que provienen de los hijos del primer matrimonio, con las limitaciones que en esta misma seccion expresamos, y la viuda que vive deshonestamente, ni los pierde, ni tiene que reservarlos.

(3) Ley 7.^a, tit. IV, lib. X de la Novísima Recopilacion.

naciones esponsalicias y otras semejantes (1). El cónyuge sobreviviente que pasó á segundas nupcias, no puede mejorar en parte de los bienes reservables á ninguno de los hijos, pues han de dividirse con igualdad entre los habidos en el primer matrimonio. Doctrina conforme al espíritu y á la naturaleza de esta institucion.

194. ¿Y deberán reservarse los bienes que vinieron al cónyuge superstite por sucesion testada ó intestada de los hijos del primer matrimonio? Francamente debemos confesar que nuestras leyes, escasas y poco expresivas en materia de reservas, no dan á este punto interesante toda la fijeza que de desear fuera para evitar dificultades y uniformar las opiniones (2). El derecho romano, al que, segun queda dicho, han acudido todos nuestros jurisconsultos para explicar las reservas, distingue entre la su-

(1) Ley 26, tit. XIII, Part. V.

Navarra.—La mujer no tiene obligacion de reservar las arras, sino que puede disponer de ellas como mejor la parezca. (Cap. I de la ley 48 de las Cortes de 1765 y 1766.)

(2) La ley 7.^a, tit. IV, lib. X de la Novísima Recopilacion puede considerarse la primera que ha establecido explicitamente la obligacion del cónyuge que pasa á contraer segundo matrimonio, de reservar lo heredado de los hijos del primero.

Vizcaya.—El fuero de Vizcaya impone explicitamente tambien al padre ó á la madre que pasare á contraer segundo matrimonio, la obligacion de reservar en favor de los hijos del primero los bienes raíces que hubiere heredado de cualquiera de ellos. (Ley 9.^a, tit. XXI.)

Los bienes raíces donados ó llevados en dote se hallan igualmente sujetos á reserva, cuando el cónyuge sobreviviente pasa á contraer segundo matrimonio, y por lo tanto, los hijos habidos en éste no tienen en ellos participacion alguna. (Ley 3.^a, tit. XX del Fuero.)

Los edificios, plantíos ó mejoras que durante un segundo ó ulterior matrimonio se hicieron en los bienes dotados y donados en el primero, pasan con estos bienes á los hijos del primer matrimonio, con la obligacion de satisfacer la mitad del precio de las mejoras y edificios á las personas con quienes sus padres ó ascendientes hubiesen contraído segundo enlace, ó á los herederos de aquéllas. Mas los obtenidos por compra ó por herencia durante el segundo ó tercer matrimonio son comunes entre los cónyuges, y los pueden mandar ó dar á cualquiera de sus hijos y descendientes, aunque sea de dicho segundo ó tercer matrimonio, dejando á los otros hijos alguna parte de raíz, poca ó mucha. (Ley 4.^a del mismo título.)

cesion testada é intestada del hijo, y entre los bienes adventicios y los profecticios; entendiendo por profecticios los que el hijo ha adquirido por herencia de sus padres, y por adventicios los que tienen distinta procedencia. Segun él, tal como fué reformado por Justiniano, que es como ha sido admitido en las reservas, el cónyuge sobreviviente no tiene obligacion de reservar los bienes adventicios ni los profecticios que heredó del hijo por sucesion testada, ántes ó despues de contraer las segundas nupcias; y en el caso de sucesion intestada, tampoco está obligado á reservar los bienes adventicios del hijo, sino sólo los profecticios (1). Fúndase esto en dos principios combinados; á saber: que la reserva nunca puede extenderse á más bienes que á los que provinieron del cónyuge premórtuo, y que el padre ó madre que en virtud del testamento del hijo le suceden, se entiende que lo hacen como extraños. Mas como atendido nuestro derecho, aun en el caso de la sucesion testada, los hijos que fallecen sin descendientes que tengan el derecho de heredarlos no pueden disponer libremente más que de la tercera parte de sus bienes, siendo las otras dos, como hemos dicho, necesariamente para sus ascendientes (2), es claro que no sucediendo éstos en ellas por voluntad de los hijos sino por disposicion de la ley, del mismo modo que en las sucesiones intestadas, deberá hacerse extensiva á las dos terceras partes de los bienes profecticios la obligacion de reservar en las sucesiones testadas. No se extiende la reserva de lo habido por parte de los hijos á otros títulos que no sean el de sucesion en los términos referidos (3).

(1) Párrafo init. y I, ley 3.^a, tít. IX, lib. V del Código; capítulo XXIII, y párrafo II del cap. XLVI de la Novela XXII.

(2) Ley 1.^a, tít. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion. La obligacion que tiene el cónyuge que pasa á segundas nupcias de reservar en favor de los hijos del primer matrimonio los bienes que heredó por fallecimiento de uno de ellos, y que corresponden á su legítima, está declarada por el Tribunal Supremo de Justicia. (Sentencia de 14 de Mayo de 1856.) Y en esta obligacion se hallan tambien comprendidos los bienes que fueron de mayorazgo, en la actualidad desvinculados, en los que despues de haber pasado á uno de los hijos, sucedieron su padre ó madre. (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 26 de Octubre de 1855.)

(3) Tampoco son reservables, sino divisibles entre los hijos de dos matrimonios, los bienes que la madre hereda (y lo mismo puede decirse del

195. Hemos manifestado constantemente en las ediciones anteriores de esta obra que, en nuestro concepto, las enajenaciones hechas por el marido ó la mujer ántes de contraer segundo matrimonio deben reputarse válidas é irrevocables, considerando que en tanto está obligado el cónyuge, en cuanto pasa á segundas nupcias; siendo completamente válidos y perfectos los actos anteriores á ellas (1). Tambien hemos dicho que, segun algunos jurisconsultos, en semejantes casos, los hijos del primer matrimonio tendrán derecho á reclamar del caudal paterno ó materno

padre) por muerte de los del segundo, con tal que se haya conservado en estado de viudez. (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 6 de Julio de 1850.)

(1) Debemos reconocer, sin embargo, que las decisiones del Tribunal Supremo se oponen á esta doctrina. En efecto, segun sentencia de 16 de Junio de 1862, las enajenaciones ó gravámenes de los bienes reservables, sólo serán válidos mientras el cónyuge que enajenó ó gravó no incurriere en el caso de la ley, porque si despues de hacerlo se casare, los hijos adquirirán á su muerte el pleno dominio de los bienes reservables, y el derecho para ejercitar las acciones á él consiguientes contra sus poseedores; no pudiendo por lo tanto los padres disponer eficaz é irrevocablemente de ellos, sino por testamento cuando fallecieren en estado de viudez, ó en cualquier tiempo, por haber muerto ántes aquellos á cuyo favor se habia establecido la reserva. En igual sentido se dictó otra sentencia en 26 de Enero de 1872, y aun se llegó á declarar, en sentencia de 18 de Junio de 1880, que la nuda propiedad de los bienes que está obligado á reservar el cónyuge que pasa á segundas nupcias, se trasmite á los hijos por ministerio de la ley desde el momento en que se abre la sucesion del cónyuge premuerto, no correspondiendo al sobreviviente más que el usufructo; citándose en apoyo de esta doctrina las leyes 7.^a, tít. IV, lib. X de la Novísima Recopilacion, y 26, título XIII, Part. V, que se limitan á imponer la obligacion de reservar desde que el cónyuge sobreviviente contrae segundo matrimonio, y de ningun modo ántes de este tiempo. En vista, pues, de tales decisiones, tal vez no insistiríamos en nuestra opinion, que es tambien la de varios distinguidos é ilustrados jurisconsultos, si no la consideráramos confirmada por la LEY HIPOTECARIA, al disponer en el párrafo II del artículo 195, que el término de los noventa dias (señalado para la presentacion del expediente de que habla el artículo anterior), empezará á contarse desde que, por haberse contraído segundo ó ulterior matrimonio, adquirieran los bienes el carácter de reservables. No adquieren, pues, este carácter hasta la celebracion del segundo ó ulterior matrimonio; no pueden, por consiguiente, ser inscriptos en el registro bajo tal concepto ántes de adquirirle, y no constando en él

respectivamente el importe de los bienes enajenados; opinion que sólo nos parece segura cuando la enajenacion se hubiere hecho por el padre ó por la madre en fraude de la ley (1). Las enajenaciones que hubiere hecho despues de su segundo enlace, no deberán declararse nulas hasta su fallecimiento, porque podria suceder que tambien entónces hubiesen muerto los hijos del primero, y en este caso permanecerian firmes: si no fuere así, podrán éstos reclamar las fincas enajenadas. Sin embargo, segun la opinion de algunos escritores, las enajenaciones serán tambien subsistentes, si el cónyuge que tenia la obligacion de reservar, deja á su fallecimiento bienes bastantes para reintegrar á los hijos del primer matrimonio el valor de lo enajenado. Pero esta opinion, que pudo tener en algun tiempo más ó ménos fuerza, no parece conforme en el dia á la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, ni con lo dispuesto por la Ley hipotecaria, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por ésta, de que hacemos expresion en el número siguiente (2).

196. Para seguridad de la obligacion de reservar, los hijos á cuyo favor está introducida, tenían hipoteca tácita en los bienes

semejante circunstancia, aun en el supuesto de que condicionalmente estuvieren sujetos, como se ha dicho, al gravámen de restitucion, no podria darse ninguna accion rescisoria ni resolutoria contra tercero que hubiera inscrito su título, segun lo establecido en los artículos 36 y 38 de la expresada Ley hipotecaria.

(1) Antonio Gomez, y Posadilla.

(2) Puede considerarse que á los hijos del primer matrimonio se transfiera por disposicion de la ley la propiedad de los bienes reservables, en el momento de contraer segundas nupcias el superstite; que por lo tanto, no queda á éste más que el usufructo, y que la enajenacion que de ellos hiciera no es eficaz, sosteniéndose solamente durante su vida, porque no ha podido transmitir un dominio que no tenia. (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de Mayo de 1861 y otras.) El mismo Tribunal Supremo tiene tambien declarado en sentencia de 16 de Diciembre de 1875, que ni las leyes 15 de Toro (7.^a del tit. 4.^o, lib. X de la Novísima Recopilacion), ni la 26, título V, Part. V, ni la 2.^a, tit. V, lib. IV del Fuero Juzgo, tienen aplicacion al caso en que la finca reclamada como reservable, ántes de adquirir este carácter hubiere sido hipotecada y vendida despues con todas las solemnidades que el derecho exige para la enajenacion de bienes de menores.

del consorte sobreviviente (1). En la actualidad, abolidas por la ley hipotecaria las hipotecas tácitas, se ha establecido tambien hipoteca legal en favor de los hijos sobre los bienes de los padres, por lo que éstos deban reservarles segun las leyes: la que se establecia en favor de los mismos habidos en el primer matrimonio, sobre los bienes de su padrastro, por los que la mujer hubiese administrado ó administrase, ó por los que debia reservar á los hijos, ya no tiene lugar. Mas para que dicha hipoteca produzca los oportunos efectos, es indispensable que sea expresa y especial, y á constituirla pueden ser obligados el padre ó la madre en sus respectivos casos. Cuando todos los bienes fueren inmuebles, bastará hacer constar su calidad de reservables por medio de una nota al márgen de la inscripcion de dominio (2).

197. Cesa la obligacion de reservar:

1.^o Cuando los hijos, siendo mayores de edad y teniendo capacidad legal para contraer, hacen renuncia de su derecho de una manera expresa, por la regla general de que cada uno puede renunciar el beneficio introducido en su favor (3).

2.^o Si fallecen sin dejar herederos forzosos ántes que el padre ó madre que pasó á segundas nupcias, porque en este caso el matrimonio á nadie perjudica.

198. Creen varios autores (4), que el consentimiento del marido ó el de la mujer para que pueda volver á casarse el cónyuge que sobrevive, extingue tambien la obligacion de reservar; pero esto no es exacto, en concepto nuestro, porque ni ha sido introducida en favor de ellos, que es solamente cuando podrian alterar la disposicion legal, ni es su fundamento la injuria que algunos suponen que por el segundo matrimonio se hace á la memoria del difunto.

199. Hay tambien quienes pretenden (5) que cesa la obligacion de reservar, cuando las segundas nupcias se hacen con consenti-

(1) Ley 26 (25 en la edicion de la Academia), tit. XIII, Part. V.

(2) Artículos 168, 194 y 201 de la LEY HIPOTECARIA, y 134 del Reglamento.

(3) Doctrina confirmada por sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Julio de 1874.

(4) Antonio Gomez, y Matienzo entre otros.

(5) Antonio Gomez, entre ellos.

miento ó aprobacion de los hijos: no podemos admitir tampoco esta opinion, porque no seria justo que el consentimiento á un acto permitido, se convirtiera en daño del que no tenia la obligacion ni el derecho de impedirlo; y considerando además que una resistencia inútil podria ser gérmen de disgustos y calamidades domésticas, especialmente si los hijos tenian que continuar aún bajo la potestad del sobreviviente (1).

ALERE FLAMMAM
VERITATIS

SECCION V.

DE LAS PARTICIONES.

§ I.

Nociones generales.

200. Si los bienes del difunto permanecieran en comun en manos de los herederos, darian ocasion continua á discordias y litigios, por el diferente carácter y distintas circunstancias que suelen concurrir en cada uno de ellos. Por otra parte, seria menor el cuidado que en su fomento pusieran, y aún muchas veces vendria á resultar que las ganancias debidas á los más diligentes é industriosos, eran á todos igualmente aplicadas. Estas consideraciones entre otras, y la conveniencia de que cada uno pueda disponer de la parte de propiedad que tiene en la herencia, sin sujetarse á la voluntad de los demás herederos, han hecho fijar el principio de que á ninguno se le puede obligar á seguir en comunidad con sus coherederos, á no ser por el tiempo necesario para hacer las particiones, ó en virtud de reciproco consentimiento. Examinaremos concisamente la doctrina más esencial de esta importante materia.

201. *Particion*, en el sentido que damos aquí á esta palabra, es la separacion y repartimiento de los bienes del difunto entre

(1) Así opinan Perez y Llamas. Sarmiento añade, que si el padre dispusiera en su testamento que consintiendo los hijos en el segundo matrimonio de la madre quedaran privados de las utilidades que les concede la ley, esta condicion deberia desecharse como torpe é injusta.

aquellas personas á quienes pertenecen en comun (1). Puede hacerse judicial y extrajudicialmente.

202. Por regla general, son objeto de particion todas las cosas pertenecientes á la herencia: no obstante, hay algunas cuya destruccion se prescribe por nocivas ó inmorales, cuales son los venenos y los escritos contrarios á la religion y á las buenas costumbres (2). Hay tambien documentos importantes que no pueden dividirse y que es preciso confiar á uno sólo. La ley señala el orden que en esto debe observarse, estableciendo que sea preferido para conservarlos en depósito el que tenga mayor parte en la herencia, si bien podrán los demás quedarse con copia, y conservarán los derechos de reclamar la presentacion del original cuando les fuere necesario. Siendo igual su participacion en los bienes hereditarios, se entregarán al más digno, y en igualdad de dignidad al más anciano; advirtiéndose que la mujer, aunque de edad mayor, es postergada al varon. Y últimamente, si fueren idénticas las circunstancias de todos ellos, se echarán suertes para ver quién ha de custodiarlos (3).

203. El derecho romano, presumiendo que el testador, que en unos herederos hacia expresion de la parte que les dejaba y la omitia en los otros, se queria conformar al uso generalmente adoptado, que era el de dividir la herencia en doce partes, estableció por regla general que en defecto de comprenderse bien su intencion, el todo de la herencia, *as, pondo, libra*, se reputara dividido en doce partes, que se llamaban *uncia*, onzas; pero como podia suceder que las partes designadas excedieran de doce, consideraba entonces dividida la herencia en veinticuatro partes, *dupondium*, y si aún excedia de este número el de las partes señaladas por el testador á algunos de los herederos, entonces se

(1) Ley 1.^a, tít. XV, Part. VI. El aumento ó depreciación que pueden tener los bienes de la herencia, mientras ésta se halla *pro indiviso*, ceden en beneficio ó daño de la colectividad de los herederos. (Sentencia de 29 de Marzo de 1873.)

(2) Ley 2.^a del mismo título y Partida.

(3) Ley 7.^a, tít. XV, Part. VI. Las disposiciones de esta ley, sólo se refieren á las escrituras y documentos propios de las familias, que forman parte de sus herencias, y de ningun modo á las liquidaciones y particiones de éstas. (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 30 de Enero de 1861.)

consideraba la herencia dividida en treinta y seis partes, *tripondium*; así, los herederos á quienes no se habia dejado parte determinada, recibian las que faltaban para completar el *as*, el *dupondio*, ó el *tripondio* en sus casos respectivos. Esta doctrina y nomenclatura fueron admitidas por las leyes de Partida (1), y si bien muy pocas veces serán de aplicacion en la actualidad, pueden serlo en algunas ocasiones, por lo que no hemos debido dejar de hacer esta indicacion. Claro es que el otro motivo que tuvieron los romanos para la introduccion de esta division, á saber, que ninguno podia morir en parte testado é intestado en parte, no tiene lugar entre nosotros.

204. Las diligencias que se han de practicar, tanto en las particiones judiciales como en las extrajudiciales, respecto al modo de promover el juicio de testamentaria, á la administracion de los bienes hereditarios, al inventario, avalúo, nombramiento de contadores y otras materias relativas á la manera de proceder, son ajenas á la índole de estos ELEMENTOS, por lo cual las omitimos aquí, pues tienen su lugar señalado en los tratados de procedimientos, en donde pueden examinarse con la debida extension (2).

§ II.

Liquidacion.

205. Liquidacion es la averiguacion de la parte que corresponde en la herencia á cada uno de sus partícipes. Para proceder á verificarla, se forma el conjunto ó suma de todos los bienes inventariados, distinguiéndolos por clases; por ejemplo, en tierras 100.000 rs., en viñas 30.000, en casas 60.000. Este conjunto se llama cuerpo de bienes, y de él se harán las deducciones correspondientes por el orden que pasamos á exponer.

206. En caso de que la persona de cuya sucesion se trata se halle casada al tiempo de su fallecimiento y tenga sus bienes confundidos con los del otro cónyuge, lo primero que debe hacerse es separar los que á cada uno corresponden. El modo con

(1) Leyes 17, 18 y 19, tít. III, Part. VI.

(2) Únicamente añadiremos aquí, que la escritura de particion, otorgada con todas las solemnidades legales, es título hábil para adquirir el dominio. (Sentencia de 15 de Marzo de 1869.)

que hasta el dia se ha practicado esta liquidacion, y en el que la *Ley hipotecaria* ha introducido importantes alteraciones, es el siguiente.

207. Se comienza sacando los bienes de la mujer. Para conseguirlo, ante todo se deducen del cuerpo de bienes los dotales, bajo cuya denominacion comprendemos tambien las arras cuando se entregaron como aumento de dote y se incluyeron en la escritura dotal. Lo mismo debe decirse en igual caso de las donaciones esponsalicias. Mas hay que distinguir entre la dote estimada y la inestimada: la dote inestimada será siempre preferible y privilegiada, dando las cosas en que consista, porque en ella es la mujer acreedora de dominio; en la estimada, serán preferidos á la mujer los acreedores con hipoteca expresa anterior, no si fuere tácita, porque el orden con que deben sacarse los bienes para la más fácil liquidacion de la herencia, en nada altera los derechos respectivos de todos los que bajo cualquier concepto están interesados en ella. Debemos tambien advertir que esto se entiende siendo la dote numerada, pues en la confesada, la mujer es postergada á los acreedores y herederos forzosos, siendo únicamente preferida á los herederos voluntarios. En concurrencia de dos dotes, la más antigua es la primera que se deduce; pero si en la herencia hubiere algunos bienes pertenecientes á la segunda, en ellos será ésta preferida (1). Debe aquí tenerse presente lo que respecto á la dote y á su restitution hemos dicho en otro lugar.

208. Deducidos los bienes dotales, se pasa á sacar los parafernales, en los cuales tenia la mujer hipoteca tácita, pero no el privilegio de preferencia, á no ser que el marido se hubiera obligado al recibir la dote á tener por aumento de ella los bienes posteriormente adquiridos por su consorte. Las arras que la mujer volvió á entregar al marido para que entraran en el matrimonio, si no fueron incluidas en la carta dotal, siguen la condicion de los bienes parafernales.

209. Las donaciones esponsalicias que la mujer ha adquirido con arreglo á derecho, y no han sido incluidas en la escritura

(1) Ley 33, tít. XV, Part. VI.

Conveniente es advertir, que la viuda tiene la obligacion de probar que son suyos los dineros, ropas y otras cosas que se hallen en su poder, si los herederos del marido los reclaman como de la pertenencia de éste. (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Junio de 1877.)

dotal, deberán sacarse despues de los bienes dotales y parafernales. Pero ha de tenerse presente que, como en otro lugar hemos dicho respecto al caso en que haya arras y donaciones esponsalicias, no se deben ambas cosas, sino una sola, cuya eleccion corresponde, ya al uno, ya al otro de los cónyuges, en los términos que oportunamente expusimos.

210. Sacado así el capital de la mujer, se procede á hacer otro tanto con el del marido: este capital se compone de los bienes que el marido acredite haber llevado al matrimonio, y de los que ha adquirido despues por título lucrativo hasta su disolucion.

211. Hecha así la separacion de los capitales de los cónyuges, lo que resta son los gananciales; pero debe advertirse que en tanto se reputan serlo los bienes, en cuanto están satisfechas las cargas y deudas de la sociedad conyugal á que en primer término se hallan afectos: si no alcanzan á cubrir todas las obligaciones, recaen éstas sobre el capital del marido (1). Las deudas de cada uno en particular, sólo deben gravar su capital respectivo. Antes, por lo tanto, de repartirse los gananciales entre un cónyuge y los herederos del otro, se deducirán de ellos las deudas y obligaciones contraídas para atender á la subsistencia, educacion, enfermedades, necesidades y comodidades de la familia, y pagar los censos y cargas á que los bienes estaban afectos, y que no se hubiesen satisfecho durante el matrimonio. De ellos se sacarán tambien las dotes constituidas y donaciones *propter nuptias* hechas por el padre, siendo indiferente para el efecto que la madre haya prestado ó negado su consentimiento.

212. Liquidado así lo que á cada uno de los cónyuges pertenece, se procede á la particion de los bienes entre los que son

(1) Los bienes gananciales, como sujetos preferentemente á responder de las deudas contraídas durante el matrimonio, no pueden formar parte del caudal hereditario, líquido, partible, mientras no estén aquéllas satisfechas. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de Setiembre de 1859.)

Mas las condenaciones pecuniarias que por causa de delito se impongan á uno de los cónyuges, son de cargo exclusivo de éste, y la responsabilidad de ellas no puede extenderse á los bienes del otro, ni á la mitad que le pertenezca en los gananciales, ó sea en los adquiridos por la sociedad conyugal hasta el momento de dictarse la sentencia condenatoria. (Ley 10, título IV, lib. X de la Novísima Recopilacion, y sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Febrero de 1870.)

llamados á participar de los de aquel de cuya sucesion se trata. Ha de tenerse presente al efecto, que si hay algunos á quienes como descendientes ó ascendientes se debe la legítima, entónces las mandas, gastos de funeral y misas deben sacarse del quinto de la hacienda y no del cuerpo de bienes, aunque otra cosa disponga el testador (1); pero no las deudas hereditarias, pues éstas son un gravámen de todos los bienes del finado, y por lo tanto, han de sacarse ántes que se hagan las deducciones del quinto y tercio, porque sólo se reputan bienes del que murió los que quedan despues de satisfechas las deudas á que estaba obligado.

213. Deducidas las deudas, se sacan las mejoras. Al hablar de ellas hemos expuesto ya el órden con que en los respectivos casos se deducen: allí tambien hemos manifestado, cuándo debian las donaciones considerarse como una anticipacion á cuenta de la legítima, y cuándo como mejoras. En los casos en que existen estas donaciones há lugar á la colacion, de que vamos á hacer ligeras indicaciones.

214. La *Ley hipotecaria*, aboliendo las hipotecas tácitas, quitándoles su carácter de generalidad y reduciéndolas á especiales, dando fuerza á los títulos inscriptos desde la fecha de su inscripcion y haciendo que produzcan efecto aun contra los acreedores singularmente privilegiados por la legislacion comun, ha introducido en toda esta materia modificaciones radicales, que examinaremos más adelante en un título especial sobre la respectiva prelación de las obligaciones.

215. *Colacion*.—La colacion se ha introducido para evitar que los padres y los demás ascendientes perjudiquen en la legítima á sus descendientes, por las donaciones crecidas que hayan hecho á favor de alguno ó algunos de éstos. *Colacion es la agregacion al cúmulo de la herencia que hacen los descendientes legítimos, de los bienes que recibieron de sus ascendientes durante la vida de éstos, para que, aumentado así el caudal, se haga la particion sin perjuicio de las legítimas.*

216. Suele decirse que se hace de tres modos:

1.º Por manifestacion, que es presentando la misma cosa recibida.

2.º Por liberacion, que es cuando hubo promesa, pero aún no cumplida.

(1) Ley 9.ª, tit. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion.

3.º Por imputacion, que es contando el donatario por parte de su haber la misma cosa recibida.

217. Para que tenga lugar la colacion, es necesario que los que la pidan y á quienes se pide sean hijos ó descendientes legítimos del difunto; que se les deba la legítima, y que quiera ser heredero el que recibió la donacion, pues en otro caso no estará obligado á colacionar, aunque sí á restituir lo en que excediere aquélla de los límites de la legítima, del tercio y del quinto.

218. Todos los bienes que los hijos han recibido de sus padres son colacionables. Los autores que presentan las mejoras como excepcion de esta regla general, cometen, segun creemos, un error notable. Es cierto que no se traen á particion, pero preciso es colacionarlas para saber si cabian en los bienes existentes al tiempo de la muerte del testador, pues de lo contrario serian inoficiosas. Y no por eso queda destruida la igualdad que debe observarse, y que aquí no se toma en sentido absoluto sino relativo.

219. Los bienes ganados ó adquiridos por los hijos no son colacionables. Tampoco lo serán aquellas sumas que hubiesen recibido para alimentos, ni los gastos que los padres hubiesen hecho para darles estudios y para comprarles libros (1).

220. Ya hemos manifestado, al tratar de las mejoras, la diferencia que hay en la imputacion de la donaciones simples y de las causales. Digimos tambien que para averiguar si eran ó no inoficiosas, habia que atender al tiempo de la muerte del que las hizo.

221. Enterados de estos preliminares y de la ley general de sucesiones, podrán los partidores desempeñar su cargo viendo qué cantidad pertenece á cada uno de los herederos, y procediendo en su virtud á la adjudicacion de los bienes.

222. *Adjudicacion.*—Adjudicacion es el acto por el que se aplica á cada uno de los herederos, en pago de su haber, cierta porcion de bienes hereditarios (2). Los contadores han de procu-

(1) Leyes 3.ª, tít. IV, Part. V, y 5.ª, tít. XV, Part. VI. (Sentencia de 10 de Febrero de 1866.)

(2) «Es doctrina legal, declarada expresamente por el Tribunal Supremo, que ninguno de los herederos ó partícipes de una herencia adquiere el dominio de determinados bienes de la misma, ni los puede demandar en

rar conservar en ella la más exacta igualdad, que debe reinar, no tan sólo en la distribucion de los valores, sino en la aplicacion de las fincas y demás cosas de la herencia. En la formacion de las hijuelas deben evitar, cuanto les sea posible, la subdivision de las heredades, si bien procurarán que cada uno de los herederos perciba la misma cantidad de bienes muebles, de inmuebles y de créditos. La desigualdad de las diferentes suertes, muchas veces necesaria, se compensará dando al que hubiere salido perjudicado una indemnizacion en rentas ó en dinero. Si los coherederos se convinieren en la adjudicacion, todo quedará terminado; pero si alguno la repugnare, se deberá echar suertes, recibiendo tambien una indemnizacion de sus coherederos el que así hubiese experimentado daño. En otro lugar queda expuesto, que la adjudicacion por sí misma y sin ningun acto de tradicion transfiera el dominio de las cosas. Mas para que las adjudicaciones de bienes inmuebles produzcan el efecto de perjudicar á tercero, será requisito indispensable que se inscriban en el *Registro de la Propiedad* (1).

223. Concluiremos esta materia manifestando que terminadas completamente las particiones con intervencion judicial, quedan los interesados responsables recíprocamente á la eviccion. Pero ésta no tendrá lugar cuando han sido hechas por el padre ó por el testador, á no ser que en el primer caso los hijos fueren perjudicados en su legítima, y constare en el segundo que el testador habia querido que fueran iguales las partes de sus herederos (2).

tal concepto, hasta que en su particion se le hayan adjudicado específicamente.» (Sentencias de 9 de Enero de 1866, 17 de Diciembre de 1873, y 29 de Enero de 1874.)

(1) Artículos 2.º y 23 de la LEY HIPOTECARIA.

(2) Ley 9.ª, tít. XV, Part. VI. Gregorio López en la glosa 2.ª Es doctrina legal, admitida por el Tribunal Supremo, la de que «no puede pedir la nulidad de unas particiones, aunque contengan vicios que afecten á su validez, el que les ha prestado su conformidad.» (Sentencia de 10 de Febrero de 1872.)

Aragon.—Sucede á veces que en Aragon no se hace particion de bienes cuando quedan varios hijos ó nietos, sino que se forma entre ellos un consorcio ó sociedad, que recibe el nombre de *consorcio foral*: éste tiene tambien lugar entre los tíos y los sobrinos que entran en representacion

TÍTULO IV.

De las vinculaciones.

224. La propiedad es libre por su naturaleza (1): la costumbre, sin embargo, que se convirtió en derecho, y después la ley, permitieron ligarla á una serie de determinados sucesores, y á esta traba es á lo que se ha dado el nombre de *vinculación*. Constituida las más veces por última voluntad, y siendo siempre un llamamiento para suceder, debe ser examinada después del tratado de las sucesiones. Nosotros, omitiendo las diferentes especies que no pertenecen á este lugar, nos haremos cargo en tres secciones distintas, de los mayorazgos, de los patronatos y de las capellanías.

de sus padres, y entre los hermanos que suceden abintestato á uno de los hermanos. (Fuero I y II, *De comm. divid.*, lib. III; obs. 3, 6, 13 y 14, *De consort.*, lib. IV.) Este consorcio no procede entre los hermanos donatarios, ni por los bienes indivisos adquiridos por otro título que no sea el de la herencia ó legado, según los jurisconsultos aragoneses. Los efectos de este consorcio son los siguientes: 1.º Ninguno de los consortes puede enajenar, hipotecar, obligar ni dar en enfiteusis su parte indivisa consistente en bienes inmuebles, ni imponer servidumbre en favor de extraños, ni disponer de ella por última voluntad, no siendo en favor de sus hijos. (Obs. 1.º y 12, *De consort.*; Fuero II, *De comm. div.*, y Portoles.) Sin embargo, la enajenación hecha en favor de uno de los consortes es válida, así como también, según la opinión de los autores, la que hace de su parte el que ha emplazado á los consocios para verificar las particiones, sin que ellos hayan comparecido. 2.º La parte del consorte que muere antes de hacer la partición acrece á los demás, á no ser que deje algún hijo que haya de heredarle abintestato; pero se exceptúan los bienes adquiridos exclusivamente por su propia industria. (Obs. 11, *De cons.*; y Fuero VII, *De comm. div.*)

(1) Toda propiedad se presume libre, mientras no se demuestre hallarse afectada á determinado gravámen. (Sentencia de 15 de Febrero de 1875.)

SECCION PRIMERA.

DE LOS MAYORAZGOS.

225. El derecho de primogenitura de los hebreos, las sustituciones y fideicomisos de los romanos, y el sistema feudal, han sido las fuentes de donde muchos mayorazguistas han hecho derivar esta institución. Sin embargo, ningún punto de contacto tienen los mayorazgos con la primogenitura de los hebreos, que sólo consistía en conceder al primogénito cierta distinción y autoridad en la familia; ni con las sustituciones, que nunca han sido más que la institución de un segundo heredero á falta del primero; ni con los fideicomisos ordinarios ó comunes, que se reducían á un encargo confidencial, hecho al fiduciario, de entregar la herencia á la persona que le designaba el testador. Alguna, aunque remota semejanza, se ha podido notar entre ellos y los fideicomisos familiares; pero el efecto de éstos no se extendió nunca sino hasta la cuarta generación, y no cambiaban la naturaleza de la propiedad, haciéndola inalienable y transmisible indefinidamente á una serie de personas determinadas, como sucede en los mayorazgos. Más se han aproximado á la verdad aquellos escritores que han buscado el origen de los mayorazgos en el sistema feudal, que desde el siglo XI se había ido estableciendo en todas las monarquías fundadas por las tribus germánicas sobre las ruinas del imperio romano. Las notables afinidades, aunque de ningún modo identidad, que existieron entre ambas instituciones, han podido dar fuerza á semejante opinión. No obstante, entre nosotros, parece lo más probable, que fijado el orden de suceder en la Corona en el reinado de D. Alfonso X, y hecho el reino indivisible, los magnates primeramente quisieron á su imitación perpetuar la sucesión en sus estados, y con el trascurso del tiempo hicieron lo mismo los particulares (1). Y aunque el nombre de mayorazgo no aparece todavía en aquella época, la institución

(1) El orden de suceder en los mayorazgos se diferencia notablemente del establecido en el *Libro de los Feudos*, compuesto en Lombardía en tiempo del Emperador Federico I. En efecto; según este libro, los feudos ó beneficios de dignidad no eran hereditarios, pues pertenecía al emperador hacer libremente la elección entre los hijos de los poseedores, sin que la primogenitura fuese título de preferencia. En los comunes, la sucesión se

existe, y la historia nos recuerda algunas fundaciones, ya en Castilla, ya en el reino de Aragon, hechas en tiempo del mismo D. Alfonso, y años despues de la formacion de las Partidas. La vez primera que hallamos empleada en las leyes la palabra *mayorazgo*, es en una cláusula del testamento de D. Enrique II, dirigida á disminuir los daños ocasionados por sus numerosas donaciones, y mandada observar como ley general por los Reyes Católicos (1). Las leyes de Toro los acogieron favorablemente; sus doctrinas los fomentaron, y fueron causa principal de la

extendia en la línea recta hasta el segundo grado: los primogénitos tampoco eran preferidos, y el feudo se dividia por iguales partes entre todos los hijos varones. En la línea colateral, sólo sucedian los hermanos del poseedor y sus sobrinos hijos de hermanos, y aún estos últimos, únicamente cuando el difunto no hubiera sido el primer poseedor del feudo. En un punto importante convenian el derecho francés y el lombardo, á saber: en que los ascendientes no eran llamados á la sucesion del feudo poseido por los descendientes; regla que se ha aplicado á la sucesion del mayorazgo. Resulta, por consiguiente, que podrá buscarse el origen de los mayorazgos en el sistema feudal francés, pero no en el lombardo, del que tantas diferencias los separan; y como éste es el adoptado por la ley 6.^a, tit. XXVI, Partida IV, tendremos que reconocer, que en los reinos de Leon y de Castilla no fueron introducidos, al ménos inmediatamente, á imitacion de los feudos, sino del orden señalado para la sucesion de la Corona, segun decimos en el texto.

(1) Ley 10, tit. XVII, lib. X de la Novísima Recopilacion. En algunas fundaciones se emplea esta palabra muchos años ántes. Zúñiga, en los *Anales de Sevilla*, copia un privilegio concedido por D. Sancho IV, en que se constituye *mayorazgo* en las casas moradas de Juan Mathe, camarero mayor del rey, y en varios de sus castillos y heredamientos. Nosotros tambien hemos tenido ocasion de ver una carta ó albalá en el archivo del Señor Duque de Medinaceli, expedida y firmada por el rey D. Alfonso XI, en que á petición de Ferrant Alfon, alguacil mayor de Córdoba, se aprueba el *mayorazgo* establecido en una cláusula del testamento de su padre Alfonso Ferrandes, adelantado mayor en la frontera, en los siguientes términos: «Tenemos por bien que las dichas casas de Cañete é de Paterna con todos los otros heredamientos que dichos son, que sea *mayorazgo para siempre jamás*, é que se cumpla la voluntad de dicho Ferrant Alfon, segun nos lo pidió por merced é sobredicho es.» El mismo Alfonso hizo donacion del estado de Aguilar de Campos, para que lo poseyera en concepto de mayorazgo, á uno de sus hijos. Y aún se podría citar algun otro caso.

multitud de vinculaciones que vinieron á agobiar el país, amortizando la propiedad.

226. Los mayorazgos, desconocidos por nuestros fueros, apenas tienen un lado defendible. Ligando las propiedades, impiden su libre circulacion, tan necesaria para dar vida á la sociedad, y haciendo pasar los bienes á manos odiosas muchas veces al último poseedor, impelen á éste á sacar de ellos todo el provecho posible á costa de su menoscabo y abandono. Por otra parte, la moral los reprueba altamente, pues sacrifican todas las afectaciones naturales, enriqueciendo á uno de los hijos y condenando á los demás á la indigencia y á la miseria. En algunos pases puede sostenerlos el interés político para la conservacion de una alta clase, llamada por la Constitucion á participar de las funciones legislativas. Nosotros creemos que ni aún este motivo puede alegarse con fundamento para su existencia.

227. Mayorazgo es una *vinculacion civil y perpétua en que se sucede por el orden de la fundacion, ó en su defecto por el que establece la ley de Partida para la sucesion á la Corona*; definicion que abraza, en nuestro concepto, sus diferentes especies (1). Siendo escasas las leyes que entre nosotros hablan de mayorazgos, suplimos su silencio con lo que la práctica y los autores mayorazguistas nos dicen respecto de ellos.

228. Nuestro derecho actual ha hecho en esta materia tan grandes y profundas innovaciones, que su término ha sido la extincion de los mayorazgos. Al finalizar el título, nos haremos cargo de las principales disposiciones de la ley en que aquellas están contenidas. Pero ántes creemos necesario hablar de la institucion, segun ha sido conocida hasta ahora, pues por bastante

(1) No basta para tenerse como fundacion de un vínculo perpétuo la cláusula de un testamento que contenga la prohibicion de enajenar, si además no hay los debidos llamamientos que han de dar á la institucion el carácter de perpetuidad. (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Octubre de 1862.)

Tampoco se puede decir que se constituye vínculo ni mayorazgo, porque en la cláusula de un testamento se determine que en una finca vayan sucediendo diferentes personas con prohibicion de enajenarla, siempre que no sea perpétua esta prohibicion. (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 1863.)

tiempo deberán todavía aplicarse sus doctrinas, ya en las cuestiones pendientes, ya en la mitad de los bienes que fueron vinculados, y que los actuales poseedores tienen que reservar á sus sucesores inmediatos.

229. Los mayorazgos se fundaban, ó en testamento ó por contrato; y tanto los establecidos del primero como del segundo modo podían ser revocados por el fundador, excepto en los casos que despues expresaremos (1).

230. Antiguamente, sólo se necesitaba la licencia real, cuando por tener herederos forzosos los fundadores podían quedar perjudicadas las legítimas, mas no cuando la vinculación recaía únicamente sobre el tercio ó sobre el quinto, ó era hecha por el que moría sin herederos forzosos (2); pero por decreto de 28 de Abril de 1789 y Real cédula del mismo año (3), se restringió considerablemente la facultad de vincular, disponiéndose que para fundar mayorazgos fuera absolutamente precisa licencia real, cualquiera que fuese la porción vinculada. Se exigió además para la fundación, que la renta de los bienes que se trataba de vincular, no bajase de 3.000 ducados; que la licencia se concediera á con-

(1) Leyes 1.^a y 4.^a, tit. XVII, lib. X de la Novísima Recopilación. De conformidad con estas leyes está declarado por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, que el testamento del fundador de un vínculo es prueba suficiente de la institución hecha en época en que no era necesaria la licencia real. (Sentencia de 11 de Octubre de 1858.)

(2) Ley 11, tit. VI, lib. X de la Novísima Recopilación. La prohibición de fundar mayorazgos sin que precediese real licencia, consignada en la ley 2.^a, tit. XVII, lib. X de la Novísima Recopilación, se refería y limitaba al caso en que por tener los fundadores herederos forzosos, se pudiesen perjudicar sus legítimas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Mayo de 1863.)

Cataluña.—Segun el espíritu y letra de la ley de 27 de Setiembre de 1820 y jurisprudencia constante del Tribunal Supremo, los fideicomisos familiares y perpétuos fundados en Cataluña, anteriores á la Real cédula de 14 de Mayo de 1789, están equiparados á las vinculaciones y mayorazgos de Castilla, sin que para su constitución fuesen necesarias, ni la previa autorización régia, ni las formalidades que para éstas prescriben las leyes recopiladas del reino. (Sentencia de 6 de Junio de 1874.)

(3) Ley 12, tit. XVII, lib. X de la Novísima Recopilación. Esta ley no tuvo efecto retroactivo, y por consiguiente, no tiene aplicación á fundaciones de fecha anterior. (Sentencia de 20 de Febrero de 1878.)

sulta de la Cámara; que la posición de la familia del fundador le permitiera aspirar á esta distinción; que se evitaran en lo posible las dotaciones en bienes raíces, haciéndose en efectos de rédito fijo; y determinaba que las fundaciones que se hicieran sin real licencia fuesen declaradas nulas, pudiendo reclamarlas los parientes inmediatos y suceder libremente en los bienes en que estaban constituidas. Se determinó con posterioridad, que se pagara por causa de amortización el 15 por 100, cuota que se aumentó despues hasta el 25 por 100 (1).

231. Los mayorazgos, segun ya dejamos dicho, podían ser revocados por el fundador hasta el momento de su muerte. Sin embargo, esto no se verificaba en los fundados por contrato entre vivos, en los siguientes casos:

1.^o Cuando se entregaba la posesión de las cosas vinculadas.

2.^o Cuando se entregaba la escritura de fundación ante escribano.

3.^o Cuando dicho contrato se habia hecho por causa onerosa con un tercero.

Pero cesaban tambien estas excepciones, siempre que la licencia real tuviera una cláusula concediendo la facultad de revocar, ó se la hubiese reservado el fundador al tiempo de constituirle (2).

(1) La falta de pago de este impuesto del 15 por 100, establecido por la ley 14, tit. XVII, lib. X de la Novísima Recopilación, sólo pudo privar de la sucesión al primer llamado, pero no afecta á la institución; y siendo, como es, una pena esta privación, no pudo comprender ni ser extensiva á los demás sucesores, ni perjudicar á un tercero que no fuera el responsable de la falta. (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Setiembre de 1864.)

(2) Ley 4.^a, tit. XVII, lib. X de la Novísima Recopilación.

En los casos en que una vinculación no hubiera llegado á constituirse despues de haberlo dispuesto un fundador, los bienes destinados para ella debieron pasar á los herederos testamentarios, como los demás patrimoniales y propios del testador, segun está declarado por sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Marzo de 1859.

Se halla igualmente resuelto por el mismo Tribunal Supremo, que habiéndose dispuesto en tiempo en que era permitido que se fundara una vinculación para un caso eventual, si al llegar este caso habia imposibilidad legal de constituirla por estar vigentes las leyes desvinculadoras, se consideren absolutamente libres los bienes destinados á ella. (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Abril de 1859.)

232. Las fundaciones de los mayorazgos, ó estaban conformes con las reglas por que se gobierna la sucesion del reino (1), ó se separaban de ellas. En el primer caso, los mayorazgos se llamaban *regulares*; en el segundo, *irregulares*. La irregularidad dependia exclusivamente de la voluntad del fundador, que se ha considerado siempre como la ley en esta materia (2).

233. Los regulares tenian por su propia naturaleza diferentes reglas á que atenderse; reglas que servian para la decision de los litigios que pudieran suscitarse. Las principales se expresaban en los términos siguientes:

1.^a Los mayorazgos se consideran regulares en caso de duda, y entonces se sucede á ellos segun el orden prescrito para la sucesion de la Corona (3), fuente y origen de todos los mayorazgos.

2.^a Los mayorazgos son indivisibles, porque siendo su fin principal conservar perpétuamente la memoria y el lustre de la familia, esto no podría verificarse si se permitiera dividirlos. Hay, sin embargo, un caso de excepcion, á saber: cuando nacen dos gemelos, ambos varones ó ambas hembras, y no se sabe cuál de los dos ha sido el primero, pues en este caso el mayorazgo se dividirá entre uno y otro por mitad.

3.^a La sucesion en el mayorazgo es perpétua en todas las

(1) Ley 2.^a, tit. XV, Part. II.

(2) Así se ha declarado en varias ocasiones por el Tribunal Supremo de Justicia en diferentes sentencias, y entre ellas, en las de 26 de Enero de 1859, de 13 de Marzo de 1865, 13 de Abril de 1869, 3 de Noviembre del mismo año, 16 de Octubre de 1874, 17 de Mayo y 8 de Junio de 1877, segun las cuales, *la fundacion es la primera regla de toda sucesion vincular, y sus cláusulas son la ley en esta materia*; es decir, que la ley suprema era la voluntad del fundador, cuyas disposiciones, siendo lícitas y posibles, debian cumplirse religiosamente, y servir de regla en los pleitos sobre posesion y propiedad de bienes vinculares, por más que se desviasen del orden establecido por las leyes del reino para la sucesion de la Corona.

(3) Ley 8.^a, tit. XVII, lib. X de la Novísima Recopilacion. Las vinculaciones se reputan siempre regulares, si expresa y terminantemente no dispone otra cosa el fundador. (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Noviembre de 1869); y en casos de duda, debe optarse por la regularidad, segun la jurisprudencia de los tribunales. (Sentencia de 20 de Diciembre de 1873.)

líneas, habiendo habido llamamientos generales; pero en concepto nuestro, si una sola línea hubiere sido la llamada, con ella concluirá la vinculacion, porque en caso de duda, debe seguirse la naturaleza ordinaria de la propiedad, que es libre, como hemos visto (1).

4.^a Los hijos legitimos, aunque de matrimonio putativo, en que uno de los contrayentes ó ambos ignoraban el impedimento que tenian, y los legitimados por subsiguiente matrimonio desde el instante de su legitimacion, son únicamente los que entran á suceder en el mayorazgo (2). Los que nacieron legitimos ántes que se verificara la legitimacion de los ilegítimos por subsiguiente matrimonio, son preferidos á éstos, segun la opinion de los mayorazguistas, aunque los últimos hayan tenido prioridad en el nacimiento, pues el derecho que los primeros adquirieron, no puede perderse por una legitimacion posterior (3). Si el ilegítimo, posteriormente legitimado, y el legítimo han nacido de unas mismas personas, el primero será preferido en la sucesion, porque su legitimacion no puede ser posterior al nacimiento del legítimo, á no ser que otra cosa se exprese claramente en la fundacion. El legitimado con autorizacion real y el hijo natural, sólo son admitidos cuando el fundador los llama expresamente;

(1) Esta doctrina en que todavía insistimos, no se halla conforme con lo dispuesto por el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 1.^o de Abril de 1862. Bajo la palabra *hijos* se entienden comprendidos los nietos y demás descendientes, especialmente en materia sucesoria ó vincular, aunque sólo se emplee aquella palabra en los llamados perpétuamente por el fundador; y esta es la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo. (Sentencia de 31 de Marzo de 1873.) Cuando sin distincion de sexos se emplea la palabra *hermanos*, en ella van comprendidos tanto los varones como las hembras. (Sentencia de 20 de Diciembre de 1873.)

(2) Las cláusulas de las fundaciones de mayorazgo que llaman á su obtencion á los *hijos legitimos de legítimo matrimonio*, no excluyen á los legitimados por el subsiguiente, pues éstos son realmente legitimos, á no ser que hayan sido excluidos expresamente por el fundador, y con palabras terminantes. (Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, de 24 de Abril y de 17 de Junio de 1861, y de 4 de Octubre de 1876.)

(3) Molina, Antonio Gomez y Sala.

exceptuando este caso, les son preferidos los parientes legítimos (1). El adoptivo está enteramente excluido.

5.^a Los bienes de mayorazgo son inalienables; carácter esencial de toda vinculación (2). Cesaba esta regla por causa de utilidad pública, de necesidad y utilidad del mayorazgo, y aun entonces se necesitaba licencia real, conocimiento de causa y citación del inmediato sucesor. De aquí se deduce que en ellos no tenía lugar la prescripción ordinaria, pero sí la inmemorial, en la cual se presume que debieron concurrir todos los requisitos necesarios para enajenar, y especialmente la licencia real (3).

(1) El Tribunal Supremo considera que, cuando en las reglas de una fundación no se excluye expresamente á los hijos legítimos, no procede su exclusión. (Sentencia de 20 de Junio de 1865.) No se halla conforme esta doctrina con la expuesta por Lopez, Rojas y Molina, que seguimos en el texto.

(2) *Aragón.*—Segun Sessé, Asso, y de Manuel, era cosa constante en Aragón, que los bienes vinculados se podían enajenar para la constitución ó restitución de dote.

Cataluña.—«En este principado se ha venido ejercitando constantemente y sin contradicción el derecho de constituir censos enfiteúticos por los poseedores de los mayorazgos, especialmente cuando de ello redundaba una mejora y mayor valía en la vinculación.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Noviembre de 1867, corroborada por otra de 4 de Febrero de 1874.)

(3) Esta era la jurisprudencia seguida constantemente, y que se halla conforme con la opinión de varios escritores, entre ellos Gomez, Molina, Gregorio Lopez, y Sala. Mas esta jurisprudencia ha cambiado despues de la publicación del decreto de 30 de Agosto de 1836 en que se restablecieron las leyes sobre desvinculación, y en su consecuencia, desde aquella fecha, pero no ántes, procede y tiene también lugar la prescripción en los bienes que fueron vinculados. (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de Junio de 1859 y de 21 de Diciembre de 1869.) Doctrina confirmada reiteradamente por el mismo Tribunal Supremo al declarar que, restablecida la ley de 11 de Octubre de 1820 por el Real decreto de 30 de Agosto de 1836, cesaron las acciones vinculadas, y quedaron desde esta fecha absolutamente libres los bienes vinculados, y sujetos al derecho común, por lo cual pueden prescribirse como todos los demás, aunque la finca prescripta correspondía á la mitad reservable; y aunque no se hayan cumplido los requi-

6.^a En los mayorazgos se sucede al fundador por derecho hereditario (1), pero á todos los demás poseedores por derecho de sangre. Es consecuencia de esta regla, que á los desheredados no se les puede privar de las vinculaciones, y que los sucesores no son responsables de las deudas de sus antecesores á no ser contraídas en utilidad del mayorazgo (2), ó por el mismo fundador ántes de hacer irrevocablemente la fundación.

7.^a La proximidad del parentesco se entiende con respecto al último poseedor y no al fundador, tanto en la línea recta como

sitos para la enajenación de los bienes vinculados, siempre que haya existido buena fe de parte de los compradores y demás circunstancias de la prescripción, ésta será válida. (Sentencias de 11 de Enero de 1869, de 8 y 28 de Noviembre de 1870, de 11 de Febrero y 7 de Diciembre de 1871, de 31 de Marzo, 30 de Abril y 5 de Diciembre de 1873, de 6 de Marzo de 1876, y de 6 de Junio de 1877.)

«Las disposiciones legales y jurisprudencia relativas á la nulidad de las enajenaciones y permutas de bienes vinculados sin real licencia, y de las hechas despues de la supresión de las vinculaciones sin la prévia tasación y sin la intervención del inmediato sucesor ó del procurador síndico en su lugar, no se oponen ni impiden la prescripción de la misma clase de bienes desde que pasaron á la clase de libres.» (Sentencia de 6 de Marzo de 1876 que acabamos de citar.)

(1) Ley 9.^a, tit. I, Part. II.

(2) Llamas y Molina sostiene que ni aun cuando las deudas se han contraído en utilidad del mayorazgo, debe responder de ellas el sucesor, fundándose en que no hay razón alguna para que las pague éste y no el antecesor, porque si aquél va á percibir las utilidades del mayorazgo, éste ya las ha percibido. Esta cuestión, despues de publicadas las actuales leyes de desvinculación, ha perdido mucho de su antigua importancia.

Navarra.—La ley 9.^a, tit. XV, lib. III de la Novísima Recopilación de Navarra niega á los acreedores por dotes ó censos impuestos sobre bienes de mayorazgo, toda acción, así ejecutiva como ordinaria, para cobrar del sucesor los réditos vencidos en tiempo del anterior poseedor, que correspondan á más años que á los cuatro últimos; es decir, que respecto á éstos quedaba obligado el que sucedía en bienes vinculados. A esta obligación debe agregarse otra, impuesta por las leyes 39 de las Cortes de 1780 y 1781, 43 de las de 1794, y 61 de las de 1817 y 1818, á saber: la viudedad que podían consignar los poseedores de mayorazgos á sus consortes, en la sexta parte de sus productos y rentas.

en la lateral, con tal que los contenidos en ésta sean tambien parientes del fundador (1).

8.^a La posesion civil y la natural y la cuasi posesion se transfieren por ministerio de la ley al inmediato sucesor, desde la muerte del poseedor, y sin ningun acto de aprehension, aunque alguno la hubiese tomado anteriormente (2). Los autores llaman *civilisima* esta posesion, pues son tales sus efectos, que ni la ausencia, ignorancia, falta de edad ni de razon de parte del sucesor, pueden impedir que se considere transferida á él desde el momento en que murió el antecesor, segun la opinion de los mayorazguistas (3).

9.^a Todas las fortalezas, cercas y edificios que se hicieren en las ciudades, villas, lugares y casas de los mayorazgos, ya labrando, ya reparando ó reedificando en ellas, ceden en utilidad del mismo mayorazgo, sin obligacion en el sucesor de dar parte de su estimacion á las mujeres de los que las hicieron, por razon de gananciales, ni á sus hijos ni herederos (4). Los intérpretes (5) han dado una extension indebida á la ley, que únicamente habla de fincas urbanas, al aplicarla tambien á los prédios rústicos, aumentando de esta suerte sus inconvenientes, y haciéndola más injusta y contraria, no tan sólo á los principios de la equidad, sino á las buenas doctrinas económicas (6). Los frutos de

(1) Aunque ésta ha sido siempre una regla constante, se halla además declarado así por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en 24 de Marzo de 1859.

(2) Ley 1.^a, tit. XXIV, lib. XI de la Novísima Recopilacion.

Navarra.—Lo mismo establece la ley 10, tit. XV, lib. III de la Novísima Recopilacion de leyes de Navarra.

(3) Molina, Gomez, Sala y otros.

(4) Ley 6.^a, tit. XVII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(5) Entre ellos Molina, Acevedo, Gomez, Sala, y Llamas y Molina.

(6) El doctor Palacios Rubios, uno de los jurisconsultos que más intervencion tuvieron en la redaccion de las leyes de Toro, la calificó de una manera durisima. El célebre é insigne escritor D. Gaspar de Jovellanos no ha sido más suave en su justa censura, con especialidad respecto á la infundada extension que se la dió. Tampoco se ha conformado con ésta el Tribunal Supremo, pues ha declarado acertadamente, que la ley 46 de Toro sólo se opone al abono de la estimacion ó valor de las edificaciones que de terminada y taxativamente expresa. (Sentencia de 14 de Julio de 1871.)

Navarra.—La ley 53 de las Córtes de 1817 y 1818 establece que los po-

los bienes de los mayorazgos se aplicaban tambien al aumento de éstos, si se habia dispuesto así en la fundacion, y no correspondian al padre por razon del usufructo que tiene en los bienes adventicios del hijo (1).

10.^a En el órden de sucesion se atiende á cuatro cosas: á la línea, al grado, al sexo y á la mayor edad. El que es de mejor línea, y por tal se entiende la del último poseedor, es preferido á los demás: en igualdad de líneas entra el de mejor grado, esto es, el más inmediato pariente del último poseedor, no del fundador: no habiendo diferencia en la línea ni en el grado, entran á suceder los varones con antelacion á las hembras, y siendo idénticas las tres referidas circunstancias, son preferidos los de más edad. Como explicacion de esta regla, debemos añadir:

1.^o Que tiene lugar la representacion, tanto en la línea recta como en la transversal (2), á no ser otra la voluntad del fundador; y que para considerarla excluida de los mayorazgos, vínculos, patronatos y aniversarios, fundados despues del 15 de Abril de 1615, debe estar expresada clara y literalmente la intencion de aquél, sin que basten presunciones, argumentos ó conjeturas, por precisas, claras y evidentes que sean (3).

2.^o Que las mujeres tampoco se consideran excluidas de los mayorazgos, vínculos, patronatos y aniversarios, á no constar la contraria voluntad del fundador, que en los constituidos despues de la citada fecha deberá estar expresada tambien de una manera clara y terminante, sin que tenga fuerza ninguna clase de presunciones (4).

234. Examinadas las reglas de los mayorazgos regulares, pasamos á tratar de los irregulares, llamados tambien de cláusula.

seedores de los mayorazgos que hicieran en los bienes vinculados mejoras que aumentasen sus productos, puedan deducir su valor, quedando á favor de los mismos como capital redituable al rédito corriente, el importe de las mejoras sobre los mismos bienes vinculados.

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 14 de Agosto de 1850.

(2) *Navarra.*—Así lo establece tambien la ley 1.^a, tit. XV, lib. III de la Novísima Recopilacion de las leyes de Navarra.

(3) Ley 9.^a, tit. XVII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(4) Ley 8.^a, tit. XVII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

Por tales entendemos, *aquellos en cuya sucesion no se siguen en todo ó en parte las reglas comunes á los regulares*. Siendo un principio constante que los fundadores podian hacer los llamamientos que les pareciesen (1), poner todas las condiciones y determinar las modificaciones que juzgasen convenientes, si eran lícitas y honestas, resultaba que las irregularidades debian ser infinitas; pero sólo manifestaremos aquí las más frecuentes y usuales (2).

235. El mayorazgo de *agnacion verdadera* ó rigurosa es aquel en que sin mediar hembra alguna, se sucede de varon en varon por la descendencia del fundador. Y no basta decir en la cláusula de la fundacion que los varones son únicamente llamados á suceder con absoluta exclusion de las hembras, pues en este caso, sólo quedaria constituido un mayorazgo de pura masculinidad; sino que para calificar el mayorazgo de agnacion rigurosa, solamente han de ser admitidos á él *los varones de varones, con exclusion de las hembras y de los varones que nacieren de ellas* (3).

El de *agnacion fingida* es exactamente igual al primero, sin más diferencia que la de que el primer llamamiento puede hacerse en un extraño, en un cognado ó en una hembra.

El de *masculinidad nuda* es el en que únicamente son admitidos los varones, aunque procedan del fundador por parte de hembra.

En el de *femineidad* suceden las mujeres con preferencia á los varones.

En el de *eleccion*, tiene facultad el último poseedor de señalar quién ha de sucederle, con tal que la designacion se haga en un

(1) Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de Marzo de 1873.

(2) Es doctrina legal, sancionada en diferentes sentencias del Tribunal Supremo, la de que las irregularidades no se presumen. (Sentencia de 3 de Marzo de 1873.)

(3) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 30 de Setiembre de 1850. «En caso de duda acerca de si un mayorazgo es de esta clase ó de simple masculinidad, debe entenderse de esta última, como ménos irregular.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Junio de 1869.) Y por otra de 3 de Marzo de 1873 se declaró también que en caso de duda, cuando las cláusulas de la fundacion no determinan de una manera clara la exclusion de las hembras, debe calificarse el mayorazgo más bien de regular que de irregular.

pariente del fundador, y sólo á falta de parientes se podrá hacer en beneficio de otra persona (1).

Mayorazgo *alternativo* es aquel en que sucede una vez el pariente de una línea, y despues el de otra distinta, alternando así sucesivamente.

Saluaris es el en que se atiende sólo á la mayor edad, ó á alguna otra circunstancia de preferencia, diferente de las que vamos enumerando, entre todos los parientes del fundador.

El de *segundogenitura*, que se constituye generalmente cuando los primogénitos tienen otro mayor, es aquel en que suceden tan sólo los segundogénitos.

Incompatibles son aquellos que no pueden estar unidos entre sí. La incompatibilidad procede, ó bien de la *ley*, ó de la voluntad del *hombre*. Por la *ley* se prohíbe que uniéndose por razon de matrimonio dos mayorazgos, de los cuales tiene el uno 58.823 reales de renta, vayan á un solo hijo, estableciéndose, por el contrario, que se dividan entre el primogénito y el que le siga, perteneciendo al primero la eleccion; y que si tales hijos no hubiere, se dividan entre los nietos (2). Esta ley, á pesar de su conveniencia y de su justicia, ha estado en completa inobservancia. La incompatibilidad por el *hombre* puede ser expresa ó tácita: la primera tiene lugar cuando el fundador la establece directa y explícitamente; la segunda se deduce de las palabras de la fundacion (3). Existirá ésta, por ejemplo, en dos mayorazgos cuyos respectivos

(1) Esta es la opinion de Rojas Almansa, generalmente seguida por los autores. Concedida por el fundador á los poseedores del mayorazgo la facultad de elegir sucesor entre sus hijos é hijas, se entienden también comprendidos bajo esta denominacion los nietos y demás descendientes. Así se declaró por sentencia del Tribunal Supremo, publicada en 23 de Diciembre de 1858.

(2) Ley 7.^a, tit. XVII, lib. X de la Novísima Recopilacion. Esta ley, segun un considerando del Tribunal Supremo de Justicia, debe entenderse en sentido restrictivo, y no es aplicable á los títulos de honor. (Sentencia de 3 de Mayo de 1869.)

(3) La incompatibilidad por razon de las fundaciones no puede admitirse, si no se establece clara, expresa y terminantemente en todas y cada una de las cláusulas de la fundacion. (Sentencia de 3 de Mayo acabada de citar.)

fundadores hubiesen puesto como condicion para poseerlos el llevar exclusivamente sus apellidos. La incompatibilidad puede ser tambien *real ó lineal y personal*: la primera impide al poseedor de un mayorazgo y á toda su línea obtener cualquier otro; la segunda, sólo á la persona. Puede ser además, *absoluta ó respectiva*; para *adquirir* ó para *retener*. *Absoluta* es la que prohíbe de un modo absoluto toda reunion con otro; *respectiva*, solamente con alguno. Para *adquirir*, la que priva al poseedor del derecho de adquirir otro; y de *retener*, la que impide la retencion de los incompatibles, dando al poseedor la facultad de elegir uno dentro de dos meses. La multitud de líneas y de irregularidades creadas por los intérpretes, lejos de servir de utilidad, han introducido confusion en esta importante materia (1).

236. El mayorazgo se prueba:

1.º Por la escritura de su fundacion, con la de la licencia del rey en los casos en que ésta ha debido intervenir.

2.º Por testigos que depongan del tenor de dichas escrituras.

3.º Por costumbre inmemorial. Para justificar ésta, se han de presentar testigos de buena fama; cualidad que deberá ser articulada y probada, sin que baste la presuncion general de gozarla. Los testigos deberán declarar que los antepasados tuvieron aquellos bienes como de mayorazgo; que así lo vieron por espacio de cuarenta años ántes de entablarse el juicio; que tambien oyeron decir á sus mayores, que ellos así lo vieron y oyeron siempre y nunca cosa en contrario, y que ésta es la voz pública, y fama y comun opinion entre los moradores de la tierra (2). Para deponer

(1) «Las incompatibilidades son de rigurosa interpretacion, reputándose personales y no lineales, para retener y no para adquirir, cuando el fundador expresa y terminantemente no ha dispuesto lo contrario.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Noviembre de 1869.)

«Las condiciones que no son de aquellas que segun la fundacion han de tenerse presentes para determinar el derecho á suceder, sino de las que se refieren al poseedor de un mayorazgo subsistente, quedaron sin efecto al suprimirse las vinculaciones, y restituirse sus bienes á la clase de absolutamente libres.» (Sentencia de 9 de Junio de 1869.)

(2) Ley 1.ª, tit. XVII, lib. X de la Novísima Recopilacion. Por el Tribunal Supremo se halla declarado, que esta ley (41 de Toro) no es taxativa de los medios de probar los mayorazgos, y que no tiene aplicacion en los casos en que ninguno de los litigantes pone en duda la existencia de un

los testigos acerca de estos particulares, bastará que tengan cincuenta años y medio, puesto que las leyes de Partida (1) admiten á los mayores de catorce años como testigos de lo que vieron ú oyeron ántes de la expresada edad; pero no podrán tener ménos, porque al menor de diez años y medio le reputan las leyes como poco capaz de fijar su atencion de un modo que pueda aprovechar en juicio su testimonio.

237. Réstanos ahora exponer brevemente las variaciones más importantes y radicales que ha experimentado esta institucion.

238. En el año de 1820, despues de una razonada y luminosa discusion en que se demostraron hasta la evidencia los graves perjuicios que las vinculaciones producian al Estado, y el principio inmoral que envolvian respecto á la familia, resolvieron las Córtes su completa abolicion. En su virtud, quedaron suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos *perpétuos*, patronatos, y cualquiera otra especie de vinculacion de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros, ó de cualquiera otra naturaleza, y se restituyeron desde luego á la clase de absolutamente libres, concediéndose á los poseedores actuales la facultad de disponer libremente desde luego de la mitad de los bienes en que las vinculaciones consistieren, y reservándose la otra mitad para despues de la muerte de aquéllos á los inmediatos sucesores. Se prohibió tambien hacer en lo sucesivo ninguna de las fundacio-

vínculo. (Sentencias de 4 de Junio de 1866 y de 29 de Diciembre de 1869.) Y lo está igualmente que siendo la agregacion de bienes á un vínculo una verdadera vinculacion, debe probarse por los mismos medios que esta. (Sentencia de 18 de Marzo de 1872.)

Posteriormente recayó otra declaracion del mismo Supremo Tribunal, segun la cual, «para probar la existencia de un vínculo, debe estarse á la fundacion auténtica ó á la Real licencia si se consignó, y en defecto de una y otra, á la prueba establecida en la ley 41 de Toro, sin que *basten las probanzas comunes*.» (Sentencia de 9 de Enero de 1873.) Así pues, con arreglo á esta sentencia, á falta de la fundacion ó de la licencia real, la ley 41 de Toro es taxativa de los medios de probar el mayorazgo.

El mismo Tribunal Supremo declaró en sentencia de 27 de Enero de 1873, que toda fundacion fideicomisaria que cuenta doscientos años de existencia, debe reputarse perpétua y vincular, aunque no se le haya dado esta calificacion.

(1) Ley 9.ª, tit. XVI, Part. III.

nes de esta clase, aunque fuese por vía de mejora, ni por otro título ni pretexto; se determinó que no se pudiera prohibir directa ni indirectamente la enajenación de bienes ó derechos, estableciéndose al mismo tiempo que nadie pudiera vincular acciones sobre bancos ú otros fondos extranjeros; y se prohibió, además, que los establecimientos conocidos con el nombre de manos muertas pudiesen adquirir bienes raíces ó inmuebles por ningún título, ya fuese lucrativo, ya oneroso (1).

Fué, por consiguiente, el propósito de la ley, que dejaran

(1) Artículos 1.º, 2.º y 14 de la ley decretada en 27 de Setiembre de 1820, publicada en las Córtes en 11 de Octubre del mismo año y restablecida en 30 de Agosto de 1836. Por algun tiempo ha prevalecido la doctrina de que toda clase de vinculaciones se hallaba comprendida en el artículo 1.º de esta ley. Pero últimamente se ha considerado y venido á resolver que la ley, al suprimir las vinculaciones, se contrajo á las que se habian establecido en favor y utilidad de los parientes de los fundadores ó de las familias que los mismos designaron, segun aparece de varios de sus artículos, y que no hay en ella regla ni disposición alguna relativas á las fundaciones meramente benéficas ó piadosas, cuyos bienes no estuvieran destinados á determinadas familias ó personas. Así es, que teniendo en cuenta estas y otras consideraciones, se ha venido á deducir y á declarar, que en la expresada ley no están comprendidas otras fundaciones que las familiares, y que no es extensiva á las meramente benéficas y piadosas, ni aplicable á un conjunto ó agregación de bienes simplemente amortizados para llenar con sus rentas su peculiar objeto. (Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, de 30 de Junio de 1855, de 10 de Marzo de 1858, de 20 de Setiembre de 1864, de 3 de Junio de 1865, de 9 de Febrero de 1870, de 5 de Julio de 1875, de 17 de Enero de 1876 y 27 de Diciembre de 1879.)

Y se ha reconocido tambien el carácter de fundaciones benéficas y piadosas á aquellas cuyas rentas están destinadas á dotar y socorrer doncellas del linaje del fundador, y á las viudas del mismo linaje. (Sentencia de 29 de Mayo de 1874.) Y en su consecuencia se ha declarado por el mismo Supremo Tribunal, que no puede calificarse de institucion familiar aquella cuyos productos se destinan por siempre y perpétuamente para casar ó que entren monjas, huérfanas ó doncellas del linaje del fundador, sin que haga variar la naturaleza de la fundacion, el que el fundador llame á sus parientes para ejercer el patronato activo y les señale una cantidad anual para retribucion de su trabajo. (Sentencia de 20 de Enero de 1880.)

El art. 4.º de esta ley no es aplicable á una fundacion en que los patronos deben distribuir siempre y precisamente las rentas en un aniversario,

de existir los mayorazgos desde aquella fecha, y que no se conservaran ni aún en la mitad que habia de reservarse al inmediato sucesor, como sostienen algunos; pues en ella, los actuales poseedores, ó sea los que lo eran á la publicacion ó al restablecimiento de la ley, no son considerados como vinculistas, sino sólo como usufructuarios, á quienes se prohíbe disponer de aquella parte en vida ó por causa de muerte, pues no depende de su voluntad (1).

memoria de misas, prebendas para estudiantes y dotes para doncellas del linaje del fundador, de conformidad con las reglas de la fundacion. (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Setiembre de 1868.) Tampoco se refiere el art. 1.º, al decretar la supresion de vinculaciones, á los fideicomisos temporales y enajenables, sino á los perpétuos ó vinculares que contienen la prohibición de enajenar. (Sentencias de 22 de Abril de 1865, de 21 de Diciembre de 1867 y 8 de Enero de 1875.)

Además, aunque las leyes desvinculadoras han vuelto á la clase de absolutamente libres los bienes amortizados, han respetado las demás cláusulas y condiciones establecidas por los fundadores. (Sentencia de 3 de Julio de 1874.) Tambien tiene declarado el Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de Febrero de 1875, que es válido el legado de cantidad en favor de establecimientos conocidos con el nombre de manos muertas, aunque para su pago sea necesario hacer la adjudicacion de una finca, la cual deberá ser inmediatamente puesta en venta, con arreglo á lo prevenido en los artículos 1.º y 26 de la ley de 1.º de Mayo de 1855. Y aunque esta ley enumera entre los bienes desamortizables los de beneficencia, sin distincion de pública y privada, no fué su objeto suprimir fundaciones ó establecimientos benéficos, sino poner en circulacion los bienes de sus respectivas dotaciones, y sustituirlos por una renta de otra clase. (Sentencia de 3 de Octubre de 1876.)

Atendida la importancia de esta ley y la de las aclaraciones hechas á ella por las Córtes del año de 1821, hemos creido conveniente insertarlas íntegras en el apéndice que ponemos al fin de este tomo, en donde se podrán tambien ver la de 6 de Junio de 1835 y la de 19 de Agosto de 1841, que si bien se las puede considerar más ó menos transitorias, como hijas de circunstancias particulares y de las necesidades del momento, segun hemos dicho en las anteriores ediciones, no por eso dejan de ser, especialmente la última, en alto grado importantes.

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Julio de 1873. Todas las vinculaciones civiles familiares, cualquiera que sea su nombre, quedaron extinguidas desde 30 de Agosto de 1836, en que se restableció la ley de 11 de Octubre de 1820, y los bienes de su dotacion reducidos á la clase de

239. Esta mitad reservada pasa al que según la fundación es el inmediato sucesor, quien puede disponer libremente de ella, y no está afectada al pago de las deudas contraídas por su antecesor (1). Disposición que se halla en consonancia con los principios que movieron al legislador á determinar que los poseedores actuales no pudieran enajenar la mitad de los bienes que habían pertenecido á la vinculación, pues esta prohibición se eludiría fácilmente, si se les permitiera hipotecarlos ó imponerles cualquier gravámen. Tampoco tiene lugar, en nuestro concepto, el abono de desperfectos respecto á la porción que se ha de reservar, porque ésta no constituye ya parte de la vinculación; y además, porque no hay temor fundado de que abuse el poseedor, puesto que tiene la misma responsabilidad que todos los usufructuarios para restituir íntegra y sin menoscabo la propiedad en que está constituido el usufructo.

absolutamente libres. (Sentencia del Tribunal Supremo de 1.º de Octubre de 1869.) Y en este mismo sentido se dictó otra sentencia en 8 de Noviembre del mismo año, y aún se dictaron otras posteriormente, contándose entre ellas las de 29 de Enero y 5 de Diciembre de 1873. Por eso también, desde el restablecimiento de la expresada ley no existen legalmente acciones vinculares, y sólo pueden ejercitarse en su caso las acciones reivindicatorias. Pero es indudable que, según la doctrina admitida por el Tribunal Supremo, procede la reclamación de los bienes que fueron vinculados, con arreglo á lo dispuesto en la fundación, utilizándose al efecto la acción reivindicatoria. (Sentencias de 6 de Julio de 1875 y de 10 de Octubre de 1879.)

Sin embargo, está declarado que no puede considerarse extinguido un vínculo en el que ha recibido la mitad reservable, cuando se cuestiona judicialmente si tiene ó no derecho á la mitad de otro vínculo por ser ó no compatible con el que ya posee; estando determinado también que, para el efecto de esta clase de litigios, es necesario retrotraerse al tiempo en que se transmitieron los respectivos derechos con arreglo á la ley de 1820; doctrina que no puede hacerse extensiva á los que no recibieron ninguna mitad reservable del mayorazgo. (Sentencias del Tribunal Supremo, de 14 de Marzo de 1861 y de 24 de Setiembre de 1875.)

(1) Artículo 2.º de la ley de 27 de Setiembre de 1820. El derecho de intermediación no puede ser efectivo hasta la muerte del poseedor actual del mayorazgo, y por lo mismo el presunto sucesor inmediato no tiene el dominio actual de la mitad reservable. (Sentencias de 26 de Abril de 1872 y 4 de Febrero de 1876.)

240. Cuando los actuales poseedores quieran enajenar toda ó parte de la mitad de los bienes que fueron vinculados, basta que obtengan el consentimiento del inmediato sucesor, sin necesidad en este caso de hacer la tasación y división de que habla el art. 3.º de la ley de 27 de Octubre de 1820. Prestado el consentimiento por el inmediato, ó si éste fuere desconocido ó estuviere bajo la patria potestad del poseedor, por el síndico-procurador, aunque muera aquél antes que el poseedor, ninguno que le suceda legalmente podrá entablar reclamación contra este acto, ni la nulidad de la enajenación. Este consentimiento le prestarán por sus pupilos y menores los tutores y guardadores, observándose las formalidades que las leyes exigen cuando se trata de negocios de huérfanos y menores (1).

De acuerdo con la opinión de varios ilustrados juristas, consideramos circunstancia precisa haber obrado sin fraude y de buena fe, para que el consentimiento del sucesor inmediato prive al que por fallecimiento de éste llega á serlo en realidad, del derecho de reclamar contra lo ejecutado por su antecesor (2).

(1) Artículos 1.º y 2.º del decreto de las Cortes de 19 de Junio de 1821, y sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 1873, el cual tiene también declarado que «un tercero que posee por título singular, como el de compra, no puede responder de los defectos que haya habido en la adjudicación,» verificada en virtud de los arts. 2.º y 3.º de la ley de 11 de Octubre de 1820; y asimismo, que la doctrina ó leyes «según las cuales las adjudicaciones de bienes que fueron vinculados, deben hacerse sin perjuicio de tercero de mejor derecho, no pueden tener aplicación al caso en que ha litigado un tercero, y no la persona que obtuvo la adjudicación.» (Sentencia de 21 de Marzo de 1873.) Aquel decreto carece de objeto, y por consiguiente, no tiene aplicación á los casos en que se ha verificado la tasación y división de los bienes conforme al art. 3.º de la ley de 11 de Octubre de 1820, ni faculta al poseedor para disponer de nada de la mitad reservada al inmediato sucesor. (Sentencia de 12 de Mayo de 1874.)

(2) Los bienes correspondientes á la mitad reservable, aunque se hayan vendido con el consentimiento del que era inmediato sucesor al tiempo de celebrarse el contrato, se podrán reclamar por el que lo sea realmente al tiempo de la muerte del poseedor que los vendió, siempre que el comprador no ignorara que estos bienes pertenecían á la mitad reservable, por manifestación hecha por el vendedor, ó por otros actos positivos y evidentes. (Sentencia de 20 de Junio de 1859.) Además, practicada ya la división del vínculo, el consentimiento del sucesor, cuando se ha ven-

241. También dispone la ley que en los fideicomisos familiares, cuyas rentas se distribuyen entre los parientes del fundador, se haga desde luego la tasación y repartimiento de los bienes del fideicomiso entre los actuales poseedores, á proporción de lo que percibieren, adquiriendo en su consecuencia el derecho de disponer libremente de la mitad, y reservando la otra al sucesor inmediato (1).

242. Mayores derechos tienen los poseedores de los mayorazgos, fideicomisos ó patronatos electivos, cuando la elección es absolutamente libre, pues en este caso pueden disponer desde luego de todos los bienes; pero si la elección hubiere de recaer precisamente entre personas de una familia ó comunidad determinada, dispondrán los poseedores sólo de la mitad, y reservarán la otra para que haga lo propio el sucesor que sea elegido (2). Muy sencilla es la razón de diferencia que entre ambos casos existe: en el primero, nadie puede alegar derecho, ni tiene fundadas probabilidades de suceder; en el segundo, podrían alegarle todos los individuos de la familia y de la comunidad, puesto que en uno de ellos había de verificarse necesariamente la elección.

243. Como también puede acaecer que los poseedores de mayorazgos carezcan de sucesores legítimos en cuyo favor se haya de reservar la mitad de la vinculación, se ha establecido para este caso, que aquéllos tengan facultad de disponer de la totalidad de los bienes amayorazgados, previas las pruebas é informa-

dido una parte de bienes comprendida en la *mitad reservada*, no basta para dar fuerza á la venta, si aquél ha muerto ántes que el poseedor de la vinculación, y reclama contra ella el que tiene el carácter de sucesor inmediato al fallecimiento del vendedor. (Sentencia de 2 de Mayo de 1866.) Doctrina corroborada aún con más eficacia por la sentencia de 12 de Mayo de 1874, de que nos hemos hecho cargo en la nota anterior. Mas verificada por el poseedor actual la venta de una parte de bienes que no exceda de la mitad de que podía disponer, será válida según la letra y el espíritu del art. 3.º de la ley de 28 de Junio de 1821, si el sucesor inmediato no se hubiere opuesto á ella. (Sentencia de 30 de Abril de 1873.)

(1) Artículo 4.º de la ley de 27 de Setiembre de 1820.

(2) Artículo 5.º

ciones necesarias y suficientes para justificar la falta de personas con derecho de suceder (1).

244. En las provincias ó pueblos en que por fueros particulares se halla establecida la comunicación en plena propiedad de los bienes libres entre los cónyuges, se han de comunicar entre ellos los bienes hasta ahora vinculados, de que puede disponer libremente el poseedor actual (2). Consecuencia natural y genuina de las anteriores disposiciones, aunque no se hubiera redactado este artículo, habría debido aplicarse al caso á que se refiere, lo establecido por tésis general.

245. El modo de asignar las cargas á que están obligados los bienes de la vinculación (3); la declaración de que se conserve á las viudas, madres, hermanos y sucesores inmediatos el derecho que les corresponde á los alimentos ó pensiones con arreglo á la fundación ó á convenios particulares (4); la manera de repartir la

(1) Decreto de las Cortes de 15 de Mayo de 1821. Sentencia de 24 de Abril de 1872.

Las palabras *sucesores legítimos* se refieren claramente á los que son llamados por la fundación, y de ninguna manera á los que sólo pueden alegar derechos hereditarios con arreglo á las leyes comunes. Así es que no bastará ser pariente del fundador, ni tampoco del último poseedor, para reclamar contra la libre disposición de todos los bienes que fueron vinculados, hecha en virtud del Real decreto citado, pues será preciso para ello tener la calidad de sucesor *legítimo* en cualquier grado que sea. Esta doctrina se halla reconocida en sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de 29 de Octubre de 1859 y 8 de Enero de 1876. Cuando todavía no consta legalmente si existe ó no sucesor inmediato á la vinculación, por no haberse practicado las diligencias necesarias, «la omisión de éstas, así como no pueda perjudicar á los sucesores legítimos, tampoco da derecho á los que no lo tienen para suceder en dichos bienes, á los que no son aplicables las leyes comunes de sucesión intestada, sino las desvinculadoras. (Sentencia de 24 de Abril de 1872.)

(2) Artículo 6.º de la ley de 27 de Setiembre de 1820.

(3) Cuando los bienes amortizados se restituyen á la clase de libres, es siempre con la condición de cumplir las cargas. (Sentencia de 7 de Julio de 1874.)

(4) Los inmediatos sucesores tienen derecho á los alimentos, aunque tengan bienes propios con que atender á su subsistencia. (Sentencia de 19 de Junio de 1874.) La ley no designa la época en que hayan de exigirse, y

obligacion de pagar la parte de la renta que los poseedores actuales tengan consignada legítimamente á sus mujeres para cuando queden viudas; la continuacion del orden de suceder en los títulos, prerogativas de honor, y en el derecho de presentacion para piezas eclesiásticas ú otros destinos; y por último, la prohibicion de adquirir bienes raices ó inmuebles bajo cualquier título que sea, impuesta á manos muertas, son objeto de los demás artículos de esta ley, que no hacemos más que enunciar ahora, ajustándonos á los límites y á la naturaleza de esta obra (1).

SECCION II.

DE LOS PATRONATOS.

246. Por la semejanza que tienen en el orden de suceder los mayorazgos y patronatos, hemos creido que era éste el lugar más á propósito para dar de los últimos una ligera idea. Comunmente el *derecho de patronato* se define, *la facultad de presentar á un clérigo para que se le confiera un beneficio vacante, y de gozar de ciertos derechos, ya útiles, ya onerosos, ya honoríficos* (2). Pero no se limita el derecho de patronato á las dignidades y beneficios eclesiásticos; otros muchos hay, establecidos para objetos de instruccion y beneficencia, que no tienen ningun carácter eclesiástico. Así es que á ellos debe hacerse extensiva la definicion, si ha de comprender todo el definido.

247. El derecho de patronato puede ser *activo* ó *pasivo*. El

por consiguiente, no es contraria á ella la sentencia que determina su pago desde el día en que se interpone la demanda. (Sentencia de 19 de Junio de 1874.)

(1) Resulta de todo lo expuesto, que «con arreglo á la legislacion vigente y á la jurisprudencia establecida, los derechos de los actuales poseedores legítimos y de los inmediatos sucesores de las extinguidas vinculaciones sobre los bienes con que estuvieren dotadas, no se regulan por los términos de la fundacion, sino por la ley de 11 de Octubre de 1820, restablecida en 30 de Agosto de 1836.» (Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de Diciembre de 1877.)

(2) Ley 1.^a, tit. XV, Part. I.

activo consiste en el derecho de presentar; el *pasivo*, en el de ser presentado.

248. *Patronato activo*.—El patronato activo se subdivide en *eclesiástico, laical y mixto*; en *hereditario, gentilicio y mixto*; en *real y personal*. El *eclesiástico* es el que corresponde á una iglesia ó á un clérigo, no por razon de patrimonio, sino de su dignidad ú oficio: *laical*, el que por razon de patrimonio corresponde al clérigo ó al lego: *mixto de eclesiástico y laical*, el que reune ambas circunstancias, como cuando un eclesiástico, por razon de oficio, es llamado con un lego á hacer la presentacion simultáneamente. En el *hereditario* suceden los llamados por el testador, aunque sean herederos extraños; en el *gentilicio*, solamente los individuos de su familia; el *mixto de hereditario y gentilicio* es el que corresponde á los que participan de la cualidad de herederos y de parientes. El *real* es el que se concede al poseedor de cierto fundo: el *personal*, á cierta persona ó familia, sin consideracion á ninguna otra cosa.

249. El derecho de patronato se adquiere:

1.º Por la fundacion, comprendiéndose bajo esta palabra, no sólo la prestacion del fundo en que debe levantarse un santuario, sino tambien la construccion de éste.

2.º Por la dotacion, cuando está indotada la iglesia ó beneficio (1), y es necesario ó de utilidad evidente el dotarlos, á juicio del obispo.

3.º Por la prescripcion inmemorial contra una iglesia libre (2), y de cuarenta años contra un tercer poseedor.

Una de las causas por que antiguamente se concedian los patronatos, era por las liberalidades de los reyes, de los obispos y de los pontífices; pero el Concilio Tridentino derogó todas las concesiones, excepto las hechas á las supremas potestades, á las iglesias catedrales y á las universidades (3).

250. Se transfiere el derecho de patronato:

1.º Con el oficio ó dignidad á que va anejo.

2.º Con las fincas á que está unido, del mismo modo que los

(1) Concilio Trid., cap. XII, *De reformat.*, sess. XIV.

(2) Concilio Trid., cap. IX, sess. XXIX.

(3) Concilio Trid., sess. XXV, cap. IX.

demás derechos en la cosa (1). Esta regla sólo se refiere al patronato real: por consecuencia de ella, el que esté unido á un predio dotal pasará al marido, constante el matrimonio; y el que lo está á una finca que ha sido permutada ó vendida, pasa al nuevo adquirente, pues si bien el patronato por sí no puede enajenarse, dándose por cosa temporal, se considera comprendido en la enajenación de los bienes á que se halla unido.

3.º Con la herencia, bien sea testamentaria ó bien legítima, y en este caso, aunque la herencia se divida en partes desiguales, no se dividirá, sin embargo, el patronato, pues es indivisible; si bien los herederos sucederán *in stirpes* por lo que hace al derecho de presentar (2). En todos los patronatos, y especialmente en los gentilicios, se ha de estar en esto á la voluntad del fundador.

4.º Por la permuta con otro patronato, y por donacion ó cesion, que, si es hecha á iglesia ó monasterio, no requiere el consentimiento del obispo (3).

5.º Por el arrendamiento ó entrega en prenda de la finca á que está adherido (4); lo cual debe entenderse en el caso de que sea largo el arrendamiento ó el tiempo por el que la cosa se haya empeñado, y de que no se haya pactado nada en contrario.

251. Se pierde el derecho de patronato:

1.º Por transferirse á otro, en los términos que ántes hemos expuesto.

2.º Arruinándose la iglesia á que está unido, de modo que no pueda constituirse en ella un clérigo.

3.º Negándose el patrono á las reparaciones necesarias del templo (5).

4.º Si, no haciendo reserva ninguna de sus derechos, permite que la iglesia se convierta en colegiata ó monasterio, porque entónces nó tiene lugar la presentacion, sino la eleccion; ó si consiente que se una á otra, lo que implícitamente lleva una renuncia de su derecho.

5.º Por el no uso, porque en tal caso se presume que la igle-

(1) Ley 8.ª, tit. XV, Part. I; cap. XIII, Ext. *De jure patron.*

(2) Ley 8.ª, tit. XV, Part. I; Clem. II, *De jure patron.*

(3) Dicha ley 8.ª. Cap. últ., *De jure patron.*, in VI.

(4) Ley 9.ª, tit. XV, Part. I.

(5) Concilio Trid., sess. XXI, *De reform.*, cap. VII.

sia es libre, ó que al ménos el patrono ha renunciado su derecho.

6.º Cuando el patrono mata, ó mutila, ó hiere al rector ó á otro clérigo de la iglesia (1).

7.º Concluyéndose la familia para la que exclusivamente fué fundado el patronato.

252. Pueden ser patronos hasta los impúberos y las mujeres, pero están excluidos los que no se hallan en el gremio de la Iglesia. Puede haber uno ó muchos: si fueren muchos y compusieren un cuerpo colegiado, harán la presentacion del modo con que se hacen las elecciones; si tuvieran la facultad de elegir separadamente, así lo verificarán, debiendo ser preferido el que fuere nombrado por la mayor parte (2).

253. Al patrono eclesiástico se concede el tiempo de seis meses para hacer la presentacion; al lego el de cuatro, contados desde que llegó la vacante á su noticia (3). Si por pleito ó por cualquiera otro incidente no ha podido verificarse dentro del término prefijado, se devuelve al ordinario este derecho. Entiéndese esto en beneficios eclesiásticos y capellanías colativas, no en las puramente laicales, porque éstas no están sujetas á las disposiciones canónicas, y la jurisdiccion eclesiástica sólo se puede mezclar en que se cumplan las cargas con arreglo á lo dispuesto en la fundacion. Aun en los patronatos eclesiásticos, si el pleito hubiere sido con el obispo, ni áun pasado el plazo perderá el patrono la facultad de presentar, evitándose de este modo los procedimientos maliciosos de que pudiera ser objeto para impedirle el ejercicio de su derecho (4).

254. El patrono eclesiástico no puede presentar más que á uno, y hecha la presentacion, espiran sus facultades: el lego puede presentar á varios sucesivamente; pero los nombramientos posteriores no invalidan los anteriores, de suerte que el obispo puede elegir al que mejor le parezca para hacer la institucion (5). El presentado debe ser idóneo, y sus circunstancias examinadas

(1) Capítulo XII, Ext. *De penis.*

(2) Capítulo III, Ext. *De jure patron.*

(3) Capítulo único, párrafo I, *De jure patronat.*, in VI.

(4) Capítulo III y XXVII, Ext. *De jure patron.*

(5) Capítulo XXIV, Ext. *De jure patron.*

por el obispo (1). Si fuere repelido por éste, el patrono tendrá la facultad de apelar.

255. Según lo que establecen los cánones, no tiene lugar en las colegiatas el derecho de presentar; pero el que fuere elegido, ha de someterse á la aprobacion del patrono. En España no se observa esta limitacion.

256. Debemos manifestar que en los patronatos mixtos debe estarse á lo que más favorezca á los patronos, porque cada uno de ellos comunica al otro lo más beneficioso de su derecho.

257. *Patronato pasivo.*—Mal cuadra al patronato pasivo la denominacion de *patronato*: consiste generalmente en la obtencion de una capellanía, de un legado piadoso, ó de otros bienes. De esta clase de patronatos, siendo laicales y estando unida á ellos la posesion de ciertos bienes, es de los que á nuestro entender habla la ley, que al suprimir las vinculaciones, hizo expresa mencion de los patronatos (2).

SECCION III.

DE LAS CAPELLANÍAS.

258. Se da el nombre de *capellanía* á la obligacion de celebrar ó de hacer celebrar anualmente determinado número de misas, conformándose á la voluntad del fundador en los puntos á que con arreglo á las leyes y cánones puede extenderse.

259. La capellanía es *mercenaria* ó *colativa*. Llámase *mercenaria*, aquella que constituida sin intervencion de la autoridad eclesiástica, solamente obliga al poseedor á cumplir las cargas que el fundador le impuso. En ella no se siguen las disposiciones canónicas, ni está sujeta á la jurisdiccion eclesiástica, que, como hemos dicho ántes, se limita á investigar si están cumplidas las cargas; y esto sucede, tanto en el caso de que sean legos, como en el de que sean clérigos los poseedores. Verdaderas vinculaciones seculares con cargas piadosas, están de lleno comprendidas en la ley que declaró la desamortizacion civil (3).

(1) Concilio Trid., sess. VII, *De reform.*, cap. XIII.

(2) Artículo 1.º de la ley de 11 de Octubre de 1820.

(3) El mismo artículo y ley. El Tribunal Supremo tiene declarado, de

260. Dos clases hay de capellanías mercenarias. Unas, á las que generalmente se designa con el nombre de *capellanías laicales, memorias de misas, legado pio y patronato real de legos*. A título de ellas, ninguno puede ordenarse, y son capaces de obtenerlas, tanto los casados como los solteros, los hombres como las mujeres. Los poseedores tienen facultad de nombrar sacerdote que cumpla las cargas, y de renovarle cuando quieran; ó sin necesidad de nombramiento, mandar celebrar las misas, cuyo cumplimiento hacen constar á la autoridad eclesiástica cuando ésta lo reclama. En las otras hay un capellan servidor que administra y usufructúa los bienes de la capellanía, cuida de su conservacion y reparos, y cumple las cargas.

261. La *capellanía colativa*, que se equipara á los beneficios eclesiásticos, es *la instituida con intervencion de la autoridad eclesiástica, y en ella la colacion y la institucion canónica corresponden siempre al obispo* (1). Cuando un lego es el que hace la presentacion, se llama *gentilicia*. Bien sea lego, bien eclesiástico el patrono, además de la institucion canónica, pertenecen al

conformidad con esta disposicion, que las capellanías *mere* legas ó puramente laicales, así como los vínculos patronatos reales de legos, se hallan comprendidos en la ley desvinculadora de 11 de Octubre de 1820; que la sucesion en los bienes que las constituyeron, debe ajustarse á las prescripciones de la misma ley, combinadas con las que eran propias de cada una de tales fundaciones, según su respectiva naturaleza y llamamientos, y que los bienes á ellas pertenecientes no se rigen por la legislacion desamortizadora de 1855 y 1856. (Sentencias de 4 de Julio de 1873, de 21 de Mayo de 1874, de 26 de Mayo de 1875 y de 18 de Mayo de 1878.)

Es también doctrina sancionada por el mismo Supremo Tribunal, que declarados libres los bienes de los patronatos laicales con arreglo á las leyes desvinculadoras, han cesado las obligaciones personales impuestas á sus poseedores; y que la obligacion que se les imponga de levantar las cargas del patronato, no les releva de la de redimir las, en la forma prescrita en el Convenio-ley de 1867 é instruccion del propio mes y año. (Sentencia de 17 de Junio de 1880.)

(1) Son, en efecto, requisitos indispensables para que una capellanía tenga el carácter de colativa, que se haya impetrado é intervenido la autoridad y aprobacion del prelado diocesano, se hayan espiritualizado los bienes en que consiste, y constituido como título hábil para la ordenacion. (Sentencia de 4 de Octubre de 1872.)

diocesano la vigilancia sobre la conservacion de las fincas y el cumplimiento de las cargas, y el conocimiento de la legitimidad de los pretendientes, de modo que al patrono le corresponde solamente el derecho de nombrar capellan dentro de los límites de la fundacion, en cuyo caso su nombramiento será el preferido. Pueden estas capellanías conferirse á presbíteros, y tambien á los que no lo sean para que á título de ellas se ordenen, si así lo dispuso el fundador. Si son curados los beneficios, se requiere para obtenerlos la edad de veinticinco años (1); si no tienen cura de almas, bastan catorce, y aún siete si así lo ha dispuesto el fundador (2). Este puede poner á la fundacion todas las cláusulas y condiciones que no se opongan á las leyes, y su voluntad deberá ser cumplida.

262. El principio de desamortizacion ha sido aplicado tambien á las capellanías colativas. Una ley (3), que en el día sólo tiene aplicacion respecto á las capellanías cuyos bienes hayan sido reclamados antes de la publicacion del Real decreto de 28 de Noviembre de 1856, establece que los bienes de aquellas á que son llamadas ciertas y determinadas familias, se adjudiquen como de libre disposicion á los individuos de ellas en quienes concorra la circunstancia de preferente parentesco, pero sin distincion de sexo, edad, condicion ni estado (4): la mejor línea y el mejor grado excluyen á los que no son tan aventajados; y cuando los llamamientos se han hecho en general, sin distincion de línea ni de grados, tienen preferencia los más próximos á los fundadores ó á los que éstos señalan como tronco (5). Si la fundacion dispone que alternen las líneas, los bienes se dividirán entre ellas con igualdad, y la porcion que á cada una corresponda se adjudicará á los individuos existentes de ella, bajo las mismas reglas que quedan indicadas (6). Si sólo el patronato activo

(1) Concilio de Trento, cap. XII, sess. XXIV, *De reform.*

(2) Concilio de Trento, cap. VI, sess. XXIII, *De reform.*

(3) De 19 de Agosto de 1841. Esta ley, así como su aclaratoria de 15 de Junio de 1856, se refieren á capellanías colativas, y no pueden aplicarse á capellanías laicales ó patronatos civiles. (Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en 23 de Junio de 1877.)

(4) Artículo 1.º de la ley de 19 de Agosto de 1841.

(5) Artículo 2.º

(6) Artículo 3.º

es familiar, se adjudicarán tambien los bienes á los parientes llamados á ejercerlo (1). Mas cuando en alguna fundacion se dispusiere de los bienes para el caso en que dejare de existir, se cumplirá lo que diga (2). La adjudicacion de bienes se entiende con la obligacion de cumplir, pero sin mancomunidad, las cargas civiles y eclesiásticas á que están afectos (3). Otras disposiciones adopta la ley, declarando que la adjudicacion corresponde á los tribunales civiles (4), y conciliando los derechos de los poseedores actuales de las capellanías, con los de las personas que son llamadas á la participacion de los bienes de que se componen (5). Por último, se ha reconocido tambien que los interesados

(1) Artículo 4.º

(2) Artículo 5.º Puede verse respecto á la inteligencia de este artículo en algun caso especial, la sentencia de 8 de Mayo de 1875.

(3) Artículo 11.

(4) Artículo 10.

(5) Por Real decreto de 30 de Abril de 1852, fué derogada esta ley, retrotrayendo los efectos de la derogacion al 17 de Octubre del año anterior, día de la publicacion del Concordato. En su consecuencia, se declararon subsistentes las capellanías colativas de patronato activo ó pasivo de sangre, vacantes ó no á la sazón, cuyos bienes no se hubieran adjudicado judicialmente á las familias respectivas, ó para cuya adjudicacion no hubiese juicio pendiente antes del dicho día 17 de Octubre. Se determinó igualmente que estas capellanías volvieron á servir de título de ordenacion, siempre que fueran cóngruas. Este decreto, sin embargo, tuvo poca duracion, pues por el de 6 de Febrero de 1855 se declararon en todo su vigor y fuerza la ley de 19 de Agosto de 1841 sobre capellanías de sangre, y las demás disposiciones relativas á fundaciones piadosas familiares. Mas poco tiempo despues, se suspendieron todavia los efectos de este Real decreto por otro de 28 de Noviembre de 1856, aún respecto á los juicios y reclamaciones pendientes ante los tribunales, ó que pudieran promoverse, pero no á los terminados legalmente. (Sentencia de 6 de Marzo de 1876.)

Ultimamente, en virtud de un convenio celebrado con la Santa Sede, publicado y sancionado por el Real decreto con fuerza de ley de 24 de Junio de 1867, se declararon subsistentes, aunque con arreglo á lo dispuesto en el convenio expresado, las capellanías cuyos bienes no hubiesen sido reclamados á la publicacion del decreto de 28 de Noviembre de 1856, y sobre los cuales no habia, por lo tanto, juicio pendiente ante los tribunales. La cóngrua de ordenacion en estas capellanías ha de ser al ménos de 2.000 reales; las que no produzcan esta renta líquida se declaran incóngruas. Los

en las capellanías han podido celebrar acerca de ellas los contratos que les hayan convenido, sin que por esto se entienda infringida la ley de 19 de Agosto á que nos acabamos de referir (1).

pleitos sobre adjudicación de capellanías que pendían en los tribunales, y fueron suspendidos en 1856, continuarán su curso según el estado que entonces tenían. La obligación y el modo de redimir las cargas de carácter puramente eclesiástico, impuestas sobre las capellanías adjudicadas ó que en adelante se adjudicaren á las familias, capellanías que se declaran completamente extinguidas; las impuestas sobre los bienes eclesiásticos vendidos; sobre los pertenecientes á obras pías, legados píos, patronatos laicales ó reales de legos y otras fundaciones de la misma índole de patronato familiar, activo ó pasivo, y la facultad de hacer esta redención, concedida también á los poseedores de bienes de dominio particular, gravados con cargas eclesiásticas, son objeto de diferentes artículos del decreto. Este se ocupa además en dictar reglas relativas al modo de proveer las capellanías subsistentes, al establecimiento y provisión de las que nuevamente se crearen por los diocesanos, y á algunos otros puntos análogos. Para la ejecución de este decreto, se dictó también una instrucción en 25 de Junio del mismo año.

En el apéndice de este tomo insertamos la ley y los decretos referidos.

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 9 de Noviembre de 1859.

LIBRO CUARTO.

DE LAS OBLIGACIONES.

1. Hasta aquí hemos tratado del derecho que tenemos *en las cosas*, y recorrido los diversos modos de adquirirle; pasamos ahora al que á ellas nos compete, que es el que constituye las obligaciones. Cuando el que ha poseído una cosa con justo título quiere desprenderse y se desprende de ella á favor de otro, la ley aprueba este acto y considera al nuevo poseedor subrogado al antiguo. Este es el principio general que domina en la materia interesante de las obligaciones que consisten en dar: las en que se estipulan hechos, se fundan en el principio de la libertad individual en cuanto se conforma con las leyes.

TITULO PRIMERO.

De las obligaciones en general.

2. *Obligación es un vínculo del derecho, por el que podemos ser compelidos á dar ó á hacer alguna cosa.* Dos personas son necesarias para la existencia de toda obligación; la del *acreedor* y la del *deudor*. *Acreedor* es la persona á quien se debe, en cuyo favor está constituida la obligación. El que está ligado por ella, y que puede ser apremiado á cumplirla, recibe el nombre de *deudor*.

3. El acreedor no adquiere un derecho directo é inmediato sobre la cosa, es decir, un *derecho real* en cuya virtud pueda disponer ó utilizarse de ella, sino solamente un *derecho personal*

en las capellanías han podido celebrar acerca de ellas los contratos que les hayan convenido, sin que por esto se entienda infringida la ley de 19 de Agosto á que nos acabamos de referir (1).

pleitos sobre adjudicación de capellanías que pendían en los tribunales, y fueron suspendidos en 1856, continuarán su curso según el estado que entonces tenían. La obligación y el modo de redimir las cargas de carácter puramente eclesiástico, impuestas sobre las capellanías adjudicadas ó que en adelante se adjudicaren á las familias, capellanías que se declaran completamente extinguidas; las impuestas sobre los bienes eclesiásticos vendidos; sobre los pertenecientes á obras pías, legados píos, patronatos laicales ó reales de legos y otras fundaciones de la misma índole de patronato familiar, activo ó pasivo, y la facultad de hacer esta redención, concedida también á los poseedores de bienes de dominio particular, gravados con cargas eclesiásticas, son objeto de diferentes artículos del decreto. Este se ocupa además en dictar reglas relativas al modo de proveer las capellanías subsistentes, al establecimiento y provisión de las que nuevamente se crearen por los diocesanos, y á algunos otros puntos análogos. Para la ejecución de este decreto, se dictó también una instrucción en 25 de Junio del mismo año.

En el apéndice de este tomo insertamos la ley y los decretos referidos.

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 9 de Noviembre de 1859.

LIBRO CUARTO.

DE LAS OBLIGACIONES.

1. Hasta aquí hemos tratado del derecho que tenemos *en las cosas*, y recorrido los diversos modos de adquirirle; pasamos ahora al que á ellas nos compete, que es el que constituye las obligaciones. Cuando el que ha poseído una cosa con justo título quiere desprenderse y se desprende de ella á favor de otro, la ley aprueba este acto y considera al nuevo poseedor subrogado al antiguo. Este es el principio general que domina en la materia interesante de las obligaciones que consisten en dar: las en que se estipulan hechos, se fundan en el principio de la libertad individual en cuanto se conforma con las leyes.

TITULO PRIMERO.

De las obligaciones en general.

2. *Obligación es un vínculo del derecho, por el que podemos ser compelidos á dar ó á hacer alguna cosa.* Dos personas son necesarias para la existencia de toda obligación; la del *acreedor* y la del *deudor*. *Acreedor* es la persona á quien se debe, en cuyo favor está constituida la obligación. El que está ligado por ella, y que puede ser apremiado á cumplirla, recibe el nombre de *deudor*.

3. El acreedor no adquiere un derecho directo é inmediato sobre la cosa, es decir, un *derecho real* en cuya virtud pueda disponer ó utilizarse de ella, sino solamente un *derecho personal*

contra el deudor para compeler á éste á la prestacion de aquello á que se obligó.

4. Como la necesidad de la prestacion puede dimanar, ó únicamente del derecho natural, ó sólo del civil, ó de entrambos (1), las obligaciones son, ó meramente naturales, ó meramente civiles, ó mixtas.

5. Obligaciones *meramente naturales*, son aquellas que, aunque fundadas en la justicia universal, no han conseguido de las leyes fuerza coactiva (2). A esta clase pertenecen, entre otras, las de los pupilos próximos á la pubertad, sin autoridad de sus tutores, porque ántes carecen de discernimiento, aun para obligarse naturalmente; las de los menores, sin intervencion de sus curadores; las de préstamos hechos á hijos de familia, á no mediar consentimiento expreso ó tácito de los padres, ó en otros casos señalados por la ley; y las de fianza otorgada por mujeres, regla que tambien tiene sus limitaciones. No obstante, si bien no puede apremiarse al pago de lo que sólo naturalmente se debe, pagado ya, en muchas ocasiones no puede reclamarse, como oportunamente manifestaremos. A este importante efecto de las obligaciones naturales se agrega otro no ménos notable, á saber: que son capaces de ser garantidas con fianzas, en cuyo caso, aunque no pueda ser compelido á su cumplimiento el principalmente obligado, puede serlo el fiador (3). El número de las obligaciones meramente naturales es infinitamente menor hoy que cuando las leyes exigian fórmulas precisas y solemnes para la existencia de los contratos.

6. Se llaman *meramente civiles*, las obligaciones que, válidas en rigor de derecho, son eludidas por una excepcion perpetua que destruye para siempre la demanda. A esta clase pertenecen las arrancadas por el miedo ó por la fuerza (4). Estas tienen impropriamente el nombre de obligaciones, pues no obligan al cumplimiento; pero existiendo la presuncion de que han sido voluntariamente celebradas, imponen, para libertarse de ellas, la necesidad de probar el vicio de que adolecen.

7. Por último, obligaciones *mixtas* son las que á la vez están apoyadas en la justicia universal y auxiliadas por el derecho

(1) Leyes 56, tit. V, y 5.^a, tit. XII, Part. V.

(2) La misma ley 5.^a

(3) La misma ley 5.^a

(4) Ley 56, tit. V, Part. V.

civil (1). Estas, que en la nomenclatura adoptada por nuestras leyes y juriscultos, siguiendo la de la escuela filosófica de los romanos, se derivan casi todas del derecho de gentes (2), son las llamadas con propiedad obligaciones, y producen una accion eficaz al que desea su cumplimiento, contra el que le rehusa (3).

8. El origen de las obligaciones es la equidad, inmediatamente unas veces, y otras mediante un hecho obligatorio.

9. Nacen inmediatamente de la equidad, las que provienen del principio de que el hombre debe hacer lo que exige la recta razon, y lo que no le perjudica y aprovecha á otro; así en ciertas ocasiones se le obliga á exhibir una cosa, para que el que quiere entablar la accion real sepa quién es el que la posee.

10. Los hechos que dan causa á las obligaciones pueden ser lícitos ó ilícitos, y de aquí dimana que unas provengan del consentimiento y otras del delito. Mas como el consentimiento puede ser verdadero ó presunto, y hay algunos hechos que si en rigor no pueden imputarse como delitos, no carecen de culpa, ha dado esto lugar á que se subdividan las obligaciones en:

1.^o Dimanadas del consentimiento verdadero; á éstas llamaron los romanos provenientes del contrato.

2.^o Dimanadas del consentimiento presunto; llamadas en el derecho romano provenientes de casi un contrato.

3.^o Dimanadas del delito.

4.^o Dimanadas de la culpa, ó de casi un delito en la nomenclatura del derecho romano.

Las de la primera clase se constituyen por medio de convenios, y sin ellos nacen las de las tres restantes.

(1) Ley 5.^a, tit. XII, Part. V.

(2) La palabra *derecho de gentes* está usada en este lugar, no en el sentido de *derecho internacional*, que es el que hoy generalmente tiene, sino en el que le dieron los romanos de derecho establecido universalmente en todos los pueblos, hijo de las necesidades humanas y conforme á la razon. El lenguaje de las leyes y de los autores no es la significacion científica actual de la palabra, segun ya hemos dejado expuesto en otro lugar.

(3) Cualquiera que sea la utilidad que pueda traer la division de obligaciones, por considerarse á unas emanadas del derecho público, como la de contribuir con las personas y bienes al Estado, y á otras como propias del derecho privado, es absolutamente inútil en una obra destinada exclusivamente al derecho civil.

TÍTULO II.

De las obligaciones dimanadas del consentimiento verdadero en general.

11. Las leyes, para fijar las reglas que son la base de las diferentes clases de obligaciones convencionales, sólo han tenido que conformarse con la razón y con los sentimientos de los hombres. Su grande obra ha consistido en haber previsto el considerable número de convenciones que podían nacer de la voluntad y necesidades de los particulares, y reunido en pocas máximas los principios más luminosos. Aquí nosotros debemos considerar:

- 1.º La definición y división de los contratos.
- 2.º Sus requisitos.
- 3.º Su efecto.
- 4.º Su interpretación.
- 5.º Sus modificaciones.
- 6.º El modo de extinguirse.
- 7.º El modo de probarlos.

SECCION PRIMERA.

DEFINICION Y DIVISION DE LOS CONTRATOS.

12. *Contrato es el convenio en una misma cosa, celebrado entre dos ó más personas que pueden ser compelidas á cumplirlo.* Su alma es el consentimiento, que, siendo serio y deliberado, es siempre obligatorio (1). De aquí se infiere, que entre

(1) Ley única, tít. XVI del Ordenamiento de Alcalá, que es la 1.ª, título I, lib. X de la Novísima Recopilación. Esta ley, que se refiere exclusivamente á la validez de los contratos y obligaciones con relación á su forma, y no es aplicable á la interpretación é inteligencia de los mismos cuando su validez se halla reconocida por ambas partes litigantes (Senten-

nosotros no existe diferencia entre pactos y contratos, como la hubo entre los romanos.

13. Los contratos se dividen (1) en *unilaterales, bilaterales é intermedios*. Esta diferencia produce efectos distintos en cada

cia del Tribunal Supremo de 29 de Abril de 1873), produjo una gran reforma en nuestro derecho. Las Partidas, siguiendo los principios del derecho romano, admitieron la diferencia entre pactos y contratos, la obligación civil y natural en éstos, y la meramente natural en aquéllos. Las necesidades y las relaciones de los ciudadanos, multiplicadas al infinito, hicieron ya conocer á los romanos que no bastaban los templos erigidos por Numa á la buena fe, para hacer sagrados los pactos, y que era más conveniente afianzarlos con la coacción de las leyes. Nuestros legisladores, más esplicitos, consignaron de una vez el principio, estableciendo que de cualquier modo que apareciera que uno quería obligarse quedara obligado, y destruyendo todas las formas externas de las obligaciones; pero como el espíritu y la letra de la ley quieren que aparezca el verdadero consentimiento, por eso usamos en el texto de las palabras *serio y deliberado*, para que no se tenga por obligado, por ejemplo, al que con expresiones de chanza dijo una cosa en que no pensaba comprometerse. Sin embargo, aunque los particulares tienen la más completa libertad de celebrar sus convenciones y contratos en los términos que juzguen oportunos, siempre que no ofendan á la moral ni al derecho, no son árbitros de dar á sus actos y estipulaciones una calificación legal distinta de la que con arreglo á las mismas leyes les correspondan, según su naturaleza y condiciones esenciales. (Sentencia de 2 de Julio de 1872.)

Aragon.—En Aragon, el nudo pacto no produce obligación, á no estar revestido de las circunstancias del contrato, ó provenir de justa causa, ó estar confirmado por escritura. (Fuer. úníc., *De prom. sive causa*, lib. II; Obs. 40, *De gener. priv.*)

(1) Las Partidas dividieron los contratos en *nominados é innominados* (Ley 5.ª, tít. VI, Part. V), siguiendo el derecho romano, pero incurrieron en un error nada extraño en el siglo XIII. En efecto; en lugar de considerar esta división como enlazada con el sistema de acciones, la entendieron de un modo vulgar, llamando nominados é innominados á los contratos, según tenían ó no nombre usual y conocido; mas fueron inconsecuentes, diciendo que la permuta ó cambio correspondía á los contratos innominados: esto en la calificación del derecho romano era exacto, pero no en la de las Partidas. No vemos ninguna ventaja en hacernos cargo de esta división, útil donde estaba íntimamente unida con las acciones y procedimientos; inútil hoy entre nosotros.

una de las clases á que se refiere (1), y es la division capital que marcamos al recorrerlas.

14. *Contratos unilaterales* son aquellos en que sólo queda obligado uno de los otorgantes. Estos contratos producen inmediatamente una accion directa; esto es, dan á aquel á cuyo favor están constituidos, la facultad de exigir el cumplimiento del que se obligó. El mútuo puede servir de ejemplo.

15. *Contratos bilaterales* son aquellos en que se obligan desde el principio ambos contrayentes. Estos contratos producen una accion directa á favor de cada uno de los otorgantes, que á su vez puede ser reconvenido por el otro. A esta clase pertenece la compra y venta.

16. *Los contratos intermedios*, que se comprenden con frecuencia bajo la denominacion de los bilaterales, son aquellos en que al principio se obliga sólo uno de los otorgantes, y á las veces por un hecho posterior, el otro. Estos sólo producen inmediatamente una accion directa, y posteriormente otra contraria que se da para indemnizarse al que primero se obligara. Así sucede en el comodato y en algunos otros.

17. De aquí se deduce, que los contratos unilaterales son lucrativos á uno de los otorgantes; que los bilaterales son onerosos á ambos, y que depende de las circunstancias que sean de una ú otra clase los intermedios. Así, pues, la division de contratos en *onerosos* y *lucrativos* ó gratuitos, viene, hasta cierto punto, á ser la misma de unilaterales y bilaterales, si bien ésta se refiere á las personas obligadas, y la de onerosos y lucrativos á las ventajas ú obligaciones contraídas (2):

18. Los contratos onerosos se pueden subdividir en *commutativos* y *aleatorios*. Limitámonos aquí á dar una ligera idea de esta division, que tendrá su explicacion cumplida en este mismo tratado. En los contratos *commutativos*, cada uno de los otorgantes se obliga á dar ó hacer una cosa cierta, determinada y calcula-

(1) A los contratos unilaterales llamaron los romanos de *derecho estricto*, y á los demás, de *buenafé*; términos que deben desterrarse de nuestro derecho, por ser efecto de su jurisprudencia formularia.

(2) A pesar de lo que decimos en el texto, podrá suceder á las veces que un contrato *oneroso* no sea al mismo tiempo bilateral; pudiendo servir de ejemplo el préstamo en que se estipula interés.

da como equivalente á la que recibe. En los contratos *aleatorios*, por el contrario, las ganancias y las pérdidas dependen de un acontecimiento incierto.

19. Por el diverso modo de su celebracion, suelen dividirse los contratos en *reales*, *verbales*, *literales* y *consensuales*: se llaman *reales*, los que además del convenio requieren la tradicion de la cosa ó la prestacion de un hecho; *consensuales*, los que por sólo el consentimiento se perfeccionan; *verbales*, los que toman su fuerza de la congruencia entre la pregunta y la respuesta de los otorgantes; y *literales*, los que sólo dependen de una confesion escrita. Difícilmente, atendidas las leyes recopiladas (1), podrá sostenerse diferencia alguna entre los contratos verbales (2) y los consensuales. Los literales, más que verdaderos contratos, son una presuncion legal de su celebracion (3); y áun los

(1) Ley 1.^a, tit. I, lib. X de la Novisima Recopilacion.

(2) El contrato verbal ó la estipulacion tuvo por objeto entre los romanos establecer las fórmulas solemnes que separan el contrato del pacto. No será, pues, arriesgado, en nuestra opinion, sostener que la disposicion de la ley 1.^a, tit. I, lib. X de la Novisima Recopilacion, al cambiar el derecho, destruyó la antigua nomenclatura. Creemos, sin embargo, que debemos dejar el texto como está, para no confundir á los jóvenes si consultan á nuestros tratadistas.

(3) Nos referimos aquí á la obligacion literal, tal como ha sido siempre comprendida, y tal como la establece la ley 9.^a, tit. I, Part. V, que se reconoce subsistente por sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Octubre de 1874. Los contratos en que por circunstancias particulares exige la ley el otorgamiento de escritura, no son en verdad literales, porque no es de la escritura sino de la voluntad de las partes ó de la entrega de la cosa de donde nace en rigor la obligacion, si bien el instrumento público en que conste, puede ser absolutamente indispensable para reclamar en juicio su cumplimiento en lo sucesivo. En prueba de ello, en el contrato de enfiteúsis, por ejemplo, que requiere escritura, si despues de convenidas las partes y establecidas de un modo definitivo todas y cada una de las circunstancias de la obligacion, uno de los contratantes se negare al otorgamiento de la escritura, no hay duda que podrá ser judicialmente obligado á hacerlo, lo que no podria suceder si no supusiéramos perfeccionado y completo el contrato de enfiteúsis. No podemos menos de advertir aquí el error manifiesto de los que suponen que un contrato que es consensual por su índole, se convierte en real por el mero hecho de tener, ya sea por la ley, ya por convenio de los contrayentes, que reducirse á escritura.

mismos que por su naturaleza debian ser reales, cuando no hay prestacion de presente vienen á convertirse en consensuales. Asi es que realmente, en el dia, la antigua division sólo comprende dos miembros, á saber: los *contratos reales* y los *consensuales* (1).

(1) Hay quienes pretenden que no existen entre nosotros contratos reales, sino que todos son meramente consensuales. Fúndanse en la célebre ley del Ordenamiento de Alcalá, repetidamente citada (ley 1.^a, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion), en que se establece que de cualquier modo que aparezca que uno quiso obligarse queda obligado. Esta ley, cuyo objeto principal y casi exclusivo fué el desterrar las formas de la estipulacion romana, y hacer desaparecer las diferencias entre los pactos y contratos, dando fuerza á la voluntad, cualquiera que fuese el modo con que se expresara, ha sido mal comprendida por algunos que, dándole una extension que no admite, han supuesto que el legislador fué mucho más allá de lo que en efecto se propuso. Nuestra opinion es que en nada cambió las condiciones intrínsecas de los contratos y de sus circunstancias esenciales, y mucho ménos las que están en la naturaleza misma de las cosas, y en todos los países se presentan de una misma manera y con la misma importancia; y esta vemos que es tambien la opinion que casi exclusivamente domina en las escuelas, y exclusivamente del todo en el foro: opinion con la que, entre otros, están conformes Gregorio Lopez, Antonio Gomez, el obispo y presidente Covarrubias, Diego Perez, Acevedo, y la Cañada. Concretándonos á si despues de la expresada ley hay ó no contrato real, basta observar que los que bajo esta denominacion comprendemos, son consecuencia necesaria de un hecho material que ya se ha realizado; hecho que en los contratos de esta clase, llamados nominados en el derecho romano, produce siempre la obligacion de restituir, y en los innominados la de dar ó hacer, como resultado de lo que otra persona ha dado ó ha hecho; es decir, que para que el contrato exista, se requiere que haya un acto consumado que le preceda. A seguir la teoria de que era contrato consensual el mútuo, por ejemplo, tendríamos que inmediatamente que uno se comprometiera á prestar dinero á otro, el contrato estaria perfeccionado, y que por lo tanto, sin necesidad de la tradicion de la cosa ofrecida, el que debia ser mutuuario, estaba ya obligado por la accion de mútuo, ó lo que es lo mismo, á restituir lo que aún no habia recibido; consecuencia absurda, porque es absurdo el principio de que parte. Lo mismo puede decirse de todos los contratos reales. Conviene, pues, para no errar, separar la promesa del contrato real, de la celebracion de este mismo contrato: la primera se perfecciona por el solo consentimiento; es un contrato consensual hoy, verbal antiguamente, que obliga al promitente á la cele-

SECCION II.

DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS.

20. En todos los contratos hay que considerar sus requisitos esenciales, naturales y accidentales. Los primeros afectan á su existencia; los segundos existen naturalmente, pero pueden ser alterados por los contratantes; los terceros deben á éstos su nacimiento y de ellos dependen exclusivamente. Los examinaremos con separacion.

§ I.

Requisitos esenciales de todos los contratos.

21. Por requisitos esenciales de un contrato entendemos, segun hemos indicado, las circunstancias sin las cuales no puede existir. De éstas hay algunas que son comunes á todos los contratos, y otras especiales á cada uno. En este lugar, sólo debemos ocuparnos en el exámen de las primeras, que son:

- 1.^a El consentimiento.
- 2.^a Capacidad para prestarle.
- 3.^a Objeto que sea materia del contrato.
- 4.^a Causa lícita que le motive.

Trataremos con separacion de cada uno de estos requisitos.

§ II.

Consentimiento.

22. Pueden prestar el consentimiento, tanto los presentes, como los ausentes haciéndolo estos por procurador ó carta (1), hablen ó no el mismo idioma los contratantes (2). Para que val-
bracion del contrato real, el cual queda perfeccionado tan luego como queda consumado el de la promesa.

Aragon.—El derecho aragonés divide los contratos en los que se hacen de palabra, y los que se otorgan por escritura y llevan aparejada ejecucion. (Obs. fin., *De pign.*)

(1) Ley 8.^a, tit. V, Part. V, y ley 1.^a, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) Ley 1.^a, tit. XI, Part. V, y 1.^a, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion.

ga, no ha de ser dado por error, arrancado por violencia, ni sorprendido por dolo.

23. El error, para ser causa de la invalidacion de un contrato, ha de recaer sobre la sustancia de la cosa (1), como si á uno que queria comprar un vaso de oro se le dieran de laton; ó acerca de la persona, en caso de que la consideracion á ésta haya sido la principal causa de la obligacion, por ejemplo, si queriendo uno casarse con determinada persona, le entregaran otra en su lugar (2); pero si recae sobre las cosas accidentales al contrato, no le anula.

24. No habiendo consentimiento sin libertad, todos los que por violencia ó miedo se ven precisados á hacer alguna cosa, si bien en rigor de derecho quedan obligados por cuanto han consentido aunque cediendo á la fuerza, no se ligan con un vínculo subsistente (3), pues se destruye oponiendo una excepcion que excluye perpétuamente la demanda. Para suponerse que la violencia y el miedo quitan la libertad, es menester que sean de tal naturaleza, que hagan impresion igual en un varon fuerte que en uno débil. Así lo es el temor de exponer su persona, honor y bienes á un peligro inminente y considerable. La diferencia entre el miedo y la fuerza consiste, en que aquél recae en el ánimo y ésta en el cuerpo.

25. El dolo es *un medio empleado para perjudicar*. Sólo se invalida la obligacion en que ha intervenido, cuando da causa al contrato, esto es, cuando por fraude es inducido á contraer el que de otro modo no lo haria. Si el dolo incide sólo en el contrato, lo que acaece cuando el que espontáneamente contrae es engañado en la misma obligacion, la convencion queda subsistente, resarcándose el daño que por esta causa se origine, con la accion que compete para el cumplimiento de la convencion (4).

(1) Ley 21, tit. V, Part. V. La ignorancia de un hecho que no se refiere á ninguno de los hechos y condiciones constitutivos de un contrato, sino á otro extraño y anterior á él, no es causa de nulidad del contrato. (Sentencia de 8 de Abril de 1873.)

(2) Ley 10, tit. II, Part. IV.

(3) Ley 56, tit. V, Part. V.

(4) Ley 57 del mismo título y Partida.

26. Aun en los casos en que por dolo, violencia ó error hayan de invalidarse las convenciones, el consentimiento aparente conservará la misma fuerza que el legitimo hasta que pruebe sus excepciones el que las deduce, pues que estos contratos no son nulos, sino que han de rescindirise (1). La diferencia entre la nulidad y la rescision consiste, en que la primera considera el contrato como si jamás hubiera existido, y la segunda deja sin efecto el que estuvo en vigor.

§ III.

Capacidad.

27. Para obligarse se necesita tener capacidad. Las leyes la niegan, ó por la presuncion de que los contratantes no tienen el discernimiento necesario para conocer la extension de sus obligaciones, ó por consideraciones de orden público.

28. Por falta de discernimiento, ya dejamos dicho en el libro primero, que no podian obligarse los que por insuficiencia no tenian la administracion de sus bienes, como los infantes y los que padecen enajenacion mental; ni los menores de catorce y doce años respectivamente, sin autoridad de sus tutores, aunque sí adquirir obligaciones á su favor (2). Pero esta prohibicion se halla limitada por su naturaleza á cosas de alguna importancia, y no puede ser extensiva á objetos de pequeño valor y de consumo diario, porque esto expondria á los rigores del hambre á los individuos á quienes con aquella interdicion ha tratado la ley de proteger. Mas los mayores de catorce años y menores de veinticinco que no tienen curador, bien pueden obligarse y serán válidos los contratos otorgados por ellos, salvo, sin embargo, el beneficio de la restitucion si fueren perjudicados (3). No obstan-

(1) Leyes 56 y 57 del mismo título y Partida. Segun doctrina del Tribunal Supremo, la buena fe entre los contratantes se supone mientras no se justifique lo contrario; y los contratos deben reputarse válidos, mientras no se solicite previamente y se declare su nulidad. (Sentencias de 21 de Octubre y 4 de Diciembre de 1873.)

(2) Leyes 4.^a y 5.^a, tit. V, Part. V.

(3) Ley 5.^a del mismo título y Partida, y sentencia de 21 de Enero de 1865. Pero esta doctrina y las leyes 4.^a y 5.^a en que se funda, se refie-

te, despues de lo establecido por la Ley de Enjuiciamiento civil, apénas se concibe un menor sin que tenga curador, bien sea nombrado por el padre, madre ó persona extraña en sus respectivos casos, ó bien por el mismo menor. Y debemos advertir, que en algunos actos no basta para su validez el consentimiento ó autoridad de los guardadores, sino que son necesarios otros requisitos, como manifestamos en los lugares correspondientes.

29. Por consideraciones de orden público, las mujeres casadas no pueden contraer sin licencia de sus maridos ó la judicial en su defecto, como ya dejamos expuesto, mas si obtienen esta licencia prévia, es firme y valedera su obligacion individual y colectiva (1); ni los hijos de familia sin la de los padres (2), y nunca con ellos, para evitar los abusos que serian consiguientes á la autoridad y cariño, y porque es imposible unir la vigilancia de protector á los intereses de contrayente. Así es que se reputan como la misma persona en las relaciones privadas; consideracion que, cesando en los peculios castrense y cuasi castrense, no les inhabilita para que respecto á ellos puedan obligarse (3). Hay otras personas que tienen una incapacidad relativa, y de ellas hacemos mencion en los lugares correspondientes.

ren á obligaciones puramente personales de menores, y son inaplicables á las enajenaciones de bienes que fueron vinculados y no están divididos todavia entre el poseedor en 30 de Agosto de 1830 y su inmediato sucesor, y aun tambien á las ventas de bienes inmuebles libres pertenecientes á los mismos menores, que están sometidos á otras condiciones y requisitos prevenidos por derecho comun. (Sentencia de 6 de Abril de 1875.)

(1) Ley 12, tit. I, lib. X de la Novisima Recopilacion. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de Febrero de 1866.)

Cataluña.—En Cataluña, segun Vives y Cebriá, no rigen las leyes de Toro de que se ha hablado en otro lugar, que son las 11, 12, 13, 14 y 15, titulo I, lib. X de la Novisima Recopilacion, ni las 2.^a y 3.^a, tit. XI del mismo libro, lo cual está ligado con no haber allí sociedad legal de gananciales, y ser la mujer la administradora de sus bienes parafernales, y poder, por lo tanto, contraer respecto á ellos sin licencia de su marido; no así respecto á los dotales, cuyo dominio y administracion corresponden exclusivamente á éste.

(2) Ley 17, tit. I, lib. X de la Novisima Recopilacion. Esta ley habla sólo de los contratos al fiado; pero su disposicion es extensiva á todos, atendida la índole de la patria potestad.

(3) Ley 2.^a, tit. V, Part. V.

§ IV.

Objeto.

30. No puede haber contrato sin cosa, hecho ó riesgo que sea su objeto. Si es cosa, debe estar en el comercio (1), y además ser determinada en su especie y cantidad.

31. No es necesario que exista; basta que pueda existir para que sea objeto de contrato: lo son, por lo tanto, los frutos que están por nacer, las rentas que aún no han vencido, y los partos de los animales; pero en estos casos la obligacion depende de que lleguen á existir. Mas si el que está obligado á ello empleare maliciosamente medios para que no existan, no por eso se libertará de la obligacion (2), que por la imposibilidad de hacerla eficaz en los términos en que se estipuló, se convertirá en otra de indemnizacion de daños y perjuicios. Hasta las cosas inciertas, cuya existencia depende en un todo de la suerte, pueden ser objeto de contrato; así veremos, al tratar de los aleatorios, que se vende y compra la esperanza, y que este contrato produce siempre consecuencias cuando válidamente se celebra, cualquiera que sea el resultado de lo que se esperaba (3).

32. Los hechos, bajo cuya denominacion comprendemos toda clase de servicios, han de ser posibles, lícitos y determinados. La ley ha equiparado aquí á la imposibilidad física la violacion del orden legal y moral, como lo ha hecho en las condiciones (4). Lo imposible y lo ilícito, ya sea contra el derecho, ya contra las buenas costumbres, no puede ser objeto de los contratos. Lo que no está determinado, no puede por su misma vaguedad é incertidumbre servir para fijar la voluntad de los contrayentes. En el cumplimiento de los hechos han de tener interés los otorgantes.

33. Los riesgos que pueden ser objeto de los contratos, son sólo los que con arreglo á derecho pueden tomar sobre sí los contratantes; pero no los reprobados por la ley, como expondremos al hablar de los contratos aleatorios.

(1) Leyes 15, tit. V, y 22, tit. XI, Part. V.

(2) Leyes 11, tit. V, y 20, tit. XI, Part. V.

(3) Dicha ley 11.

(4) Leyes 28 del tit. XI, y 25 del XII de la misma Partida.

§ V.

Causa.

34. La causa de las obligaciones es la utilidad recíproca de las partes ó la beneficencia de uno. Así, pues, la prestación ó promesa de una cosa ó servicio, es la causa en los contratos onerosos: en los remuneratorios, el servicio ó beneficio que se remunera; y en los gratuitos, la sola beneficencia ó liberalidad de uno de los contratantes. Debe intervenir en todos los contratos para que sean válidos (1), aunque no es necesario que se exprese en el instrumento en que se hacen constar.

35. Cuando la causa es falsa, ó cuando es contraria á las leyes ó á las buenas costumbres, aunque en ella se haya puesto juramento ó pena (2), no subsiste la obligacion, porque falta el consentimiento en el primer caso, y en el segundo tiene lugar la máxima que declara como no existente todo lo que es opuesto á la ley ó á la moral. Lo mismo debe decirse cuando cesa la causa en virtud de la que se contrajo, si bien debe cuidarse de evitar los abusos que á la sombra de esto podrian introducirse con el objeto de dejar sin cumplimiento obligaciones válidas.

36. Aunque respecto al principio general de que el contrato debe reconocer por base una causa lícita, basta su simple insinuacion para que se conozca la insubsistencia y nulidad de muchas clases de obligaciones, sin embargo, las leyes han hecho expresion de algunas en particular, para evitar las dudas que con más ó menos fundamento pudieran suscitarse acerca de si estaban ó no incluidas en su disposicion.

37. Desde luego aparece que no es válido nada de cuanto entre sí convengan los particulares para eludir los efectos de las leyes prohibitivas, porque esto equivaldria á que por su volun-

(1) Ley 7.^a, tít. XIII, Part. III, cuya fuerza es á nuestro juicio indisputable, aun despues de la ley del Ordenamiento de Alcalá (ley 1.^a, tít. I, libro X de la Novísima Recopilacion), porque como hemos dicho ántes, ésta no se refiere á las circunstancias esenciales é intrínsecas de los contratos, sino sólo á su forma externa.

(2) Ley 28, tít. XI, Part. V.

tad pudieran burlar las prescripciones del legislador; por eso ántes de ahora hemos dicho que estas leyes no pueden renunciarse, lo que se funda en que no son los deberes sino los derechos los que se renuncian. Aunque la ley no necesitaba haber hecho aplicacion de este principio á casos particulares, lo ha verificado, no obstante, alguna vez. Las leyes recopiladas, por ejemplo, declaran que los labradores no pueden renunciar las leyes que prohiben demandarlos, sino en el fuero de su domicilio; ni las que ordenan que los que les dieran dinero ó géneros apreciados, sólo tengan accion para percibir sus créditos en dinero y no en frutos, aunque así se hubiese estipulado (1); y el que sean fiadores, no siendo entre sí mismos (2). Lo mismo puede decirse del privilegio que les conceden de no ser ejecutados en los instrumentos y bestias de labranza (3), así como del que los fabricantes y artesanos tienen de que no sean embargados los instrumentos y herramientas de sus respectivas fábricas ú oficios (4) sino en determinados casos; porque si bien la ley no condena expresamente esta renuncia, en el hecho de ser prohibitiva lo hace implícitamente.

38. Como *inmorales* reprueba expresamente la ley el pacto de *quota litis*, que consiste en contratar el abogado de un litigante

(1) Ley 7.^a, tít. XI, lib. X de la Novísima Recopilacion.

Cataluña.—Esta ley no está en observacion en Cataluña. (Vives y Cebriá.)

(2) Ley 5.^a, tít. VIII, lib. X de la Novísima Recopilacion. La ley 7.^a dispone tambien que no se les pueda obligar á devolver en la misma especie el pan que se les prestara; pero esto no guarda conformidad con lo establecido en el art. 4.^o de la de 14 de Marzo de 1856.

Cataluña.—No está esto en práctica en Cataluña. (Vives y Cebriá.)

(3) Leyes 14, 15 y 16, tít. XXXI, lib. XI de la Novísima Recopilacion. La ley de Enjuiciamiento civil, en su art. 1449, además de las cosas exceptuadas del embargo, expresadas en el texto, prohibe tambien hacer ejecucion en el lecho cotidiano del deudor, de su mujer é hijos, y en las ropas del preciso uso de los mismos, y declara que ningunos otros bienes se consideran exceptuados. No obstante, hay algunos otros que tambien lo están y los enumera el artículo 1448: de ellos no hacemos mencion especial, por no ser propio de este tratado.

(4) Ley 19 del mismo título y libro.

recibir de éste, parte de la cosa litigiosa (1); el de que el letrado estipule que se le dé cantidad determinada en el caso de salir victorioso; el de asegurar la victoria por recompensa; el de seguir el pleito á su propia costa por cantidad determinada (2), prohibicion que es tambien extensiva á los procuradores; los pactos llamados *anticreseos y comisorio*, de que hablaremos al tratar del contrato de prenda (3), y el de no reclamar el derecho que pudiera haber por la equivocacion ó engaño de una cuenta (4). Reprueba tambien aquel en que dos se obligan mutuamente á que el que sobreviva herede al otro (5); pacto que, además de oponerse al principio de que es lícito al hombre variar su voluntad hasta la muerte, puede dar ocasion á atentados lamentables: las leyes, sin embargo, exceptúan de esta regla al militar que va á entrar en batalla, el cual, saliendo del peligro, puede apartarse del pacto por su sola voluntad, (6), y á los cónyuges que hubiesen convenido en su mútua sucesion, en cuyo caso, para que deje de tener fuerza lo pactado, se necesita el consentimiento de ambos ó el tener hijos de consuno (7). Mas está declarado que la promesa solemne consignada en escritura pública, hecha por contrato oneroso con un tercero, de instituir heredero á un sujeto determinado en caso de hacer testamento, obliga al otorgante á hacer la institucion, y en defecto de testamento da derecho de reclamar la herencia á la persona en cuyo favor se hizo la promesa. Esta doctrina, no muy conforme, en nuestro concepto, al

(1) Ley 14, tít. VI, Part. III.

(2) Ley 22, tít. XXII, lib. V de la Novísima Recopilacion.

(3) Despues de la abolicion de la tasa del interés, juzgamos que es lícito el pacto *anticreseos*, prohibido ántes por la ley. Mas ya examinaremos esta cuestion en el lugar correspondiente.

(4) Ley 30, tít. XI, Part. V.

(5) Ley 33 del mismo título y Partida.

(6) La misma ley 33.

(7) Ley 23, tít. XI, Part. IV. Véase, sin embargo, lo que decimos en una nota del tomo I de esta obra, al hablar de los casos en que cesa la obligacion de devolver la dote.

Cataluña.—Los contratos de capitulaciones matrimoniales y los heredamientos que en ellos se establecen, son en Cataluña de naturaleza irrevocable; doctrina sostenida por varias sentencias del Tribunal Supremo, y entre ellas la de 7 de Febrero de 1870.

espíritu de nuestra legislacion y á la índole y naturaleza de la sucesion testamentaria, se ha de limitar á los casos en que el promitente no tenga herederos forzosos preferentes al instituido (1).

39. El pacto que hacen entre sí aquellos que creen que se les deja alguna cosa en el testamento escrito, ántes de su apertura (2), está igualmente prohibido, y los pactos de usuras, si excedian éstas de la tasa legal, lo estaban tambien; pero esta prohibicion ha cesado en el dia y se puede estipular el interés que parezca á los contratantes, con tal que el pacto se consigne por escrito (3). Por último, otros varios de que hemos hecho mencion ántes de ahora, ó de que hablaremos en sus lugares oportunos, se hallan prohibidos por las leyes (4).

§ VI.

Requisitos naturales y accidentales de los contratos.

40. Supuesto que hemos hablado ya de los requisitos que son esenciales á los contratos, concisamente indicaremos aquí los naturales y accidentales. Realmente su enumeracion y exámen no corresponden á este lugar, por no referirse á todos los contratos, sino á clases determinadas ó á algunos en particular.

41. Requisitos naturales de un contrato son las circunstancias que, atendida su naturaleza ordinaria, intervienen en él, pero que pueden ser alteradas por la voluntad de los contratantes; tal es la eviccion en los contratos onerosos.

42. Los accidentales son los que en un todo dependen de la voluntad de los otorgantes; por ejemplo, si en la compra y venta pactan el dar el precio en monedas de oro ó de plata.

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 20 de Junio de 1856.

(2) Ley 1.ª, tít. II, Part. VI.

(3) Ley de 14 de Marzo de 1856.

(4) *Cataluña.*—El pacto corroborado con juramento, aunque se halle reprobado por la ley civil, no habiendo sido prestado por fuerza ni dolo, debe guardarse en todas sus partes, de conformidad con lo establecido en el tít. XVIII, cap. II, VI de decretales, lib. I, vigente en Cataluña, y no puede impugnarse sin haber ántes obtenido de la autoridad eclesiástica la relajacion del juramento. (Sentencia de 11 de Marzo de 1876.)

SECCION III.

DEL EFECTO DE LOS CONTRATOS.

43. Las convenciones legítimas, esto es, las que no se oponen á las prohibiciones del derecho, ni á los deberes de la moral, son ley para los contratantes y para sus herederos (1), quienes no pueden revocarlas sino de comun acuerdo, ó por las causas marcadas en el derecho, debiendo cumplir de buena fe, no sólo lo expresado en su tenor literal, sino cuanto dictan la equidad, la ley y la costumbre, segun su diversa naturaleza. Sin embargo, se limitan á la persona y no son extensivas á los herederos, cuando al contraerlas se ha buscado especialmente la idoneidad y prendas de aquélla, como tendremos ocasion de observar más adelante.

(1) Por diferentes y numerosas sentencias del Tribunal Supremo de Justicia está declarado que el contrato, siempre que no se oponga al derecho ni á la moral y buenas costumbres, es la primera ley por la que deben resolverse las cuestiones entre los otorgantes y sus causa-habientes, y que contra lo dispuesto en ella no tienen fuerza las prescripciones de las leyes generales, de tal suerte, que su infracción manifiesta en una sentencia da lugar al recurso de nulidad. Mas los pactos y convenios entre partes sobre asuntos de su respectivo interés, sólo son obligatorios para los contratantes y sus herederos, pero no para los que ni directa ni indirectamente prestan su asentimiento y conformidad con ellos. Doctrina tan clara que es casi supérfluo exponerla, y que está reconocida por otras sentencias del mismo Tribunal Supremo. Tambien está declarado que la ley 1.^a, tít. I, libro X de la Novísima Recopilacion y la ley del contrato vienen en realidad á ser una misma, sin más diferencia que la de establecerse en la primera un principio de derecho de aplicacion general á todo género de obligaciones, traduciéndose en hechos prácticos en cada contrato particular. (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Abril de 1873.) Asimismo es indudable y constituye un principio de derecho, que de todo contrato nacen derechos y obligaciones, que los contratos sólo son exigibles cuando los contratantes cumplen con exactitud aquello á que respectivamente se obligaron, y que ninguna de las partes puede exigir los derechos en su favor consignados, sin que á la vez responda de sus obligaciones. (Sentencias de 26 de Junio de 1872 y de 17 de Febrero de 1875.)

44. La obligacion de dar, lleva adjunta á la de entregar la cosa la de conservarla hasta la tradicion. Segun la distinta clase de convenciones, son distintos los cuidados que en su conservacion han de emplearse; materia de gran interés, pues fija los principios que deben regir cuando perezcan ó se deterioren las cosas acerca de que versan las convenciones.

45. Para esto, las leyes hacen distinciones de dolo, culpa y caso fortuito. Anteriormente hemos definido el dolo, á que denominan *engaño* las Partidas (1). *Culpa* es *todo acto indeliberado, por el cual se perjudica injustamente á alguno*. Se llama *caso fortuito* todo lo que no puede preverse, ó previsto no puede evitarse. De aquí se infiere que en el dolo, el daño dimana del ánimo; de la negligencia, en la culpa; y en el caso fortuito, del azar. Proviene la culpa de la negligencia, y no siendo todos los hombres igualmente diligentes en mirar por sus intereses, con arreglo á su mayor ó menor cuidado se divide en *lata, leve y levisima*.

La primera, que se equipara al dolo, es la omision de la diligencia que emplearian, áun los hombres poco cuidadosos de sus asuntos; la segunda, la de los hombres regularmente diligentes, y de los diligentísimos la tercera (2). Prestar el dolo, la culpa ó el caso fortuito, es lo mismo que resarcir el daño ocasionado por aquellas causas diferentes. Esto supuesto, fijemos las reglas que deben servirnos de base en esta materia.

46. El dolo se presta en todos los contratos; regla que no admite excepcion alguna, siendo nula, como opuesta á las buenas costumbres, toda convencion ó renuncia en contrario. En virtud de esto, el que le comete, aunque no espere de él un lucro, deberá responder de sus efectos resarciendo los daños ocasionados. No está, sin embargo, prohibido pactar acerca del dolo ya cometido, porque semejante convencion no es contraria á las buenas costumbres, y sólo tiene por objeto fijar la estimacion del perjuicio

(1) Ley 11, tít. XXXIII, Part. VII.

(2) Ley 11 citada. Siguieron en esto las Partidas la escuela de los glossadores, que dieron á las leyes romanas una inteligencia equivocada.

«El principio de derecho, al cual se subordina la responsabilidad del caso fortuito, requiere que sobrevenga un suceso ignorado por las partes al tiempo de contratar, que no hayan podido prever ni resistir.» (Sentencia de 12 de Abril de 1873.)

producido. El caso fortuito en ningun contrato se presta, porque sería injusto imputar á uno lo que no habia podido evitar, á no ser que él mismo se constituya responsable del peligro de la cosa, ó éste haya provenido de la tardanza en entregarla. Por último, la culpa leve se presta en los contratos en que la utilidad es de ambos otorgantes; la lata, cuando es del que da; y si del que recibe, la levisima (1). Como la prestación de culpa en los contratos es circunstancia no esencial, sino natural, puede modificarse por la voluntad expresa de los contratantes, que podrán hacer respecto á este punto los pactos que estimen convenientes (2).

47. Las obligaciones de hacer ó de no hacer, para evitar la violencia que se cometeria compeliendo á alguno á un hecho, se resuelve, en caso de inexecucion, en otra de daños é intereses; ó si el acreedor lo prefiere, se mandará ejecutar á costa del deudor el servicio á que se habia obligado y que despues se niega á prestar. Por daños entendemos la pérdida que se ocasiona al acreedor, y por intereses la ganancia que ha dejado de percibir por no haberse cumplido la obligacion. Unos y otros no deben extenderse á más de lo prevenido ó podido prevenir en el contrato. Los intereses sólo se deben desde la demanda, á no haberse convenido en que aun por el tiempo anterior se satisfarian; pues entónces, en cuanto no excedan de la cuota señalada en el contrato, ó en su defecto por la ley en los términos que manifestaremos al tratar del préstamo mútuo, deberá ser guardada la voluntad de los otorgantes, porque si bien en algunas ocasiones puede en esto haber demasiado rigor por parte del acreedor y facilidad é imprudencia por la del deudor, algunas excepciones no deben derogar la ley cardinal que sanciona inviolable la fe de los contratos.

(1) Ley 2.^a, tít. II, Part. V, que no usa de las denominaciones de *culpa lata, leve y levisima*, pero cuya nomenclatura encontramos en la 11, título XXXIII, Part. VII que ántes hemos citado.

(2) Equiparada al dolo la culpa lata, no cabe acerca de ella el pacto de no prestarla. (Sentencia de 2 de Julio de 1875.)

SECCION IV.

DE LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS.

48. Como pueden suscitarse dudas cuando están mal expresadas las convenciones, debemos fijar algunas reglas para interpretarlas (1). Estas son:

1.^a La voluntad de los otorgantes debe ser atendida aún más que el sentido literal de las palabras (2).

2.^a Si una cláusula es susceptible de dos sentidos, debe estar-se más bien por el que produzca algun efecto, y si son ambíguas las palabras, por el que mejor cuadre con la intencion de los contratantes y con la naturaleza del contrato; si aún así no pudiere deducirse la intencion de aquéllos, deberán interpretarse las palabras oscuras contra el que las usó (3).

3.^a Las cláusulas deben explicarse unas por otras, sirviendo las consentidas para explicar las dudosas (4), y suplirse las que son de necesidad absoluta, aunque no estén expresas. En caso de

(1) En los fueros y observancias de Aragon se consigna expresamente el principio de que ha de juzgarse con sujecion á los documentos, ateniéndose á su texto literal, y sin darles interpretacion extensiva. (Sentencia de 28 de Enero de 1873.)

(2) En los contratos se ha de estar á los términos en que se hallen claramente redactados, sin extenderlos á cosas y casos que no se hayan estipulado expresamente (sentencias del Tribunal Supremo, de 30 de Setiembre y 13 de Noviembre de 1864); se han de entender segun su literal tenor, cuando no ofrecen duda y es claro el verdadero intento de los contratantes; y al interpretarlos, han de rehuirse en vez de buscarse las soluciones contrarias á su validez, que siempre se supone cuando no se ponga en duda. (Sentencias de 25 de Febrero y 11 de Abril de 1865, de 16 de Octubre de 1866, de 22 de Abril de 1876 y de 27 de Febrero de 1878.)

(3) Ley 2.^a, tít. XXXIII, Part. VII, y 67, tít. XVII, lib. I del Digesto.

(4) Artículo 249 del Código de Comercio. Respecto á las dudas que pueden suscitarse acerca del nombre, naturaleza y cláusulas de un contrato, está resuelto que la interpretacion debe subordinarse á las prescripciones terminantes de la ley 2.^a, tít. XXXIII, Part. VII, y no puede admitirse que en estos puntos hay falta de ley. (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 28 de Enero de 1859.)

rigurosa duda, se decidirá ésta á favor del deudor (1): la razon es, porque se presume que cada uno se obliga del modo que puede producirle menos gravámen, al mismo tiempo que el acreedor suele cuidar de que se exprese con claridad lo que le conviene.

4.^a Los hechos de las partes en consecuencia del contrato, y el juicio de personas prácticas en el asunto sobre que se cuestiona, deben servir tambien de reglas de interpretacion (2).

5.^a Usándose una voz genérica para designar la moneda, el peso ó la medida, se entenderá de la especie que esté en uso para los contratos de igual naturaleza (3).

6.^a Cuando en un contrato se hace expresion de leguas ó de horas, se entiende de las que están en uso en el país á que haga referencia el contrato (4).

7.^a Cuando se expresan dias, meses y años, los dias se entienden de veinticuatro horas, los meses segun están en el calendario oficial, y los años de trescientos sesenta y cinco dias (5).

8.^a Por generales que sean los términos del contrato, no podrá comprender sino las cosas sobre que los otorgantes se propusieron contratar; y por expresarse un caso particular, no se entiende restringida la extension que las leyes conceden á la obligacion de que se trata.

Estas reglas están tomadas en su mayor parte de la jurisprudencia romana, y son invariables y extensivas á todos los pueblos, como la equidad que las ha dictado.

(1) Artículo 252 del Código de Comercio. Esta regla no es aplicable cuando no se trata de interpretar obligaciones, sino de cumplir una ejecutoria segun la inteligencia que le ha dado el tribunal sentenciador. (Sentencia de 13 de Febrero de 1872.)

(2) Artículo 249 del expresado Código.

(3) Artículo 254.

(4) Artículo 255.

(5) Artículo 256. Cuando los contratos celebrados son inseparables uno de otro, deben entenderse y explicarse naturalmente, atendido el conjunto de los mismos. (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Enero de 1873.)

SECCION V.

DE LAS DIFERENTES MODIFICACIONES DE LOS CONTRATOS.

§ I.

Diferentes modificaciones de los contratos en general.

49. La voluntad de los contratantes puede poner á las obligaciones convencionales diversas modificaciones, que se unen al contrato, cuya naturaleza y efectos diversifican. Estas pueden multiplicarse y variarse tanto, cuanto el arbitrio de los otorgantes; pero las principales hacen que las obligaciones sean, *puras, condicionales, á cierto tiempo, alternativas, conjuntivas, mancomunadas, solidarias, indivisibles y sancionadas con cláusula penal*; reglas que vamos á fijar sucesivamente.

§ II.

Obligaciones puras.

50. Obligaciones *puras* se llaman aquellas que no tienen condicion ni dia determinado para su cumplimiento (1). Inmediatamente que se contraen, se debe y puede pedirse la cosa sobre que versan: al deberse, generalmente se llama *ceder el dia; y venir el dia*, á la facultad de reclamarlas. Esto es lo que creemos, visto el silencio que acerca del particular guardan nuestras leyes. El Código de Comercio, más explícito en este punto, establece que las obligaciones son exigibles á los diez dias si sólo producen accion ordinaria, y al dia inmediato si traen aparejada ejecucion (2).

(1) Ley 13, tít. XI, Part. V.

(2) Artículo 260.

En el mútuo, cuando no se ha señalado término para el pago, no podrá exigirse éste hasta despues de diez dias, contados desde el préstamo, como veremos en el titulo correspondiente.

51. Cuando acompañen circunstancias que requieran tiempo, el juez deberá señalarle, y si para el cumplimiento de la obligación se expresare lugar, al que maliciosamente no quisiere ir el obligado, habiendo pasado término suficiente para hacerlo, deberá ser compelido judicialmente, así como también á resarcir los daños y menoscabos (1).

§ III.

Obligaciones condicionales (2).

52. Habiendo definido y examinado anteriormente, al tratar de las últimas voluntades, las diversas clases de condiciones, sólo manifestaremos ahora sus efectos en los contratos. En ellos, nada se debe y nada puede pedirse hasta el cumplimiento de la condición de que dependen: lo pagado ántes puede reclamarse; y aunque en el tiempo intermedio muera uno de los otorgantes, subsisten los efectos en los sucesores (3), porque es un principio inconcuso que el que contrae, contrae para sí y para sus herederos.

53. Si la condición fuere imposible, dicen nuestros intérpretes, fundados en las leyes romanas, que á diferencia de las últimas voluntades, en que se reputa error y se considera como no puesta, se vicia el contrato. En nuestro concepto, no se oponen las leyes de Partida á esta doctrina, pero tampoco la establecen de un modo terminante y directo. Mas si la condición es la de no hacer una cosa imposible por naturaleza, entónces el promitente queda obligado desde luego á la persona á quien impuso la condición, y la promesa debe considerarse como pura (4).

(1) Ley 13, tit. XI, Part. V.

(2) En materia de obligaciones, las partes contratantes son árbitras de someterse á cuantos gravámenes y condiciones quieran recíprocamente imponerse, con tal que resulten lícitas y honestas, siendo el contrato la ley aplicable en tales casos. (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Abril de 1873.)

(3) Leyes 26, tit. V; 14, tit. XI, y 32, tit. XIV, Part. V.

(4) Ley 17, tit. XI, Part. V. Las Partidas de la Academia y las de Gregorio Lopez están discordes en el texto de la ley: conteniendo casi las

54. Si alguno promete á otro dar ó hacer una cosa, *no señalando en qué sazón ni en qué día*, y obligándose si no lo cumple á satisfacer cierta cantidad por vía de pena, se podrá repetir ésta, cuando el que hizo la promesa se halló en disposición de realizarla y no quiso, habiéndosele hecho la reclamación correspondiente. Y si al principio de esta promesa puso una condición de no hacer, diciendo que si no diere á otro ó no *hiciera tal cosa*, promete darle una cantidad determinada, no quedará obligado durante su vida mientras exista la cosa, y sólo podrá ser reconvenido si ésta pereció ó fué destruída ántes de su muerte (1).

55. El deudor que debiendo bajo condición impide su cumpli-

mismas palabras, ponen con negación estas últimas el ejemplo que en las primeras está escrito de un modo afirmativo; y esto viene á dar por resultado que las de la Academia hablen de condiciones imposibles, y las de Lopez de condiciones, no sólo posibles, sino necesarias. Pero examinado este punto con detenimiento, nos parece indudable que al ejemplo puesto en el texto de las Partidas de la Academia, le ha de faltar una partícula negativa, pues de lo contrario sería absurda la redacción de la ley. En efecto; hablando de la condición que puede ponerse en la promesa, dice «que si la condición es de tal manera que conviene en todas guisas, que sea según curso de natura, que luego que es fecha la promisión desta guisa, finca por ella obligado el que la hace; et esto sería como si dixiese, *si tangieres con el dedo al cielo* prométote de dar ó de hacer tal cosa.» Ahora bien, ¿cómo ha podido querer decir la ley que el tocar con el dedo al cielo sea *según curso de natura*? Cabalmente añade en seguida estas palabras, que confirman nuestra explicación: «*ca pues que cierta cosa es que ningún home, según curso de natura non podrie esto fazer.*» Con la expresada partícula, el ejemplo es idéntico al que ponen las Partidas de Gregorio Lopez.

Por último, está reconocido incidentalmente, pero de una manera clara y explícita, por el Tribunal Supremo de Justicia, que las condiciones imposibles que se ponen en los pactos no producen otro efecto, según las leyes, que el de invalidar los pactos mismos. (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Mayo de 1860.)

(1) Ley 15, tit. XI, Part. V. Hay intérpretes que juzgan, y nosotros estamos conformes con su opinión, que la doctrina expuesta en el texto es aplicable á uno y á otro contratante en las promesas de no hacer, debiendo, en su consecuencia, esperarse á la muerte de aquel á quien se puso la condición negativa para que ésta se considere cumplida, y que no tiene lugar en ellas la *caución muciana*, de que hablamos al tratar de las mandas, por no existir aquí las razones que fueron causa de su introducción.

miento, está obligado á la indemnizacion, cuyo efecto es el mismo que si la condicion se hubiese realizado. Esto se funda en que á nadie debe patrocinar el fraude que comete (1).

56. Siendo la condicion una modificacion del contrato, cuando llegue, deberá retrotraerse al tiempo de su celebracion: ántes de su cumplimiento, el peligro ó aumento de la cosa, si es determinada, corre á riesgo ó beneficio del acreedor; pero pereciendo, se extingue la obligacion por falta de objeto sobre que recaiga (2).

57. De las condiciones llamadas resolutorias, hablaremos al tratar de los modos de disolverse las obligaciones.

§ IV.

Obligaciones á cierto término.

58. Estas obligaciones se contraen, ó para dia cierto y determinado que se sabe que ha de llegar y cuándo llegará, ó para dia incierto que también ha de llegar, aunque se ignora cuándo. Si la certidumbre consiste en no saber si el dia llegará ó no, la obligacion será condicional y producirá los efectos de ésta.

59. El tiempo cierto y determinado, señalado en los contratos, no suspende las obligaciones, sino sólo difiere su cumplimiento. Los deudores, aunque están obligados desde el convenio, no podrán ser reconvenidos hasta cumplirse el término (3), pero si quisieren, se liberrarán áun ántes, y no podrá el acreedor rehusar el pago ofrecido, porque el dia se reputa puesto á favor del deudor; presuncion que cesa cuando consta lo contrario. Esta regla es interesante por el curso variable del papel moneda. Los efectos de toda obligacion con término continúan en los herederos, del mismo modo que en los contratos condicionales (4).

60. El dia incierto, que no se sabe si existirá, se considera

(1) El Tribunal Supremo de Justicia tiene declarado esto mismo, decidiendo que cuando por culpa del obligado deja de cumplirse la condicion, no queda aquél libre de la obligacion contraida. (Sentencia de 30 de Setiembre de 1859.)

(2) Ley 26, tít. V, Part. V.

(3) Ley 14, tít. XI, Part. V.

(4) La misma ley 14.

como condicion, segun hemos dicho, y por consiguiente, lo dado ántes del vencimiento podrá repetirse; pero no si consta la existencia futura del dia, y sólo se ignora el cuándo, como el dia de la muerte (1).

61. Prometiéndose dar una cosa en cierto dia sin expresar más, se entiende del inmediato venidero: si se ofrece dar en cada año, hasta el fin de cada uno no podrá pedirse lo correspondiente á aquél; pero si se dijere que en todos los años, se podrá pedir al principio: si la promesa es para primeros de mes, se entiende que se habla del inmediato (2).

62. Cuando en una obligacion condicional se ha puesto además término, cumplida la condicion, debe esperarse á que llegue el dia, para que pueda exigirse el cumplimiento de la obligacion (3).

§ V.

Obligaciones alternativas y conjuntivas.

63. Obligacion *alternativa* es aquella por la que estamos obligados á una de dos cosas en que convenimos, libertándonos por el cumplimiento de cualquiera de ellas (4). A no expresarse lo contrario, la eleccion pertenece al deudor (5), á cuyo favor, segun hemos ya manifestado, debe interpretarse lo dudoso; pero no sa-

(1) Ley 32, tít. XIV, Part. V. Pudiera creerse interpretada esta ley en diferente sentido por un considerando de una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, segun el cual, la designacion de un dia incierto en que debe cumplirse un contrato, equivale á hacerlo dependiente de una condicion. Mas como la ley de Partida distingue terminantemente entre el dia incierto cuya existencia se ignora, pero que se sabe que llegará, y entre aquél que no se sabe si existirá ó no, y como solamente éste último es el que se reputa como condicion, nosotros juzgamos que lo único que se quiso declarar por el Tribunal Supremo, fué que no se podia reclamar una obligacion hasta que llegara el dia incierto en que habia de tener lugar su cumplimiento. (Sentencia de 9 de Febrero de 1861.)

(2) Ley 15, tít. XI, Part. V.

(3) Ley 17 del mismo título y Partida.

(4) Ley 24 del mismo título y Partida.

(5) Ley 23 del mismo título y Partida.

tisfará éste dando parte de una cosa y parte de otra, porque esto sería cambiar los términos del contrato. Si una de las dos cosas debidas alternativamente pereciere, se deberá la otra (1).

64. Por el contrario, en las obligaciones conjuntivas deben ser cumplidas todas las cosas á que se obligó el deudor, quien por satisfacer una no se liberta del pago de las otras (2).

§ VI.

Obligaciones de mancomun.

65. Obligacion de mancomun ó mancomunada es aquella en que dos ó más personas se obligan á pagar una deuda, ya á prorrata, ya *in solidum*; ó dos ó más acreedores á recibirla de igual manera de un mismo deudor. De la definición se infiere que estas obligaciones son de dos clases: una, en que los obligados son responsables solamente en proporcion á su número; otra, en que cada uno es responsable por el todo. A las primeras llamamos simplemente obligaciones de mancomun; á las segundas, *solidarias*. De las primeras tratamos en este párrafo; de las solidarias en el siguiente.

66. Todas las obligaciones en que hay varios deudores acerca de una misma cosa ó cantidad se reputan simplemente mancomunadas, á no ser que conste lo contrario, expresándose en el contrato que cada uno se obliga *in solidum* ó del modo en que convinieren los contratantes. En ellas, sólo puede ser reconvenido cada uno de los deudores por la mitad (3); y por analogía, tendrá lugar la misma doctrina respecto de los acreedores (4).

(1) La misma ley 23.

(2) Ley 24 del mismo título y Partida.

(3) Ley 10, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion. Esta ley se refiere á obligaciones ó contratos, y no puede aplicarse á ejecucion de sentencias; y supone que las obligaciones contraídas son de una misma especie y naturaleza, principales ó subsidiarias. (Sentencias de 13 de Febrero de 1872 y 13 de Abril de 1878.)

(4) La ley 8.^a, tit. XII, Part. V, citada por algun escritor moderno en apoyo de esta doctrina, sólo habla de la parte por que cada fiador puede ser reconvenido, ya cuando se obligaron *in solidum* todos ellos, ó ya simplemente. No es, pues, idéntico el caso á que nos referimos en el texto.

67. En caso de duda, las obligaciones se reputan simplemente mancomunadas; doctrina fundada en el principio de que en la incertidumbre, la decision debe ser á favor del obligado.

§ VII.

Obligaciones solidarias.

68. Obligacion *solidaria* es, segun queda indicado, aquella en que cada uno de dos ó más acreedores á una misma deuda tiene el derecho de pedir el todo, ó la en que varios deudores están obligados á lo mismo, de modo que cada uno de ellos puede ser apremiado por la totalidad. Para que sea reputada una obligacion como solidaria, es indispensable que conste haberse convenido así por cláusula especial, segun ya hemos indicado en el párrafo anterior (1). Las obligaciones solidarias, segun lo dicho, pueden serlo por parte de los acreedores, ó de los deudores; las primeras son poco frecuentes.

69. *Obligaciones solidarias por parte de los acreedores.*—Cada uno de los acreedores á una obligacion solidaria tiene el derecho de percibir el todo de la deuda. Perseguido el deudor por uno, pierde la facultad de pagar á los otros aunque entablen la demanda, pues que por su morosidad no puede privar de su derecho al primero. Cobrada la suma total de la deuda por uno de los acreedores solidarios, la dividirá con los demás por partes iguales, ó segun lo hubieren pactado. La remision ó perdon de toda la deuda que por uno se haga, no debe perjudicar á los otros: la parcial, siendo únicamente de la parte que corresponderia al acreedor, deberá ser válida. Cualquier acto de un acreedor solidario, que interrumpa la prescripcion, aprovechará á los demás.

70. *Obligaciones solidarias respecto á los deudores.*—Las obligaciones solidarias más comunes son las de varios deudores con el mismo acreedor. Aunque éste y el objeto de la obligacion han de ser los mismos, puede tener la convencion diferentes modificaciones; por ejemplo, de una parte ser condicional y de la otra pura, y entónces sólo se le podrá pedir á cada uno del modo con que esté obligado. Por consecuencia de esto, aprovecharán á to-

(1) Ley 10, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion.

dos las excepciones provenientes de la naturaleza del contrato; pero no las personales, que sólo alegará útilmente aquel á quien se conceden. En los demás casos, el acreedor podrá exigir indistintamente la deuda, ya á la vez de todos los deudores, ya de cualquiera de los obligados, sin que éste pueda librarse por ofrecer su parte ó solicitar que la acción se dirija contra los otros; así es, que la cláusula de las escrituras en que renuncian el beneficio de division, es supérflua, y les supone un derecho que no tienen. Si resultare insolvente el deudor contra quien se había dirigido la demanda, se podrá dirigir la misma acción contra los demás. Cuando se pide á alguno, se interrumpe la prescripción respecto de los otros, á lo que es consiguiente que la demanda de intereses hecha á cualquiera, perjudica á todos.

71. Pereciendo la cosa por tardanza ó culpa de un obligado, no se libertarán los otros de pagar el precio, pero sí los daños é intereses, porque la falta de aquél no debe ser perjudicial ni útil á los que no la cometieron. Por consiguiente, sólo contra los culpables morosos podrá el acreedor repetir el resarcimiento de los daños é intereses.

72. No se reputará que el acreedor renuncia á su derecho, á no constar expresamente, ó por su dicho, ó por un hecho positivo, tal como si acepta como heredero único, la herencia de uno de los deudores, ó uno de éstos la suya, pues entónces se confunden sus derechos por lo que á él corresponde. Consintiendo en la division con respecto á uno, subsiste la obligación solidaria para los otros, si bien deducida la parte de aquel á quien se ha exonerado.

73. El deudor solidario que ha pagado el todo, extingue la obligación respecto de los demás; pero podrá pedir la parte que corresponde á cada uno de ellos, reputándose como tal el prorrateo de la del que esté insolvente, á que también se obliga al exonerado del pago.

74. La remision de la deuda hecha por el acreedor en favor de uno de los deudores solamente, ó limitada á una parte de aquélla, no extingue la obligación.

75. La mayor parte de las doctrinas expuestas en este y en el anterior párrafo, se derivan más que de leyes especiales, de una jurisprudencia constante.

§ VIII.

Obligaciones divisibles é indivisibles.

76. Entiéndese por obligación *divisible*, la que tiene por objeto una cosa ó un hecho, cuya entrega ó cumplimiento admite *division real ó intelectual*. La *indivisible*, por el contrario, es la que no la admite. Los efectos de esta especie de obligaciones no tienen lugar entre los que contrajeron, sino en sus sucesores.

77. *Obligaciones divisibles*.—En las obligaciones divisibles, los herederos del acreedor, en representacion de su causante, únicamente podrán pedir lo tocante á las partes en que han sido instituidos, y sólo por lo respectivo á éstas deberán pagar el deudor ó sus herederos. Si el crédito es hipotecario, no se distribuirá entre las dos ó más partes en que se hubiese dividido la finca hipotecada, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor; y en su consecuencia, el acreedor podrá repetir por la totalidad de la suma garantida contra cualquiera de las fincas en que se haya dividido la primera, ó contra todas á la vez (1). En caso de que la deuda consista en cierta cosa adjudicada á uno, se exigirá á éste, quedándole derecho de reclamar contra los otros; pero cuando por culpa suya ha perecido la cosa objeto de la deuda, entónces él sólo será el responsable, sin poder acudir á los demás, supuesto que las faltas del antecesor, y no las de los coherederos son las que obligan á los sucesores.

78. No há lugar á la division, si uno sólo se compromete al pago, ó cuando de la naturaleza de la obligación ó del modo de contraerla, se infiere que la intencion de los otorgantes fué que la deuda no se pagara parcialmente; ó por último, reuniéndose en una misma persona las diversas porciones de la herencia del deudor ó acreedor, pues que ha dejado de existir la causa que la motivaba.

79. *Obligaciones indivisibles*.—En las obligaciones *real ó intelectualmente incapaces de division*, que son las *indivisibles*, los herederos del deudor no pueden intentar que sólo se les obligue por su parte: el acreedor tiene facultad para dirigir contra todos

(1) Artículo 123 de la LEY HIPOTECARIA.

la demanda, si puede ser ejecutada por todos la obligacion, y si por uno solo, contra éste, el cual reclamará de los demás la indemnizacion, si quiere y le corresponde; puede servir de ejemplo la promesa de una servidumbre que no llegó á usarse en vida del promitente. Cada uno de los herederos del acreedor tiene el derecho de exigir en totalidad el cumplimiento de la obligacion indivisible, pero no el de remitirla ni permutarla por sí solo: cuando por la inejecucion se deban intereses, todos deberán participar de ellos.

§ IX.

Obligaciones con cláusula penal.

80. Muchas veces se señala una pena en los contratos, á fin de que éstos sean más firmes y mejor cumplidos, segun la expresion de la ley de Partida (1). Existe, pues, una obligacion con cláusula penal, cuando el deudor se compromete á dar ó á hacer alguna cosa para el caso de no cumplir la obligacion principal (2). La pena no debe, segun la ley de Partida, ser puesta con el objeto de encubrir un pacto de usura en beneficio del acreedor (3). Aunque como accesoria á la obligacion, parece que debia seguir sus vicisitudes, y de consiguiente depender su existencia de la de ésta, una ley establece expresamente que valga la pena, á pesar de que no quede subsistente la obligacion, á no ser que sea contra la ley ó contra las buenas costumbres; por ejemplo, si se prometiére cometer algun delito. Y tampoco valdria si se pusiera en promesa de casamiento (4). El acreedor, pasado el tiempo en que debió llevarse á efecto la obligacion, sólo puede pedir una de las dos cosas, á saber: su cumplimiento ó la pena al que lo prometió (5), no á los demás obligados; y solamente am-

(1) Ley 34, tít. XI, Part. V.

(2) Esta definicion es la que da el art. 1079 del proyecto del Código civil.

(3) Ley 40, tít. XI, Part. V. Pero esta limitacion no tiene objeto desde que es lícito contratar libremente y sin tasa los intereses de un crédito.

(4) Leyes 38 y 39, tít. XI, Part. V.

(5) Artículo 245 del Código de Comercio.

bas cosas, cuando al otorgarse el contrato se hubieran ofrecido para el caso de inejecucion. Si la cláusula penal está unida á la obligacion de no dar ó de no hacer hasta la muerte de aquel á quien se refiere, hasta este tiempo se extiende el plazo de la condicion (1); porque hasta entónces hay lugar al cumplimiento, y porque la caucion muriana no está admitida en los contratos, como ya hemos visto en otro lugar.

SECCION VI.

DE LA EXTINCION DE LOS CONTRATOS.

§ I.

Modos de disolverse los contratos en general.

81. Habiendo hablado ya de los requisitos, efectos, interpretacion y modificacion de las obligaciones convencionales en general, debemos ahora hacerlo de los modos de extinguirse. Estos son, la *paga*, la *remision*, la *compensacion*, la *confusion*, la *extincion* de la cosa, el *mútuo disenso*, la *novacion*, la *rescision*, la *condicion resolutoria* y la *prescripcion*. De cada uno de ellos hablaremos con la separacion conveniente (2).

(1) Ley 15, tít. XI, Part. V.

(2) No falta quien enumere entre los modos de disolverse las obligaciones, el juramento decisorio, la sentencia arbitral, la transaccion y la lesion enorme. No les damos cabida en este lugar, por consideraciones poderosas. El juramento decisorio no disuelve la obligacion, sino que se considera como prueba de su no existencia (ley 9.^a, tít. XIV, Part. V), y en este sentido, tiene lugar más adecuado. La sentencia arbitral, del mismo modo que toda otra sentencia que se da contra el que pide el cumplimiento de una obligacion, no disuelve ésta, sino que en su caso se limita á ser una declaracion, ó de que no ha existido, ó de que carece de eficacia. La transaccion es un contrato que induce novacion en la obligacion primera: como novacion, nos ocupamos en ella en este título; como contrato especial, tiene un lugar más oportuno que el presente. La lesion enorme no es modo general de disolver las obligaciones, sino peculiar á algunas con las cuales debe ser examinada; á lo que se agrega, que está comprendida bajo la palabra *rescision*, puesto que el fin del que la alega es sólo que el contrato se rescinda, ó que se le indemnice de los perjuicios que se le irrogan.

§ II.

Paga.

82. Por *paga* entendemos el cumplimiento por parte del deudor, de lo que está obligado á dar ó á hacer (1). Este es el modo más natural de disolverse las obligaciones. En él debemos considerar:

- 1.º Las personas que pueden pagar.
- 2.º Las que pueden recibir el pago.
- 3.º El modo de hacerse.
- 4.º El pago con subrogacion.
- 5.º La imputacion del pago.
- 6.º Ofrecimiento y consignacion del pago.
- 7.º Cesion de bienes.

83. *Personas que pueden pagar.*—No sólo pueden hacer el pago el mismo deudor ú otro en su representacion, sino tambien un tercero sin mandato alguno y aún con ignorancia y hasta contradiccion del deudor (2), con cuyo hecho quedará extinguida la deuda y libres los fiadores y prendas que la garantizaban (3). Esta doctrina no debe, en nuestra opinion, extenderse al caso en que sea perjudicial al acreedor el cambio de persona, como sucederia en las obligaciones de hacer, si á un artista de mérito sucediera otro sin talento. Los que están privados de la administracion de sus bienes por su estado, edad ó incapacidad, no pueden pagar: en su nombre y por su cuenta lo hacen las personas que los tienen bajo su poder, autoridad ó direccion.

(1) Ley 1.ª, tit. XIV, Part. V.

(2) Ley 3.ª del mismo título y Partida.

(3) Ley 1.ª del mismo título y Partida. No nos parece ni aún probable la opinion de los que sostienen que en algunos casos debe oirse al acreedor respecto á la persona que le hace el pago, ignorándolo ó contradiciéndolo el deudor. El ejemplo de que se valen, á saber; el de que la deuda fuese proveniente de no haber satisfecho las pensiones de un censo, y que el pago se hiciera para evitar la pena del comiso, prueba su falta de fundamento. Al censalista lo que le importa es que se le paguen las pensiones, y la dura pena del comiso, solamente puede ser disculpada como medio que las garantiza.

84. *Personas á quienes puede pagarse.*—Para que el pago liberte de la obligacion contrada, debe ser, ó hecho al acreedor, ó á persona que le represente con poder bastante para cobrar (1). Si el pago hecho á un tercero que no tenia poder para cobrar fuera despues ratificado por el acreedor, seria válido. No surte igual efecto el que se hace á personas incapacitadas por razon de su edad ú otra causa; ni al tutor y curador, sin autorizacion judicial, segun ya dejamos manifestado (2), pues de otro modo el que pagó quedará expuesto á las consecuencias de la restitucion *in integrum* que compete á los menores (3); ni á la mujer casada, porque los pagos deben hacerse á su marido (4); ni al hijo de familia, porque su representacion se absorbe en la del padre. Mas se libertará el que pagare á la persona que con justa causa reputase acreedor; como al heredero que recibiendo los pagos como sucesor legítimo y sin contradiccion, fuere despues vencido en juicio hereditario. Del principio de derecho de que ninguno debe enriquecerse con perjuicio de otro, parece deducirse que el deudor quedará tambien exento de la obligacion, aunque haya pagado á persona que no tenia la libre administracion de sus bienes, siempre que se pruebe que la deuda se ha convertido en utilidad de ésta. La facultad que supone una ley de Partida (5) en el acreedor de apremiar al deudor sin necesidad de acudir al juez, cuando esto se pactó, no está en uso, ni puede estarlo sin perjuicio del orden público.

85. *Modo de pagarse.*—El pago ha de ser real, esto es, ha de cumplir el deudor con lo que está obligado á dar ó á hacer. No puede, por consiguiente, obligarse al acreedor á recibir la deuda por partes, ni el capital sin los réditos convenidos, ni una cosa por otra. Pero tendrá que recibir parte de lo que se le debe siendo deudas diferentes, ó una misma deuda, líquida en parte y en parte ilíquida, ó tratándose de persona que respecto á él goce del beneficio de competencia. Mas cuando no pueda cumplirse la

(1) Leyes 3.ª, 5.ª y 7.ª, tit. XIV, Part. V.

(2) Párrafo III, seccion II, tit. VII, lib. I del tomo I.

(3) Ley 4.ª, tit. XIV, Part. V.

(4) Ley 11, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(5) Ley 14 del mismo título y Partida.

obligacion en los términos que se contrajo, el prudente arbitrio del juez decidirá el modo de realizar el contrato, pudiendo imponer al deudor moroso el resarcimiento de los daños y perjuicios que haya ocasionado (1). En la regulacion de intereses por falta de pago no podian los tribunales exceder del 5 por 100 (2), excepto en los negocios mercantiles, en que el deudor que no pagaba á su tiempo estaba obligado á satisfacer el 6 por 100 desde el dia en que habia sido interpelado para el pago (3). En la actualidad, este último es el interés que se paga en unos y en otros negocios (4). El deudor de una cosa determinada cumple dándola al plazo estipulado en el estado en que se halle, y no es responsable del menoscabo que haya sufrido, á no ser que hubiese mediado culpa ó tardanza por su parte. No habiéndose fijado plazo, el acreedor reclamará cuando le parezca el cumplimiento de la obligacion, y el juez señalará prudencialmente un término para que haga el pago el deudor (5). El que debe cosa determinada, sólo en cuanto á la especie, no puede ofrecerla de la peor calidad, ni exigirla de la mejor el acreedor. El pago ha de hacerse en el punto convenido; en el silencio de esta circunstancia, en el del contrato ó en el del domicilio del deudor. Si no se hubiere expresado la clase de moneda en que debe verificarse, no será necesario que sea en la misma que se recibió. El acreedor está obligado á dar resguardo al deudor que pagó.

86. *Pago con subrogacion.*—Hemos dicho que uno puede pagar por otro y que así la obligacion se extingue; pero esta extincion es sólo con respecto al primer acreedor, que es subrogado por otro nuevo. Por lo tocante al deudor, la obligacion queda subsistente, ó por mejor decir, la primitiva es reemplazada por otra, dando lugar á una novacion de que hablaremos en uno de los párrafos siguientes. Pero como hemos dicho que el pago puede hacerse, ó con conocimiento, ó con ignorancia y aún contra la

(1) Ley 3.^a, tit. XIV, Part. V.

(2) Ley 22, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(3) Artículos 388 y 397 del Código de Comercio.

(4) Artículo 8.^o de la ley de 14 de Marzo de 1856. En otro de los títulos de este mismo libro, al hablar del préstamo mútuo, trataremos con más extension de lo dispuesto por esta ley.

(5) Ley 13, tit. XI, Part. V.

voluntad del deudor, de aquí dimana que sean en los distintos casos, diferentes las obligaciones que subrogan á la primitiva. Cuando se paga con licencia del deudor, hay un verdadero mandato, y por consiguiente, para el reintegro nace la accion que proviene de él. Si es con ignorancia suya, goza el que pagó de la consideracion y acciones de administrador voluntario: por último, si es contra su voluntad, no tiene accion alguna, y solamente le queda el medio de la cesion de las acciones que correspondian al primer acreedor. A esto llamamos *carta de lasto*, que es la escritura que otorga el acreedor á favor del que pagó por otro, confesando la paga y cediendo el derecho que contra el deudor le correspondia.

87. *Imputacion del pago.*—Cuando el deudor paga una cantidad á persona con quien tiene diferentes deudas, está en el derecho de declarar á cuál ha de imputarse, y en ella se ha de imputar y no en otra (1). En su silencio, la designacion corresponde al acreedor, á no reclamarla inmediatamente el deudor. Si no se hizo la imputacion por ninguno de los dos, há lugar á la regla que en duda decide á favor del que debe, y por lo tanto se aplicará el pago á la obligacion que sea más gravosa; si las deudas son iguales en calidad, se repartirá entre todas (2). Si la deuda produce interés, la imputacion no se hará al capital mientras los intereses no estén satisfechos, á no ser que en ello consienta el acreedor; doctrina no establecida en nuestras leyes, pero sí en el derecho romano.

88. *Ofrecimiento y consignacion del pago.*—La justicia quiere que el acreedor, por una negativa arbitraria é injusta, no pueda hacer de peor condicion al deudor, y autoriza á éste para consignar lo que debe, cuando el primero no consiente en recibirlo. Esta consignacion es *un depósito que el deudor hace en persona abonada ó en sitio público seguro, de la cantidad total que adeuda, cuando el acreedor se niega á recibirla* (3). La consignacion ex-

(1) Ley 10, tit. XIV, Part. V. Una vez hecha la aplicacion de los pagos á determinada deuda, no se le puede dar ya aplicacion distinta, segun se deduce del párrafo I (período más bien) de esta ley. (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 23 de Noviembre de 1859.)

(2) La misma ley.

(3) Ley 8.^a del mismo título y Partida. Así, pues, la consignacion voluntaria de cualquiera cantidad, hecha por el deudor sin que el acreedor se

tingue la obligacion, y hace correr á cargo del que era acreedor el peligro de la cosa consignada. A ella debe preceder el ofrecimiento del pago íntegro en el lugar convenido ó en su defecto en el domicilio del acreedor, en el plazo prefijado, y despues de cumplida la condicion, si es que la habia en el contrato: es tambien indispensable que tengan capacidad legal las personas que le ofrecen y las que han de recibirle, por lo cual creemos conveniente que en casos de esta naturaleza se acuda al juez, para evitar ulteriores reclamaciones, y esto es, en efecto, lo que generalmente se practica (1).

89. *Cesion de bienes.*—La cesion de bienes da lugar al concurso de acreedores, y es una especie de pago, bajo cuyo solo concepto la consideramos aquí sucintamente, porque no corresponde á este tratado extendernos más en la materia (2). Por ella entendemos, *la dejacion de bienes que el deudor insolvente hace á beneficio de sus acreedores* (3). Por regla general, comprendia todo lo que poseia el deudor, ménos su ordinario vestido, el cual está exceptuado por la ley (4). Mas en la práctica, por una interpretacion benigna y loable, se ampliaba la excepcion á los bienes que el deudor tenia para el ejercicio de su profesion ú oficio, y á los que no eran comprendidos en la traba ó ejecucion. Esto es lo que en el dia ha venido á disponer la ley, al señalar los bienes que se exceptúan de la relacion que debe dar el que se presenta en concurso voluntario, y que son los que no pueden ser objeto de ejecucion, á saber: el lecho cotidiano del deudor, de su mujer

haya negado á recibirla, no puede perjudicar á éste, segun dispone la citada ley. (Sentencia de 1.º de Febrero de 1872.) Esta ley, así como la 9.ª, título XX, lib. III del Fuero Real, no tienen aplicacion, cuando se trata del cumplimiento de un pacto bilateral por el que los contratantes tienen á la vez derechos y deberes correlativos. (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Febrero de 1873.)

(1) Cuando la deuda es en parte líquida y en parte no está líquida, puede consignarse la cantidad correspondiente á la primera, y darse fiador por la segunda. (Gregorio Lopez, en la glosa 3.ª á la citada ley.)

(2) Del procedimiento que en esta materia ha de seguirse, se trata en la ley de Enjuiciamiento civil con la conveniente extension.

(3) Proemio del tít. XV, Part. V.

(4) Ley 1.ª del mismo título y Partida.

é hijos; las ropas del preciso uso de los mismos, y los instrumentos necesarios para el arte ú oficio á que el deudor puede estar dedicado (1). Si los acreedores aceptan la cesion, esta es un contrato celebrado entre ellos y el deudor; mas si la rehusan, entónces interviene el juez (2), que examina la realidad de las desgracias del deudor, y si es ó no sospechosa su buena fe. Cuando las desgracias y la buena fe se comprueban, la ley mira como un acto de humanidad y utilidad acoger al deudor y satisfacer con la cesion á sus acreedores. Pero esta no es una paga real, pues no les transfiere dominio, y sólo les da derecho á que sean vendidos los bienes en su utilidad (3). El deudor se liberta en la cantidad correspondiente al valor de los bienes abandonados, y queda obligado al total pago con los que pueda adquirir en adelante y no le sean indispensables para subsistir, porque respecto á sus antiguos acreedores goza del beneficio de competencia (4). No son extensivas á los fiadores las ventajas de la cesion de bienes hecha por el obligado principal (5), ni los efectos de ella llegan hasta privar del beneficio de competencia á las personas á quienes corresponde. La ley de Partida le concede á los ascendientes y descendientes, cónyuges y socios, á los unos respectos de los otros, así como tambien al donador reconvenido por el donatario (6).

90. De todo lo expuesto resulta que por la cesion de bienes no se extingue completamente la obligacion, si el producto de aquéllos no alcanza para satisfacer toda la deuda, á no ser que mediare pacto entre los acreedores y el deudor.

(1) Artículos 1157 y 1449 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*.

(2) Ley 1.ª, tít. XI, Part. V.

(3) Ley 2.ª, tít. XV, Part. V.

(4) Ley 3.ª del mismo título y Partida.

(5) Dicha ley 3.ª En su consecuencia, el deudor que hizo cesion de bienes, si despues ha obtenido un sueldo, está obligado á pagar con él el todo ó parte de sus deudas, deducido lo que necesite para vivir, que, tratándose de sueldos ó pensiones, se halla graduado por el art. 1451 de la ley de Enjuiciamiento civil. (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Octubre de 1873.)

(6) Ley 1.ª, tít. XV, Part. III.

§ III.

Remision.

91. La condonacion ó renuncia de la deuda, hecha por el acreedor en favor del deudor, se llama *remision*.—La *remision* de la deuda extingue la obligacion (1). Basta que esta remision se haga por la simple voluntad de los contratantes, porque nuestra jurisprudencia desconoce la aceptacion simple y aquiliana de que hablan los códigos romanos. Es claro que las personas que no pueden obligarse, tampoco pueden remitir la deuda.

92. La remision, á que las Partidas llaman *quitamiento* (2), puede ser expresa ó tácita. La *expresa* tiene lugar cuando el acreedor declara que perdona la deuda, ó pacta con el deudor que nunca la reclamará (3). *Tácita* es la que resulta de hechos; de éstos, unos bastan á probarla, otros á presumirla. Ejemplos de la remision tácita pueden ser la entrega del recibo al deudor, y su destruccion; pero si el acreedor probare que esto habia sido un mero acto de confianza y no con intencion de remitir la deuda, ó bien que le habia sido robado el recibo, ó que se vió forzado á romperle, quedará subsistente la obligacion (4). Esta doctrina no parece aplicable á los documentos públicos; es decir, que la entrega de la copia de la escritura pública hecha al deudor, no deberá considerarse como remision de la deuda. Extinguida por la remision la deuda principal, se extinguen igualmente los contratos para garantizarla; pero extinguidos por la remision estos contratos accesorios, quedará aún subsistente el principal á que se adhirieron.

(1) Hay quien considera como remision el juramento decisorio y el no usar del derecho que produce el pacto de retraer; mas sólo impropriamente puede decirse esto, porque, como ántes queda dicho, el juramento decisorio no es modo de disolver la obligacion, sino prueba legal de su insubsistencia, y el no usar del pacto de retraer podrá ser efecto de la imposibilidad de hacerlo, pero no una verdadera remision.

(2) Ley 1.^a, tit. XIV, Part. V.

(3) Leyes 1.^a y 2.^a del mismo título y Partida.

(4) Ley 9.^a del mismo título y Partida.

§ IV.

Compensacion.

93. La *compensacion* es la extincion reciproca de deudas entre dos personas, que son á la vez deudores y acreedores mútuos. Puede ser considerada como una especie de permuta de deudas, que se verifica solamente por el ministerio de la ley, y aún sin conocimiento de los deudores, en cuyo interés está libertarse recíprocamente de procedimientos judiciales largos, inútiles y dispendiosos. Cuando la compensacion es declarada en juicio, se llama judicial.

94. No siendo extensiva la razon de la ley á deudas de diferente índole, no les corresponde su disposicion, y por lo tanto, no se compensan las que no son ciertas, líquidas por ambas partes, y justificables en el término de diez dias (1); ni las que no consisten en cosas fungibles del mismo género; ni las que no pueden exigirse igualmente, como el crédito simple con otro á cierto dia que no ha llegado, ó bajo condicion que no se ha cumplido (2). Pero no es necesario que la causa de la obligacion sea semejante, ni lo es siempre que el pago deba hacerse en el mismo pueblo (3). Una cosa determinada no puede compensarse con otra indeterminada; pero dos indeterminadas pueden serlo entre sí, como sean de la misma especie, lo que sucederia, por ejemplo, cuando cada uno debiera al otro un caballo genéricamente. Ni se requie-

(1) Ley 20, tit. XIV, Part. V. Sentencia de 17 de Marzo de 1873.

(2) Ley 21 del mismo título y Partida. (Sentencia de 1.^o de Julio de 1875.)

(3) La misma ley 21.

Si pueden ó no compensarse dos deudas de cantidad determinada que deben pagarse en puntos diferentes, no está decidido por nuestro derecho, ni es unánime en esta cuestion la opinion de nuestros jurisconsultos. Parece lo más justo y equitativo que el prudente arbitrio del juez, atendidas las circunstancias particulares de cada caso, decida la cuestion, pues que á veces será justa la compensacion, y si se adoptara por regla general, degeneraria frecuentemente en injusta. Basta considerar la gran diferencia que hay en el precio de los granos de unas á otras provincias, para conocer la equidad de esta opinion.

re que sea exactamente igual la cantidad por ambas partes debida, pues si no lo es, surtirá su efecto la compensacion en la parte concurrente, quedando en pié por la restante (1). Los fiadores pueden hacer tambien la compensacion, así como los procuradores, si bien éstos deberán afianzar que su principal apróbará su conducta; pero no podrán descontar lo que deban con el crédito de sus principales, sin su expreso consentimiento (2). Más difícil es la cuestion de si se admite compensacion en los capitales de censo: en esta parte conviene distinguir, si es el censuario ó el censalista quien propone la compensacion; si es el censuario, tendrá lugar, mas no si es el censalista, porque no puede éste obligar á aquél á que redima el censo.

95. Algunas excepciones tiene la doctrina que dejamos expuesta. Así, el que debe alimentos, no puede oponer compensacion al alimentista; doctrina no establecida en la ley, pero admitida generalmente por interpretacion benigna, que no alcanza á los alimentos atrasados. Así, lo que por sentencia judicial se ha mandado pagar por razon de delito, no podrá compensarse con lo que el agraviado debiese al delincuente: por razones análogas de moralidad, se niega tambien al depositario la retencion de lo que se le confió, y que cuando está en sus manos se reputa que se halla en las del mismo propietario; y lo mismo al comodatario, excepto si la deuda que trata de compensar procediese de gastos extraordinarios hechos para la conservacion de la cosa que habia recibido en comodato (3). Además, la compensacion debe siempre hacerse sin perjuicio de tercero.

96. Respecto á la compensacion que puede tener lugar entre los socios, hay diferentes reglas que fijan la materia. Estas son:

1.^a Si el demandante hubiere causado perjuicio á la sociedad por su negligencia, ó por su culpa, y por las mismas causas los hubiese producido tambien el demandado, se compensarán ambos daños (4).

2.^a El daño que el socio, por culpa, no por dolo, hubiera oca-

(1) Ley 22, tít. XIV, Part. V.

(2) Ley 24 del mismo título y Partida.

(3) Leyes 9.^a, tít. II; 5.^a, tít. III, y 27, tít. XIV, Part. V.

(4) Ley 22, tít. XIV, Part. V. Gregorio Lopez.

sionado á la compañía, se compensará con el beneficio que la haya hecho (1).

3.^a Hay compensacion entre dos socios, por razon del daño ocasionado con culpa por parte de uno y con dolo por otro, siempre que el daño sea en cosa diversa; mas si es en la misma cosa, el que causó el mal por dolo, no puede pedir compensacion (2).

§ V.

Confusion.

97. En este lugar entendemos por *confusion*, la reunion del crédito y de la deuda en una misma persona. Dásele tambien el nombre de *consolidacion*. Si sólo se reunen en una persona los caracteres de deudor principal y de fiador, quedará extinguida la obligacion accesoria, pero subsistente la principal, pues que permanecen distintos los conceptos de acreedor y de deudor. Si uno de varios deudores solidarios se hace acreedor, esta confusion solamente aprovechará á los demás en la parte prorataada que á él correspondia. No confunde el crédito con la deuda el acreedor que recibe á beneficio de inventario la herencia de su deudor; muy al contrario, le queda su accion expedita para reclamar el crédito, como si fuese un extraño.

§ VI.

Extincion de la cosa.

98. La obligacion de entregar una cosa determinada hace que ésta corra á riesgo del acreedor desde que debia ser propietario de ella, á no intervenir culpa ó tardanza en la entrega por parte del deudor. De esto se deduce que, si deja de existir ó de estar en el comercio, ó se pierde sin culpa del que la debe, se extingue la obligacion (3); mas si pereciese por culpa ó engaño del deudor, ®

(1) La misma ley 22.

(2) Ley 23 del mismo título y Partida.

(3) Leyes 18, tít. XI, y 9.^a, tít. XIV, Part. VI.

entonces éste deberá pagar su estimacion (1). Esta doctrina no es ni puede ser extensiva á las obligaciones de cosas indeterminadas fungibles, pues éstas perecen para el deudor, que en el caso de haber habido mora ó tardanza, quedará obligado además á pagar daños y menoscabos. La razon es, que en esta clase de obligaciones se debe el género, y el género nunca perece (2).

§ VII.

Mútuo disenso.

99. También se extingue la obligacion por el convenio que hacen de separarse de ella los que la han contraido (3). Esto tiene lugar mientras no haya empezado á consumarse el contrato, ó lo que es lo mismo, estando aún integra la cosa, porque despues, más que disolucion de la primitiva obligacion, seria la celebracion de otra nueva. Este modo de extinguirse las obligaciones, aunque no exclusivo, es más bien propio de los contratos consensuales.

§ VIII.

Novacion.

100. La *novacion*, que las Partidas llaman *renovamiento* y también *quitamiento* (4), palabra genérica que es comun á todos los modos de extinguirse las obligaciones; es la *renovacion del contrato*. Más que medio de extinguir las obligaciones, lo es de transformarlas, porque si una perece, es reemplazada inmediatamente por otra. Puede hacerse de tres modos:

1.º Cuando el deudor y acreedor hacen sustitucion de una deuda en otra. Esto no sucede solamente cambiando la obliga-

(1) Dichas leyes citadas.
(2) Ley 10, tit. I, Part. V.
(3) Ley 2.ª, tit. X, lib. III del Fuero Real, que en realidad solamente se refiere al contrato de compra y venta. Además, es un principio evidente que un contrato bilateral y oneroso no puede ser destruido por la voluntad de una sola de las partes contratantes. (Sentencia de 1.º de Mayo de 1874.)
(4) Ley 15, tit. XIV, Part. V.

cion, sino tambien sus diferentes modificaciones; por ejemplo, convirtiendo en pura la obligacion á término ó la condicional, ó por el contrario (1). El recibir fiadores una obligacion que no los tenia al principio, no puede considerarse en nuestro concepto como una verdadera novacion, sino como un medio de dar más firmeza y seguridad al contrato.

2.º Cuando al deudor primitivo le reemplaza uno nuevo, consintiendo en ello el acreedor (2).

3.º Cuando otro acreedor es sustituido al antiguo.

101. Como la novacion, segun queda expuesto, es una convencion nueva, es menester que conste la voluntad de otorgarla y la de renunciar á los derechos de la primera obligacion; requisitos indispensables para que exista. Esto debe expresarse de modo que no sea necesario recurrir á presunciones, poco admisibles en la materia. Así es que, no constando lo contrario, se creará sólo que para mayor fuerza se ha unido á la antigua la nueva obligacion (3). Si habia condicion en la obligacion primera, necesario es su cumplimiento para que la segunda se realice, y si en ésta se hubiere puesto la condicion, será tambien preciso que se cumpla para que tenga lugar la novacion. No verificándose así, la obligacion primera continuará subsistente, y obligado del mismo modo que lo estaba, el primitivo deudor (4). Las hipotecas, las prendas y las fianzas accesorias al primer contrato se extinguen por la novacion, á no ser que se pacte lo contrario en el segundo; pero en este caso, la justicia dicta que las hipotecas queden con su antigüedad primera.

102. Cuando permaneciendo los mismos acreedor y deudor, la obligacion que por la novacion ha reemplazado á la antigua no fuere cumplida á su tiempo, el acreedor tendrá derecho de elegir entre la antigua y la nueva (5); porque el que por su parte no cumple una obligacion, no puede exigir que el otro se ajuste á ella.

103. Si alguno, creyendo por error, que era deudor de otro,

(1) La misma ley 15.
(2) Leyes 15 y 16 del mismo título y Partida.
(3) Ley 15 citada.
(4) Ley 16 del mismo título y Partida.
(5) Ley 41 del mismo título y Partida.

prometiére pagar la deuda al acreedor de éste para libertarle de su obligacion, aunque despues supiere que él nada debía, será válida la novacion. Sin embargo, podrá reclamar del supuesto acreedor, que le liberte de la obligacion contraida en un concepto equivocado, y si no quisiere hacerlo, tendrá derecho de exigirle que le satisfaga la cantidad que por él satisfizo, apremiado por su acreedor. Por el contrario, si debiendo realmente una cantidad, prometió pagarla á la persona á quien equivocadamente suponía debérsela su verdadero acreedor, no tendrá eficacia la novacion, á no haber obrado en virtud de mandato de éste (1).

104. La mudanza del deudor es lo que los romanos llamaban *expromision*. Esta no puede hacerse sin consentimiento del acreedor, y expresándose claramente que el primero que debía queda libre de la obligacion contraida, que ha de tomar sobre sí el que le sustituye. No ejecutándose así, no habrá novacion, y ambos deudores quedarán obligados, si bien la paga del uno libertará al otro (2).

105. Hablando anteriormente del pago, hemos visto ejemplos de novacion con respecto á la persona del acreedor. Siempre que éste se cambie en términos semejantes á los que dejamos expuestos, se extinguirá la obligacion antigua, dando lugar á la que la renueva. Necesario es que el deudor convenga en el cambio del acreedor; en otro caso, no sería novacion, sino cesion de acciones.

106. Aun en caso de que la segunda obligacion sea sólo natural, y que por lo tanto no produzca efectos civiles, quedará disuelta la primera; así nos dice una ley de Partida, que cuando un mayor de siete años y menor de catorce, sin intervencion de su guardador, renovase una obligacion que era perfecta y eficaz, quedaria ésta extinguida, y la nueva sería insubsistente, debiendo imputarse á si mismo el daño que experimente, el que contratando con un menor renovó la obligacion (3).

107. Réstanos advertir que hay otra novacion que se llama *necesaria*. Esta es la que se hace en juicio por la contestacion

(1) Ley 19 del mismo título y Partida.

(2) Ley 15, tít. XIV, Part. V.

(3) Ley 18 del mismo título y Partida.

á la demanda: en rigor no es verdadera novacion, porque en lugar de destruir la obligacion primera, con otra nueva la fortalece.

§ IX.

Rescision.

108. Los contratos que están sujetos á rescision, se disuelven por sentencia ejecutoria en que así se declare por los vicios de que adolecen. La forma y el término en que se ha de reclamar, variable en los diferentes casos en que procede la rescision, lo expondremos en los correspondientes lugares, limitándonos aquí á esta breve indicacion.

No obstante, conviene advertir desde luego la diferencia que existe entre la nulidad y la rescision. Será, pues, *nulo* todo acto ó contrato que adolezca de un vicio tan radical, que le impida producir efecto alguno; y se hallan en este caso, por ejemplo, la obligacion contraida por una persona que está en la infancia; todo acto ó contrato contrario al derecho ó á la moral, y aquellos en que no se han observado las formas esenciales exigidas por la ley. Mas cuando el acto ó contrato, válido al parecer, contiene, sin embargo, un vicio que puede dar lugar á que se declare su nulidad, si con este objeto se entabla por uno de los contratantes la accion correspondiente, entónces se dice que procede su *rescision*; los contraidos por error, dolo, fuerza ó con otros vicios análogos pueden servir de ejemplo. Resulta de esta diferencia entre unos y otros contratos, otra muy esencial, y consiste en que no hay términos hábiles para dar validez y fuerza obligatoria á los primeros, al paso que los segundos permanecen válidos y subsistentes hasta que, en virtud de reclamacion del perjudicado, se reconoce su nulidad por el otro contratante, ó recae en este sentido declaracion judicial.

§ X.

Condicion resolutoria.

109. Entendemos por condicion resolutoria, aquella cuyo cumplimiento produce la resolucion del contrato, dejando las cosas en su primer estado y como si la obligacion no hubiera

existido. La intencion de los contratantes que la ponen, no es suspender la ejecucion de lo convenido, sino sólo obligar al acreedor á devolver lo que recibió, cuando se verifique la condicion. Las condiciones resolutorias pueden ser expresas ó tácitas. Las primeras dependen exclusivamente de la voluntad de los contratantes, que pueden poner las que les parezcan, si bien algunas, por ser más frecuentes, han sido objeto de mencion especial en las leyes. A esta clase pertenecen los pactos de la *ley comisoría*, de *adición in diem* y de *retroventa*. Las resolutorias tácitas se sobreentienden, porque de tal manera son inherentes á la naturaleza de los contratos, que la ley las suple, aunque no las pacten los contratantes. De algunas hace expresion la ley, por ejemplo, de la revocacion de las donaciones por la supervenien-
cia de hijos al donante; otras nacen de la regla general á los contratos bilaterales, segun la cual, cada parte se reputa obligada bajo la condicion resolutoria de que la otra cumpla lo pactado (1).

110. Las condiciones resolutorias expresas surten sus efectos *ipso jure*, es decir, desde que se realizan, sin necesidad de declaracion judicial, únicamente necesaria á falta de conformidad de los interesados, ó por resistencia del que no ha cumplido la condicion. Las tácitas sólo producen efecto en virtud de declaracion judicial, y se considera que el contrato no pierde su eficacia hasta que se reclama su resolusion; por eso á éstas se las podria llamar propiamente rescisorias.

§ XI.

Prescripcion.

111. La prescripcion, que afecta á las cosas corporales como á las que no lo son, destruye tambien las acciones, y por consi-

(1) Todo contrato del que nacen obligaciones reciprocas, cuando por uno de los contratantes se falta á su cumplimiento, no es obligatorio respecto del otro. (Sentencia de 29 de Enero de 1867.) Doctrina legal que, sin embargo, no tiene aplicacion al caso que se resuelve por las leyes 38 y 58 del tit. V, Part. V. (Sentencia de 8 de Enero de 1874.)

Las obligaciones contraidas bajo condicion de que exista algun hecho

guiente las obligaciones, que desde que dejan de poder ser reclamadas, son ineficaces, porque perdido el derecho que tenemos de demandar un crédito, es evidente que perdemos el mismo crédito (1). Por eso digimos, al hablar de la prescripcion en general, que por ella entendiamos tambien el modo de libertarnos de una carga ó de una obligacion por el trascurso del tiempo prefijado por la ley.

112. Lugar es éste, por lo tanto, para hablar de la prescripcion de las acciones meramente personales, de las que nacen de una obligacion asegurada con hipoteca, y de las mixtas. Estas se prescriben por el trascurso de tres, cuatro, cinco, veinte y treinta años, contados desde el dia en que pueden ejercitarse (2).

ó suceso en tiempo determinado, caducan si aquél no se realiza dentro de este tiempo. (Sentencia de 30 de Enero de 1874.)

(1) «Tratándose de la prescripcion de acciones, basta el trascurso del tiempo para que se verifique, sin que sean necesarios los requisitos que exigen las leyes 18, 19 y 21, tit. XXIX, Part. III para prescribir el dominio de las cosas raices.» (Sentencias de 7 de Abril de 1866 y 27 de Febrero de 1875.)

«Segun jurisprudencia del Tribunal Supremo, consignada en sentencia de 17 de Noviembre de 1865, la prescripcion que establece la ley 63 de Toro, comprende toda clase de acciones *reales*, personales ó mixtas.» (Sentencia de 29 de Diciembre de 1875.) Si el Tribunal, al hablar de las acciones reales, ha entendido por ellas las que nacen de una obligacion hipotecaria, estamos conformes con su opinion; pero en otro caso, no podemos ménos de advertir que la citada ley de Toro nada dispone ni hace mencion alguna de las acciones *meramente* reales.

(2) El Tribunal Supremo lo tiene declarado tambien así, respecto á las acciones que nacen de obligacion personal asegurada con hipoteca, y á las acciones mixtas. (Sentencia de 6 de Abril de 1866.)

Aragon.—En Aragon, las acciones personales se prescriben por el trascurso de un mes, de tres meses, de un año y dia, de año y medio, y de veinte años.

Cataluña.—La prescripcion de las acciones personales por derecho catalan tiene lugar, ya inmediatamente que se verifica un hecho, ya por un año, ya por dos, ya por tres, ya por treinta años, y á veces no procede.

Navarra.—Las acciones personales se prescriben en Navarra por el trascurso de año y dia, por tres, por diez, por treinta años, y en algunos casos no tiene lugar.

113. Se prescriben por el lapso de tres años (1):

1.º La accion que tienen los letrados, procuradores y solicitadores para pedir sus honorarios: la prescripcion corre desde el dia en que se devengaron, y en su virtud, sólo podrán exigir los

(1) Nos haremos aquí cargo de las prescripciones de tiempo más corto, de que hablan las leyes de Aragon, Cataluña y Navarra.

Aragon.—Segun el derecho aragonés, se prescriben:

Por el lapso de un mes, la accion que compete á los criados para reclamar sus salarios. Este término se cuenta desde el dia en que salieron de la casa de sus amos, si éstos viven.

Por el trascurso de tres meses, se prescribe la misma accion, cuando los amos han fallecido. (Fuero I, *De salariis mercenar.*, lib. IV.)

Por año y dia, la de los escribanos para cobrar los derechos de los procesos en que actuaron (Fuero VII, *De prescrip.*): la de los propietarios, para reclamar los daños que causó el usufructuario en la cosa, ó por el contrario, la del usufructuario para reclamar los daños ocasionados por el propietario (Fuero II, *De jure viluit.*, lib. V): aquella en cuya virtud se pretende tener derecho á una cosa, si el que la ha adquirido por título traslativo de dominio, se lo ha hecho saber al demandante, desde cuyo tiempo se cuenta el término. (Fuero I y obs. I, *De prescrip.*) La prescripcion anual sirve aunque esté apoyada en título insuficiente. (Obs. 6, *De prescrip.*)

Por año y dia se prescribe también la accion del que juzga tener derecho eficaz para pedir la cosa que se pregonó y expuso públicamente para venderse (Fuero II, *De opposit. tertii*, lib. VII); pero á esta prescripcion no há lugar entre marido y mujer, ni entre los hermanos que tienen *pro indiviso* la herencia. (Fuero I, *De prescrip.*)

Cataluña.—Se prescriben en Cataluña las acciones personales, tan luego como tienen lugar ciertos hechos; esto sucedia con la accion que correspondia á los jueces para pedir los derechos que se les adeudaban en pleitos, la cual caducaba desde el pronunciamiento de la sentencia; disposicion aplicable á los escribanos: los criados y domésticos no pueden despues de la muerte de sus amos pedir salario, á no acreditar que se les habia prometido. (Cap. XXIV de las Córtes de Monzon, año de 1533.)

Por el trascurso de un año se prescribe la accion que tienen los criados para pedir sus salarios, á no ser que tuviesen cartas ó escrituras con que probarla; este término empieza á contarse desde que están fuera del servicio. (Cap. XLVI de las segundas Córtes de Barcelona de 1493.)

Los que viven en compañía de otros en concepto de criados ó familiares, despues de la muerte de aquéllos, no pueden reclamar salarios, sino

correspondientes á los tres últimos años, á no haber mediado contestacion á la demanda ántes del trascurso de éstos. Lo establecido en esta ley no puede renunciarse, y cualquier renuncia en contrario sería ineficaz (1).

2.º La que tienen los criados por los salarios devengados, cuyo término empieza á correr desde el dia en que fueron despedidos, á no acreditar que dentro de los tres años los pidieron y que no han sido satisfechos (2).

3.º La que corresponde á los boticarios, joyeros y oficiales mecánicos, y á los especieros, confiteros y á cuantos tienen tiendas de cosas de comer, para pedir lo que se les debe respectivamente por sus obras ó por sus géneros, á no acreditar también que lo pidieron y que no obtuvieron el pago (3). Aunque la ley no lo ex-

en el caso de justificar que les habia sido prometido en una cantidad cierta. (Cons. I, tit. II, lib. VII, vol. I.)

Por el trascurso de dos años se prescribe la accion que tienen los boticarios por razon de las medicinas que despacharen. (Cap. XXVI de las Córtes de Monzon de 1533.)

Navarra.—Por año y dia se prescriben en Navarra las acciones para la indemnizacion de daños causados por los ganados. (Ley 8.ª, tit. XXIV, libro V de la Novísima Recopilacion de Navarra.)

(1) Ley 9.ª, tit. XI, libro X de la Novísima Recopilacion.

Cataluña.—En el capítulo XL de las Córtes celebradas en Barcelona en 1564, se establece también, que los abogados y procuradores no puedan reclamar de sus clientes ni de los herederos de éstos los honorarios que se les deban, sino las tres últimas anualidades vencidas. Por tres años prescriben los créditos de los artesanos. (Const. IV, tit. II, lib. VII.)

Navarra.—Igualmente el derecho navarro (ley 8.ª, tit. XXIV, lib. I de la Novísima Recopilacion de Navarra) ordena que queden prescriptas por el trascurso de tres años las acciones que para reclamar sus respectivos honorarios tienen los abogados, procuradores, agentes, relatores, escribanos y otros oficiales.

(2) Ley 10, tit. XI, lib. X de la Novísima Recopilacion.

Navarra.—Lo mismo establecen las leyes de Navarra. (Ley 1.ª, tit. XX, libro V de la Novísima Recopilacion de Navarra.)

(3) Ley 10, tit. XI, lib. X de la Novísima Recopilacion.

Navarra.—Igual prescripcion de tres años señalan las leyes 5.ª y 7.ª, título XXXVII, lib. VII de la Novísima Recopilacion de Navarra, para que se puedan hacer reclamaciones por los salarios de oficios y oficiales, por los precios de medicinas y de mercaderías, y por los honorarios de los cirujanos.

presa de un modo claro y terminante, puede deducirse, atendido su espíritu, que sólo será exigible el valor de lo suministrado ó el de las obras practicadas en los tres últimos años, y no todo lo devengado en un largo período de tiempo, que se debe suponer satisfecho, si es que no se reclamó oportunamente y se hace constar así.

114. Se prescribe por cuatro años la accion que tienen los recaudadores y arrendadores de rentas públicas para reclamar lo que se les debe por los contribuyentes con motivo de su cometido ó arriendo; prescripcion que no es extensiva á lo que se debe al Estado: el término empieza á correr desde el dia en que cesaron en sus cargos, y se completa en el tiempo referido, si no fué interrumpida (1).

115. Se prescribe por cinco años la accion que tiene el desheredado para querellarse de la desheredacion, en los términos que hemos expuesto al tratar del modo de perder su fuerza las últimas voluntades.

116. Se prescribe por diez años el derecho de ejecutar por obligacion personal (2); mas como esta prescripcion no destruye la accion, sino que sólo influye en el diferente modo de proceder, no debemos aquí ocuparnos en ella (3).

nos, á no ser que hubiese escritura de reconocimiento, en cuyo caso serán necesarios diez años para la prescripcion. «Mas la prescripcion establecida en la citada ley 7.^a, sólo se refiere á créditos de artesanos por sus obras, ó á salarios de sirvientes, medicinas de botica, mercaderías y comestibles de tiendas que se toman para el consumo de las familias; pero de ningun modo á las compras de efectos de comercio al por mayor en cuenta corriente.» (Sentencia de 7 de Marzo de 1872.)

(1) Ley 8.^a, tít. VIII, lib. XI de la Novísima Recopilacion.

(2) Ley 5.^a, tít. VIII, lib. XI de la Novísima Recopilacion.

(3) Navarra.—Por diez años se prescriben en Navarra:

1.^o La accion que corresponde á los que han sufrido lesion enorme, para reclamarla; término que empieza á correr desde el dia en que se sufrió el engaño. (Ley 1.^a, tít. XXXVII, lib. II de la Novísima Recopilacion de Navarra.)

2.^o Los réditos de censos anteriores á los cuatro últimos años, de modo que, verificado el transcurso de los diez años, en que no han de incluirse los cuatro últimos, no queda al censalista medio ninguno de cobrarlos. (Ley 27 de las Córtes de 1817 y 1818.)

3.^o El derecho de ejecutar por contratos, obligaciones, sentencias y co-

117. Se prescribe por veinte años la accion personal y la ejecutoria dada sobre ella (1); pero esto se entiende en los casos en que no tiene lugar otra prescripcion más corta que las anteriormente enumeradas.

118. Se prescriben por treinta años:

1.^o La accion para reclamar una obligacion asegurada con hipoteca. Mas en el dia, en virtud de lo dispuesto por la Ley hipotecaria, esta accion se prescribirá á los veinte años, contados desde que pueda ejercitarse con arreglo al título inscripto (2).

2.^o La accion mixta de real y personal (3).

nocimientos que traen aparejada ejecucion; prescripcion que no extingue la accion, la cual puede ser deducida por la vía ordinaria. (Ley 11, título XXXVII, lib. XX de la Novísima Recopilacion de Navarra.)

(1) Ley 5.^a, tít. VIII, lib. XI de la Novísima Recopilacion. Sólo se exige el trascurso de veinte años, sin distincion entre presentes y ausentes. (Sentencia de 12 de Mayo de 1874.)

Aragon.—En Aragon se prescriben por veinte años:

1.^o La accion para pedir la deuda constituida por documento (fuero III, *De solut.*, lib. VIII); mas esta prescripcion se interrumpe por demanda, aunque sea extrajudicial (Obs. 5, *De prescrip.*), y no corre contra los menores de catorce años, ni contra los ausentes por servicio público. (Dicho Fuero III, *De prescrip.*)

2.^o La accion de depósito (Fuero II, *De dep.*, lib. IV), la cual no tiene lugar, ni en los depósitos en córte, ni en perjuicio de menores.

Vizcaya.—El derecho de ejecutar por obligacion personal, y la ejecutoria dada sobre ella, se prescriben por el tiempo de diez años: donde en la obligacion hay hipoteca, ó donde la obligacion es mixta, personal y real, se prescribe por quince años; y cualquiera otra accion personal y real, se prescribe por este mismo tiempo de quince años. (Ley 1.^a, tít. XII del Fuero.)

(2) Artículo 134 de la LEY HIPOTECARIA.

(3) Ley 5.^a, tít. VIII, lib. XI de la Novísima Recopilacion. Esta ley sobre prescripcion de acciones no es aplicable á aquellas que tienen término señalado para su ejercicio. (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Abril de 1871.) La accion de peticion de la herencia se prescribe como comprendida en la regla general de esta ley, y tambien segun la 7.^a, título XIV, Part. VI, por el trascurso de treinta años. Y es aplicable igualmente la citada ley recopilada á la accion que compete para hacer efectivos los derechos que nacen de las leyes desvinculadoras, siendo, en su conse-

119. Fuera de estos plazos, no hay accion personal, por privilegiada que sea, que no pierda toda su fuerza (1).

No hemos creido oportuno hablar aquí de la prescripcion de algunas acciones especiales á diferentes contratos; pero al tratar de ellos, supliremos esta omision.

120. La prescripcion se interrumpe cuando ántes de completar el tiempo necesario para ella, se reclama la deuda, ya judicial, ya extrajudicialmente, segun lo hemos indicado en algunos de los números anteriores, ó por actos del deudor que vinieren á reconocerla ó renovarla (2).

cuencia, prescriptible como todas las demás. (Sentencia de 9 de Enero de 1875.)

Cataluña.—Se prescriben en Cataluña por treinta años todas las acciones personales. (Usaje, *Omnes cause.*)

Navarra.—Se prescriben por treinta años en Navarra, segun la regla general, las acciones personales, tengan ó no hipoteca para su mayor fuerza (ley 7.^a, tit. XXXVII, lib. XX de la Novísima Recopilacion de Navarra); prescripcion que está expresamente establecida respecto á la accion por lesion enormísima, la cual, pasado el término, no se admite, aunque se alegue que la lesion es exhuberante, ingentísima, ó de otro cualquier género.

(1) *Cataluña.*—En Cataluña, la costumbre va más adelante; segun ella, nunca se prescribe la accion de redimir en las ventas hechas á carta de gracia, en que no se expresó tiempo para hacerlo. (Vives y Cebriá.)

Navarra.—El derecho navarro establece expresamente que no pueda prescribirse la accion para redimir la cosa vendida con pacto de retroventa ó á carta de gracia, siempre que, no habiendo término señalado en la escritura, se haya puesto la cláusula de *para perpétuo, siempre, cada y cuando quisiere*, ú otras semejantes que demuestran perpetuidad. (Ley 16, título XXXII, lib. II de la Novísima Recopilacion de Navarra.) El mismo derecho ordena que no proceda la prescripcion de la instancia, aunque hayan corrido más de cuarenta años, en caso de que el pleito estuviese contestado, y hechas probanzas ó presentadas escrituras por las cuales resulte mala fe verdadera. (Ley 16, tit. XXXVII, lib. II de la Novísima Recopilacion.)

(2) Ley 29, tit. XXIX, Part. III. No puede aprovechar al deudor la prescripcion, cuando consta de una manera cierta la repeticion de actos con que el acreedor le ha reconvenido para el pago de lo adeudado. (Sentencia de 24 de Junio de 1871.)

Además, segun las declaraciones del Tribunal Supremo, por las recla-

SECCION VII.

DEL MODO DE PROBAR LAS OBLIGACIONES.

121. Con el nombre de prueba se significa unas veces la justificacion de los hechos dudosos, alegados en juicio por cada una de las partes; pero otras se aplica este nombre á los medios de verificarla, ó sea á los hechos probatorios. Bajo este segundo concepto la examinamos aquí.

122. Todo el que reclama el cumplimiento de una obligacion, debe probarla; por el contrario, el que pretende que por su parte la ha cumplido y que ha quedado extinguida, está en el caso de justificarlo.

123. Los medios de prueba establecidos por la ley de Enjuiciamiento civil, que han venido á sustituir á los que establecía la ley de Partida, son los siguientes (1):

- 1.º *Documentos públicos y solemnes.*
- 2.º *Documentos privados y correspondencia.*
- 3.º *Los libros de los comerciantes que se lleven con las formalidades prevenidas en el Código de Comercio.*
- 4.º *Confesion en juicio.*
- 5.º *Dictámen de peritos.*
- 6.º *Reconocimiento judicial.*
- 7.º *Testigos.*

maciones *directas*, aunque extrajudiciales, del acreedor al deudor, y por todo reconocimiento expreso ó tácito que éste haga del derecho del primero, se interrumpe la prescripcion. (Sentencia de 14 de Julio de 1871.)

No es, sin embargo, doctrina legal ni jurisprudencia establecida, la de que cuando conste de una manera cierta que se ha reconvenido al deudor extrajudicialmente, se interrumpe la prescripcion; ni las sentencias de 24 de Junio y 14 de Julio de 1871, autorizan semejante jurisprudencia. (Sentencia de 3 de Octubre de 1874.) De las restantes palabras del considerando á que nos acabamos de referir, se deduce que á juicio del Supremo Tribunal, para que las reclamaciones extrajudiciales produzcan el efecto de interrumpir la prescripcion, es preciso que se hagan *directamente*, bien de palabra ó bien por escrito.

(1) Artículo 578 de la ley vigente de Enjuiciamiento civil. Sentencia del Tribunal Supremo de 1.º de Diciembre de 1865.

Documentos públicos y solemnes.

124. *Bajo la denominación de documentos públicos y solemnes, se comprenden (1):*

1.º *Las escrituras públicas otorgadas con arreglo á derecho.*

2.º *Los documentos expedidos por los funcionarios públicos que estén autorizados para ello, en lo que se refiera al ejercicio de sus funciones.*

3.º *Los libros de actas, estatutos, registros, ordenanzas, catálogos y demás documentos que se hallen en los archivos públicos ó dependientes del Estado, de las provincias ó de los pueblos, y las copias sacadas y autorizadas por los secretarios y archiveros por mandato de la autoridad competente.*

4.º *Las ordenanzas, estatutos y reglamento de sociedades, comunidades ó asociaciones, siempre que estuviesen aprobadas por autoridad pública, y las copias autorizadas en la forma prevenida en el número anterior.*

5.º *Las partidas ó certificaciones de nacimiento y de matrimonio y defunción, dadas con arreglo á los libros, por los párrocos ó por los que tengan á su cargo el registro civil.*

6.º *Las ejecutorias y las actuaciones judiciales de toda especie.*

125. *Escrituras públicas.*—Uno de los medios más eficaces de probar las obligaciones es el que suministra la escritura pública, esto es, la autorizada por persona habilitada con fe pública; y tienen aquel carácter, no sólo la escritura matriz, sino también las copias de esta misma, expedidas con las formalidades de derecho (2). Esta escritura, que además del notario se otorga ante

(1) Artículo 596 de la misma ley. También comprende bajo la denominación de documentos públicos, además de los expresados en el texto, las certificaciones expedidas por los agentes y corredores de comercio, relativas á los asuntos de su profesión, en la forma y con las solemnidades que prescriben el Código de Comercio y leyes especiales.

(2) Artículo 78 del decreto de 9 de Noviembre de 1874 sobre organización y régimen del notariado. Tal fuerza tiene este medio de prueba, que los hechos consignados clara y precisamente en escrituras públicas no pueden alterarse por medio de prueba testifical. (Sentencia de 8 de Julio de 1873.)

dos testigos á lo ménos con capacidad legal para serlo (1), los cuales han de firmar en la escritura matriz, ó los de conocimiento en su caso, hace prueba si está sacada del protocolo por el que la autorizó, que es el único que, á no tener inhabilidad, debe hacerlo. La misma fuerza tiene la copia que en caso de vacante, imposibilidad ó ausencia del propietario, es sacada de su protocolo por el notario encargado legalmente de la notaría. Pueden expedirse dos ó más primeras copias, pero cada interesado ú otorgante no podrá reclamar del notario más que una. No podrán expedirse segundas ó posteriores copias de la escritura matriz, sino en virtud de mandato judicial y con citación de los interesados, ó del promotor fiscal cuando aquéllos sean desconocidos ó se hallen ausentes del pueblo en que esté la notaría. Sin embargo, será innecesaria dicha citación en los actos unilaterales, y aún en los demás, cuando pidan la copia todos los interesados (2).

126. *Documentos expresados en los números 2.º, 3.º, 4.º, 5.º y 6.º del artículo 596 de la ley,* de la que ya dejamos hecha expresa mención. Además de las escrituras, reciben el nombre de documentos públicos y solemnes otros varios que, según hemos visto, enumera la ley, y que van revestidos de todas las posibles garantías para que merezcan fe en los juicios. En las diferentes oficinas del Estado, en los archivos del mismo, de las provincias y de los pueblos, se conservan documentos interesantes que constituyen una verdadera prueba preconstituida de gran eficacia. Las actuaciones judiciales forman también esta clase de prueba, y es de las más perfectas, puesto que está garantida con las firmas del juez, del escribano, y casi siempre con las de las partes. En cuanto á los libros que llevan los que tienen á su cargo el registro civil para hacer constar los nacimientos, los matrimonios

(1) Ley 114, tít. XVIII, Part. III, y art. 20 de la ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862. La Real orden de 25 de Junio de 1868 disponía también que, si un testigo, ó los otorgantes, ó alguno de éstos no supiere firmar, al verificarlo el otro testigo, expresara de su puño y letra en la ante-firma, que lo hacia por sí y á nombre del otro testigo, ó del otorgante que no sabia firmar; pero según los artículos 64 y 66 del decreto de 9 de Noviembre de 1874, el notario ha de ser quien exprese esta circunstancia.

(2) Artículos 18 de la citada ley de 28 de Mayo, y 80 y 84 del Real decreto de 9 de Noviembre, también citado.

y las defunciones de los individuos, asegurando de esta suerte el estado civil de los ciudadanos, seria supérfluo tratar de encarecer su utilidad por ser reconocida de todos, así como también la de los documentos que expiden con arreglo á ellos (1).

Documentos privados.

127. Reciben este nombre los otorgados por personas particulares, sin intervencion de notario competente para autorizarlos. A esta clase pertenecen: el *vale ó pagaré*, el *recibo ó resguardo*, llamado también *carta de pago ó finiquito*, y los *libros de cuentas de inventarios* y otros análogos de naturaleza privada: también la correspondencia entre particulares pertenece en realidad á esta clase de documentos.

128. Para hacer prueba deberán ser reconocidos bajo juramento á la presencia judicial por la parte á quien perjudiquen, si lo solicitare la contraria; pero cuando ésta los hubiere aceptado como buenos no será necesario el reconocimiento, ni lo será tampoco cuando se declare su autenticidad por el juez, previo el cotejo de letras, verificado por peritos revisores, ó en vista de las declaraciones de los testigos, en la inteligencia de que el juez ha de hacer la comprobacion por sí mismo y no tiene precision de sujetarse al dictámen pericial, correspondiéndole igualmente la apreciacion de las declaraciones testificales (2).

129. La escritura privada de una obligacion reconocida judicialmente por el que la otorgó, hace fe contra él (3); mas sólo serviria de presuncion en caso de que fuera de enajenacion de una propiedad, porque esta clase de escrituras deben otorgarse ante notario (4).

(1) Las partidas expedidas por los párrocos y los encargados del registro civil, forman prueba legal, tan sólo respecto del acto especial á que se contraen. (Sentencia de 25 de Noviembre de 1875.)

(2) Artículos 604 y 609 de la Ley de Enjuiciamiento civil. (Sentencia de 8 de Febrero de 1853.)

(3) Ley 4.^a, tít. XXVIII, lib. XI de la Novísima Recopilacion.

(4) Ley 114, tít. XVIII, Part. III; y 14, tít. XII, lib. X de la Novísima Recopilacion. Sin embargo; si convenidos los contratantes en el precio y en la cosa, manifestaran su voluntad de que el documento tuviera fuerza

130. La escritura es á veces, no tan sólo prueba de la obligacion, sino también su causa. Así sucede en el caso en que una persona, ó llevada de un exceso de confianza ó impulsada por la necesidad, haya entregado á otro un escrito, confesando que ha recibido de él prestada una cantidad que no ha recibido, y por dos años ha callado sin retractar su declaracion ni recoger el recibo. La fuertísima presuncion que tiene contra sí el que ha confesado por escrito una deuda, sin retractarse en tanto tiempo, ha hecho que su silencio se tenga por prueba, creándose así una obligacion que comunmente se llama *contrato literal*. Basta lo dicho á convencernos de que, más que de un contrato, esta obligacion es hija de una presuncion legal de las que no admiten prueba en contrario. Por ella queda obligado el que ha confesado por escrito que ha recibido de otro en préstamo mútuo alguna cosa que no recibió, cuando tampoco reclamó en el tiempo referido, que es el que al efecto está designado por las leyes (1).

131. Antes de este tiempo no tiene fuerza ninguna la confesion escrita, y así con ella no podrá probar su crédito el que se supone acreedor, á quien á su vez podrá pedir el deudor que le devuelva el vale que dió; ó en el caso de demanda le pondrá una excepcion eficaz que la excluya, llamada de *non numerata pecunia* en el derecho romano. Como esta excepcion se ha establecido á favor del deudor, podrá renunciar válidamente á ella, aun en el mismo escrito en que confesó la deuda (2), aunque esto tiene

de escritura pública, mientras ésta no fuera otorgada, el contrato de compra y venta contenido en él será eficaz y obligatorio para ambas partes. (Sentencia de 30 de Junio de 1864.) Igual declaracion tiene hecha el Tribunal Supremo en una cuestion análoga, en sentencia de 28 de Enero de 1865. Y también por la de 30 de Abril de 1869 se declaró con fuerza obligatoria, con arreglo á la ley 1.^a, tít. I, lib. X de la Novísima Recopilacion, una escritura privada de venta, á la que los concurrentes habian querido que se le diese toda la fuerza de escritura pública.

(1) Ley 9.^a, tít. I, Part. V.

(2) Ley 9.^a citada. «Opuesta oportunamente la excepcion *non numerata pecunia*, al tenedor del vale es á quien corresponde la obligacion de probar la realidad de la entrega ó préstamo en el mismo documento consignado.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Julio de 1869.)

Mas lo dispuesto en la citada ley 9.^a no es aplicable, segun el Tribunal

sus inconvenientes, y quedará tambien sin poderla usar en caso de que despues haya reconocido la deuda.

Confesion.

132. La confesion, llamada *conoscencia* por las leyes de Partida, y que puede hacerse por procurador con poder especial al efecto (1), es el *reconocimiento que, en perjuicio propio, una de las partes hace del hecho que alega su adversario*. Puede ser judicial ó extrajudicial, expresa ó tácita, simple ó calificada.

133. *Confesion judicial*.—La confesion judicial es la que se hace á presencia del juez y ante escribano; y para que haga plena prueba, debe reunir las circunstancias de hacerse por persona de edad cumplida para obligarse, á sabiendas y sin error ni coaccion, sobre cosa ó cantidad cierta, contra sí y que no se oponga á la naturaleza ni al derecho (2). *Sobre los hechos probados por confesion judicial no se permitirá para corroborarlos prueba de testigos á ninguna de las partes* (3).

134. Esta confesion puede ser tambien expresa ó tácita. La primera es la que se hace explícita y terminantemente bajo juramento en forma, *pudiendo agregar el confesante las explicaciones que estime conveniente ó las que el juez le pida* (4). La tácita tendrá lugar: 1.º Si el llamado á declarar rehusare hacerlo, ó persistiere en no responder afirmativa ó negativamente, á pesar del apercibimiento que se le haya hecho si se pidiere inmediatamente, que se le tenga por confeso sobre los hechos respecto á los cuales sus respuestas no fueren categóricas y terminantes. 2.º Si no compareciere á la segunda citacion sin justa causa (5).

Supremo, cuando la obligacion se ha contraído en escritura pública, ó cuando la deuda consiste en granos. (Sentencia de 11 de Junio de 1869.)

La ley, en efecto, sólo emplea la palabra *maravedis*. Gregorio Lopez juzga, sin embargo, que esta excepcion tiene lugar respecto de las cosas que consisten en peso, número y medida.

(1) Ley 10, tit. XIII, Part. III.

(2) Leyes 4.ª y 5.ª del mismo título y Partida.

(3) Artículo 637 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*.

(4) Artículo 586 de la misma.

(5) Artículos 583 y 586.

135. La confesion simple tiene lugar siempre que el hecho se confiesa lisa y llanamente, sin añadirle ninguna circunstancia; y calificada es aquella á que el confesante añade algun otro hecho que modifica el confesado. Esta se divide tambien en *individua* y *dividua*. Se llama *individua*, cuando la circunstancia añadida á la confesion es inseparable del hecho confesado y le hace variar de naturaleza; *dividua*, cuando la circunstancia añadida es separable de áquel hecho y no altera su naturaleza.

136. Las declaraciones de que hace mencion la ley como medios de obtener la confesion, y á que está obligado todo litigante, *se podrán hacer, á eleccion del que las pidiere, bajo juramento decisivo ó indecisorio. En el primer caso, harán plena prueba, no obstante cualesquiera otras: en el segundo, sólo perjudicarán al confesante que declare* (1).

137. Segun las leyes de Partida, el juramento que se hace en juicio puede ser deferido por la parte ó por el juez. El primero, ó sea el que propone uno de los litigantes al otro, es hasta cierto punto voluntario, porque obliga alternativamente, ó á prestarle, ó á pretender que el otro les preste, á no ser que le hubiese aceptado ya aquel á quien se defiere, el cual en ningun caso puede negarse á cumplir uno de los dos extremos (2). El que el juez exige sin ser excitado por los litigantes, que comunmente llaman *supletorio*, porque suple la falta de prueba en un pleito dudoso, es necesario y no excusable, teniéndose en su resistencia por convicto al que lo rehusa (3). La fórmula que la práctica ha admitido al deferirse este juramento de protestar estar á él sólo en lo favorable, y con reserva de otra prueba, disminuye la fuerza que le da el derecho escrito.

138. La *confesion extrajudicial* no hace prueba plena por regla general, pero sí cuando es hecha á presencia de la parte contraria ó de su procurador, manifestando la cantidad ó cosa debida y la razon ó título de deber (4). Hay que tener presente, sin embar-

(1) Artículos 579 y 580 de la misma.

(2) Ley 2.ª, tit. XI, Part. III.

(3) La misma ley 2.ª

(4) Leyes 7.ª, tit. XIII, Part. III, y 2.ª, tit. VII, lib. II del Fuero Real.

La ley 7.ª, tit. XIII, Part. III, lejos de ordenar que la confesion fuera de juicio tenga fuerza de ley, dispone, por el contrario, que no debe valer. (Sentencia de 17 de Mayo de 1876.) Pero nos parece que esta

go, que la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos depende de la apreciación judicial (1).

139. El reconocimiento de una deuda, ó la declaración de haber cobrado un crédito, expresados en una disposición testamentaria, se considera también como confesión extrajudicial y prueba contra los herederos (2); pero no cuando fuere hecha á favor de personas á quienes el derecho tiene por inhábiles para suceder, ó no permite que se les deje lo que por este medio les da el testador, porque en estos casos, sin que haya otra prueba más completa, no se tiene por justificada la deuda (3).

Juicio de peritos.

140. Cuando se necesitan conocimientos especiales para hacer un reconocimiento, es preciso valerse de personas inteligentes y peritas en la materia. Por eso exige la ley que los peritos tengan título de tales en la ciencia ó arte á que pertenezca el punto sobre que haya de oírse su juicio, si la profesión ó arte está reglamentada por las leyes ó por el Gobierno. Determina también que si la profesión ó arte no estuvieren reglamentados por las leyes ó por el Gobierno, ó estándolo no hubiere peritos de esta clase en el partido judicial, si las partes no se conforman en nombrarlos de otro punto, puedan ser nombradas cualesquiera personas entendidas, aun cuando no tengan título (4).

Reconocimiento judicial (5).

141. La inspección que el juez hace de las cosas controvertidas, ó de otras que pueden conducir á la justificación de los he-

declaración del Supremo Tribunal no debe entenderse de un modo absoluto, porque tampoco la ley de Partida niega de un modo absoluto fuerza á la confesión extrajudicial, sino solamente cuando no se hace en la forma que la misma ley establece, ó si se trata de un delito.

(1) Artículo 659 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*.

(2) Ley 2.^a, tit. VII, lib. II del Fuero Real. No son tan explícitas las leyes 19, 20 y 21, tit. IX, Part. VI, que también suelen citarse.

(3) Ley 3.^a, tit. XIV, Part. III.

(4) Artículo 615 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*.

(5) Artículos 633 al 636 de la misma ley.

chos litigiosos, es lo que se llama reconocimiento judicial. Suele tener lugar principalmente en cuestiones sobre términos, linderos, denuncias de nueva obra y otras semejantes. Unas veces se practica por el juez sin necesidad de acompañarse de peritos, aunque siempre con citación de los interesados, y en otras es indispensable el exámen pericial, en que ya nos hemos ocupado.

Testigos.

142. Recibe el nombre de testigo, la *persona fidedigna presentada por las partes para manifestar lo que sabe acerca de los hechos controvertidos*. Para ser testigo se consideran indispensables requisitos, haber cumplido cierta edad, tener cabal conocimiento, estar dotado de probidad y no hallarse tachado de falta de imparcialidad; pero no es nuestro propósito entrar aquí en la completa exposición de estas circunstancias, ni en el modo de recibir las declaraciones de los testigos, materia más propia de un tratado de procedimientos, sino limitarnos á indicar la fuerza que tienen para probar una obligación contraída. Dos testigos por lo ménos, con aptitud legal, con tal que estén contestes en la obligación, en su tiempo, lugar y circunstancias, y que declaren por ciencia propia y dando razón de su dicho, prueban la existencia del contrato (1), ó la falsedad de una escritura privada (2). Pero para acreditar que está satisfecha la obligación contraída por escritura pública, se necesita, ú otra escritura ó cinco testigos (3), y cuatro para probar la falsedad de un instrumento público (4). Mas si los testigos instrumentales están en contradicción con la escritura, debe ser creída ésta si se halla conforme al protocolo, y es de buena fama el escribano; pero cuando no goza de buena opinión y los testigos sí, y el instrumento es reciente, cede este al testimonio de aquéllos (5). Debemos advertir, sin embargo, que la ley de Enjuiciamiento civil ha modificado pro-

(1) Leyes 28, 29 y 32, tit. XVI, Part. III en la edición de Lopez, y 29, 30 y 33 en la de la Academia.

(2) Ley 117, tit. XVIII, Part. III.

(3) Ley 32, tit. XVIII, Part. III.

(4) Ley 117 del mismo título y Partida.

(5) Ley 115 del mismo título y Partida.

fundamente estas disposiciones de las leyes de Partida, en lo que se refieren á la eficacia de la prueba testifical, al determinar que *los jueces y tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, conforme á las reglas de la sana crítica, teniendo en consideracion la razon de ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos concurran.*

Y es importante la excepcion que se establece á esta regla general, al declarar que, *cuando la ley determina el número ó la calidad de los testigos como solemnidad ó circunstancia especial del acto á que se refiere, se observará lo dispuesto para aquel caso (1).*

Presunciones.

143. Por *presunciones*, llamadas por algunos escritores modernos pruebas indirectas ó circunstanciales, entendemos *las consecuencias que la ley ó el magistrado extienden de un hecho conocido á otro desconocido.*

144. La ley da el carácter de presunciones sin réplica á algunos hechos, y de consiguiente, los admite como prueba. De esto son ejemplo, la nulidad que declara á algunos actos que supone ejecutados en su fraude, la fuerza que da á la cosa juzgada, la que tiene el recibo no reclamado en el espacio de dos años, y otros semejantes. Tan vehementes, tan fuertes son estas pruebas, que no admiten otra en contrario.

145. La presuncion del juez no tiene este poder: es una conviccion moral que debe fundarse en datos precisos, graves, y que entre sí guarden armonía.

146. Al finalizar este párrafo, debemos repetir que no nos hemos propuesto comprender en este lugar la doctrina general de pruebas, ni el procedimiento para proponerlas y recibirlas, que tienen otro más oportuno en los tratados de procedimientos, sino manifestar sólo muy sucintamente los diferentes modos de acreditar las obligaciones.

(1) Artículo 659, y sentencias del Tribunal Supremo de 8 de Febrero, 6 de Noviembre y 20 de Diciembre de 1858 y otras.

TÍTULO III.

De la compra y venta.

SECCION PRIMERA.

DE LA CELEBRACION DE LA COMPRA Y VENTA.

147. Las relaciones comerciales entre los pueblos é individuos han debido su origen á las necesidades recíprocas de los hombres, que, cuando desconocian la compra y venta, todo lo hacian por permutas, único comercio de la sociedad naciente. Extendido éste con la poblacion, la experiencia muy luego manifestó los inconvenientes inseparables de aquel sistema, y las naciones, ilustradas por la necesidad, adoptaron una medida universal de todos los valores. Este fué el origen de la moneda, la cual, compuesta de metales sólidos que como mercancía tienen un valor intrínseco, y sellada con el tipo de la autoridad pública para evitar fraudes acerca de su ley, ha hecho más rápidas y ménos complicadas las operaciones comerciales. A esta invencion debe su origen la compra y venta, de mayor uso que todos los otros contratos.

148. La definimos: *contrato consensual, bilateral, por el que uno de los contratantes se obliga á entregar una cosa, y el otro á pagar por ella un precio cierto (1).* Aunque las palabras *compra y venta* cuando forman una sola, ó simplemente la de *compra* ó la de *venta*, se emplean indistintamente para designar este contrato, no puede dudarse de que en un sentido más rigoroso se llama *compra* respecto al que paga la cosa, y *venta* con relacion al que la entrega. Este contrato es *consensual*, porque se perfecciona con el solo consentimiento, y *bilateral*, porque desde un principio quedan obligados ambos contratantes. Sus requisitos esenciales son: consentimiento, cosa y precio. ®

(1) Ley 1.ª, tit. V, Part. V.

fundamente estas disposiciones de las leyes de Partida, en lo que se refieren á la eficacia de la prueba testifical, al determinar que *los jueces y tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, conforme á las reglas de la sana crítica, teniendo en consideracion la razon de ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos concurran.*

Y es importante la excepcion que se establece á esta regla general, al declarar que, *cuando la ley determina el número ó la calidad de los testigos como solemnidad ó circunstancia especial del acto á que se refiere, se observará lo dispuesto para aquel caso (1).*

Presunciones.

143. Por *presunciones*, llamadas por algunos escritores modernos pruebas indirectas ó circunstanciales, entendemos *las consecuencias que la ley ó el magistrado extienden de un hecho conocido á otro desconocido.*

144. La ley da el carácter de presunciones sin réplica á algunos hechos, y de consiguiente, los admite como prueba. De esto son ejemplo, la nulidad que declara á algunos actos que supone ejecutados en su fraude, la fuerza que da á la cosa juzgada, la que tiene el recibo no reclamado en el espacio de dos años, y otros semejantes. Tan vehementes, tan fuertes son estas pruebas, que no admiten otra en contrario.

145. La presuncion del juez no tiene este poder: es una conviccion moral que debe fundarse en datos precisos, graves, y que entre sí guarden armonía.

146. Al finalizar este párrafo, debemos repetir que no nos hemos propuesto comprender en este lugar la doctrina general de pruebas, ni el procedimiento para proponerlas y recibirlas, que tienen otro más oportuno en los tratados de procedimientos, sino manifestar sólo muy sucintamente los diferentes modos de acreditar las obligaciones.

(1) Artículo 659, y sentencias del Tribunal Supremo de 8 de Febrero, 6 de Noviembre y 20 de Diciembre de 1858 y otras.

TÍTULO III.

De la compra y venta.

SECCION PRIMERA.

DE LA CELEBRACION DE LA COMPRA Y VENTA.

147. Las relaciones comerciales entre los pueblos é individuos han debido su origen á las necesidades recíprocas de los hombres, que, cuando desconocian la compra y venta, todo lo hacian por permutas, único comercio de la sociedad naciente. Extendido éste con la poblacion, la experiencia muy luego manifestó los inconvenientes inseparables de aquel sistema, y las naciones, ilustradas por la necesidad, adoptaron una medida universal de todos los valores. Este fué el origen de la moneda, la cual, compuesta de metales sólidos que como mercancía tienen un valor intrínseco, y sellada con el tipo de la autoridad pública para evitar fraudes acerca de su ley, ha hecho más rápidas y ménos complicadas las operaciones comerciales. A esta invencion debe su origen la compra y venta, de mayor uso que todos los otros contratos.

148. La definimos: *contrato consensual, bilateral, por el que uno de los contratantes se obliga á entregar una cosa, y el otro á pagar por ella un precio cierto (1).* Aunque las palabras *compra y venta* cuando forman una sola, ó simplemente la de *compra* ó la de *venta*, se emplean indistintamente para designar este contrato, no puede dudarse de que en un sentido más rigoroso se llama *compra* respecto al que paga la cosa, y *venta* con relacion al que la entrega. Este contrato es *consensual*, porque se perfecciona con el solo consentimiento, y *bilateral*, porque desde un principio quedan obligados ambos contratantes. Sus requisitos esenciales son: consentimiento, cosa y precio. ®

(1) Ley 1.ª, tit. V, Part. V.

Consentimiento.

149. Al tratar de los requisitos de los contratos en general, hemos hablado ya del consentimiento; pero al aplicar á la compra y venta las doctrinas que enunciamos allí, creemos conveniente darles alguna mayor ampliacion. El error en la cosa se opone al consentimiento y vicia el contrato, ya cuando consiste en el desacuerdo acerca de la identidad de la cosa vendida, como si el vendedor dijera que habia vendido cierta y señalada heredad, y manifestase el comprador que él lo habia entendido de otra, señalándola tambien; ya cuando recae el error sobre la sustancia del objeto vendido, por ejemplo, si uno compró laton creyendo que era oro (1). Mas si el error consiste en el nombre, habiendo conformidad en la cosa, será válido el contrato (2). Tambien lo será, pero habrá lugar á indemnizacion, siempre que el error no sea en la sustancia sino en cosa accidental, como si uno vendiese oro suponiéndolo de cierta ley y luego resultara inferior.

150. El error en el número ó cantidad tampoco anula la venta, y sólo produce á las veces el efecto de aumentar ó de disminuir el precio. Así sucederá siempre que la venta se haga á un tanto por cantidad, número ó medida, por ejemplo, si se ha vendido un campo, fijando su cabida en quince aranzadas y señalando por cada una un precio determinado, y luego resulta que tenia más ó menos. Por el contrario, cuando la venta se haya hecho á cuerpo cierto, ó de un conjunto de cosas sin atencion á número ó medida, por un sólo precio, no habrá lugar al aumento ó disminucion de éste, aunque despues resultare mayor ó menor cabida ó número de fincas que las expresadas al otorgar el contrato, siempre que no mediare perjuicio ó lesion en más de la mitad del justo precio (3).

151. El error en el precio no siempre se opone al consenti-

(1) Leyes 20 y 21, tit. V, Part. V.

(2) Ley 21 del mismo titulo y Partida.

(3) Gomez, Covarrubias, y Sala en la *Ilustracion del Derecho Real de España* y en el *Digesto Romano-Hispano*. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Abril de 1865, citada tambien en la de 24 de Marzo de 1880.

miento, y por lo tanto, la ley hace la siguiente distincion. Cuando el vendedor y comprador están discordes respecto al precio en que se vendió la cosa, y el vendedor asegura que habia sido por cantidad mayor que la que el comprador designa, no valdrá la venta. Por el contrario, será válida, si el primero dice que el precio de la venta fué menor del que manifiesta el comprador. La razon es, sin duda, porque en este último caso concurre la voluntad de ambos contratantes, pues no es de creer que dejará la cosa por menor precio el que reconocia que daba por ella otro mayor (1).

152. Al tratar de las obligaciones en general, hemos hablado de los efectos que producen el dolo, bien cuando da causa al contrato, bien cuando incide en él, y el miedo y la violencia. Allí dejamos dicho tambien que el consentimiento se podia prestar por medio de cartas y de procurador; pero para verificar la venta es indispensable que el procurador tenga un poder especial, excepto para vender los productos de las fincas que administre. El procurador necesita tambien para hacer compras un poder especial (2). Aunque han de prestar el consentimiento ambos contratantes, por cuya razon nadie debe ser compelido á vender lo que le pertenece, el Estado, sin embargo, puede imponer esta necesidad en algunas ocasiones, pero solamente cuando así lo exija el interés público.

153. *Expropiacion forzosa*.—Lugar es este á propósito para dar á conocer las disposiciones capitales que rigen acerca de esta materia, y que más intima relacion tienen con el derecho civil. No vamos aquí á tratar de la expropiacion de las cosas muebles, como sucede, por ejemplo, con la de subsistencias en tiempo de carestía, en que las autoridades, acosadas por la necesidad de que no perezca un pueblo hambriento, obligan á los que tienen artículos de comer á que los vendan con condiciones regulares;

(1) Ley 5.^a, tit. XX, Part. V.

(2) La ley 8.^a, tit. V, Part. V, al establecer que el contrato de compra y venta pueda verificarse por medio de cartas y de *mandaderos*, no exige expresamente que éstos hayan de tener poder especial; pero la comun opinion de los juriconsultos, con la cual estamos conformes, le ha dado esta interpretacion.

cosa autorizada por la ley (1), y que está sujeta, más á reglas de prudencia que á prescripciones del derecho. Así, pues, las que la ley detenidamente establece, son las que se siguen en la expropiación forzosa de los bienes inmuebles; reglas que hacen que sea una verdad el principio constitucional de que *nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente, y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización*. Y para robustecer más este principio, ordena también la Constitución, que *si no precediese este requisito, los jueces ampararán, y en su caso reintegrarán en la posesión al expropiado* (2); pudiendo éste utilizar para el efecto los interdictos correspondientes (3). Esto no se limita á los individuos, sino que se extiende á las corporaciones y á los establecimientos que tienen el carácter y consideración de personas jurídicas, y que en este concepto son propietarios. Además, la ley, prefiriendo la avenencia á la expropiación forzosa, establece expresamente que todos los que no pueden enajenar los bienes que administran sin el permiso de la autoridad judicial, lo puedan hacer con este motivo, sin perjuicio de asegurar, con arreglo á las leyes, las cantidades que reciban como indemnización, en favor de los menores ó de sus representados; y aún la misma ley añade, que en ningún caso les serán entregadas dichas cantidades, sino que depositarán siempre á disposición de la autoridad judicial correspondiente (4).

154. Para que la expropiación forzosa por causa de utilidad pública pueda llevarse á efecto respecto de la propiedad inmueble, es necesario:

(1) Ley 1.^a, tít. XXV, lib. V de la Recopilación; en la Novísima no está literalmente esta ley, sino sólo imperfectamente extractada en la nota 1.^a, tít. XIX, lib. VII. En la nota 15 se hace expresión de una circular del Consejo, de 1802, sobre venta forzosa de trigo al precio corriente.

(2) Artículo 10 de la Constitución.

(3) Artículo 4.^o de la ley de 10 de Enero de 1879.

(4) Artículo 6.^o de la ley citada de 10 de Enero de 1879. Este artículo no es aplicable ni extensivo al usufructuario, pues no representa en manera alguna al dueño ó propietario, cuyos derechos son completamente independientes y separados de los suyos. (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Octubre de 1873, que se refería al art. 6.^o de la ley de 17 de Julio de 1836.)

1.^o La declaración de que la obra para que se hace es de utilidad pública.

2.^o La declaración de que su ejecución exige indispensablemente el todo ó parte del inmueble que se pretende expropiar.

3.^o El justiprecio de lo que se haya de enajenar ó ceder.

4.^o El pago del precio de lo que representa la indemnización de lo que forzosamente se enajena ó cede (1).

De cada uno de estos requisitos hablaremos con separación y sucintamente.

155. *Reclamación de que la obra es de utilidad pública*.—Obra de utilidad pública es la que tiene por objeto proporcionar al Estado, á una ó más provincias, ó á uno ó más pueblos, cualesquiera usos ó mejoras que cedan en bien general, ya sea ejecutada por cuenta del Estado, de las provincias ó de los pueblos, ya por compañías ó empresas particulares, debidamente autorizadas. La declaración de que una obra es de utilidad pública será objeto de una ley, cuando en todo ó en parte haya de ser costeada con fondos del Estado, ó cuando, sin concurrir estas circunstancias, lo exija su importancia, á juicio del Gobierno. Corresponde al Gobierno hacer esta declaración por medio del ministro respectivo, cuando la obra interesa á varias provincias, ó cuando haya de ser costeada ó auxiliada con fondos generales para cuya distribución esté previamente autorizado por la ley. En los demás casos corresponde al gobernador de la provincia, oyendo á la diputación, y además al ayuntamiento cuando se trate de obras municipales (2).

Las corporaciones y personas interesadas no tienen derecho á reclamar contra la declaración de la utilidad de la obra (3).

156. *Declaración de la necesidad de la ocupación del inmueble*.—Declarada una obra de utilidad pública, á la Administración corresponde resolver si para la ejecución de aquella es necesario el todo ó parte del inmueble (4). En su consecuencia, el gobernador de la provincia, después de oír las reclamaciones que

(1) Artículos 1.^o y 3.^o de la citada ley de 10 de Enero de 1879.

(2) Artículo 10 de la misma.

(3) Artículo 17.

(4) Artículo 14.

hicieren los interesados contra la necesidad de la ocupación, y á la comision provincial, decidirá lo que proceda acerca de este punto, dentro del término de quince dias. De la decision del gobernador, sólo podrá recurrirse enalzada al ministro correspondiente, para lo cual se concede el plazo de ocho dias, y el ministerio resolverá dentro de los treinta dias siguientes al del registro de entrada del expediente, por medio de un real decreto (1).

157. *Justiprecio.*—Una vez conocida con toda certeza la finca ó parte de la finca que es preciso expropiar, se intentará la adquisición por convenio con el dueño, y sólo en el caso de que haya divergencia entre el importe designado por la administracion y el señalado por el propietario, y no se pueda llegar á un comun acuerdo, se procederá á fijar el justo precio por medio de peritos nombrados por ambas partes. No habiendo conformidad entre los peritos, el gobernador civil de la provincia oficiará al juez del distrito para que nombre un tercero. En vista de las declaraciones de los peritos y demás datos aportados al expediente, el gobernador, dentro del minimum y maximum que hayan fijado los peritos, en el término de treinta dias, y oyendo á la comision provincial, determinará por resolucion motivada el importe de la suma que haya de entregarse por la expropiacion: contra esta resolucion podrá elevarse recurso al Gobierno. Procede tambien la vía contenciosa contra la Real orden que termine el expediente gubernativo, tanto por vicio sustancial en los trámites establecidos por la ley, como por lesion en la apreciacion del valor del terreno, siempre que represente cuando ménos la sexta parte del verdadero justo precio (2).

158 *Pago de la indemnizacion.*—Así que cause estado la resolucion del gobernador acerca del importe de la expropiacion, se procederá inmediatamente á su pago, que se realizará precisamente en metálico. Si el propietario se negase á percibirlo, ó si sobre el derecho á su percepcion se moviese cuestion que pueda dar lugar á litigio, ó si sobre liquidacion de las cargas reales que pueda tener alguna finca no hubiese avenencia entre los interesados, se suspenderá el pago y se dispondrá el depósito, lo cual

(1) Artículos 18 y 19.

(2) Artículos 26, 27, 28, 33, 34 y 35.

se verificará tambien cuando de los títulos de las fincas resulte gravámen de restitucion (1). Al expropiado se le abonará además del precio íntegro en que la finca fuere valorada, un 3 por 100 como precio de afeccion (2).

Debemos tambien advertir que la administracion podrá, si le conviene, ocupar en todo tiempo un inmueble que haya sido objeto de tasacion, mediante el depósito de la cantidad á que ascienda aquélla, segun la hoja del perito del propietario, quien tendrá derecho de percibir anualmente el 4 por 100 por todo el tiempo que tarde en recibir el importe de la expropiacion, definitivamente ultimada (3).

159. Por último, la ley, en su propósito de limitar lo más posible las enajenaciones forzosas, ordena que, no ejecutándose la obra que dió lugar á la expropiacion, ó en el de quedar las fincas sin aplicacion por haberse terminado el objeto de la enajenacion forzosa, el dueño primitivo podrá recobrar lo expropiado, devolviendo la suma que recibió. Para este efecto se le concede el plazo de un mes, á contar desde el dia en que se le notifique la no ejecucion ó desaparicion de la obra (4).

Precio.

160. Volvamos á los requisitos esenciales de la compra y venta, y puesto que hemos hablado ya del consentimiento, hagámoslo ahora del precio. El precio es lo que se da por la cosa que se compra. Ha de consistir en metálico, ó en papel que lo represente por ser de descuento corriente y fácil, y estar admitido como dinero en el comercio. Ha de ser *cierto*, aunque sea con relacion á otra cosa, como á la cantidad que se tiene en el bolsillo, ó á la por que el vendedor compró la misma cosa; y puede ser cometido á persona determinada, pero que no sea ninguno de los contratantes. Si aquélla no existiere, ó si la cosa que se vende ha sido adquirida por el vendedor por título distinto del de compra, ó si la persona á cuyo arbitrio se cometió el señalamiento del

(1) Artículos 37, 39 y 40.

(2) Artículo 36.

(3) Artículo 29.

(4) Artículo 43.

precio no le fija, no valdrá el contrato; y si el tercero señala precio desproporcionado, debe regularse segun el parecer de hombres buenos é inteligentes (1). Tampoco valdrá la venta si la persona designada para señalar el precio no quisiere hacerlo, ó si ha muerto ántes de verificarlo.

161. El precio ha de ser tambien *verdadero*, es decir, no tan insignificante, que más bien que venta, sea donacion el contrato. Ha de ser *justo* además, esto es, que no exceda ni sea inferior á la mitad del valor verdadero de la cosa.

162. Y si uno se obliga á dar una cosa por dinero y por efectos, ¿será compra y venta, ó permuta? Nuestro derecho no decide esta cuestion; parécenos, sin embargo, que la voluntad de los contratantes es la que debe resolverla. Segun ésta, si el precio se fijó en cantidad determinada de dinero y se convino en que parte de él se pagara en efectos que se valuaron, habrá una verdadera compra y venta; por el contrario, si los contratantes se propusieron principalmente cambiar una cosa por otra, y para igualar su diferencia, ó por cualquiera otra cosa, convinieron en que uno diese además una cantidad, será permuta. Del mismo modo, si desde luego se fijó el precio que se habia de dar por la cosa vendida, y despues convinieron los contratantes en que el comprador entregaria en su lugar otra cosa, estimada en el mismo valor, este contrato será una verdadera compra y venta (2).

Cosa que se vende.

163. La cosa que se vende, bien sea corporal ó incorporeal, mueble ó inmueble, ha de ser determinada, y no es necesario que exista, pues basta que pueda existir. Así, por ejemplo, se pueden

(1) Leyes 9.ª y 10.ª, tít. V, Part. V.

(2) El contrato de compra y venta de bienes inmuebles, se entiende siempre celebrado con la implícita condicion de que del precio estipulado se satisfaga ó rebaje el importe de las cargas con que la finca se halle gravada, á no ser que los contratantes establezcan lo contrario en pacto expreso y terminante. Y este pacto no le constituye la expresion de que el precio era alzadamente una determinada cantidad, pues estas palabras sólo significan la supresion de ciertos trámites y diligencias, por ejemplo, el reconocimiento, medicion y valoracion de la finca y otras semejantes. (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Junio de 1870.)

vender los frutos que haya de producir alguna heredad, mas si ésta no produjere ningun fruto, el comprador no estará obligado á dar el precio, á no ser que hubiere hecho la compra á *su ventura* (1). Por falta de determinacion en las ventas al gusto, peso, número y medida, no queda perfeccionada la compra en cuanto al peligro, aunque sí respecto al aumento ó baja del precio, hasta que sean gustadas, pesadas, contadas ó medidas (2); mas si estas mismas cosas fueron vendidas á bulto, queda desde luego perfeccionado el contrato. Además ha de ser la cosa capaz de enajenacion, por cuya razon no pueden ser vendidas:

1.º Las litigiosas, y se consideran como tales las que se enajenan despues del emplazamiento ó del acto de conciliacion seguido de la demanda. A fin de hacer ineficaz esta enajenacion, conviene al demandante pedir anotacion preventiva de su derecho en el registro público, en la formá que establecen la *Ley hipotecaria* y el reglamento para su ejecucion, segun veremos más adelante en el lugar correspondiente (3).

2.º La sucesion de persona determinada cuya herencia se espera, á no ser que aquella consienta y persevere firme en su voluntad hasta el día de su muerte: medida conforme á la moral, y que tiene por objeto evitar proyectos y atentados criminales de parte del comprador (4).

3.º Las cosas estancadas por el Gobierno, á no ser por sus agentes.

4.º Las que no son susceptibles de propiedad privada: entre

(1) Ley 11, tít. V, Part. V.

(2) Ley 24, tít. V, Part. V, y art. 367 del Código de Comercio.

(3) Ley 13, tít. VII, Part. III. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 30 de Junio de 1854; artículos 42 y 43 de la *Ley hipotecaria*, y 41 del Reglamento.

(4) Ley 13, tít. V, Part. V. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Febrero de 1874. Cuando no son nombradas las personas de quienes se piensa heredar, y se hace la venta en términos generales, á saber; de todas las ganancias ó derechos que ha de adquirir el vendedor por título hereditario, de cualquiera parte que procedan, el contrato será válido, segun declara la ley. Mas si en fraude de ésta omitiesen el nombre, siendo, sin embargo, su intencion vender la herencia de determinada persona, el pacto será tambien ineficaz en nuestra opinion, conforme en este punto con la de Gregorio Lopez en su glosa 4.ª á la expresada ley.

ellas se cuentan principalmente las que en las leyes de Partida se denominan sagradas, religiosas y santas, las cuales, sin embargo, podrán enajenarse como accesorias y agregadas á otras profanas (1); y además podrán serlo para pagar las deudas de la iglesia cuando de otro modo no puedan satisfacerse, para redimir á los feligreses de cautiverio, para alimentar á los pobres en tiempo de hambre, para edificar la iglesia, y para comprar lugar para cementerio (2).

5.º Tampoco pueden venderse las cosas de aprovechamiento comun de los pueblos, como las plazas, caminos, ejidos, fuentes y rios (3).

6.º Las que corresponden al Estado, provincias ó corporaciones administrativas, no siendo del modo especial que señalan las leyes y reglamentos.

7.º Las de fideicomisos y mayorazgos, en la parte en que legalmente no han sido restituidas aún á la circulacion libre.

8.º Las cosas cuya enajenacion (4) ha prohibido el testador en su testamento; pero es condicion esencial que las designe expresamente, que manifieste la razon justa que ha tenido para ello, y que la prohibicion sea por tiempo limitado, por ejemplo, durante la vida del heredero, ó hasta que llegare á la mayer edad: en otro caso no tendria efecto (5). La prohibicion impuesta por el vendedor al comprador y aceptada por éste de no enajenar él ni su heredero la cosa que se le vende, es nula (6).

9.º La parte correspondiente á uno de los comuneros en la cosa poseida en comun, no puede ser vendida por él á un ex-

(1) Ley 8.ª, tit. XV, Part. V.

(2) Ley 1.ª, tit. XIV, Part. I.

(3) Ley 15, tit. V, Part. I.

(4) Aquel á quien se ha prohibido *enajenar* la cosa, no la puede vender, ni cambiar, ni empeñar, ni dar, ni poner servidumbre sobre ella, ni darla á censo á ninguna de aquellas personas á quien es defendido de enajenarla. (Ley 10, tit. XXXIII, Part. VII.)

(5) Ley 44, tit. V, Part. V, que el Tribunal Supremo cita como vigente en sentencia de 16 de Octubre de 1873. Si la cosa sobre que recae la prohibicion forma parte de la legítima de que el testador no ha podido disponer, es indudable, en nuestro concepto, que la prohibicion no será eficaz.

(6) Ley 43 del mismo título y Partida.

traño despues de promovido el juicio de particion, á no mediar el consentimiento de los demás. Mas no siendo en aquel caso, cada uno podrá vender la parte que le pertenece, aunque la cosa no esté dividida (1).

10.º Los materiales que constituyen parte de los edificios, siempre que de extraerlos ó arrancarlos puedan resultar perjudicados el público ó un tercero (2).

11.º Las materias ponzoñosas de que se puede abusar para la perpetracion de delitos, no siendo en la forma y con las precauciones establecidas por las disposiciones legales.

164. Las leyes recopiladas (3) prohiben además, ó limitan, cierta clase de compras ó de ventas: nosotros no hacemos mencion de aquellas disposiciones, porque son hijas de falsos principios de economía, que el derecho y la ciencia hoy reprueban de consuno. De otras limitaciones de comprar ó vender, impuestas á diversas personas que se hallan en circunstancias particulares, hablamos más adelante en este mismo título, y en otros que consideramos como su lugar correspondiente.

Perfeccion y consumacion del contrato.

165. Inmediatamente que han convenido los contratantes acerca de la cosa y el precio, queda perfeccionado el contrato de compra y venta celebrado puramente, á no ser que quieran que para su perfeccion se haga escritura, en cuyo caso hasta el

(1) Ley 55, tit. V, Part. V.

Y es evidente que la facultad concedida á los condueños de una finca para que puedan vender lo que en ella les corresponda, no legitima la venta de la parte fija y determinada que el vendedor designe á su arbitrio, sino la de aquella que le pertenezca luego que se haga la division. (Sentencia de 18 de Noviembre de 1879.)

(2) Ley 16, tit. V, Part. V. El anotador de las Partidas, edicion de la *Publicidad*, cree que en el dia no se halla vigente esta ley: nosotros juzgamos lo mismo, pero sólo en términos generales, y por eso ponemos la limitacion del texto.

(3) Tales son las leyes 1.ª, 2.ª y 5.ª, tit. XIX, lib. VII; leyes 2.ª, 4.ª, 5.ª y 9.ª, tit. V, y ley 4.ª, tit. VII, lib. IX, y algunas del tit. XII, lib. X de la Novisima Recopilacion.

otorgamiento no se reputará perfecto (1). Desde entónces nacen dos acciones, directas ambas; una á favor del comprador para que se le dé la cosa, y otra del vendedor para la adquisicion del precio. Su consumacion pende de la entrega respectiva y simultánea de ambos; de suerte, que áun en el caso de que se haya entregado la cosa, no se traspasará su dominio, si no se hubiere satisfecho el precio, ó dado fiador, ó prendas, ó pactado plazo cierto para pagarle (2). La consignacion prévia del precio es tam-

(1) Ley 6.^a, tít. V, Part. V. Sentencia de 30 de Junio de 1874. En conformidad á este principio, está declarado por sentencias del Tribunal Supremo de Justicia que el contrato de venta queda perfecto por el simple consentimiento de las partes; mas que siendo indispensable en el estado actual de nuestra legislacion la escritura pública en las ventas de inmuebles, tienen las partes el derecho reciproco de pedir su otorgamiento. (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de Junio de 1854, de 27 de Mayo de 1856, de 16 de Abril y 30 de Junio de 1864, de 16 de Noviembre de 1869 y 20 de Mayo de 1873.) No tenemos necesidad de decir, que por estas decisiones no queda abolida la excepcion que expresamos en el texto. Mas la obligacion aceptada por uno de los contratantes de pagar los gastos de la venta y del otorgamiento de la escritura, no se considera como una condicion necesaria para que el contrato quede perfecto. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de Enero de 1868.) Además está declarado, que la disposicion de la ley 6.^a y la jurisprudencia á su tenor consignada por el Tribunal Supremo, deben entenderse limitadas al caso en que los otorgantes establezcan el otorgamiento de la escritura, como condicion prévia y necesaria para la validez del contrato, y suspensiva de su consentimiento. (Sentencias del Tribunal Supremo, de 20 de Mayo, 24 y 27 de Octubre de 1873; y en el mismo sentido se dictaron las de 13 de Marzo de 1875 y 5 de Enero de 1876.) Pero lo dispuesto por la citada ley 6.^a, título V, Part. V, no tiene aplicacion al caso en que se trata de un remate ejecutado en subasta pública, y aprobado judicialmente, que tiene señalados en la Ley de Enjuiciamiento civil su forma y sus efectos. (Sentencia de 30 de Diciembre de 1875.)

(2) Leyes 46, tít. XXVIII, Part. III, y 28, tít. V, Part. V. Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de Noviembre de 1873, de 31 de Marzo de 1874 y 24 de Marzo de 1877. Mas para que la falta de pago del precio en el tiempo y forma convenidos constituya una causa de rescision del contrato, es preciso que así se haya pactado expresamente. (Sentencia de 1.^o de Abril de 1874.)

bien una circunstancia indispensable en las ventas judiciales, y no basta la aprobacion del remate (1).

166. Resulta, pues, que hasta que se verifique aquella doble entrega, sólo tiene el comprador un derecho á la cosa, dimanado de la convencion, y despues, el dominio si el vendedor era señor de la cosa, y si no lo era, adquiere la facultad de prescribirla.

167. Al hablar de los requisitos esenciales á este contrato, hemos omitido la escritura pública á que deben reducirse todos los de enajenacion de bienes inmuebles, porque esto sólo toca á los efectos futuros que han de surtir, y no á su perfeccion y consumacion. De esta escritura debia tomarse razon en la contaduría de hipotecas en el término señalado por las leyes administrativas (2), lo que tenia por objeto, tanto evitar los fraudes de los que venden lo que no pueden, como asegurar el pago de los tributos que pesan sobre la traslacion de la propiedad inmueble. Mas la Ley hipotecaria, separándose del derecho vigente hasta el dia, no ha querido hacer necesaria la inscripcion respecto á los contratantes. Así es, que ninguno de ellos podrá eludir el cumplimiento del contrato, alegando la falta de aquella circunstancia, pues de otra suerte se debilitaria la buena fe y se dejaria la puerta abierta á la malicia de los contrayentes (3). Pero otra regla debe seguirse respecto á los terceros interesados. Segun ella, el tercero que tiene á su favor una escritura de venta inscrita en el re-

(1) Artículos 1512, 1513 y 1514 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Mayo de 1873.

Aragon.—En las ventas de bienes inmuebles de Aragon, para la perfeccion del contrato se requieren instrumento público y la entrega de la cosa y del precio, ó á lo ménos de una señal; faltando esto, cualquiera de los contrayentes puede separarse del contrato, pagando cinco sueldos. (Fuero ún., y obs. ún., De pactis inter empt. et vend., lib. IV; obs. 5. De empt., lib. IV.)

(2) Leyes 2.^a y 3.^a, tít. XVI, lib. X de la Novísima Recopilacion, y Real decreto de 23 de Mayo de 1845. Segun sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Diciembre de 1864, no es imputable al comprador la falta del registrador en omitir la toma de razon del gravámen que tenia la cosa. Los pagarés entregados como parte del precio, y de cuya entrega da fe el notario en la escritura, forman parte de esta misma. (Sentencia de 18 de Marzo de 1772.)

(3) Exposicion de motivos de la LEY HIPOTECARIA.

gistro, es preferido al primer comprador que no la inscribió, sin que á éste le valga la prioridad en el otorgamiento. También la enajenación de los privilegios de introducción ó invención requiere escritura pública suficientemente expresiva, la cual deberá presentarse bajo pena de nulidad al gobernador de la provincia ante quien se solicitó el privilegio, y esta autoridad avisará al director del Conservatorio para que la anote en el registro (1).

168. *Peligro.*—Aunque hasta la entrega, el comprador no es dueño de la cosa vendida, cuando ésta es determinada, le pertenece su peligro; esto es, que en el caso de perecer, es la pérdida para él, y que de su cuenta son los aumentos ó menoscabos que tenga, pues que el vendedor, como deudor de especie, se libera por su pérdida. Mas para esto es menester que no intervengan por parte del vendedor tardanza ni culpa leve, que es la que se presta en este contrato; ni haya pacto en contrario, ni condición de no hacer la tradición hasta cierto tiempo ó hasta que la cosa esté en disposición de entregarse, ni por último, uso de comercio (2). En las ventas condicionales, si ántes de verificarse el cumplimiento de la condición tuviere la cosa vendida aumento ó menoscabo, uno y otro corresponderán al comprador; pero si pereciere del todo, al vendedor será á quien tal accidente perjudique: la razón de diferencia consiste en que en un caso es subsistente la venta y existe cosa que sea su objeto al cumplirse la condición, y en el otro, la venta queda sin efecto (3).

169. El peligro no será del comprador en las cosas que se venden por peso, número ó medida, ni en las que se han de probar ó gustar previamente, ántes de ser pesadas, medidas ó gustadas; mas para evitar los perjuicios que por culpa de aquél podrían originarse al vendedor, nuestras leyes han establecido que si señalaron los contratantes día para contar, pesar, medir ó gustar, y no acudió el comprador, ó si no habiendo tal señalamiento fué requerido delante de testigos y despues sucedió el daño, á él pertenece el peligro. En este caso, también se podrá vender la cosa á otro, y el menoscabo recobrarlo del primer comprador; y áun

(1) Artículos 18 y 19 del Real decreto de 23 de Marzo de 1826.

(2) Leyes 23, 24 y 27, tít. V, Part. V, y arts. 365 y 367 del Código de Comercio.

(3) Ley 26, tít. V, Part. V.

á costa de éste, necesitándose las vasijas en que está el género vendido, alquilar otras, y no hallándolas, verterlo, lo que puede hacerse desde el día siguiente al en que se le avisó ó en que se habian convenido en el contrato, pesándolo ó midiéndolo previamente (1); autorización de que sólo debe usarse con gran circunspección y prudencia. También establecen expresamente las leyes, que si despues que ha habido tardanza por parte del vendedor, éste, ántes de que la cosa se pierda ó menoscabe, quiere entregársela al comprador, el cual rehusa recibirla, al último corresponderá exclusivamente el peligro, porque suya es la culpa de la tardanza postrera (2).

170. No se siguen las mismas reglas respecto al precio, pues aunque se abaraten ó encarezcan despues de celebrada la venta las cosas que son de la misma especie que las vendidas, y éstas no hayan sido aún probadas, pesadas ó medidas, el señalado en el convenio permanecerá inalterable, y las ventajas ó menoscabos que por aquella razón resulten, serán solamente de cuenta del comprador: en una palabra, si el precio se aumenta ó disminuye, el comprador no tendrá obligación de pagar sino el convenido al celebrar el contrato, que bajo este punto de vista se reputará perfecto desde luego (3).

171. En la venta de cosas fungibles, hecha alzadamente y por un solo precio, sin atención á peso, número y medida, por ejemplo, del vino contenido en una bodega, el peligro será desde luego del comprador; y áun lo será también el de las ya contadas, pesadas ó medidas que se perdieron ó menoscabaron despues, siempre que no haya habido dolo ni culpa por parte del vendedor.

172. *Arras.*—Para asegurar más el éxito de este contrato, intervienen señal ó arras en algunas ocasiones. Las arras pueden darse ántes ó despues de perfeccionada la venta. En el primer caso, há lugar al arrepentimiento, perdiendo el comprador las arras que dió, si fué el que se retractó, y si lo fué el vendedor, deberá éste restituirlas dobladas: en el segundo caso, como son parte del precio, y señal y prueba de estar concluido el contrato, no

(1) Ley 24, tít. V, Part. V.

(2) Ley 27, tít. V, Part. V.

(3) Ley 24 del mismo título y Partida.

es lícito arrepentirse ni deshacer la venta, á no ser que en ello convengan ambos contratantes (1).

173. Aunque no intervengan arras, perfeccionado el contrato, los otorgantes están ligados á su cumplimiento (2) de tal modo, que ni por disposiciones del poder supremo, ni aun ofreciendo doble precio, podrá el vendedor deshacer la venta contra la voluntad del comprador (3).

174. Por último, debemos aquí ocuparnos en dos casos que merecen fijar especialmente la atención. Estos son:

1.º Cuando uno vende á dos la misma cosa.

2.º Cuando uno compra con dinero ajeno.

175. Respecto al primer caso, si el vendedor es dueño de la cosa vendida, será preferido el comprador, bien sea el primero, bien el segundo, que por haber recibido la cosa la hizo suya, con tal que haya satisfecho el precio; y el otro deberá ser indemnizado por el vendedor, no sólo de lo que pagó, sino también de los perjuicios que se le hayan ocasionado. Lo mismo sucederá en caso de que el vendedor no sea dueño de lo vendido, si bien no por eso perderá su derecho el que lo es, que podrá entablar la reivindicación contra cualquier poseedor de la cosa (4). También es preferido el primer comprador á quien vendió la cosa el que no era dueño de ella, si la posee, al segundo comprador que hizo la compra cuando ya el vendedor había adquirido su dominio. Fuera de toda duda debe estar que cuando una cosa sea vendida primeramente por el que no era dueño y después por quien lo era, el que compró á este último deberá ser preferido al otro, á no ser que el primer vendedor se halle en el caso de los que pueden enajenar las cosas á pesar de no ser señores de ellas (5); porque en-

(1) Ley 7.ª, tit. V, Part. V, y sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Abril de 1864.

(2) Ley 6.ª del mismo título y Partida.

(3) Ley 61.

(4) Ley 50. La ley 19 de este mismo título y Partida considera válida la venta de cosa ajena, la cual, sin embargo, quedará naturalmente sujeta á la reclamación del verdadero dueño, como decimos en el texto. Y aún está declarado que no bastará á invalidar el contrato la circunstancia de haberse anticipado su ejecución á la de algunas formalidades administrativas. (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 14 de Noviembre de 1858.)

(5) Ley 51, tit. V, Part. V.

tonces la posesión será la que decida de la preferencia respectiva de los compradores.

176. Pero la doctrina que acabamos de exponer ha de entenderse con las modificaciones introducidas por la *Ley hipotecaria*, según la cual no se anulará ni rescindiré el contrato en perjuicio de tercero que haya inscripto su derecho, por la doble venta de una misma cosa, cuando alguna de ellas no hubiese sido inscripta (1). Así, pues, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso: si se inscribe, ya se lo traspasa respecto á todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto á otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción. Fúndase esto en que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales, en tanto se considerarán constituidos ó traspasados, en cuanto conste su inscripción en el registro, quedando entre los contratantes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo (2). Este continúa también subsistente en la venta de los bienes muebles.

177. Cuando uno compra para sí con dinero ajeno, hace suyo lo comprado: exceptúanse los casos en que el dinero sea de persona ausente por el servicio del Estado, ó de menor cuya guarda esté encomendada al comprador, ó de persona ó corporación de que este mismo sea administrador, ó si el dinero fuese de la dote y el marido hiciere la compra con el beneplácito de la mujer. En todos estos casos, la cosa comprada será de aquellos á quienes el dinero pertenecía, á no ser que prefiriesen ser reintegrados de la cantidad invertida en la compra, pues la ley les concede la elección (3).

SECCION II.

PERSONAS QUE PUEDEN CELEBRAR ESTE CONTRATO.

178. Pueden comprar y vender todos aquellos que pueden obligarse. Algunos, sin embargo, que se hallan en este caso, tienen

(1) Artículo 38 de la LEY HIPOTECARIA.

(2) Exposición de motivos de la LEY HIPOTECARIA.

(3) Ley 49, tit. V, Part. V.

prohibicion de hacerlo de ciertas cosas, ó en determinadas circunstancias. Tales son los clérigos, que no pueden comprar y vender por vía de negociacion, ni á su propio nombre ni en el de otro, pues se lo prohiben las disposiciones canónicas y civiles (1). Los jueces, bajo pena de nulidad, ni por sí ni por otros, durante su oficio, pueden comprar lo que se vende en almoneda por su orden (2), puesto que esto lo mandan como ministros de la ley y no como agentes de sus intereses (3), y tampoco pueden comprar heredades en territorio de su jurisdiccion, ni dedicarse al tráfico mercantil (4). Los hijos de familia y los menores que se hallan en tutela ó curaduría, que, segun decimos en otro título, tienen prohibicion general de contraer libremente, no pueden comprar ni tomar plata, mercaderias ni otro género de cosas al fiado, sin licencia de sus padres ó guardadores, siendo nulas las compras y las fianzas dadas para su seguridad: son igualmente nulas las compras que algunos hacen al fiado para cuando se casaren, ó sucedieren en algun mayorazgo ó herencia, ó para cuando mejoraren de fortuna, ó con motivo de bodas (5), y las que en la misma forma se hicieren por los estudiantes, sin consentimiento del padre ó del que los sostiene en la carrera (6). Lo son tambien las ventas hechas por el hijo al padre ó por el padre al hijo, hallándose éste en la patria potestad, excepto de las cosas pertenecientes á los peculios castrense y cuasi castrense (7). Por último, los guardadores, testamentarios y cualesquiera otras personas no pueden comprar pública ni secretamente ninguna cosa de los bienes de sus administrados, bajo pena de que se deshaga la venta, y la de pagar además el cuatrotanto, aplicado á la cámara (8), multa que no tiene ya lugar. La razon en que se fundan tales prohibiciones, las recomienda.

(1) Ley 46, tit. VI, Part. I, y Conc. Trid., sess. XVII, cap. I, *De reformat.*

(2) Ley 4.^a, tit. XIV, lib. V de la Novísima Recopilacion.

(3) Ley 3.^a, tit. XI, lib. VII de la Novísima Recopilacion.

(4) Ley 3.^a del mismo título y libro.

(5) Ley 17, tit. I, y 2.^a, tit. VIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(6) Ley 1.^a, tit. VIII, lib. X.

(7) Ley 2.^a, tit. V, Part. V.

(8) Ley 1.^a, tit. XII, lib. X de la Novísima Recopilacion. Esta ley no

SECCION III.

DE LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR Y DEL COMPRADOR.

§ I.

Obligaciones del vendedor.

179. El vendedor está obligado á entregar la cosa y garantirla, prestando en su conservacion la culpa leve, por ser este contrato útil á ambos contratantes. Por su demora podrá pedir el comprador, ofreciendo pagar el precio, que se le ponga en posesion de la cosa vendida, y que el vendedor le resarza los perjuicios que le haya ocasionado.

180. La cosa deberá ser entregada al comprador tal cual se halle al tiempo de la venta, con sus accesiones, entendiéndose por tales las destinadas al uso permanente de ella, como los materiales que constituyen parte del edificio, ó cosas unidas á él de modo que con facilidad no puedan separarse, pero no los demás muebles y semovientes. Así, por ejemplo, le corresponden las tinajas empotradas ó soterradas, pero no las que no se hallan unidas al edificio (1). Pertenecen tambien al comprador de un campo los frutos pendientes, así como las pensiones no vencidas que deba pagar el arrendatario; mas los frutos civiles han de prorratearse. La ley no establece explícitamente esta doctrina, pero se deduce de su recta interpretacion, y es la seguida por la mayor parte de los jurisconsultos.

181. *Eviccion.*—A la garantía y circunstancia natural de este contrato, aunque sea mercantil (2), que tiene el doble objeto de

comprende solamente á los albaceas, tutores y curadores de todas clases, sino á las personas que se hallan en idénticas circunstancias, como sucede á los guardadores de incapacitados por enajenacion mental y por interdiccion. (Sentencia de 3 de Abril de 1876.)

(1) Leyes 28, 29, 30 y 31, tit. V, Part. V. Segun declaracion del Tribunal Supremo, la ley 28 citada no tiene aplicacion á las servidumbres urbanas, que deben constar establecidas por uno de los medios que reconocen las leyes. (Sentencia de 10 de Abril de 1876.)

(2) Artículos 380 y 381 del Código de Comercio.

que el vendedor responda al comprador de la posesion pacífica de la cosa que le vendé, ó de la correspondiente indemnizacion si fuere privado de ella por una sentencia judicial, generalmente se llama *eviccion* ó *saneamiento*. Estas dos palabras, en el uso comun y aún en el jurídico, suelen tomarse como sinónimas, mas en realidad, atendida su etimología, son diferentes: la eviccion es la privación forzosa que tiene que sufrir el poseedor de una cosa que ha sido reivindicada por un tercero en un pleito fallado á favor de éste, pues que *evincere* es *vincendo aliquid auferre* (1); *saneamiento* es la indemnizacion que debe dar el que vendió ó traspasó por título oneroso una cosa, al que fué vencido judicialmente respecto á ella. Acomodándonos, pues, al uso comun, diremos que la prestacion de la eviccion ó el saneamiento tiene lugar cuando un tercero recupera en juicio cierta cosa como propia, quitándola al que la adquirió por compra ú otro título legítimo oneroso, quien deberá ser indemnizado.

182. Mas para que proceda esta indemnizacion será necesario, que si despues de la celebracion de la venta se mueve algun pleito sobre su propiedad, posesion ó servidumbre, el comprador lo haga saber ántes de la publicacion de probanzas al vendedor, quien á su costa deberá dejarle en la quieta posesion de la cosa, ó restituir el precio que recibió y el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, y pagará además la pena del doble si en ello hubiesen convenido; en caso de que sólo hubiesen estipulado la pena del doble sin más expresion, se entenderá el doble del valor de la cosa (2). Si la venta hubiere sido de una cosa ajena, el

(1) Por consiguiente, la eviccion, propiamente tal, no tiene lugar sino cuando el comprador es privado por sentencia firme de la cosa vendida, y así está declarado por el Tribunal Supremo. (Sentencia de 18 de Abril de 1873.)

(2) Ley 32, tít. V, Part. V. Claro es que la citacion sólo procede y es necesaria, cuando es un tercero el que inquieta, perturba ó demanda la cosa adquirida; pero no cuando practica estos actos, ó la reclama el mismo que la vendió ó enajenó. (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de Diciembre de 1873 y 5 de Noviembre de 1874.)

Si una finca se vende como libre de toda carga, gravámen ó servidumbre, y despues resulta alguna, el vendedor debe responder de la eviccion y saneamiento al comprador. (Sentencia de 4 de Mayo de 1865.) Esta sentencia no parece muy conforme con la de 25 de Junio de 1859, segun la cual,

dueño de ella podrá reclamarla del comprador; pero si éste hiciere saber al vendedor que la venga á defender en juicio y á responder sobre ella al que se la demanda, y el vendedor se presentare y *entrare en juicio* con el demandante, *bien así como si él tuviere* la cosa, el demandante deberá dirigirse contra él y dejar en paz al comprador; mas si el vendedor no quisiere presentarse en juicio, entónces el dueño de la cosa podrá demandarla al comprador, á quien siempre quedará á salvo su derecho de entablar la accion de eviccion y saneamiento (1). Y debemos advertir, que aunque el vendedor de la cosa tiene la obligacion de devolver al comprador el precio que éste satisfizo, con más los daños y menoscabos, las mejoras necesarias y útiles que el último haya hecho en ella, le deberán ser abonadas por el verdadero señor, que es quien viene á percibir todo el beneficio que de ellas ha resultado (2).

183. Vendido por el heredero de uno, todo el derecho que tiene en la herencia, sólo habrá lugar á la eviccion si es ven-

en los casos en que en la venta de un edificio se encubre que éste debe servidumbre ó es tributario, no puede ménos de aplicarse la ley 63, tít. V, Partida V. Las opiniones de los autores que sostienen la eficacia de la citacion de eviccion con tal que se haga ántes de la conclusion ó de la sentencia del pleito, y aún en la segunda instancia, siempre que haya términos hábiles para la prueba, además de estar en oposicion con el texto terminante de la ley, no constituyen la verdadera doctrina legal admitida por la jurisprudencia de los tribunales para fundar con ellas un motivo de casacion. (Sentencia de 12 de Junio de 1863.) Y el comprador de una cosa pierde su derecho al saneamiento de ella por parte del vendedor, si no hizo á éste la expresada notificacion ántes de la publicacion de probanzas, bien se siga el pleito en presencia de los litigantes, bien se sustancie y termine en rebeldía de alguno de ellos; pero le conserva haciéndolo dentro de aquel término. (Sentencias de 17 de Marzo de 1865 y 15 de Diciembre de 1873.)

(1) Ley 33 del mismo título y Partida.

(2) Leyes 41 y 44, tít. XXVIII, Part. III, y sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 24 de Enero de 1860.

Por otras sentencias del mismo Supremo Tribunal está declarado que, ya sea el poseedor de la cosa litigiosa, demandante ó demandado, siempre es eficaz su derecho para que el vendedor le eviccion y sanee la cosa vendida sobre la cual se le mueve pleito. (1.º de Febrero de 1871; en este mismo sentido se dictó otra en 19 de Octubre de 1877.)

cido el comprador en todas ellas ó en su mayor parte, y no en cosas determinadas. Lo mismo sucederá si alguno compra todas las rentas de una heredad, pues para que le corresponda la evicción, es preciso que sea vencido en juicio por todas ellas ó por la mayor parte, y no por cosa señalada. Mas si la venta es de una nave, de un rebaño ó de una casa, no habrá precision de que el comprador sea vencido en toda ella para que le corresponda este derecho (1).

184. Hay algunos casos en que cesa la evicción: la ley enumera los siguientes (2):

1.º Cuando el comprador no hace la denuncia ántes de la publicacion de probanzas.

2.º Poniendo el pleito sin conocimiento y mandato del vendedor en manos de árbitros, si fallaren contra él.

3.º Si por su culpa pierde la posesion de la cosa.

4.º Cuando no quiere comparecer en juicio, y la pierde por su rebeldía (3).

5.º Si habiéndola adquirido ya por prescripcion, dejare de presentar esta excepcion.

6.º Si no apela de la sentencia dada, no estando presente el vendedor.

7.º Cuando el juez á sabiendas diere sentencia injusta contra el comprador, pues entónces aquél es quien debe sanearla. Gregorio Lopez y Covarrubias sostienen que lo mismo sucederá si el juez hubiera dictado la sentencia por impericia ó ignorancia.

8.º Cuando uno hubiese ganado ó comprado alguna cosa en el juego, y despues la perdiere en juicio; debiendo esto enten-

(1) Leyes 34 y 35, tít. V, Part. V.

(2) Leyes 32 y 36 del mismo título y Partida.

Aragon.—La denuncia debe hacerse en Aragon á los veinte dias. (Fuero ún., *De reivindicat.*, lib. III.)

(3) En efecto; la ley 36 impone al comprador la obligacion de defender en juicio la cosa comprada, si el vendedor, oportunamente citado de evicción, no se presentare á verificarlo. Mas el vendedor queda responsable á indemnizar al comprador, si éste fuere vencido en juicio, no solamente del precio de la cosa, en proporcion á la parte de que sea privado por sentencia, sino tambien de todos los daños y perjuicios que por tal motivo se le hubieren irrogado. (Sentencia de 10 de Junio de 1865.)

derse de juego prohibido, y de comprador que fuese, no extraño, sino otro de los jugadores (1).

9.º Si el comprador sabia que la cosa que se vendia no era del vendedor; pero si éste se hubiera obligado á devolver el precio en caso de que el dueño la reclamara del comprador, tendrá que cumplir su obligacion (2).

10.º Por último, siendo la evicción una circunstancia natural y no esencial del contrato, cesa tambien cuando se ha renunciado por el comprador.

185. La evicción no es peculiar á este contrato, incluso el mercantil (3), sino comun á los demás contratos y actos onerosos: lo es, por consiguiente, á la permuta (4); á la dacion en pago de deuda; á las transacciones, cuando aquel á quien se dió una cosa para que transigiera la pierde en juicio, siempre que no sea de las litigiosas ó comprendidas en la transaccion; á los arrendamientos; á las divisiones de las herencias hechas por el juez, y con más razon si lo están por los interesados, pero no á las ordenadas por el testador (5) á no ser que dañe á los herederos forzosos en la legítima, ó haya expresado que se observe igualdad entre los sucesores; á los demás juicios divisorios; á las dotes necesarias, á las estimadas y á las que dimanen de una promesa obligatoria; y finalmente, á las mandas, cuando siendo de género, se le quitó judicialmente al legatario lo que se le habia legado. Las leyes hacen expresion de algunos de estos casos; de los demás, los intérpretes, siguiendo los principios del derecho romano (6).

(1) Ley 36, tít. V, Part. V, y Gregorio Lopez en las glosas 9.ª y 11.ª. Aunque lo ganado ó comprado sea en juego lícito, sólo tendrá lugar la evicción, en concepto nuestro, por el valor de la suma que es permitido jugar, y no por lo que de ella exceda.

Aragon.—En Aragon está expresamente declarado (Fuero ún., *De empt.*, lib. IV) que no tiene lugar la evicción, cuando no se han expresado las confrontaciones de la casa ó heredad, y el pueblo en que se halla, lo que no se extiende á los molinos, hornos, castillos y baños indivisos.

(2) Ley 19, tít. V, Part. V.

(3) Artículo 380 del Código de Comercio.

(4) Ley 4.ª, tít. VI, Part. V.

(5) Ley 9.ª, tít. XV, Part. VI.

(6) «Aunque las disposiciones de esta ley (la 32, tít. V, Part. V) se refieren al contrato de compra y venta, la evicción no se limita á ella, sino

186. *Acciones redhibitoria y estimatoria.*—Hemos dicho que el vendedor debe responder de los vicios, defectos y cargas de la cosa, y esto es lo que da lugar á las acciones *redhibitoria y estimatoria*; nombres que no les dan nuestras leyes, sino que se han tomado del derecho romano, y con los que son generalmente conocidas. La primera tiene por objeto la rescision de la venta, y se da al comprador á quien no se manifiesta el vicio ó defectos ocultos, cargas ó gravámenes que tenia la cosa vendida, contra el vendedor que los ocultó á sabiendas, para que éste vuelva á admitirla, restituya el precio recibido, é indemnice al comprador de todos los daños y menoscabos que haya experimentado. Por lo visto, no tiene lugar cuando los defectos han sido posteriores al contrato, ni tampoco si no ha intervenido dolo de parte del vendedor (1), si bien en este último caso corresponderá la accion

que se extiende á todos los contratos onerosos; á los cuales, segun doctrina inconcusa, va unida la obligacion de sanear, como una condicion esencial (natural se habrá querido decir).» (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de Febrero de 1863 y de 24 de Junio de 1875.) Tambien se halla establecido «que para que tenga lugar la eviccion y saneamiento, tanto en la compra y venta como en los demás contratos en que procede, es necesario que se ejercite directamente la accion contra la persona que se obligó ó sus herederos, ó contra aquellos de quienes traen causa los demandantes.» (Sentencia de 12 de Junio de 1863.) Y la obligacion de sanear es de las que se transmiten á los herederos del que la contrae, y no está exceptuada de ella la Hacienda pública. (Sentencias de 24 de Febrero y 28 de Marzo de 1877.)

(1) Leyes 63, 64 y 65, tít. V, Part. V. La ley 64, que habla de la venta de un siervo, y la 65 de la de bestias, exigen que el vendedor conozca la tacha ó enfermedad del siervo ó de la bestia, para que proceda la accion *redhibitoria*. Gregorio Lopez, en su glosa 4.^a á esta última, dice que seria lo mismo si lo ignorara, fundando su opinion en leyes romanas. En uno de los casos comprendidos en la ley 63, parece que tambien tendrá lugar esta accion aunque el vendedor haya ignorado el vicio de la cosa, si bien no tendria más obligacion que la de devolver el precio recibido, y no la de resarcir los daños causados; resarcimiento á que estaria obligado si sabiendo el vicio de la cosa, le hubiera ocultado al celebrar la venta. El Tribunal Supremo entiende la ley 65 del mismo modo que Gregorio Lopez. (Sentencia de 28 de Marzo de 1863.)

Por otras del mismo tribunal, de 25 de Junio de 1859 y 24 de Junio de 1870, se aplicó la ley 63 en su primera parte, es decir, en cuanto pre-

quanti minoris. El término para hacer esta reclamacion, ó sea para pedir la rescision de la venta por medio de la accion *redhibitoria*, es el de seis meses, pasados los cuales se extinguirá este derecho. Pero no cesará el de reclamar del vendedor la restitucion de aquella parte de precio que valia ménos la cosa vendida, á consecuencia del defecto ó gravámen que ignoraba el comprador al celebrarse el contrato. A esta accion se le da el nombre de *estimatoria* y tambien de *quanti minoris*, y procede, tanto en los casos en que el vendedor supiera el vicio de la cosa y le ocultase por dolo, como en el de que no tuviera ninguna noticia de él. El plazo que se concede para entablar esta accion es el de un año.

187. Debemos advertir, sin embargo, que la limitacion puesta con el señalamiento de estos plazos al ejercicio de ambas acciones, no se halla establecida expresamente en la ley, sino para ciertas ventas; los intérpretes, cuya opinion es la que enunciamos aquí, son los que la han considerado como regla general (1).

188. Los términos de una y otra accion deben contarse desde la venta, si desde entónces el comprador tuvo noticia del defecto; pero si lo ignoraba, no correrán más que desde el dia en que

viene que el comprador pueda deshacer la venta de la casa ó torre, cuando se debe servidumbre ó es tributaria, quedando el vendedor obligado á devolver el precio, con los daños y perjuicios.

(1) La ley 63, que se refiere á la venta de edificios y de campos, no reconoce la accion *quanti minoris*, puesto que sin limitacion de tiempo concede al comprador la facultad de deshacer la venta, cuando la cosa vendida tiene las cargas ó los defectos que en ella se expresan. La 64, que trata de la venta de siervos, dispone que el contrato pueda rescindir si el vendedor conocia la tacha del siervo vendido; pero que ha de permanecer subsistente si estaba ignorante de ella, quedando, sin embargo, obligado á devolver al comprador, tanto cuanto ménos valia el siervo por razon del defecto ó vicio que tuviese. Por último, la ley 65, que habla de la venta de animales, es la única de las tres que fija los términos de seis y doce meses respectivamente para deshacer la venta, ó para reclamar la devolucion de tanta parte del precio, cuanta valia ménos la cosa vendida. Gregorio Lopez, en su glosa 4.^a á la ley 63, es de opinion que en los casos comprendidos en ésta, tiene el comprador la eleccion de pedir la rescision del contrato, ó que subsistiendo ésta, se le devuelva el exceso de precio que pagó sobre lo que valia verdaderamente la heredad que fué objeto de la venta; pero tampoco le limita el tiempo en que ha de hacer uso de una ó de otra accion, ántes bien se desprende lo contrario de la glosa 10 á la 65.

llegó á su conocimiento (1). En caso de que intervenga mala fe, deberán resarcirse además los daños y menoscabos que se ocasionen, segun ya dejamos dicho (2).

189. Cesan estas acciones: si el vicio estaba á la vista, puesto que competen para precaver que sean engañados los compradores, y en este caso por sí mismos se engañan; si se manifestó el que existia; si convinieron los otorgantes en que por tachas que tuviese la cosa vendida no pudiera ser desechada, á no ser que diciendo el vendedor que las tenia, encubriese engañosamente la verdadera (3).

190. Finalmente, si el comprador empeñó la cosa y se deshizo despues la venta, el que la tiene debe volverla al vendedor, quedándole facultad para pedir á aquél lo que le dió (4).

§ II.

Obligaciones del comprador.

191. Pasamos ahora á los deberes del comprador. El principal de éstos es pagar el precio, sin cuyo requisito ó la satisfaccion del vendedor, aunque éste sea señor de la cosa, no le transferirá su dominio, como hemos manifestado al hablar de la tradicion.

192. Si la venta se hubiere celebrado con el pacto de la ley comisoría, de que luego hablaremos, y pasado el término prescrito, el vendedor recibiere el precio, será subsistente la obligacion, porque entónces la aceptacion del vendedor, haciendo presumir su indulgencia, mitiga el rigor del contrato.

(1) Ley 65, tít. V, Part. V. Esta es la opinion de Gregorio Lopez, con la cual estamos conformes, y creemos, como él, que se halla fundada en las palabras de la citada ley de Partida: «Luego que el comprador la entendiere.»

(2) Ley 63, tít. V.

(3) Ley 66, tít. V, Part. V. La doctrina de las leyes 64, 65 y 66, citadas en estas notas, no es aplicable al abono y valuacion de desperfectos ocurridos en el tiempo que media entre la tasacion de la cosa vendida y la posesion de ella dada al comprador, segun se halla resuelto por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 14 de Abril de 1859.

(4) Ley 67.

193. Las reglas que se establecen en estos párrafos, si sólo se refieren á las circunstancias naturales á la compra y venta, pueden ser variadas por la voluntad de los contratantes, que como tantas veces hemos manifestado, es ley inviolable en los contratos, en cuanto no se opone al derecho.

SECCION IV.

DE LA RESOLUCION Y RESCISION DE LA VENTA.

194. Además de los modos de disolverse, comunes á este contrato con los otros, hay algunos peculiares suyos. Ya hemos hablado de la accion *redhibitoria* que pertenece á éstos, y ahora vamos á tratar de los otros con separacion.

195. *Pacto de la ley comisoría.*—En el contrato de compra y venta es permitido el pacto de la *ley comisoría*, por el cual *convienen los contratantes en que si el comprador no paga el precio de la cosa en el término que ellos señalan, se deshaga la venta.* En su virtud, el vendedor podrá solicitar su rescision, aunque reteniendo las arras que haya recibido, si al llegar el dia señalado no se ha satisfecho todo ó la mayor parte del precio. Mas si lo prefiere, tiene derecho de pedir todo el precio, dejando subsistente el contrato; pero elegido uno de estos dos medios, no podrá arrepentirse despues. Adoptado el primero, y habiendo percibido el comprador algunos frutos de la cosa vendida, deberá darlos al vendedor si éste devuelve la señal y abona los gastos de recoleccion, siendo tambien obligacion del comprador reintegrar los desperfectos de la cosa que por su culpa sobrevinieren (1). No debe confundirse este pacto con el llamado *comisorio*, de que hablaremos al tratar de la prenda.

196. *Pacto de adicion en dia.*—Puede tambien deshacerse la venta en virtud del pacto llamado de *adicion en dia, ó á dia.* Por éste, convienen los contratantes en que hasta cierto tiempo pueda venderse la cosa á otro que ofrezca más por ella. Si dentro del término señalado se presenta quien lo verifique, ó bien hace alguna otra mejora en la compra, debe el vendedor ponerlo en conoci-

(1) Ley 38, tít. V, Part. V.

miento del primer comprador. Si éste se ofrece á hacer otro tanto, será preferido, y de lo contrario, se deshará la primera venta, devolviendo el comprador la cosa con los frutos que recibió, deducidos ántes los gastos; mas si el que pujó lo hizo engañosamente por excitaciones y consejo del vendedor, no estará obligado el comprador á devolver la cosa (1). Consiguiente á esto, el comprador, aunque disfrutará la cosa, no podrá enajenarla hasta que pase el tiempo prescrito, despues del cual, sin necesidad de nueva tradicion, adquirirá el dominio de un modo definitivo.

197. Intervienen á veces en las ventas otros pactos ó promesas que han movido al vendedor á celebrar aquel contrato, de tal suerte, que sin su intervencion no le habria celebrado. En tales casos, si el comprador dejare de cumplir lo que prometió, la venta podrá rescindirse. Mas cuando los pactos no fueren causa determinante de la venta, sino establecidos como hechos incidentales de este contrato, la venta permanecerá subsistente, aunque aquéllos no sean cumplidos; pero el que faltó á su cumplimiento deberá resarcir al otro los daños y perjuicios que por su causa se le hubiesen originado (2).

198. El pacto en cuya virtud se obliga el comprador á no vender él ni sus herederos la cosa que compra á personas nominalmente señaladas, está declarado nulo por una ley de Partida (3).

199. *Rescisión por lesion.*—Siendo toda lesion una injusticia difícil de conciliar con los principios de equidad y de economía, que hacen depender el interés público de la justa proporcion entre las cosas y sus valores, debe subsanarse en todos los contratos onerosos en que intervenga, y consiguientemente en el que nos ocupa. De aquí dimana la accion para rescindirle por causa de lesion, ó lo que es lo mismo, por la diferencia del precio verdadero al convencional de las cosas. Pero para evitar que

(1) Ley 40 del mismo título y Partida.

(2) Ley 58, tit. V, Part. V. «Al declarar esta ley que puede deshacerse la venta cuando el comprador no cumple el pacto ó convenio establecido sobre ella, supone que de este pacto dependé la subsistencia del contrato. (Sentencia de 8 de Enero de 1874.)

(3) Ley 43. Las palabras á *omes ciertos*, señalados por sus nombres, faltan en la edicion de la Academia.

haya tantos litigios como adquisiciones, lo que indudablemente sucederia si se permitiera rescindir el contrato por cualquiera desproporcion, han establecido las leyes que sólo tenga lugar siendo el engaño en más, por lo ménos, de la mitad del justo precio (1). Esta accion corresponde tanto al comprador como al vendedor. En su consecuencia, si el comprador alegare y probare que dió más de quince por lo que valia diez al tiempo de otorgarse el contrato, el vendedor á su eleccion deberá, ó devolverle el exceso, ó admitir otra vez la cosa vendida, restituyendo íntegramente el precio que por ella recibió. Por el contrario, si fuere el vendedor quien hiciere constar que vendió por ménos de cinco lo que valia diez, el comprador estará obligado á suplir el precio justo, ó á restituir al primero la cosa que le compró, recibiendo el dinero que le habia costado (2). La rescision por lesion tiene lugar, no sólo en el contrato de compra y venta, sino en otros onerosos, como veremos más adelante, y áun en caso de que se haya hecho la venta en almoneda; pero no si los bienes se vendieren *por apreciadores y públicamente, contra la voluntad del vendedor*, y siendo *compelidos y apremiados compradores*, añade

(1) Leyes 56, tit. V, Part. V, y 2.^a y 3.^a, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion.

Aquí no supone dolo la palabra *daño* que emplea la ley 2.^a, y es sólo equivalente á la de *perjuicio*.

Esta accion rescisoria supone válida la obligacion en su origen y formalidades legales; mas si por efecto de éstas fuese nula, procedería como principal la accion de nulidad, y haría innecesaria en este caso, y áun excluiría la rescisoria como subsidiaria. (Sentencia de 30 de Abril de 1872.)

Cataluña.—Tambien se halla declarado en la misma sentencia respecto á Cataluña, en cuanto á la accion de nulidad de la venta, que, áun dado caso de que ésta hubiese procedido por falta de solemnidades legales, quedaria válida y subsistente, habiéndose hecho las necesarias renunciaciones con juramento no relajado por la autoridad competente, segun lo dispuesto en las Decretales y el tit. XXX, lib. I de las Constituciones de Cataluña, y de conformidad con estas disposiciones, en sentencias del mismo Tribunal Supremo.

(2) Leyes 56, tit. V, Part. V, y 2.^a, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion. A los menores les corresponde esta accion, áun en las ventas judiciales, por via de restitucion, siempre que reclamen dentro del cuatrienio legal. (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Junio de 1863.)

la ley (1). Esta rescision, ó suplemento ó disminucion de precio en sus casos respectivos, se puede pedir en el término de cuatro años, contados desde la celebracion del contrato (2), con tal que la cosa que se vendió no haya perecido ni experimentado notable deterioro; advirtiéndose que se niega el derecho de hacer esta reclamacion á todos los peritos que ajustan obras, aunque sufran la lesion en los términos que hemos manifestado (3), porque á sí mismos deben imputar su ligereza. La ley de Partida autoriza su renuncia hecha con juramento por los mayores de catorce años: la facilidad con que en la redaccion de las escrituras se han solido expresar estas renunciaciones, viniendo á ser casi una fórmula, hace que con fundamento se dude de su validez, no siendo en casos muy marcados y especiales (4). Por la rescision, cada uno llevará lo que dió al otro, pero sin frutos, porque además de no

(1) Ley 2.^a, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion. Solian los jueces compeler á los mercaderes ó á otras personas á comprar los bienes de los delincuentes, ya para sus salarios, ya para otros gastos y condenaciones. La ley 7.^a, tit. XII, lib. X de la Novísima Recopilacion declaró nulas semejantes ventas. Sin embargo, aun despues de publicada esta ley en tiempo de Felipe III, se empleaba el medio de la adjudicacion forzosa de los bienes de los deudores para pago del fisco, si bien luego se determinó que no se usará de este privilegio sin expresa real aprobacion. Pueden verse las notas 1.^a á 5.^a del título citado. No tenemos necesidad de advertir que semejantes disposiciones han caducado, y que á nadie se puede obligar á comprar bienes de otro contra su voluntad. Bastará, pues, en el día para que no proceda la rescision de la venta por lesion, el que se haya verificado contra *la voluntad de su dueño, en pública subasta y prévia tasacion, caso exceptuado por la ley*, segun palabras literales de uno de los considerandos de una sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de Enero de 1865. La de 30 de Abril de 1874 se referirá sólo á las ventas judiciales de bienes de menores, en las cuales considera posible la rescision siempre que conste el daño, y viene á ser la corroboracion de la de 12 de Junio de 1863, citada en la nota 2.^a de la página anterior. Así la entendemos, pues de otra suerte, habria entre dicha sentencia y la de 1865 una evidente contradiccion.

(2) Dicha ley 2.^a, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion, que fija este plazo, «sin que distinga cuando el perjuicio exceda en mucho ó en poco de la mitad prefijada en la misma ley.» (Sentencia de 26 de Abril de 1880.)

(3) Ley 4.^a, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(4) Ley 56, tit. V, Part. V; Gomez, 2, Var. cap. II, y Covarrubias, 2, Var. cap. IV. El Tribunal Supremo, al considerar de todo punto ineficaz la

hablar nada las leyes de ellos, el comprador, como poseedor de buena fe, puede retenerlos; á lo que se agrega, que tampoco incurre en tardanza hasta que se entable la demanda. Esto tambien evita el inconveniente de que perciba los frutos el que tiene el precio de la cosa (1).

200. Por último, debemos advertir una cosa importante, á saber: que no se anulará ni rescindiré la venta por causa de lesion enorme ó enormísima, en perjuicio de tercero que haya inscripto su título en el registro de la propiedad; lo cual se hace extensivo en el mismo caso á las demás acciones rescisorias y resolutorias, á no ser que deban su origen á causas que consten explícitamente en el registro (2).

201. Del pacto de retroventa hablaremos al tratar de los retractos.

TÍTULO IV.

DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y DE RETRACTO.

§ I.

Derechos de tanteo y de retracto en general.

202. Despues de haber hablado del contrato de compra y venta, el órden exige que tratemos de los derechos de tanteo y de retracto, que son limitaciones puestas por la ley á la libre facultad que para enajenar y adquirir por aquel medio á los hombres corresponde.

203. Los intérpretes, y aun las leyes, usan indiferentemente

renuncia hecha sin el juramento exigido por la ley, viene á reconocer su validez cuando el juramento interviene. (Sentencia de 12 de Febrero de 1875.)

(1) *Aragon*.—La rescision de la venta por lesion enorme no tiene lugar en Aragón, ya porque en este antiguo reino no procede la restitucion *in integrum*, segun en su lugar expusimos, ya porque *tantum valet res quantum vendi potest*, segun dice Molino en su *Repertorio*.

Cataluña.—En Cataluña dura treinta años esta accion.

Navarra.—En Navarra se prescribe por diez años, término que empieza á correr desde el día en que se sufrió el engaño. (Ley 1.^a, tit. XXXVII, libro II de la Novísima Recopilacion de Navarra.)

(2) Artículos 36, 37 y 38 de la LEY HIPOTECARIA.

la ley (1). Esta rescision, ó suplemento ó disminucion de precio en sus casos respectivos, se puede pedir en el término de cuatro años, contados desde la celebracion del contrato (2), con tal que la cosa que se vendió no haya perecido ni experimentado notable deterioro; advirtiéndose que se niega el derecho de hacer esta reclamacion á todos los peritos que ajustan obras, aunque sufran la lesion en los términos que hemos manifestado (3), porque á sí mismos deben imputar su ligereza. La ley de Partida autoriza su renuncia hecha con juramento por los mayores de catorce años: la facilidad con que en la redaccion de las escrituras se han solido expresar estas renunciaciones, viniendo á ser casi una fórmula, hace que con fundamento se dude de su validez, no siendo en casos muy marcados y especiales (4). Por la rescision, cada uno llevará lo que dió al otro, pero sin frutos, porque además de no

(1) Ley 2.^a, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion. Solian los jueces compeler á los mercaderes ó á otras personas á comprar los bienes de los delincuentes, ya para sus salarios, ya para otros gastos y condenaciones. La ley 7.^a, tit. XII, lib. X de la Novísima Recopilacion declaró nulas semejantes ventas. Sin embargo, aun despues de publicada esta ley en tiempo de Felipe III, se empleaba el medio de la adjudicacion forzosa de los bienes de los deudores para pago del fisco, si bien luego se determinó que no se usará de este privilegio sin expresa real aprobacion. Pueden verse las notas 1.^a á 5.^a del título citado. No tenemos necesidad de advertir que semejantes disposiciones han caducado, y que á nadie se puede obligar á comprar bienes de otro contra su voluntad. Bastará, pues, en el día para que no proceda la rescision de la venta por lesion, el que se haya verificado contra *la voluntad de su dueño, en pública subasta y prénia tasacion, caso exceptuado por la ley*, segun palabras literales de uno de los considerandos de una sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de Enero de 1865. La de 30 de Abril de 1874 se referirá sólo á las ventas judiciales de bienes de menores, en las cuales considera posible la rescision siempre que conste el daño, y viene á ser la corroboracion de la de 12 de Junio de 1863, citada en la nota 2.^a de la página anterior. Así la entendemos, pues de otra suerte, habria entre dicha sentencia y la de 1865 una evidente contradiccion.

(2) Dicha ley 2.^a, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion, que fija este plazo, «sin que distinga cuando el perjuicio exceda en mucho ó en poco de la mitad prefijada en la misma ley.» (Sentencia de 26 de Abril de 1880.)

(3) Ley 4.^a, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(4) Ley 56, tit. V, Part. V; Gomez, 2, Var. cap. II, y Covarrubias, 2, Var. cap. IV. El Tribunal Supremo, al considerar de todo punto ineficaz la

hablar nada las leyes de ellos, el comprador, como poseedor de buena fe, puede retenerlos; á lo que se agrega, que tampoco incurre en tardanza hasta que se entable la demanda. Esto tambien evita el inconveniente de que perciba los frutos el que tiene el precio de la cosa (1).

200. Por último, debemos advertir una cosa importante, á saber: que no se anulará ni rescindiré la venta por causa de lesion enorme ó enormísima, en perjuicio de tercero que haya inscripto su título en el registro de la propiedad; lo cual se hace extensivo en el mismo caso á las demás acciones rescisorias y resolutorias, á no ser que deban su origen á causas que consten explícitamente en el registro (2).

201. Del pacto de retroventa hablaremos al tratar de los retractos.

TÍTULO IV.

DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y DE RETRACTO.

§ I.

Derechos de tanteo y de retracto en general.

202. Despues de haber hablado del contrato de compra y venta, el orden exige que tratemos de los derechos de tanteo y de retracto, que son limitaciones puestas por la ley á la libre facultad que para enajenar y adquirir por aquel medio á los hombres corresponde.

203. Los intérpretes, y aun las leyes, usan indiferentemente

renuncia hecha sin el juramento exigido por la ley, viene á reconocer su validez cuando el juramento interviene. (Sentencia de 12 de Febrero de 1875.)

(1) *Aragon*.—La rescision de la venta por lesion enorme no tiene lugar en Aragón, ya porque en este antiguo reino no procede la restitucion *in integrum*, segun en su lugar expusimos, ya porque *tantum valet res quantum vendi potest*, segun dice Molino en su *Repertorio*.

Cataluña.—En Cataluña dura treinta años esta accion.

Navarra.—En Navarra se prescribe por diez años, término que empieza á correr desde el día en que se sufrió el engaño. (Ley 1.^a, tit. XXXVII, libro II de la Novísima Recopilacion de Navarra.)

(2) Artículos 36, 37 y 38 de la LEY HIPOTECARIA.

con alguna frecuencia de las palabras *tanteo* y *retracto*, sin embargo de ser cosas distintas y de diferente significacion en el sentido juridico. En efecto; el *derecho de tanteo* consiste en la *prelacion que uno tiene de comprar la cosa por el tanto, al tiempo de verificarse la venta, pero antes de la consumacion del contrato*. Conocido entre los romanos en algun tiempo, y abolido despues como opuesto al dominio, fué una institucion general en nuestra legislacion antigua con respecto á los parientes de los vendedores, observada hasta la publicacion de las Partidas (1).

204. Por *retracto* (2) entendemos, *la facultad que á algunos compete de adquirir para si la cosa comprada por otro al mismo precio, rescindiendo el contrato celebrado y subrogándose en lugar del comprador*. Desconocido este derecho entre los romanos (3), fué comun en la legislacion antigua y en los usos de nuestra patria. Esta facultad se concede hoy á los parientes, á los condueños, á los señores directos y superficiarios, y á los que la han pactado, extinguidos ya por la ley ó por el uso los privilegios que en supuesto beneficio de la abundancia y de los progresos de la industria, por erróneos principios se concedieron (4).

(1) Fueros de Cuenca, Baeza, Zamora, Alcalá, Cáceres y otros municipales, y leyes 2.^a y 3.^a, tít. I, lib. IV del Fuero Viejo.

(2) *Aragon*.—Dáse tambien en Aragon al retracto el nombre de *derecho de la Saca*, y bajo él parece comprendido igualmente el tanteo, aunque se le distingue claramente del retracto, como observaremos despues.

(3) Sabemos que esta opinion no está conforme con la de algunos intérpretes que han confundido el tanteo con el retracto. Los romanos, al paso que establecieron el primero, nada nos hablan del segundo. Derecho de tanteo y no retracto era el que concedieron en algun tiempo á los condueños, y despues á los parientes y á los acreedores de aquel cuyos bienes se vendian judicialmente. La necesidad en que estuvieron constituidos los vecinos de las metropolitas de no vender las tierras que se les habian designado sino á sus convecinos, no era un derecho de retracto, sino una prohibicion de enajenar, á no ser á personas determinadas. En nuestro derecho foral encontramos disposiciones parecidas, dictadas en parte por la mira política de sostener la lucha contra los sarracenos. En el sistema feudal francés se hallaba tambien establecido el retracto *gentilicio*, *retrait lignager*, en favor de los parientes del vendedor de un feudo.

(4) Leyes 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 21, tít. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion. Reales decretos de 20 de Enero de 1834, y decreto de las Cortes de 8 de Junio de 1813, restablecido por el de 6 de Setiembre de 1836.

205. Resulta, pues, de esta diferencia entre el tanteo y retracto, que son tambien diferentes sus efectos. Así es que en el primero se adquiere la cosa del primer vendedor; en el segundo se repite contra el comprador. Por eso puede decirse con exactitud, que en el tanteo interviene una sola venta, y en el retracto se celebran dos, y dejando sin efecto la primera, el retrayente se subroga al primer comprador (1). De aquí resulta tambien, que á éste se le ha de considerar como persona enteramente extraña al contrato, desde el momento en que tiene lugar la cesion que hace á consecuencia de la demanda de retracto, sin que se le pueda exigir responsabilidad alguna, á no ser por los actos que consumó mientras fué poseedor de los bienes (2).

206. Así, pues, la significacion de las palabras, la autoridad de la ley, las disposiciones de que nos haremos cargo en el párrafo siguiente y la opinion de varios distinguidos escritores, son argumentos tan fuertes en favor de la distincion que existe entre el tanteo y el retracto, que no se comprende cómo hay jurisprudencias que la hayan desconocido.

§ II.

Derecho de tanteo.

207. Al derecho de tanteo, extendido no há mucho con profusion en nuestras leyes (3), le podemos hoy considerar reducido á

(1) Llamas y Molina y otros autores modernos han reconocido tambien la diferencia esencial entre el tanteo y el retracto, que, por otra parte, se halla explícitamente consignada en la Novísima Recopilacion. *De los retractos y derecho de tanteo*, es el epígrafe que lleva el tít. XIII, lib. X, del expresado cuerpo legal.

La ley 1.^a, tít. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, transcrita, aunque con algunas variantes, de la 13, tít. X, lib. III del Fuero Real, en el hecho de distinguir el caso en que el pariente concurre ántes de verificarse la venta, del en que se presenta despues de vendida la heredad, viene á reconocer igualmente la diferencia entre el tanteo y el retracto *gentilicio*.

(2) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 30 de Noviembre de 1858.

(3) Los oficios públicos, jurisdicciones, señoríos y vasallajes enajenados de la Corona en diversas épocas, y especialmente en los turbulentos reina-

un círculo más estrecho. Las leyes de Partida le establecieron en favor de los socios en la cosa que poseen sin division (1), y de los que tienen algunos bienes dados á censo enfiteútico, en los términos que ya hemos expuesto y en los que más adelante expon-dremos (2).

dos de D. Juan II y de D. Enrique IV, dieron lugar á que fueran más fre-cuentes los tanteos, segun lo pactado por varias condiciones de millo-nes. (En el tit. VII, lib. VII de la Novísima Recopilacion, se trata de la reduccion de los oficios acrecentados y derechos de los pueblos para tantear-los.) Errores en administracion y economía que suponian que la abundan-cia de comestibles y la prosperidad de las fábricas dependian de privilegios desterrados hoy por la legislacion, por la práctica y por la ciencia (reales decretos de 20 de Enero de 1834, y el de las Cortes de 8 de Junio ya cita-do), privilegios de que nos dan repetidas muestras las leyes recopiladas (tí-tulo XIII del lib. X), hacian más complicado nuestro derecho en este punto.

(1) Ley 55, tit. V, Part. V.

(2) *Aragon*.—En Aragon se hallan tambien establecidos y perfectamen-te deslindados los derechos de tanteo y de retracto. En su consecuencia, el dueño de una cosa de patrimonio ó de abolengo tiene obligacion de ofre-cerla á sus hermanos ó parientes ántes de proceder á su venta, y sólo cuan-do éstos no la quieran, puede venderla libremente. Si la vende sin haber cumplido aquel requisito, el pariente puede retraerla, entregando al com-prador el precio que satisfizo. (Fuero IV y V, *De comun div.*) Segun el fue-ro, parece que este derecho compete únicamente á los parientes transver-sales. Diversos comentadores, apoyándose en el espíritu de la ley, se le conceden, con razon á nuestro parecer, á los descendientes. El comprador de la finca sujeta al derecho de la *saca* no puede enajenarla hasta que espire el plazo concedido á los parientes para retraerla. Si no lo hiciere así, el pariente podrá dirigir su accion contra él. (Obs. 8, *De consort. ejusd. rei.*)

Navarra.—En Navarra existe el derecho de tanteo, establecido á favor de los parientes. El cap. XIV, tit. XI, lib. III del Fuero, determina que el hidalgo que quiera vender una heredad, la ha de pregonar tres domingos á campana tocada, llamando á los parientes que la quieran comprar, los cua-les son preferidos por el tanto á los extraños. El cap. XV, tit. XII, lib. III del Fuero ordena que los hermanos ó hermanas que hubiesen partido entre sí bienes de *abolengo* ó de *patrimonio*, si tratan de vender la parte de here-dad que les ha cabido, tengan obligacion de requerir á sus hermanos, quie-nes han de ser preferidos á los demás, y establece un retracto subsidiario dentro de año y de dia, sólo en caso de que no se haya hecho el requeri-miento. Ambos capítulos han sido citados por el Tribunal Supremo en apo-yo de una sentencia en recurso de casacion, pronunciada en 24 de Diciem-bre de 1872.

§ III.

Retracto gentilicio (1).

208. El retracto gentilicio, esto es, el que se concede á los pa-rientes, es el primero en que debemos ocuparnos. Llámase tam-bien *de abolengo y de sangre*. Introducido con el objeto de con-servar en cada familia sus bienes patrimoniales (2) y de evitar así la acumulacion de las riquezas, puede considerarse como

(1) *Cataluña*.—En Cataluña no existe el retracto gentilicio.

Viscaya.—El dueño de bienes raíces que quiera venderlos, debe llamar ántes en la iglesia donde están sitios, por tres domingos consecutivos, al tiempo de la misa mayor y á la hora de la procesion ú ofrenda, y ante escri-bano público, á sus parientes, por si alguno quisiere comprarlos, y si al-gunos comparecieren y usaren del derecho que les da la ley, pueden hacerlo en la forma que en la misma se determina (ley 1.ª, tit. XVII); mas si deja-ren pasar el plazo, pierden el derecho que tenían. Cuando la venta se veri-fica sin hacer aquellos llamamientos, los hijos ó parientes más propíncuos pueden retraer (*sacar*) los bienes vendidos, con tal que usen de este derecho en el término de un año y un dia, plazo improrogable, á no ser que jure el pariente que no supo la venta, pues en este caso puede ser admitida su de-manda dentro del término de tres años, contados desde el dia en que se realizó la enajenacion. (Ley 6.ª del mismo título.)

Pero en nuestro concepto, este término ha quedado notablemente redu-cido desde la publicacion de la *Ley de Enjuiciamiento civil*, vigente en to-das las provincias del reino, como más adelante veremos.

Tambien debemos advertir que el Tribunal Supremo ha dado otro sen-tido á la ley, al declarar que la accion de retracto gentilicio, atendidas sus condiciones especiales, no puede tener lugar, segun las leyes del Fuero, sino que es propio y peculiar de las de Castilla. (Sentencia de 2 de Marzo de 1861.)

(2) Semejante es la razon que movió á nuestros legisladores para esta-blecer el retracto gentilicio, á la que tuvieron los romanos en el derecho de agnacion, y los hebreos en la institucion del año de jubileo. Estos últimos conocieron tambien un verdadero retracto gentilicio, como puede verse en el Levítico, cap. XXV, vers. 25: *Si attenuatus frater tuus vendiderit posses-sionem suam, et voluerit propinquus ejus, potest redimere quod ille ven-diderat.*

una derivacion del sistema de troncalidad, de que nos ofrece vestigios nuestro derecho antiguo (1).

209. Podemos definir el *retracto gentilicio*, derecho que compete á los más próximos parientes del vendedor dentro del cuarto grado, para redimir en el término señalado por las leyes los bienes inmuebles de su patrimonio ó abolengo, ofreciendo al comprador el precio que satisfizo (2). En él debemos examinar las personas á quienes y contra quienes compete; los bienes que son su objeto; el tiempo en que se permite, y las formalidades con que se intenta.

210. *Personas á quienes compete.*—La facultad de retraer se concede á los parientes dentro del cuarto grado del que vendió á un extraño posesiones de sus padres ó abuelos, con tal que desciendan de aquel de quien viene la cosa vendida (3), aunque sean naturales (4), pero no si son ilegítimos de otra clase. En todo caso, los parientes legítimos deberán ser preferidos á los naturales. No disminuye el derecho de los hijos el haber sido desheredados, ó el haber renunciado la herencia paterna.

211. No pudiendo ó no queriendo usar de esta prerogativa el

(1) Ley 4.^a, tit. I, lib. IV del Fuero Viejo de Castilla; y ley 13, tit. X, libro III del Fuero Real. Algunos fueros limitaban el retracto al caso en que la venta se hiciera furtivamente. (Fueros de Zamora, de Salamanca y otros.)

(2) El Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de Junio de 1877, declaró que á los vendedores, dueños *pro indiviso* de una finca retraida, que vendieron cada uno el todo y las partes respectivas de la misma finca, no les correspondía el derecho de retracto.

(3) Leyes 1.^a y 7.^a, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(4) No encontramos ley que expresamente admita al retracto ni excluya de él á los parientes naturales; el lugar que las leyes les dan en la sucesion, nos decide por la opinion que exponemos. No hay necesidad de advertir que esta doctrina debe entenderse de los hijos naturales reconocidos por el padre. En sentencia de 13 de Julio de 1876, se declaró que habia lugar al recurso de casacion interpuesto por una hija natural, á quien se habia negado por la Audiencia del territorio el derecho de retraer unos bienes vendidos por su madre.

Navarra.—Todos los parientes consanguíneos del vendedor dentro del cuarto grado civil tienen en Navarra el derecho de retraer los bienes de sus abuelos, y sólo los hijos y los nietos los adquiridos por el vendedor. (Ley 2.^a, título III, lib. III de la Novísima Recopilacion de Navarra.)

pariente más inmediato, pasa á los siguientes por su orden y proximidad (1). Esta debe considerarse con respecto al vendedor (2), sin que su doble vínculo (3) dé prelación á los que están en igual grado.

212. Si dos parientes constituidos en igual grado concurren al retracto, ambos serán admitidos, dividiendo entre sí la cosa (4). Si no admitiere particion cómoda, habrá, en nuestro sentir, lugar á la licitacion, llevándola quien más ofrezca por ella (5). En caso de que habiendo ya retraido uno, otros concurren en el término legítimo, sacarán éstos la parte que respectivamente les toca, por quedar sujeta la venta al retracto hasta cumplirse el término legal.

213. Este derecho, como personalísimo, desecha toda representacion (6), por cuya causa es intrasmisible al que por sí mismo no le tenga. De aquí se infiere que no puede pasar al heredero del pariente que falleció dentro del término en que podia retraer, á

(1) Ley 7.^a, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, que corrige la 13, tit. X, lib. III del Fuero Real, que es la citada ley 1.^a del tit. XIII, segun la cual, no queriendo retraer la cosa el pariente más inmediato, no la podia demandar el siguiente.

Aragon.—Esto opinan tambien los intérpretes del derecho aragonés.

(2) Ley 2.^a

(3) No nos parece de ninguna fuerza la razon en que se fundan los que dan prelación al doble vínculo de parentesco, entre ellos Hermosilla, y Matienzo. No es exacto siempre, como suponen, que el derecho de retraer se arregle por el de las sucesiones intestadas. La razon inductiva del retracto concurre tan de lleno respecto á las cosas de patrimonio ó abolengo, en el que sólo es medio hermano del vendedor, como en el que lo es por ambas líneas. Debemos reconocer, sin embargo, que de las siguientes palabras de la ley 13, tit. X, lib. III del Fuero Real, *y si dos ó más la quisieren que son en igual grado de parentesco, háyala el más propíncuo*, podia deducirse que el doble vínculo daba prelación. Pero aunque así sea, esta ley se halla modificada por la 1.^a, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, cuando dice: *y si dos ó más la quisieren, si son en igual grado de parentesco, pártanla entre sí; y si no fueren en igual grado, háyala el más propíncuo.*

(4) Ley 1.^a, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(5) Así opinan tambien Acevedo y Sala.

(6) Acevedo, Hermsilla, y Sala, sostienen que el derecho de representacion tiene lugar en el retracto gentilicio, porque éste se arregla á las

no haber éste ya contestado á la demanda (1), y practicado cuanto previenen las leyes; ni se trasmitia tampoco al convento ó monasterio en representacion del que profesaba.

214. La computacion de los grados, en nuestro dictámen, debe ser civil, pues la canónica sólo se sigue en las causas matrimoniales y no en asuntos meramente civiles, como los retractos, que siendo además odiosos deben restringirse; sin embargo, el contexto literal de la ley (2) no deja de suscitar alguna duda.

215. *Personas contra quienes compete.*—La facultad de retraer compete solamente contra los extraños, y nunca, en nuestra opinion, contra parientes constituidos en igual ó más lejano grado, siempre que éstos se hallen dentro del cuarto y descendan de aquel de quien procede la cosa vendida (3). Los términos en que están redactadas las leyes que hablan de esta materia; el

sucesiones intestadas. Antes hemos manifestado que esto no es siempre exacto; pero en el presente caso sería opuesto al espíritu y á la letra de las leyes, que llaman preferentemente para retraer á los más próximos parientes. (Leyes 1.^a, 2.^a y 4.^a, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.)

(1) Conocemos que esta opinion puede ser impugnada, fundándose en el principio que asentamos en el texto, á saber: que el retracto, como derecho personalísimo, resiste la trasmision. No obstante, como la contestacion á la demanda produce un cuasi contrato en virtud del cual los litigantes no pueden ya, sino por mútuo consentimiento, abandonar el juicio, nos parece fuera de duda que la accion de retracto contestada es transmisible á los herederos, como lo son todas las demás. Agrégase á esto, que de otro modo resultaría que, el que obró con malicia, obligando al pariente que concurrió á retraer á seguir un pleito injusto, sacaría ventajas de su misma mala fe, lo que no es de creer entrara nunca en la intencion de los legisladores.

(2) Ley 7.^a, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion. Así opinan también Matienzo y Acevedo. Parladorio sigue la opinion contraria, á que se adhiere Sala. El argumento que en la apariencia tiene más fuerza á favor de la computacion canónica, se saca de las palabras con que está redactada la expresada ley 7.^a, pues parece que el número de parientes á que hace referencia excede del que puede haber dentro del cuarto grado civil; mas este argumento probará á lo sumo contra la redaccion material de la ley.

(3) Algunos autorizados jurisperitos llevan la opinion contraria á la que nosotros exponemos. Entre ellos se cuentan Gomez, Hermosilla, Matienzo, Gutierrez, el P. Molina, y en parte Acevedo, y Sala. A pesar del

ser el derecho de retracto restrictivo de la libertad natural de enajenar que corresponde á los dueños, por lo cual no debe extenderse á más casos que á los comprendidos en el tenor literal de las leyes que le autorizan; el faltar en el caso de que hablamos la causa inductiva de él, y el ejemplo puesto por la ley 2.^a, título XIII, libro X de la Novísima Recopilacion, que se refiere de un modo terminante á la venta hecha á los extraños, y no á parientes constituidos dentro del cuarto grado, son consideraciones que nos hacen adoptar una doctrina que, si no es la más seguida por nuestros jurisperitos, por lo ménos nos parece la más acertada.

216. *Bienes que son materia del retracto gentilicio.*—La materia del retracto gentilicio son los bienes raíces que han estado en el patrimonio ó abolengo del que vende y del que retrae, esto es, que han pertenecido, ó bien á sus padres, ó bien á sus abuelos (1). Los muebles están excluidos, porque además de referirse expresamente las leyes (2) á las cosas inmuebles, á ellas única-

respeto que tributamos á estos nombres, no encontramos una razon bastante poderosa para contraponerla á las que expresamos en el texto, y en esta parte seguimos la opinion de Llamas y Molina, que también sigue Viso. El Tribunal Supremo, adoptando la de Gomez y demás autores citados, que coinciden con su doctrina, tiene declarado que la contraria no se halla admitida por la jurisprudencia de los tribunales. (Sentencia de 5 de Enero de 1861.)

(1) Leyes 1.^a, 2.^a y 3.^a, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion. Aunque en la práctica, los oficios públicos enajenados de la Corona se han equiparado por largo tiempo á los bienes raíces, si bien han perdido ya esta consideracion, especialmente desde la LEY HIPOTECARIA, está declarado que no son objeto del retracto gentilicio, y que difieren por su naturaleza y condiciones de los patrimoniales ó de abolengo, designados por las leyes con el nombre de *heredad*. (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 15 de Febrero de 1861.)

Aragon.—En Aragon, los bienes deben ser de abolengo. (Obs. 2, *De consort. ejusdem rei.*)

(2) Leyes 1.^a, 2.^a y 3.^a, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, y ley 230 del Estilo. Es verdad que las leyes 4.^a, 5.^a, 6.^a y otras emplean también la palabra *cosa*, que en su acepcion comun comprende tanto las muebles como las inmuebles; pero las expresadas leyes no han tenido más objeto que el de suplir los vacíos y resolver las dudas á que daba lugar

mente es acomodable la causa inductiva del retracto. Deben ser hereditarios, porque todos los demás los excluye el tenor literal de una ley recopilada (1), que desecha la diferencia que algunos de nuestros autores han querido introducir, extendiendo una facultad que debe limitarse en lo posible.

217. De lo dicho se infiere:

1.º Que habiendo salido una cosa de la familia, aunque haya vuelto á ella por retracto, no quedará de nuevo sujeta á él (2).

2.º Que tampoco está sujeto al retracto lo adquirido por título de mejora, porque no pertenece á la clase de bienes hereditarios, de lo que nos convence la ley que permite aceptarla, áun renunciando la herencia. A esto se agrega que toda donacion, bien por última voluntad ó por contrato entre vivos, se reputa mejora, y las leyes recopiladas, cuando excluyen todo título que no sea

la 13, tit. XIII, lib. III del Fuero Real, que así como las 2.ª y 3.ª del título XIII, lib. X de la Novísima Recopilación, sólo conceden el retracto gentilicio en las raíces (*heredades*). Y áun puede decirse que es todavía más explícita, si cabe, la ley 230 del Estilo, que al hablar de las cosas que son objeto de este retracto, las limita á las *heredades é las otras raíces que vienen de patrimonio ó de abolengo*. Por otra parte, esta es la jurisprudencia admitida de muy antiguo, y se puede decir que sin interrupción.

Aragon.—Esta es también la opinión de los juriconsultos aragoneses.

(1) Ley 3.ª, tit. XIII de la Novísima Recopilación. No podemos admitir la opinión de Gomez, Matienzo, y Sala, contraria á la que sostenemos, pues dichos autores suponen que la ley sólo debe entenderse de los títulos singulares que vienen de extraños.

(2) Matienzo, cuya opinión califica de bien fundada el pavorde Sala, sostiene que la cosa vendida á un extraño y retraída por un pariente queda todavía sujeta al retracto. Nosotros juzgamos equivocada esta doctrina y verdadera la que enunciamos en el texto, considerando que el retrayente se subroga en lugar del comprador, en cuyo poder la heredad se habria hecho de libre disposición, si no se hubiese retraído.

Mas si la venta se verifica con el pacto de *retro* ó con el de la *ley comisoría*, y en su virtud llega á rescindirse el contrato, la resolución será diferente de la del caso anterior, en nuestro concepto; porque recobrando la cosa el carácter de patrimonial á consecuencia de la rescisión, si se vende nuevamente, podrá ser objeto del retracto gentilicio. Esta opinión, que ya emitimos en ediciones anteriores, está expresamente confirmada, en lo que se refiere al pacto de *retro*, por el Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de Abril de 1872.

el de heredero, hacen especial mención de las donaciones (1). Doctrina que juzgamos estrictamente ajustada á la ley, pero con la que no están conformes todos los autores (2).

218. Los bienes vinculados no han podido, por su naturaleza especial, ser objeto del retracto durante largos años; mas abolidas las vinculaciones, se seguirán respecto de ellos las leyes comunes, siempre que el padre ó abuelo de quien los enajena los hubiera poseído ya como libres. Pero varía la cuestión en el caso en que el vendedor es el primero que los ha poseído como libres, pues considerándosele en la mitad que ha habido que reservarle, más como sucesor que como heredero, y teniendo en cuenta que los bienes correspondientes á ella no tienen el carácter de patrimoniales ó de abolengo en el sentido legal, la jurisprudencia establecida ha negado á los parientes el derecho de retraerlos (3).

219. No basta que las cosas sean patrimoniales hereditarias para que den lugar al retracto; es indispensable además, que el contrato de compra y venta sea el que dé causa á él, aunque la venta se verifique á pública subasta, y aunque sea en virtud de providencia judicial (4). Haciendo veces de venta la dación en pago, cuando se da una especie por lo que se debía en dinero, se deberá seguir la misma regla. También tiene lugar el retracto, según opinión de algunos intérpretes, en la dación en dote,

(1) Ley 3.ª, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilación.

(2) Autores citados en la nota 1.ª de la página anterior. El Tribunal Supremo de Justicia ha declarado también respecto á la donación *propter nuptias*, que ésta viene á constituir en sustancia un título hereditario anticipado, siguiendo en esta parte la opinión de los expresados autores. (Sentencia de 5 de Abril de 1872.) Suscitada la cuestión de si una finca que habia sido destruida y despues reedificada, aunque lo fuera á *cimentis*, perdía el carácter de abolengo que se le atribuía para los efectos del retracto, se resolvió en la misma sentencia, que le conservaba, fundándose el Tribunal Supremo en que el suelo, que era lo principal, no habia perdido aqual carácter. Y áun se consideró que no podía reputarse reedificada á *cimentis*, una casa que conservaba las paredes medianeras, y para cuya reconstrucción se utilizaban los materiales antiguos. (Sentencia citada.)

(3) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 5 de Diciembre de 1856.

(4) Ley 4.ª, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilación.

cuando ésta consiste en bienes raíces que se dieron con estimación que haga venta, y en las enajenaciones á censo reservativo. Nuestro derecho, tal vez para evitar la mayor duda que podía haber respecto al contrato de permuta por su gran analogía con el de compra y venta, le excluye expresamente, y con razon, porque no son al uno aplicables los motivos del otro. Además, en la venta el precio puede ser en un todo igual, lo que es muy difícil que suceda en las permutas, especialmente cuando no consisten en cosas fungibles. Esta doctrina nunca deberá patrocinarse á los que obran en fraude de las leyes (1).

220. Vendidas dos cosas de patrimonio ó abolengo por un solo precio, deberán ser retraídas ambas ó ninguna; mas si á cada una se le señaló el suyo, podrá el pariente sacar la que gustare (2). No es precisamente la razon de esta decision el que en el primer caso hay una sola venta y en el segundo dos, como generalmente se dice, sino que en aquél, no teniendo cada una separadamente señalado precio, no puede por sí dar lugar al retracto, que exige como requisito indispensable su consignacion (3), y ésta no puede hacerse sin que haya entónces noticia cierta de

(1) Ley 1.^a, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

Aragon.—Lo mismo sucede en Aragon. (Obs. final, *De consort. ejusdem rei.*)

Vizcaya.—Tampoco en Vizcaya tiene lugar el retracto en los trueques y cambios de heredades, salvo si interviniere fraude, y se presume que le hay en perjuicio de los parientes, cuando una de las heredades trocadas y cambiadas excediere á la otra en valor en la tercera parte. (Ley 2.^a, título XVIII del Fuero.) También el contrato de hipoteca da lugar al retracto. Así, pues, si alguno hipotecare á otro alguna heredad ó bienes raíces, el pariente más inmediato de aquella linea tiene el derecho de ofrecer al acreedor lo que hubiere dado sobre ellos, y sacarlos por el tanto dentro del término de año y día, y no despues. (Ley 1.^a, tit. XIX del Fuero.)

(2) Ley 5.^a, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion. Las disposiciones de esta ley se refieren únicamente al retracto gentilicio. (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Marzo de 1862.)

Vizcaya.—Cuando alguno anunciare la venta de todos sus bienes, y el pariente acudiere y dijere que quiere solamente alguna, ó algunas heredades ó parte de ellas, no se accederá á su pretension, pues sólo será eficaz si lo reclamasen todos. (Ley 4.^a, tit. XVII del Fuero.)

(3) Ley 4.^a, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

él; dificultad que no existe cuando se fijan á cada una sus precios respectivos.

221. Nuestros jurisconsultos (1) no hacen extensiva la facultad de retraer una de dos cosas patrimoniales ó de abolengo, vendidas cada una por su precio, á los siguientes casos:

1.^o Cuando consta que el comprador no habria comprado la una sin la otra, pues en rigor no habrá entónces más que una sola venta de dos cosas á que se asignaron precios diferentes: esta interpretacion nos parece fundada.

2.^o Cuando las dos cosas fueron dadas en pago de una sola deuda, cada una por su precio; porque en este caso, á pesar de la diversidad de precios, debe considerarse como una sola venta por ser una sola deuda; á lo que se agrega, que de lo contrario se obligaria al acreedor á cobrar por partes, y que sucederia con frecuencia que retraeria el pariente la finca en cuya contemplacion habia el acreedor admitido en pago la otra.

222. Lo que hemos dicho respecto á dos cosas patrimoniales vendidas por un solo precio, se extiende al caso en que solamente una sea la patrimonial (2). No obstante, si el comprador conviniere en ello, podrá retraerse solamente la patrimonial, tasándose ésta por peritos para conocer su valor. Nuestro derecho

(1) Acevedo, Matienzo y Sala.

(2) Acevedo, y Molina. Mas Hermosilla, cuya opinion califica Sala de más probable, es de parecer que sólo podrá obligarse al pariente á tomar ambas y no la una sin la otra, cuando el comprador no quiso adquirir la tierra libre sin la patrimonial.

«Aunque en la escritura de venta se hallen comprendidos bienes patrimoniales y otros que no lo sean, y hayan sido vendidos por un precio alzado sin especificar el que afectaba á cada finca ó partida, nunca podrá sostenerse que las que no proceden de abolengo pueden ser retraídas, segun lo dispuesto en la ley 5.^a, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, porque esta ley parte del principio de que las fincas objeto del retracto han de proceder de patrimonio ó abolengo.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Junio de 1872.) Nos parece que esta decision no altera la doctrina que emitimos en el texto; pues de ella solamente se deduce que no se pueden reclamar del comprador las fincas que no tienen el carácter de patrimoniales ó de abolengo, pero no que á éste deje de pertenecer el derecho de exigir que se retraigan unas y otras cuando han sido vendidas por un solo precio, ó que no se retraiga ninguna.

no lo decide, pero si la razon de la ley y su interpretacion recta.

223. Aunque las cosas patrimoniales cambien de poseedores, están sujetas al retracto por todo el término legal; porque la accion concedida á los parientes no les corresponde sólo en virtud de contrato, sino que naciendo directamente de la ley, imita á las reales y tiene lugar contra cualquiera que posee. A no admitirse esta doctrina, caeríamos en el inconveniente de que el primer comprador podria transferir sin restriccion un derecho que tenia limitado, y enajenando la cosa haria ilusoria la facultad de retraer, y superior su voluntad á la de las leyes (1).

224. Mas la expresada doctrina ha sido modificada por la *Ley hipotecaria*, segun la cual, no tendrá lugar el retracto legal en perjuicio de un tercero *que haya inscripto su derecho*, y si únicamente en el caso en que todavia no haya llenado esta formalidad (2).

225. Si la venta se rescindiere por una causa legitima, por ejemplo, por lesion, y en su virtud volviere la cosa vendida al pariente que la enajenó, cesará el derecho de retracto, aunque la demanda se hubiera interpuesto ántes de verificarse la rescision. Esta doctrina se halla establecida por la jurisprudencia; pero no será aplicable si se prueba que ha mediado fraude por parte del vendedor y comprador, con objeto de perjudicar al pariente á quien la ley concede el derecho de retraer (3).

226. *Término concedido para retraer*.— Las leyes (4) conceden á los parientes nueve dias para retraer (5), contados desde

(1) *Aragon*.—Hállase establecido expresamente en *Aragon* (Obs. 8.º, *De consort. ejusdem rei*) que el comprador de la cosa sujeta á retracto no la pueda vender dentro del término legal para retraer.

(2) Artículo 38 de la LEY HIPOTECARIA.

(3) Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Mayo de 1859. Tambien tiene declarado que despues de otorgada la escritura de venta, el derecho de retraer no se inutiliza por el voluntario desistimiento del comprador y vendedor, ó sea el convenio de dejar sin efecto la venta, sin causa legitima. (Sentencia de 3 de Julio de 1867.)

(4) Leyes 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª, 6.ª y 7.ª, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(5) *Aragon*.—Diez dias concede el derecho aragonés para retraer si los parientes tuvieron noticia del contrato, y un año y un dia si lo ignoraron. (Fuero V, *De commun. divid.*, lib. III.)

Navarra.—El retracto gentilicio debe en Navarra intentarse dentro del

el otorgamiento de la escritura de venta; mas si el que intenta el retracto no reside en el pueblo donde se ha otorgado la escritura, tendrá para deducir la demanda, además de los nueve dias, uno por cada 30 kilómetros que distare de dicho pueblo el de su residencia (1).

227. Si en la escritura se hubieren establecido algunos pactos ó gravámenes, y para hacerlos desaparecer ó para modificar las condiciones del contrato se otorgare otra entre los mismos vendedor y comprador, no por eso dejarán de contarse los nueve dias del retracto desde el otorgamiento de la primera, pasados los cuales, cesará la accion del pariente ó comunero (2).

228. Este término es perentorio como toda dilacion legal, y corre sin que les competa restitucion, contra los pupilos, menores y ausentes (3), y con mayor razon contra los ignorantes, á quienes daña la prescripcion que no perjudica á los primeros. Aunque no vemos que nuestras leyes exceptúen caso alguno de esta regla general, lo que se acomoda á que debe limitarse el retracto como odioso, dicen algunos (4) que no ha de tener lugar,

año y dia. (Ley 1.ª, tit. III, lib. III de la Novísima Recopilacion de Navarra.)

Mas considerando que la *Ley de Enjuiciamiento civil* tiene tambien fuerza legal en estas provincias, juzgamos que el término para retraer será el señalado en la expresada ley; y en efecto, así está declarado por decision del Tribunal Supremo de 20 de Octubre de 1858, en un recurso interpuesto contra una sentencia de la Audiencia de Pamplona. En otra de 18 de Junio de 1875, relativa al derecho de retracto en la enfitéusis, se la reconoce igual autoridad en todo el antiguo principado de Cataluña.

(1) Artículos 1618 y 1619 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*. La escritura se entiende la autorizada por notario en forma legal. (Sentencia de 5 de Marzo de 1877.)

(2) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 22 de Setiembre de 1859. Cuando no se ha otorgado escritura y se ha consumado el contrato con la entrega de la cosa vendida, el retracto puede intentarse dentro de los nueve dias despues de hecha la venta. (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 31 de Diciembre de 1869.)

(3) Ley 2.ª, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

Navarra.—Lo mismo se halla establecido en Navarra. (Ley 1.ª, título III, lib. III de la Novísima Recopilacion.)

(4) Entre ellos Hermosilla, y Sala.

cuando por fraude de los contratantes ignoró el pariente la venta. Esta opinion no nos desagradó, pues que de otro modo estaria en manos de la malicia eludir el efecto de las leyes. La Ley de Enjuiciamiento civil, conforme con estos principios, dice que si la venta se hubiere ocultado con malicia, no empezará á correr el término hasta el dia siguiente al en que se acreditare que el retrayente ha tenido conocimiento de ella (1).

229. La antigua cuestion de si este término debia contarse de dia á dia, ó de momento á momento (2), está tambien resuelta, en nuestra opinion, por la Ley de Enjuiciamiento civil, que convirtiendo este término en judicial, implícitamente lo sujetó á las

(1) Artículo 1620 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*. Antes era cuestionable desde cuándo debian empezar á contarse los nueve dias, si desde el de la convencion ó el de la tradicion. Covarrubias, Matienzo, Acevedo, y Sala, sostenian que desde el de la convencion, fundándose, en que las leyes (ley 1.^a, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilación) conceden el retracto desde el dia de la venta, y la venta queda perfeccionada por el consentimiento; en que en las ventas judiciales se cuentan los nueve dias desde el remate, y el remate equivale á la convencion en las demás ventas, y por último, en que, como odioso, debe limitarse este retracto. Gomez sostenia que debian contarse desde el dia de la tradicion, porque hasta entónces no salen los bienes de la familia, y porque lo contrario daria lugar á ocultaciones de ventas en perjuicio de los parientes que tuvieran derecho á retraer. Nosotros hablamos adoptado la opinion de los primeros; mas la *Ley de Enjuiciamiento civil* ha dictado la regla que se ha de seguir en este punto, como manifestamos en el texto.

Respecto á las ventas judiciales, deciamos en algunas ediciones anteriores, parece que tambien empezará á correr el término para la interposicion del retracto desde el dia del otorgamiento de la escritura, si tenemos en cuenta que ninguna distincion ha hecho en este punto la *Ley de Enjuiciamiento civil*. Así se ha declarado despues por el Tribunal Supremo de Justicia. (Sentencia de 14 de Mayo de 1867.)

(2) En varias ediciones emitimos nuestra opinion de que debia contarse de momento á momento, fundándonos en que la ley 1.^a, tit. XIII, libro X de la Novísima Recopilación, mencionaba el tiempo y no el dia, y en que el retracto, como odioso, debia restringirse. Confesamos, sin embargo, que las leyes 3.^a y 4.^a del mismo título y libro hablan del dia y no del tiempo. Por esta razon nuestros jurisperitos no estaban acordes en el particular. Sala, que en un principio creyó que debian contarse los nueve dias de momento á momento, reformó su opinion y lo confesó francamente; no

reglas de los de su clase (1). Pasado el término, no podrá intentarse el retracto y la cosa se hará de libre enajenacion.

230. *Requisitos que deben intervenir en el retracto.*—Para que se pueda dar curso á las demandas de retracto, se requiere:

1.^o Que se interpongan en el juzgado competente en el término señalado.

2.^o Que se consigne el precio si es conocido, ó si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea (2).

3.^o Que se acompañe justificacion, aunque no sea cumplida, del título en que el retracto se funda.

4.^o Que se contraiga el compromiso de conservar la finca re-traida dos años á lo ménos, á no mediar alguna desgracia que, disminuyendo la fortuna del retrayente, le obligare á la venta (3): segun la ley de Enjuiciamiento, de este compromiso se tomará razon en el registro de la Propiedad. Mas el mismo comprador en cuyo perjuicio se ejercitó el derecho de retracto, podrá librar al retrayente de la obligacion de contraer este compromiso, y aún despues de haberle contraído, podrá librarle de este gravámen en cualquier tiempo (4). La enajenacion que de la cosa re-traida se hiciere ántes del vencimiento del expresado plazo sin la conformidad del comprador, será nula (5).

obstante, no nos parecieron bastante poderosos los motivos que á ello le impulsaron. Pero añadimos además, que si el modo de contar los dias fuera como querian Gomez, Acevedo y Sala, incluyendo el primero y el último, entonces seria favorable su opinion al principio de que debian acortarse los términos del retracto, porque los nueve dias, segun este sistema, concluirían ántes que los nueve contados de momento á momento.

(1) Artículos 303, 304 y 1618 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*.

(2) El Tribunal Supremo ha declarado que basta que el retrayente consigne el precio realmente entregado por el comprador, para que no se reputé infringido el art. 674 de la Ley de Enjuiciamiento, (hoy 1618), en su número 2.^o (Sentencia de 29 de Enero de 1872.) Habiendo imposibilidad material de obtener firma de letrado, no es circunstancia imprescindible el que la lleve la demanda. (Sentencia de 24 de Mayo de 1861.)

(3) Artículo 1618 citado.

(4) Artículos 1628 y 1629. Aunque este último artículo habla sólo del caso en que el comprador haya sido vencido en juicio, sin duda es tambien aplicable al en que se conformara desde luego con la reclamacion del pariente, sin dar lugar á la vía judicial.

(5) Artículo 1630.

231. La ley recopilada considera igualmente como indispensables requisitos, que pague el retrayente todo el precio que al pariente vendedor haya satisfecho el comprador, y que jure que quiere para sí la cosa y que procede sin fraude (1). Los gastos y tributos que el comprador hubiese satisfecho por la cosa, deben serle indemnizados por el retrayente al mismo tiempo que el precio, lo que es una consecuencia necesaria de la ley, aunque expresamente no lo previene sino para el caso en que la venta se hiciera en almoneda pública (2).

232. La paga debe ser real, verdadera y por entero: en caso de que el comprador no quisiera recibirla, el juez mandará hacer el depósito de la cantidad consignada, en el establecimiento público destinado á este objeto; consignacion que se reputa paga y produce sus mismos efectos.

233. La consignacion del precio, ó la prestacion de la fianza en la forma y en el término prescritos por la ley, son requisitos tan necesarios, que sin ellos no se debe dar curso á la demanda de retracto (3).

234. La ley dispone tambien que si la venta es al fiado, cumpla el pariente dando fiadores abonados ante el juez, dentro del término referido, de que pagará lo mismo al tiempo en que estaba obligado el comprador (4). Pero, publicada la ley de Enjuicia-

(1) Ley 1.^a, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

Aragon.—Debe tambien, por derecho de Aragon, prestar este juramento el retrayente. (Fuero IV, *De commun divid.*, lib. III.)

(2) Ley 4.^a, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

Navarra.—La ley 3.^a, tit. III, lib. X de la Novísima Recopilacion de Navarra, dispone que, cuando la heredad objeto del retracto es de tierra blanca ó panificada, y el retracto se verifica ántes del día 25 de Marzo inclusive, los frutos son del retrayente, y del poseedor si despues; en viñas y olivares, el 24 de Junio es el día señalado en lugar del anterior: esto es extensivo á los arrendamientos de las expresadas clases de fincas; pero es claro que cuando los frutos son del retrayente, éste deberá satisfacer al poseedor los gastos de cultivo y demás que haya hecho con motivo de la finca.

(3) Artículo 1618 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*, y sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 22 de Setiembre de 1859.

(4) Ley 6.^a, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

miento civil, llegó á suponerse que aquella disposicion habia dejado de estar vigente, y así se consideró en efecto por el Tribunal Supremo (1).

§ IV.

Retracto de comuneros (2).

235. *Retracto de comuneros* es el derecho que compete á cada uno de los que tienen en comun una cosa, para redimir la parte que de ella se ha vendido á un extraño, entregando á éste el mismo precio que habia satisfecho. Para que tenga lugar, es preciso que la cosa esté *pro indiviso*, porque si demostrativamente se halla hecha la particion, no hay verdadera comunidad de bienes, y por lo tanto no puede tampoco haber retracto. Así es que la simple falta de la línea divisoria de dos propiedades, cuya cabida, situacion y linderos estén determinados, no es suficiente para reputarlas *pro indiviso* (3).

236. Esta facultad se concedió á los condueños por las leyes de Toro (4), pues las de Partida (5) les daban solamente el derecho de tanteo ó de prelacion al tiempo de la venta, y no el de retraer los bienes despues que se habia verificado. El objeto de

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 11 de Enero de 1860. No obstante, el mismo Supremo Tribunal ha establecido posteriormente una doctrina, al parecer opuesta y que no guarda conformidad con la enunciada en el texto, al considerar «que la fianza que asegura el precio (en las ventas al fiado) en los plazos y forma convenida, equivale á la consignacion del mismo, cuando desde el momento no es exigible, puesto que por el espíritu y letra, así de la antigua como de la novísima legislacion, el retrayente queda subrogado al comprador con las mismas obligaciones que contrajo.» (Sentencia de 12 de Junio de 1866.) Y en otra sentencia, publicada en 20 de Diciembre de 1877, se declaró tambien que, subrogándose el retrayente en las mismas obligaciones que el comprador en las ventas á plazos, no se puede exigir la consignacion de todo el precio, ni más de aquello á que se habia comprometido el comprador. Doctrina confirmada todavía por otra sentencia de 6 de Febrero de 1880.

(2) En Navarra es desconocido el retracto de comuneros. (Alonso.)

(3) Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Junio de 1857.

(4) Leyes 8.^a y 9.^a, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(5) Ley 55, tit. V, Part. V.

su introducción fué limitar la comunión, perenne manantial de discordias, y mover á los hombres á mejorar la propiedad; lo que es más de esperar de los que son dueños absolutos y exclusivos de ella.

237. Corresponde este retracto á todos los comuneros, áun en caso de que lo sean en partes desiguales; pero si concurrieren varios, cada uno retraerá una parte proporcionada á la que tiene: interpretacion conforme al espíritu de la ley, arreglada á la equidad (1).

238. Solamente tiene lugar contra los extraños, y nunca contra los condueños, porque las leyes que le introdujeron, sólo prefieren los comuneros á los extraños y nunca á aquéllos entre sí; á lo que se agrega, que en tal caso no concurre la causa que motivó esta institucion, que como odiosa debe limitarse. Tampoco tendrá lugar en perjuicio de tercero que haya inscripto su derecho (2).

239. Las cosas inmuebles son su objeto, pues la ley de Toro, que propiamente es la que ha establecido este retracto (3), dispo-

(1) Así opinan Gregorio Lopez, Acevedo, Matienzo, y Sala. No se sigue esta doctrina en las enajenaciones que verifica el Estado de la parte que le corresponde en fincas cuyo dominio se halla dividido, sino que, por el contrario, en el art. 9.º de la ley de 15 de Junio de 1866, se da preferencia para ejercitar el derecho de tanteo en el caso de que hubiese varios condueños, al que lo fuere de mayor porcion, pasando, en el caso de no ejercitarlo, al inmediato porcionero. Desde luego se comprende que en este caso no hay verdadera comunión, puesto que se trata de enajenacion de fincas, en que está deslindada y bien conocida la parte que á cada uno de los llamados condueños corresponde. De conformidad con esta ley, se dictó sentencia por el Tribunal Supremo en 20 de Enero de 1880. En el pleito que dió lugar al recurso, se trataba de una finca en que el suelo pertenecía á una de las partes (que era el Estado), y el arbolado era propiedad de la otra.

(2) Artículo 33 de la LEY HIPOTECARIA.

(3) Ley 9.ª, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion. El derecho que la ley 55, tit. V, Part. V concedia al comunero, era meramente de tanteo ó de prelación, y de ningún modo de retracto; las palabras de la ley autorizan esta interpretacion, en la que estamos conformes con algunos jurisconsultos, entre los que se cuenta Llamas y Molina. Las acciones de sociedades mineras no tienen otro carácter que el de bienes muebles, y no pueden ser objeto del retracto. (Sentencia de 22 de Junio de 1877.)

ne sólo para el caso en que se vendiere *la parte de alguna heredad*; y aunque usa tambien de la palabra *cosa* y ésta es genérica, aquí no comprende más que las inmuebles, y en la expresada ley se refiere á la heredad vendida. De otra suerte, habríamos de convenir en que el retracto gentilicio tenia tambien lugar en las cosas muebles, pues varias leyes recopiladas únicamente emplean al hablar de él la palabra *cosa*, sin mencionar siquiera la de *heredad* (1). De ningún peso son las razones que alegan los defensores de la opinion contraria (2), fundados principalmente en una ley de Partida (3) que, hablando, no del retracto sino del tanteo, usa de la palabra *cosa*, y alegando además en su apoyo que este retracto, como favorable, debe ampliarse, sin considerar que aunque ménos odioso que el gentilicio, no deja de serlo tambien, pues que limita la natural libertad de los dueños y contratantes (4).

240. Finalmente, en el retracto de comuneros deben intervenir las mismas diligencias, solemnidades y término que en el gentilicio (5), con la diferencia de que el retrayente se ha de comprometer á no vender la participacion del dominio que retraiga,

(1) Varias veces usan en general de la palabra *cosa* y ninguna de la de *heredad*, las leyes 4.ª, 5.ª, 6.ª y 7.ª, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, que, sin embargo, se refieren al retracto gentilicio, y áun lo mismo decimos de la 8.ª en la parte que á él hace referencia. Seria, no obstante, un error grave, sostener que el retracto gentilicio tenia lugar en las cosas muebles.

(2) Gregorio Lopez, Matienzo, Hermosilla, y Sala.

(3) Ley 55, tit. V, Part. V.

(4) El mismo Gregorio Lopez, aunque sostiene que la ley 55 es aplicable tanto á las cosas muebles como á las inmuebles, y afirma que no milita igual razon en el retracto gentilicio que en el de comuneros, no puede ménos de confesar que á su opinion se opondrá la 75 de Toro, ó sea la 9.ª, título XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, y de reconocer que nunca tuvo noticia ni de un solo litigio sobre retracto de cosas muebles. (Glosa 1.ª á la ley 55, tit. V, Part. V.) Pero áun concediendo que la citada ley 55, bajo el nombre genérico de *cosa* signifique las muebles y las inmuebles, lo que nos parece dudoso, resultará á lo más, que el tanteo tiene lugar en las unas y en las otras, pero no el retracto.

(5) Ley 9.ª, tit. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, y arts. 1618, 1619 y 1620 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

durante *cuatro* años, en lugar de los dos que se exigen en el gentilicio, y de cuyo gravámen puede librarse el comprador; disposiciones consignadas en la ley de Enjuiciamiento civil (1).

§ V.

Retracto de los dueños directo y útil.

241. Ya hemos expuesto en el libro segundo la diferencia que existe entre los dominios directo, útil y superficiario; ahora hablaremos de la facultad de retraer que tanto al señor del dominio directo como al de la superficie han concedido las leyes, á fin de facilitar, considerándola con fundamento como muy ventajosa, la union de estos diferentes derechos (2).

242. El término por que corresponde es el de nueve dias (3); y aún antes de ahora opinaban así nuestros intérpretes, ajustándose á la ley que fija este tiempo en el retracto gentilicio. Algunos hacian diferencia del caso en que el superficiario ó enfiteuta pagase ó no pension anual; pero en realidad, puede decirse que no interviniendo ésta, queda despojado el contrato de superficie de una de sus partes esenciales.

243. No es incompatible el derecho de retracto en que en este lugar nos ocupamos, con el de tanteo de que por dos meses goza el señor directo (4), y del cual oportunamente hemos hablado. El no establecer esta diferencia fué lo que hizo incurrir á autores de buen juicio en el error que ántes desechamos.

244. Las solemnidades en este retracto son las mismas que las que se observan en los anteriores; pero el retrayente, bien sea el

(1) Artículos 1618, 1629 y 1630 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*.

(2) Ley 8.^a, tít. XIII, lib. X de la Novísima Recopilación.

(3) Artículo 1619 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*.

(4) Párrafo XI de la ley 12, tít. XV del mismo libro; ley en que se dictan reglas para el pago de los censos perpétuos en las ventas y fábricas de casas de Madrid.

En confirmacion de esta doctrina, puede verse lo que decimos en una de las notas de la seccion II, título *De los censos*, tomo I de esta obra. Y ahora añadiremos, que así Antonio Gomez, como Molina, Escriche y algunos autores modernos reconocen esta diferencia de términos de dos meses y nueve dias, concedido el primero para adquirir la cosa ántes de celebrada la venta, y el segundo despues de su celebracion.

dueño directo ó el útil, ha de contraer el compromiso de no separar ambos dominios durante *seis* años (1); de él se tomará razon, segun la ley, y de este gravámen puede libertar el comprador al retrayente, en los términos que hemos manifestado al hablar de los demás retractos (2).

245. Contra el tercero que haya inscripto su derecho en el registro no tiene lugar este retracto (3).

§ VI.

Retracto convencional.

246. El retracto convencional, conocido más comunmente y con mayor propiedad con el nombre de *pacto de retroventa*, es el *rescate de la cosa vendida, hecho por el vendedor en virtud de la reserva que hizo al tiempo del contrato*. Más que retracto, es una condicion espontánea de la compra y venta, y fué sancionado en la legislacion de los romanos, de la que se trasladó á la nuestra de Partidas. A las ventas que se hacen con el pacto de retroventa se les da tambien el nombre de *ventas á carta de gracia*, y en ellas no se transfiere el dominio al comprador de una manera irrevocable (4).

247. Su justicia y utilidad son evidentes, puesto que es lícito poner en los contratos las condiciones posibles y honestas que quieran los contratantes, á lo que se agrega que por él encuen-

(1) Artículo 1618 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*.

(2) Artículos 1629 y 1630.

(3) La LEY HIPOTECARIA, en su art. 38, sólo hace mencion expresa del tanteo en las enfitéusis, pero juzgamos que la restriccion que impone á este derecho es tambien aplicable al retracto, por razones poderosas de analogía. Por otra parte, en la Exposicion de motivos de la expresada ley se viene á reconocer la misma restriccion.

(4) Así está declarado tambien por el Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de Abril de 1872.

Cataluña.—En Cataluña, segun una pragmática dada en Gerona en 18 de Octubre de 1384, las ventas que se hacen á carta de gracia quedando los vendedores en posesion de la finca, se reputan simuladas y hechas en fraude de los acreedores.

tra el propietario desgraciado, recursos de que seria duro despojarle.

248. Su cumplimiento, que de parte del comprador se llama *retroventa*, y *redencion* de la del vendedor, se ha de llevar á efecto en los términos en que se haya estipulado (1). En virtud de esta obligacion, el vendedor ó sus herederos no pueden demandar más que al comprador ó á los herederos de éste (2) y no al tercer poseedor, porque la accion que nace de ella, como todas las personales, sólo se da contra el que está obligado: el comprador deberá resarcir los daños y perjuicios que por su causa se originaren al vendedor (3). Pero esto se entiende, siempre que la condicion resolutoria de la venta no esté inscrita en el registro, pues esta omision no debe perjudicar al tercero que ignoraba la existencia de semejante condicion, y que hizo la compra en la seguridad de que no existia tal pacto. Mas si la venta hecha con el pacto de *retro* está inscrita en el registro, la condicion resolutoria del contrato aparecerá tambien en él, y el retracto podrá verificarse sin dificultad alguna, puesto que el tercero no puede alegar ignorancia (4). Doctrina conforme al artículo de la *Ley Hipotecaria* que establece el principio de que las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen á causas que consten explícitamente en el registro, se darán contra tercero, aunque éste haya inscripto el título de su derecho (5).

249. Puede establecerse este pacto sin limitacion de tiempo, ó señalando plazo para la redencion, ó diciendo que cuando quiera que se devuelva el precio, volverá á adquirir la cosa el

(1) Ley 42, tit. V, Part. V. Esta ley no exige que cuando el comprador se niegue á recibir el precio, tenga el vendedor la obligacion de consignarlo dentro del plazo vencido para no perder su derecho, ni exige tampoco que el vendedor reclame para sí la cosa, lo cual no entra, como en los retractos de ley, en la naturaleza de estos contratos, á no ser que así se haya pactado en ellos.... (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Febrero de 1873.)

(2) Este pacto, como todos los de su clase, produce acciones y obligaciones transmisibles á los herederos, á no haberse estipulado lo contrario. (Sentencia de 24 de Febrero de 1874.)

(3) Ley 42 del tit. V y Part. V.

(4) Exposicion de los motivos de la LEY HIPOTECARIA.

(5) Artículo 37 de dicha ley.

vendedor. En el primer caso, parece que la accion para deshacer la venta debe durar por espacio de veinte años, término de las acciones personales, segun la ley 63 de Toro; en el segundo, por el tiempo prefinido en el contrato, y en el tercero, por tiempo ilimitado, pudiendo por consiguiente el comprador reclamar este derecho siempre que lo juzgue oportuno (1).

§ VII.

Prelacion entre retrayentes de diferente clase.

250. Algunos de los intérpretes de las leyes de Toro han dicho que éstas, en el caso de concurrir varios con derecho á re-

(1) La ley 42, tit. V, Part. V, sólo hace expresion de este último caso en los términos siguientes: *poniendo tal pleito entre sí en la vendida, que cuando quier que el vendedor ó sus herederos tornasen el precio al comprador ó á los suyos, que fuesen tenudos de tornarle aquella cosa que así vendiese.* De las palabras *cuando quier*, se ha deducido que ha de ser perpétua esta accion; sin embargo, Gregorio Lopez, en la glosa 1.^a, manifiesta que si bien algunos opinaban así, habia otros que señalaban el término de treinta años para ejercitar este derecho, y varios el de cuarenta. Debemos tambien advertir que el Tribunal Supremo tiene declarado, que «sobre este punto no puede ni debe estarse á lo que dispone la ley citada, sino á lo establecido en la ley 63 de Toro que fijó veinte años para la prescripcion de las acciones personales.» (Sentencia de 7 de Abril de 1866.) Mas si consideramos que en el pacto de retroventa, como en todos los contratos, es lícito á los contratantes poner las condiciones posibles y honestas que crean oportunas (principio de derecho incontestable), y entre ellas la de establecer el término que las convenga, segun declaracion del mismo Tribunal Supremo (sentencia de 3 de Diciembre de 1864), podria deducirse que la expresada ley 42, tit. V, Part. V no habia perdido su fuerza, sino que todavia conservaba toda su autoridad. Pero aun hay otra sentencia posterior del Tribunal Supremo en la que declara; que el pacto de retroventa, como todos los de su naturaleza, sólo produce acciones personales, que pueden convertirse en mixtas, anotadas en el Registro de la Propiedad; que todos los pactos que producen acciones personales están sujetos á las reglas establecidas por el derecho para la prescripcion; y que los pactos perpétuos de retroventa serán siempre nulos, como todos los opuestos á las leyes, y más á las que regulan la prescripcion. (Sentencia de 12 de Mayo de 1875.)

traer, establecian prelacion, primero á favor del dueño directo ó del superficiario, despues á favor del socio, y últimamente, del pariente (1). Estos autores las entendieron ordinalmente, siendo así que hablando de un modo disyuntivo, sólo prefieren á cualquiera de los mencionados en concurrencia con parientes (2).

251. En concurrencia, pues, cualquiera será preferido al pariente (3), y así lo que nos resta averiguar en este caso es la preferencia que tienen entre sí el señor del dominio directo, el superficiario y el comunero. Omitiremos establecer reglas para el caso imposible en que concurra el comunero, esto es, el que tiene el dominio pleno y absoluto en union de otro, con el señor directo ó superficiario, pues implica que el mismo que tiene el dominio pleno de la cosa, carezca del directo ó del útil.

252. Vendida la cosa por el superficiario, no puede haber lugar á la duda de si deberá ser preferido en el retracto su consocio en la superficie ó el señor directo, porque éste, aun ántes de la perfeccion de la venta, goza del derecho de tanteo, por el que puede excluir al primero (4).

253. Pero si acude á retraer un consocio del dominio directo con el superficiario, nos parece que éste tendrá la preferencia. La razon es la más íntima correlacion que tienen de unirse mutuamente el dominio directo y útil, que no cualquiera de ellos á otro de su mismo género, supuesto que la division de aquéllos se para las partes esenciales de un todo, y la de éstos solamente las integrales. Conviene explicar más esto: por la separacion del do-

(1) Ley 8.^a, tít. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) Así opinan Albornoz, y Llamas y Molina.

(3) Ley 8.^a, tít. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion. En el considerando de una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, se dice que esta ley «sólo trata de la preferencia que debe darse al dueño del dominio útil, cuando concurre para retraer á la vez un pariente por retracto gentilicio.» (Sentencia de 1.^o de Junio de 1869.) Mas, ó aquí ha habido una falta de expresion, ó una equivocacion material, pues la ley, no sólo hace mencion del dueño de la superficie, sino también del que tiene el dominio directo ó parte en la cosa comun, como decimos en el texto.

Viscaya.—Concurriendo á retraer el comunero y consorte, con el pariente dentro del cuarto grado, es preferido el pariente. (Ley 3.^a, tít. XVII del Fuero.)

(4) Así opinan también Antonio Gomez, Molina, y Llamas y Molina.

minio directo y útil, constitutivos intrínsecos del señorío absoluto, sufren las cosas una violencia contraria á su naturaleza, segun la cual, sus productos deben ceder en beneficio de su dueño; y por el contrario, la relacion de dos socios del dominio directo se funda sólo en la union de las partes ántes de la division, por la cual cada una de ellas se considera un todo separado con independencia de la otra (1) (a).

TÍTULO V.

De la permuta.

254. Uno de los contratos en que debemos ocuparnos es la *permuta*, llamada también *permutacion*, *trueque* y *cambio*, aunque esta última palabra se aplica con especialidad á operaciones mercantiles. Primitivo entre los contratos y precursor principalmente del de compra y venta, al que es muy semejante (2), dió extension y eficacia al derecho de propiedad, facilitando que los hombres pudieran adquirir lo que necesitaban, y dando á otros lo que les era supérfluo ó ménos útil.

255. Podemos definirle, *un contrato bilateral en el que los contratantes se dan reciprocamente una cosa por otra, con tal que no sea dinero*. Si por una de las partes mediara dinero, sería contrato de compra y venta y no de permuta. Infiérese de la definicion, que en la permuta hay dos enajenaciones, cada una de las cuales

(1) Defienden esto los mismos Antonio Gomez, Molina, y Llamas y Molina. Albornoz los impugna, no con bastante fundamento á nuestro juicio.

(a) No juzgamos inútil advertir al terminar esta materia, que por Real orden de 27 de Abril de 1860 está declarado que no tienen lugar el tanteo ni el retracto en la venta de fincas pertenecientes al Estado, y que en su consecuencia son inadmisibles las reclamaciones que con este objeto se hicieren.

(2) Proemio del tít. VI, Part. V.

traer, establecian prelacion, primero á favor del dueño directo ó del superficiario, despues á favor del socio, y últimamente, del pariente (1). Estos autores las entendieron ordinalmente, siendo así que hablando de un modo disyuntivo, sólo prefieren á cualquiera de los mencionados en concurrencia con parientes (2).

251. En concurrencia, pues, cualquiera será preferido al pariente (3), y así lo que nos resta averiguar en este caso es la preferencia que tienen entre sí el señor del dominio directo, el superficiario y el comunero. Omitiremos establecer reglas para el caso imposible en que concurra el comunero, esto es, el que tiene el dominio pleno y absoluto en union de otro, con el señor directo ó superficiario, pues implica que el mismo que tiene el dominio pleno de la cosa, carezca del directo ó del útil.

252. Vendida la cosa por el superficiario, no puede haber lugar á la duda de si deberá ser preferido en el retracto su consocio en la superficie ó el señor directo, porque éste, aun ántes de la perfeccion de la venta, goza del derecho de tanteo, por el que puede excluir al primero (4).

253. Pero si acude á retraer un consocio del dominio directo con el superficiario, nos parece que éste tendrá la preferencia. La razon es la más íntima correlacion que tienen de unirse mutuamente el dominio directo y útil, que no cualquiera de ellos á otro de su mismo género, supuesto que la division de aquéllos se para las partes esenciales de un todo, y la de éstos solamente las integrales. Conviene explicar más esto: por la separacion del do-

(1) Ley 8.^a, tít. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) Así opinan Albornoz, y Llamas y Molina.

(3) Ley 8.^a, tít. XIII, lib. X de la Novísima Recopilacion. En el considerando de una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, se dice que esta ley «sólo trata de la preferencia que debe darse al dueño del dominio útil, cuando concurre para retraer á la vez un pariente por retracto gentilicio.» (Sentencia de 1.^o de Junio de 1869.) Mas, ó aquí ha habido una falta de expresion, ó una equivocacion material, pues la ley, no sólo hace mencion del dueño de la superficie, sino también del que tiene el dominio directo ó parte en la cosa comun, como decimos en el texto.

Viscaya.—Concurriendo á retraer el comunero y consorte, con el pariente dentro del cuarto grado, es preferido el pariente. (Ley 3.^a, tít. XVII del Fuero.)

(4) Así opinan también Antonio Gomez, Molina, y Llamas y Molina.

minio directo y útil, constitutivos intrínsecos del señorío absoluto, sufren las cosas una violencia contraria á su naturaleza, segun la cual, sus productos deben ceder en beneficio de su dueño; y por el contrario, la relacion de dos socios del dominio directo se funda sólo en la union de las partes ántes de la division, por la cual cada una de ellas se considera un todo separado con independencia de la otra (1) (a).

TÍTULO V.

De la permuta.

254. Uno de los contratos en que debemos ocuparnos es la *permuta*, llamada también *permutacion*, *trueque* y *cambio*, aunque esta última palabra se aplica con especialidad á operaciones mercantiles. Primitivo entre los contratos y precursor principalmente del de compra y venta, al que es muy semejante (2), dió extension y eficacia al derecho de propiedad, facilitando que los hombres pudieran adquirir lo que necesitaban, y dando á otros lo que les era supérfluo ó ménos útil.

255. Podemos definirle, *un contrato bilateral en el que los contratantes se dan reciprocamente una cosa por otra, con tal que no sea dinero*. Si por una de las partes mediara dinero, sería contrato de compra y venta y no de permuta. Infiérese de la definicion, que en la permuta hay dos enajenaciones, cada una de las cuales

(1) Defienden esto los mismos Antonio Gomez, Molina, y Llamas y Molina. Albornoz los impugna, no con bastante fundamento á nuestro juicio.

(a) No juzgamos inútil advertir al terminar esta materia, que por Real orden de 27 de Abril de 1860 está declarado que no tienen lugar el tanteo ni el retracto en la venta de fincas pertenecientes al Estado, y que en su consecuencia son inadmisibles las reclamaciones que con este objeto se hicieren.

(2) Proemio del tít. VI, Part. V.

reporta al que adquiere, la diferencia que para él tiene la cosa que cede y el valor de la que recibe. En el derecho romano era calificado entre los innominados este contrato. Cuando versa acerca de cosas inmuebles, debe hacerse constar en escritura pública que se ha de inscribir en el Registro de la propiedad (1).

256. La permuta es: ó simple, ó estimatoria; denominacion que recibe de la diferencia en el modo de contraerse con ó sin el aprecio previo de las cosas. Esta diversidad produce efectos interesantes, pues en la estimatoria habrá lugar á la queja si interviene lesion, pero no en la simple (2).

257. El que por su parte trata de cumplir el contrato, tiene

(1) Ley 3.^a, tit. XVI, lib. X de la Novísima Recopilacion, y art. 2.^o de la LEY HIPOTECARIA.

(2) No falta quien fundándose en la ley 4.^a, tit. VI, Part. V, sostiene que no existe tal diferencia entre la permuta simple y la estimatoria, pues dice que las palabras de la ley, *se puede desfacer el camio por todas aquellas razones que diximos en el título ante deste porque se pueden desfacer las vendidas*, hacen relacion, tanto á la permuta simple como á la estimatoria, á lo que es consiguiente que semejante division, como absolutamente inútil, debe desaparecer del todo. Respetando esta opinion, no podemos convenir con ella: en la permuta en que no interviene aprecio, mal puede decirse que hay lesion; en ella para nada ha entrado en la intencion de los contratantes el valor relativo de las cosas, sino el deseo de adquirir cada uno la que apreciaba en más, en lugar de la que apreciaba ménos; no es el valor absoluto y material el que á las veces sirve de regulador á la permuta, sino el valor relativo y la afeccion, incapaces frecuentemente de valuaciones. La ley de Partida se refirió á los casos en que, por haber hecho los permutantes la valuacion de las cosas permutadas, se aproximaban más al contrato de compra-venta, y hacian posible la rescision del contrato que se habia celebrado, principalmente teniendo en cuenta los valores respectivos de las cosas que eran su objeto.

Aragon.—El derecho aragonés (fuero ún., *De verb. signif.*, lib. VI) establece que en las permutas se puede alegar engaño ó error para que se enmiende; lo que no tiene lugar en la compra y venta.

Vizcaya.—El vizcaino que permutare ó cambiare su heredad por otra, puede alegar en el término de un año y día que fué engañado (perjudicado) en el cambio, y si resultare efectivamente engaño de la tercera parte, este deberá ser enmendado (resarcido el menor valor de la cosa); mas á la otra parte corresponderá la eleccion, ó de enmendar el engaño, ó devolver la cosa. (Ley 1.^a, tit. XVIII del Fuero.)

derecho para exigir correspondencia de la otra; ó si lo prefiere, los daños y perjuicios que se le irroguen por la omision del que le estaba obligado (1).

258. En este contrato, como útil á ambos otorgantes, deberá prestarse la culpa leve; manifestado esto, fácil es conocer á quién pertenece, cuando no la hay, el peligro de la cosa permutada. Como por este contrato se transfiere la propiedad, es claro que el peligro de la cosa entregada será del que la habia recibido como dueño; el de la no entregada es del que la debe recibir, porque su señor, como deudor de especie, pereciendo ésta se liberta.

259. Las doctrinas respecto á la eviccion, rescision, complemento del precio y nulidades que invalidan la compra y venta, son aplicables á este contrato. Los cambios ó permutas pueden tambien deshacerse por las mismas causas por que se deshacen las ventas (2).

260. Como en él es perfectamente igual la condicion de los contratantes, porque ambos dan y reciben cosas que no consisten en dinero, no hay la distincion entre ellos que entre el comprador y el vendedor. Ambos á su vez son considerados como compradores en las que reciben, y como vendedores en las que dan. En el caso de eviccion es considerado como comprador aquel que judicialmente perdió la cosa, y como vendedor el que está obligado á la indemnizacion.

TÍTULO VI.

Del arrendamiento.

SECCION PRIMERA.

DEL ARRENDAMIENTO EN GENERAL.

261. Uno de los contratos más interesantes y usuales es el de *arrendamiento*, que ahora debemos examinar. Teniendo por ob-

(1) Ley 3.^a, tit. VI, Part. V, y ley 1.^a, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) Ley 4.^a, tit. VI, Part. V.

reporta al que adquiere, la diferencia que para él tiene la cosa que cede y el valor de la que recibe. En el derecho romano era calificado entre los innominados este contrato. Cuando versa acerca de cosas inmuebles, debe hacerse constar en escritura pública que se ha de inscribir en el Registro de la propiedad (1).

256. La permuta es: ó simple, ó estimatoria; denominacion que recibe de la diferencia en el modo de contraerse con ó sin el aprecio previo de las cosas. Esta diversidad produce efectos interesantes, pues en la estimatoria habrá lugar á la queja si interviene lesion, pero no en la simple (2).

257. El que por su parte trata de cumplir el contrato, tiene

(1) Ley 3.^a, tit. XVI, lib. X de la Novísima Recopilacion, y art. 2.^o de la LEY HIPOTECARIA.

(2) No falta quien fundándose en la ley 4.^a, tit. VI, Part. V, sostiene que no existe tal diferencia entre la permuta simple y la estimatoria, pues dice que las palabras de la ley, *se puede desfacer el camio por todas aquellas razones que diximos en el título ante deste porque se pueden desfacer las vendidas*, hacen relacion, tanto á la permuta simple como á la estimatoria, á lo que es consiguiente que semejante division, como absolutamente inútil, debe desaparecer del todo. Respetando esta opinion, no podemos convenir con ella: en la permuta en que no interviene aprecio, mal puede decirse que hay lesion; en ella para nada ha entrado en la intencion de los contratantes el valor relativo de las cosas, sino el deseo de adquirir cada uno la que apreciaba en más, en lugar de la que apreciaba ménos; no es el valor absoluto y material el que á las veces sirve de regulador á la permuta, sino el valor relativo y la afecion, incapaces frecuentemente de valuaciones. La ley de Partida se refirió á los casos en que, por haber hecho los permutantes la valuacion de las cosas permutadas, se aproximaban más al contrato de compra-venta, y hacian posible la rescision del contrato que se habia celebrado, principalmente teniendo en cuenta los valores respectivos de las cosas que eran su objeto.

Aragon.—El derecho aragonés (fuero ún., *De verb. signif.*, lib. VI) establece que en las permutas se puede alegar engaño ó error para que se enmiende; lo que no tiene lugar en la compra y venta.

Vizcaya.—El vizcaino que permutare ó cambiare su heredad por otra, puede alegar en el término de un año y día que fué engañado (perjudicado) en el cambio, y si resultare efectivamente engaño de la tercera parte, este deberá ser enmendado (resarcido el menor valor de la cosa); mas á la otra parte corresponderá la eleccion, ó de enmendar el engaño, ó devolver la cosa. (Ley 1.^a, tit. XVIII del Fuero.)

derecho para exigir correspondencia de la otra; ó si lo prefiere, los daños y perjuicios que se le irroguen por la omision del que le estaba obligado (1).

258. En este contrato, como útil á ambos otorgantes, deberá prestarse la culpa leve; manifestado esto, fácil es conocer á quién pertenece, cuando no la hay, el peligro de la cosa permutada. Como por este contrato se transfiere la propiedad, es claro que el peligro de la cosa entregada será del que la habia recibido como dueño; el de la no entregada es del que la debe recibir, porque su señor, como deudor de especie, pereciendo ésta se liberta.

259. Las doctrinas respecto á la eviccion, rescision, complemento del precio y nulidades que invalidan la compra y venta, son aplicables á este contrato. Los cambios ó permutas pueden tambien deshacerse por las mismas causas por que se deshacen las ventas (2).

260. Como en él es perfectamente igual la condicion de los contratantes, porque ambos dan y reciben cosas que no consisten en dinero, no hay la distincion entre ellos que entre el comprador y el vendedor. Ambos á su vez son considerados como compradores en las que reciben, y como vendedores en las que dan. En el caso de eviccion es considerado como comprador aquel que judicialmente perdió la cosa, y como vendedor el que está obligado á la indemnizacion.

TÍTULO VI.

Del arrendamiento.

SECCION PRIMERA.

DEL ARRENDAMIENTO EN GENERAL.

261. Uno de los contratos más interesantes y usuales es el de *arrendamiento*, que ahora debemos examinar. Teniendo por ob-

(1) Ley 3.^a, tit. VI, Part. V, y ley 1.^a, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) Ley 4.^a, tit. VI, Part. V.

jeto la propiedad y la industria, ha conservado en circulacion los grandes capitales, ha facilitado á la mayor parte de los hombres un asilo y un depósito para sus bienes, y á la clase menesterosa medios para sacar lo que necesita de la opulenta.

262. Podemos definirle, *un contrato consensual, bilateral, en que por el uso de una cosa, ó por la construccion de ciertas obras, ó por la prestacion de un servicio, se da un precio cierto, que ha de consistir en dinero* (1). Queda perfeccionado por sólo el consentimiento, á no ser que exista el pacto de que haya de consignarse por escrito, en cuyo caso será indispensable su cumplimiento para que el contrato se considere perfecto; doctrina comun á los demás contratos consensuales (2). De la definicion se infiere que el consentimiento, el precio y la cosa son requisitos esenciales á este contrato, en lo que es semejante al de compra y venta, del cual se diferencia en que ni es perpétuo ni transfiere el dominio ni la verdadera posesion.

263. La palabra *arrendamiento* es genérica, y frecuentemente la vemos reemplazada por otras diferentes. Las leyes de Partida (3), le denominan tambien *loguero* y *aloguero*: el Código de Comercio (4) llama *fletamento* al arrendamiento de las embarcaciones: otras disposiciones legislativas y el uso comun dan al arrendamiento de prédios urbanos el nombre de *inquilinato* ó de *alquiler*, y este mismo nombre de *alquiler*, al arrendamiento de las cosas muebles; al de las rentas y obras públicas, el de *asiento*

(1) Ley 1.^a, tít. VIII, Part. V. El respeto á la ley nos hace considerar como indispensable en este contrato que el precio consista en numerario, sin embargo de que en nada se diferencia en los efectos de este arrendamiento, el contrato que por tener constituida en frutos la merced, sólo impropiamente recibe este nombre.

(2) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 24 de Noviembre de 1859.

Aragon.—El arrendamiento que se hace en Aragon por escritura pública, tiene la ventaja de que se cobra con prelación á cualquier otro (fuego ún., título de los arrendamientos, de 1678); y los intérpretes Lisa, Asso, y de Manuel añaden que el otorgado en instrumento público es preferido al anterior, hecho sin escritura.

(3) Proemio y ley 1.^a, tít. VIII, Part. V.

(4) Título III, lib. III. Ya en las Partidas habia recibido este nombre. (Ley 1.^a, tít. VIII, Part. V.)

y *empresa*; al de la construccion de un edificio, *ajuste* ó *contrato de obra*; y por último, el uso del foro, el de las escuelas y la Academia Española, autorizan las palabras de *locacion* y *conduccion*, ya usadas separadamente para indicar los diferentes actos de dar y recibir en arrendamiento, ya usadas juntamente para designar el contrato.

264. La voz arrendar (1) comprende el acto de dar y de recibir en arrendamiento; lo que se verifica tambien en las de *arrendador* y *arrendatario*, pues por lo comun, las leyes emplean tambien la primera para designar la persona que recibe una cosa en arrendamiento; por eso, para evitar confusion, llamaremos nosotros dueño ó locador al que da la cosa en arrendamiento, y arrendatario al que la recibe. Mas ya las leyes, ya el uso, denominan al arrendatario de prédios urbanos, *inquilino*; *colono*, al de los rústicos; *alquilador*, al que da en arrendamiento cosas muebles; *fletante*, al que cede el aprovechamiento de un buque, y *fletador*, al que le toma; *asentista* y *empresario*, al que se encarga del arriendo de las rentas ó de cierta clase de servicios diferentes de los aqui mencionados, ó de la construccion de las obras públicas; *jornalero*, al que por retribucion presta á otro un servicio mecánico por dias; *serviente* ó *criado*, al que lo hace sin intermision en labores rurales ó en usos domésticos, y al que paga estos servicios, *amo* ó *señor*.

265. Al precio ó la merced, tambien con arreglo á los diferentes casos, se da los nombres de *arrendamiento*, *renta*, *inquilinato*, *alquiler*, *flete*, *jornal*, *salario*. Bajo ninguna de estas denominaciones comprendemos los trabajos científicos que algunos prestan en obsequio de otros, por los que son retribuidos, tales como los de los abogados, médicos, ingenieros y arquitectos: á estas recompensas se les da el nombre de *honorarios*.

266. La definicion nos hace conocer que este contrato puede ser de cosas ó de industria, y para mayor claridad, le explicaremos con arreglo á esta division.

(1) Las palabras *logar* y *alogar* de que usan las Partidas (Proemio del título VIII de la Part. V), que correspondian á la latina *locare*, no están en uso.

SECCION II.

DEL ARRENDAMIENTO DE COSAS.

§ I.

Arrendamiento de cosas en general.

267. *Personas que pueden arrendar y recibir en arrendamiento.*—Todos los que están habilitados para contraer, pueden por regla general dar sus bienes en arrendamiento y ser arrendatarios de los ajenos. Pero el derecho de arrendar es más extenso que el de enajenar; así vemos que le ejercitan libremente el enfitéuta, el usufructuario, el guardador y el administrador de corporaciones ó particulares, sin estar especialmente autorizados al efecto; el padre en los bienes adventicios de sus hijos; el marido en los de su mujer; los poseedores de bienes vinculados; los preladados en cuanto á los bienes de las iglesias, y los beneficiados.

Los menores pueden seguir también en el arrendamiento que hayan otorgado sus causantes.

Respecto á los que pueden recibir en arrendamiento los bienes y rentas públicas, hay excepciones, que más que al derecho civil corresponden al administrativo (1).

268. *Cosas que se dan en arrendamiento.*—En arrendamiento pueden ser dadas todas las cosas que están en el comercio, sean muebles, raíces, ó semovientes, que no se consuman por el uso, y aún las incorporales cuyo uso pueda trasferirse, como la percepción de frutos en el usufructo, en los términos que en su lugar dejamos manifestado (2). Y aun las cosas fungibles podrán arrendarse con el objeto, no de consumirlas, sino de ostentación ó de lujo. Las servidumbres reales no se pueden arrendar sino como adherentes á la cosa misma á cuyo favor están

(1) *Aragon.*—En Aragon el padre y la madre son preferidos por el tanto en el arriendo de las cosas inmuebles. (Fuero ún., *De comm. div.*)

(2) Ley 3.^a, tit. VIII, Part. V. Con arreglo á esta ley se dictó una sentencia por el Tribunal Supremo en 15 de Octubre de 1877.

impuestas. De aquí se infiere que hay cosas que, no pudiendo ser vendidas, pueden ser arrendadas, como sucede con las de los menores, las adventicias de los hijos, las dotales de la mujer, la parte reservable de los bienes que fueron vinculados y otras semejantes.

269. *Precio ó merced.*—El precio, como hemos dicho, ha de consistir en metálico (1) ó papel moneda; si en su lugar se diera otra cosa, este contrato correspondería á otra clase. No obstante, suele pactarse, y esto es lo más general en el arrendamiento de tierras, que el precio consista en frutos, señalándose la cantidad que se ha de dar por cada medida de tierra, ó una suma alzada por todo el prédio arrendado. También á veces se señala una parte alicuota de los frutos que produzca la cosa arrendada; pero este pacto, más bien que arrendamiento, es una sociedad en que el dueño pone el capital y el colono la industria (2). El precio debe guardar proporcion con el provecho que se saca, y por su defecto, deberá rescindirse el contrato en que intervenga lesion en más de la mitad, como en iguales términos digimos (3) de la venta.

270. *Obligaciones del dueño.*—Por este contrato, el dueño de la cosa está obligado á entregarla y á permitir que por el tiempo convenido use de ella el arrendatario. No pudiendo hacerlo por prohibicion legal, caso fortuito, ú otro motivo justo, queda disuelta la convencion. Si el dueño impide el uso al arrendatario, ó bien por sí, ó bien por persona á quien se lo pudiere estorbar, deberá resarcirle los daños que se le ocasionen y abonarle las ganancias que pierda. Lo mismo sucederá si el impedimento naciere de otro que tenia derecho para ello, y lo supiera el que dió la cosa en arrendamiento; mas si éste lo ignoraba al tiempo de otorgar el contrato, cumplirá con devolver lo que recibió, y si nada hubiese recibido, no se podrá entablar contra él ninguna demanda. Es, sin embargo, indispensable para que el arrendatario pueda utilizar estas acciones, que no haya habido por su parte mala

(1) Ley 1.^a del mismo título y Partida.

(2) La ley 79, tit. XVIII, Part. III, pone la fórmula de la escritura que se otorga cuando á medias dan los omes á labrar sus heredades, que es la frase que emplea para designar este convenio.

(3) Ley 2.^a, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion.

fe (1). Debe el dueño manifestar los vicios ocultos de la cosa que arrienda, quedando sujeto según la naturaleza del contrato al saneamiento: en su consecuencia, si alquila cubas, tinajas ó vasos malos ó quebrantados, de tal suerte que por esta causa se pierda completamente ó se deteriore el líquido que en ellos se había echado, pagará todos los daños y menoscabos que llegue á sufrir el arrendatario, si éste no conocía los vicios de la cosa, aunque también los ignorara el dueño (2). Está obligado igualmente á pagar las cargas y tributos que graviten sobre la finca; á repararla de modo que quede expedito su uso, y finalmente, á abonar las mejoras hechas por el arrendatario, que resulten subsistentes después de concluido el arriendo y que den más valor á la cosa, por ejemplo, plantando árboles ó viñas, á no ser que en el contrato se hubiere impuesto al arrendatario, ya de un modo expreso, ya en términos generales, la obligación de hacer estas mejoras (3). Cuando el dueño no quiera abonar las mejoras á que tiene

(1) Ley 21, tit. VIII, Part. V. De conformidad con esta ley, se dictó una sentencia por el Tribunal Supremo de Justicia, en 8 de Marzo de 1869. «Esta ley se refiere exclusivamente, en cuanto á las obligaciones que impone al locador, á los obstáculos y perturbaciones procedentes de personas privadas, y de ninguna manera á los que procedan de mandatos de la autoridad pública.» (Sentencia de 26 de Abril de 1869.) El Tribunal Supremo tiene también declarado, en sentencia de 28 de Abril de 1874, que la ley 21, tit. VIII, Part. V, «no autoriza la rescisión del contrato de arrendamiento, limitándose únicamente á establecer la indemnización de perjuicios que el arrendatario experimente por las causas que ella misma señala.» Podrá ser así en algunos casos, pero en otros, por ejemplo, cuando el impedimento procede de un tercero que resulta ser el verdadero señor de la cosa dada en arrendamiento, es indudable que el contrato quedará disuelto.

(2) Ley 14, tit. VIII, Part. V. En otro ejemplo que pone esta ley, si el dueño ignora el vicio de la cosa dada en arrendamiento, no está obligado á pagar daños y menoscabos, pero no puede pedir el precio de la locación.

(3) Ley 24 del mismo título y Partida, y Gregorio Lopez en su glosa 9.^a Mas la ley 14, tit. XXVIII, Part. III, que trata de las expensas hechas en heredades ajenas, no tiene aplicación al caso de un arrendatario que voluntariamente da lugar á la demanda de desahucio, y ha continuado de hecho en el arrendamiento. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de Julio de 1872.) El Tribunal tiene también declarado, en sentencia de 27 de

derecho el arrendatario, tendrá éste la facultad de llevárselas si pueden quitarse sin causar deterioro en la finca, y si esto no fuere fácil, podrá retenerlas por vía de compensación por el tiempo necesario para reintegrarse (1).

271. *Obligaciones del arrendatario.*—El arrendatario debe cuidar de la cosa que recibe, de manera que no se deteriore; usar de ella del modo en que hayan convenido ambos contratantes, ó en defecto de pacto, con arreglo á la naturaleza de la cosa y á la costumbre recibida; prestar la culpa leve, por versar el contrato en utilidad de ambos contratantes (2); volverla concluido el término del arrendamiento, debiendo reintegrar á su dueño los intereses y perjuicios que por su omisión hubiese experimentado (3), pero no los que provinieron del vicio de la misma, y por último, satisfacer la merced á los plazos convenidos, y no habiéndolos, con arreglo á la costumbre, y en defecto de ésta, al fin de cada año (4). No podrá excusarse de pagar el arrendamiento, aunque no use ó deje la finca antes de cumplirse el plazo por que la tomó, á no ser que el dueño la arriende á otro, porque no sería justo que éste á la vez cobrara de ambos.

272. *Terminación del arrendamiento* (5) —El arrendamiento

Marzo de 1880, que es circunstancia natural é inherente al contrato de arrendamiento, el abono al arrendatario de los gastos que haya hecho en la cosa arrendada, con esperanza legítima de utilizar sus productos.....

Cataluña.—El que abandona voluntariamente la cosa que tiene en arrendamiento y sin necesidad alguna, pierde el derecho al abono de las mejoras. (Usaj. únic., tit. I, lib. VII, vol. I de las Const. de Cataluña.)

(1) Así opinan Lopez, Gomez y otros jurisconsultos.

(2) Ley 7.^a, tit. VIII, Part. V. La condición de devolver la cosa «á la terminación del contrato en el estado en que se encuentre, no exime al arrendatario de la obligación de usar y de cuidar de ella como si fuese suya, y de responder de los daños y menoscabos ocasionados en ella por su culpa ó negligencia.» (Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de Febrero de 1869.)

(3) Ley 18 del mismo título y Partida.

(4) Ley 4.^a del mismo título y Partida.

(5) Celebrado un contrato de arrendamiento por dos condueños de una finca *pro indiviso*, no puede darse por terminado sino por la voluntad de ambos y no por la de uno sólo, á no ser que éste se hubiere obligado á pasar por lo que otro hiciese. (Sentencia de 12 de Julio de 1877.)

de cosas no espira por la muerte de los que le celebraron, sino que es trasmisible á los herederos (1), del mismo modo que las otras convenciones. Esta doctrina no tiene lugar en los que las adquieren por título singular; ni en los beneficiados; ni en los sucesores á la mitad reservable de los bienes que fueron de un mayorazgo, pues no entran como herederos del último que lo poseía; ni en el arrendamiento hecho por el usufructuario de la cosa que tenía en usufructo, que termina á la conclusion de éste (2). Las mujeres casadas, los menores y los preladados tendrán que pasar por el que respectivamente hagan sus maridos, guardadores ó predecesores en representacion suya ó de su iglesia (3).

273. De lo dicho se infiere que, si ántes de espirar el tiempo señalado para la duracion del arrendamiento, el dueño vende la cosa, el comprador puede despedir al arrendatario; pero el vendedor deberá abonar á éste la parte de la merced correspondiente al tiempo que le faltaba. No se le podrá, sin embargo, despojar, si el comprador se obligó con el vendedor á sostener el arrendamiento hasta cumplirse el tiempo por que se celebró, ó si fué hecho por toda la vida del arrendatario, ó por la de éste y la de sus herederos (4).

274. En los arrendamientos de bienes inmuebles hechos por un período que exceda de seis años, no podrán ser despedidos los arrendatarios por el nuevo dueño hasta cumplir aquel término,

(1) Ley 2.^a, tít. VIII, Part. V, y art. 3.^o del decreto de las Cortes de 8 de Junio de 1813, restablecido por el Real decreto de 7 de Setiembre de 1836.

(2) Ley 3.^a, tít. VIII, Part. V.

(3) Esta es la opinion de autorizados juriscultos antiguos, y de algunos de esta época, entre los cuales se cuentan Sala y Escriche.

(4) Ley 19, tít. VIII, Part. V. Segun Gregorio Lopez, en la glosa 4.^a á esta ley, el vendedor está obligado tambien á la indemnizacion de daños y perjuicios si pudo reservar, y no lo hizo, el derecho del arrendatario. Una sentencia del Tribunal Supremo, de 1.^o de Julio de 1870, confirma esta opinion, y otra de 27 de Abril de 1871, declara que el vendedor debe abonar al arrendatario desposeido *las ganancias impedidas*, además de los daños y perjuicios.

El Tribunal Supremo tiene tambien declarado, respecto á los arrendamientos hechos sin tiempo determinado, que el comprador de una finca rústica no puede desahuciar al arrendatario para entrar desde luego en ella,

siempre que estando consignados los contratos por escritura pública, se haya tomado razon de ella en el registro correspondiente. Ni podrán serlo tampoco si hubiesen anticipado las rentas de tres ó más años, hasta que éstos trascurran, en la inteligencia de que se ha de haber inscripto tambien el contrato en el registro (1).

275. Es eficaz el aviso de desahucio de cualquier modo que se haga, con tal que conste á la otra parte, á no ser que se haya pactado la forma en que se hubiere de dar (2).

276. Son causas, pero no exclusivas, para dar curso á las demandas de desahucio:

1.^o El cumplimiento del término estipulado en el arrendamiento. 2.^o El haber espirado el plazo del aviso que debiera darse con arreglo á la costumbre general de cada pueblo. 3.^o La falta de pago del precio estipulado. 4.^o La infraccion manifiesta de cualquiera de las condiciones estipuladas en el contrato de arrendamiento (3).

277. *Subarriendo.*—A no mediar expresa prohibicion, el arrendatario podrá subarrendar toda la finca ó parte de ella por igual ó menor término que él la tiene y para el mismo uso, siempre que no perjudique al dueño ni á otros arrendatarios; mas en los pueblos en que haya costumbre en contrario, deberá ser respetada. Para evitar dudas acerca de este punto, en que nó están conformes los juriscultos, parécenos convenienté que se ob-

sino que debe esperar á que trascurra el año que ha de concedérsele. (Sentencia de 21 de Junio de 1871.)

Aragon.—En Aragon, cuando el dueño de una casa se ve obligado á enajenarla, puede revocar el arrendamiento, haciendo constar esta necesidad por juramento. (Fuero I. Portoles.)

(1) Artículo 2.^o de la LEY HIPOTECARIA.

(2) Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Marzo de 1872. «La accion de desahucio presupone un contrato de arrendamiento, y no procede contra el que detenta una finca sin mediar arrendamiento ó pago de pension.» (Sentencias de 10 de Octubre de 1872 y 27 de Setiembre de 1875.) Pero el mismo Tribunal Supremo declaró posteriormente, en sentencia de 23 de Diciembre de 1876, «que procede el desahucio, aun cuando el que disfruta la finca la tenga en precario sin pagar merced alguna, siempre que fuese requerido para que la desocupe con un mes de término.»

(3) Artículo 1.^o de la ley de 25 de Junio de 1867, y arts. 1562 y 1563 de la ley de Enjuiciamiento civil.

tenga siempre el consentimiento del dueño. En los arrendamientos de predios rústicos hay en esta parte la limitación de que hablaremos.

278. Expuestas ya las doctrinas generales del contrato de arrendamiento, vamos á examinar en los siguientes párrafos las disposiciones especiales que rigen en algunos de ellos.

Reglas peculiares á los arrendamientos de predios rústicos.

279. Se da el nombre de colono al que recibe en arrendamiento un predio rústico. En éste, se hallan tácitamente afectos á la responsabilidad del arrendamiento y menoscabos, segun la ley de Partida, los frutos que produzca la finca y las cosas que han sido introducidas en ella con conocimiento del señor (1).

280. Durante el arrendamiento se observará escrupulosamente lo pactado, y el dueño, ni aun con el pretexto de necesitar para sí el predio, podrá despedir al arrendatario antes del término estipulado, sino en los casos de no pagar la renta, maltratar la finca, ó faltar á las condiciones estipuladas (2).

281. El arrendatario no puede subarrendar ni traspasar el todo ni parte de la finca sin aprobación del dueño; pero sí vender ó ceder al precio que le parezca alguna parte de los pastos ó frutos, á no ser que otra cosa se estipule en el contrato (3).

(1) Ley 5.ª, tit. VIII, Part. V.

(2) Artículo 5.º del decreto de las Cortes, de 8 de Junio de 1813, restablecido por Real decreto de 6 de Setiembre de 1836, y leyes 2.ª y 55, título VIII, Part. V. Por sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de Febrero de 1860, se vino á reconocer que faltándose á las condiciones lícitas del contrato, entre las cuales se cuenta la paga de la merced en los periodos estipulados, procede el desahucio, aunque no se haya cumplido el término del arrendamiento; esto mismo se halla confirmado posteriormente, declarándose que el precepto de la ley de 8 de Junio de 1813, en cuanto ordena que se respeten los arrendamientos por todo el tiempo señalado, está subordinado al de que se cumplan las condiciones estipuladas. (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 9 de Junio de 1860.)

(3) Artículo 7.º del decreto de las Cortes, de 8 de Junio de 1813. Como el artículo no exige que la aprobación del dueño sea expresa y anterior al subarriendo, bastará la tácita posterior. (Sentencia de 10 de Octubre de 1865.)

282. Como, segun hemos manifestado, ha de haber proporción entre la merced y el producto de la cosa, si los frutos se pierden íntegramente por caso fortuito y extraordinario, nada deberá pagarse por el arriendo de aquel año; pero si la pérdida consiste sólo en parte, está en elección del arrendatario, ó dar el precio del arriendo, ó el sobrante de los frutos, deducidas las expensas (1).

283. Esta doctrina no es admisible en el caso en que la pérdida provenga de culpa ó mal cultivo del arrendatario (2); ni tampoco cuando la cantidad de frutos cogida en el año anterior ó en el siguiente al de la pérdida, sea bastante á satisfacer el arrendamiento y expensas de los dos, aunque ya se hubiese remitido el de uno; ni cuando se haya pactado que en todo evento se pagará la renta íntegra (3); ni cuando el arrendatario da por el arrendamiento parte determinada de los frutos que coge, en cuyo caso la utilidad y las pérdidas pertenecen á los dos, que forman una especie de sociedad; ni cuando la esterilidad ó el daño son leves; ni, por último, cuando es frecuente el acaecimiento que produce la pérdida (4), porque entónces es de creer que le tuvieron presente los contratantes al convenir en el precio del arrendamiento.

(1) La ley 22, tit. VIII, Part. V, pone ejemplos de algunos de los acontecimientos extraordinarios que producen la pérdida de todos los frutos, así como (son sus palabras) *por avenidas de rios, ó por muchas lluvias, ó por granizo, ó por fuego que los quemase, ó por hueste de los enemigos, ó por asonadas de otros omes que los destruyesen, ó por sol ó por viento muy caliente, ó por aves, ó por langostas ú otros gusanos que los comiesen.....*

La elección que esta misma ley da al arrendatario cuando la pérdida ha sido parcial, se entiende, segun Gregorio Lopez en la glosa 8.ª, del caso en que haya excedido de la mitad de los frutos que se solian coger, pues si no ha llegado, entónces no se puede decir que ha habido esterilidad, sino una corta cosecha.

(2) Ley 22, tit. VIII, Part. V.

(3) Ley 23. Conforme á esta ley y á la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la obligación del arrendatario que acepta los casos fortuitos «comprometiéndose á pagar íntegro el precio del arrendamiento, sean cuales fueren los que sobrevengan, se entiende cuando la pérdida afecta á los frutos ó utilidades de aquél, y no cuando desaparece la finca ó cosa arrendada.» (Sentencia de 4 de Marzo de 1873.)

(4) Ley 22.

284. Por igual razon, si excedieron los frutos en un año, más del duplo de lo acostumbrado, deberá duplicarse tambien la renta, si el aumento no provino de la industria del arrendatario (1).

285. Los arrendamientos hechos por tiempo determinado fenecen con éste sin necesidad de mútuo desahucio, y sin que pueda jamás el arrendatario alegar posesion contra la voluntad del dueño; pero si aquél permanece en la finca tres ó más dias despues de concluido el término, con aquiescencia del dueño, se entenderá renovado el contrato por un año más y con las mismas condiciones (2). No por esto creemos renovada la fianza que dió el arrendatario para la seguridad del pago del arriendo, si expresamente no se dice, porque la ley no induce en este caso presuncion ninguna contra el fiador como contra el arrendatario.

286. Los arrendamientos hechos sin tiempo determinado durarán á voluntad de las partes; pero cualquiera de ellas que quiera disolverlos, podrá hacerlo avisando á la otra un año ántes, y el arrendatario nunca tendrá derecho alguno despues de desahuciado por el dueño (3). Las razones en que esto se funda son tan óbvias que no necesitan explicarse.

§ III.

Reglas peculiares á los arrendamientos de prédios urbanos.

287. El arrendatario de prédios urbanos que, segun queda dicho, se llama tambien inquilino, aunque no esté cumplido el término de la convencion puede ser desahuciado de la casa por alguna de las justas causas marcadas en las leyes. Estas son:

1.^a Cuando el señor quiere mudarse á ella porque se cae ó

(1) Ley 23 citada, generalmente inobservada en esta parte.

(2) Artículo 5.^o del decreto de las Córtes, de 8 de Junio de 1813. Con arreglo á este artículo han recaido varias resoluciones del Tribunal Supremo, entre ellas las de 28 de Noviembre de 1865, 10 de Marzo de 1872, y 15 de Diciembre de 1873.

(3) Artículo 6.^o del citado decreto de las Córtes. La obligacion que este artículo impone á las partes que quieran disolver el contrato, de avisarse un año ántes, supone virtualmente el exacto cumplimiento por ambas, de las condiciones del convenio. (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 14 de Diciembre de 1858.)

amenaza ruina la casa en que habita, ó porque tiene temor de algun daño que le puede sobrevenir en ella, ó porque casa á alguno de sus hijos. A pesar de que el primero de los motivos mencionados no deja de ser muy atendible, creemos que en la actualidad seria muy difícil que se le considerara como causa legal de desalojar al inquilino, ántes de cumplir el término del contrato. Respecto á los otros, indudablemente no se pueden reputar como existentes (1).

2.^a Si hay necesidad de reedificarla, ó de hacer una obra indispensable para evitar su ruina, que impida al inquilino continuar habitando en ella (2).

3.^a Cuando el inquilino hiciere mala vecindad, ya usando de la casa de modo que la destroce, ya destinándola á ciertas ocupaciones ó granjerias ilícitas (3).

(1) Ley 6.^a, tit. VIII, Part. V. En efecto; en el dia, despues de publicada la de 9 de Abril de 1842, éstas no serán causas de desahucio, segun creemos, á no haberse estipulado así en el contrato.

Sin embargo, en una sentencia del Tribunal Supremo, publicada en 3 de Julio de 1878, se halla declarado, que tanto por la ley 8.^a, tit. X, libro X de la Novísima Recopilacion (que sólo se refiere á los arrendamientos de casas de Madrid), como por la citada de 1842, se autoriza al dueño de la casa que la necesita para sus servicios, á desahuciar al inquilino. Pero nosotros no vemos en la ley de 1842 la concesion de semejante facultad; en ella vemos, por el contrario, la expresa derogacion del auto acordado de 21 de Julio de 1792, ó sea ley 8.^a, tit. X, lib. X de la Novísima Recopilacion.

En la misma sentencia se declaraba tambien, que el derecho concedido por esta ley á los dueños era extensivo á las personas jurídicas, y no se limitaba á los particulares.

Aragon.—Tambien en Aragon el que llega á necesitar para sí la casa, puede desahuciar al inquilino (Fuero I, *locat.*); pero tampoco ha de regir este fuero, por haberse hecho extensivo á todas las provincias lo dispuesto en la mencionada ley de 9 de Abril de 1842.

(2) Ley 6.^a citada. Segun esta ley de Partida, cuando ocurran estos casos, el locador tendrá que dar al inquilino otra casa para su habitacion ó devolverle la parte de alquiler que hubiese recibido. No procediendo esta causa de la voluntad del dueño del prédio, seria injusto imponerle mayor responsabilidad. Pero si la casa estaba ruínosa al tiempo de hacer el contrato, y no lo ignoraba el dueño, éste deberá pagar además, segun nuestra opinion, daños y perjuicios.

(3) La misma ley 6.^a

4.^a Cuando no pagare los alquileres en los plazos establecidos, ó á lo más tardar á fin de año (1).

5.^a Cuando habiéndola arrendado por cuatro ó más años, el arrendatario dejare pasar dos sin pagar el arrendamiento (2).

288. Respecto de las casas de la corte, cuyos arrendamientos se reputaban perpétuos, hay varias disposiciones particulares, fundadas, parte en un derecho municipal no escrito, y parte en la ley (3), de las que no corresponde hablar en una obra cuyo objeto es comprender los principios elementales y universales de nuestra jurisprudencia. Además, estas disposiciones no rigen ya, sino en los arrendamientos hechos antes de la ley de 9 de Abril de 1842, no especial á Madrid, sino general á la Península é Islas adyacentes, que ha venido á hacer en este punto importantes y radicales variaciones, estableciendo reglas que destruyen todo cuanto en contrario se hallaba anteriormente ordenado.

289. Estas reglas son:

1.^a Los dueños de las casas y otros edificios urbanos, tanto en la corte como en los demás pueblos de la Península é Islas adyacentes, los pueden arrendar libremente, estableciendo con el arrendatario los pactos y condiciones que les parezcan convenientes, que deberán ser cumplidos y observados á la letra.

(1) Ley 5.^a Violadas por una parte las condiciones del contrato, es natural que la otra quede en libertad de pedir su rescision.

(2) Ley 6.^a anteriormente citada.

Debemos advertir que, segun declaracion del Tribunal Supremo, «cuando el arriendo se hace por tiempo cierto, no puede el propietario, por regla general, desalojar al inquilino, salvo, entre otros casos, cuando pasados dos años el inquilino no pagase lo que debia dar.» (Sentencia de 3 de Mayo de 1872.) Esta interpretacion dada á la ley 6.^a, no nos parecería enteramente ajustada á su letra ni á su espíritu, si se considerara aplicable á todos los arrendamientos hechos por tiempo determinado lo que dispone aquella respecto de un caso concreto, á saber, cuando el arrendamiento se otorga por *cuatro ó cinco*.

Pero de todos modos, lo indudable es que, despues de publicada la ley de 9 de Abril de 1842, han quedado derogadas todas las disposiciones contrarias á la misma, y en su consecuencia, dejándose de pagar los alquileres en los plazos convenidos, procede el desahucio y la rescision del contrato. Así lo tiene declarado tambien el Tribunal Supremo, en sentencias de 28 de Mayo de 1879 y de 4 de Junio de 1880.

(3) Ley 8.^a, tit. X, lib. X de la Novísima Recopilacion.

2.^a Si en el contrato se ha estipulado tiempo fijo para la duracion del arrendamiento, éste se considera terminado, cumplido que sea el plazo, sin necesidad de desahucio por una y otra parte.

3.^a Si no se hubiese fijado tiempo, ni pactado desahucio, ó cumplido el tiempo fijado continuase de hecho el arrendamiento por consentimiento tácito de las partes, el dueño no podrá desalojar al inquilino ni éste dejar el prédio, sin cumplir la obligacion de avisarse anticipadamente segun la costumbre usada en el pueblo, y si no la hubiese, en el plazo de cuarenta dias (1).

§ IV.

Disposiciones peculiares á los arrendamientos de rentas públicas y concejiles.

290. Ya manifestamos en el libro segundo, que en la disposicion de los bienes públicos se procedia en conformidad de lo que previenen los reglamentos administrativos. Estos establecen reglas particulares para los arrendamientos de las rentas públicas y concejiles, tanto acerca de sus formalidades, como de las personas autorizadas para hacerlos, y de los efectos del contrato; y lo que es más, despues de celebrado dan á su vez lugar á la licitacion, aumentando la cuarta, décima, ó vigésima parte del precio del arrendamiento. Pero lo establecido en esta materia por las leyes recopiladas ha sido en mucha parte modificado por disposiciones modernas. Detenernos más en esto seria separarnos de nuestro propósito, que no se extiende á tratar del derecho administrativo.

(1) Aunque la ley exige para desalojar al inquilino el previo aviso de cuarenta dias, no prohibe interponer la demanda de desahucio antes del expresado plazo. (Sentencia de 12 de Enero de 1876.) El dueño de una casa adquirida con título legítimo, tiene derecho de despedir al inquilino que la ocupaba antes de la adquisicion, con tal que no haya mediado un pacto especial, prohibitivo de enajenar la finca sin el gravámen concertado con su anterior poseedor. (Sentencia de 4 de Diciembre de 1866.)

SECCION III.

DEL ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA.

291. No solamente pueden arrendarse las cosas, sino tambien la industria de las personas, como se infiere de la definicion que hemos dado del arrendamiento. A esta clase de arrendamientos corresponden los convenios celebrados con los domésticos (1), obreros, artesanos y conductores por tierra y mar, que por cierta cantidad nos ofrecen su industria y su pericia. El arrendatario será el que dé la merced. El que la recibe debe procurar la utilidad del que le paga, á quien habrá de resarcir los daños que su omision ó culpa le ocasione.

292. *Ajuste ó contrato de obra.*—A esta clase de arrendamientos es semejante el llamado comunmente *ajuste ó contrato de*

(1) *Navarra.*—Las leyes de Navarra hablan muy especialmente de las obligaciones reciprocas de amos y criados; nos limitaremos aquí sólo á lo que está en uso. El cap. XII, tit. V, lib. I del Fuero, fijó el principio de que nadie pudiese abandonar el servicio para que se habia contratado por tiempo determinado, y á su vez que tampoco abandonase el amo al criado. Cuando el sirviente falta á lo pactado, está obligado su fiador á hacer que aquel cumpla su contrato, ó á servir él mismo, ó á poner un sirviente en su lugar; si el sirviente no tiene fiador y no quiere cumplir el servicio, debe pagar á su amo lo que hubiese gastado en comida, bebida y vestido, y no percibe cosa alguna por razon de salario. Si es el amo el que despide al criado, deberá pagarle el salario por entero como si se hubiese cumplido todo el tiempo prefijado, en caso de que el criado se halle dispuesto á salir de su servicio. Esto tiene tambien lugar cuando no hay término prefijado si la costumbre del pueblo fuese hacer los contratos por uno ó más años (Alonso). No es esto extensivo al caso en que el criado se despidiere por culpa del amo, ó por el contrario, el amo despidiere al criado por malos hechos suyos. Tampoco incurre, segun la expresada ley, en dicha responsabilidad el criado que se casare y dejare el servicio, desde el dia en que celebre las bodas, en cuyo caso el señor está obligado á pagarle prorrateado el salario por el tiempo que le haya servido. La observancia de estas disposiciones se halla reencargada por la ley 2.^a tit. XX, lib. V de la Novísima Recopilacion de Navarra.

obra, por el que entendemos, *el celebrado por un arquitecto ó maestro de obras para la construccion de una casa ó de otro edificio cualquiera, por precio cierto.* Se puede hacer de tres modos: 1.^o Poniendo el arquitecto el terreno además de sus servicios. 2.^o Poniendo únicamente su industria personal. 3.^o Poniendo su industria y además los materiales necesarios. En el primero y tercer caso el contrato de arrendamiento participa del de venta por lo que se refiere al terreno y á los materiales; en el segundo nada hay más que un arrendamiento. El primero es el ménos usado.

293. No debemos hacer mencion de las doctrinas de los contratos en general y del arrendamiento en particular que son tambien comunes á éste, sino tan sólo de las que se pueden considerar como especiales á él. En su consecuencia, nos limitaremos á decir, que la persona que se encarga de una obra tiene la obligacion de llevarla á cabo segun las reglas del arte, cumpliendo las condiciones estipuladas y de conformidad con el plano que se trazó.

294. Cuando el arquitecto pone el terreno, si el edificio se arruina ó destruye en parte ántes de estar concluido y recibido por la persona con quien contrató su construccion, aunque el daño proceda de caso fortuito ó fuerza mayor, recaerá sobre el arquitecto. Pero si terminada la obra y avisado el comprador para que la reciba, hubiere tardanza de éste, suyo será el peligro ocasionado por accidente y sin culpa del arquitecto. Constituyendo esta forma de ajuste de obra una verdadera compra y venta, relativamente el terreno, se le aplican las disposiciones de las leyes que rigen en este contrato respecto al peligro de la cosa vendida. Cuando el arquitecto ó maestro de obras ha puesto solamente su industria personal, si el edificio se destruye total ó parcialmente por un acontecimiento fortuito, y no por vicio de construccion, ó culpa del arquitecto ó de sus operarios, el daño corresponderá al dueño, que además tendrá la obligacion de pagar á prorata el precio en que la obra hubiera sido ajustada. Mas si ésta se hubiese arruinado, no por causas imprevistas é inevitables, por ejemplo, por grandes lluvias, terremotos ó inundaciones, sino por impericia ó falta de diligencia del arquitecto ó alarife, éste quedará obligado á levantar de nuevo ó á reparar el edificio destruido ó deteriorado. Concluida la obra, debe avisar al que se la encargó para que la reciba y se dé por satisfecho de ella; éste tiene

derecho de hacer que sea reconocida por peritos nombrados por ambas partes, y del reconocimiento resultará, ó bien su obligación á recibirla y pagarla, ó bien la del maestro alarife á demolerla ó á repararla á su costa, y á satisfacer además los daños y perjuicios. Si no se hubiese practicado el reconocimiento, será preciso que la obra dure sin falsear por espacio de quince años para tenerla por sólida y bien hecha, á no ser que el daño provenga de caso fortuito, no imputable al constructor (1).

295. Las mismas reglas se siguen, segun algunos escritores, cuando el arquitecto ó alarife ha puesto su industria y los materiales para la construccion; pero la ley de Partida no es tan terminante como presumen, y más bien parece que se limita á las edificaciones en que el maestro de obras pone sólo la industria y el trabajo. En su consecuencia, podrá decirse, partiendo de esta hipótesis, que si el alarife pone tambien los materiales, el perjuicio y daño de la obra, aun el acaecido por caso fortuito ántes de haberla recibido y darse por satisfecho el dueño, serán de cuenta y riesgo del constructor, y sólo del propietario si hubo por su parte mora ó tardanza en recibirla despues de concluida y de haber sido avisado por el maestro. El que ha contratado la obra no puede negarse á recibirla bajo pretexto de que no está hecha á su gusto, aunque así se hubiera estipulado; pues semejante pacto sólo produce el efecto de que se decida judicialmente la cuestion, prévio el reconocimiento de peritos (2).

296. Los que se encargan de estas obras, como por lo respectivo á su oficio tienen obligación de saber el valor de las que ajustan, no pueden alegar lesion ó engaño (3); pero pueden ale-

(1) Leyes 16 y 17, tít. VIII, Part. V, y 21, tít. XXXII, Part. III.

(2) Ley 17, tít. VIII, Part. V.

(3) Ley 4.ª, tít. I, lib. X de la Novísima Recopilacion. Esta ley sólo prohíbe alegar engaño á los oficiales de cantería y albañilería, carpintería y otros, en los contratos de obras de su arte, pero no en los respectivos á las otras artes que no son de su pericia é incumbencia. (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 18 de Junio de 1864.)

Navarra.—La ley 7.ª, tít. XXII, lib. V de la Novísima Recopilacion de Navarra, establece que los que se encargan de una obra sin ser maestros del arte respectivo, están sujetos á que sea tanteada esta por cualquiera que tenga el título correspondiente.

garla los dueños de ellas, si el precio del ajuste es tan elevado, que el perjuicio excede de la cuota para estos casos señalada por la ley (1).

297. Siendo ésta una de las obligaciones que consisten en hacer, y en que se atiende principalmente á la industria y á la aptitud de la persona, no se trasmite á los herederos del arquitecto ó maestro de obras, pero sí á los del que encargó la edificacion, en quien no concurren las mismas circunstancias.

TÍTULO VII.

Del contrato de censo.

298. Cuando manifestamos en el lugar correspondiente la naturaleza y caracteres de los censos, nos limitamos á considerarlos como un derecho ya constituido, único aspecto bajo el cual el método exigía que los colocáramos entre los derechos en la cosa, y como una parte desmembrada del dominio. Despues de enumerar allí mismo que se constituian por última voluntad y por convenio, dejamos para este lugar hablar del contrato de censo, que es el modo más frecuente de constituirle.

299. Si se trae á la memoria lo que acerca de los censos hemos dicho anteriormente, aparecerá al instante que el contrato en que se establecen debe ser bilateral, pues que en todos ellos hay obligación por parte de ambos contrayentes; así en el enfiteútico, el señor de la cosa se obliga á traspasar á otro el dominio útil, reservándose el directo, al mismo tiempo que el en-

(1) En este sentido debe entenderse una decision del Tribunal Supremo de Justicia, que considera comprendida esta clase de contratos, no tan sólo en la disposicion general de la ley 2.ª, tít. I, lib. X de la Novísima Recopilacion, sino tambien en la 4.ª del mismo título y libro. (Sentencia de 24 de Setiembre de 1858.)

Por el mismo Supremo Tribunal se halla tambien declarado que no corresponde á este contrato, así como tampoco al de alquiler de servicios, el de construccion de una máquina ó instrumento fabril. (Sentencia de 30 de Abril de 1860.)

derecho de hacer que sea reconocida por peritos nombrados por ambas partes, y del reconocimiento resultará, ó bien su obligación á recibirla y pagarla, ó bien la del maestro alarife á demolerla ó á repararla á su costa, y á satisfacer además los daños y perjuicios. Si no se hubiese practicado el reconocimiento, será preciso que la obra dure sin falsear por espacio de quince años para tenerla por sólida y bien hecha, á no ser que el daño provenga de caso fortuito, no imputable al constructor (1).

295. Las mismas reglas se siguen, segun algunos escritores, cuando el arquitecto ó alarife ha puesto su industria y los materiales para la construccion; pero la ley de Partida no es tan terminante como presumen, y más bien parece que se limita á las edificaciones en que el maestro de obras pone sólo la industria y el trabajo. En su consecuencia, podrá decirse, partiendo de esta hipótesis, que si el alarife pone tambien los materiales, el perjuicio y daño de la obra, aun el acaecido por caso fortuito ántes de haberla recibido y darse por satisfecho el dueño, serán de cuenta y riesgo del constructor, y sólo del propietario si hubo por su parte mora ó tardanza en recibirla despues de concluida y de haber sido avisado por el maestro. El que ha contratado la obra no puede negarse á recibirla bajo pretexto de que no está hecha á su gusto, aunque así se hubiera estipulado; pues semejante pacto sólo produce el efecto de que se decida judicialmente la cuestion, prévio el reconocimiento de peritos (2).

296. Los que se encargan de estas obras, como por lo respectivo á su oficio tienen obligación de saber el valor de las que ajustan, no pueden alegar lesion ó engaño (3); pero pueden ale-

(1) Leyes 16 y 17, tít. VIII, Part. V, y 21, tít. XXXII, Part. III.

(2) Ley 17, tít. VIII, Part. V.

(3) Ley 4.ª, tít. I, lib. X de la Novísima Recopilacion. Esta ley sólo prohíbe alegar engaño á los oficiales de cantería y albañilería, carpintería y otros, en los contratos de obras de su arte, pero no en los respectivos á las otras artes que no son de su pericia é incumbencia. (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 18 de Junio de 1864.)

Navarra.—La ley 7.ª, tít. XXII, lib. V de la Novísima Recopilacion de Navarra, establece que los que se encargan de una obra sin ser maestros del arte respectivo, están sujetos á que sea tanteada esta por cualquiera que tenga el título correspondiente.

garla los dueños de ellas, si el precio del ajuste es tan elevado, que el perjuicio excede de la cuota para estos casos señalada por la ley (1).

297. Siendo ésta una de las obligaciones que consisten en hacer, y en que se atiende principalmente á la industria y á la aptitud de la persona, no se trasmite á los herederos del arquitecto ó maestro de obras, pero sí á los del que encargó la edificacion, en quien no concurren las mismas circunstancias.

TÍTULO VII.

Del contrato de censo.

298. Cuando manifestamos en el lugar correspondiente la naturaleza y caracteres de los censos, nos limitamos á considerarlos como un derecho ya constituido, único aspecto bajo el cual el método exigía que los colocáramos entre los derechos en la cosa, y como una parte desmembrada del dominio. Despues de enumerar allí mismo que se constituian por última voluntad y por convenio, dejamos para este lugar hablar del contrato de censo, que es el modo más frecuente de constituirle.

299. Si se trae á la memoria lo que acerca de los censos hemos dicho anteriormente, aparecerá al instante que el contrato en que se establecen debe ser bilateral, pues que en todos ellos hay obligación por parte de ambos contrayentes; así en el enfiteútico, el señor de la cosa se obliga á traspasar á otro el dominio útil, reservándose el directo, al mismo tiempo que el en-

(1) En este sentido debe entenderse una decision del Tribunal Supremo de Justicia, que considera comprendida esta clase de contratos, no tan sólo en la disposicion general de la ley 2.ª, tít. I, lib. X de la Novísima Recopilacion, sino tambien en la 4.ª del mismo título y libro. (Sentencia de 24 de Setiembre de 1858.)

Por el mismo Supremo Tribunal se halla tambien declarado que no corresponde á este contrato, así como tampoco al de alquiler de servicios, el de construccion de una máquina ó instrumento fabril. (Sentencia de 30 de Abril de 1860.)

fitéuta promete pagarle las pensiones y los demás derechos censuales.

300. Hay tantas clases de contratos censuales, cuantas son las especies de censos de que en su lugar hemos hecho expresion. Ocioso sería que diéramos aquí definiciones de cada uno de ellos; fácil es formarlas á todos, considerando ahora los censos sólo en su constitucion, puesto que ántes los hemos definido como ya constituidos.

301. En el contrato de censo se siguen las reglas generales que hemos reputado comunes á todos los contratos; hay, sin embargo, algunas cosas que son especiales á él, en que debemos ocuparnos.

302. En el contrato de censo enfitéutico, que por mucho tiempo estuvo considerado entre los romanos, ya como venta por la traslacion que se hacia del dominio útil, ya como arrendamiento por la pension que se pagaba, y que fué erigido despues en un contrato especial, debe hacerse constar su existencia por escritura pública, que deberá inscribirse en el registro de la propiedad, sin cuya circunstancia no puede perjudicar á tercero (1). Antes de ella, en virtud del consentimiento, deberá llevarse á efecto;

(1) Ley 3.^a, tít. XIV, Part. I; ley 28, tít. VIII, Part. V. Artículos 2.^o, 23 y 25 de la LEY HIPOTECARIA. Una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, apoyandose en estas leyes, reconoce la necesidad del otorgamiento de escritura pública para la validez de la constitucion de los censos enfitéuticos, y declara que en caso de que hubiera desaparecido aquélla, además de las pruebas sobre este extremo, el dueño directo debe justificar la identidad del prédio dado en enfitéusis. (Sentencia de 11 de Diciembre de 1858.) Y por otra sentencia del mismo Supremo Tribunal, se reconoce que, si bien es indispensable el otorgamiento de escritura pública para la constitucion de los censos perpétuos y de la enfitéusis, su existencia se puede probar por otros medios establecidos para la adquisicion de los derechos reales. (Sentencias de 9 de Marzo de 1861, de 9 de Abril de 1864, de 9 de Julio de 1868 y algunas otras.) En otra se halla declarado, que ni las leyes 3.^a, tít. XIV de la Part. I, y 28, tít. VIII, Part. V, prohíben que á falta de escritura de constitucion de censo, se pruebe la legitimidad de su existencia por cualquiera de los medios de justificacion que reconoce el derecho. (Sentencia de 18 de Enero de 1879.) La obligacion que uno contrato, al convenir en la compra á censo de un terreno, de satisfacer la pension estipulada y de otorgar la correspondiente escritura, segun documento privado formalizado provisionalmente y cuya certeza no se ha

pero para la fuerza legal del mismo contrato en juicio, es indispensable aquella circunstancia; disposicion justa y que limita los abusos que el concedente podia hacer de su posicion ventajosa con el trascurso del tiempo.

303. Lo mismo y con mayor razon debe decirse del censo reservativo (1), que traslada á la vez los dominios útil y directo, como en su lugar dejamos expuesto. Con sólo considerar que en él nada da el censuario al tiempo de su constitucion, y por otra parte, que no es gratuito lo que se concede, porque el censalista se reserva una pension, se conocerá cuán inoportunamente le equiparan unos á la compra y venta, y otros á la donacion.

304. El censo consignativo, cuando se constituye por contrato, es una especie de venta; en ella el comprador es el censalista, el vendedor el censuario; el capital es el precio que se paga, y el derecho á la pension la cosa que se vende. Este contrato se debe reducir tambien á escritura pública para que en todo tiempo conste su existencia (2). En su constitucion debemos considerar; 1.^o La cosa sobre que se impone. 2.^o El capital impuesto. 3.^o La pension que se ha de percibir.

305. La cosa sobre que se impone el censo debe ser raiz, determinada y propia del censuario, ó un derecho perpétuo existente; las demás están excluidas. Debe ser además fructifera, tanto para que el contrato no degenerare en usurario, como para asegurar mejor el pago de la pension. El dueño de la cosa sobre que se impone el censo deberá manifestar al censalista las cargas y

puesto en duda por los contratantes, es eficaz, y la sentencia que compele á su cumplimiento no infringe la ley 3.^a, tít. XIV, Part. I, ni el art. 2.^o de la LEY HIPOTECARIA. (Sentencia de 4 de Marzo de 1872.)

Y por último, tambien se declaró por el Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de Diciembre de 1878, que cualesquiera que sean los nombres que los otorgantes diesen al contrato consignado en escritura pública, se entiende constituido en él un verdadero censo enfitéutico, si en aquélla se establecieron todas las condiciones que distinguen y determinan esta clase de contratos.

(1) La escritura en que se constituya ha de inscribirse tambien en el registro, segun los artículos citados de la LEY HIPOTECARIA.

(2) Esta escritura deberá tambien inscribirse en el registro, para que pueda producir efectos contra un tercero. (Arts. 2.^o, 23 y 25 de la LEY HIPOTECARIA.)

responsabilidades á que estuviere afecta, bajo la pena de pagar con el dos tanto la cantidad que hubiere recibido, á la persona á quien vendiere el censo (1).

306. *Capital.*—El capital ó precio con que se constituye el censo consignativo, segun la opinion más general, ha de consistir en dinero, aunque las leyes sólo lo exigen en el vitalicio, que diferente en su naturaleza y efectos de los que gravan la propiedad, no corresponde al presente lugar. Esto, que en los pueblos donde hay costumbre legítima de ejecutarse desecha dudas, nos parece que debe ser extensivo á todos, tanto para evitar fraudes, como por ser conforme á la esencia del contrato de compra y venta, al que casi siempre debe su origen el censo consignativo. No basta que se convenga acerca del capital, sino que es indispensable además que para su completa perfeccion intervenga la tradicion verdadera ó fingida; diferencia que existe entre ésta y las demás ventas. No es necesario que el dinero sea entregado en el acto; basta que lo haya sido ántes (2). Debemos advertir que no hay obstáculo para que se constituya este censo en las particiones sin que medie dinero, pues como en otro lugar hemos dicho, cuando alguna cosa no admite cómoda division, puede convenirse en que uno de los herederos la lleve toda, imponiendo sobre ella misma una pension ó carga á favor de los otros coherederos.

307. El precio ó capital debe corresponder á la pension, guardando proporcion con ella. Los legisladores le han tasado distintas veces de diferentes modos, con arreglo á la diversidad de circunstancias, y á la relacion entre las cosas y el dinero (3). En los censos al quitar, está ahora regulado al tres por ciento (4).

(1) Ley 2.^a, tit. XV, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) *Cataluña.*—Se puede establecer un nuevo censal con el importe de las pensiones vencidas y no pagadas, y con cualquiera otra denda, segun la opinion de algunos escritores.

Navarra.—Admitida en Navarra la bula de San Pio V, como hemos dicho en otro lugar, la entrega necesita ser hecha en dinero en el acto del otorgamiento del censo.

(3) Ley 3.^a, y notas 1.^a y 2.^a, tit. XV, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(4) Ley 8.^a, tit. XV, lib. X de la Novísima Recopilacion.

Aragon.—*Cataluña.*—La ley 9.^a del mismo título y libro manda que

bajo pena de nulidad del contrato: la ley imponia tambien la pena de privacion de oficio al escribano que con mayor pension autorizase tales escrituras (1); y esta tasa es extensiva á los contratos anteriores á la reduccion (2). En el censo constituido como irredimible, la ley no señala tasa; pero atendiendo á que es más gravoso al censuario que el redimible, deberá ser mayor el capital, si bien se pasará por lo que la costumbre haya introducido. Habiéndose abolido la tasa del interés en el préstamo, y pudiendo señalar los contratantes el que les parezca más conveniente, con tal que conste por escrito, se ha creido por algunos que por una necesaria consecuencia podrán designarse tambien las pensiones en los censos, sin atender al capital, y considerarse derogadas en este punto las leyes que fijaban la proporcion que debia guardarse entre los réditos y el capital. Aunque en efecto parece que hay razones de analogía en apoyo de esta opinion, juzgamos que no son bastantes para reputar abolidas las leyes que rigen en esta materia, sobre todo si se considera que la ley de 14 de Marzo de 1856 se refiere única y exclusivamente á los préstamos, y que para darle una interpretacion extensiva, seria indispensable una declaracion especial (3). Aun mayor que en los demás debe ser el precio en el censo enfiteutico, teniendo en cuenta los considerables gravámenes que sufre el enfiteuta, y que redundan en beneficio del señor del dominio directo. Y aunque en realidad, por lo comun no se hace mencion de él al constituirse la enfiteusis, debe calcularse de modo que sea doble que el de los censos al

tenga lugar esta reduccion en la corona de Aragon, del mismo modo que ántes habia sido prescrito para los reinos de Castilla y de Leon.

Navarra.—En Navarra el censo consignativo, cuya pension fué primero el siete por ciento y despues el seis (ley 2.^a, tit. IV, lib. III de la Novísima Recopilacion), quedó reducida al cinco desde 1617, respecto á todos los censos que en lo sucesivo se constituyeran. (Ley 4.^a del mismo título y libro.)

(1) Nota 1.^a, tit. XV, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) Nota 2.^a

(3) Del considerando de una sentencia del Tribunal Supremo, parece deducirse que, segun su opinion, continúa vigente y no abolida la tasa legal en los censos. (Sentencia de 4 de Marzo de 1872.)

Aragon.—La pension se llama en Aragon *Treudo*.

quitar, es decir, ciento por uno y medio; y así se halla establecido respecto á casas y solares en Madrid (1).

308. *Pension*.—Una ley recopilada (2), extensiva á los contratos celebrados ántes de su promulgacion, previene que se pague la pension en dinero efectivo en los censos al quitar. Los fraudes de que varias personas se valieron, suponiendo que eran perpétuos é irredimibles algunos censos sin serlo, dió lugar á que se mandase que se consideraran como redimibles todos los constituidos en algunos puntos despues de la ley poco ántes mencionada (3), y á que se determinara tambien que se arreglasen al precio que se les habia prefijado. Pero observándose despues que algunos censuarios, especialmente los labradores distantes de las grandes poblaciones, no podian con facilidad vender sus productos, lo que degeneraba tambien en daño del censalista, pues cobraba con mayor dificultad, se mandó que donde habia costumbre de ajustar el rédito en granos, se regulase la paga de éstos sin exceso alguno por la reduccion prevenida (4). Y aun otras leyes posteriores vinieron á reconocer la existencia y validez de pensiones constituidas en granos ó especies que no fueran dinero; de tal suerte, que hasta se ha llegado á considerar implícitamente derogada la ley recopilada que prohibió establecerlas en esta forma (5).

309. *Pactos agregados al censo*.—En la constitucion de este contrato suelen añadirse algunos pactos, que deberán guardarse si son lícitos. No tendrán esta consideracion los que imponen algun gravámen además de la totalidad de la pension prevenida

(1) Ley 12 del mismo título y libro.

(2) Ley 3.^a

(3) Despues de 1534, en Galicia, Leon, Asturias, provincia del Bierzo y marquesado de Villafranca. (Ley 5.^a, tit. XV, lib. X de la Novísima Recopilacion.)

(4) Ley 9.^a, tit. XV, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(5) Párrafos 1.^o y 10 de la ley 22, y 12 de la 24, tit. XV, lib. X de la Novísima Recopilacion. Así se halla tambien declarado por el Tribunal Supremo, en conformidad con estas leyes. (Sentencia de 26 de Setiembre de 1860.)

Aragon.—El rédito tiene que consistir en dinero; en el censo reservativo se puede recibir en frutos, segun Franco de Villalba.

por la ley, por reputarse en su fraude (1). Tales son el de no enajenar la cosa censada; el de reservarse el que le impone el derecho de tanteo; el de pagar las pensiones anticipadas; el de obligarse al pago de los réditos aunque se arruine la finca; el de no redimirse nunca el censo, ó por el contrario, tener que redimirle en tiempo determinado; el de que á pesar de redimirse en parte el censo, se pague íntegramente la pension, y otros semejantes. Pero algunos de ellos, tales como el de no enajenar la cosa censada, ó el de reservarse el comprador el derecho de tanteo, se consideran válidos, siempre que tratándose de censos que no tienen precio por la ley, se señala el precio supremo ó medio de los que el uso ha introducido; ó en los censos que le tienen prefijado por la ley, se ha convenido en uno mayor del que rigurosamente corresponde (2). La razon de diferencia consiste en que, si bien estos pactos son gravosos á los censatarios que quieren vender la cosa censada, ya por impedirles absolutamente su enajenacion, ya porque aunque se les permita, el temor al tanteo disminuye la concurrencia de compradores, el gravámen se compensa con la rebaja que se hace en la pension. Estos, cuando en ellos no hay esta compensacion, así como los demás mencionados, se deben considerar como no escritos. No sucede lo mismo cuando interviene pacto por el que expresamente convienen los contratantes en que el precio sea menor que el tasado por las leyes, pues entónces será nula toda la convencion. Algunos limitan esta declaracion de nulidad á los censos vitalicios, diciendo que en los demás en que la pension es más alta que la designada por la ley, sólo procede la reduccion ó rebaja del censo (3). Por último, el

(1) La doctrina legal de que los pactos añadidos al contrato censal, que inferen gravámen al censatario, se tienen por no puestos, se refiere á los pactos sobre rebaja del precio ó aumento de la pension; pero de ninguna manera á todos aquellos que tienen por objeto garantizar el pago de las pensiones. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de Abril de 1864.)

(2) Lo mismo opinan Olano y Sala, contra Avendaño y Gutierrez, que sostienen que siempre son válidos los dos expresados pactos.

(3) Leyes 6.^a y 8.^a, tit. XV, lib. X de la Novísima Recopilacion. No nos parece acertada la opinion de Larrea y de Avendaño, que sostienen que no se vicia todo el contrato, sino sólo el aumento de la pension.

Las palabras de la ley 8.^a han podido dar lugar á esta diversa inteligen-
cia. En ella se dice, que los contratos de censos que en otra manera se hicie-

pacto de que caiga en comiso la cosa censada si no se paga la pension en los plazos convenidos, está declarado expresamente válido por la ley (1).

310. Debemos aquí advertir que, si hay duda acerca de si un censo es redimible, reservativo, consignativo, deberá examinar-

ren, sean en sí ningunos y de ningún valor ni efecto; pero añade que no se pueda en virtud de ellos pedir ni cobrar en juicio ni fuera de él más de á la dicha razon y respecto. Nos inclinamos, sin embargo, á que con estas últimas palabras se ha tratado de dar más fuerza á la declaracion consignada en las primeras, que terminantemente establece la nulidad, no sólo de una parte, sino de todo el contrato. Mas debemos repetir que algunos escritores, entre los que se cuentan Avendaño, Larrea, y Sala, lejos de seguir esta opinion, sostienen que no se vicia todo el contrato, sino sólo el aumento de pension. Pero no ocurrirán muchos casos cuestionables de esta naturaleza, puesto que la misma ley impone á los escribanos la prohibicion de hacer contratos ó escrituras de censos á menor precio que el señalado en ella.

(1) Ley 1.^a, tít. XV, lib. X de la Novísima Recopilacion. Conviene tener presente lo que acerca de la costumbre contraria á esta ley, así como de su verdadera inteligencia, hemos dicho en una nota de la seccion IV, título X, lib. II de esta obra. Por sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de Diciembre de 1864, se reconoce que en el censo reservativo puede tener lugar el comiso de la cosa gravada, siempre que se hubiera pactado preventivamente. Ahora añadiremos que en el considerando de otra sentencia del mismo Tribunal Supremo de 9 de Febrero de 1871, se declara que la ley 63 de Toro que establece la validez de los pactos de comiso, se refiere á los censos enfiteúticos y á los reservativos cuando expresamente se ha pactado, pero no tiene aplicacion en los consignativos, y que ésta ha sido la jurisprudencia constante de los Tribunales. Nosotros respetamos la opinion del Tribunal Supremo: sabemos que, en efecto, la costumbre no ha dado fuerza á estos pactos en el censo consignativo; pero no podemos desconocer que, ó la ley de Toro ha sido mal redactada, cosa poco probable, ó que de ningún modo puede deducirse de sus palabras la prohibicion de aquel pacto en el censo consignativo. En donde en realidad se comprende ménos, es en el enfiteútico, toda vez que en él existe el comiso como pena legal, impuesta al que deja pasar tiempo sin pagar las pensiones.

Aragon.—En Aragon, segun Franco de Villalba, y Sessé, tanto en el censo reservativo como en el consignativo, se puede poner la cláusula de que caiga en comiso la cosa cuando se deje de pagar la pension.

Navarra.—El pacto de que en defecto de pago de la pension caiga en comiso la cosa, es nulo en Navarra, como lo son todos los demás reprobados en la bula de San Pio V.

se con escrupulosidad su constitucion para decidirlo; y si aun de esta manera no apareciere con distincion la voluntad de los otorgantes, creemos que deberá seguirse la más favorable al deudor como en los demás casos de duda, y consiguientemente reputarse redimible y consignativo el censo, más bien que reservativo é irredimible. Pero en realidad, las cuestiones acerca de si un censo es objeto ó no de redencion, han perdido su importancia, desde que las leyes les han dado á todos la consideracion de redimibles, segun hemos de ver despues.

311. Réstanos sólo para terminar esta materia, hablar del reconocimiento, de la reduccion, de la redencion, y de la subrogacion de los censos. El primero renueva el contrato; la segunda minora la pension; la tercera la redime; la cuarta sustituye á un censalista otro censalista, quedando en lo demás subsistente el censo: esta doctrina es general y extensiva á sus diferentes especies (1).

312. *Reconocimiento.*—Reconocimiento del censo es un contrato por el que se renueva por el poseedor de la finca en que se impuso el censo, la obligacion hecha á favor del censalista. La escritura de reconocimiento, aunque no es título de censo, acredita y prueba que no estaba redimido. A no constar expresamente otra cosa, no debe creerse extensiva la obligacion más que con relacion á la finca poseida, y no personalmente. Puede ser compelido al reconocimiento todo el que legítimamente tenga constituido un censo sobre cosa que posea.

313. *Reduccion.*—Reduccion del censo es la disminucion de sus productos anuales: puede ser obra de la ley, ó de la voluntad de los particulares. De la primera tenemos algunos ejemplares en las leyes recopiladas, de que hemos hecho ya mencion, segun la relacion diversa en distintos tiempos entre las cosas y el dinero. La segunda es un contrato en cuya virtud se reduce la pension, lo que puede hacer el censalista, que como señor tiene facultad de renunciar parte de su derecho. Perteneciendo á mayorazgo, debía intervenir el inmediato sucesor en los términos que en las

(1) Las escrituras de reconocimiento, redencion, reduccion y subrogacion de los censos, se han de inscribir en el registro correspondiente para que puedan producir efectos contra un tercero. (Arts. 2.^o, 23 y 25 de la LEY HIPOTECARIA.)

demás enajenaciones, y entendemos que aún ahora sería necesaria su intervencion en la parte reservada: si pertenece á capellanías, deberá oírse al capellan y á los patronos, siendo útil además la intervencion del juez competente. A pesar de la reduccion, el capital permanecerá en el estado que tenia. Si la reduccion fuese del capital, vendria á ser lo mismo que una redencion parcial del censo.

314. *Redencion.*—Redencion del censo es la satisfaccion al censalista del capital que impuso y de los réditos que se le adeudan (1). Tiene lugar en todos los censos, tanto en los llamados perpétuos, como en los *al quitar* (2). La regulacion del capital debe

(1) *Navarra.*—Con arreglo á la bula de San Pio V, cuando el censuario en Navarra quiere redimir el censo, debe avisarlo dos meses ántes al censalista, y éste entonces puede exigir que el otro le redima dentro de un año desde que le manifestó su intencion: si despues de la denuncia, ni el uno redimiere ni el otro exigiere la redencion, no se perderá el derecho de redimir, precediendo otra vez la denuncia, y quedando igual derecho al censuario, todo lo cual tendrá lugar cuantas veces se quisiere hacer la redencion.

(2) Las leyes 22 y 24, tít. XV, lib. X de la Novísima Recopilacion, hicieron redimibles toda clase de censos de cualquiera naturaleza y condicion, aunque fueran perpétuos é irredimibles, así como tambien las pensiones y cargas de contratos enfiteúticos. Mas como por la Real cédula de 3 de Agosto de 1818 fué derogada la de 17 de Enero de 1805 (ley 24 citada), y se dejó, tanto á las corporaciones como á los particulares, en plena libertad de celebrar sus contratos censuales, poniendo en ellos las cláusulas y condiciones que á bien tuvieran, y pudiendo exigir su cumplimiento, se ha llegado á creer por algunos que en el dia continúa existente la antigua division de censos en redimibles é irredimibles, y que por una consecuencia natural no procede en estos últimos la redencion, sino en virtud del consentimiento de ambas partes. Nosotros prescindimos de examinar la cuestion de si el objeto de la Real cédula de 1818 fué el de declarar para en adelante, ó el de restablecer la prohibicion antigua de redimir ciertos censos, porque nos basta afirmar que, en nuestro concepto, hay argumentos poderosos para sostener que todos los censos son en la actualidad redimibles. En efecto, el art. 9.º de la ley de 3 de Mayo de 1823, restablecida en 2 de Febrero de 1837, ordena que así los laudemios como las pensiones y cualesquiera otras prestaciones anuales de dinero ó frutos que deban subsistir en las *enfitéusis* referidas, sean de señorío ó *alodiales*, se puedan redimir como cualesquiera censos *perpétuos*, bajo las reglas prescriptas en los ar-

hacerse en los términos convenidos en la escritura de imposicion, y por la cantidad que conste; en su defecto, ha de arreglarse á las leyes que le regulan, y en su silencio á las costumbres de cada pueblo (1). Si se estipuló la redencion por partes, deberá ser cumplido el contrato; pero cuando no haya habido convenio, podrá satisfacerse por mitad el capital que no exceda de 100.000 reales, y por terceras partes si fuere mayor, aunque se hubiese pactado lo contrario (2). Si el censalista rehusare recibir el dinero y otorgar la escritura de redencion, el juez, á peticion del censuario, declarará redimido el censo, despues de hacer depositar á riesgo del censalista y con su citacion, el dinero de la redencion (3).

títulos 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º y 12.º de la Real cédula de 17 de Enero de 1805. Vemos, pues, terminantemente autorizada la libre redencion de todos los censos que se han considerado irredimibles, hasta los que tienen el carácter de perpetuidad, y reconocida la fuerza legal de la cédula de 1805, en el hecho de disponerse que se arreglen á ella en las redenciones que hayan de verificarse. Y no sirve decir que la ley se refiere solamente á los censos y enfiteús de señorío, y que todas sus disposiciones son declaratorias del decreto de las Cortes de 6 de Agosto de 1811, pues basta fijar la vista sobre la palabra *alodiales*, empleada por la ley, para comprender la debilidad de aquella argumentacion. Los límites de este tratado nos impiden entrar en extensas consideraciones, que por otra parte nos parecen innecesarias, por juzgar suficiente lo que dejamos expuesto. Tambien el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de Setiembre de 1860, ya citada en la nota 3.ª de la página 318, ha considerado vigentes las mencionadas leyes, y no derogada ninguna de ellas.

(1) Ley 24, tít. XV, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) Ley 16 del mismo título y libro.

(3) La redencion en los censos enfiteúticos se verificará entregando la estimacion que los poseedores del dominio directo y útil hubiesen dado al capital del cánón y demás derechos dominicales. Si no existiesen pactos, se formará el capital por el valor que se dé al cánón enfiteútico por la ley, estatuto ó práctica en cada pueblo, partido ó provincia. Y á falta de convenios y de práctica constante, se procederá á la redencion, consignando por el cánón un capital regulado á razon de uno y medio por ciento, y por derecho de laudemio, en que van considerados todos los dominicales, la cantidad que en el espacio de veinticinco años pueda reeditar al tres por ciento otra igual al importe de una cincuentena del valor de la finca, rebajadas las cargas á que esté sujeta, ó lo que es lo mismo, dos y dos tercios por ciento de su precio líquido. Y es de advertir que en ningun caso podrá ha-

315. Aunque, por regla general, no puede compelerse al censuario á que redima, porque no se le puede obligar á renunciar

cese la redencion del cánon sin ejecutarla al propio tiempo de los demás derechos del dominio directo. Caps. VIII y IX de la ley 24, tít. XV, lib. X de la Novísima Recopilacion.

La redencion de los censos enfitéuticos se puede ejecutar por terceras partes á voluntad del enfitéuta, y se ha de hacer en dinero ó en la forma en que convengan los interesados, entregándose el capital redimido al dueño, ó dejándolo á su libre disposicion. (Art. 9.º de la citada ley de 3 de Mayo de 1823.)

Por el art. 6.º de la ley de 27 de Febrero de 1856, aclaratoria de la de desamortizacion de 1.º de Mayo de 1855, se dispuso que, redimido el capital de un censo por alguno de los partícipes de la propiedad á que estaba afecto, podria cualquiera de los otros gozar de los beneficios de la redencion, contribuyendo al redimente con lo que á prorata le tocara. Con arreglo á este artículo se dictó una sentencia por el Tribunal Supremo en 21 de Mayo de 1878, y en ella se manifestó además que, segun tiene declarado el mismo Tribunal Supremo, el redimente de esta clase de cargas se subroga en todos los derechos del Estado.

Hay ciertos arrendamientos en que, al cabo de algunos años, se adquiere el dominio útil de la cosa arrendada, convirtiéndose de esta manera en una especie de censos enfitéuticos, y su redencion se halla tambien autorizada por la ley. Esto se verifica en todos los anteriores al año de 1800, de fincas pertenecientes á manos muertas, que desde aquel tiempo hayan permanecido en poder de una misma familia, y cuya renta no haya excedido en su origen, ó en el año de 1800, ó á la promulgacion de las leyes de desamortizacion, de 1.100 rs. anuales, aunque en ella hubiesen sufrido los arrendamientos alguna alteracion en épocas posteriores. Se entenderá lo mismo aunque la renta exceda de 1.100 rs. con tal que la finca esté dividida entre dos ó más partícipes, cada uno de los cuales no pague mayor renta que ésta á la publicacion de la ley de 27 de Febrero de 1856; pero entendiéndose tambien limitado este derecho á sólo el caso en que la finca no rentase en el año de 1800 ó antes, más que los 1.100 rs. anuales señalados en la ley. (Instruccion de 31 de Mayo de 1855; ley de 27 de Febrero de 1856, y Real orden de 24 de Diciembre de 1860.) «Este derecho de conservar el dominio útil y de redimir las pensiones ó rentas de las tierras arrendadas por las comunidades religiosas extinguidas á ciertas familias desde época anterior al año de 1800, se concedió únicamente á los colonos de las mismas, como se consigna de un modo expreso en las citadas disposiciones.» (Sentencia de 25 de Enero de 1873.)

el beneficio introducido á su favor (1), esta doctrina tiene dos limitaciones:

1.ª Cuando no manifestó las cargas á que estaba afecta la finca en que se hizo la imposicion.

2.ª Cuando el censuario, despues de citar al censalista para la redencion, quiso retractarse.

316. *Subrogacion.*—La subrogacion del censo es sólo una traslacion de su dominio. Podemos definirla, *un contrato en que el censalista pone en su lugar á otro, que le paga el capital del censo, y á quien cede sus derechos.* Es claro que á éste ha de entregarse la escritura primordial de la constitucion del censo y de la subrogacion. El contrato por el que se convienen el censuario y un tercero en que éste redima el censo, poniéndose en su consecuencia en lugar del censalista, se ha considerado tambien como un medio de subrogacion (2). Nosotros respetamos, pero no podemos estar conformes con esta opinion, y entre las razones que tenemos para separarnos de ella, contamos la de que un censo redimido es un censo extinguido, y en estos últimos no hay términos hábiles para la subrogacion.

TÍTULO VIII.

Del contrato de sociedad ó compañía.

317. La sociedad ó compañía es *un contrato consensual, bilateral, por el que algunos comunican sus bienes ó su industria con*

(1) Segun sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 11 de Noviembre de 1864, es doctrina legal sancionada por la jurisprudencia de los tribunales, que el censalista carece de derecho para reclamar del censuario el capital impuesto en la finca acensuada, y para compelerle á su redencion, aun por falta de cumplimiento en el pago de las pensiones.

Cataluña.—Tampoco en Cataluña puede el vendedor ser obligado á redimir el *censal*, á no ser que faltase al cumplimiento de alguna obligacion que se habia impuesto al constituirle. (Const. 25, tít. XI, lib. VII, volumen I. Vives y Cebriá.)

(2) Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Diciembre de 1858. Podrá constituirse un nuevo censo, pero no comprendemos cómo puede considerarse existente el que ha sido redimido.

315. Aunque, por regla general, no puede compelerse al censuario á que redima, porque no se le puede obligar á renunciar

cese la redencion del cánon sin ejecutarla al propio tiempo de los demás derechos del dominio directo. Caps. VIII y IX de la ley 24, tít. XV, lib. X de la Novísima Recopilacion.

La redencion de los censos enfitéuticos se puede ejecutar por terceras partes á voluntad del enfitéuta, y se ha de hacer en dinero ó en la forma en que convengan los interesados, entregándose el capital redimido al dueño, ó dejándolo á su libre disposicion. (Art. 9.º de la citada ley de 3 de Mayo de 1823.)

Por el art. 6.º de la ley de 27 de Febrero de 1856, aclaratoria de la de desamortizacion de 1.º de Mayo de 1855, se dispuso que, redimido el capital de un censo por alguno de los partícipes de la propiedad á que estaba afecto, podria cualquiera de los otros gozar de los beneficios de la redencion, contribuyendo al redimente con lo que á prorata le tocara. Con arreglo á este artículo se dictó una sentencia por el Tribunal Supremo en 21 de Mayo de 1878, y en ella se manifestó además que, segun tiene declarado el mismo Tribunal Supremo, el redimente de esta clase de cargas se subroga en todos los derechos del Estado.

Hay ciertos arrendamientos en que, al cabo de algunos años, se adquiere el dominio útil de la cosa arrendada, convirtiéndose de esta manera en una especie de censos enfitéuticos, y su redencion se halla tambien autorizada por la ley. Esto se verifica en todos los anteriores al año de 1800, de fincas pertenecientes á manos muertas, que desde aquel tiempo hayan permanecido en poder de una misma familia, y cuya renta no haya excedido en su origen, ó en el año de 1800, ó á la promulgacion de las leyes de desamortizacion, de 1.100 rs. anuales, aunque en ella hubiesen sufrido los arrendamientos alguna alteracion en épocas posteriores. Se entenderá lo mismo aunque la renta exceda de 1.100 rs. con tal que la finca esté dividida entre dos ó más partícipes, cada uno de los cuales no pague mayor renta que ésta á la publicacion de la ley de 27 de Febrero de 1856; pero entendiéndose tambien limitado este derecho á sólo el caso en que la finca no rentase en el año de 1800 ó antes, más que los 1.100 rs. anuales señalados en la ley. (Instruccion de 31 de Mayo de 1855; ley de 27 de Febrero de 1856, y Real orden de 24 de Diciembre de 1860.) «Este derecho de conservar el dominio útil y de redimir las pensiones ó rentas de las tierras arrendadas por las comunidades religiosas extinguidas á ciertas familias desde época anterior al año de 1800, se concedió únicamente á los colonos de las mismas, como se consigna de un modo expreso en las citadas disposiciones.» (Sentencia de 25 de Enero de 1873.)

el beneficio introducido á su favor (1), esta doctrina tiene dos limitaciones:

1.ª Cuando no manifestó las cargas á que estaba afecta la finca en que se hizo la imposicion.

2.ª Cuando el censuario, despues de citar al censalista para la redencion, quiso retractarse.

316. *Subrogacion.*—La subrogacion del censo es sólo una traslacion de su dominio. Podemos definirla, *un contrato en que el censalista pone en su lugar á otro, que le paga el capital del censo, y á quien cede sus derechos.* Es claro que á éste ha de entregarse la escritura primordial de la constitucion del censo y de la subrogacion. El contrato por el que se convienen el censuario y un tercero en que éste redima el censo, poniéndose en su consecuencia en lugar del censalista, se ha considerado tambien como un medio de subrogacion (2). Nosotros respetamos, pero no podemos estar conformes con esta opinion, y entre las razones que tenemos para separarnos de ella, contamos la de que un censo redimido es un censo extinguido, y en estos últimos no hay términos hábiles para la subrogacion.

TÍTULO VIII.

Del contrato de sociedad ó compañía.

317. La sociedad ó compañía es *un contrato consensual, bilateral, por el que algunos comunican sus bienes ó su industria con*

(1) Segun sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 11 de Noviembre de 1864, es doctrina legal sancionada por la jurisprudencia de los tribunales, que el censalista carece de derecho para reclamar del censuario el capital impuesto en la finca acensuada, y para compelerle á su redencion, aun por falta de cumplimiento en el pago de las pensiones.

Cataluña.—Tampoco en Cataluña puede el vendedor ser obligado á redimir el *censal*, á no ser que faltase al cumplimiento de alguna obligacion que se habia impuesto al constituirle. (Const. 25, tít. XI, lib. VII, volumen I. Vives y Cebriá.)

(2) Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Diciembre de 1858. Podrá constituirse un nuevo censo, pero no comprendemos cómo puede considerarse existente el que ha sido redimido.

ánimo de partir el beneficio que pueda resultarles (1). Su objeto debe ser lícito. La que se contrae sobre cosas ilícitas y reprobadas es nula, y de consiguiente no produce ningun efecto (2). Sin un consentimiento verdadero no puede haber sociedad, aunque haya comunión de bienes y de utilidades, sino un cuasi contrato fundado en la voluntad presunta, no expresa ni tácita, de los que por cualquier título de dominio tienen una herencia ó una cosa singular en comun, como veremos más adelante.

318. La sociedad comprende toda clase de contratos, lo que le da un carácter distintivo de todas las demás obligaciones que tienen determinada naturaleza. Debe descansar en la buena fe, que más de lleno se exige en esta convención que en las otras.

319. La sociedad ó compañía puede ser universal ó singular (3). Por la primera, convienen los contratantes en que todos los bienes que poseen al tiempo de otorgar el contrato, así como los que en adelante adquieran, es decir, los presentes y futuros, sean comunes, y comunes igualmente las pérdidas. Si no hacen mención de las ganancias, no ingresarán en la sociedad los bienes adquiridos despues, á no ser que se expresara especialmente que la sociedad contraída era de todos los bienes, en cuyo caso se harán comunes, cualquiera que sea su procedencia, y aunque pertenezcan á los peculios castrense y cuasi castrense. Para que se hagan comunes las cosas de los que contraen esta sociedad, no se necesita tradicion (4), por lo cual desde luego cada socio puede usar de ellas y reivindicarlas como si fueran suyas. Exceptúase el derecho de cobrar de los deudores, que requiere poder determinado (5), si bien será comun lo percibido (6).

320. La singular es de tres clases: ó para negocio determinado, en cuyo caso sólo pertenecerán á ella las ganancias procedentes del mismo; ó sin ninguna expresion de bienes, y entónces se comprenden todos los provenientes de la industria que ejerciesen los asociados; ó finalmente, de todas las ganancias,

(1) Ley 1.^a tit. X, Part. V.

(2) Ley 2.^a del mismo título y Partida.

(3) Ley 3.^a del mismo título y Partida.

(4) Ley 47, tit. XXVIII, Part. III.

(5) Ley 6.^a, tit. X, Part. V, y 47, tit. XXVIII, Part. III.

(6) Ley 47, tit. XXVIII, Part. III.

que es extensiva, no sólo á las procedentes de trabajo ó industria, sino á las habidas por herencia ó por cualquiera otro título (1). No puede formarse sociedad respecto á los bienes que se piense heredar de una persona señaladamente determinada, sin que ésta consienta y persevere en su voluntad hasta la muerte; disposicion cuya tendencia moral á nadie puede ocultarse (2). Mas diciendo en términos generales que pertenecerán á los socios en comun las herencias que cada uno pueda llegar á adquirir, será lícito el contrato (3).

321. Otras clases hay de sociedades, no por razon de bienes de que se forman, sino por el modo de constituirse; á ellas pertenecen las llamadas *colectivas, en comandita, anónimas y accidentales*, en que no debemos ocuparnos por ser más bien correspondientes al derecho mercantil, cuyas disposiciones no son aplicables á los contratos de sociedad, segun el derecho comun (4).

322. *Obligaciones mutuas de los socios.*—Los socios pueden poner en el contrato de sociedad cuantas cláusulas quieran, si son conformes á la moral y á las leyes (5). Como repugnante á ellas por carecer de la buena fe, base fundamental de esta convencion, no será válida la compañía contraída en utilidad de uno sólo, como si convinieran en que uno se llevase toda la ganancia y que no tuviera parte en la pérdida, ó en que sufriera toda la pérdida y no adquiriese ninguna parte de ganancia. Llámase *leonina* esta sociedad, por aparecer en ella la fuerza por una parte, y la debilidad por la otra (6).

323. No por eso se desechan los pactos en que no son las mismas las partes de pérdida ó ganancia, porque esto dimana de la desigualdad de capitales, de peligros ó de industria; ni aque-

(1) Ley 12, tit. X, Part. V.

(2) Ley 9.^a del mismo título y Partida. *Porque podria acaescer, dice esta ley, que algunos dellos (socios), se trabajarían de muerte deste atal, por cobdicia de partir los bienes suyos entre sí.*

(3) La misma ley 9.^a

(4) Así tambien lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de Noviembre de 1875.

(5) Ley 3.^a del mismo título y Partida.

(6) Ley 4.^a del mismo título y Partida.

llos en que uno de los socios no participa de las pérdidas; ni los en que se deja la division de partes á arbitrio de persona señalada, que si en ella obrare con injusticia, deberá regularse por hombres buenos (1). Expresadas las proporciones de ganancia y no las de pérdida, serán éstas iguales á las primeras, y viceversa. Si nada se ha expresado respecto á este punto, deberán ser iguales las partes de ganancia y de pérdida, pero no de una igualdad absoluta, sino proporcionadas al capital que cada uno haya puesto. En el caso de que los unos hayan puesto el caudal, y otros su trabajo ó industria, la division de las ganancias se hará en la forma convenida; pero si en el contrato se hubiera guardado silencio, los intérpretes hacen la distincion siguiente (2): Si es poca la industria ó el trabajo y considerable el caudal que se aporta, el socio industrial no se hace participe del capital, pero si en el caso de que la industria sea considerable (3). Deben tambien ser guardados todos los pactos puestos por los socios, con tal que no sean contrarios á la naturaleza del contrato, que se refieran á la duracion y administracion de la sociedad y al modo de partir las ganancias obtenidas en ella, siguiéndose en su defecto las reglas que para estos casos tiene establecidas la ley (4), que viene á suplir el silencio de los contratantes.

324. El socio debe llevar cuanto ha prometido, y entregarlo en el tiempo y forma en que lo prometió, siendo garante de la eviccion, y teniendo la obligacion de abonar los intereses desde el día en que debió hacer la entrega ó empezar su trabajo, si lo hubiese dilatado.

325. Ha de prestar la culpa leve en las cosas pertenecientes á la compañía, porque en este contrato la utilidad es de todos los

(1) Ley 5.^a del mismo título y Partida.

(2) Ley 3.^a del mismo título y Partida, y arts. 318 y 319 del Código de Comercio.

(3) Dificilmente tendrá lugar esta doctrina de hacer participantes del capital á los socios industriales, no habiendo habido convenio que lo autorice. El Código de Comercio, en su art. 318 establece, que no habiéndose determinado en el contrato de sociedad la parte que cada socio debe llevar en las ganancias, los industriales entren en la distribucion en la clase del socio capitalista que tenga la parte más módica. Algunos han querido hacer extensiva esta disposicion á las sociedades comunes.

(4) Ley 3.^a, tít. X, Part. V.

consocios, debiendo, por su omision ó dolo, ser responsable de las pérdidas, sin que pueda solicitar que se compensen con las utilidades que él haya proporcionado á la sociedad (1); pero deberá ser reembolsado de las anticipaciones que haya hecho, é indemnizado de los demás gastos ocasionados por su causa. El dolo y la culpa de uno, se compensan con el dolo y la culpa de otro, de modo que los dolosos ó negligentes sean sólo los perjudicados por ello y no los otros socios (2). Cuando no se expresaron las partes de beneficio ó pérdida, serán proporcionalmente iguales á los capitales con que los socios contribuyeron (3).

326. No habiendo nada expresó respecto á la persona á quien corresponde la direccion y el gobierno de la sociedad, se considerará que tienen los socios poder recíproco para contratar; mas no por esto se entiende, que sin consentimiento de los otros, puede uno ceder, ó donar, ó hacer cosas para que no estuviera constituida la compañía. Pero cuando la administracion se ha confiado expresamente á uno de los socios, ó cuando por la naturaleza de la sociedad y por las circunstancias particulares de los que la componen, se conociere que su objeto habia sido que alguno ó algunos de ellos fueran los que la administrasen, deberá hacerse así. Por último, si terminada ya la sociedad aparecieren deudas, los socios estarán obligados á satisfacerlas y á reembolsar al que de entre ellos las haya satisfecho, del mismo modo que el que haya percibido provechos, debe comunicarlos con los otros. Mas ningun socio ha de ser obligado á dar más de lo que pueda á otro consocio, pues goza respecto á él del beneficio de competencia (4). Cada socio tiene para reclamar el cumplimiento del contrato la accion directa *pro socio*, que se da á todos y contra todos los asociados.

327. *Obligaciones de los socios respecto á un tercero.*—Los socios, por razon de las deudas de la sociedad, están obligados por partes proporcionalmente iguales y no solidariamente, á no haber pacto en contrario. El contrato de un socio solamente obliga

(1) Leyes 7.^a y 13, tít. X, Part. V.

(2) Ley 13 del mismo título y Partida.

(3) Ley 3.^a del mismo título y Partida.

(4) Ley 15 del mismo título y Partida.

á los otros, si se ha convertido en utilidad de la compañía, ó ha sido hecho con poder suyo.

328. *Modos de terminar la sociedad.*—Además de los modos de concluir este contrato, comunes á los otros, hay algunos peculiares suyos, provenientes del consentimiento y de la confianza mútua que tan de lleno se exigen en él. Estos son:

1.º La muerte de uno de los asociados; porque la compañía, de tal modo está unida á la persona, que no puede pactarse que sigan en ella los herederos, á no ser en arrendamiento de cosas públicas (1). Esta prohibición no es extensiva al convenio de los asociados para seguir en la compañía á pesar de la muerte de alguno, lo cual hace, no que los herederos entren en ella, sino sólo que permanezcan unidos los socios que sobreviven. Los herederos quedan, sin embargo, obligados á las resultas de las operaciones de la sociedad por el tiempo que en ella permanecieron sus causantes, en las que suceden por consecuencia de la admisión de la herencia. En caso de que á pesar de no haberse hecho expresion al contraerse la sociedad, siguieren los demás socios en ella despues de la muerte de uno, se entenderá formada otra nueva.

2.º La cesion de bienes de algun consocio; por faltar la confianza é igualdad, bases principales de este contrato (2).

3.º La extincion de los bienes comunicados; repútanse como extinguidos los que han dejado de estar en el comercio, y los que no sirven ya para el objeto (3).

4.º La imposibilidad de llevar á la sociedad lo convenido, porque entónces no hay sujeto sobre que recaiga. Asi termina tambien la sociedad en que uno presta su industria, cuando queda inhabilitado para hacerlo, sea por impedimento físico, ó por inhabilidad legal, como si fuere declarado pródigo ó sentenciado á sufrir la pena de interdiccion civil (4).

(1) Ley 1.ª del mismo título y Partida. La ley añade la muerte civil, mas repetidamente hemos manifestado que ésta no tiene actualmente aplicacion alguna.

(2) Ley 10, tit. X, Part. V.

(3) La misma ley 10.

(4) Por la interdiccion civil del socio que no es industrial ni administrador, no se extingue, en nuestro concepto, la sociedad constituida ántes que el socio hubiere sido sentenciado á aquella pena.

5.º La conclusion de su objeto, ó terminacion del tiempo por que se constituyó.

6.º La renuncia de un socio, hecha oportunamente y con buena fe. Si no tiene esta última circunstancia, el renunciante no se libra de la obligacion respecto á sus compañeros, pero estos sí se libertan de él; así es que en las ganancias que obtuviere tendrán participacion los demás socios, pero él no participará de lo que éstos ganaren despues que se separó de su compañía (1). Si la renuncia no es á tiempo, bien porque no ha llegado el término de la compañía, ó porque no ha terminado el objeto sobre que se hizo, debe resarcir los daños que les ocasione, á no haberse convenido en que podria separarse de la sociedad en cualquier tiempo (2). Son justas causas para hacer esta renuncia, el carácter violento de un socio que llegue á hacerse insoportable á los otros; la ausencia por causa del servicio público; haber obtenido empleo ó cargo público que le impida ó inhabilite para continuar en la sociedad, y el quebrantamiento de las condiciones con que el renunciante ingresó en ella (3).

329. Y es digno de observar que entre los modos de disolverse este contrato, cuya enumeracion acabamos de hacer, hay dos que no tienen lugar en los demás, á saber: la muerte de un socio, contra el principio de que el que contrae, contrae para sí y para sus herederos; y la renuncia, á pesar tambien del axioma de que una vez contraida una obligacion, no puede apartarse de ella ninguno de los contratantes sin consentimiento de los otros. Apoyado principalmente este contrato en la confianza que inspiran las cualidades personales de los socios y en la buena armonía que entre ellos debe reinar, no siendo trasmisibles las primeras, y quebrantándose la segunda si se obliga al socio á continuar en la compañía, previsoras las leyes, han creido conveniente establecer estos casos de excepcion á la regla general.

(1) Leyes 11 y 12, tit. X, Part. V.

(2) Ley 11 del mismo título y Partida.

(3) Ley 14 del mismo título y Partida.

TÍTULO IX.

Del mandato.

330. La imposibilidad de atender siempre por nosotros mismos á nuestros intereses, por enfermedad, distancia ó multiplicidad de negocios, ha creado la necesidad de traspasar á otros el derecho de hacer ó de contratar á nuestro nombre. Este es el origen del mandato, que podemos definir *un contrato consensual, intermedio, por el que uno da á otro, que le acepta, poder ó facultad para hacer alguna cosa en su nombre*. El que da el poder se llama *mandante*, y *mandatario* el que le recibe. Los que son capaces de obligarse, por regla general pueden otorgar este contrato; pero tienen prohibición de ser mandatarios, agentes y solicitadores ó procuradores de otros, los religiosos profesos y sacerdotes seculares (1). Para desempeñar el mandato en negocios extrajudiciales basta la edad de diez y siete años; para los judiciales se necesita la de veinticinco (2). Este contrato debe tener, como los demás, objeto lícito (3). Puede contraerse tanto expresa como tácitamente; esto último sucede cuando uno se constituye por su propia voluntad mandatario de otro, que sabiéndolo no lo contradice (4).

(1) Leyes 1.^a y 2.^a, tit. XXVII, lib. I de la Novísima Recopilación.

(2) Ley 19, tit. X, Part. III. Para desempeñar el cargo de procurador en los tribunales se necesitan circunstancias especiales, cuyo examen no es propio de este lugar, sino más bien de un tratado de procedimientos.

(3) Ley 25, tit. XII, Part. V.

Aragon.—Así lo establecen también las leyes de Aragón. (Fuero único, título *mandat.*, obs. 2, tit. *mandat.*, lib. IV.)

(4) Ley 12, tit. XII, Part. V. El mandato, como contrato consensual, puede constituirse y perfeccionarse verbalmente ó por escrito, con tal que se manifieste y demuestre el consentimiento y propósito de ambas partes en su respectiva realización. (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Octubre de 1869.)

Aragon.—Asso y de Manuel, citando á Suelves, dicen que en Aragón el mandato, para ser válido, requiere que se reduzca á escritura.

331. Aunque por regla general el mandato es gratuito, no encontramos en nuestro derecho motivo alguno para creer que no pueda estipularse un premio á favor del mandatario, y áun esto parece conforme con una ley romana; en este caso, el contrato será desde luego bilateral (1). De ejemplo de esta clase de mandatos puede servir el encargo que se da á los procuradores de pleitos y á los administradores de bienes que reciben retribución. Sin embargo, fuerza es reconocer que esta especie de contrato, en el sentido riguroso de la palabra, es más bien una locación que un mandato.

332. El mandato, atendido su objeto, puede ser general ó especial; éste se limita á lo que expresa. El concebido en términos generales comprende todos los intereses, pero no habilita para hacer cosas que puedan traer graves consecuencias al que le otorgó, como enajenar bienes inmuebles ó hipotecarlos, cualesquiera que sean las cláusulas con que se redacte. Para esto se necesita una autorización especial, porque no debe consentirse que la habilitación dada de un modo vago y general pueda consumir la ruina de una persona (2).

(1) Con esta opinión se halla conforme una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 21 de Febrero de 1863.

En un considerando de otra sentencia de 20 de Abril de 1874, se dice: «si bien es cierto que la ley 20, tit. XII de la Part. V ordena, y lo ha sancionado además la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, que el mandatario no tiene derecho á la remuneración de los servicios que en tal concepto preste, á menos que no se estipule expresamente lo contrario.»

Aquí debe haber habido una equivocación material en la redacción, pues si bien se examina esta ley, no se hallará en ella la expresa prohibición de remunerar al mandatario, y mucho menos aún ninguna frase de la que se deduzca que se exceptúa el caso en que expresamente se estipule lo contrario. La ley circunscribe, según manifiesta el mismo Tribunal Supremo en sentencia de 23 de Octubre de 1860, el derecho del mandatario, á reintegrarse de los pagos y expensas que hubiere tenido que hacer en cumplimiento del mandato; y aunque es doctrina admitida la de que puede estipularse un premio, no por eso puede decirse con exactitud que está consignado en la ley.

(2) La ley 19, tit. V, Part. III autoriza, no sólo al procurador á quien se dió un poder especial, sino al que lo recibió *libre y llenero*, y con la cláusula de hacer cumplidamente todo cuanto podía el poderdante, para eje-

333. Con respecto al fin, puede ser el mandato de cinco clases:

1.^a Por utilidad del mandante, que es la más comun, como cuando uno encarga á otro que lo acepta, que haga alguna cosa por él.

2.^a Por beneficio de un tercero, como cuando uno encarga á otro que salga fiador por una tercera persona.

3.^a Por el de un tercero y del mandante, como cuando da uno á otro el encargo de que compre para él y un tercero una finca.

4.^a Por el del mandante y del mandatario, como cuando uno encarga á otro que busque dinero prestado que ha de servir para atender á las urgencias de ambos.

5.^a Por el de un tercero y del mandatario (1), por ejemplo, cuando uno pide á otro que dé dinero prestado á interés á un tercero.

Cuando la utilidad es exclusivamente para el mandatario no hay contrato; es sólo un consejo que impondrá responsabilidad, si, dado con mala fe probada, causa perjuicios al que le recibe, que deberá ser indemnizado (2).

334. *Obligaciones del mandatario.*—El mandatario, aunque está en libertad de aceptar ó no el mandato, una vez admitido, debe cumplirle con lealtad y exactitud, dar cuentas documentadas siempre que se le pidan, y el saldo que arrojen, concluido que sea el cargo; su omision le hace responsable de los daños y perjuicios que ocasione, igualmente que si sustituye en lugar de persona idónea á una incapaz ó insolvente (3). Puede hacer siempre esta sustitucion en los negocios extrajudiciales, pero quedan-

cutarlo así. Pero en esta parte de la ley sólo se habla de poderes judiciales y se hace referencia á los pleitos, y aún así el mismo Gregorio Lopez la interpreta, diciendo que no debe hacerse extensiva á negocios que pueden producir graves perjuicios, teniendo en cuenta el abuso en que incurrian con frecuencia los oficiales públicos, insertando *pro formula* semejantes cláusulas. Adoptamos la opinion de este comentador, que en realidad es la seguida en la práctica.

(1) Leyes 20, 21 y 22, tit. XII, Part. V.

(2) Ley 23 del mismo titulo y Partida.

(3) La obligacion que el mandatario tiene de dar cuenta de la inversion de lo que con motivo del mandato recande, cesa desde el momento en que el mandante le releva de ella. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de Mayo de 1873.)

do responsable al mandante de los actos del sustituido que le sean gravosos, y en los judiciales, sólo puede sustituir cuando su poder tiene la cláusula de sustitucion (1).

335. No debe exceder los limites del mandato, y por esto no puede evacuarlo con condiciones más onerosas, aunque sí con otras más favorables. Por lo mismo no le es lícito hacer cosa diversa de la que se le encargó, aunque al mandante le resulten mayores ventajas; limitacion no extensiva á todas las que sean indispensables para cumplir el mandato, aunque no se hayan expresado al constituirlo. Tampoco puede comprar para sí los bienes cuya venta le ha sido confiada, y será nula la compra que hiciere infringiendo esta prohibicion (2). Por último, en la conservacion de la cosa debe prestar la culpa leve, restituirla á su tiempo, y dar cuenta de su encargo (3). Inmediatamente que conviene en el mandato, nace contra él una accion directa, en virtud de la que puede ser compelido á llevar á efecto su comision.

336. *Obligaciones del mandante.*—El mandante ha de cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraido á su nombre, dentro de los limites del mandato (4); y ha de indemnizarle de las pérdidas y de las anticipaciones que haya hecho (5): al efecto, éste tiene contra aquél la accion contraria de mandato, la cual no nace inmediatamente del contrato, sino del hecho de haber ejecutado gastos ó sufrido quebrantos el mandatario. Cuando el mandato es solamente á favor de un tercero, ó en parte á favor de un tercero y en parte del mandante, queda éste con derecho de cobrar del tercero proporcionalmente al beneficio que

(1) Ley 19, tit. V, Part. III. Si el poder se hubiere dado para negocio determinado en que se busca la capacidad de la persona, parece que no podrá sustituirse ni aún en los asuntos extrajudiciales, á no ser con el consentimiento del poderdante. A esta opinion se inclina Gregorio Lopez en su glosa á esta ley.

(2) Ley 1.^a, tit. XII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(3) Leyes 20 y 21, tit. XII, Part. V. Gregorio Lopez dice que tambien tiene lugar la culpa levísima.

(4) Contra el mandante, no contra el mandatario, procede la demanda de saneamiento en los casos en que tiene lugar. (Sentencia de 12 de Marzo de 1875.)

(5) Leyes 24 y 25 del mismo titulo y Partida.

le resultó (1); cuando el mandato es en utilidad del mandante y del mandatario, sólo aquél responde á éste en la parte que ha reportado beneficio (2); y finalmente, cuando el mandato es sólo en utilidad del mandatario y de un tercero, subsidiariamente y como fiador está el mandante obligado por este último (3).

337. Mas en los casos en que por haber estipulado recompensa al tiempo de constituirse el mandato, éste aparezca desde luego como contrato bilateral, es claro que entónces nace una acción á favor del mandatario y contra el mandante, desde el momento mismo en que se celebró la obligación.

338. *Extincion del mandato.*—Los modos especiales de extinguirse este contrato, son:

1.º Su cumplimiento.

2.º La revocacion expresa ó tácita del mandante; pero queda subsistente lo practicado ántes de que llegue á noticia del mandatario. Es revocacion tácita el dar poder á un tercero para hacer lo mismo que á otro se tenia ántes encomendado (4).

3.º La renuncia del mandatario, que no debe hacerse sino por justa causa y oportunamente (5).

4.º La muerte del mandante ó mandatario (6); mas ni una ni otra detendrá la prosecucion del cumplimiento de lo que estuviere empezado, ni la del mandante suspenderá la ejecucion de una

(1) Ley 21 del mismo título y Partida.

(2) Ley 22 del mismo título y Partida.

(3) La misma ley 22.

(4) Leyes 23 y 24, tít. V, Part. III. La libre facultad concedida á los mandantes por la ley 24 (y lo mismo puede decirse de la 23), para retirar el poder á los mandatarios, prescindiendo de que se refiere únicamente á los personeros de los pleitos, está subordinada á las limitaciones que las partes quieran imponerse en los contratos. (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Junio de 1874.)

Aragon.—Segun Asso, y de Manuel, para que en Aragon se entienda revocado el mandato, es menester que la revocacion se haya hecho saber al mandatario, á diferencia del procurador á pleitos.

(5) La misma ley 23.

(6) Dicha ley 23. «Este contrato es personalísimo y de confianza, y por lo mismo se extingue desde el momento que deja de existir alguno de los contratantes, como repetidamente tiene declarado el Supremo Tribunal.» (Sentencia de 9 de Noviembre de 1875.)

cosa cuya demora, si se consultase á los herederos, pudiera traer graves perjuicios.

5.º La intervencion en los bienes del mandante ó mandatario.

6.º La imposibilidad fisica ó moral del mandatario para desempeñar el cargo.

7.º Por perder el mandante la facultad de administrar sus bienes.

339. Aunque la doctrina que acabamos de exponer, sólo en parte la vemos escrita en nuestras leyes, es conforme con su espíritu y con la naturaleza misma del mandato. La voluntad, la confianza, la aptitud especial de la persona y sus garantías, son circunstancias que se tienen presentes al contraer esta convencion, la cual queda destruida por la falta de voluntad en cualquiera de los casos que dejamos referidos (1).

340. En este título no hablamos de los procuradores judiciales, porque lo consideramos propio de una obra de procedimientos como ya dejamos indicado anteriormente.

TÍTULO X.

Del préstamo.

§ I.

Préstamo en general.

341. Entre los diferentes contratos por los que mutuamente se socorren los hombres, es el préstamo el más adecuado para facilitar la comunicacion de los bienes de cada uno. Prestar una cosa

(1) Las leyes 23 y 24, tít. V, Part. III, en que se apoyan algunos, no hablan propiamente de esta especie de mandato, sino tan sólo de los *personeros* ó procuradores en los pleitos. Mas por una interpretacion extensiva, y siguiendo las opiniones de varios comentadores, hemos creido que habia iguales razones para aplicar al mandato lo que en ellas se establece respecto á la conclusion de los poderes otorgados á los personeros. Esto se halla tambien en conformidad con los principios del derecho romano.

le resultó (1); cuando el mandato es en utilidad del mandante y del mandatario, sólo aquél responde á éste en la parte que ha reportado beneficio (2); y finalmente, cuando el mandato es sólo en utilidad del mandatario y de un tercero, subsidiariamente y como fiador está el mandante obligado por este último (3).

337. Mas en los casos en que por haber estipulado recompensa al tiempo de constituirse el mandato, éste aparezca desde luego como contrato bilateral, es claro que entónces nace una acción á favor del mandatario y contra el mandante, desde el momento mismo en que se celebró la obligación.

338. *Extincion del mandato.*—Los modos especiales de extinguirse este contrato, son:

1.º Su cumplimiento.

2.º La revocacion expresa ó tácita del mandante; pero queda subsistente lo practicado ántes de que llegue á noticia del mandatario. Es revocacion tácita el dar poder á un tercero para hacer lo mismo que á otro se tenia ántes encomendado (4).

3.º La renuncia del mandatario, que no debe hacerse sino por justa causa y oportunamente (5).

4.º La muerte del mandante ó mandatario (6); mas ni una ni otra detendrá la prosecucion del cumplimiento de lo que estuviere empezado, ni la del mandante suspenderá la ejecucion de una

(1) Ley 21 del mismo título y Partida.

(2) Ley 22 del mismo título y Partida.

(3) La misma ley 22.

(4) Leyes 23 y 24, tít. V, Part. III. La libre facultad concedida á los mandantes por la ley 24 (y lo mismo puede decirse de la 23), para retirar el poder á los mandatarios, prescindiendo de que se refiere únicamente á los personeros de los pleitos, está subordinada á las limitaciones que las partes quieran imponerse en los contratos. (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Junio de 1874.)

Aragon.—Segun Asso, y de Manuel, para que en Aragon se entienda revocado el mandato, es menester que la revocacion se haya hecho saber al mandatario, á diferencia del procurador á pleitos.

(5) La misma ley 23.

(6) Dicha ley 23. «Este contrato es personalísimo y de confianza, y por lo mismo se extingue desde el momento que deja de existir alguno de los contratantes, como repetidamente tiene declarado el Supremo Tribunal.» (Sentencia de 9 de Noviembre de 1875.)

cosa cuya demora, si se consultase á los herederos, pudiera traer graves perjuicios.

5.º La intervencion en los bienes del mandante ó mandatario.

6.º La imposibilidad fisica ó moral del mandatario para desempeñar el cargo.

7.º Por perder el mandante la facultad de administrar sus bienes.

339. Aunque la doctrina que acabamos de exponer, sólo en parte la vemos escrita en nuestras leyes, es conforme con su espíritu y con la naturaleza misma del mandato. La voluntad, la confianza, la aptitud especial de la persona y sus garantías, son circunstancias que se tienen presentes al contraer esta convencion, la cual queda destruida por la falta de voluntad en cualquiera de los casos que dejamos referidos (1).

340. En este título no hablamos de los procuradores judiciales, porque lo consideramos propio de una obra de procedimientos como ya dejamos indicado anteriormente.

TÍTULO X.

Del préstamo.

§ I.

Préstamo en general.

341. Entre los diferentes contratos por los que mutuamente se socorren los hombres, es el préstamo el más adecuado para facilitar la comunicacion de los bienes de cada uno. Prestar una cosa

(1) Las leyes 23 y 24, tít. V, Part. III, en que se apoyan algunos, no hablan propiamente de esta especie de mandato, sino tan sólo de los *personeros* ó procuradores en los pleitos. Mas por una interpretacion extensiva, y siguiendo las opiniones de varios comentadores, hemos creido que habia iguales razones para aplicar al mandato lo que en ellas se establece respecto á la conclusion de los poderes otorgados á los personeros. Esto se halla tambien en conformidad con los principios del derecho romano.

es lo mismo que privarse por algun tiempo de las ventajas que proporciona al que la tiene, para transmitir á otro, ya el uso de ella, ya la cosa misma á fin de que devuelva otra igual. De aquí se infiere, que el préstamo puede verificarse de modo que el que recibe la cosa pueda usarla sin destruirla, ó de manera que no la use sino consumiéndola. Este es el origen de las dos clases de préstamo que conocemos, uno de consuncion, y el otro de uso: e. primero es el préstamo mútuo, el segundo el comodato.

§ II.

Préstamo mútuo.

342. *Préstamo mútuo ó préstamo de consumo, es un contrato real, unilateral, por el que uno da á otro cierta cantidad de cosas que se consumen por el uso, quedando obligado el que las recibe á devolver otro tanto de la misma especie y calidad* (1). De la definición se infiere, que la entrega de la cosa, la traslacion del dominio, la devolucion de igual cantidad de la misma especie, y que ésta sea de cosas fungibles, esto es, de las que pueden ser representadas y admiten apreciacion exacta en otras de su género, y de las que se pueden contar, pesar y medir, son los requisitos esenciales de este contrato.

343. El mutuuario se hace dueño de la cosa prestada en el momento en que se verifica la entrega, y como tal, á él debe corresponder su pérdida ó deterioro, de cualquier modo que acaezca, aunque sea por caso fortuito; por esto es por lo que en el mútuo no se presta culpa alguna, pues nadie la presta en sus cosas. Aun en caso de que en el intermedio del préstamo y de la restitucion haya subido ó bajado el valor de la especie debida, no podrá por ninguno de los contrayentes solicitarse aumento ó disminucion del otro tanto que debe restituirse. Si el préstamo consistiese en

(1) Leyes 1.^a y 8.^a, tit. I, Part. V. No parece que la costumbre se haya conformado largo tiempo en algunas partes con la ley 3.^a, tit. VIII, lib. X de la Novísima Recopilacion, en que se prohiben los préstamos de mercaderías que no sean dinero, de cuya ley volvemos á hacer mencion más especial en este mismo párrafo.

metal amonedado y se hiciere despues algun cambio en la moneda, deberá satisfacerse igual valor á la suma recibida, en moneda corriente al tiempo de pagarse; mas en estos casos se han solido dictar algunas disposiciones especiales (1).

344. Sólo puede dar en mútuo el dueño de la cosa que se presta, teniendo la libre administracion de sus bienes, ú otro por mandato suyo (2).

345. *Obligaciones del mutuuario.*—Debe el mutuuario devolver otro tanto de la misma especie y calidad de lo que se le prestó, y satisfacer la pena en el supuesto de haberla en el contrato si no vuelve la cosa al tiempo señalado, ó no habiéndola, pagar los daños y perjuicios que por su falta de cumplimiento ocasiona al mutuante (3).

346. La restitucion debe hacerla al cumplirse el plazo, y en el lugar señalado en el contrato. Pero si aún tuviera en su poder la cosa que recibió, y ésta no se hubiese deteriorado, devolviendo la misma, se libertará indudablemente de la obligacion. No haciéndose expresion del punto ni del tiempo de la restitucion, deberá ésta efectuarse en el lugar y tiempo en que se demande, con tal que sea despues de los diez dias de verificarse el préstamo (4). Como este contrato es unilateral, sólo nace de él una

(1) Ley 19, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) Ley 2.^a, tit. I, Part. V. Segun la ley 5.^a de este mismo título, un menor puede prestar á otro menor, quedando éste obligado á devolverle el préstamo si se hubiere convertido en utilidad suya; obligacion que liga al mayor de edad, aunque haya gastado sin provecho la suma recibida.

(3) Ley 10, tit. I, Part. V.

Cataluña.—«Conforme al capítulo XL de *Recognoverunt proceres* del derecho municipal de Cataluña.... la mujer que se obliga con el marido en el contrato de mútuo, no está obligada á pagar, mientras el marido tenga bienes con que hacerlo, debiendo satisfacer la mitad de la deuda cuando el marido es insolvente.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Mayo de 1873.)

(4) Leyes 2.^a y 8.^a del mismo título y Partida. No basta el trascurso de los diez dias para que el deudor se considere constituido en mora: es indispensable requisito que haya mediado demanda ó peticion del acreedor. Esta opinion de Gregorio Lopez en su glosa 7.^a á la ley 2.^a, nos parece muy fundada. Segun este mismo jurisculto en la glosa 6.^a, tampoco podrá reclamarse el préstamo pasado el plazo de diez dias, si pudiere pre-

accion, reducida á que cumpla el mutuuario con la devolucion de lo que se le prestó (1).

347. Conviene que hagamos aquí ligeramente alguna indicacion de dos cuestiones que se agitan entre los intérpretes. Es la primera, si podrá ó no el mutuuario pagar al mutuante ántes del término prefijado en el contrato. Natural parece, por regla general, que pueda el deudor pagar ántes del plazo estipulado, porque éste se entiende puesto á su favor, y de consiguiente, es renunciabile por él; mas si se hubiera puesto, ó exclusivamente á favor del acreedor, ó de ambos, como podria suceder en el préstamo á interés, entónces no deberia despojarse á aquél de un beneficio á que tenia indisputablemente adquirido un derecho.

348. Más difícil es resolver la cuestion de á quién ha de perjudicar la alteracion que haya sobrevenido en la moneda, en el tiempo que medió entre el préstamo y la paga. En un caso determinado (2), se estableció expresamente que se pagase en la propia moneda recibida, ó en el valor equivalente que tenia al tiempo de los desembolsos y suplementos, y no con el aumento que se le dió. Pero en el Código de Comercio vemos más explícita y generalmente resuelta la cuestion: en él (3) se ordena, que en los préstamos hechos á dinero por una cantidad determinada, cumple el deudor con devolver igual cantidad numérica con arreglo al valor nominal que tenga la moneda cuando se haga la devolucion; pero que si el préstamo se ha contraído sobre monedas específicamente determinadas, con condicion de devolverlo

sumirse fundadamente por la causa que dió lugar al mútuo, que ésta era la voluntad del mutuante y del mutuuario: por ejemplo, si se prestó el dinero para cierto uso, en cuyo caso no podrá repetirse hasta que se haya empleado en aquel uso. Algunas veces se suele expresar en el contrato de préstamo que el reintegro se hará *á comodidad* del deudor; palabras que no han de ser interpretadas á voluntad de éste, pues si así fuese, podria hacerse ilusoria la obligacion, sólo con alegar el obligado que no tenia comodidad para cumplirla; por eso en este caso deberá señalársele un plazo por el tribunal. Esta doctrina es conforme á una sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 1871.

(1) Esta accion es personal, aunque intervenga hipoteca. (Sentencia de 22 de Agosto de 1867.)

(2) Nota 16, tit. XVII, lib. IX de la Novísima Recopilacion.

(3) Artículo 392.

en otras de la misma especie, se cumplirá así por el deudor, aun cuando sobrevenga alguna alteracion en el valor nominal de las monedas que recibió.

349. Aunque están inhabilitados para contraer el préstamo mútuo los mismos que la ley incapacita para las demás convenciones, y por lo tanto, tambien los hijos de familia, debemos hablar aquí especialmente del Senadoconsulto Macedoniano de los romanos, admitido en nuestro derecho (1). Atendiendo al interés de los padres y de los hijos y al fortalecimiento de las virtudes domésticas, declara insubsistentes las obligaciones de mútuo contraídas sin consentimiento de sus padres por los hijos de familia (2), y á éstos, á sus padres y fiadores, libres de su cumplimiento (3). La ley, sin embargo, establece los siguientes casos de excepcion: 1.º Si el hijo dijere que no tenia padre, en pena de su engaño. 2.º Si tenia oficio público, era menestral ó mercader, porque en estos casos, ó se le ha considerado como padre de familia, ó capaz de contraer. 3.º Si fuere militar (4). 4.º Si empleó en beneficio del padre lo recibido, y como tal se considera el dotar á una hermana. 5.º Si el padre lo mandó ó consintió expresa ó tácitamente, por ejemplo, pagando parte de la deuda. 6.º Si el hijo mayor de veinticinco años hubiese satisfecho lo que recibió. 7.º Si habiendo salido de su casa por razon de estudio ó por otra justa causa, lo necesitare para sus alimentos ó para los salarios de sus maestros. Si el hijo quiere devolver la misma cosa al que se la prestó, ú otra equivalente que no sea de su padre, no podrá éste impedirselo.

350. Los préstamos hechos á los menores de veinticinco años,

(1) Ley 4.ª, tit. I, Part. V.

Navarra.—La ley 4.ª, tit. III, lib. V de la Novísima Recopilacion de Navarra, establece expresamente que el que diere ó prestare alguna cosa á los hijos que están en casa de sus padres y á su pan y familia, por cualquiera obligacion que hicieren sin licencia de aquéllos, no tenga accion de poderla cobrar en vida ni en muerte de sus padres, si ellos voluntariamente no la quisieren pagar.

(2) En el dia, los hijos de familia dejan de serlo al cumplir veinticinco años, y por consiguiente, respecto á ellos cesa la prohibicion de la ley desde que llegan á aquella edad.

(3) Leyes 4.ª, 5.ª y 6.ª, tit. I, Part. V.

(4) *Caballero*, dice la ley, y Gregorio Lopez añade que la obligacion no se extiende á más que á lo que alcance el peculio castrense.

segun hemos dicho en otro lugar, no pueden reclamarse, á no ser que se pruebe cumplidamente que redundaron en su beneficio y utilidad (1). La ley parece referirse al caso en que no haya mediado la autoridad ó consentimiento de los guardadores; pero si han intervenido estas circunstancias, y además la aprobacion judicial, precedida de la informacion necesaria, el préstamo será válido y producirá sus naturales efectos.

351. Igualmente está prohibido, por los graves abusos que se habian experimentado, prestar dinero, oro, plata y ningun género de mercaderías, bien sea á mayores ó menores de edad, aunque no estén bajo la patria potestad, á pagar cuando se casaren ó heredaren, ó para cuando tuvieren más renta ó caudal, y se declaren nulos los contratos que con este objeto se otorgaren (2).

352. Otra ley recopilada prohíbe tambien hacer préstamos á los que están cursando en algun establecimiento literario, sin la voluntad de sus padres ó de quienes les costean los estudios (3). Otra prohíbe absolutamente que ninguna persona, sea ó no comerciante ó mercader, pueda dar á préstamo cantidad alguna en mercaderías, de cualquiera especie que sean (4).

353. Hasta aquí hemos hablado del mútuo en general, y le hemos considerado como un contrato gratuito; pero tambien puede intervenir en él la obligacion de pagar interés por lo prestado, en la misma especie en que consistia el principal. Este interés se llama *usura*, que por el justo miedo que ha inspirado á causa de su rigor y demasías, igualmente que por el error económico de que el dinero no era productivo, ha dado lugar á decla-

(1) Ley 3.^a del mismo título y Partida. Véase la pág. 455, tomo I de esta obra. Sentencia de 23 de Febrero de 1877.

(2) Ley 17, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(3) Ley 1.^a, tit. VIII del mismo libro.

(4) Ley 3.^a del mismo título y libro. El principal objeto de esta ley era evitar las muy crecidas usuras que los mercaderes sacaban de personas necesitadas, á quienes por vía de préstamo entregaban una suma en dinero, y el resto en géneros a veriados. (Ley 24, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion.) Mas parece que entre ella y el cap. V de la cédula del Consejo, de 16 de Julio de 1790, que es la ley 5.^a del expresado tit. VIII, hay alguna contradicción, puesto que en ésta se determinan los límites que ha de tener la accion de los que entre año prestan dinero ó géneros apreaciados á los labradores y cosecheros para sostener su labranza.

maciones de teólogos y juristas. Mas nosotros la hemos visto antes de ahora autorizada en la legislacion (1), y aún admitida paladinamente por los autores mismos que la impugnan, los cuales, dándole el nombre de compensatoria ó punitoria, la reputan lícita y moral.

354. El exceso del interés era ilícito, y se entendia por exceso el que pasaba de la cantidad del seis por ciento, que es la señalada por la ley en los negocios mercantiles (2). Pero otra ley, no hace mucho tiempo publicada (3), ha venido á establecer la libertad de la contratacion, y á abolir la tasa sobre el interés del capital en numerario dado en préstamo, advirtiendo que se considera interés toda prestacion pactada en favor de un acreedor. Puede, pues, pactarse el que los contrayentes señalen en toda clase de préstamos, bien sean éstos en numerario, bien en otra cosa fungible cuyo interés consista en un aumento en la misma especie que haya de devolverse (4); mas en la inteligencia de que el pacto ha de constar por escrito, pues no siendo así, será nulo y sin ningun efecto. Los intereses vencidos y no pagados no devengan á su vez interés durante el término del contrato; pero cuando este espire, podrán capitalizarse los liquidos no satisfechos, y estipular de nuevo réditos sobre el aumento del capital, haciendo constar tambien este pacto por escrito. El recibo del capital, dado por el acreedor, sin reservarse el derecho á los intereses estipulados, extingue completamente la obligacion del deudor. Pero la ley no se ha limitado á declarar la libre facultad de

(1) Leyes 23, tit. I, y 5.^a, tit. VIII, lib. X de la Novísima Recopilacion: artículos 388 y siguientes del Código de Comercio.

(2) Artículo 398 del Código de Comercio.

(3) Ley de 14 de Marzo de 1856.

(4) Juzgamos, y así lo dejamos indicado ya en la nota 2.^a de la página 187 de este tomo, que del art. 4.^o puede deducirse que por esta ley quedó derogada la 7.^a, tit. XI, lib. X de la Novísima Recopilacion, segun la cual, los labradores no estaban obligados á devolver en especie el *pan* que entre año se les prestare para sembrar ó para otras necesidades, sino en dinero con arreglo á la tasa, á no ser que al tiempo de la paga, ellos voluntariamente eligiesen pagarlo en *pan*. Por consiguiente, lo dispuesto en la ley 4.^a, tit. VIII del mismo libro, respecto á que los préstamos hechos en trigo, cebada ú otras semillas se devuelvan en el mismo género, puede considerarse vigente en concepto nuestro.

los contratantes en el señalamiento del interés, sino que ha querido señalar también el que se ha de abonar por el deudor legítimamente constituido en mora, y en los demás casos determinados por la ley (1). En su consecuencia, ha dispuesto que el Gobierno, á principios de cada año, oyendo al Consejo de Estado, fije el que deba abonarse en estos casos durante aquel periodo, y que mientras no llegue á fijarse, se considere el legal el de seis por ciento al año. Es de esperar que esta ley produzca los efectos que no han logrado alcanzar las más severas restricciones, y que impulsando los capitales hácia esta clase de negocios, se reduzca el interés á proporción de la concurrencia de los prestamistas y de la mayor seguridad que en adelante han de ofrecer las hipotecas, desapareciendo de esta suerte, aunque lentamente tal vez, la horrible usura, causa de la ruina y de la aflicción de numerosas y desgraciadas familias.

355. *Contrato trino.*—Especie de préstamo mútuo con interés es el contrato comunmente llamado *trino*. Se llama así, porque verdaderamente puede considerarse como la reunion de tres contratos, otorgados entre unas mismas personas y sobre un mismo negocio. Está reducido á un contrato de compañía regular á pérdidas y ganancias, en que uno de los socios asegura al otro su capital, renunciando éste parte del lucro, y aún el lucro mismo, sacrificando también una porción de él para afianzar la restante. Puede decirse por consiguiente, que hay en él compañía, seguro y venta. Este contrato fué combatido por algunos, considerándole como usurario, si bien defendido por otros; mas despues se le reputó lícito, con tal que no excediera del seis por ciento el interés que llevaba el socio capitalista. En el día será permitido con cualquier interés que se estipule, puesto que la tasa se halla abolida, segun acabamos de ver en el número precedente.

(1) «Es doctrina inconcusa, tanto en el derecho romano como en el patrio, que los intereses de un préstamo se deben, no sólo cuando han sido pactados, sino cuando no habiéndolo sido, el deudor se constituye en mora por no devolver la cantidad en el plazo preñjado en el contrato.» (Sentencia de 28 de Junio de 1875.)

§ III.

Préstamo comodato.

356. El único fin de la tradicion no es la traslacion del dominio, como vimos al tratar del arrendamiento, pues muchas veces no hace propietaria á la persona que recibe, y sí sólo la habilita para el uso de la cosa. Esta es la diferencia capital que separa el préstamo mútuo del comodato (1); es decir, que por el primero se transfiere por medio de la entrega el dominio de una cosa fungible, mientras por el segundo solamente el uso de una no fungible.

357. *Préstamo comodato ó préstamo de uso* es, pues, un contrato real, intermedio, por el que uno entrega á otro gratuitamente una cosa no fungible para que se sirva de ella, y la devuelva concluido el tiempo ó uso para que se concedió (2). De la definicion se deduce que los requisitos esenciales de este contrato son: la tradicion; el título gracioso, pues si mediara precio, el comodato se convertiría en arrendamiento; la determinacion de tiempo ó de uso, en lo que se diferencia del precario, y la devolución de la misma cosa, motivo por el que no puede consistir en las que con el uso se consumen. Sin embargo, si las cosas que se consumen con el uso se dan sólo por ostentacion y para que se devuelvan, muy bien podria existir respecto de ellas el comodato.

358. En los casos en que sin culpa del comodatario perece ó se menoscaba la cosa prestada, la pérdida es para el dueño, por ser esto una consecuencia del dominio (3), á no ser que por parte del comodatario haya habido mora en la entrega ó mediado pacto entre ambos.

359. *Obligaciones del comodatario.*—El comodatario debe:

- 1.º Hacer de la cosa el uso determinado por su naturaleza ó por la convencion. El que la usa de modo diferente, queda responsable del valor de la cosa si ésta perece, ó al de las desmejoras que sufra, aún suponiendo que esto suceda por caso fortuito.
- 2.º Prestar en su conservacion la culpa levisima, porque en

(1) Ley 1.ª, tit. II, Part. V.

(2) Leyes 1.ª y 9.ª del mismo título y Partida.

(3) Ley 3.ª, tit. II, Part. V.

este contrato la utilidad es del que recibe; mas nunca tendrá responsabilidad por el deterioro inevitable consiguiente al uso para que recibió la cosa. Pero como puede tambien ocurrir que la utilidad sea alguna vez del que da ó de entrambos, se prestará en el primer caso la culpa lata, y la leve en el segundo (1). Una disposicion altamente noble y generosa, inserta en el Fuero Juzgo (2), merece ser aquí mencionada. Segun ella, cuando aquel á quien se habia prestado una cosa en un caso fortuito, como el de un incendio, el de una inundacion, el de invasion de enemigos y otros semejantes, salva todo lo suyo y pierde lo prestado, debe pagar el valor de esto: el que salva sólo parte de sus cosas y pierde la prestada, debe pagar lo que el juez prudencialmente regular; y por último, el que pierde todo lo suyo y salva lo prestado, debe tener parte de lo que salvó, tambien á prudente arbitrio del juez: disposiciones cuya tendencia es castigar el egoismo y premiar nobles acciones.

3.º Satisfacer los gastos ordinarios que ocasione la cosa prestada (3).

4.º Restituirla concluido el tiempo ó uso para que se concedió, no pudiendo retenerla por deuda, á no provenir de expensas necesarias hechas en ella despues de prestada (4). Si ha dejado varios herederos, hará la restitution el que posea la cosa, y si ésta no existiere, afectará á todos igualmente la obligacion de pagar su valor, cada uno su parte, ó comprar otra tan buena y entregársela al dueño de la que se perdió (5). Claro es que el que no restituye oportunamente, es responsable de los perjuicios que por su demora se sigan al comodante:

360. *Obligaciones del comodante.*—El que da en comodato una cosa, debe:

1.º Permitir que aquel que la recibió, la tenga para el uso y

(1) Leyes 3.ª y 4.ª, tít. XVI, lib. III del Fuero Real, y leyes 2.ª, 3.ª, y 4.ª, tit. II, Part. V.

Aragon.—El derecho aragonés establece que si el comodatario pierde la cosa, restituya el valor que jure el dueño. (Fuero único, *Commod.*, lib. IV.)

(2) Ley 5.ª, tít. V, lib. V.

(3) Ley 7.ª, tit. II, Part. II.

(4) Ley 9.ª del mismo título y Partida.

(5) Ley 5.ª, tít. II, Part. V.

por el tiempo convenido. En el caso en que por nuevas causas que no pudieron preverse al dar la cosa en comodato, la llegue á necesitar el comodante, urgente y necesariamente, parece justo que pueda reclamarla sin necesidad de que llegue el tiempo ó sellene el objeto para que se prestó.

2.º Manifestar, si lo sabe, cualquier vicio que tenga la cosa prestada, de que pueda seguirse perjuicio al comodatario, especialmente si no estuviese á la vista; tal seria, por ejemplo, el mal sabor que la tinaja que se presta diera al vino ó al aceite. Si no hizo esta manifestacion, será responsable por los daños y perjuicios que se originen al comodatario, á no ser que ignorase el vicio de la cosa, en cuyo caso estará exento de toda responsabilidad (1).

3.º Reembolsar al comodatario, si para la conservacion de la cosa tuvo éste que hacer gastos extraordinarios, necesarios y urgentes (2), tales como los de la curacion de una enfermedad que al animal prestado sobrevino sin culpa del comodatario.

4.º Devolver á su eleccion el precio ó la cosa, en caso de que perdida ésta, la hallase despues de haber obtenido su valor del comodatario; pero si la encontrare un tercero, podrá demandarle el comodatario que la pagó (3).

361. De lo dicho aquí, y de lo que manifestamos al tratar de los contratos en general, se infiere que de éste, como intermedio, nacen dos acciones; una directa, que inmediatamente procede del contrato, y es la que se da al comodante y á su heredero para reclamar la cosa del comodatario, concluido el uso para que se dió; y otra contraria, que corresponde al comodatario para exigir la indemnizacion en los casos en que tiene lugar.

362. *Precario.*—Especie de comodato es el que algunos llaman *préstamo precario*, ó *precario* simplemente, que es el préstamo comodato que se hace sin expresion y limitacion de tiempo, ni determinacion de uso, y que es enteramente revocable al arbitrio del comodante. En su consecuencia, por regla general, todo depende en él de la voluntad del que presta, que puede, cuando quiera, pedir y obtener la restitution de lo prestado; mas

(1) Ley 6.ª, tit. II, Part. V, y Gregorio Lopez, glosa 2.ª

(2) Ley 7.ª del mismo título y Partida.

(3) Ley 8.ª del mismo título y Partida.

por esto no debe entenderse que á la sombra de semejante derecho pueda el comodante causar daños al comodatario; el juez, en su caso, deberá ordenar el modo de que no sufra perjuicios indebidos (1).

TITULO XI.

Del depósito.

§ I.

Depósito en general.

363. El depósito, llamado en las Partidas *condesijo* (2), es un contrato real, intermedio, por el que se recibe de otro una cosa para custodiarla, y con obligación de restituirla cuando la reclame el que la entregó. No hay obligación más sagrada que la que nace de esta convencion, que descansando en la confianza, debe ser guardada con escrupulosidad religiosa. El que hace el depósito se llama *deponente*, y *depositario* el que le recibe.

364. Sus requisitos esenciales son la tradición verdadera ó fingida, la custodia, y la devolucion de la misma cosa; y aunque por regla general es gratuito (3) para que no degenera en arrendamiento, no debe dejarse de reputar como depósito aquel en que intervenga alguna corta remuneracion en recompensa de los gastos y daños que ocasione (4).

365. Cuando el depósito consiste en cosas fungibles y es entregado por peso, número ó medida, es irregular; y en su esencia, aunque no en todos sus accidentes, viene á convertirse en mútuo, quedando dueño de las mismas cosas el depositario, y

(1) Navarra.—Como el derecho romano es supletorio del navarro, creemos que se prestará en el precario la culpa lata.

(2) Ley 1.^a, tít. III, Part. V. *Poner en guarda de otro lo que quiere condessar*, palabra antigua, que significa dar en custodia. Gregorio Lopez glosa 2.^a

(3) Ley 2.^a del mismo título y Partida.

(4) Ley 3.^a del mismo título y Partida.

obligado á restituir otro tanto de igual especie y calidad (1). Mas si estas mismas cosas se entregan no pesadas, contadas ni medidas, sino cerradas ó selladas, ó con otras señales que acrediten su identidad para el caso de la devolucion, entónces deberá decirse que es un depósito regular (2). Estos diferentes efectos que produce, hacen que se le distinga en *regular é irregular*, pero en realidad, solamente el primero es el que merece el nombre de depósito.

366. Hay *depósito*, propiamente así llamado, y *secuestro* (3); trataremos de ellos con separacion.

§ II.

Depósito propiamente dicho.

367. El depósito propiamente dicho puede ser *voluntario* ó *necesario* (4).

368. *Depósito voluntario*.—El *depósito voluntario* depende sólo y exclusivamente de la voluntad libre y espontánea del que da y del que recibe, y como éste se obliga, es claro que si tiene incapacidad para contraer, la tiene tambien para ser depositario. Cuando sea incapaz el deponente, no se libertará de la obligación el depositario, porque las personas hábiles para contraer no pueden objetar incapacidad á aquellas con quienes contrajeron.

369. *Depósito necesario*.—El *depósito necesario*, llamado comunmente *miserable*, es el que se hace por acontecimientos desgraciados é imprevistos. A esta clase pertenece el que se efectúa con motivo de incendios, ruinas, saqueos, naufragios ú otras calamidades semejantes. Llámase necesario este depósito, por la necesidad con que los hombres son compelidos á hacerlo. En estos casos, aunque no hay siempre un consentimiento expreso, le hay tácito ó presunto al ménos, fundado en los principios que oportunamente exponremos; mas como sus reglas siempre son

(1) Ley 2.^a del mismo título y Partida.

(2) Aragon.—En Aragon el depósito de dinero se prueba solamente con instrumento. (Obs. 17, *De probat.*, lib. II.)

(3) Ley 1.^a, tít. III, Part. V.

(4) Ley 1.^a del mismo título y Partida.

por esto no debe entenderse que á la sombra de semejante derecho pueda el comodante causar daños al comodatario; el juez, en su caso, deberá ordenar el modo de que no sufra perjuicios indebidos (1).

TITULO XI.

Del depósito.

§ I.

Depósito en general.

363. El depósito, llamado en las Partidas *condesijo* (2), es un contrato real, intermedio, por el que se recibe de otro una cosa para custodiarla, y con obligación de restituirla cuando la reclame el que la entregó. No hay obligación más sagrada que la que nace de esta convencion, que descansando en la confianza, debe ser guardada con escrupulosidad religiosa. El que hace el depósito se llama *deponente*, y *depositario* el que le recibe.

364. Sus requisitos esenciales son la tradición verdadera ó fingida, la custodia, y la devolucion de la misma cosa; y aunque por regla general es gratuito (3) para que no degenera en arrendamiento, no debe dejarse de reputar como depósito aquel en que intervenga alguna corta remuneracion en recompensa de los gastos y daños que ocasione (4).

365. Cuando el depósito consiste en cosas fungibles y es entregado por peso, número ó medida, es irregular; y en su esencia, aunque no en todos sus accidentes, viene á convertirse en mútuo, quedando dueño de las mismas cosas el depositario, y

(1) Navarra.—Como el derecho romano es supletorio del navarro, creemos que se prestará en el precario la culpa lata.

(2) Ley 1.^a, tit. III, Part. V. *Poner en guarda de otro lo que quiere condessar*, palabra antigua, que significa dar en custodia. Gregorio Lopez glosa 2.^a

(3) Ley 2.^a del mismo título y Partida.

(4) Ley 3.^a del mismo título y Partida.

obligado á restituir otro tanto de igual especie y calidad (1). Mas si estas mismas cosas se entregan no pesadas, contadas ni medidas, sino cerradas ó selladas, ó con otras señales que acrediten su identidad para el caso de la devolucion, entónces deberá decirse que es un depósito regular (2). Estos diferentes efectos que produce, hacen que se le distinga en *regular é irregular*, pero en realidad, solamente el primero es el que merece el nombre de depósito.

366. Hay *depósito*, propiamente así llamado, y *secuestro* (3); trataremos de ellos con separacion.

§ II.

Depósito propiamente dicho.

367 El depósito propiamente dicho puede ser *voluntario* ó *necesario* (4).

368. *Depósito voluntario*.—El *depósito voluntario* depende sólo y exclusivamente de la voluntad libre y espontánea del que da y del que recibe, y como éste se obliga, es claro que si tiene incapacidad para contraer, la tiene tambien para ser depositario. Cuando sea incapaz el deponente, no se libertará de la obligación el depositario, porque las personas hábiles para contraer no pueden objetar incapacidad á aquellas con quienes contrajeron.

369. *Depósito necesario*.—El *depósito necesario*, llamado comunmente *miserable*, es el que se hace por acontecimientos desgraciados é imprevistos. A esta clase pertenece el que se efectúa con motivo de incendios, ruinas, saqueos, naufragios ú otras calamidades semejantes. Llámase necesario este depósito, por la necesidad con que los hombres son compelidos á hacerlo. En estos casos, aunque no hay siempre un consentimiento expreso, le hay tácito ó presunto al ménos, fundado en los principios que oportunamente exponremos; mas como sus reglas siempre son

(1) Ley 2.^a del mismo título y Partida.

(2) Aragon.—En Aragon el depósito de dinero se prueba solamente con instrumento. (Obs. 17, *De probat.*, lib. II.)

(3) Ley 1.^a, tit. III, Part. V.

(4) Ley 1.^a del mismo título y Partida.

las mismas que las de los demás depósitos, le comprendemos en este lugar. Los romanos castigaban con mayor severidad su violación; medida justa y política que vemos en nuestras leyes (1), en las que además de la responsabilidad criminal en que incurre el que niega cualquier depósito consistente en dinero en la forma en que puede hacerse, ó en otra cosa mueble, hecho que nuestro anterior Código penal (2) calificó de hurto, vemos la obligación de restituir el duplo, impuesta al que en el depósito miserable incurre en tal acto de baja; fundándose la ley para este rigor extraordinario, en que á las tristes circunstancias que motivan el depósito, se agrega la imposibilidad que el deponente suele tener de elegir en momentos de angustia otro más fiel depositario.

370. *Obligaciones del depositario.*—Las obligaciones del depositario son:

Primera. Cuidar de la cosa y de los frutos que produzca, prestando en su conservación la culpa lata, porque la utilidad es del que da. Cesa, sin embargo esta doctrina, y la regla general admite algunas excepciones en virtud de las cuales el depositario prestará la culpa leve y aun la levisima, en diferentes casos.

Prestará la culpa leve:

1.º En los casos en que así se haya estipulado, porque aquella circunstancia, como natural al contrato, puede variarse por la voluntad de los contratantes.

2.º Si el depositario solicitó que en él se hiciera el depósito, por la presunción de que en ello puede tener interés.

3.º Si recibiere premio por el depósito (3).

Prestará la culpa levisima, y aún tambien el caso fortuito:

1.º Si así lo hubiesen pactado los contratantes.

2.º Por mora ó tardanza en la restitución de la cosa.

3.º Cuando la cosa depositada se hubiese perdido ó deteriorado por culpa del depositario.

4.º Cuando el depósito fué hecho en utilidad del que le recibe. Y aunque en este último caso parece que sólo debía estar obligado á la culpa levisima, siguiéndose las reglas generales so-

(1) Ley 8.ª, tit. III, Part. V.

(2) Artículo 437 del Código penal de 1850.

(3) Ley 3.ª, tit. III, Part. V.

bre la prestación de culpas, la ley está terminante en hacerle responsable, aún mediando el caso fortuito (1).

Segunda. Restituir con sus accesiones la misma cosa que se le entregó. Aplicable es al depósito lo que hemos dicho respecto al comodato, en los casos en que el depositario liberta de un incendio, ruina, naufragio ó en otro acontecimiento fortuito lo suyo y pierde lo ajeno, ó por el contrario, salva lo ajeno y pierde lo suyo (2). No puede retener la cosa depositada á título de compensación por deuda ó de expensas que hubiese hecho en ella, las que pedirá separadamente (3). No deberá volver al loco, mientras lo esté, la espada depositada; ni la cosa al depositante que la hurtó ó robó, sino que deberá avisar al dueño para que acuda al juez con objeto de que mande la retención del depósito; mas si la cosa hurtada ó robada es del depositario, éste podrá retenerla como suya (4). Es claro que en caso de que el depositario haya enajenado la cosa, tendrá el dueño facultad de reivindicarla de cualquier poseedor en quien se halle.

Tercera. Hacer la restitución en el lugar convenido, y en su defecto en el del contrato, y al tiempo prefijado, ó ántes si quiere el depositante, porque éste puede renunciar á un contrato introducido en su favor, que no da al depositario uso, dominio ni verdadera posesión de la cosa (5).

(1) Ley 4.ª del mismo título y Partida.

(2) Ley 5.ª, tit. V, lib. V del Fuero Juzgo.

(3) Leyes 5.ª y 10, tit. III, Part. V.

Aragon.—Es tan privilegiado en Aragon el depósito, que para garantir la obligación que tiene de restituirlo el depositario, siempre que se pida (Obs. ún., título *Comm.*, lib. IV), está determinado que no puede alegarse ausencia por causa pública (Obs. 3, *De privil. absent.*); y que cuando el citado para este efecto no comparece, debe el juez mandar vender sus bienes hasta la cuantía del depósito. (Obs. 16, *De contum.*, lib. VIII.)

Navarra.—El fuero de Navarra (cap. II, tit. XI, lib. III), establece tambien que no pueda oponer el depositario la compensación ó retención cuando le reclaman el depósito (cap. I, tit. XVI, lib. III), y que no pueda hacerse por nadie prenda de la cosa depositada.

(4) Ley 6.ª, tit. III, Part. V.

(5) Leyes 2.ª y 5.ª, tit. III, Part. V. Los depósitos que se hacían ántes en la Caja del Estado, se habrían podido considerar como excepcion de esta regla, si hasta cierto punto no hubieran sido más bien préstamos con inte-

371. *Obligaciones del que deposita.*—No puede exigir el depositante que el depositario prolongue su oficio: debe manifestarle los vicios ó defectos que tenga la cosa, indemnizándole, si los ocultare, de los perjuicios que se le irrogasen; y satisfacer los gastos y pérdidas que ocasione la conservacion de aquélla (1).

372. Manifestadas las obligaciones del depositante y del depositario, conocidas son tambien las acciones directa y contraria que nacen de este contrato, como intermedio. Ambas son para su ejecucion: por la primera, que es la que nace inmediatamente del contrato, se hace efectiva la responsabilidad del depositario; la segunda, que sólo puede tener origen por un hecho posterior, se da como todas las de su clase para la indemnizacion á que, como hemos visto, puede ser compelido el depositante.

373. Al terminar este párrafo, debemos hacer mencion de las obligaciones que los fondistas y posaderos tienen de custodiar con cuidado y diligencia los efectos que los viajeros depositan en sus establecimientos. Mas para que pueda exigírseles la correspondiente responsabilidad por falta de su cumplimiento, es indispensable que los que se hospedan en sus casas hayan dado conocimiento anticipado á ellos ó á sus dependientes del depósito de aquellos efectos en la posada, pues de lo contrario, no tendrán la responsabilidad subsidiaria que el Código penal y otras leyes les imponen, con especialidad en casos de robo ó de hurto (2).

§ III.

Secuestro.

374. El secuestro es, ó *convencional* ó *judicial*.

375. *Secuestro convencional.*—El secuestro convencional es el depósito de una cosa litigiosa, hecho con voluntad de los colitigantes en manos de persona lega, llana y abonada (3), que se obli-

res que verdaderos depósitos. Los que se hacen á bancos establecidos con autorizacion legal, se rigen tambien por disposiciones especiales.

(2) Ley 10 del mismo título y Partida.

(3) Ley 26, tít. VIII, Part. V, y art. 20 del Código penal.

(4) Ley 1.ª, tít. IX, Part. III.

ga á restituirla á aquel á cuyo favor el pleito se decida. Es, pues, indispensable el consentimiento previo de los que tienen pendiente un litigio para que este depósito se verifique, y despues el del depositario; de cuyas circunstancias no tiene lugar la primera en los depósitos comunes, pues en ellos basta que convengan dos personas, á saber, el depositante y el depositario. Su objeto es evitar los inconvenientes que se originarian si una de las partes se apoderase violentamente de la cosa y excluyera de su disfrute á los demás colitigantes; su fin, la conservacion del derecho que cada uno puede tener, reservando tanto la misma cosa como sus productos á aquel que salga vencedor en el litigio. La admision de este depósito es voluntaria, pero una vez admitido, no puede el depositario dejarlo sino por consentimiento de ambas partes ó por justa causa aprobada por el juez (1).

376. *Secuestro judicial.*—Cuando el secuestro se hace por auto de un juez, se llama *judicial*. En rigor no es este el lugar oportuno para tratar de él, porque no es efecto de la voluntad de las partes, sino del mandamiento del juez, bajo cuyo concepto corresponde á los procedimientos; así es que sólo hacemos aquí una ligera indicacion por las afinidades que tiene con los demás depósitos, reservándonos tratar de esta materia en otra obra con la conveniente extension. El depósito judicial puede ser reclamado por una de las partes en el juicio, y se decreta cuando es sospechoso de mala fe, de malversacion, de pérdida ó de ocultacion de la cosa el que la posee (2): procede tambien en aquellos casos en

(1) Algunos escritores sostienen que entre el secuestro convencional y el depósito hay la diferencia de que en el primero pasa al depositario ó secuestrario la posesion de los bienes, y en el segundo, el deponente conserva posesion y propiedad. No podemos asentir á semejante opinion, contraria, á nuestro parecer, á los principios legales; pues, segun ellos, la posesion supone en el que posee, creencia de ser dueño de la cosa, y ésta no puede presumirse de ningun depositario, que sólo tiene lo depositado á nombre de otro y no en virtud de *tenencia derecha*, ó sea de justo título traslativo de dominio.

(2) La ley 1.ª, tít. IX, Part. III, señala varios casos en que ha de tener lugar el depósito judicial, siendo los principales y en su mayor número los siguientes: 1.º Cuando es mueble la cosa objeto del litigio, y el demandado persona sospechosa de quien se teme que la ocultará ó trasladará á otro punto. 2.º Si habiéndose dado sentencia contra el poseedor de la cosa, éste

que se teme que las partes lleguen á vías de hecho para sostener sus pretensiones, lo cual apreciará prudencialmente el juez. A su admision puede ser compelido todo el que no tenga justo motivo para excusarse; pero el escribano de la causa y el juez están inhabilitados (1).

377. Uno y otro secuestro producen iguales obligaciones que el depósito propiamente dicho, á excepcion de que ni los deponentes pueden exigir, ni el depositario entregar la cosa, sino por consentimiento de las partes ó por providencia judicial en sus casos respectivos.

378. Réstanos sólo advertir, que aunque el depósito y secuestro pueden ser tanto de cosas muebles como de inmuebles, lo que en nada altera su diversa naturaleza, es más comun aplicar la palabra *depósito* á las muebles (2), y la de *secuestro* á las inmuebles.

TÍTULO XII.

De los contratos aleatorios (3).

§ I.

Contratos aleatorios en general.

379. Queda en otro lugar expuesto lo que se entiende por contrato aleatorio. De esencia suya es que sea incierto el acontecimiento á que se subordine, y que tenga un objeto licito. General-

apela, y hay sospecha de que la deteriorará ó disipará sus frutos. 3.º Cuando el marido es disipador de los bienes de su mujer ó va cayendo en pobreza por su culpa; pues en estos casos, podrá pedir ella que se la entreguen sus bienes ó que se depositen en persona de garantía á quien se confie la administración. Cuando el padre ó la madre prefiere ó deshereda injustamente á un hijo, ó instituye á otro heredero de todos sus bienes; en cuyo caso, si el desheredado pide la parte que le toca, ofreciendo llevar á colacion los bienes recibidos de su padre y lo cumpliere, se le entregará la porcion que le corresponde; mas si no lo cumpliere, se ha de poner esta parte de bienes en secuestro, y el juez le señalará plazo para que lleve á efecto la colacion de lo recibido.

(1) Ley 1.ª, tit. XXVI, lib. XI de la Novísima Recopilacion.

(2) Mas, propiamente, usan á dar más en condessijo las cosas muebles que las otras. (Ley 2.ª, tit. III, Part. V.)

(3) Al fin la Academia Española ha dado carta de naturaleza al adjetivo

mente corren en él ambas partes un riesgo igual, pero sucede tambien que sólo una se expone al riesgo en beneficio de la otra, recibiendo en compensacion una cantidad cierta por este peligro eventual.

380. En rigor, son contratos aleatorios todos aquellos *cuyas ganancias ó pérdidas dependen de un acontecimiento incierto*. De aquí es que cuando alguno de los contratantes tenga certeza de lo que para los otros es incierto, no podrá llamarse aleatorio el contrato que tan desigual es para los que lo celebran: en este caso será frecuentemente una estafa.

381. La equidad y la justicia aconsejan que la condicion de los contratantes sea tambien igual respecto á la esperanza de las ganancias y al riesgo de las pérdidas. Esta igualdad debe calcularse, atendiendo á las probabilidades que hay entre lo que efectivamente se arriesga y lo que se puede ganar.

382. Cuando estos contratos se celebran entre personas que tienen capacidad general para contraer y versan sobre objetos que son conformes á las buenas costumbres y á las leyes, producen su eficacia, como demostraremos en este titulo.

383. De lo dicho se infiere que son varios los contratos á que puede darse la denominacion de aleatorios. Mas aquí trataremos sólo, y con separacion, de los más usuales, y que por su especialidad merecen ser examinados, aunque sea sucintamente. Estos son, la compra de esperanza, el contrato de seguro, el de censo ó renta vitalicia, el de decision á la suerte, el de juego y la apuesta.

§ II.

Compra de esperanza.

384. Entiéndese por compra de esperanza, el contrato de compra y venta de una cosa, cuya existencia es incierta y even-

aleatorio. En el uso comun se habia ido generalizando mucho ántes, y más entre los juristas. Esta circunstancia; su origen latino de la palabra *alea*, por la que se significa juego de azar, suerte, fortuna, incertidumbre y riesgo; la comodidad que presta para evitar perifrasis, y más que todo, el ejemplo de los redactores del proyecto del Código civil que han admitido sin escrúpulo esta palabra, nos movieron ya á emplearla en ediciones anteriores, procurando darle la fijeza y precision con que no siempre se ha usado.

que se teme que las partes lleguen á vías de hecho para sostener sus pretensiones, lo cual apreciará prudencialmente el juez. A su admision puede ser compelido todo el que no tenga justo motivo para excusarse; pero el escribano de la causa y el juez están inhabilitados (1).

377. Uno y otro secuestro producen iguales obligaciones que el depósito propiamente dicho, á excepcion de que ni los deponentes pueden exigir, ni el depositario entregar la cosa, sino por consentimiento de las partes ó por providencia judicial en sus casos respectivos.

378. Réstanos sólo advertir, que aunque el depósito y secuestro pueden ser tanto de cosas muebles como de inmuebles, lo que en nada altera su diversa naturaleza, es más comun aplicar la palabra *depósito* á las muebles (2), y la de *secuestro* á las inmuebles.

TÍTULO XII.

De los contratos aleatorios (3).

§ I.

Contratos aleatorios en general.

379. Queda en otro lugar expuesto lo que se entiende por contrato aleatorio. De esencia suya es que sea incierto el acontecimiento á que se subordine, y que tenga un objeto lícito. General-

apela, y hay sospecha de que la deteriorará ó disipará sus frutos. 3.º Cuando el marido es disipador de los bienes de su mujer ó va cayendo en pobreza por su culpa; pues en estos casos, podrá pedir ella que se la entreguen sus bienes ó que se depositen en persona de garantía á quien se confíe la administración. Cuando el padre ó la madre prefiere ó deshereda injustamente á un hijo, ó instituye á otro heredero de todos sus bienes; en cuyo caso, si el desheredado pide la parte que le toca, ofreciendo llevar á colacion los bienes recibidos de su padre y lo cumpliere, se le entregará la porcion que le corresponde; mas si no lo cumpliere, se ha de poner esta parte de bienes en secuestro, y el juez le señalará plazo para que lleve á efecto la colacion de lo recibido.

(1) Ley 1.ª, tit. XXVI, lib. XI de la Novísima Recopilacion.

(2) Mas, propiamente, usan á dar más en condessijo las cosas muebles que las otras. (Ley 2.ª, tit. III, Part. V.)

(3) Al fin la Academia Española ha dado carta de naturaleza al adjetivo

mente corren en él ambas partes un riesgo igual, pero sucede tambien que sólo una se expone al riesgo en beneficio de la otra, recibiendo en compensacion una cantidad cierta por este peligro eventual.

380. En rigor, son contratos aleatorios todos aquellos *cuyas ganancias ó pérdidas dependen de un acontecimiento incierto*. De aquí es que cuando alguno de los contratantes tenga certeza de lo que para los otros es incierto, no podrá llamarse aleatorio el contrato que tan desigual es para los que lo celebran: en este caso será frecuentemente una estafa.

381. La equidad y la justicia aconsejan que la condicion de los contratantes sea tambien igual respecto á la esperanza de las ganancias y al riesgo de las pérdidas. Esta igualdad debe calcularse, atendiendo á las probabilidades que hay entre lo que efectivamente se arriesga y lo que se puede ganar.

382. Cuando estos contratos se celebran entre personas que tienen capacidad general para contraer y versan sobre objetos que son conformes á las buenas costumbres y á las leyes, producen su eficacia, como demostraremos en este título.

383. De lo dicho se infiere que son varios los contratos á que puede darse la denominacion de aleatorios. Mas aquí trataremos sólo, y con separacion, de los más usuales, y que por su especialidad merecen ser examinados, aunque sea sucintamente. Estos son, la compra de esperanza, el contrato de seguro, el de censo ó renta vitalicia, el de decision á la suerte, el de juego y la apuesta.

§ II.

Compra de esperanza.

384. Entiéndese por compra de esperanza, el contrato de compra y venta de una cosa, cuya existencia es incierta y even-

aleatorio. En el uso comun se habia ido generalizando mucho ántes, y más entre los juristas. Esta circunstancia; su origen latino de la palabra *alea*, por la que se significa juego de azar, suerte, fortuna, incertidumbre y riesgo; la comodidad que presta para evitar perifrasis, y más que todo, el ejemplo de los redactores del proyecto del Código civil que han admitido sin escrúpulo esta palabra, nos movieron ya á emplearla en ediciones anteriores, procurando darle la fijeza y precision con que no siempre se ha usado.

tual. Este contrato tiene sancion expresa en nuestras leyes, porque las de Partida (1) tratan del que ofrece una cantidad cierta por lo que un pescador saque en determinadas redadas, ó por lo que un cazador coja en tiempo señalado. En estos casos el comprador y el vendedor se entregan á la suerte, y ninguno de ellos puede quejarse de lesion, debiendo el primero pagar por completo el precio, aunque reciba poco ó nada, con tal que se le dé todo lo que haya salido en la redada, ó lo cazado en el tiempo señalado, y el segundo, entregar lo convenido, por más que sobrepuje á lo que podia presumirse (2).

§ III.

Contrato de seguro.

385. Por contrato de seguro entendemos, *un contrato bilateral, aleatorio, en que uno de los otorgantes se obliga á responder del caso fortuito que sobrevenga en los bienes asegurados, mediante cierto precio.* El que responde de los riesgos se llama *asegurador*; el que por no correrlos estipula el premio, *asegurado*; la cosa que corre el riesgo, *cosa asegurada*; la cantidad que se da en recompensa del riesgo, *prima, premio ó precio del seguro*, y la escritura en que se hace constar, *póliza ó seguro*.

386. De la definición que acabamos de dar, se infiere:

- 1.º Que son requisitos esenciales de este contrato, que haya una cosa asegurada, un riesgo á que esté expuesta, y un premio convencional para el asegurador.
- 2.º Que pues hay obligaciones recíprocas por parte del asegurado y del asegurador, debiendo el primero pagar el premio, y el segundo indemnizar en caso de siniestro, el contrato es bilateral.
- 3.º Que corriendo el asegurador el peligro de indemnizar si sobreviene el caso fortuito, y ganando gratuitamente el premio si no sobreviene, y por el contrario, perdiendo el asegurado inútilmente el premio cuando no ha habido perjuicio en lo asegurado, y siendo indemnizado en el caso opuesto, el contrato es verdaderamente alea-

(1) Ley 11, tit. V, Part. Y.
 (2) La misma ley y Partida.

torio, porque las ganancias y las pérdidas por una y otra parte, dependen de un acontecimiento incierto.

387. Los seguros se dividen en terrestres y marítimos, según que el peligro que se corre es en tierra ó en la mar.

388. Puede este contrato tener por objeto toda clase de cosas y riesgos, siempre que quepan en los límites de la moral y del derecho. Así vemos seguros de la vida, de quintas, contra incendios, contra heladas, y para decirlo de una vez, sobre todo cuanto puede correr riesgo, con tal que sea capaz de apreciación. A pesar de esto, y de que frecuentemente caen bajo las reglas cardinales del contrato de seguro muchas convenciones que carecen de todo carácter mercantil y que son propias de la legislación común, es preciso reconocer que nuestras leyes civiles no han tratado expresamente de este contrato, dejándolo ántes á las ordenanzas de los consulados, y fijando despues en el Código de Comercio los cánones por que deben regirse los mercantiles. Y no es esto especial á España; en casi todas las naciones se ha seguido la misma conducta, y casi todos los códigos civiles modernos (1) pasan en silencio el contrato de seguro, dejándole para los de comercio, los cuales generalmente se han limitado á tratar de los seguros marítimos, si bien no falta alguno que, como el nuestro, comprenda también los de trasportes terrestres.

389. Los contratos civiles de seguros existen, sin embargo; se repiten con frecuencia; son objeto de muchos pleitos, y las cuestiones á que dan lugar se deciden, ya por las reglas generales del derecho, ya por el principio de que es lícito contratar del modo que plazca á los particulares en cuanto no se oponga á la moral y á las leyes, ya recurriendo á razones de analogía y haciendo á las veces extensivo al derecho civil, si bien con prudencia y discernimiento, reglas que sólo han sido dictadas para los contratos mercantiles de seguros. Por eso creemos que no completariamos este tratado si no hiciéramos algunas indicaciones, fijando al ménos los principios capitales que rigen en esta materia (2).

(1) En esto han imitado á Francia. Austria ha tratado en su Código civil del contrato de seguro, relegando á leyes especiales los seguros marítimos.

(2) Seguimos en esta parte á los redactores del proyecto del Código civil español, que á su vez han imitado el ejemplo del Código austriaco.

390. Nada debemos decir del asegurador y del asegurado, porque ninguna regla especial hay que á ellos se refiera; pueden serlo por lo tanto todos los que por regla general son legalmente capaces de obligarse y de obligar á otros.

391. La cosa asegurada ha de existir, pues de otro modo carecería de objeto el contrato; puede ser mueble ó inmueble, porque unas y otras corren riesgos que pueden ser indemnizados en caso de que sobrevengan siniestros.

392. El premio del seguro ha de ser determinado, y no está sujeto á tasación, ni lo estaba de hecho ántes de las leyes que suprimieron la prohibición general de la usura ó la limitación que ésta tenía en los casos en que era permitida, segun dejamos expuesto al tratar del préstamo mútuo. Los contratantes pueden fijarlo libremente con conocimiento de los mayores ó menores riesgos que en cada caso se corren: el legislador no podría verificarlo con equidad y con prudencia, estableciendo reglas generales, que darían por resultado hacer frecuentemente imposible el contrato, ó harían que la ley fuera eludida, por las dificultades que producirían en un contrato poco común en otros tiempos, pero cotidiano hoy y de aplicación frecuentísima, atendido el desenvolvimiento de todos los intereses materiales en la sociedad de nuestros días.

393. El riesgo ha de ser incierto; por eso, si al tiempo de la celebración del contrato, el asegurador tuviera conocimiento de haberse libertado ya de todo peligro los bienes asegurados, ó por el contrario, supiera el asegurado que había ya acaecido el daño de que se le aseguraba, el contrato sería nulo, porque sobre no tener causa, faltaría el consentimiento de uno de los otorgantes, y por parte del otro habría un dolo que por dar causa al contrato le anularía. Mas puede suceder que al tiempo de la celebración del contrato, la cosa asegurada haya perecido ya ó esté en salvo por completo, y que ambos contratantes lo ignoren; y puede preguntarse, en este caso, ¿será ó no válido el contrato? Inclinan á la afirmativa las consideraciones de que entónces es igual la condición de ambos contrayentes; que la incertidumbre, que es condición esencial y causa del contrato de seguro, existe aún; y por último, el ejemplo que nos da el Código de Comercio (1), que

(1) Artículo 893.

reputa válido el seguro marítimo con fecha posterior al arribo de cosas aseguradas al puerto de su consignación, igualmente que al día en que se hubieran perdido, siempre que no pueda presumirse legalmente que la parte interesada en el acaecimiento tenía noticia de él ántes de celebrarse el contrato; estableciendo (1) reglas para evitar el fraude que á la sombra de noticias anticipadas pudieran cometerse. No nos parecen, sin embargo, estas razones bastante poderosas para asentir á semejante opinión; por el contrario, creemos que debe estarse á los principios rigurosos del derecho civil en casos análogos, y que del mismo modo que es nula la compra y venta cuando la cosa vendida no existe, creyendo el vendedor lo contrario, así cuando el riesgo ya no existe, no debe ser válido el seguro. Ménos inconvenientes tendríamos para seguir la opinión contraria, si los telégrafos eléctricos no hubieran venido á hacer casi instantánea la comunicación de las noticias de los salvamentos ó de los siniestros; pero ahora no podemos prescindir de la facilidad que se daría en los seguros terrestres, que es sólo á los que aquí podemos referirnos, á fraudes y á estafas, y de la imposibilidad de establecer acertadamente la presunción legal de la ignorancia.

394. Aunque el contrato de seguro se puede probar del mismo modo que todos los demás contratos, y de consiguiente por los medios que dejamos expuestos al tratar del *modo de probar las obligaciones*, pocas veces se celebra sin que se extienda *póliza*. En el derecho mercantil esta es circunstancia esencial, tanto respecto á los seguros terrestres (2), como á los marítimos (3). La conveniencia hace que en los contratos de seguros por derecho común, prevalezca lo especialmente mandado como esencial en los mercantiles por las leyes de comercio.

395. El asegurado debe poner con la mayor prontitud posible en noticia del asegurador el daño que sobrevenga, porque entónces es cuando con más facilidad puede apreciarse, así como también averiguarse la verdad de los hechos, de modo que aparezca si los siniestros fueron efecto de caso fortuito, ó si hubo culpabilidad por parte del dueño. ®

(1) Artículo 894 del mismo Código.

(2) Artículo 418.

(3) Artículo 840.

396. Aunque hemos dicho que es uno de los requisitos esenciales del contrato de seguro que haya prima ó premio, no se extiende esta regla general á los seguros mútuos, esto es, á las asociaciones de dos ó más personas que se aseguran mutuamente contra cualquier caso fortuito que sobrevenga en sus bienes respectivos, como sucede, por ejemplo, en los seguros mútuos contra incendios, clase de sociedad tan generalizada entre nosotros; ó contra otra clase de eventualidades de las que, ó en beneficio propio ó en el de sus familias, quieren algunos precaverse, como se verifica en las compañías mútuas que se establecen para que del fondo comun que se forme, se pongan sustitutos para el servicio militar, en reemplazo de los mozos á quienes quepa la suerte de soldados. En estas asociaciones, cuando no hay convencion expresa que determine otra cosa, el daño ó la cantidad que hay que satisfacer en descargo de las obligaciones de los asociados, debe ser pagado por todos los socios en proporcion de lo que cada uno tiene asegurado, resultando de aquí que no hay premio del seguro, sino una contribucion entre todos los que se precaven contra el caso fortuito, proporcional á las ventajas que cada uno puede sacar de la sociedad, en el supuesto de ser el perjudicado ó el designado por la suerte.

397. Por último, el asegurador de bienes inmuebles tiene el derecho de exigir una hipoteca especial sobre los bienes asegurados, cuyos dueños no hayan satisfecho los premios del seguro de dos ó más años, ó dos ó más de los últimos dividendos, si el seguro fuere mútuo. Miétras éstos no se devenguen, el crédito del asegurador tendrá preferencia sobre los demás créditos (1).

§ IV.

Renta vitalicia.

398. Entiéndese por contrato de renta vitalicia, *un contrato unilateral, aleatorio, en que una persona queda obligada á pagar una pension anual durante la vida de otro, en recompensa del capital que se le transfiere desde luego, perpétuamente, cesando la pension á la muerte del pensionista.*

(1) Artículos 219 y 220 de la LEY HIPOTECARIA.

399. La entrega del capital que tiene que hacer uno de los contratantes, es causa de que este contrato pertenezca á la clase de los *reales*. Esta entrega del capital, que, segun diremos despues, ha de consistir necesariamente en dinero, es tan esencial, que si el notario no da fe de su numeracion y pago, no habrá contrato de *renta vitalicia* (1); si bien podrá existir el pacto de celebrarlo, por haber convenido los interesados en el otorgamiento y condiciones del contrato, en la cantidad del capital y en la cuota de la pension; pacto que, como lícito y honesto, obliga á los que sería y deliberadamente convienen en constituir en debida forma el contrato de renta vitalicia.

400. De lo que acabamos de decir se infiere que, no quedando despues de entregado el capital, que es cuando el contrato de renta vitalicia queda perfecto, ninguna obligacion que cumplir por parte del pensionista, sino sólo el derecho de percibir la pension, únicamente el que recibe el capital es quien resulta obligado, y por lo tanto este contrato es unilateral. Lo contrario sucede con el pacto que precede á la celebracion del contrato de renta vitalicia, pues hasta que éste llega á perfeccionarse, es obligatorio igualmente á ambos, y por consiguiente bilateral.

401. La incertidumbre de las ganancias ó pérdidas que pueden resultar de este contrato, dependientes absolutamente de un suceso incierto, como lo es el de la vida de la persona á quien se ha de pagar pension, le dan el carácter de *aleatorio*.

402. En las leyes recopiladas (2) recibe el nombre de *censo de por vida*, y generalmente se le ha venido dando hasta los últimos tiempos, ya la misma denominacion, ya la de *censo vitalicio*. Los jurisconsultos iban más adelante, considerándolo como un censo consignativo, por los puntos de analogía que con afan buscaban entre ellos, si bien reconociendo que no podian sujetarlo á sus reglas por las diferencias capitales que los separaban, llegando alguno á decir que era un censo tan anómalo y extraordinario, que examinado por las reglas de los demás censos, parecia no serlo (3). Y que tenia razon, no necesita demostrarse, puesto que basta la comparacion del censo vitalicio con el consignativo,

(1) Ley 6.ª, tit. XV, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) La misma ley del mismo título y libro.

(3) Sala: *Ilustracion del Derecho Real de España*.

que es con el que se pretende encontrar puntos de semejanza, para convencerse de que son contratos del todo diferentes. Por eso, siguiendo el ejemplo de la comision que redactó el proyecto del Código civil, y el uso generalmente recibido, abandonamos la nomenclatura antigua de *censo vitalicio*, reemplazándola con la de *renta vitalicia*, con preferencia á las de *fondo vitalicio* y *fondo perdido ó muerto* que emplean algunos (1).

403. Mas aunque la manera más comun de constituir la renta vitalicia es el contrato oneroso que hemos definido, nada importa que deba su origen, segun á veces sucede, á un título puramente lucrativo, como á una donacion ó á última voluntad. En este caso surte respecto del pensionista los mismos efectos que si estuviera constituido por título oneroso.

404. Cuando se constituye por título oneroso la renta vitalicia, el precio ha de consistir precisamente en dinero, no admitiéndose en nuestro concepto la ley ninguna otra cosa en su lugar, aunque sean objetos preciosos ó bienes inmuebles (2), bajo pena de nulidad del contrato. La pena que la ley imponia al escribano que autorizaba la escritura, cesó al publicarse el Código penal.

405. La renta vitalicia sólo puede constituirse sobre una vida

(1) Así le llamamos tambien nosotros en las primeras ediciones.

(2) Respecto á los objetos preciosos no puede haber la menor duda, porque la ley 6.^a, tit. XV, lib. X de la Novísima Recopilacion expresamente prohíbe que se constituya el precio en oro labrado, en plata labrada, en tapices ó en otras alhajas y joyas. Respecto á los bienes inmuebles, hemos visto sostener la opinion de que podia consistir en ellos el precio que se diera por la renta vitalicia; mas no podemos conformarnos con esto, pues la misma ley, despues de hablar de los objetos preciosos que acabamos de referir, dice: *sino que todo el dinero de la dicha suerte principal se haya de pagar y se pague y cuente al principio todo el dinero de contado, sin intervenir otra cosa que no sea dinero de contado, ni estimacion alguna della, y que el escribano ante quien pasare el contrato dé la fe de la numeracion y paga de toda la dicha suerte principal*. Con palabras tan terminantes de la ley no nos parece lícito aceptar otra opinion. Ni sirve oponer que por práctica se admiten tambien fincas: no diremos que en alguna parte, por abuso é infringiendo el texto legal, no se presenten ejemplares en este sentido; lo que negamos es que esta práctica sea conforme á la ley; lo que sabemos es que no tiene el carácter de general; lo que dudamos es que prevaleciera en un juicio contencioso seguido hasta su último trámite.

y no sobre dos ó más. Esta es nuestra opinion decidida despues de haber examinado detenidamente la cuestion, que no todos resuelven en el mismo sentido, sin que tengamos la presuncion de que sea nuestro dictámen el más seguro (1), por más legal que

(1) Los que sostienen que el censo ó renta vitalicia se puede constituir por dos vidas, se fundan en la ley 12, tit. XV, lib. V de la Nueva Recopilacion. Y en ella se funda tambien el art. 16 de la Instruccion de 9 de Noviembre de 1874 sobre redaccion de instrumentos públicos sujetos á registro, cuando, al tratar del modo de capitalizar las pensiones cuyo capital no conste, determina que si la pension fuese vitalicia, se hará la capitalizacion al tipo de 10 ú 8 $\frac{1}{2}$ por 100, segun sea la pension por una ó dos vidas, con arreglo, dice el artículo, á la ley 12, tit. XV, lib. X de la Novísima Recopilacion. La cita está seguramente equivocada, pero es indudable que en el expresado artículo se ha querido hacer referencia al lib. V (no X) de la Nueva (no de la Novísima) Recopilacion. Nuestro razonamiento en contra de esta opinion es el siguiente.

La ley 6.^a del tit. XV del lib. X de la Novísima Recopilacion, establece que no se puedan fundar ni otorgar censos de por vida por dos, ni por tres, ni por más vidas, sino que se puedan tomar y constituir por sola una vida, y no por dos ni por más vidas. El precepto de esta ley no puede ser más explícito ni más decisivo. Dada por D. Felipe II en 1583, fué trasladada de la Nueva Recopilacion donde se hallaba (ley 8.^a, tit. XV, lib. V), á la Novísima. Mas en la Nueva Recopilacion hay otra (ley 12 del mismo título y libro) dada por D. Felipe III en 1608, posterior por lo tanto á la citada antes, en que sin tratar directamente de la cuestion, despues de fijar el precio de los nuevos juros y censos al quitar, diciendo que no pudieran ser á menos precio de veinte mil maravedís el millar, se añade, y los de por una vida á razon de diez mil maravedís el millar, y los de por dos vidas á doce mil maravedís el millar. En estas palabras, por las que sólo incidentalmente podria considerarse derogada la ley de D. Felipe II, si se hubiera pensado en ello, es en las que se fundan los que sostienen que la renta vitalicia puede constituirse sobre dos vidas. Tal vez suscribiríamos á esta opinion, si no encontráramos un motivo poderoso para adoptar la que seguimos en el texto. La citada ley de D. Felipe III no está inserta en la Novísima Recopilacion, y esta omision no fué olvido ni descuido, sino una cosa hecha de propósito y con el determinado objeto de suprimir la parte de la ley que se refiere á los censos vitalicios. La prueba de esto se encuentra en la nota segunda del mismo título y libro, en que á no ser por la supresion estaria sin duda la ley: en esta nota se dice, que por las leyes 12 (la de D. Felipe III) y 13 del mismo título (el XV del lib. V de la Nueva Recopilacion) se prohibió la constitucion de nuevos juros y censos al quitar á menos precio de

nos parezca. Indiferente es al efecto que la renta vitalicia esté constituida por contrato ó por última voluntad, porque las palabras de la ley, que ordena que no se puedan fundar ni otorgar censos de por vida, por dos, ni por tres ni más vidas (1), son decisivas y comprenden todos los casos que en la práctica pueden presentarse. Consideramos esta cuestión dentro de las condiciones del derecho establecido; si tuviéramos que examinarla en el terreno constituyente, nos inclinaríamos á dar extensión á la ley, si bien no desconocemos los motivos que pudo haber para limitarla (2).

406. Aunque lo más usual es constituir la renta vitalicia sobre la vida de la persona que se desprende del capital, pues que esta es la consecuencia natural y ordinaria de su objeto, puede sin inconveniente constituirse sobre la vida del que ha de dar la pensión, y aún de un tercero que ni haya dado el capital, ni tenga que pagar la pensión. Es una modificación de este contrato que, aunque no se halla expresamente autorizada por la ley, no se opone á la moral ni al derecho, y lejos de ser generalmente efecto del capricho, suele fundarse en motivos de prevision muy justificados. Pero si la persona sobre cuya vida se constituye la renta vitalicia no existiera al tiempo de celebrarse el contrato, ó

veinte mil maravedís el millar, sin que haya ni una sola palabra que haga referencia á los censos vitalicios. ¿No se infiere del hecho de no haberse insertado la ley, y de haberse puesto sólo en nota la disposición de una parte de ella, y no la interesante en el punto de que tratamos, que quiso hacer una alteración en el particular? Nos parece indudable, y aún presumimos que pudo ser motivada la omisión, por la consideración de que una medida como la adoptada por D. Felipe II respecto á que sólo se constituyera el censo vitalicio por una vida, no debía reputarse derogada incidentalmente por otra ley en que sólo se trataba del precio de los censos. Mas sea lo que quiera de esta conjetura, el hecho es que en la Novísima Recopilación tenemos una ley única que establece que sólo por una vida se constituya el censo vitalicio, y no creemos que pueda ser pospuesta su autoridad á otra disposición que, aunque en su origen es de fecha posterior, no se halla inserta en el cuerpo legal que tiene fuerza preferente sobre todos los demás que son anteriores á él.

(1) Dicha ley 6.^a, tit. XV, lib. X de la Novísima Recopilación.

(2) En el proyecto del Código civil, art. 1705, se permite constituir la renta vitalicia hasta por varias vidas.

estuviese gravemente enferma, ignorándolo el pensionista, y de la enfermedad ó de sus resultas muriere, será nulo el contrato: en el primer caso, por falta de objeto, que, en los contratos aleatorios como éste, es el riesgo que se corre; en el segundo caso, porque no tiene causa, pues que el propósito del pensionista de obtener una renta era irrealizable, cuando ésta se imponía sobre la vida de uno que conocidamente estaba moribundo; á lo que se agrega que hay falta de voluntad en el mismo, porque á saber el estado triste de la persona elegida, no hubiera admitido que á su vida se hubiese referido la pensión, y este error, como sustancial, vicia el contrato.

407. No podían desentenderse los legisladores que fijaron la relación entre el precio y la pensión del censo vitalicio, del espíritu entonces dominante en la legislación. Anatematizado por regla general el interés del dinero en la contratación, y permitido, aunque en muy módica escala, en los censos, natural era que fijaran los límites del vitalicio; así lo hicieron, estableciendo para los que se constituían sólo sobre una vida, únicos á que aquí nos referimos, que la pensión anual pudiera ser la sétima parte del precio (1), y limitándolo despues á la décima (2); y esto era lo que se hallaba en práctica cuando se publicó la ley (3) que abolió toda tasa sobre el interés del capital en numerario dado á préstamo. Esto no obstaba á que los contratantes, teniendo presentes las tablas de las probabilidades de la vida, la edad y salud de la persona sobre cuya vida se calculaba la pensión, y lo que atendidas las circunstancias producían los capitales empleados de modo diferente, hicieran regulaciones más moderadas, pero sin que las pensiones excedieran nunca de la referida proporción. Publicada la ley que abolió la tasa del interés del dinero dado á préstamo, no puede negarse que dentro de su espíritu está también la supresión de la tasa de la pensión en el contrato de censo vitalicio; no puede, sin embargo, desconocerse que no le alcanza la letra de la ley; nos inclinamos, no obstante, á que llevada la cuestión á los tribunales, se resolvería en sentido de la libertad [®]

(1) Ley 6.^a, tit. XV, lib. X de la Novísima Recopilación.

(2) Ley 12, tit. XV, lib. V de la Nueva Recopilación.

(3) Ley de 14 de Marzo de 1856.

de la contratacion. Por lo demás, la incertidumbre que los que celebran este contrato tienen de las ventajas ó perjuicios que de él pueden resultarles, debe ser causa, en principios de derecho constituyente, de extender con mayor razon en él que en el préstamo mútuo la facultad discrecional de pactar las partes lo que estimen, respecto á los intereses que ha de sacar del capital el pensionista. Estas consideraciones no pueden ser extensivas á la renta vitalicia que se constituye por título gratuito ó por última voluntad; en ella no hay capital alguno que se entregue, y no cabe, por lo tanto, establecer la proporcion que la pension debe guardar con él.

408. Aunque por regla general pueden constituir una renta vitalicia todos los que son hábiles para contraer y están en libertad de disponer de sus bienes, no es lícito, sin embargo, al que tiene herederos forzosos, entregar sin consentimiento de éstos, siendo mayores, todo su caudal á renta vitalicia, porque esto seria un verdadero fraude que les haria, privándolos de las legítimas.

409. A la seguridad del contrato de renta vitalicia pueden gravarse hipotecariamente las fincas del que recibe el capital, ó de otro que se preste á dar esta garantía al pensionista. Entónces la obligacion de pagar la pension, que como nacida de un contrato constituia un derecho á la cosa, será fortalecida por un verdadero derecho real, que es la hipoteca. Este es el censo vitalicio real, de que en contraposicion al censo vitalicio personal hablan algunos. Pero, en verdad, la constitucion de la hipoteca en nada altera la índole del censo, ni su modo de ser, ni su extension, ni sus efectos; limitase sólo á darle una importante garantía, como tambien podria serlo la constitucion de un fiador de responsabilidad bastante á satisfacer la renta que no pagara el principalmente obligado.

410. Cuando, segun lo que dejamos dicho, se conviniere en el contrato que se den garantías determinadas, como una fianza ó una hipoteca, en seguridad del cumplimiento de la obligacion contraida por el que tiene que satisfacer la pension, y esto no se hiciere, podrá el pensionista solicitar y obtener que, ó quede sin efecto, ó se rescinda el contrato, por falta de una de las circunstancias que influyeron tal vez decisivamente en él para celebrarlo. Es claro que no tendrá lugar esto cuando la constitucion de la renta sea por título lucrativo; mas en el caso de que esté constituida en última voluntad, podrá usar el pensionista de los me-

dios que para asegurar su derecho le conceden las leyes, de que trataremos oportunamente al hacerlo de las hipotecas.

411. Espira la renta vitalicia por la muerte de la persona de cuya vida depende, bien sea el mismo pensionista, bien sea otro cualquiera. Por lo tanto, cuando los pagos se hicieron con anticipacion al vencimiento, bien fuera en virtud del contrato de constitucion ó por cualquier otra causa, debe devolverse por los herederos del pensionista la parte aún no devengada de la pension.

§ V.

Decision por suerte.

412. El contrato de decision por suerte es un *contrato bilateral, aleatorio, por el que dos personas se convienen en que un negocio quede decidido por la suerte*. Este contrato es bilateral, porque la obligacion es reciproca entre los contratantes, quedando igualmente obligados á aceptar lo que la suerte disponga; y es aleatorio, porque dependen sus consecuencias, no del cálculo, sino de la mejor ó peor fortuna de los interesados.

413. A esta clase de contratos corresponde el convenio que tiene por objeto, que en lugar de hacerse por las personas la eleccion de una de dos cosas, se haga por la suerte; como sucede á veces en la adjudicacion de alguna cosa pretendida por personas diferentes, y en el señalamiento de lotes sorteados de acuerdo entre varios coherederos, consócios ó condueños, cuando terminan la indivision de la herencia, la sociedad ó el condominio. En tales casos y en otros semejantes, esta manera de decision, no sólo es legítima y suele salir al encuentro de gravísimas dificultades, sino que está recomendada por los jurisconsultos y puede producir buenos resultados en la práctica. Las mismas leyes acuden á veces á la suerte, buscando en ella la imparcialidad, cuando los interesados no pueden convenir en un punto que ordinariamente debe ser decidido por ellos. Así vemos que lo establece la ley vigente de Enjuiciamiento civil, para cuando dos ó más litigantes que sostienen unas mismas pretensiones, no puedan ponerse de acuerdo respecto al nombramiento de peritos, cuyo dictámen sea necesario para conocer ó apreciar algun hecho

de influencia en el pleito (1): disposiciones iguales adopta la ley en casos análogos (2). Más ejemplos podríamos citar en que determinan las leyes que se acuda á la decision por suerte; pero nos limitaremos á señalar aquel en que, legando el testador una de sus cosas y dejando á dos personas la eleccion, por no haber entre ellas acuerdo, mándales el juez echar suertes, y *al que cayese la suerte, debela escoger et haber* (3).

414. Mas lo que en estos casos y en otros de la misma especie se halla establecido por la ley ó por la práctica, no puede imprudentemente extenderse á otros que no tengan con ellos mucha analogía. De no ser circunspectos en este punto, vendria frecuentemente á convertirse el contrato de decision por suerte en un verdadero juego de azar á que la ley civil niega toda fuerza jurídica.

§ VI.

De los contratos de juego y apuesta.

415. El contrato de juego es un *contrato bilateral, aleatorio, en que se conviene que el que pierda, pague cosa determinada al que gane.*

416. Hay juegos que dependen más de la habilidad, de la destreza, de la industria ó de la fuerza que del azar, y otros en que la fortuna decide por entero. Esta diferencia ha servido al legislador para autorizar unos y prohibir otros. Son lícitos todos los que no están comprendidos en una disposicion prohibitoria general ó especial. Las leyes declaran ilícitos todos los que son exclusivamente de suerte y azar, ó que se juegan á envite (4).

(1) Artículo 616 de la ley de *Enjuiciamiento civil*.

(2) Artículo 1073 de la misma ley.

(3) Ley 26, tít. IX, Partida VI.

(4) La ley 15, tít. XXIII, lib. XII de la Novísima Recopilacion, en su disposicion 1.ª, hace mencion de los juegos llamados banca ó faraon, baceta, carteta, banca fallida, sacanete, parar, treinta y cuarenta, cacho, flor, quince, treinta y una envidada, ú otros de náipes que sean de suerte ó azar, ó

417. Entre los juegos de suerte á que alcanza la prohibicion de las leyes, se cuentan las rifas (1), concurriendo para ello, además de las razones generales que aconsejan la prohibicion general, la facilidad de los fraudes á que se prestan, y la desproporcion que suele háber entre el valor de lo que se rifa y la cantidad á que ascienden los billetes que entran en sorteo. La prohibicion es extensiva aun en el caso de que sea á los extractos de la lotería (2). Sólo en virtud de autorizacion real (3) son lícitas las rifas, y aquélla no se concede sino por justas causas, y generalmente en beneficio de establecimientos de beneficencia, ó para dar impulso á alguna mejora material que refluye en utilidad comun.

418. No es de este lugar examinar la materia desde el punto de vista penal, aspecto bajo el cual la examinaremos en el tomo III de esta obra. Aquí debemos limitarnos á considerarla en el terreno civil, es decir, con relacion á las acciones que produce.

419. Lógica la ley en su sistema, niega toda accion civil por deudas procedentes de juegos prohibidos; establece que ninguno pueda hacer lícita la ganancia adquirida por estos medios reprobados, y declara nulos y sin ningun valor ni efecto los pagos, contratos, vales, deudas, escrituras y cualesquiera otros resguardos y arbitrios de que se usare para cobrar las pérdidas. No contenta con esto, llega á quitar á la deuda el carácter y los efectos de obligacion natural, mandando que las cantidades pagadas se restituyan á los que las perdieron, si las demandaren dentro de ocho dias, y que si no reclamaren, las tenga para sí el que las pidiere, denunciare y probare (4). Mas á pesar de estas medidas del legislador, dirigidas á evitar la ruina de las familias, desórdenes y disturbios en la sociedad doméstica, y gravísimos

que se jueguen á envite; birbis, oca ó auca, dados, tablas, azares y chuecas, bolillo, trompico, palo ó instrumento de hueso, de madera ó metal, ó de alguna otra cosa que tenga encuentros, azares ó reparos; taba, cubilettes, dedales, nueces, corregüela, descarga la burra y otros cualesquiera de suerte y azar, aunque no vayan expresados por sus propios nombres.

(1) Leyes 1.ª y 2.ª, tít. XXIV, lib. XII de la Novísima Recopilacion.

(2) Ley 3.ª del mismo título y libro.

(3) La misma ley 3.ª

(4) Ley 1.ª, y disposicion 8.ª de la ley 15, tít. XXIII, lib. XII de la Novísima Recopilacion.

perjuicios á la causa pública, necesario es confesar que la ley ha sido poco eficaz hajo el aspecto en que aquí consideramos la materia; las deudas del juego se han considerado como de honor entre cierta clase de personas, que han procurado satisfacerlas con más puntualidad aún que aquellas á cuyo pago podían ser eficazmente compelidas; y muy raro será el caso en que se haya presentado alguno pidiendo que se devuelva como no debido lo que jugando ó por consecuencia del juego haya satisfecho.

420. De los juegos permitidos por la ley, nace una acción civil para reclamar lo ganado. Pero como aún en estos juegos hay ciertas prohibiciones de las leyes, lo que se hace en contravención á ellas no da lugar tampoco á que pueda demandarse lo perdido, y por el contrario, da acción al que perdió para recuperar lo pagado. Esto sucede en los casos siguientes:

1.º Cuando en el juego permitido, el tanto suelto que se juegue exceda de un real de vellón, y de treinta ducados toda la cantidad, ó lo que es lo mismo, de 330 rs., aunque sea en diversas partidas, siempre que intervenga en ellas alguno de los mismos jugadores (1). En este caso, sólo habrá lugar á la reclamación por parte del que ganó, en lo que no exceda del tanto y suma señalados, y por el contrario, solamente en lo que exceda podrá pedir restitución el que pagó (2).

2.º Cuando no se jugare dinero, sino prendas, bienes, alhajas, ó cantidades al fiado, á crédito, sobre palabra, ó con tantos ó señales que no sean dinero contado (3), en cuyos casos se equiparan estos juegos á los prohibidos (4).

Lo que hemos dicho en el número anterior acerca de la poca eficacia de la ley respecto á las deudas y restitución de lo perdido en los juegos prohibidos, es extensivo, y con mayor razón, como se comprende muy bien, á las limitaciones puestas á los permitidos.

421. Réstanos sólo para terminar este párrafo, hacer ligeras indicaciones sobre las apuestas, especie de juego, ya dependien-

(1) Disposición 6.ª de la ley citada.

(2) Disposición 8.ª de la misma ley.

(3) Disposición 7.ª de la misma.

(4) Disposición 8.ª

te en un todo del azar, ya también en parte de la industria, del arte, de la habilidad ó de la fuerza del hombre. Nuestras antiguas leyes no trataron de las apuestas, motivo por el cual nuestros jurisconsultos (1), siguiendo las leyes romanas, las suponían contratos lícitos, y como tales, causa y origen de obligaciones y derechos civiles reclamables en los tribunales. Sin embargo, la prohibición de los juegos de suerte y azar no podía ménos de alcanzar á las apuestas de la misma clase, viniendo á resultar de aquí, que las apuestas están permitidas ó prohibidas en los mismos casos en que lo están los juegos. Así se entiende actualmente esta materia. Finalmente, en todo juego, aunque sea permitido, se hallan prohibidas también las apuestas ó traviesas.

TÍTULO XIII.

De la transacción y de los compromisos.

SECCION PRIMERA.

DE LA TRANSACCION.

422. La transacción ha sido introducida como un medio para terminar las diferencias presentes de los particulares, y prevenir las futuras. Por ella se sacrifican parte de las ventajas que reportaría un juicio favorable, para no exponerse á los inconvenientes de una condena. Es una novación verdadera de obligaciones anteriores, que con ella quedan extinguidas.

423. Podemos definir la transacción, *un contrato bilateral en virtud del cual los otorgantes, por medio de reciprocas cesiones, terminan una cuestión dudosa*. Sus requisitos esenciales son: que haya remisión, entrega ó dación de alguna cosa entre los que la

(1) Ley 8.ª y disposición 6.ª de la ley 15, tít. XXIII, lib. X de la Novísima Recopilación.

perjuicios á la causa pública, necesario es confesar que la ley ha sido poco eficaz hajo el aspecto en que aquí consideramos la materia; las deudas del juego se han considerado como de honor entre cierta clase de personas, que han procurado satisfacerlas con más puntualidad aún que aquellas á cuyo pago podían ser eficazmente compelidas; y muy raro será el caso en que se haya presentado alguno pidiendo que se devuelva como no debido lo que jugando ó por consecuencia del juego haya satisfecho.

420. De los juegos permitidos por la ley, nace una acción civil para reclamar lo ganado. Pero como aún en estos juegos hay ciertas prohibiciones de las leyes, lo que se hace en contravención á ellas no da lugar tampoco á que pueda demandarse lo perdido, y por el contrario, da acción al que perdió para recuperar lo pagado. Esto sucede en los casos siguientes:

1.º Cuando en el juego permitido, el tanto suelto que se juegue exceda de un real de vellón, y de treinta ducados toda la cantidad, ó lo que es lo mismo, de 330 rs., aunque sea en diversas partidas, siempre que intervenga en ellas alguno de los mismos jugadores (1). En este caso, sólo habrá lugar á la reclamación por parte del que ganó, en lo que no exceda del tanto y suma señalados, y por el contrario, solamente en lo que exceda podrá pedir restitución el que pagó (2).

2.º Cuando no se jugare dinero, sino prendas, bienes, alhajas, ó cantidades al fiado, á crédito, sobre palabra, ó con tantos ó señales que no sean dinero contado (3), en cuyos casos se equiparan estos juegos á los prohibidos (4).

Lo que hemos dicho en el número anterior acerca de la poca eficacia de la ley respecto á las deudas y restitución de lo perdido en los juegos prohibidos, es extensivo, y con mayor razón, como se comprende muy bien, á las limitaciones puestas á los permitidos.

421. Réstanos sólo para terminar este párrafo, hacer ligeras indicaciones sobre las apuestas, especie de juego, ya dependien-

(1) Disposición 6.ª de la ley citada.

(2) Disposición 8.ª de la misma ley.

(3) Disposición 7.ª de la misma.

(4) Disposición 8.ª

te en un todo del azar, ya también en parte de la industria, del arte, de la habilidad ó de la fuerza del hombre. Nuestras antiguas leyes no trataron de las apuestas, motivo por el cual nuestros jurisconsultos (1), siguiendo las leyes romanas, las suponían contratos lícitos, y como tales, causa y origen de obligaciones y derechos civiles reclamables en los tribunales. Sin embargo, la prohibición de los juegos de suerte y azar no podía ménos de alcanzar á las apuestas de la misma clase, viniendo á resultar de aquí, que las apuestas están permitidas ó prohibidas en los mismos casos en que lo están los juegos. Así se entiende actualmente esta materia. Finalmente, en todo juego, aunque sea permitido, se hallan prohibidas también las apuestas ó traviesas.

TÍTULO XIII.

De la transacción y de los compromisos.

SECCION PRIMERA.

DE LA TRANSACCION.

422. La transacción ha sido introducida como un medio para terminar las diferencias presentes de los particulares, y prevenir las futuras. Por ella se sacrifican parte de las ventajas que reportaría un juicio favorable, para no exponerse á los inconvenientes de una condena. Es una novación verdadera de obligaciones anteriores, que con ella quedan extinguidas.

423. Podemos definir la transacción, *un contrato bilateral en virtud del cual los otorgantes, por medio de reciprocas cesiones, terminan una cuestión dudosa*. Sus requisitos esenciales son: que haya remisión, entrega ó dación de alguna cosa entre los que la

(1) Ley 8.ª y disposición 6.ª de la ley 15, tít. XXIII, lib. X de la Novísima Recopilación.

contraen; que verse acerca de una cosa en que exista ó pueda existir litigio, y que le termine: de lo dicho se infiere que la transaccion es un contrato oneroso. Una vez hecha, tiene tanta fuerza como la cosa juzgada; de tal suerte, que no siempre hay lugar en ella á la eviccion (1). Es doctrina de los intérpretes, fundada en las leyes romanas, que la transaccion, no tan sólo puede hacerse sobre la cosa que se litiga, sino extenderse tambien con ocasion de este litigio á todos los demás que puedan tener los litigantes. Pero añaden que no habiendo controversia alguna, no es permitida la transaccion con este carácter de generalidad, á fin de evitar que los hombres tímidos y sencillos sufran quebranto en sus intereses, haciendo sacrificios innecesarios para libertarse de pleitos, y que vengan á ser víctimas de astutos estafadores. Nosotros juzgamos igualmente, en conformidad con el espíritu y la letra de la ley y con lo expuesto por algunos jurisconsultos, que es indispensable para que la transaccion sea admisible, que exista un objeto determinado y litigioso sobre el que haya de recaer.

424. La transaccion es una enajenacion (2). Así es que pueden transigir los que pueden enajenar, y en su consecuencia, tambien los procuradores que tienen poder especial, ó general con libre y franca administracion (3); sin embargo, opinion es de varios, y está generalmente adoptada por la práctica, que si el procurador carece de poder especial para transigir, la transaccion pueda rescindirse en caso de que sea perjudicial al representado. Nos parece esta práctica razonable, porque muchas veces se ponen por fórmula algunas cláusulas en las escrituras, que producen perjuicio á los contratantes, quienes acaso no pensaron en ellas; así es que reputamos sumamente útil para evitar litigios, que la transaccion no pueda verificarse sino por una persona autorizada con un poder especial. Los que tienen incapacidad para enajenar, y aun tambien para administrar, no pueden tran-

(1) Gomez cree que no procede, si la cosa de que á uno se le priva ha sido una de las litigiosas ó objeto de la transaccion.

(2) Para su validez no es necesario que se haya estipulado precio fijo, como en las ventas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Febrero de 1870.)

(3) Ley 19, tít. V, Part. III.

sigir. Los requisitos que se exigen para transigir sobre derechos de menores ó incapacitados, quedan expuestos en otro lugar (1).

425. Está prohibida la transaccion:

1.º En las causas sobre nulidad de matrimonio, por ser indisoluble el vínculo: doctrina que no es extensiva á los esponsales de futuro, pues sólo dependen del consentimiento de los interesados.

2.º En las que sólo se trata de la separacion legal de los cónyuges, pues no basta su voluntad para llevarla á efecto, sino que además es indispensable que recaiga sentencia judicial, previo conocimiento de causa, segun las prescripciones del derecho canónico y civil.

3.º Acerca de lo que se dejó en un testamento cerrado, ántes de abrirle (2).

4.º Acerca de los alimentos futuros dejados en testamento ó última voluntad, á no ser con autoridad judicial, previo conocimiento de causa. Esta doctrina, no expresa en nuestras leyes, está tomada de las romanas y admitida en la práctica, y no es extensiva á los alimentos debidos por contrato, ni á los que se deben atrasados (3).

(1) Al tratar en el tomo I de las obligaciones de los guardadores en el ejercicio de su cargo.

(2) Ley 1.ª, tít. II, Part. V.

(3) El Tribunal Supremo de Justicia, con motivo de reclamarse la nulidad de una transaccion sobre alimentos debidos á una hija natural, desechó el recurso de casacion interpuesto á nombre de ella, y declaró que la ley 2.ª, tít. XIX, Part. IV no contiene prohibicion alguna de transigir sobre alimentos futuros, y que no es principio de derecho admitido por la jurisprudencia de los tribunales, el de que son esencialmente nulas las transacciones, compensaciones y renunciaciones de alimentos futuros debidos por la ley. (Sentencia de 12 de Noviembre de 1868.) Y en 10 de Junio de 1873, se declaró tambien por el mismo Supremo Tribunal «que habiendo reclamado en juicio la mujer sus derechos y los de sus hijas á los alimentos que les habian sido negados durante la separacion voluntaria de su cónyuge, y despues admitida la demanda voluntaria de divorcio, es indudable, que por convenio mútuo pueden transigir sobre dichos derechos con la aprobacion del juez ante quien penda el juicio, siendo representadas las hijas menores por un curador *ad litem*, especialmente habiéndose convertido en provecho y beneficio de éstas lo pactado en el convenio.»

5.º En pleitos de beneficios, para no dar lugar á simonia.
 6.º Por delitos; pero si son anteriores al contrato, podrá transigirse acerca del interés pecuniario que haya derecho á reclamar en el caso de entablarse civilmente la demanda.

426. La transaccion es de interpretacion estrecha, y no debe, por lo tanto, extenderse á más personas ó cosas que á las comprendidas en ella expresamente, ni admitir más inteligencia que la genuina y literal. Mas á pesar de ser tanta la fuerza de la transaccion, pues tiene hasta la de autoridad de cosa juzgada, hay algunos casos en que procede su rescision. Esto se verifica si se ha otorgado en vista de falsos instrumentos, ó si se ha impedido la prueba de testigos en caso de demanda; cuando ha habido error sustancial, con tal que acerca de éste no verse el contrato; ó dolo, fuerza ó temor grave que cae en varon constante (1). Respecto á si se rescinde ó no por lesion, no hay absoluta conformidad entre los intérpretes, conviniendo en cuanto á que la rescision no procede por lesion enorme, pero discrepando respecto á la enormísima, que segun algunos rescinde la transaccion; opinion que nosotros no admitimos por ser poco conforme á la letra y al espíritu de la ley (2).

SECCION II.

DE LOS COMPROMISOS.

427. Se entiende por compromiso, el contrato por el cual convienen los que tienen una cuestion pendiente, en someterla al arbi-

(1) Ley 34, tit. XIV, Part. V. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 16 de Diciembre de 1859 y de 30 de Abril de 1864. Los vicios atribuidos á una escritura de transaccion, por no haberse extendido su copia en el papel correspondiente ni tomado razon de ella en el registro de hipotecas, no son defectos insubsanables ni afectan á la validez de la transaccion. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de Enero de 1862.)

(2) La misma ley 34. *E cuanto quier, dice esta ley, que montasse aquella parte que quitasse (cediese) el demandador, non la podria despues demandar.* Con esta opinion, que hemos emitido en las ediciones anteriores de esta obra, se halla conforme una sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Marzo de 1871.

trio de una ó varias personas, obligándose á pasar por su decision. El compromiso se ha de formalizar necesariamente en escritura pública; el contraido en otra forma será nulo (1).

428. Todos los que pueden obligarse, tienen aptitud legal para contraer compromisos, así como están excluidos los que carecen de aquella capacidad (2).

429. Objeto del compromiso es toda cuestion entre partes, ántes ó despues de deducida en juicio, y cualquiera que sea el estado de éste. Pero se exceptúan de esta regla general todas las cuestiones relativas al estado civil de las personas, y aquellas en que debe intervenir el ministerio fiscal con arreglo á las leyes (3). Se exceptúan asimismo las causas matrimoniales, y todas las demás que hemos visto que no pueden ser objeto de transaccion.

430. Lo relativo á los compromisarios, á sus diversas clases, al modo de contraer el compromiso, á la manera de proceder en su desempeño y á otros puntos correspondientes á esta materia, es más bien propio de los tratados de procedimientos, y en ellos debe examinarse con la conveniente extension.

TÍTULO XIV.

De la cesion.

431. La cesion, como en este lugar la consideramos, es un contrato por el que una persona traspasa á otra derechos ó acciones que la corresponden contra un tercero. No debe confundirse ni con la renuncia, ni con la delegacion; no con la renuncia, porque el que renuncia, condona y no necesita de la voluntad de otro para que aquélla produzca todo su efecto, y la cesion, por el contrario, no es condonacion y requiere la voluntad del cedente y cesionario; no con la delegacion, que es la sustitucion de un

(1) Artículos 773 y 821 (hoy 792 y 828) de la *Ley de Enjuiciamiento civil*. De conformidad con estos artículos se dictó sentencia por el Tribunal Supremo en 4 de Mayo de 1878.

(2) Artículo 487 de la misma ley.

(3) Artículo 487 de la misma.

nuevo deudor que viene á reemplazar al antiguo con beneplácito del acreedor.

432. Puede hacerse la cesion por causa onerosa ó lucrativa: en el primer caso, será bilateral el contrato, cuya causa deberá ser cierta, y habrá lugar al saneamiento si es incobrable la deuda (1); cuando la causa sea lucrativa, el contrato será unilateral.

433. Pueden hacer cesion todos los que pueden contraer y desprenderse del dominio, y ser objeto de ella todos los derechos presentes y futuros que no sean privativos á la persona, como el derecho de usufructo y otros de que nos hemos hecho cargo en los lugares correspondientes. El cesionario se limita á reemplazar á otro, por lo que necesita capacidad legal para adquirir el derecho que se le traspasa (2), que no puede ser mayor que el que correspondia al cedente.

434. La cesion de acciones no puede hacerse á persona más poderosa, y si se hiciere, será nula: si fuere hecha por dolo perderá el cedente su derecho (3).

435. La cesion puede no ser contrato, como cuando se hace por última voluntad, en cuyo caso no es aplicable la doctrina que respecto á persona más poderosa acabamos de exponer. Y no hay necesidad de advertir que si se hace en esta forma, basta que el cedente tenga capacidad para testar, aunque no la tenga para contraer.

(1) Así tambien está declarado en sentencia de 22 de Abril de 1876.

(2) El cesionario ocupa el lugar del cedente cuya representacion ejercita.... pero sin tener derecho á utilizar ninguna ventaja ó beneficio personal que varíe la condicion del representado, en perjuicio del deudor ú obligado á este último. (Sentencia de 3 de Junio de 1872.)

(3) Ley 16, tit. VII, Part. III. No desconocemos los argumentos que pueden presentarse negando que la citada ley tenga autoridad en esta época, en que el principio de la igualdad civil está altamente proclamado en el derecho, y en que no puede ser tan temible como en otras la influencia de los poderosos y magnates.

TÍTULO XV.

De las promesas.

436. Las leyes de Partida signieron fielmente á las romanas al tratar de las estipulaciones ó promesas (1); esto es, de los contratos que se llamaban verbales, porque en lo antiguo exigian ciertas fórmulas escrupulosamente solemnes, y despues la congruencia entre la pregunta y la respuesta. Este es el requisito esencial que los separaba de los pactos á que el derecho civil no daba fuerza obligatoria.

437. Una ley del Ordenamiento de Alcalá desechó tal solemnidad, é hizo el contrato dependiente en un todo de la voluntad de los que le celebraban (2). Así quedó destruida la diferencia entre pactos y contratos, y aún si se quiere, reducida la clase de contratos verbales á la de los consensuales. No debemos, sin embargo, llevar más allá de lo que la ley dice, el principio de que de cualquier modo que uno quiera obligarse queda obligado; háblase sólo en ella de la forma externa, digámoslo así, de las obligaciones, y destruye únicamente lo que hacia relacion á la necesidad solemne de ciertas palabras sacramentales y á las consecuencias que de ellas se derivaban. Así es que para obligarse entre nosotros, ya no es necesaria la estipulacion (3), ni la presencia material de los contratantes, ni la escritura pública, ni puede objetarse para invalidar la obligacion el pretexto de que fué hecha en nombre de otro. Pero todos los demás requisitos que no son de forma, sino

(1) Título XI, Part. V.

(2) Ley 1.^a, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion. Numerosos recursos se han resuelto por el Tribunal Supremo de conformidad con esta ley, que sería prolijo y aún supérfluo enumerar. Ley que solamente es aplicable cuando se discute sobre la validez ó ineficacia de un contrato con relacion á las formalidades del mismo, pero que no puede invocarse para la interpretacion ó inteligencia de un contrato cuya validez y existencia están reconocidas por ambas partes litigantes. (Sentencias de 23 de Diciembre de 1874, de 3 de Octubre de 1877, 27 de Enero y 27 de Marzo de 1880 y otras varias.)

(3) Es decir, *prometimiento con cierta solemnidad de derecho*, segun la ley recopilada, citada en la nota anterior.

de la esencia misma de las obligaciones, quedaron subsistentes. Por eso no puede aplicarse la expresada ley en un sentido tan general y absoluto, que se hayan de considerar válidas y subsistentes obligaciones en que otras leyes exigen requisitos y circunstancias especiales, sino que está apoyada en el principio de que la persona que se obligue tenga capacidad para ello, y el objeto sobre que recaiga la obligación sea lícito y permitido (1).

438. Promesa es un contrato unilateral por el que uno ofrece á otro dar ó hacer cosa determinada. Ha de ser seria, deliberada, afirmativa y sin ambigüedad, y en el caso de que esté ausente aquel á quien se hace, valdrá revocablemente hasta que acepte, y despues de su aceptación, de un modo irrevocable. La aceptación de la promesa despues que ésta ha sido revocada, no produce ningun efecto. Como todo contrato unilateral, produce la promesa una sola acción á favor de aquel á quien se prometió, contra

(1) Así está declarado tambien por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 28 de Marzo de 1859, y por otra de Febrero de 1871 se ha declarado igualmente que, si bien la ley 1.ª, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilación tiene aplicación á las obligaciones en general, no la tiene concreta á los pactos y contratos cuyas condiciones se rigen por otras leyes especiales ó por la jurisprudencia admitida por los tribunales. Además, tales pactos, para tener eficacia, presuponen indeclinablemente la existencia de una obligación definitiva y concreta. (Sentencia de 12 de Diciembre de 1873.) Y por la de 8 de Abril de 1874, se declaró tambien que «cuando en una ley ó código especial se establecen y exigen ciertas formalidades para que sean eficaces los actos ó contratos que se hallan sujetos á sus disposiciones, por la aplicación de estas en las sentencias que se pronuncian en los pleitos sobre tales actos ó contratos, no se infringe la ley 1.ª, tit. I, libro X de la Novísima Recopilación.

Tambien «segun la constante jurisprudencia de este Supremo Tribunal, la ley 1.ª, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilación supone siempre la existencia de una obligación, probada de una manera legal y fehaciente, puesto que su objeto no es tasar la prueba de las obligaciones, sino restringir las solemnidades ó formas externas para su constitución.» (Sentencia de 29 de Octubre de 1872.)

Aragon.—La simple promesa de dar ó hacer alguna cosa no tiene fuerza legal; siendo preciso para este efecto que esté confirmada por instrumento público, ó que haya mediado para hacerla una causa justa. (Fuero único, De promiss. sine causa. Obs. De general privileg.)

Cataluña.—La ley 1.ª, tit. I, lib. X, no tiene fuerza en Cataluña, por ser anterior al decreto de nueva planta. (Sentencia de 15 de Enero de 1867.)

el promitente, para que éste cumpla lo ofrecido. Y debemos advertir en confirmación de esta doctrina, que en tanto obligan las promesas, en cuanto se aceptan en los términos precisos y concretos en que se han hecho, y no es lícito alterarlas contra la voluntad de los promitentes (1).

439. Las promesas pueden ser ineficaces: por las personas que las hacen, por las cosas acerca de que versan, y por el modo de contraerlas. Nada debemos decir aquí de las personas y de las cosas, por ser comun esta doctrina á los demás contratos y haberla expuesto en el lugar que le corresponde. Tambien omitimos hablar de los modos de constituir las, ya puramente, ya á dia cierto, ya bajo condición, y ya con otras modificaciones, porque es igualmente aplicable á las promesas lo que hemos manifestado al tratar en general de las obligaciones respecto de esta materia. Únicamente repetiremos, que por el modo de contraerlas, sólo quedarán sin fuerza cuando no conste la voluntad de los que las contraen (2).

440. La promesa es á veces un contrato precursor de otro, y nos da por lo tanto derecho para reclamar el otorgamiento del segundo.

441. No debemos detenernos más en esta materia, ya por estar derogado el derecho antiguo que la hacia más complicada, ya porque son aplicables á este título las doctrinas que expusimos al hablar de las obligaciones en general, y que no exponemos aquí por evitar inútiles repeticiones.

TITULO XVI.

De las donaciones.

442. La palabra donación tiene frecuentemente un sentido mucho más lato que el que nosotros le damos en este lugar, pues

(1) Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, de 28 de Noviembre de 1858 y de 26 de Setiembre de 1871. Es doctrina establecida por el Tribunal Supremo, que sólo tiene facultad para interpretar la promesa voluntaria el que la hace, sin que contra su interpretación pueda prevalecer la voluntad del que la acepta. (Sentencia de 8 de Marzo de 1871.)

(2) Segun el Tribunal Supremo, no puede sostenerse como promesa la

de la esencia misma de las obligaciones, quedaron subsistentes. Por eso no puede aplicarse la expresada ley en un sentido tan general y absoluto, que se hayan de considerar válidas y subsistentes obligaciones en que otras leyes exigen requisitos y circunstancias especiales, sino que está apoyada en el principio de que la persona que se obligue tenga capacidad para ello, y el objeto sobre que recaiga la obligación sea lícito y permitido (1).

438. Promesa es un contrato unilateral por el que uno ofrece á otro dar ó hacer cosa determinada. Ha de ser seria, deliberada, afirmativa y sin ambigüedad, y en el caso de que esté ausente aquel á quien se hace, valdrá revocablemente hasta que acepte, y despues de su aceptación, de un modo irrevocable. La aceptación de la promesa despues que ésta ha sido revocada, no produce ningun efecto. Como todo contrato unilateral, produce la promesa una sola acción á favor de aquel á quien se prometió, contra

(1) Así está declarado tambien por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 28 de Marzo de 1859, y por otra de Febrero de 1871 se ha declarado igualmente que, si bien la ley 1.ª, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilación tiene aplicación á las obligaciones en general, no la tiene concreta á los pactos y contratos cuyas condiciones se rigen por otras leyes especiales ó por la jurisprudencia admitida por los tribunales. Además, tales pactos, para tener eficacia, presuponen indeclinablemente la existencia de una obligación definitiva y concreta. (Sentencia de 12 de Diciembre de 1873.) Y por la de 8 de Abril de 1874, se declaró tambien que «cuando en una ley ó código especial se establecen y exigen ciertas formalidades para que sean eficaces los actos ó contratos que se hallan sujetos á sus disposiciones, por la aplicación de estas en las sentencias que se pronuncian en los pleitos sobre tales actos ó contratos, no se infringe la ley 1.ª, tit. I, libro X de la Novísima Recopilación.

Tambien «segun la constante jurisprudencia de este Supremo Tribunal, la ley 1.ª, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilación supone siempre la existencia de una obligación, probada de una manera legal y fehaciente, puesto que su objeto no es tasar la prueba de las obligaciones, sino restringir las solemnidades ó formas externas para su constitución.» (Sentencia de 29 de Octubre de 1872.)

Aragon.—La simple promesa de dar ó hacer alguna cosa no tiene fuerza legal; siendo preciso para este efecto que esté confirmada por instrumento público, ó que haya mediado para hacerla una causa justa. (Fuero único, De promiss. sine causa. Obs. De general privileg.)

Cataluña.—La ley 1.ª, tit. I, lib. X, no tiene fuerza en Cataluña, por ser anterior al decreto de nueva planta. (Sentencia de 15 de Enero de 1867.)

el promitente, para que éste cumpla lo ofrecido. Y debemos advertir en confirmación de esta doctrina, que en tanto obligan las promesas, en cuanto se aceptan en los términos precisos y concretos en que se han hecho, y no es lícito alterarlas contra la voluntad de los promitentes (1).

439. Las promesas pueden ser ineficaces: por las personas que las hacen, por las cosas acerca de que versan, y por el modo de contraerlas. Nada debemos decir aquí de las personas y de las cosas, por ser comun esta doctrina á los demás contratos y haberla expuesto en el lugar que le corresponde. Tambien omitimos hablar de los modos de constituir las, ya puramente, ya á dia cierto, ya bajo condición, y ya con otras modificaciones, porque es igualmente aplicable á las promesas lo que hemos manifestado al tratar en general de las obligaciones respecto de esta materia. Únicamente repetiremos, que por el modo de contraerlas, sólo quedarán sin fuerza cuando no conste la voluntad de los que las contraen (2).

440. La promesa es á veces un contrato precursor de otro, y nos da por lo tanto derecho para reclamar el otorgamiento del segundo.

441. No debemos detenernos más en esta materia, ya por estar derogado el derecho antiguo que la hacia más complicada, ya porque son aplicables á este título las doctrinas que expusimos al hablar de las obligaciones en general, y que no exponemos aquí por evitar inútiles repeticiones.

TITULO XVI.

De las donaciones.

442. La palabra donación tiene frecuentemente un sentido mucho más lato que el que nosotros le damos en este lugar, pues

(1) Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, de 28 de Noviembre de 1858 y de 26 de Setiembre de 1871. Es doctrina establecida por el Tribunal Supremo, que sólo tiene facultad para interpretar la promesa voluntaria el que la hace, sin que contra su interpretación pueda prevalecer la voluntad del que la acepta. (Sentencia de 8 de Marzo de 1871.)

(2) Segun el Tribunal Supremo, no puede sostenerse como promesa la

comprende, no sólo las donaciones simples entre vivos, sino otras hechas con causa, de que hemos hablado al tratar de los efectos civiles del matrimonio, y las por causa de muerte, que hemos explicado entre las últimas voluntades.

443. Consideradas las donaciones simples por los romanos como pactos legítimos, deben ser colocadas por nosotros entre los contratos, tanto por no existir la diferencia que separaba á unos de otros, según antes hemos manifestado, como porque requieren para quedar perfeccionadas el consentimiento del donante y del donatario, siendo, por consiguiente, títulos para adquirir que deben ser seguidos de la tradición, que hace al donatario dueño de la cosa (1). La donación puede definirse, *un acto espontáneo de liberalidad, por el cual el donante transfiere irrevocablemente al donatario el dominio de alguna cosa* (2). Es, como desde luego se advierte, un acto unilateral que generalmente va acompañado de la entrega de la cosa; cuando ésta no se verifica en el instante, puede considerarse en el intermedio, más como una promesa, que como una verdadera donación. Por esto le damos lugar después de las promesas (3).

444. El deseo de manifestar nuestro afecto hácia una persona de una manera ostensible y útil para ella, es el móvil principal de las donaciones entre vivos. Las leyes no sólo han limitado á cierto número de personas la facultad de hacerlas, sino que además se han visto en la precisión de ponerles tasa para evitar la prodigalidad de los particulares, capaz de causar su ruina y la de sus familias.

manifestación hecha en los últimos momentos de la vida, que sólo vendría á ser una disposición testamentaria si estuviera otorgada con las solemnidades necesarias, pero que no estándolo, carece de eficacia. (Sentencia de 10 de Enero de 1871.)

(1) La donación no aceptada tácita ni expresamente por el donatario queda sin efecto. (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Marzo de 1870.)

(2) Es, pues, cosa evidente y no ofrece género de duda, que la cesión de una cantidad ó bienes determinados en pago de una deuda anterior, no es una verdadera donación. (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Marzo de 1872.)

(3) La división que algunos hacen de la donación en propia é impropia, sólo puede servir para manifestar la mayor ó menor extensión de la palabra *liberalidad* que se usa para definirla.

445. Veamos, pues, quiénes pueden hacer donaciones, el modo con que se constituyen, las limitaciones que tienen, y las causas por que se revocan.

446. Enumerando las personas que tienen prohibición de donar, comprenderemos á quiénes se permite. No pueden hacer donaciones los que no tienen la libre administración de sus bienes, y por lo tanto:

- 1.º Los menores de veinticinco años.
- 2.º Las mujeres casadas, sin autorización de sus maridos.
- 3.º Los que padecen enajenación mental.
- 4.º Los pródigos judicialmente intervenidos (1).
- 5.º Los que están sufriendo la pena de interdicción civil, que les priva del derecho de disponer de sus bienes por actos entre vivos (2).
- 6.º El hijo que está en la patria potestad, á no ser con el consentimiento paterno, ó sin él, siendo la donación de los bienes castrenses y cuasi castrenses (3); y aún de los profecticios podrá hacer alguna donación en favor de la madre, hermanos ú otros parientes por razón de casamiento, ó para otra cosa de que éstos tengan gran necesidad, siendo lícita y justa: además también sería válida la que hiciere á los maestros que le enseñan alguna ciencia, arte ú oficio (4).

447. *Modo de hacerse.*—Se hacen las donaciones, puramente,

(1) Ley 1.ª, tít. IV, Part. V. El menor de veinticinco años, ni aún con decreto judicial, como fundamento dice Gregorio Lopez en la glosa 5.ª á esta ley, y lo mismo puede decirse de los pródigos y de los que padecen enajenación mental.

(2) Artículo 43 del Código penal.

(3) Ley 3.ª, tít. IV, Part. V. Como el hijo de familia mayor de veinticinco años sale en el día de la patria potestad, es claro que tendrá facultad para hacer donación de toda clase de bienes sin necesidad del otorgamiento de su padre; en cuanto á los menores de aquella edad y que se hallan, por consiguiente, bajo el poder de su padre, nos parece que sin el consentimiento de éste no podrán disponer ni aún de los peculios castrenses y cuasi castrenses.

(4) Ley 3.ª citada. De otras inhabilitaciones para donar, hablan las leyes de Partida. (Ley 2.ª) Omitimos indicarlas, porque se fundan en el principio de la confiscación, rechazada hoy, no sólo por el Código penal, sino también por la Constitución de la Monarquía.

bajo condicion, hasta cierto dia, y entre ausentes, por correspondencia epistolar ó por apoderados (1). No tenemos necesidad de manifestar lo que ya en semejantes casos hemos dicho, á saber: que el efecto de las donaciones puras es inmediato; que depende del cumplimiento de la condicion el de las condicionales, y que las hechas hasta cierto dia espiran cumplido el término, volviendo la cosa donada al que la donó ó á sus herederos. Indicaremos, no obstante, que no han sido por lo comun consideradas como donaciones propiamente tales, ni como puros actos de liberalidad, aquellas que se constituyen llevando una condicion.

448. Fundándose algunos en una ley del Ordenamiento de Alcalá (2), juzgan que para la validez de la donacion no se necesita que acepte el donatario: nosotros creemos que no debe extenderse á tanto la inteligencia de aquella doctrina, y que por consiguiente, mientras no intervenga la aceptacion, ya del mismo donatario, ya de persona competente autorizada por él, tendrá el donante la facultad de arrepentirse.

449. *Limitacion de las donaciones.*—Hay algunas de ellas absolutamente prohibidas, y hay otras que no pueden hacerse sin ciertos requisitos. Lo están absolutamente:

(1) Leyes 4.^a y 7.^a, tit. IV, Part. V. La donacion hecha con la cláusula de que el donatario no podrá vender la finca donada, ni sus acreedores proceder contra ella hasta despues de su muerte ó la del donante, no es una verdadera condicion, sino una limitacion del dominio cedido al donatario. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de Mayo de 1873.)

En materia de donaciones, el donante es árbitro de poner todas las condiciones que tenga por conveniente, estando obligado el donatario á respetarlas, siempre que sean posibles y honestas. (Sentencia de 11 de Febrero de 1874.)

(2) Ley 1.^a, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion. Las disposiciones de las leyes 4.^a y 6.^a, tit. IV, Part. V, suponen necesaria la aceptacion del donatario para que valga la donacion, segun sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 9 de Diciembre de 1864.

Aragon.—La donacion *inter vivos* de bienes raíces, para que sea valedera en Aragon, debe hacerse en instrumento público y con fianza, pero el mismo donante no puede constituirse fiador. (Fuero III, *De fide instrum.*; obs. 4 y 41, *De donat.*, lib. IX.) Esta fianza, que se llamaba de *salvedad*, hace tiempo que no está en uso, segun aseguran algunos escritores de aquel país.

1.^o La donacion de todos los bienes, aunque sea sólo de los presentes, para evitar que un instante de pasion ó un arrebató de imprudencia deje abandonada á una familia (1). Con este motivo inquieren los autores, si será válida la donacion en que el donante se reserva el usufructo: la opinion comun es que vale (2), pero esto debe entenderse, siempre que así le quede lo

(1) Ley 2.^a, tit. VII, lib. X de la Novísima Recopilacion. La renuncia y cesion del derecho á una herencia, se ha considerado tambien donacion de todos los bienes, y como tal, incluida en la prohibicion de la ley, cuando el donante no tenia otros. (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 28 de Marzo de 1859.)

Aragon.—Segun los juriconsultos aragoneses, Molino, Asso, y de Manuel, la donacion de todos los bienes habidos y por haber es válida en Aragon.

Cataluña.—Tampoco es aplicable á Cataluña la ley 2.^a, tit. VII, lib. X de la Novísima Recopilacion, pues segun el derecho vigente en aquel país, son válidas las donaciones entre vivos de todos los bienes, sin más limitacion que la de reservar la cuarta parte de ellos, que es lo que constituye la legitima, en favor de los descendientes del donante. (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 4 de Mayo de 1859.)

Vizcaya.—En las donaciones generales que al hijo ó heredero se hacen de casa y casería con todos los bienes muebles y raíces, la generalidad respecto á los muebles se entiendo solamente todo el aderezo y alhajas necesarias para regir la casería, y las cubas, y arcas, y camas que hubiere en la casa que se dona, excepto lo reservado. (Ley 13, tit. XX del Fuero.)

(2) Entre otros, Gomez y Covarrubias.

Esta opinion se halla confirmada en un caso análogo por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, al declarar válida una donacion hecha con la obligacion de que el donatario habia de mantener al donante durante la vida de éste. Es verdad que el Tribunal se fundaba, entre otras consideraciones, en que semejante donacion corresponde á la clase de las que las leyes de Partida llaman á *postura*; pero esto no destruye la analogía que nosotros señalamos. No se insertó esta sentencia en la *Coleccion legislativa*, pero se halla en la *Gaceta* de 27 de Noviembre de 1846. Tambien se halla declarado por el Tribunal Supremo de Justicia, en sentencias de 28 de Marzo de 1863 y 4 de Marzo de 1872, que no puede calificarse de donacion universal la que la ley de Partida llama *donacion á cierta postura*, por la cual, si bien el donante cede sus bienes, queda el donatario sujeto al cumplimiento de ciertas obligaciones que disminuyen el valor de lo donado. Igualmente se ha considerado por el mismo Supremo Tri-

necesario para poder vivir y aún para testar, porque de otro modo no lo permitiría el espíritu de la ley (1).

2.º Las que se hacen por los que tienen herederos forzosos en perjuicio de sus legítimas, pues si éstos son ascendientes, podrá el donante disponer de sólo el tercio, y si son descendientes, únicamente del quinto (2). La computación de la donación deberá hacerse por lo que valgan los bienes al tiempo de la muerte del donante (3).

3.º Las que se hacen á los hijos de clérigos, frailes ó monjas

bunál, que la ley 2.ª, tít. VII, lib. X de la Novísima Recopilación prohíbe únicamente la donación simple de todos los bienes, y no la que la ley de Partida llama á cierta postura, en la que pueden disminuir considerablemente su utilidad las condiciones impuestas al donatario, y aún convertirla alguna vez en gravosa al mismo. (Sentencia de 30 de Diciembre de 1867.) Y esta ley no se infringe cuando, al hacerse la donación, el donante poseía otros bienes, en los cuales, no sólo cabía ésta, sino que le quedaban también para pago de sus deudas. (Sentencia de 10 de Junio de 1873.) Por último, se halla declarado por el mismo Supremo Tribunal, que no puede considerarse donación de todos los bienes, aquella en que el donante se ha reservado algunos, y en la cual, sobre los que donó, impuso á los donatarios una pensión vitalicia y otras condiciones cuya falta de cumplimiento haría revocable el contrato. (Sentencia de 16 de Noviembre de 1870.)

(1) El Tribunal Supremo reconoce también que sólo vale la donación en cuanto al donante le queda para vivir. (Sentencia de 25 de Enero de 1873.)

(2) Ley 7.ª, tít. XII, lib. III del Fuero Real, y ley 1.ª, tít. XX, lib. X de la Novísima Recopilación.

Aragón.—En Aragón, la donación general de los bienes á favor de un extraño en daño de los hijos habidos ó por haber, es inoficiosa; mas es válida la que se hace á un hijo, con tal que se señale algo á los demás. (Fuero IV, *De donat.*) La cantidad que debe dejarse á éstos para que no se reputé inoficiosa la donación, según Sessé, Asso, y de Manuel, es la porción necesaria para alimentos y dotes.

Cataluña.—El fuero especial que rige en Cataluña autoriza las donaciones entre vivos de padres á hijos, sin más limitaciones que la de que no han de perjudicar á los acreedores del donador, ni á la legítima paterna de sus descendientes, que consiste en la cuarta parte de su caudal. (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Junio de 1869.)

(3) Ley 5.ª, tít. III, lib. X de la Novísima Recopilación.

profesas, ya sea por sus padres, ya por sus parientes de parte del padre (1).

4.º Las donaciones comunes que los cónyuges se hacen recíprocamente después de casados; prohibición que tiene por objeto evitar sugerencias y aún violencias. Pero si el donante no se hiciera más pobre, aunque el donatario se haga más rico, ó al contrario, aquéllas serían válidas (2). Ejemplos de uno y otro caso nos ponen las leyes. Así nos dicen, que el marido que fué instituido heredero para que después de sus días le reemplazara su mujer, no se empobrece si desde luego da á la mujer la herencia antes de posesionarse de ella; así nos dicen también que no se enriquecería el cónyuge, si lo que se le daba era un lugar donde hubiera de ser enterrado. Y aún en caso de que el donante se haga más pobre y el donatario más rico, será también válida la donación, siempre que aquél no la haya revocado durante su vida, expresa ó tácitamente, y no sobreviva al donatario; pues si éste ha muerto antes, la donación resultará ineficaz (3).

450. Las donaciones hechas á uno de los hijos, se traerán á colación en la forma y con la distinción de que nos hemos hecho cargo en otro lugar.

451. Hemos dicho que hay otras donaciones prohibidas sin ciertos requisitos, pero válidas cuando ellos concurren. Tales son

(1) Leyes 4.ª y 5.ª, tít. XX, lib. X de la Novísima Recopilación. Respecto á los hijos de monjas, habidos de padres seglares, nos parece que no ha de tener lugar la prohibición de donar por parte de éstos; por lo ménos, no resulta claramente de las leyes.

(2) Leyes 4.ª, 5.ª y 6.ª, tít. XI, Part. IV.

(3) Ley 4.ª del mismo título y Partida. La ley limita la facultad que tiene el donante de revocar la donación, al caso en que por ella el donatario se haga más rico y el donante más pobre. El Tribunal Supremo, al citarla en su sentencia de 17 de Abril de 1874, lo ha hecho en términos generales, sin hacerse cargo de aquella limitación. Sería superfluo y redundante repetir aquí lo que en otros lugares dejamos expuesto respecto á las limitaciones de las arras, donaciones esponsalicias y otras, por cuya razón lo omitimos en el texto.

Según doctrina legal y jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, no es válido el convenio en que el marido y la mujer se adjudican el dominio de los bienes adquiridos durante el matrimonio. (Sentencia de 25 de Setiembre de 1871.)

las que exceden de quinientos maravedís de oro, pues necesitan para su validez de la aprobacion judicial, que se concede ó no con conocimiento de causa, sin que baste la simple manifestacion (1): medida adoptada á imitacion del derecho romano, que exigia en casos análogos la insinuacion, como medio de evitar

(1) Ley 9.^a, tit. IV, Part. V. (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 27 de Marzo de 1860.) Las variaciones que ha sufrido la moneda despues de las leyes de Partida, han hecho dudoso el verdadero valor de los quinientos maravedís de oro. Gomez y otros autores pretenden que son sueldos de oro de quinientos maravedís de nuestra actual moneda, en cuyo caso los quinientos maravedís serán siete mil trescientos cincuenta y dos reales y treinta y dos maravedís de vellon. Febrero, fundándose en que el maravedí de oro valia lo mismo que un castellano, esto es, mil setecientos cuarenta maravedís de vellon de nuestra actual moneda, dice que los quinientos maravedís de oro componen veinticinco mil seiscientos reales, pero que convendria que la autoridad legislativa quitara toda duda. Nosotros adoptamos la opinion de Febrero; sólo el creer que la palabra maravedí equivalia á la de sueldo, por la mayor analogía que tenia el sonido de esta última palabra con la latina *solidus*, nos parece que debió de dar lugar á la dificultad. Otros, como Covarrubias y Escobar, caminando bajo la base de sueldos, suponen que cada sueldo de oro debe considerarse como cuatrocientos ochenta y cinco maravedís de vellon, lo que nos daria que quinientos sueldos equivalian á siete mil ciento treinta y dos reales y doce maravedís de vellon. Otros, como Parladorio, y Hermosilla, si bien desconfiando éste de su opinion, suponiendo tambien que es lo mismo maravedí que sueldo, pretenden que cada uno de éstos es de diez y seis reales de nuestra moneda, y que los quinientos importan, por lo tanto, ocho mil reales.

Por último, el Tribunal Supremo resolvió, en sentencia de 30 de Abril de 1875, que la prueba de la cantidad equivalente á los quinientos maravedís de oro, es atribucion de los tribunales, que deben fijarla en cumplimiento de la ley; y en la de 11 de Noviembre del mismo año, citada y confirmada por otra de 14 de Diciembre de 1877, se vino á declarar nula por falta de insinuacion una donacion en cuanto excediera de la cantidad de treinta mil setenta y tres reales y diez y ocho maravedís, que se consideraban equivalentes á los quinientos maravedís que la ley de Partida permite donar sin insinuacion.

Aragon.—Necesita insinuarse en Aragon la donacion cuyo valor exceda de quinientos sueldos jaqueses. (Fuero III, *De donat.*, lib. VIII.) Los autores y la práctica exceptúan las donaciones hechas en capitulaciones matri-

por la publicidad el fraude que con simuladas donaciones pudiera hacerse á los acreedores, y de impedir al mismo tiempo que se consumiese el patrimonio con ilimitadas liberalidades. Excusado es manifestar que esta disposicion, como prohibitiva, no puede renunciarse á pretexto de considerar como nueva donacion la

moniales (Molino, Portoles, Asso, y de Manuel), las cuales no requieren ni insinuacion ni fianza.

Cataluña.—En Cataluña, las donaciones universales, las de la mayor parte de los bienes y las que excedan de quinientos florines, deben ser anotadas en el registro de donaciones y heredamientos. (Cap. IV de las terceras Córtes de Barcelona de 1503.) Ambigua y aún contradictoria la ley en el efecto que da á este registro, es interpretada por Cáncer, y Vives y Cebriá en el sentido de que si la donacion se ha insinuado en el mismo dia de su otorgamiento, desde entonces obsta á los demás acreedores, porque no se presume la intervencion de fraude; pero si pasó algun tiempo entre el acto de donar y el registro, entónces por la presuncion de fraude debe ser registrada diez dias ántes, para que tenga preferencia por la antelacion de tiempo á los créditos posteriores que consten por escrituras ó por vales. No están comprendidas en la necesidad del registro las donaciones que se hacen en capitulaciones matrimoniales. Por último, el florin, segun lo entiendo la práctica, equivale á diez y siete sueldos catalanes, es decir, á nueve reales y dos maravedís de vellon de la moneda usual.

La constitucion 1.^a y única, tit. IX, lib. VIII, vol. I, solamente declara nulas por falta de insinuacion las donaciones universales de la mayor parte del patrimonio, ó que excedan de quinientos florines, cuando se hacen ó resultan en perjuicio de acreedores, aunque sean posteriores. Las que no se hallan en este caso, y cuyo valor exceda de quinientos florines, no son nulas en su totalidad, sino únicamente en cuanto al exceso de la expresada suma, con arreglo á lo establecido en varias leyes del Código, del título *De Donationibus*, y al párrafo II del mismo título de las Instituciones, puesto que el derecho romano se aplica en Cataluña á falta del municipal y canónico. (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de Marzo de 1869 y 29 de Diciembre de 1870.)

Navarra.—La ley 2.^a, tit. VII, lib. III de la Novísima Recopilacion de Navarra, establece que no valga la donacion pura que exceda de trescientos ducados, sino haciéndose ante notario público y testigos, y siendo insinuada ante el juez competente; disposicion que no alcanza á las donaciones que se hacen por causa de matrimonio. La ley 3.^a del mismo título y libro declara expresamente que las donaciones que excedan de la referida cantidad, no insinuadas, sean nulas en el todo, y no sólo en el exceso, á no ser

cantidad excedente de la marcada por el derecho. Hay, sin embargo, algunos casos en que no se exige la aprobacion judicial, y pueden reducirse á los siguientes:

1.º En las donaciones hechas en beneficio del Estado.

2.º En las que se hacen por motivos de religion, de piedad ó beneficencia.

3.º En las que se hacen por causa de dote (1).

452. Es, por último, indispensable tambien, que las escrituras de donacion de bienes inmuebles se inscriban en el registro de la propiedad para que surtan su efecto en cuanto á tercero, al que no perjudicarán si esta circunstancia hubiere sido omitida (2).

453. *Revocacion de las donaciones.*—De la definicion que hemos dado, aparece que las donaciones son irrevocables (3); pero

que estuviesen corroboradas con juramento que constase en la escritura en que se otorgan; disposicion que vino á modificar la antigua, que exigia siempre la insinuacion. Mas la insinuacion judicial sólo es necesaria en las donaciones simples ó puras, y así lo tiene tambien declarado el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de Noviembre de 1867.

(1) Ley 9.ª, tit. IV, Part. V. Mas para la aplicacion de esta ley respecto á las insinuaciones, es indispensable que conste el valor de lo donado para saber si hay exceso ó no. (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 31 de Enero de 1861.)

Las donaciones que consisten en pensiones vitalicias no están sujetas á insinuacion, por ser incierta la duracion de la vida, segun sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Marzo de 1863.

El mismo Tribunal Supremo tiene declarado tambien, que la insinuacion judicial es solamente necesaria en las donaciones simples ó puras. (Sentencia de 21 de Noviembre de 1867.)

(2) Artículos 2.º, 23 y 25 de la LEY HIPOTECARIA. El registro de la donacion no exime del requisito esencial de la insinuacion en los casos en que ésta es necesaria. (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 11 de Junio de 1862.)

(3) Ley 1.ª, tít. VII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

Aragon.—Las donaciones hechas en Aragon con la debida solemnidad son irrevocables (Obs. 7.ª y 18, *De Donat.*), y por lo tanto, á pesar de la ingratitud quedan subsistentes. Sin embargo, si alguno hizo á otro donacion de bienes raíces sin entregarlos, y despues los enajena á favor de un tercero, pierde su derecho el donatario si no reclama dentro del año desde el dia de la enajenacion. (Fuero II, *De collus. deteg.*, lib. XII.)

Cataluña.—Las donaciones entre vivos á título de heredamiento, he-

no seria conveniente llevar este principio hasta el extremo de que fueran un medio de premiar la ingratitud, ó de dejar en la orfandad á personas desvalidas. Apoyadas en esta razon, han establecido las leyes las siguientes excepciones de la regla general:

Primera. Por no cumplir el donatario las condiciones y pactos que otorgó al aceptar la donacion (1).

Segunda. Por la ingratitud del donatario (2); no así las que se hacen por causa onerosa con un tercero. La ingratitud del donatario y mala correspondencia al beneficio recibido, se prueban por alguno de los hechos siguientes:

1.º Cuando el donatario injuriare gravemente al donador, ó le acusare de algun delito que le haria merecedor de pena capital, ó de otras abolidas en el dia, pero que tienen sus equivalentes en el Código penal (3).

chas en capitulaciones matrimoniales, son tambien irrevocables si los otorgantes no se reservan la facultad de revocarlas, con tal que no perjudiquen á las legitimas de los ascendientes ó descendientes. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de Diciembre de 1867.)

(1) Ley 6.ª, tit. IV, Part. V. Segun sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, será preciso para que proceda la revocacion, que el donatario haya sido apremiado judicialmente. (Sentencia de 12 de Octubre de 1858.) Y la accion para reclamar la nulidad ó revocacion de las donaciones en que se imponen al donatario algunas obligaciones en favor del donante, por falta de cumplimiento de ellas, es personalísima del donante, cuyos herederos, segun expresion de la ley 1.ª, tit. XII, lib. III del Fuero Real, *non pueden toller ni demandar lo que él no quiso.* (Sentencias de 4 de Marzo de 1872 y 26 de Enero de 1874.) La donacion *inter vivos* no puede revocarse eficazmente por última voluntad de los donantes, y con esta doctrina se halla conforme el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 26 de Enero de 1874.

Viscaya.—El donante puede vender los bienes que donó con la carga de que se le dieran alimentos, cuando el donatario no cumpliera esta condicion, debiendo ser éste requerido previamente; y si á pesar del requerimiento no cumpliera el contrato, el donante dará tres llamamientos al tiempo de la misa mayor y á la hora de la ofrenda, y se rematarán los bienes al tercer domingo, en presencia del escribano público, y tambien habrá lugar al retracto de los parientes. (Ley 8.ª, tit. XVII del Fuero.)

(2) Ley 10, tit. IV, Part. V.

(3) Habla tambien la ley 10, tit. IV, Part. V, de las penas de perdimiento de miembro y de infamia, desterradas ya de nuestra legislacion, y

- 2.º Cuando le maltratare violentamente.
- 3.º Destruyendo sus bienes de un modo considerable.
- 4.º Maquinando su muerte de cualquier manera.

Al donador ofendido es á quien incumbe alegar estas razones para pedir que se revoque la donacion, pero esta facultad no pasará á sus herederos. En el caso en que la donante sea la madre en vida del padre, y quedando viuda pase á segundo matrimonio, sólo podrá revocarse la donacion por haber el hijo puesto en aquella manos airadas, por haber maquinado su muerte, ó por haberla hecho perder todos ó la mayor parte de sus bienes (1).

Tercera. El tener hijo ó hijos con posterioridad á la donacion, revoca la que consiste en parte considerable de los bienes: punto muy controvertido entre los intérpretes del derecho romano, y decidido expresamente por las Partidas (2).

454. Esta decision da lugar á algunas cuestiones que latamente examinan los intérpretes. Desde luego nos parece que en el silencio de la ley respecto á la cantidad proporcional de bienes que se requiere para que se considere revocable la donacion, es necesario abandonarlo al prudente arbitrio del juez. Más difícil

de la pérdida de la mayor parte de los bienes. En confirmacion de estas disposiciones, se halla declarado por el Tribunal Supremo que la injuria contra el donante hecha por el donatario, no espontáneamente, sino en defensa de sus derechos, así como la denuncia de un delito de los que, segun la legislacion penal vigente, no pueden ser considerados tan graves como los que designa la ley de Partida, no son causa suficiente para la revocacion de las donaciones. (Sentencia de 12 de Octubre de 1858.)

(1) Ley 10, tit. IV, Part. V.

(2) Ley 8.ª del mismo título y Partida.

Cataluña.—En Cataluña, segun una costumbre antigua que se halla entre sus constituciones, si el que da todos sus bienes á otro, aunque sea hijo, tiene otros hijos ó nacen posteriormente, adquieren éstos, despues de la muerte del padre, el derecho de revocar la donacion en cuanto perjudique á sus legítimas, aunque el donatario tenga la posesion de lo que se le donó. Así se hallaba establecido tambien, pero en otros términos más generales y absolutos, segun las palabras empleadas en una sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Febrero de 1874, en una ley del Código de Justiniانو.

Vizcaya.—Si alguno hiciere donacion en favor de su hijo ó heredero, y el donatario muriere en vida del donante sin dejar hijos ni descendientes,

es la resolucion de si debe revivir la donacion en el caso de que los hijos mueran ántes que el donante, no habiendo llegado éste á revocarla.

455. En la cuestion propuesta no están conformes nuestros jurisconsultos (1). La letra de la ley (2) basta, sin embargo, á nuestro parecer, para resolverla: segun ella, el nacimiento del hijo, por sí mismo, *ipso jure* como suele decirse, produce instantáneamente la revocacion, sin que sea necesario que la haga el donanté, y quita toda su eficacia á la donacion anterior; de esto nos parece consecuencia indeclinable, que no puede por sí sólo revivir lo que quedó extinguido de un modo tan completo y absoluto.

456. ¿Y deberá extenderse este beneficio á los hijos naturales nacidos ya al tiempo de la donacion y legitimados despues por subsiguiente matrimonio? Necesario es confesar que las palabras de la ley se limitan á los hijos legítimos que nacieron despues, y que en su tenor literal no comprende á los naturales, y mucho ménos á los que ya habian nacido cuando se verificó la donacion. Siguiendo su espíritu, juzgamos que podria decirse que los hijos naturales nacidos despues de la donacion y legitimados, dan lugar desde que lo sean, á que quede revocada la donacion, pero no los nacidos ántes: opinion que exponemos con desconfianza, como nos sucede siempre que nos separamos del sentir de nuestros más autorizados intérpretes. Mas respecto á la madre, nos parece fuera de toda duda que el nacimiento del hijo natural surte el mismo efecto que el del legítimo.

457. No creemos que la revocacion tenga lugar por la legiti-

deberán volver los bienes donados al que hubiere hecho la expresada donacion, sin que el donatario tenga facultad de disponer de ellos cuando carece de herederos descendientes, tanto en vida como por causa de muerte. (Ley 17, tit. XX del Fuero.)

(1) Molina sostiene que por regla general está revocada la donacion, y exceptúa el caso en que, despues de la muerte de los hijos, permite el padre que el donatario se aproveche de ella. Antonio Gomez, por el contrario, defiende que la donacion vuelve á recobrar su eficacia primitiva. Una y otra opinion tienen diferentes partidarios.

(2) Alúdese aquí á las palabras de la citada ley 8.ª, que luego que los há (hijos), es revocada por ende la donacion, et non debe valer en ninguna manera.

macion de los hijos, hecha por rescripto real: estas legitimaciones, que siempre se otorgan sin perjuicio de tercero, no alcanzan nunca á producir todos los mismos efectos que la legitimidad; por eso nos parece que sin violencia no podemos comprenderlas en la ley.

458. Necesario es hacer aquí una advertencia importantísima, á saber: que *no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscripto su derecho, por revocacion de las donaciones en los casos permitidos por la ley, excepto el de no cumplir el donatario condiciones inscriptas en el registro* (1).

459. Las donaciones hechas en algun tiempo por los reyes en perjuicio del Estado á favor de personas poderosas, en cuyo exámen se ocupan algunos autores, no las consideramos como propias de esta obra, ya por ser hijas de circunstancias particulares, ya por ser de naturaleza diferente de las que nuestro trabajo tiene por objeto (2).

460. Lo dispuesto en varias leyes recopiladas acerca de las donaciones hechas en fraude de pechar, no tiene aplicacion en el día, porque en realidad ya no existe la causa de su promulgacion (3).

(1) Artículo 38 de la LEY HIPOTECARIA.

(2) El rey D. Enrique II, con el fin de limitar los daños causados á la Corona por su prodigalidad excesiva, dispuso que las mercedes otorgadas por él pasaran como mayorazgo á los hijos legítimos mayores de los agraciados, y en su defecto tornaran al Estado. Esta disposicion, que constituye una cláusula de su testamento, fué mandada guardar por los Reyes Católicos. (Ley 10, tit. XVII de la Novísima Recopilacion.)

Pero habiéndose ofrecido dudas sobre su inteligencia en varios tribunales del Reino, se acordó por D. Felipe V y se declaró que *los mayorazgos de dichas donaciones reales son y se entiendan limitados para los descendientes del primer adquirente ó donatario, no para todos, sino para el hijo mayor que hubiere del último poseedor; de tal manera, que no dejando el último legítimo poseedor hijos ó descendientes legítimos, aunque tenga hermanos ó hijos, ú otros parientes transversales, hijos legítimos de los que han sido poseedores, y todos descendientes del primer donatario, no se extiendan á ellos los dichos mayorazgos..... que en tales casos ha llegado el de la reversion á la Corona de semejantes donaciones y mercedes reales.....* (Ley 11, tit. XVII, libro X de la Novísima Recopilacion.)

(3) En el tit. VII, lib. X de la Novísima Recopilacion pueden verse varias de estas leyes.

TÍTULO XVII.

De las fianzas.

461. La fianza es una verdadera promesa, por la que se contrae una obligacion accesoria que viene á fortalecer y asegurar otra obligacion principal. Muy frecuente es su uso y presta gran utilidad, porque disminuye el peligro del acreedor, facilita y multiplica los demás contratos, fortalece la confianza que es su base, é inspira la seguridad que tanto contribuye á la circulacion de los capitales y á los progresos de la industria. Puede ser definida, *promesa por la que una ó más personas se obligan al cumplimiento de lo que otro debe, si éste no lo ejecuta.*

462. Algunas fianzas hay que exige la ley, como en el usufructo; otras que son dadas en virtud de mandamiento del juez; y otras, que son las más comunes y en las que aquí nos ocupamos, penden absolutamente de la convencion de los que contraen. De algunas de las fianzas constituidas por la ley, hemos hablado en esta obra; pero otras de la misma clase, así como las judiciales, tienen su propio lugar en los tratados de procedimientos, y son ajenas á unos elementos de derecho civil.

463. Como este contrato tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligacion, es accesorio, segun ya hemos dicho, y no puede existir sin una obligacion principal (1). Y no es necesario que ésta sea natural y civil, es decir, completamente eficaz, pues es bastante que exista una obligacion natural. Y en este último caso, aunque el dendor principal no pueda ser compélido á cumplirla, podrá serlo el fiador, en quien no concurren las mis-

(1) Principio del tit. VII de la Part. V. En efecto; para que una obligacion sea considerada como fianza, es necesario que sea accesoria de otra y no principal. (Sentencia de 30 de Enero de 1872.)

Aragon.—En Aragon se admite como fiador *de salvedad* de una cosa al vendedor de ella. (Obs. 4.^a, *De fidej.*) No se admite fianza por otro fiador constituido en instrumento. (Fuero I, *De solut.*, lib. VIII.)

macion de los hijos, hecha por rescripto real: estas legitimaciones, que siempre se otorgan sin perjuicio de tercero, no alcanzan nunca á producir todos los mismos efectos que la legitimidad; por eso nos parece que sin violencia no podemos comprenderlas en la ley.

458. Necesario es hacer aquí una advertencia importantísima, á saber: que *no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscripto su derecho, por revocacion de las donaciones en los casos permitidos por la ley, excepto el de no cumplir el donatario condiciones inscriptas en el registro* (1).

459. Las donaciones hechas en algun tiempo por los reyes en perjuicio del Estado á favor de personas poderosas, en cuyo exámen se ocupan algunos autores, no las consideramos como propias de esta obra, ya por ser hijas de circunstancias particulares, ya por ser de naturaleza diferente de las que nuestro trabajo tiene por objeto (2).

460. Lo dispuesto en varias leyes recopiladas acerca de las donaciones hechas en fraude de pechar, no tiene aplicacion en el día, porque en realidad ya no existe la causa de su promulgacion (3).

(1) Artículo 38 de la LEY HIPOTECARIA.

(2) El rey D. Enrique II, con el fin de limitar los daños causados á la Corona por su prodigalidad excesiva, dispuso que las mercedes otorgadas por él pasaran como mayorazgo á los hijos legítimos mayores de los agraciados, y en su defecto tornaran al Estado. Esta disposicion, que constituye una cláusula de su testamento, fué mandada guardar por los Reyes Católicos. (Ley 10, tit. XVII de la Novísima Recopilacion.)

Pero habiéndose ofrecido dudas sobre su inteligencia en varios tribunales del Reino, se acordó por D. Felipe V y se declaró que *los mayorazgos de dichas donaciones reales son y se entiendan limitados para los descendientes del primer adquirente ó donatario, no para todos, sino para el hijo mayor que hubiere del último poseedor; de tal manera, que no dejando el último legítimo poseedor hijos ó descendientes legítimos, aunque tenga hermanos ó hijos, ú otros parientes transversales, hijos legítimos de los que han sido poseedores, y todos descendientes del primer donatario, no se extiendan á ellos los dichos mayorazgos..... que en tales casos ha llegado el de la reversion á la Corona de semejantes donaciones y mercedes reales.....* (Ley 11, tit. XVII, libro X de la Novísima Recopilacion.)

(3) En el tit. VII, lib. X de la Novísima Recopilacion pueden verse varias de estas leyes.

TÍTULO XVII.

De las fianzas.

461. La fianza es una verdadera promesa, por la que se contrae una obligacion accesoria que viene á fortalecer y asegurar otra obligacion principal. Muy frecuente es su uso y presta gran utilidad, porque disminuye el peligro del acreedor, facilita y multiplica los demás contratos, fortalece la confianza que es su base, é inspira la seguridad que tanto contribuye á la circulacion de los capitales y á los progresos de la industria. Puede ser definida, *promesa por la que una ó más personas se obligan al cumplimiento de lo que otro debe, si éste no lo ejecuta.*

462. Algunas fianzas hay que exige la ley, como en el usufructo; otras que son dadas en virtud de mandamiento del juez; y otras, que son las más comunes y en las que aquí nos ocupamos, penden absolutamente de la convencion de los que contraen. De algunas de las fianzas constituidas por la ley, hemos hablado en esta obra; pero otras de la misma clase, así como las judiciales, tienen su propio lugar en los tratados de procedimientos, y son ajenas á unos elementos de derecho civil.

463. Como este contrato tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligacion, es accesorio, segun ya hemos dicho, y no puede existir sin una obligacion principal (1). Y no es necesario que ésta sea natural y civil, es decir, completamente eficaz, pues es bastante que exista una obligacion natural. Y en este último caso, aunque el dendor principal no pueda ser compélido á cumplirla, podrá serlo el fiador, en quien no concurren las mis-

(1) Principio del tit. VII de la Part. V. En efecto; para que una obligacion sea considerada como fianza, es necesario que sea accesoria de otra y no principal. (Sentencia de 30 de Enero de 1872.)

Aragon.—En Aragon se admite como fiador *de salvedad* de una cosa al vendedor de ella. (Obs. 4.^a, *De fidej.*) No se admite fianza por otro fiador constituido en instrumento. (Fuero I, *De solut.*, lib. VIII.)

mas razones de exencion que en aquél, y que no puede alegar una excepcion que es puramente personal al obligado (1). Consi-guiente es á esto, que los fiadores de un menor á quienes se en-gañó en lo relativo á la fianza, no quedarán obligados, pero si en los casos en que, no mediando engaño, se rescindiere la obli-gacion del menor, como hecha en su perjuicio. Hay, no obstante, obligaciones naturales declaradas nulas, áun respecto al fiador; así, por ejemplo, los hijos de familia y los menores, sin licencia de sus padres ó guardadores, tienen prohibicion de comprar, tomar ó sacar al fiado géneros ó mercaderías de los comerciantes, siendo nulas y de ningun valor y efecto cualesquiera fianzas y seguridades que sobre estos contratos se dieren, como ya hemos visto en otro lugar (2). Las obligaciones meramente civiles, que válidas en el rigor del derecho, puede eludir el deudor con una excepcion perpétua, podrán ser eludidas tambien por el fiador, pues de otra suerte seria favorecido el acreedor audaz, doloso ó de mala fe.

464. Por lo mismo que es accesoria la obligacion de fianza, no podrá ser ni más extensa ni más gravosa que la principal, y será ineficaz en cuanto la exceda, si el exceso consiste en la cantidad; mas su ineficacia será absoluta si excede á la obliga-cion principal, ya por razon del lugar, cuando éste era más gra-voso, ya por razon del tiempo, si el fiador se obligó á pagar án-tes del plazo en que debia hacerlo el deudor, y ya por razon del modo, como cuando siendo condicional la obligacion, el fiador se hubiera obligado puramente (3). Por el contrario, el fiador puede obligarse ménos extensamente y de un modo ménos gravo-so (4) que el deudor principal. Pero no está prohibido que el fiador se obligue más intensamente que el principal, de modo que la deu-da resulte todavia más asegurada. Lícito será, pues, que el fiador

(1) Leyes 4.^a y 5.^a del mismo título y Partida.

(2) Ley 17, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion. Por evitar repe-ticiones no expresamos aquí, pues lo hacemos en los correspondientes lu-gares, otras obligaciones que son nulas, así como tambien las fianzas dadas para su firmeza y seguridad.

(3) Ley 7.^a, tit. XII, Part. V.

(4) Ley 6.^a del mismo título y Partida.

asegure con hipoteca la deuda por la que subsidiariamente se ha obligado á responder.

465. La fianza puede contraerse puramente, bajo condicion, desde y hasta cierto dia, y en estos respectivos casos surtirá efec-tos análogos á los que producen los demás contratos (1).

466. De todo lo dicho se infiere, que no debe ser reputado como fianza el contrato por el que uno liberta al que estaba án-tes obligado, obligándose él en su lugar, y realizándose de este modo una verdadera novacion.

467. Por regla general, pueden ser fiadores todos los que pue-den obligarse; pero esta doctrina tiene diferentes excepciones (2). En virtud de ellas, no pueden ser fiadores los obispos; los prela-dos; los clérigos de orden sacro, á no ser por otros clérigos, iglesias ó personas miserables, siendo la fianza en los demás casos sólo válida en cuanto alcancen sus bienes patrimoniales; los regulares; los soldados; los recaudadores de tributos (3); los labradores, á no ser por otros de su profesion (4), ó por intereses de la hacienda pública (5); ni las mujeres (6). La prohibicion de los militares no está en práctica.

468. Respecto á las mujeres, las leyes consideran subsistente la fianza que prestan por razon de la dote que se prometió á otra mujer; si la ratificaron á los dos años despues de otorgada; si han recibido precio por ella; si por disfraz han pasado por hom-bres; siendo en utilidad propia; en los casos en que heredan á aquel á quien fiaron; si concedoras de su privilegio le renuncian

(1) Ley 6.^a citada.

(2) Aragon.—En Aragon toda persona idónea, y áun la mujer viuda, puede ser fiadora, aunque esta última sólo puede serlo en contrato y no en juicio. (Obs. 2 y 10, *De fidejus*, lib. IV. Fuero único: *Que la mujer no puede ser capteadora*, del año de 1585.)

(3) Ley 45, tit. VI, Part. I, y ley 2.^a, tit. XII, Part. V.

(4) Ley 7.^a, tit. XI, lib. X de la Novísima Recopilacion. Esta ley se refiere exclusivamente á los simples labradores. (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Setiembre de 1870.)

(5) Ley 8.^a, tit. XI, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(6) Ley 2.^a, tit. XII, Part. V. Esta ley funda la prohibicion de la mu-jer en razones de recato: *Ca non seria quisada cosa que andoviese en pleitos por fiaduras que feciesen, habiéndose de allegar á los lugares do se apuntan muchos omes.....* Otra ley da por causa la sencillez y flaqueza de las mujeres.

expresamente (1), á no ser en beneficio de sus maridos, pues esta renuncia de ninguna manera tendrá valor ni efecto, porque la ley prohíbe terminantemente á las mujeres ser fiadoras de sus maridos, y no permite tampoco que sus bienes queden obligados por las fianzas que ellos hicieren por cualquier motivo. Así, pues, en ningún caso podrán las mujeres ser fiadoras de sus maridos, aunque se alegare que la deuda se habia convertido en provecho de ellas. La obligación mancomunada de marido y de mujer es también ineficaz para ésta, salvo si se probare que la habia producido utilidad, á prorata de ésta, mas no si su provecho consistiere en haber recibido del marido lo que éste tenia obligación de darla (2). La renuncia que la mujer hiciere de la ley que le im-

(1) Ley 3.^a, tit. XII, Part. V. (Sentencia de 11 de Octubre de 1859.)

(2) Leyes 2.^a y 3.^a, tit. XI, lib. X de la Novísima Recopilación. Varias sentencias del Tribunal Supremo se han dictado en conformidad con esta ley 3.^a, y aún se ha declarado, aunque ciertamente no ofrecia ninguna duda fundada, que la referida ley sólo se refiere á fianzas y obligaciones mancomunadas de marido y mujer, y de ningún modo á las contraídas por ella en estado de viuda, en que se halla en la plenitud de su capacidad civil. (Sentencias del Tribunal Supremo, de 16 de Noviembre de 1869 y de 10 de Enero de 1872.) Además, «según la jurisprudencia constante de este Supremo Tribunal, la ley 61 de Toro, ó sea la 3.^a, tit. XI, lib. X de la Novísima Recopilación, se refiere únicamente á las fianzas y obligaciones contraídas por la mujer y de comun con su marido para satisfacer las deudas de éste, y no comprende el contrato de venta.» (Sentencia de 6 de Julio de 1872.)

Y también declara en sentencia de 10 de Abril de 1873, «que si bien es cierto que con arreglo á la ley 61 de Toro, la mujer no puede obligarse como fiadora de su marido, ni mancomunadamente con él, excepto en los casos que la misma ley establece, no lo es ménos que con la licencia marital puede en los demás casos contratar y obligarse por sí válida y eficazmente, según dispone la ley 56 (también de Toro), ó sea la 12. tit. I, libro X de la Novísima Recopilación.»

Cataluña.—Conforme al capítulo XLI *De Recognoverunt proceres* del derecho municipal de Cataluña, la mujer que se obliga con el marido en el contrato de mútuo, no está obligada á pagar, mientras el marido tenga bienes con que hacerlo, debiendo satisfacer la mitad de la deuda cuando el marido es insolvente, y en este caso no tiene aplicación el cap. VIII de la novela 134 de Justiniano, que declara nula toda obligación de la mu-

pone esta prohibición, aunque sea con juramento, será nula (1). No tenemos necesidad de advertir, que aún en los casos en que las leyes consideran subsistentes las fianzas de las mujeres, si éstas son casadas, necesitan de la licencia de sus maridos para contraerlas, sin lo cual no producirán efecto (2).

469. *Efectos de la fianza entre el acreedor y fiador.*—El fiador, en virtud de la acción personal dimanada del contrato, está sólo obligado subsidiariamente, esto es, en defecto del deudor principal. Para que conste que éste es insolvente, debe hacerse ántes *excusión*, ó lo que es lo mismo, embargo ó ejecución de sus bienes; esto es lo que comunmente se llama *beneficio de orden*, por el que debe seguirse ántes de apremiar al fiador. Si el principal estuviere ausente, podrá su fiador demandado pedir al juez plazo para presentarle, pasado el cual sin hacerlo, será compelido á la paga (3). Este beneficio cesa en los casos de renuncia del fiador y de notoria insolvencia del deudor: como excepción dilatoria, no puede oponerse después de la contestación á la demanda.

470. Otro de los beneficios que conceden las Partidas á los fiadores, es el de *division*, por el que demandados por toda la deuda, consiguen que se divida la acción del acreedor y sólo se dirija á prorata contra ellos (4); excepción que, como perentoria, puede oponerse aún después de contestada la demanda. Algunos

jer en favor de su marido. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de Mayo de 1873.)

Viscaya.—Cuando por obligación *in solidum* de marido y mujer, en los casos en que según la ley del reino la mujer se puede obligar, se hiciere ejecución en los bienes del cónyuge sobreviviente y en su virtud quedare pagado el acreedor, los herederos del difunto están obligados á satisfacer la mitad de lo que se pagó. (Ley 10, tit. XX del Fuero.)

(1) Sentencia de 11 de Julio de 1872.

(2) La mujer casada puede, en efecto, ser también fiadora, excepto por su marido, cuando éste presta su licencia ó consentimiento. (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Abril de 1872.)

(3) Ley 9.^a, tit. XII, Part. V. Mas ni esta ley, ni las 10 y 11 del mismo título y Partida, que también citamos después, son aplicables á los asuntos mercantiles, que se rigen por su legislación especial. (Sentencia de 26 de Junio de 1872.)

(4) Ley 8.^a, tit. XII, Part. V.

creen, y con razon en nuestro concepto, que hoy ha caducado ya esta doctrina: fúndanse en que si la obligacion es mancomunada, los fiadores sólo pueden ser reconvenidos en parte, segun las leyes recopiladas (1), y en que si es solidaria, renunciaron la facultad de reclamar la division.

471. *Efectos de la fianza entre el deudor y fiador, y entre varios fiadores.*—El fiador que ha pagado el todo á nombre del deudor, tiene derecho de ser indemnizado por él, no sólo de lo que pagó, sino tambien de los daños y perjuicios que le ha ocasionado el deudor principal por falta de pago. Esta es una consecuencia natural del contrato de fianza. Mas este derecho cesa, cuando puede probarse que el fiador pagó con ánimo de no recobrarlo despues, y si de hacer esta donacion al deudor; cuando no opuso la excepcion perentoria que sabia que era procedente, á no ser que le fuera puramente personal, pues en aquel caso, parece que obró dolosamente; cuando salió fiador por su propio interés, y por último, si lo fué contra la voluntad del deudor (2).

472. Pero además tiene el fiador accion contra sus confiadores obligados con él solidariamente, para reclamar la parte que por ellos satisfizo (3) y que les corresponda proporcionalmente. Al efecto impetrará del acreedor la cesion de acciones, ó sea la *carta de lasto*, de que hablamos al tratar del modo de disolver las obligaciones en general. La ley exige, para que proceda la cesion, que el fiador haya hecho el pago en su propio nombre ó en

(1) Ley 10, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion. «Las leyes 8.ª y 10, tit. XII, Part. V, y 10, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilacion, referentes á la mancomunidad ó divisibilidad de las fianzas ú obligaciones personales, son inaplicables en los casos en que se ha ejercitado una accion real hipotecaria.....» (Sentencia de 9 de Marzo de 1874.)

(2) Leyes 12 y 15, tit. XII, Part. V.

Aragon.—El fiador, con arreglo al derecho aragonés, puede reclamar del deudor principal, por la vía ordinaria, lo que por él haya pagado, á no ser que el acreedor le hubiese cedido una accion ejecutiva ó privilegiada. (Obs. 28, *De fidejús.*)

Cataluña.—Segun un usaje (*si ille qui plivium*), cuando el fiador paga la deuda, el deudor principal que no le indemniza, debe pagar el doble; pero Cáncer, y Vives y Cebriá, dicen que esto no se halla en práctica.

(3) Ley 11, tit. XII, Part. V.

el de los demás fiadores, y no como mandatario ó procurador del deudor. Se entiende que hace el pago á nombre de los confiadores, no sólo cuando lo expresa así, sino cuando pide inmediatamente la cesion; mas si lo difiere, se supone que pagó en nombre del deudor (1). Y es opinion de algunos jurisconsultos, conforme al parecer con el espíritu de la ley de Partida, que si estando dos fiadores obligados por mitad, el uno de ellos pagare toda la deuda, no tendrá derecho de pedir la cesion de acciones, y únicamente podrá repetir del acreedor la mitad que pagó indebidamente, si lo hizo ignorando el beneficio de la ley; pero si lo hizo á sabiendas, nada podrá repetir, pues se presume que ha querido hacer una donacion. A este medio de quedar garantido en parte el fiador que paga, se da el nombre de *beneficio de cesion de acciones y de beneficio de reintegro*.

473. *Modo de extinguirse las fianzas.*—Además de los modos de extinguirse este contrato, comunes con los otros, hay el particular de que tambien concluye terminando la obligacion principal á que está unido. El fiador, sólo podrá pedir que se le releve de su obligacion, y se extinguirá la fianza:

1.º Cuando fuere condenado á pagar toda la deuda ó parte de ella.

2.º Si se prolongare la fianza por mucho tiempo, cuya regulacion hará el juez; pero esto no se extiende al caso en que la obligacion principal lleve en sí el trascurso del tiempo y no pueda ser cumplida desde luego; así sucede con las obligaciones de eviccion y saneamiento, y con las de los guardadores.

3.º Cuando por no caer en pena y evitar que caiga en ella el deudor principal, deposita la paga que rehusa recibir el acreedor, ó que no puede entregarle por no hallarse en el lugar en que se le debe satisfacer la deuda.

4.º Si se fijó un término á la duracion de la fianza, y éste ha pasado ya.

5.º Si empieza el deudor á malversar sus bienes (2).

(1) Ley 15 del mismo título y Partida.

(2) Ley 14, tit. XII, Part. V.

Aragon.—Cuando en Aragon sospecha el fiador que el deudor quiere enajenar sus bienes de modo que venga á quedar en estado de insolvencia,

TÍTULO XVIII.

De la prenda (1).

474. El principio de que prestan mayor seguridad los bienes que las personas, ha introducido el contrato de prenda ó hipoteca (2), por el que el acreedor procura su garantía, estipulando que alguna cosa permanecerá en sus manos, ó quedará ligada de un modo fuerte al cumplimiento de la obligación; por lo tanto, la obligación de prenda ó hipoteca no subsiste por sí misma, sino como accesoria de otra cuyas vicisitudes sigue. Ni es necesario que la obligación principal esté protegida por el derecho civil; las obligaciones meramente naturales que no están reprobadas por la ley, admiten esta garantía, y entónces el acreedor puede ejercitar sus derechos, si no sobre la obligación principal, sobre la que ha venido á fortalecerla.

475. Al tratar de los derechos en la cosa, hemos comprendido el de prenda. En el derecho romano, la palabra *prenda* se con-

puede pedir al juez que se le embargue hasta la cantidad necesaria para cubrir la deuda. (Fuero VII, *De fidejus*, lib. VIII.)

Navarra.—Segun el Fuero de Navarra (cap. III, tít. XVII, lib. III), el fiador puede obligar al deudor principal á que no venda, empeñe, ni de ningun otro modo enajene sus bienes, para evitar que así quede insolvente en todo ó en parte. Establece tambien (cap. XII del mismo título y libro), que queda libre de la fianza aquel á quien el acreedor no quiere admitir, al que llama fiador negado.

(1) En las primeras ediciones de esta obra pusimos en el libro II un título de la prenda y de la hipoteca, consideradas como derecho real, y en el libro IV otro título de los contratos de prenda é hipoteca. La publicación de la LEY HIPOTECARIA ha exigido que tratemos separadamente de estos derechos y contratos, confundidos ántes en nuestra legislación y no deslindados como ahora; y la conveniencia de no dividir sin gran utilidad el contrato y el derecho en la cosa en títulos separados, aconseja incluirlo todo en uno solo.

(2) Proemio del tít. XIII, Part. V.

fundia frecuentemente con la de *hipoteca*, usándose indistintamente casi siempre y áun como sinónimas, llegando á decir alguna ley del Digesto, que entre una y otra sólo habia diferencia de sonido en el nombre, si bien en otra ley se expresó que sólo se diferenciaban en que la prenda propiamente tal consistia en las cosas muebles que se entregaban. Esta misma confusion existe en las Partidas (1), comprendiendo bajo la palabra *peño* la prenda y la hipoteca, y aunque hasta cierto punto vienen á reconocer la diferencia, cuando dicen que *peño es propiamente aquella cosa que un ome empeña á otro, apoderándole de ella, é mayormente quando es mueble*, vuelven á confundirlas en una denominacion comun, al añadir en la misma ley á las anteriores las siguientes palabras: *Mas segun el largo entendimiento de la ley, toda cosa quier sea mueble ó raiz que es empeñada á otro, puede ser dicha peño, maguer non fuese entregado della aquel á quien la empeñasen* (2). Sin embargo, el uso general del foro y áun del vulgo, viene entendiendo y aplicando la palabra *prenda* únicamente á las cosas muebles, cuya entrega se verifica al acreedor. La publicación de la *Ley hipotecaria*, que expresamente dice que sólo puede consistir la hipoteca en bienes inmuebles y en derechos reales impuestos sobre ellos (3), no deja ya ninguna duda de que en el lenguaje legal son hoy diferentes las palabras *prenda* é *hipoteca* (4).

476. La de *prenda* tiene tres distintas significaciones, pues se aplica, ya al contrato en que se constituye, ya al derecho del acreedor, ya á la misma cosa empeñada. Sólo requieren explicacion las dos primeras acepciones.

(1) Tít. XIII, Part. V.

(2) Ley 1.^a del citado tít. XIII.

(3) Artículo 106 de la LEY HIPOTECARIA.

(4) Separadas hoy del todo la prenda y la hipoteca, y requiriéndose para la primera la entrega de la cosa, que pasa á manos del deudor, aunque sólo como garantía, no corresponde examinar aquí varias disposiciones de las leyes de Partida que, ó bien están modificadas por la LEY HIPOTECARIA si pertenecen á la clase de inmuebles, ó se refieren á casos en que, por no haber entrado todavía, si son muebles, en poder del acreedor, no se puede decir con propiedad que existe el contrato de prenda, que como todos los reales exige la tradicion de la cosa.

477. La prenda, considerada en la segunda acepcion, esto es, como un derecho del acreedor, pertenece, como en su lugar digimos, á los derechos reales ó *en la cosa*. En este sentido la definimos, *el derecho del acreedor en cosa ajena, entregada en seguridad de una obligacion, y sobre cuyo valor puede hacerse efectivo el pago*. De aqui se infiere que la prenda es la garantia de una obligacion, y que por lo tanto, se necesita siempre que exista un acto ó contrato principal á que sea accesoria, y cuyas vicisitudes siga, sea esta obligacion propia ó ajena, porque no hay inconveniente en que uno dé la prenda para garantir el contrato de otro.

478. Aunque sucede frecuentemente que el derecho de prenda es consecuencia de un acto lícito, por ejemplo, de un testamento, lo más comun es que se constituya en virtud de un contrato que lleva el nombre de *prenda*. Entendemos por él, un *contrato real, intermedio, que se perfecciona por la entrega de una cosa mueble, que el deudor hace al acreedor para la seguridad de una obligacion*. De esta definicion se infiere que este contrato es real, puesto que no existe sin la tradicion de la cosa empeñada, y que el acreedor adquiere la posesion natural y custodia de ella, no su dominio. Por él se obtiene una garantia más eficaz que la meramente personal del deudor.

479. *Personas que pueden constituir prenda*.—Pueden constituir prenda los que son dueños de la cosa empeñada, con tal que no estén privados de su administracion, es decir, los mismos que pueden enajenar (1). Las cosas ajenas no pueden ser dadas en prenda sin el consentimiento expreso ó tácito de aquel á quien pertenecen. Si dadas sin este consentimiento al principio, lo prestara despues el dueño, valdria el empeño (2); como tambien si, cuando el que por no ser dueño, ilegalmente las dió, adquiere despues su dominio y administracion (3). El que empeña lo ajeno, queda en la obligacion de dar otra prenda igual á la entregada ántes (4), sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurra. Los tutores y curadores, los maridos, los padres y los apo-

(1) Ley 7.^a, tit. XIII, Part. V.

(2) Ley 9.^a del mismo titulo y Partida.

(3) Ley 7.^a citada.

(4) Ley 4.^a

derados pueden respectivamente empeñar los bienes de sus menores, mujeres, hijos constituidos en potestad, y poderdantes, con las limitaciones y en los términos que hemos manifestado en los títulos correspondientes (1).

480. *Cosas objeto de prenda*.—Son objeto de prenda todas las cosas muebles que están en el comercio de los hombres (2), con tal que sirvan para seguridad de la obligacion á que se adhieran. Exceptúanse el lecho cotidiano del deudor, de su mujer é hijos; las ropas del preciso uso de los mismos, y los instrumentos necesarios para el arte ú oficio á que el deudor esté dedicado (3). Las leyes recopiladas exceptúan tambien estos instrumentos, y los ganados y aperos de labranza, con ciertas limitaciones (4).

481. *Contratos y actos á que se adhiere la prenda*.—El contrato de prenda no es accesorio solamente del de préstamo mútuo; puede serlo tambien de los demás contratos: así sucede en algunas poblaciones con el de inquilinato, en el cual, á título de seguridad ó garantia, suele hacerse una anticipacion que tiene como prenda el propietario. Basta que haya una obligacion lícita para que pueda haber esta garantia, y por lo tanto, es indiferente que sea pura, condicional ó á plazo; que se esté contrayendo ó que haya sido ya contraida; que esté protegida por una accion civil, ó que sea meramente natural que no se halle reprobada por la ley, si bien en este caso el acreedor no podrá ejercitar en los tribunales sus derechos sobre la obligacion principal, sino sobre la accesoria que la fortalece.

482. Del mismo modo puede constituirse la prenda sin necesidad del contrato, en virtud de un acto lícito para la seguridad de una obligacion, bien sea resultado de un contrato ó de otro acto lícito tambien. Así sucederá, por ejemplo, cuando un testador ordena que hasta el pago de cierta deuda contraida por él en virtud de una convencion, ó hasta que se pague un legado, se entregue al acreedor ó al legatario en prenda cosa determinada.

483. *Derechos y obligaciones que nacen de este contrato*.—Del

(1) Ley 8.^a

(2) Ley 2.^a

(3) Artículo 1449 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*.

(4) Leyes 12 y 19, tit. XXXI, lib. XI de la Novisima Recopilacion.

Navarra.—La ley 10, tit. XXXI, lib. III de la Novisima Recopilacion de Navarra, así lo ordena tambien.

contrato de prenda nacen derechos y obligaciones á favor y en contra de los que le celebran. Trataremos de ello con separacion, advirtiendo ántes, que como no consideramos perfeccionado el contrato hasta que haya sido entregada la prenda al acreedor, segun es consiguiente á la naturaleza de todos los contratos reales, no hablamos aquí del derecho que puede tener aquel á quien se ofreció constituir la prenda y no se constituyó, á que se le cumpla lo prometido; porque esta reclamacion no es nacida del contrato de prenda, que no está perfeccionado, sino de la estipulacion de contraerlo.

484. *Derechos del acreedor.*—Los derechos del acreedor son:

1.º Retener bajo su custodia la prenda hasta que le sea pagada la deuda (1).

2.º Retener la prenda hasta que le sean satisfechos los gastos necesarios que hizo para su conservacion (2).

3.º Extender la retencion de la prenda hasta que sea satisfecho de cualquier deuda posterior á aquella por la que se empeñó; lo que se funda en la presuncion de que el segundo préstamo se hizo con la misma garantia que el primero. Sin embargo, esta disposicion no es aplicable al caso en que el deudor vende la misma cosa á otro, siempre que éste satisfaga al acreedor la deuda para cuya seguridad se habia constituido la prenda (3). La ley habla tambien del caso en que el dueño de la cosa dada en prenda, ó sea el deudor, la empeñase á otro acreedor posterior, estando en poder del primero, y dicta para este caso igual resolucion (4).

4.º Dar en prenda la misma cosa que está empeñada en su poder. En este caso, la prenda debe ser restituida al que primero la empeñó tan luego como pague su deuda, si bien el acreedor primitivo deberá, ó pagar al acreedor segundo, ó darle otra prenda equivalente, mas sin que por este pretexto pueda demostrarse la entrega al primer empeñante (5).

(1) Ley 21, tit. XIII, Part. V.

(2) La misma ley 21.

(3) Ley 22.

(4) Ley 22 citada.

(5) Ley 35.

5.º Obtener con el valor de la prenda el pago de la deuda. Pero esto requiere mayor explicacion.

485. Siendo el objeto de este contrato asegurar el pago con la garantia de la prenda, el acreedor debe tener el derecho de venderla si en un plazo determinado no se paga la deuda. A esto es consiguiente, que cuando estipuló que pudiera venderse, quede en libertad de hacerlo, siempre que al vencimiento del plazo estipulado no se le pague la deuda ó de otro modo se le satisfaga: la ley á ello le autoriza, pero con la obligacion de hacerle saber al deudor, si éste se halla en el pueblo, sin duda con el objeto de que pueda redimir la prenda ó presenciar la venta, y si está ausente, á los que se hallaren en su casa, y sólo despues de haber practicado esto, ó no pudiendo verificarlo, procederá á la enajenacion, que deberá hacer en almoneda, y devolviendo al deudor la cantidad que sobrare despues de cubierto su crédito (1). Si no existe cláusula concediendo al acreedor la facultad de vender, ni plazo señalado para el pago de la deuda, no por eso dejará el acreedor de poder enajenar la prenda, pero tendrá que intimar al deudor ante testigos que la redima, y dejar pasar despues doce dias (2). Por último, áun en el caso de haberse hecho el pacto, tan poco conforme á la índole de este contrato, de no enajenar la prenda, podrá ésta venderse, si bien despues de preceder tres requerimientos ante testigos, y de trascurrir dos años desde el último (3). Si la cosa valiese más que la deuda, el acreedor devolverá el exceso. En estas ventas no le es lícito al acreedor presen-

(1) Ley 41.

(2) Ley 42. *Diez dice el texto de la Academia.*

(3) La misma ley 42.

Aragon.—Cuando en Aragon el deudor no paga dentro del término pactado, puede acudir el acreedor al juez, pidiendo que se venda la cosa, si es mueble, pasados diez dias, y trascurridos treinta si es raiz, no contando las fiestas: el deudor puede redimirla dentro de estos plazos (Fuero IV, *De pignor.*, lib. VIII): los frutos percibidos se computan en el capital, aunque haya pacto en contrario. (Fuero IX, *De pignor.*, lib. VIII.) Repútase como contumaz al que requerido no comparece ante el juez, y en este caso, se pone al acreedor en posesion de los bienes obligados. (Obs. 9.ª, *De pignor.*) Estas disposiciones se hallan modificadas respecto á los bienes raíces por la LEY HIPOTECARIA.

tarse como comprador, á no ser con otorgamiento del deudor; pero si consideraciones á éste hicieren que no se presenten licitadores, podrá acudir al juez para que por su justo valor se le adjudique la cosa (1).

486. Debemos aquí advertir, que el que vende legítimamente en los términos que dejamos expuestos la cosa que le estaba dada en prenda, en el caso de evicción no queda obligado al saneamiento, pero si el que se la empeñó. No sucede esto cuando el que la tenía empeñada la vendiere como propia, ó si sabia que no era del que la empeñó, ó por último, si se obligó al saneamiento (2).

487. *Obligaciones del acreedor.*—Las obligaciones del acreedor son:

1.^a Cuidar de la cosa dada en prenda, respecto á cuya conservacion está obligado á prestar la culpa leve, por ser este contrato útil á ambos contratantes; al deudor, porque con la prenda encuentra mayor facilidad para proporcionarse dinero, y al acreedor, porque así tiene garantido su crédito.

2.^a Limitarse á su custodia, sin usarla, á no permitírsele el dueño, respondiéndole en otro caso de su pérdida ó deterioracion (3).

3.^a Restituir la prenda con sus accesiones y frutos (4), cuando se le pague la deuda, resarciendo al deudor los perjuicios que se le originen por la demora. En los casos en que se hayan pactado intereses, que es lo comun en este contrato, pues que la prenda suele ser casi siempre garantía de un préstamo con interés, los frutos percibidos podrán destinarse á cubrir los intereses estipulados que estuviesen ya vencidos, y aun á ir satisfaciendo el ca-

(1) Ley 44, tít. XIII, Part. V. Al Tribunal Supremo no ofrecía la menor duda, sino que por el contrario, considera vigente la prohibicion de esta ley, con la limitacion establecida en la misma. «Considerando, dice, que si bien es verdad que el que tiene una cosa en prenda no la puede comprar cuando se ponga en venta para hacerse pago de la deuda, á cuya seguridad se halla constituida, esto no se entiende si lo hace con otorgamiento ó con placer del señor de ella.» (Sentencia de 27 de Junio de 1866.)

(2) Ley 50.

(3) Ley 20.

(4) Ley 15.

pital, si esto se hubiese pactado, entregando al dueño el exceso.

488. *Derechos y obligaciones del deudor.*—De la indole de este contrato, y de los derechos y obligaciones del acreedor, pueden inferirse los derechos y obligaciones del deudor. Los derechos son, que se le devuelva la cosa con sus frutos y acrecentamientos tan luego como satisfaga la deuda (1), y que en el caso de que legítimamente haya sido vendida, se le dé la diferencia que á su favor resulte. Sus obligaciones consisten en indemnizar al acreedor de los gastos necesarios hechos para la conservacion de la cosa empeñada (2), y en responder al mismo por la accion personal, de la parte de la deuda que no haya podido ser satisfecha con el producto de la venta verificada con la solemnidad correspondiente.

489. *Acciones que nacen del contrato de prenda.*—El contrato de prenda, como todos los intermedios, produce desde luego una accion directa y puede dar lugar despues á otra contraria. La directa es la que tiene el deudor, satisfecha la deuda, para que el acreedor le restituya la prenda con los frutos y accesiones, y para que en el caso de que vendida haya producido una cantidad superior al crédito de éste, le entregue la diferencia. Por la contraria consigue el acreedor la indemnizacion de los gastos que la conservacion de la prenda haya exigido y de los perjuicios que se le hayan originado (3). No deben confundirse estas acciones, llamadas *pignoraticias*, que, como procedentes de un contrato, son personales, con la que tiene el acreedor para hacer valer el derecho sobre la misma cosa empeñada; accion que, como nacida de un derecho en la cosa, es real: las primeras se dan á los que contrataron, para el cumplimiento del contrato; ésta, sólo al acreedor contra cualquier poseedor de la cosa: aquéllas tienen el objeto que dejamos expuesto; ésta, obtener la prenda poseida por otro: finalmente, las *pignoraticias* sólo pueden ejercitarse despues de terminada la última, porque en tanto puede el deudor por la accion directa de prenda pedir al acreedor la cosa empeñada, y el mismo acreedor solicitar indemnizacion por la accion contraria.

(1) Ley 15 citada.

(2) Ley 21.

(3) Ley 21 citada.

en cuanto está ya concluida la obligación á que se hallaba afectada, y por consiguiente, el derecho en la cosa empeñada.

490. No puede el deudor entablar la acción directa si sólo en parte ha satisfecho la deuda. En caso de que fallezca el acreedor dejando varios herederos, el crédito se partirá entre ellos, pero no el derecho de prenda, que es indivisible; por lo tanto, si el deudor pagó á uno su parte, quedará la prenda subsistente por entero en favor de los otros hasta que todos los herederos sean satisfechos. Lo mismo sucederá siempre que haya varios herederos del deudor, cuando uno de éstos pague la parte de la deuda que corresponde á su porción hereditaria.

491. Hemos dicho que el derecho de prenda es indivisible: subsiste, por lo tanto, en todas y en cada una de las partes de la cosa empeñada, aunque pase á diferentes manos, como cuando suceden varios coherederos, y aunque la cosa cambie de naturaleza; y es extensivo á sus accesiones (1), no sólo por lo que concierne al capital, sino también á los intereses y á los daños y perjuicios en que pueda ser condenado el deudor que oportunamente no cumple con la obligación á que estaba afectada la cosa.

492. *Pactos que pueden agregarse al contrato de prenda.*—En este título hemos ya indicado algunos pactos válidos que pueden agregarse al contrato de prenda. Ahora añadiremos, que por regla general son obligatorios todos los que, no alterando las condiciones esenciales de este contrato, tienen una causa lícita. Así, pues, la ley reprueba expresamente algunos, aunque en ellos aparezca la conformidad de los contratantes, por no reputar lícita la causa en que se fundan.

493. A esta clase pertenecen:

1.º El pacto á que se da el nombre de *comisorio*: en él convienen los contratantes en que, no pagando el deudor al tiempo estipulado, se quede el acreedor en pago de su crédito con la cosa empeñada. La ley ha tenido presente, al hacer la prohibición, la dureza de los prestamistas y triste condición á que se ven reducidos los hombres necesitados, y ha creído que, permitiendo este pacto, no se encontraría quien sin él diese dinero sobre prendas, de las cuales por mucho menos de su valor se vería á las veces

(1) Leyes 15 y 16, tít. XIII, Part. V.

privado el dueño (1). No es pacto comisorio el hecho por el que toma la cosa en prenda, estipulando que, á no redimirse dentro de cierto término, se quedará con ella por su justo valor: este pacto es lícito (2).

2.º El pacto de que la cosa empeñada nunca puede enajenarse; porque la ley, considerándolo opuesto á la índole del contrato por las razones ántes manifestadas, establece la forma y el tiempo en que puede hacerse la enajenación.

3.º El pacto de que sin requerimiento del deudor pueda el acreedor vender la cosa empeñada; por oponerse, según queda dicho, al precepto de la ley, que en ningún caso permite la venta sin requerimiento.

494. Algunos autores han comprendido entre los pactos ilícitos agregados al de prenda, el llamado *anticresis*, *anticrético*, ó *anticrético*; esto es, aquel en que se pacta que al acreedor le correspondan por vía de intereses los frutos que produzca la cosa empeñada. Poco frecuente entre nosotros, nos limitaremos, sin entrar en sus efectos, á indicar nuestra opinión respecto á su eficacia. Aun ántes de la ley de 1856 que abolió la tasa del interés del dinero, lo reputábamos válido en cuanto no excediera de la cuota del rédito del seis por ciento, según hemos expuesto en diversas ediciones de esta obra. Los que impugnaban esta opinión, se fundaban en la prohibición general de los contratos usurarios. Hoy, que es lícito pactar el interés que quieran á los contratantes, creemos que ya no puede ser esto objeto de disputa, si bien deberá constar por escrito el convenio de los intereses, en los términos que dejamos dicho al tratar del préstamo mútuo.

Más útil es al deudor el pacto en virtud del cual, el acreedor se ha de ir reintegrando del capital que prestó con los frutos de la cosa que se hubiere empeñado y obrase en su poder.

495. *Extinción del derecho de prenda.*—El derecho de prenda se extingue:

1.º Por la extinción de la obligación garantizada; porque

(1) Ley 12, tít. XIII, Part. V.

(2) *Por tanto precio quanto le apreciásen omes buenos*, dice la citada ley 12. También el Tribunal Supremo tiene declarado que el pacto de quedarse el acreedor con la prenda á justa tasación, á falta de pago del deudor, es válido. (Sentencia de 15 de Octubre de 1874.)

como obligacion accesoria, no puede subsistir sin la principal á que estaba adherida (1). Pero extinguida en parte solamente la obligacion asegurada, quedará subsistente en todo la prenda (2), porque como queda dicho, es indivisible.

2.º Por perecer sin culpa del deudor la cosa empeñada; pero conservándose parte de ella, subsistirá el derecho de prenda sobre la que quede, pues como indivisible, grava á cada una de las partes lo mismo que al todo.

3.º Por la remision expresa ó tácita; entendiéndose por tácita la que se deduce de los hechos, como si el acreedor restituye al deudor la prenda, por cuyo acto se entenderá ésta remitida, aunque no extinguida la deuda (3).

4.º Por prescripcion (4).

5.º Por concluir el tiempo por el que se constituyó la prenda.

6.º Cuando el deudor quisiere pagar la deuda y el acreedor se negare á recibirla, en cuyo caso el primero deberá hacer la consignacion correspondiente para libertarse de la obligacion (5).

7.º Cuando aquel á cuyo favor está constituida adquiere el dominio de la cosa empeñada; porque lo que es propio de uno no le puede servir de garantía por la deuda de otro.

8.º Por la extincion del derecho del que constituyó la prenda; porque nadie puede dar á otro más derechos en una cosa que los que él mismo tiene. Pero no sucederá esto en los casos en que la

(1) Ley 38 del mismo título y Partida.

(2) Ley 2.ª

(3) Ley 40.

(4) La ley 63 de Toro, ó sea la 5.ª, tít. VIII, lib. XI de la Novísima Recopilacion, señala el término de treinta años para la prescripcion de la accion hipotecaria: «pero donde en la obligacion hay hipoteca..... la deuda se prescriba por treinta años y no ménos.» La LEY HIPOTECARIA, en su artículo 134, redujo á veinte años aquel término: por este tiempo tambien, y no por más, pues lo contrario seria una anomalía, creemos que debe prescribirse la deuda asegurada con prenda entregada al acreedor, y por consiguiente, el mismo derecho de prenda. De esta suerte rectificamos la doctrina que acerca de esta materia expusimos en anteriores ediciones, y que fundábamos, parte en la ley citada de Toro, y parte en la 39, tít. XIII, Partida V, modificada por aquélla.

(5) Ley 38, tít. XIII, Part. V.

pérdida del derecho del que empeñó la cosa sea efecto de su mera voluntad, porque estaria entónces en manos del deudor hacer peor la condicion del acreedor.

TÍTULO XIX.

De las hipotecas.

SECCION PRIMERA.

DE LAS HIPOTECAS EN GENERAL.

§ I.

Definicion de la hipoteca.

496. Fijada en el título que precede la diferencia que hoy existe entre las palabras *prenda* é *hipoteca*, confundidas en nuestras antiguas leyes, y expuesto lo que á la prenda se refiere, debemos tratar aquí de la hipoteca, que, segun queda dicho, sólo puede tener lugar en bienes inmuebles.

497. Del mismo modo que la prenda, la palabra *hipoteca* tiene tres diferentes acepciones, pues sirve, ya para significar el contrato en que se constituye, ya el derecho del acreedor, ya la misma cosa hipotecada. Considerada la hipoteca con relacion al acreedor, es un *derecho real, constituido para seguridad de una obligacion, sobre bienes inmuebles con cuyo valor puede hacerse efectivo el pago*. Para que exista, pues, la hipoteca, como para la existencia de la prenda, necesario es que haya una obligacion principal, válida, proveniente de un acto ó de un contrato lícito cuyas vicisitudes siga, ya sea esta obligacion propia, ya ajena, ya celebrada en el mismo acto de constituirse la hipoteca, ya con anterioridad, viniendo despues la hipoteca á fortalecerla y asegurarla.

498. Puede definirse el contrato de hipoteca, *aquel en que el deudor asegura directa ó inmediatamente con bienes inmuebles el cumplimiento de una obligacion*.

como obligacion accesoria, no puede subsistir sin la principal á que estaba adherida (1). Pero extinguida en parte solamente la obligacion asegurada, quedará subsistente en todo la prenda (2), porque como queda dicho, es indivisible.

2.º Por perecer sin culpa del deudor la cosa empeñada; pero conservándose parte de ella, subsistirá el derecho de prenda sobre la que quede, pues como indivisible, grava á cada una de las partes lo mismo que al todo.

3.º Por la remision expresa ó tácita; entendiéndose por tácita la que se deduce de los hechos, como si el acreedor restituye al deudor la prenda, por cuyo acto se entenderá ésta remitida, aunque no extinguida la deuda (3).

4.º Por prescripcion (4).

5.º Por concluir el tiempo por el que se constituyó la prenda.

6.º Cuando el deudor quisiere pagar la deuda y el acreedor se negare á recibirla, en cuyo caso el primero deberá hacer la consignacion correspondiente para libertarse de la obligacion (5).

7.º Cuando aquel á cuyo favor está constituida adquiere el dominio de la cosa empeñada; porque lo que es propio de uno no le puede servir de garantía por la deuda de otro.

8.º Por la extincion del derecho del que constituyó la prenda; porque nadie puede dar á otro más derechos en una cosa que los que él mismo tiene. Pero no sucederá esto en los casos en que la

(1) Ley 38 del mismo título y Partida.

(2) Ley 2.ª

(3) Ley 40.

(4) La ley 63 de Toro, ó sea la 5.ª, tít. VIII, lib. XI de la Novísima Recopilacion, señala el término de treinta años para la prescripcion de la accion hipotecaria: «pero donde en la obligacion hay hipoteca..... la deuda se prescriba por treinta años y no ménos.» La LEY HIPOTECARIA, en su artículo 134, redujo á veinte años aquel término: por este tiempo tambien, y no por más, pues lo contrario seria una anomalía, creemos que debe prescribirse la deuda asegurada con prenda entregada al acreedor, y por consiguiente, el mismo derecho de prenda. De esta suerte rectificamos la doctrina que acerca de esta materia expusimos en anteriores ediciones, y que fundábamos, parte en la ley citada de Toro, y parte en la 39, tít. XIII, Partida V, modificada por aquélla.

(5) Ley 38, tít. XIII, Part. V.

pérdida del derecho del que empeñó la cosa sea efecto de su mera voluntad, porque estaria entónces en manos del deudor hacer peor la condicion del acreedor.

TÍTULO XIX.

De las hipotecas.

SECCION PRIMERA.

DE LAS HIPOTECAS EN GENERAL.

§ I.

Definicion de la hipoteca.

496. Fijada en el título que precede la diferencia que hoy existe entre las palabras *prenda* é *hipoteca*, confundidas en nuestras antiguas leyes, y expuesto lo que á la prenda se refiere, debemos tratar aquí de la hipoteca, que, segun queda dicho, sólo puede tener lugar en bienes inmuebles.

497. Del mismo modo que la prenda, la palabra *hipoteca* tiene tres diferentes acepciones, pues sirve, ya para significar el contrato en que se constituye, ya el derecho del acreedor, ya la misma cosa hipotecada. Considerada la hipoteca con relacion al acreedor, es un *derecho real, constituido para seguridad de una obligacion, sobre bienes inmuebles con cuyo valor puede hacerse efectivo el pago*. Para que exista, pues, la hipoteca, como para la existencia de la prenda, necesario es que haya una obligacion principal, válida, proveniente de un acto ó de un contrato lícito cuyas vicisitudes siga, ya sea esta obligacion propia, ya ajena, ya celebrada en el mismo acto de constituirse la hipoteca, ya con anterioridad, viniendo despues la hipoteca á fortalecerla y asegurarla.

498. Puede definirse el contrato de hipoteca, *aquel en que el deudor asegura directa ó inmediatamente con bienes inmuebles el cumplimiento de una obligacion*.

§ II.

Reforma del sistema hipotecario.

499. Una gran reforma se ha verificado en esta importante parte de nuestro derecho. La LEY HIPOTECARIA, sancionada hace pocos años (1), completada por un reglamento general (2) para facilitar la aplicacion de sus disposiciones, y últimamente reformada y adicionada, oidas las opiniones de los presidentes de las Audiencias y puesto el Gobierno de acuerdo con la Comision codificadora (3), ha introducido profundos, radicales y trascendentales cambios en nuestra legislacion comun y foral. De algunos de ellos hemos tenido ocasion de hablar en diferentes puntos de esta obra; completaremos aquí todo lo que falta, para llenar nuestra mision de escritores de un tratado elemental de derecho civil (4).

(1) En 8 de Febrero de 1861.

(2) De 21 de Junio de 1861.

(3) En 3 de Diciembre de 1869, las Córtes concedieron autorizacion al Gobierno para llevar á efecto esta reforma; pero no empezó á regir hasta el 1.º de Enero de 1871.

(4) Al decir nosotros esto, se comprenderá fácilmente que no entra en nuestro propósito hacernos cargo de todas y de cada una de las disposiciones, ya de la ley, ya del reglamento, ya de las instrucciones que el Gobierno ha publicado para su ejecucion. Esto por sí sólo exigiria una obra medianamente voluminosa para ser bien explicado. Descartando por tanto de nuestro libro todo lo que, más que al derecho civil, se refiere á los procedimientos, que no es propio de esta obra; á pormenores que conciernen á la organizacion minuciosa de los registros; á las cualidades, obligaciones, derechos y responsabilidad de los registradores; á la manera de llevar los registros y de rectificar los asientos; á la direccion é inspeccion del ramo y al modo de pasar del antiguo al nuevo sistema, pero sin dejar de exponer los principios en que estas disposiciones se fundan, nos detendremos especialmente en todo lo que se relaciona con el derecho civil, respecto al cual procuraremos no incurrir en ninguna omision. Siguiendo el método que empleamos en el exámen de las leyes de matrimonio y de registro civil, pondremos con letra bastardilla lo que copiemos del texto de la LEY HIPOTECARIA y del reglamento, para que no se confunda con las explicaciones y adiciones que no estén en el texto legal. En estas explicaciones seguimos, siempre que nos

500. Conveniente es decir algunas palabras respecto al principio capital en que se diferencia el sistema nuevo que se ha inaugurado, del que hasta pocos años hace, estuvo en observancia. En la primera mitad del siglo XVI, empezó á adoptarse en lugar del antiguo sistema de hipotecas ocultas otro mixto, desenvuelto despues lentamente, no siempre con perseverancia, y frecuentemente sin acierto. En este sistema se admitia la publicidad de las hipotecas como una de sus bases, porque se sujetaban al registro todas las hipotecas llamadas convencionales; pero á su lado se conservaban otras ocultas, que por beneficio de la ley, y sin necesidad de ninguna convencion ó acto de los interesados, protegian á personas desvalidas, ó aseguraban créditos á que el derecho debe especial amparo y garantia. Desacreditóse por completo este sistema, porque, segun expresion del Gobierno, no garantizaba suficientemente la propiedad, ni ejercia saludable influencia en la prosperidad pública, ni asentaba sobre bases sólidas el crédito territorial, ni daba actividad á la circulacion de la riqueza, ni moderaba el interés del dinero, ni facilitaba su adquisicion á los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguraba debidamente á los que con esta garantia prestaban sus capitales (1). Para ocurrir á estas dificultades; para la conveniente creacion de bancos de crédito territorial; para dar certidumbre al dominio y á los demás derechos en la cosa; para poner limites á la

es posible, la Exposicion de motivos y fundamentos, redactada por la Comision de Codificacion, que, como dijo el Gobierno al presentar la obra á las Córtes, debe estimarse como el más autorizado comentario de la ley. Por eso, lejos de expresar con diferentes palabras de las usadas por la Comision las explicaciones, con peligro de desvirtuarlas, las copiamos en cuanto cabe en la índole de nuestra obra, y esto parecerá más natural todavía, si se considera que el SR. GOMEZ DE LA SERNA, uno de los autores de estos ELEMENTOS, fué el ponente encargado de redactar la Exposicion. No hemos debido seguir el órden de los artículos de la ley, como de seguro no lo hubiera seguido la Comision de Codificacion, si en lugar de redactar una ley especial, hubiese compuesto para el Código civil los títulos correspondientes á las materias que la ley comprende. No podiamos desentendernos de que no escribimos un comentario exegético á una ley especial, sino un tratado elemental de nuestro derecho civil, que entre las muchas materias que comprende, es una la de hipotecas.

(1) Real decreto de 8 de Agosto de 1855.

mala fe, y para libertar al propietario del yugo de usureros desapiadados, es para lo que se ideó y llevó á cabo la formación de la LEY HIPOTECARIA.

501. Los principios en que se funda esta ley, son los de publicidad de la hipoteca, y especialidad y determinación de la cosa hipotecada. La publicidad se consigue, haciendo necesaria la inscripción de las hipotecas en el registro para que puedan perjudicar á tercero, con lo cual quedan anuladas de hecho todas las hipotecas ocultas ó tácitas. Por consecuencia de la especialidad han cesado todas las hipotecas generales, ya hubieran sido estipuladas en contrato, ya prescriptas en última voluntad, ya ordenadas por la ley.

502. Mas no por eso han quedado ménos protegidos los menores de edad, los incapacitados y las mujeres casadas, del mismo modo que todos los interesados que necesitan una protección más directa por parte del legislador, porque en el nuevo sistema se organizan al efecto hipotecas legales, no iguales en su forma á las antiguas, sino ajustadas á los principios de publicidad y especialidad, y que en último resultado, son más eficaces que las que estableció la legislación derogada. Del exámen de las disposiciones que al efecto se han establecido aparecerá la diligencia con que en la nueva ley se ha procurado atender á todos los derechos y á todos los intereses legítimos.

§ III.

Bienes que pueden hipotecarse.

503. A diferencia de la prenda que, como hemos dicho, consiste en una cosa mueble que se da en garantía del cumplimiento de una obligación, sólo podrán ser hipotecados:

1.º *Los bienes inmuebles* (1), no entendiéndose como tales, segun en otro lugar hemos expuesto, *los oficios públicos enajenados de la Corona, las inscripciones de la deuda pública, ni las acciones de bancos y compañías mercantiles, aunque sean nominativas* (2).

(1) Artículo 106 de la LEY HIPOTECARIA.

(2) Artículo 4.º de la misma ley.

2.º *Los derechos reales enajenables con arreglo á las leyes, impuestos sobre los bienes inmuebles* (1).

504. La ley, sin embargo, establece algunas limitaciones á este principio general. En su consecuencia, *podrán hipotecarse, pero con las restricciones que á continuación se expresan* (2):

1.º *El edificio construido en suelo ajeno, el cual si se hipotecare por el que lo construyó, será sin perjuicio del derecho del propietario del terreno, y entendiéndose sujeto á tal gravámen, solamente el derecho que el mismo que edificó tuviere sobre lo edificado* (3); porque la hipoteca se entiende limitada por voluntad de los contrayentes al derecho que el hipotecante tiene en la cosa, y éste por un acto propio no puede hacer de peor condicion al dueño del suelo, que ninguna participacion ha tenido en el contrato.

2.º *El derecho de percibir los frutos en el usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno á la voluntad del usufructuario; pues en tanto puede subsistir la hipoteca, en cuanto exista la cosa ó derecho sobre que se impone. Si concluyere por voluntad del usufructuario, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, ó hasta que venza el tiempo en que el usufructo habria naturalmente concluido á no mediar el hecho que le puso fin* (4); porque de otro modo, quedaria la suerte del acreedor hipotecario al arbitrio del deudor, á lo que se agrega que tampoco ningun perjuicio verdadero se origina al dueño, puesto que queda á salvo en toda su integridad el derecho que tenia sin el acto ilegal del hipotecante.

3.º *La mera propiedad, en cuyo caso si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, no sólo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo, como*

(1) El art. 106 citado.

(2) La Instrucción de 9 de Noviembre de 1874, sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro, impone á los notarios el deber de hacer en las correspondientes escrituras expresa mención de estas restricciones. (Arts. 26, 27, 28, 29 y 31 de la citada Instrucción.)

(3) Artículo 107 de la LEY HIPOTECARIA.

(4) El mismo art. 107.

no se haya pactado lo contrario (1). Fúndase esto en la presunta voluntad de los otorgantes y en el beneficio del deudor, que así tal vez podrá conseguir que, contento el acreedor con dirigir su acción sobre los frutos, no proceda directamente contra la finca.

4.º *Los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos á hipotecar, siempre que quede á salvo la prelación que tuviere para cobrar su crédito, aquel á cuyo favor esté constituida la primera hipoteca* (2). Es decir, que el pacto prohibitorio de ulteriores hipotecas es ineficaz: para determinar-lo así la ley, se ha fundado en su inutilidad respecto al primer acreedor hipotecario, cuyo crédito no por eso adquiere mayor firmeza; á lo que se agrega que tampoco sufre perjuicio, puesto que no puede anteponerse á él, si inscribió la hipoteca, ningun hipotecario posterior: por otra parte, este pacto es para el deudor una condicion onerosa, que carece de objeto, que disminuye sin necesidad, sin justicia y sin explicacion loable su crédito, y sólo aparece como una exigencia exorbitante arrancada á la angustiosa situacion en que se halla.

5.º *Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real, siempre que quede á salvo el de los demás partícipes en la propiedad* (3); pues nadie puede obligar más que lo que á él le pertenece, respetando los derechos de los demás partícipes.

6.º *Los ferro-carriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, cuya explotación haya concedido el gobierno por diez años ó más, y los edificios ó terrenos que no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados á aquellas obras, pero quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la*

(1) El mismo artículo.

(2) Número 4.º El Tribunal Supremo de Justicia declaró en sentencia de 6 de Febrero de 1863, que el pacto de no gravar una finca especialmente hipotecada, con otra hipoteca, es válido, y nulo el nuevo gravámen. Pero esta doctrina, que pudo ser fundada respecto á las hipotecas constituidas antes de que empezara á regir la LEY HIPOTECARIA, se halla en el día en oposicion con lo que esta determina en el párrafo IV del artículo citado y no puede ser aplicable á las hipotecas constituidas despues.

(3) Número 5.º del expresado art. 107.

resolucion del derecho del concesionario (1); porque éste, ni puede traspasar á otro más derechos que los que él tiene, ni seria justo que por un acto exclusivamente suyo perjudicara á la Administracion con la que habia contratado.

7.º *Los bienes pertenecientes á personas que no tienen la libre disposicion de ellos, en los casos y con las formalidades que prescriben las leyes para su enajenacion* (2); porque de otro modo, quedarian eludidas frecuentemente las leyes que protegen á los huérfanos, á los menores, á los incapacitados y á las personas jurídicas que, como los menores, necesitan autorizacion para enajenar, y las que fijan las relaciones de los individuos en el órden de las familias. Mas siempre que se hipotequen bienes de esta clase, el notario deberá asegurarse de que se han cumplido los requisitos y formalidades exigidas por las leyes (3).

8.º *El derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él, de la resolucion del mismo derecho* (4); es decir, que las hipotecas voluntarias pueden ser hipotecadas, pero no las legales. Esta diferencia consiste en que si los hipotecarios legales tuvieran facultad para subhipotecar, vendria de hecho á destruirse la hipoteca legal que se les concede en justa proteccion de su debilidad, ó de otros intereses á que las leyes dan una proteccion más directa que á los demás. Esto no sucede con las hipotecas voluntarias, respecto á las cuales domina en toda su extension el principio de la libre contratacion dentro de los limites legales, pudiendo de consiguiente subhipotecar el primer acreedor hipotecario. Que la subhipoteca no dé al acreedor subhipotecario más derechos que los que tiene el acreedor primitivo, es conforme á la regla general que repetidamente hemos consignado. Consecuencia de esto es que si el deudor primitivo satisface, termina con la hipoteca la subhipoteca. Por el contrario, si el segundo deudor es el que paga, la subhipoteca termina, pero como está pendiente el crédito primitivo, continúa la hipoteca que es su garantía.

9.º *Los bienes vendidos con pacto de retroventa ó á carta de*

(1) El mismo art. 107.

(2) El mismo.

(3) Artículo 30 de la citada Instruccion de 9 de Noviembre de 1876.

(4) Artículo 107 de la LEY HIPOTECARIA.

gracia, si el comprador ó su causa-habiente limita la hipoteca á la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor, á fin de que si se retrajeren los bienes ántes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, á no preceder para ello precepto judicial, ó si el vendedor ó su causa-habiente hipoteca lo que valgan los bienes más de lo que deba percibir el comprador si se resolviese la venta; pero en este caso el acreedor no podrá repetir contra los bienes hipotecados, sin retraerlos previamente en nombre del deudor en el tiempo en que éste tenga derecho, y anticipando la cantidad que para ello fuere necesaria (1). Por la ley hipotecaria no reformada, los bienes vendidos con pacto de retroventa no podían hipotecarse «mientras la venta no quedara irrevocablemente consumada ó resuelta,» porque hasta entónces, aunque el comprador tiene el dominio de lo vendido, es revocable este dominio. La ley reformada hace hipotecables estos bienes, si bien con las limitaciones convenientes que hemos visto, para asegurar los derechos de cada uno.

10.º *Los bienes litigiosos, si la demanda origen del pleito se ha anotado previamente, ó si se hace constar en la inscripción que el acreedor tenía conocimiento del litigio; pero en cualquiera de los dos casos, la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito, sin que pueda perjudicar los derechos de los interesados en el mismo fuera del hipotecante (2).* Por la ley hipotecaria anterior, los bienes litigiosos no podían hipotecarse, puesto que mientras estaban pendientes de litigio, era incierto su verdadero dueño. Al permitir esta hipoteca la ley reformada, lo ha hecho con las convenientes limitaciones encaminadas á evitar que se perjudique el derecho de las partes.

505. Despues de establecer la ley las cosas inmuebles que pueden ser hipotecadas, pasa á tratar de otras que no son capaces de hipoteca, y de algunas á que la consideración que se les daba ántes de la ley, podria hacer que se les siguiera reputando como hipotecables.

506. *No se pueden hipotecar:*

- (1) Artículo 107.
- (2) El mismo art. 107.

1.º *Los frutos y rentas pendientes, con separacion del predio que los produzca (1).* En otro lugar hemos manifestado, que los frutos, mientras no están separados del suelo que los produce, son bienes inmuebles y siguen la condicion de la tierra á que están adheridos, de lo que se infiere que en este concepto sólo pueden ser hipotecados: cuando son separados del suelo, de inmuebles que eran se convierten en muebles, y no son ya, por lo tanto, capaces de hipoteca.

2.º *Los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, bien para su adorno ó comodidad, ó bien para el servicio de alguna industria, á no ser que se hipotequen juntamente con dichos edificios (2).* A la poderosa razón de que en tanto se consideran inmuebles, en cuanto forman parte de los edificios, se agrega la de que no son enajenables aisladamente mientras constituyen parte de ellos (3); medida previsora para evitar demoliciones, que á las veces más podrian considerarse como actos de un vandalismo grosero que como verificados bajo la proteccion tutelar de las leyes.

3.º *Los oficios públicos (4),* porque, como queda dicho, no se consideran bienes inmuebles.

4.º *Los títulos de la deuda del Estado, de las provincias ó de los pueblos, y las obligaciones y acciones de bancos, empresas ó compañías de cualquier especie (5);* por la misma razon que los oficios, segun queda tambien manifestado.

5.º *El derecho real en cosas que, aun cuando se deban poseer en lo futuro, no estén aún inscriptas á favor del que tenga el derecho á poseerlas (6).* No puede, por lo tanto, el heredero hipotecar el derecho hereditario, que es un derecho real, á pesar de la ficcion legal que le considera como continuador de la persona del finado, hasta que despues de la aceptacion de la herencia es-

(1) Artículo 108.

(2) Artículo 108.

(3) Así lo establece la ley 16, tit. V, Part. V, respecto á los materiales que constituyen parte de los edificios, segun hemos visto en la página 247 de este tomo.

(4) Artículo 108 de la LEY HIPOTECARIA.

(5) El mismo art. 108.

(6) El mismo art. 108.

tén inscritas á su nombre en el registro las fincas que hayan de ser objeto de la hipoteca. Tampoco el comprador puede hipotecar la cosa que se le vendió, mientras no se haya llenado el requisito de la inscripción; y mucho menos el que tiene esperanza de suceder á determinada persona, porque sobre no ser la esperanza un derecho, ni poder señalarse los bienes sobre que especialmente ha de recaer la hipoteca, hay la prohibición profundamente moral que impide que las futuras sucesiones sean objeto de contratación (1).

6.º *Las servidumbres, á menos que se hipotequen juntamente con el prédio dominante* (2); porque tampoco aisladamente pueden ser enajenadas, pues que en tanto hay servidumbre real, en cuanto existe un prédio en cuya utilidad esté constituida. Excepción la servidumbre de aguas, la cual puede ser hipotecada (3); porque, según las Partidas (4), en la servidumbre de agua que nace de una heredad para regar otra, puede el dueño del prédio dominante ceder á otro una parte del agua que hizo suya en el hecho de llegar á su destino.

7.º *El derecho á percibir los frutos en el usufructo concedido por las leyes ó fueros especiales á los padres ó madres sobre los bienes de sus hijos, y al cónyuge superviviente sobre los del difunto* (5). De otro modo, se eludiría la voluntad del legislador, que al hacer esta concesión, tuvo presentes las obligaciones que tenía que llenar el usufructuario legal, la manutención de la familia, y el decoro que se debía á la memoria del cónyuge premuerto; todo lo cual quedaría desatendido, si el usufructuario, por anticipaciones aseguradas con hipoteca, pudiera en un año anular de hecho el usufructo de muchos.

8.º *El uso y la habitación*; porque el usuario, según hemos dicho en el correspondiente lugar, tiene un derecho tan limitado, que ni aun puede conceder el uso gratuito de la cosa, y ni él ni el que tiene la servidumbre de habitación pueden enajenar su derecho, y por lo tanto, tampoco deben tener el de hipotecarlo.

(1) Ley 13, tit. V, Part. V.

(2) Artículo 108 de la LEY HIPOTECARIA.

(3) El mismo artículo.

(4) Ley 12, tit. XXXI, Part. III.

(5) El art. 108 citado.

9.º *Las minas, mientras no se haya obtenido el título de la concesión definitiva* (1), pues hasta entonces no se adquiere su dominio; y esto aunque estén situadas en terreno propio (2), porque el dueño del suelo no lo es de las minas, mientras en la forma establecida por las leyes no haya adquirido su propiedad.

507. *El poseedor de bienes sujetos á condiciones resolutorias pendientes podrá hipotecarlos ó enajenarlos, siempre que quede á salvo el derecho de los interesados en dichas condiciones, haciéndose en la inscripción expresa reserva del referido derecho* (3).

Aunque el dominio de estos bienes es revocable, y por esta razón no se podía hipotecar su propiedad mientras se hallaban pendientes las condiciones resolutorias, la Ley hipotecaria reformada ha modificado el artículo de la primitiva en los términos que acabamos de expresar, por cuyo medio evita todo perjuicio á los interesados en aquellas condiciones. Pero al mismo tiempo ha dispuesto que *si la condición resolutoria pendiente afectare á la totalidad de la cosa hipotecada, no se podrá enajenar para hacer efectivo el crédito, sino cuando dicha condición deje de cumplirse y pase el inmueble al dominio absoluto del deudor; pero los frutos á que éste tenga derecho, se aplicarán desde luego al pago del crédito.*

Cuando la condición resolutoria afecte únicamente á una parte de la cosa hipotecada, deberá ésta enajenarse judicialmente con la misma condición resolutoria á que esté sujeto el dominio del deudor, y aplicándose al pago, además de los frutos á que éste tenga derecho, el precio de la venta. Si antes de que ésta se consume adquiriere el deudor el dominio absoluto de la cosa hipotecada, podrá el acreedor repetir contra ella y solicitar su enajenación para el pago (4). Basta cotejar el artículo nuevamente redactado que

(1) Artículo 108 citado.

(2) El mismo art. 108.

(3) Artículo 109. En una sentencia de 14 de Junio de 1875, se citan también los arts. 33 y 126 de la LEY HIPOTECARIA, que nada dicen respecto á este punto; por lo cual juzgamos que en la cita ha debido de haber alguna equivocación material.

(4) Artículo 109 citado. *Lo dispuesto en este artículo es aplicable á los bienes poseídos en Cataluña con cláusula de sustitución pendiente á favor de personas que no hayan consentido la hipoteca de dichos bienes.* El mismo artículo 109.

establece esta doctrina con el de la Ley hipotecaria no reformada, para comprender las notables diferencias que existen entre uno y otro (1). Al terminar este punto, debemos decir que *las hipotecas legítimamente constituidas sobre bienes que*, según lo que queda dicho, *no son ahora hipotecables*, pero que lo eran antes, *se regirán mientras subsistan por la legislación anterior* (2). En este caso se hallan los oficios enajenados de la Corona. Así ha respetado la ley el principio eterno de que las leyes no tienen fuerza retroactiva.

508. Por último, debemos advertir que está prohibido á los notarios autorizar *ningun acto ó contrato de hipoteca por el cual se pretenda sujetar á tal gravámen los bienes que según la Ley hipotecaria no sean hipotecables* (3).

§ IV.

Extensión de la hipoteca.

509. Fundándose nuestro antiguo derecho en que las agregaciones á los bienes raíces eran inmuebles, ó bien por su naturaleza, ó bien por estar adheridas á las que lo eran, constituyendo así parte de las fincas, estableció que el derecho de hipoteca

(1) Hé aquí el art. 109 antes de la nueva redacción.

«El poseedor de los bienes, cuyo derecho sobre ellos esté sujeto por contrato ó última voluntad á condiciones resolutorias, no podrá, mientras éstas se hallen pendientes, hipotecar la propiedad de dichos bienes, pero si el derecho de percibir sus frutos con sujeción á lo dispuesto en el número 2.º del art. 107. La propiedad, en el caso del párrafo anterior, sólo podrá hipotecarse con el expreso consentimiento de aquel á quien pudieron aprovechar las condiciones resolutorias, si existiere y fuere capaz por sí de obligarse, ó cuando el cumplimiento de la condición dependa exclusivamente de la voluntad del poseedor de los bienes; pero entendiéndose entonces obligado éste, mientras subsiste la hipoteca, á hacer ó á no hacer aquello de que deba depender la subsistencia de su derecho, y quedando civil, y criminalmente en su caso, responsable para con el acreedor, cuando por faltar á dicha obligación se extinga la misma hipoteca.»

(2) Artículo 135.

(3) Artículo 32 de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos.

no se limitara precisamente á la cosa hipotecada, sino que se extendiera á sus accesiones naturales, á las industriales, y á los frutos y rentas no percibidos al vencimiento de la obligación. Puede decirse que esta extensión tiene también fundamento en la voluntad del que constituye la hipoteca. El mismo principio se halla establecido en la *Ley hipotecaria*, que le da la ampliación que la diversidad de tiempos aconseja. Ordena al efecto, que *la hipoteca se extienda á las accesiones naturales, á las mejoras, á los frutos pendientes y rentas no percibidas al vencer la obligación, y al importe de las indemnizaciones concedidas ó debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados* (1).

510. Por consecuencia de esto, se entienden *hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario*:

1.º *Los objetos muebles colocados permanentemente en un edificio, bien para su adorno ó comodidad, ó bien para el servicio de alguna industria, aunque su colocación se haya verificado después de constituida la hipoteca* (2); porque de todos modos, constituyen parte de la finca, y existe la presunción de que los contrayentes quisieron comprenderlos en la obligación.

2.º *Las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego ó desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno ó elevación de los edificios, y cualesquiera otras semejantes*. Respecto á las mejoras que consisten en agregación de terrenos, debe hacerse la distinción de si ésta proviene de obra de la naturaleza, ó de la voluntad del hombre: en el primer caso rige la regla general, es decir, que es extensiva á ella la hipoteca; no así en el segundo: la razón de diferencia consiste en que en aquel caso constituyen las agregaciones un solo todo, pero no en éste. Tampoco se entiende hipotecada con la finca *la nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere* (3), porque falta aquí la presunción de voluntad en el edificante para dar semejante ampliación á la hipoteca.

3.º *Los frutos que al tiempo en que deba hacerse efectiva la* (R)

(1) Artículo 110.

(2) Artículo 111.

(3) El mismo artículo.

obligacion hipotecaria, estuvieren pendientes de los árboles ó plantas, ó ya cogidos, pero no levantados ni almacenados (1); porque los frutos pendientes, como adheridos al suelo, son bienes inmuebles, y los que ya cogidos no han salido de la heredad, se reputa que están sujetos á todas sus responsabilidades.

4.º *Las rentas vencidas y no pagadas, cualesquiera que sea la causa de no haberse hecho efectivas, y las que se hayan de pagar hasta que el acreedor sea satisfecho de todo su crédito* (2); porque los frutos civiles se equiparan á los naturales.

5.º *Las indemnizaciones concedidas ó debidas al propietario por los inmuebles hipotecados, bien por la aseguracion de éstos ó de los frutos, siempre que haya tenido lugar el siniestro despues de constituida la hipoteca, ó bien por la expropiacion de terrenos por causa de utilidad pública* (3); pues que en estos casos la indemnizacion reemplaza á la cosa hipotecada. *Si las indemnizaciones se hicieron antes del vencimiento de la deuda hipotecaria, se depositará su importe en la forma en que convengan los interesados, y si no se convinieren, en el establecimiento público que designare el juez ó el tribunal, hasta que la obligacion se cancele* (4); evitándose de este modo que al vencimiento de la obligacion asegurada, haya desaparecido la garantía que prestaba la finca reemplazada por la indemnizacion.

511. Queda dicho que para que tenga la hipoteca la extension que acabamos de exponer, es necesario que correspondan al propietario las mejoras y accesiones á que nos hemos referido; porque *cuando la finca hipotecada pasare á manos de un tercer poseedor, no será extensiva la hipoteca á los muebles colocados permanentemente en los edificios, ni á las mejoras que no consistan en obras de reparacion, seguridad ó trasformacion, siempre que unos ú otras se hayan costeado por el nuevo dueño, ni á los frutos pendientes y rentas vencidas que sean de la pertenencia del mismo* (5). Faltan en este caso los términos hábiles para la presuncion legal de que el tercer poseedor, que ninguna participacion

(1) El mismo artículo.
(2) Artículo 111.
(3) Dicho artículo.
(4) Artículo 95 del Reglamento.
(5) Artículo 112 de la Ley.

tuvo al contratarse la hipoteca, haya querido hipotecar lo que á él solamente pertenecia.

512. *El dueño de las accesiones ó mejoras que no se entiendan hipotecadas, podrá exigir su importe ó retener los objetos en que consistan, si esto pudiere hacerse sin menoscabo del valor del resto de la finca* (1); eleccion que se le otorga sin perjudicar sus intereses, y conciliándolos con los del dueño de la finca y del acreedor hipotecario, evitándose así la destruccion de las obras verificadas. Mas si optare por exigir el importe de las mejoras, ó cuando por no poderse separar éstas sin daño de la finca, careciere de eleccion entre los dos medios, *no podrá detener el cumplimiento de la obligacion principal bajo el pretexto de hacer efectivo su derecho*; porque esto causaria un daño al acreedor hipotecario, que no debe ser perjudicado por actos de un tercero, *sino que habrá de cobrar lo que le corresponda, con el precio de la misma finca, cuando se enajene para pagar el crédito* (2), aunque la cantidad restante no alcance para cubrir el crédito hipotecario. *Mas si las accesiones ó mejoras pudieren separarse sin menoscabo de la finca, y el dueño hubiese optado, sin embargo, por no llevarselas, se enajenarán con separacion del prédio, y su precio tan sólo quedará á disposicion del referido dueño* (3).

513. Los intereses del capital sujeto á restitucion, cuando ésta se hallaba asegurada con hipoteca, han sido considerados siempre como garantidos por ella. Mas no seria justo que el adquirente de una finca así gravada, que naturalmente debe presumir que el deudor estará corriente en el pago de los réditos cuando no ha reclamado el acreedor contra la hipoteca, quedara perjudicado por la condescendencia ú omision del acreedor ó por mala fe; de aquí que la ley haya establecido una presuncion *juris et de jure* de que el acreedor renuncia á la hipoteca, relativamente á los intereses hace tiempo devengados, si no los ha garantido con una hipoteca especial. Al efecto ordena, que *la hipoteca constituida á favor de un crédito que devengue interés, no asegurará con perjuicio de tercero, además del capital, sino los*

(1) Artículo 113.
(2) El mismo artículo.
(3) Artículo 96 del Reglamento.

intereses de los dos últimos años trascurridos y la parte vencida de la anualidad corriente (1).

514. Pero con objeto de que si el acreedor, por benevolencia al deudor, por mútuo interés, ó por cualesquiera otras causas, no le exigiere el pago, conserve la garantía sin que pueda ser inducido á error un tercero que adquiriera la finca ó un derecho real sobre ella, se ha establecido que *al träscurrir tres años, contados desde que el préstamo empezó á devengar réditos no pagados, podrá el acreedor exigir que la hipoteca constituida se amplie sobre los mismos bienes hipotecados, con objeto de asegurar los intereses correspondientes al primero de dichos años; pero sólo en el caso de que, habiendo vencido la obligación de pagar alguna parte de los mismos réditos, hubiere dejado el deudor de satisfacerla. Si el acreedor hiciere uso de su derecho despues de los tres años, podrá exigir la ampliacion de hipoteca por toda la parte de réditos que en el momento de hacerse dicha ampliacion no estuviere asegurada con la hipoteca primera; pero sin que en ningun caso deba perjudicar la que se constituya al que anteriormente y despues de los dos años haya adquirido cualquier derecho sobre los bienes hipotecados. Si el deudor no consintiere dicha ampliacion de hipoteca, podrá el acreedor reclamarla en juicio ordinario y anotar preventivamente la demanda que con tal objeto deduzca* (2). De este modo la ley deja á salvo los derechos de todos sin perjudicar á terceros, pero no impeliendo al mismo tiempo á los acreedores á que, para conservar su derecho hipotecario, apremien al deudor, negándole la indulgencia á que de otro modo se inclinarian.

515. Mas no siempre corresponden á los mismos deudores las fincas que se hipotecan, sino que su dueño es un tercero, que ó por amistad ó parentesco con el deudor, ó por interés que ha de redundarle, ó por otras causas, constituye la hipoteca. Como seria injusto que la omision ó tolerancia del acreedor con el deudor que no pagara, se convirtiera en este caso contra el dueño de la finca hipotecada, ordena la ley, que *si la finca hipotecada no per-*

(1) Artículo 114 de la ley. Como la LEY HIPOTECARIA no es aplicable á los contratos anteriores á su observancia, no lo serán, por consiguiente, en semejante caso, los arts. 114 y 147 de la misma ley, y así lo tiene declarado el Tribunal Supremo. (Sentencia de 26 de Mayo de 1877.)

(2) Artículo 115.

teneciere al deudor, no podrá el acreedor exigir que se constituya sobre ella la ampliacion de hipoteca de que acabamos de tratar; pero podrá ejercitar igual derecho respecto á cualesquiera otros bienes inmuebles que posea el mismo deudor y pueda hipotecarlos (1).

516. Lo que queda dicho de la extension de la hipoteca á los intereses devengados de un capital sujeto á restitution, por igualdad de motivos, es extensivo á los intereses vencidos y no satisfechos de los censos. Así establece la ley, que *el acreedor por pensiones atrasadas de censos no podrá repetir contra la finca acensuada, con perjuicio de otro acreedor hipotecario ó censalista posterior, sino en los términos y con las restricciones que dejamos expuestas en el número 513; pero podrá exigir hipoteca en el caso y con las limitaciones que tiene derecho á hacerlo el acreedor hipotecario, segun lo dicho en el número 514, cualquiera que sea el poseedor de la finca acensuada* (2).

§ V.

Adherencia de las hipotecas á los bienes hipotecados.

517. La hipoteca se adhiere de tal manera á la finca sobre que gravita, que la sigue como la sombra al cuerpo, por más que cambie de dueños y que ocurran en ella cambios y trasformaciones. La ley aplica este principio, estableciendo que *las hipotecas sujetan directa é inmediatamente los bienes sobre que se imponen, al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituyen, cualquiera que sea su poseedor* (3). De

(1) Artículo 116.

(2) Artículo 117. Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de Abril de 1874.

(3) Artículo 105. Este artículo constituye uno de los considerandos en que se funda una sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Abril de 1874. Y en otra de 13 de Marzo de 1880, manifiesta «que asimismo tiene declarado» que al establecer el art. 105 de la LEY HIPOTECARIA que las hipotecas sujetan directa é inmediatamente los bienes para cuya seguridad se constituyen, cualquiera que sea su poseedor, no prohíbe la venta de aquéllos por su dueño ó por la autoridad judicial, depositando íntegro el producto de

aquí se infiere que el crédito con hipoteca es *real*, y que más que la confianza que inspire la persona del deudor, se busca la seguridad que da la garantía ofrecida. Por eso, vendida la cosa hipotecada, subsiste la hipoteca; por eso también, cuando un predio dado en enfiteusis caiga en comiso con arreglo á las leyes, pasará al dueño del dominio directo con las hipotecas ó gravámenes reales que le hubiere impuesto el enfiteuta; pero quedando siempre á salvo todos los derechos correspondientes al mismo dueño directo (1).

518. Consecuencia es de lo que acabamos de exponer, que se haya declarado expresamente que las hipotecas inscriptas son rigurosamente cargas reales, pudiendo realizarse los créditos hipotecarios, no obstante cualquier derecho posterior adquirido sobre los mismos bienes hipotecados (2).

519. Este principio de adhesión de la hipoteca á la cosa hipotecada, es causa inmediata de su indivisibilidad; materia de que pasamos á tratar.

§ VI.

Indivisibilidad de la hipoteca.

520. Principio antiguo de nuestro derecho es que la hipoteca sea indivisible, y por lo tanto, que se extienda á todos y á cada uno de los bienes hipotecados, y á todas y á cada una de las partes de los mismos bienes. Siguiéron en esto nuestros legisladores el derecho romano, adoptado también por los demás pueblos modernos, como se ha hecho entre nosotros en la *Ley hipotecaria*. En su consecuencia:

1.º *La hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido* (3).

»los mismos, según dispone el art. 997 (hoy 1.536) de la ley de Enjuiciamiento civil) para responder al que sea acreedor preferente.» En sentencia de 22 de Febrero de 1876 se había establecido ya esta doctrina.

(1) Artículo 118 de la Ley.

(2) Artículo 102 del Reglamento.

(3) Artículo 122 de la Ley.

2.º *Si una finca hipotecada se dividiere en dos ó más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor* (1); en cuyo caso, extinguida la antigua hipoteca, nacerán tantas hipotecas cuantas sean las fracciones en que se distribuya el crédito.

3.º Si no se verificare esta distribución, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma garantida, contra cualquierada de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera, ó contra todas á la vez (2), porque subsiste la hipoteca antigua, que es indivisible.

4.º *Dividida la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas, y pagada la parte del mismo crédito con que estuviere gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquel á quien interese, la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto á la misma finca* (3); porque está cubierta la deuda garantida por la hipoteca nueva que reemplazó con otras á la antigua que ya dejó de existir. Si la parte de crédito pagada se pudiere aplicar á la liberación de una ó de otra de las fincas gravadas, por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una, el deudor elegirá la que haya de quedar libre (4); porque su condición es más favorable por el derecho.

5.º *Cuando sea una la finca hipotecada, ó cuando siendo varias no se haya señalado la responsabilidad de cada una, no se podrá exigir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera que sea la del crédito que el deudor haya satisfecho* (5); porque todos los bienes hipotecados constituyen en este caso una sola hipoteca.

§ VII.

Constitución de una hipoteca sobre varias fincas.

521. Siempre ha sido lícito hipotecar diferentes fincas al pago de una sola obligación. Pero respecto al modo de hacerlo,

(1) Artículo 123.

(2) Artículo 123.

(3) Artículo 124.

(4) El mismo art. 124.

(5) Artículo 125.

hay una diferencia importantísima entre el derecho anterior á la LEY HIPOTECARIA y el establecido por ésta. Antes, cuando se hipotecaban simultáneamente diferentes fincas á la satisfaccion de un solo crédito, todas y cada una de ellas quedaban afectas á la hipoteca por la cantidad total de la deuda. Resultaba de aquí, que el crédito territorial desmerecía más de lo que realmente debía desmerecer, atendida su importancia; que alentados así los prestamistas, exigían mayores garantías que las que realmente necesitaban para quedar asegurados por completo, y que no encontraban medios para levantar fondos los dueños de bienes territoriales, aunque su propiedad diera bastantes seguridades, rebajadas las obligaciones á que estuviera afecta. Para evitar estos inconvenientes, la LEY HIPOTECARIA establece *que cuando se hipotecuen varias fincas á la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad ó parte del gravámen de que cada una deba responder (1); y que fijada en la inscripción la parte de crédito de que deba responder cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos con perjuicio de tercero, sino por la cantidad á que respectivamente estén afectos, y la que á la misma correspondan por razon de intereses, á cuyo pago están tambien sujetos los bienes hipotecados (2).* Para dar cumplimiento á este precepto, ordena el Reglamento, que los registradores no inscribirán ninguna hipoteca sobre bienes diferentes afectos á una misma obligación, sin que por convenio entre las partes ó por mandato del juez en su caso, se determine previamente la cantidad de que cada finca deba responder (3); y que las partes puedan acordar la distribución en el mismo título que se deba inscribir, ó en otro instrumento público ó solicitud dirigida al registrador, firmada ó ratificada ante él por los interesados (4). Mas nada de esto es aplicable á la anotación preventiva, excepto cuando se convierta en

(1) Artículo 119.

(2) Artículo 120. Para dar más eficacia á este precepto, se prohíbe á los notarios autorizar escrituras de esta clase en que no se haya fijado la parte de que cada finca deba responder. (Art. 22 de la Instrucción de 9 de Noviembre de 1874.)

(3) Artículo 99 del Reglamento.

(4) Artículo 100 del mismo.

inscripción definitiva de hipoteca y grave diferentes bienes, en cuyo caso se anotará en el registro especial de cada finca (1).

522. Pero si bien el tercer adquirente ó hipotecario no puede ser perjudicado por la obligación anterior personal del acreedor, sino sólo en cuanto alcance la hipoteca, esto no impide el que *si la hipoteca no alcanzare á cubrir la totalidad del crédito, pueda el acreedor repetir por la diferencia contra las demás fincas hipotecadas que conserve el deudor en su poder; pero sin prelación, en cuanto á dicha diferencia, sobre los que despues de inscrita la hipoteca hayan adquirido algun derecho real sobre las mismas fincas (2).* Fúndase esto en que, mientras sean del deudor las fincas y no estén afectas á otras cargas reales ó hipotecas, implícitamente responden á los acreedores, por consecuencia del principio de que cada uno es responsable con sus bienes de las obligaciones que pesan sobre él.

§ VIII.

Personas que pueden hipotecar.

523. Al tratar de cada una de las clases de hipotecas, manifestaremos qué personas tienen el derecho de hipotecar sus bienes y cuáles las que están obligadas á hacerlo. Aquí nos limitaremos á decir lo que es general en esta materia á todas las hipotecas, á saber: que *la hipoteca constituida por el que no tenga derecho para constituirla segun el registro, no convalerá, aunque el constituyente adquiriera despues dicho derecho (3).* La ley quiere que sólo el que tenga inscritos en el registro títulos solemnes y públicos para poder hipotecar, lo haga válidamente con perjuicio de tercero, dando así una garantía al crédito territorial, é impidiendo que queden perjudicados los que en el tiempo intermedio entre la constitucion ineficaz y la consolidacion, adquirieron con buena fe sobre la finca un derecho real que inscribieron oportunamente.

(1) Artículo 101 del mismo.

(2) Artículo 121 de la Ley.

(3) Artículo 126 de la misma.

§ IX.

Deterioracion de la finca hipotecada por actos de su dueño.

524. Como no es justo que el dueño de la finca, prevaliéndose de estarla poseyendo, pueda destruirla ó hacer que desmerezca, bien sea por mala voluntad que tenga al acreedor, ó bien por negligencia, no haciendo las reparaciones necesarias para su conservacion, se han establecido precauciones para evitar perjuicios al acreedor, respetando al propio tiempo en lo posible los derechos del dueño. Al efecto, *cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo de valor por dolo, culpa ó voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del juez ó tribunal del partido en que esté la misma finca, que le admita justificacion sobre estos hechos; y si resultare su exactitud y fundado temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará providencia mandando al propietario hacer ó no hacer lo que proceda para evitar ó remediar el daño. Si despues insistiere el propietario en abusar de su derecho, dictará el juez ó el tribunal nueva providencia, poniendo el inmueble en administracion judicial* (1).

§ X.

Modo de hacer efectivo el crédito garantido con hipoteca.

525. Hemos dicho ántes que las hipotecas *sujetan directa é inmediatamente los bienes sobre que se imponen, al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituyen, cualquiera que sea su poseedor*; pero como tambien queda manifestado que el contrato de hipoteca es accesorio y subsidiario de otro principal, era necesario resolver la cuestion de si el acreedor desde luego, sin necesidad de interpelar al deudor para que pagara, podia entablar la accion real hipotecaria contra el tercer poseedor de la cosa hipotecada, ó si, siguiendo la regla prescripta respecto á los fiadores, debia deducir la accion perso-

(1) Artículo 97 del Reglamento.

nal contra el deudor, y sólo despues que, hecha excusion de sus bienes, apareciera insolvente en todo ó en parte, dirigirse contra el tercer poseedor de la finca hipotecada. Ni uno ni otro sistema ha prevalecido de un modo absoluto en la ley. Esta ha establecido que el deudor sea requerido al pago, y que sólo cuando no satisfaga la deuda, sin necesidad de hacer excusion de sus bienes pueda dirigirse la accion contra el poseedor de la finca. De este modo se salvan todos los intereses, se atiende á la importante consideracion de que el acreedor hipotecario buscó más que la facilidad de pago que le ofrecian las circunstancias personales del deudor, la confianza que le daba la hipoteca, y se consulta á la índole verdadera del crédito hipotecario, que es la seguridad de un reintegro expedito al vencimiento de la obligacion.

526. Este sistema lo desenvuelve la Ley, estableciendo que *el acreedor podrá reclamar del tercer poseedor de los bienes hipotecados el pago de la parte de crédito asegurada con los que aquél posee, si al vencimiento del plazo no lo verificare el deudor despues de requerido judicialmente ó por notario* (1). *Requerido el tercer poseedor, de uno de los modos expresados, deberá verificar el pago del crédito con los intereses correspondientes, regulados conforme á lo dispuesto en el artículo 114, es decir, los correspondientes á los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente, ó desamparar los bienes hipotecados* (2). *Si el tercer poseedor no paga ni desampara los bienes, será responsable con los suyos propios, además de los hipotecados, de los intereses devengados desde el requerimiento, y de las costas judiciales á que por su morosidad diere lugar. En el caso de que desampare los bienes hipotecados, se considerarán éstos en poder del deudor, á fin de que pueda dirigirse contra los mismos el procedimiento*

(1) Artículo 127 de la Ley. En este sentido debe entenderse un considerando del Tribunal Supremo, en que se reconoce la obligacion que tiene «el acreedor hipotecario de reconvenir en primer lugar á su deudor, no debiendo dirigirse contra el tercer poseedor de la hipoteca, sino cuando no haya podido obtener de aquél el pago de su crédito.» (Sentencia de 1.º de Julio de 1870.) El objeto de este artículo es asegurar el derecho del acreedor para reclamar y hacer efectivo el pago de su crédito del tercer poseedor de la finca hipotecada. (Sentencia de 16 de Noviembre de 1874.)

(2) Artículo 128 de la Ley.

ejecutivo (1). El requerimiento al deudor ó al tercer poseedor de los bienes hipotecados se hará en la forma ordinaria, con intervencion de notario, ó bien por mandato judicial, cualquiera que sea la cuantía de los bienes hipotecados (2). Si el deudor estuviere ausente, se le hará el requerimiento en el lugar ó puebio á que pertenezca la finca, observándose el orden establecido en el artículo 955 (hoy 1443) de la ley de Enjuiciamiento civil. Si el ausente fuere el tercer poseedor, se le hará en los mismos términos el requerimiento, ó por medio del inquilino ó arrendatario. Podrá fijarse en el requerimiento el plazo de diez dias para verificar el pago, cuyo plazo será fatal é improrogable (3).

527. Lo que acabamos de manifestar es igualmente aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito ó de los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si venciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligacion (4).

528. La facultad de desamparar los bienes hipotecados que se concede al tercer poseedor, es una medida de equidad que no perjudica á los acreedores, los cuales, al estipular la hipoteca, sólo pudieron buscar como garantía la misma cosa ó su valor, que estará fielmente representado por el precio del remate. No perjudica tampoco al deudor que la enajenó á mayor precio que el importe de la cantidad garantida, á quien en compensacion se le concede término para pagar, durante el cual puede encontrar comprador de la finca, si es que la vendió con buenas condiciones, evitando así el perjuicio que en otro caso pueda resultarle. Exigir más del poseedor de los bienes hipotecados sería excesiva dureza, y hasta degeneraría en injusticia.

529. Si para el pago de alguno de los plazos del capital ó de los intereses, fuere necesario enajenar la finca hipotecada, y aun quedaren por vencer otros plazos de la obligacion, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador, con la hipoteca correspondiente á la parte del crédito que no estuviere satisfecho, la cual, con los intereses, se deducirá del precio. Mas si el comprador no quisiere la finca con esta carga, se depositará su importe con

(1) Artículo 129 de la Ley.

(2) Artículo 103 del Reglamento.

(3) Artículo 104 del mismo.

(4) Artículo 130 de la Ley.

los intereses que le correspondan, para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes (1). Estas disposiciones por sí mismas revelan su justicia y utilidad.

530. La Ley, para evitar dudas sobre la verdadera significacion de la frase *tercer poseedor*, que usa al tratar de la responsabilidad de aquél á quien no siendo deudor corresponde la finca hipotecada, declara que *se considerará como tal*, además de su dueño absoluto, *al que hubiere adquirido solamente el usufructo ó el dominio directo, quedando en el deudor el derecho correlativo*. Y añade que *si hubiere más de un tercer poseedor por hallarse en una persona la propiedad ó el dominio directo, y en otra el usufructo ó el dominio útil, se entenderá con ambas el requerimiento (2).*

531. Con objeto de dejar expedita la accion del acreedor que no puede obtener la satisfaccion de su crédito, ni del deudor ni del poseedor de la cosa hipotecada, y consecuente con los principios expresados anteriormente, determina la Ley que *al vencimiento del plazo para el pago de la deuda, el acreedor podrá pedir que se despache mandamiento de ejecucion contra todos los bienes hipotecados, estén ó no en poder de uno ó de varios terceros poseedores; pero al mismo tiempo declara que éstos no podrán ser requeridos al pago, sino despues de haberto sido el deudor y no haberlo realizado. Cada uno de los terceros poseedores, si se opusiere, será considerado como parte en el procedimiento respecto de los bienes hipotecados que posea, y se entenderán siempre con el mismo y el deudor todas las diligencias relativas al embargo y venta de dichos bienes, debiendo el tercer poseedor otorgar la escritura de venta, ú otorgarse de oficio en su rebeldia*. La claridad de estas disposiciones hace supérflua toda explicacion. En el mismo artículo se dispone que *será juez competente para conocer del procedimiento, el que lo fuere respecto del deudor; pues la enajenacion de los bienes verificada por éste, no debe hacer peor la condicion del acreedor, á quien se causarían muchas veces graves perjuicios si se le obligara á reclamar ante tribunales diversos, que no tenían competencia al contraerse la obligacion hipotecaria. No se suspenderá en ningun caso el procedimiento*

(1) Artículo 13 de la misma.

(2) Artículo 132.

ejecutivo por las reclamaciones de un tercero, si no estuvieren fundadas en un título anteriormente inscripto, ni por la muerte del deudor, ó del tercer poseedor, ni por la declaracion de quiebra, ni por el concurso de acreedores de cualquiera de ellos (1). «Llevar más allá la protección á los intereses de los acreedores, se dice con fundamento en el preámbulo de la *Ley hipotecaria reformada*, sería dejar muy expuestos los de los deudores, quienes no siempre son morosos por su voluntad, y sí porque la desgracia les obliga á serlo.»

532. No debe libertarse el deudor de las obligaciones contraídas, por el hecho de que pague la deuda el poseedor de la finca hipotecada, á no ser que éste la haya adquirido con la rebaja de precio correspondiente á la carga con que la adquiere. Por eso está prevenido, que *si el tercer poseedor de la finca hipotecada pagare el crédito hipotecario, se subrogará en lugar del acreedor, y podrá exigir su reembolso al deudor, si ya no se le hubiere descontado su importe del precio en que haya adquirido la finca (2).*

§ XI.

Prescripción de la acción hipotecaria.

533. La *Ley hipotecaria*, reformando el derecho antiguo y poniendo término con la reforma á las cuestiones que se suscitaban entre los jurisconsultos acerca de la extensión que debía darse á la ley de Toro (3), que fijaba en treinta años la duración de la ac-

(1) Artículo 133, que ha experimentado bastante cambio en esta última redacción.

Este artículo aclara, ó si se quiere, modifica la regla 3.^a del art. 157 (hoy 161) de la ley de Enjuiciamiento civil. También están esencialmente modificadas por él las disposiciones del mismo artículo citado y del 177 (hoy 188) de la expresa ley. (Sentencia de 28 de Junio de 1872.) Y en 9 de Enero de 1873 se declaró igualmente, que el precepto establecido en la regla 20 del art. 309 de la Ley orgánica del Poder judicial, hay que ponerlo en armonía con el 133 de la LEY HIPOTECARIA. La sentencia de 7 de Marzo de 1878 vino á dar más fuerza todavía á las anteriores declaraciones.

(2) Artículo 105 del Reglamento.

(3) Ley 5.^a, tít. VIII, lib. XI de la Novísima Recopilación.

ción que traía origen de una obligación garantida con hipoteca, ordena que *la acción hipotecaria prescribirá á los veinte años, contados desde que pueda ejercitarse con arreglo al título inscripto (1).* Sigue en esto la regla general de la prescripción de acciones, cuyo tiempo solamente empieza á correr desde que pueden deducirse en juicio, porque á no ser así, frecuentemente quedarían extinguidas ántes de que por la violación del derecho pudiera haber lugar á entablarlas (2).

§ XII.

Diferentes clases de hipotecas.

534. En el antiguo sistema, además de la división de hipotecas en generales y especiales, derogada hoy, pues todas son especiales, había la de convencionales, legales y judiciales. La LEY HIPOTECARIA conserva las convencionales, si bien con justo fundamento les ha dado el nombre de *voluntarias*; establece las legales bajo diferente forma, segun dejamos indicado, y suprime las judiciales, convirtiéndolas en anotaciones preventivas. De todas trataremos con la separación correspondiente.

(1) Artículo 131 de la LEY HIPOTECARIA.

(2) Hé aquí los términos en que se expresaba la Comisión en la Exposición de motivos de la ley:

«Las leyes de Partida señalaron cuarenta años de duración á la acción hipotecaria, cuando se intentaba contra el deudor ó sus herederos, y treinta cuando se dirigía contra los extraños. Las de Toro ordenaron, que cuando en la obligación hubiera hipoteca, la deuda se prescribiera por treinta años y no ménos. Segun la inteligencia que más generalmente se da á la ley de Toro, la acción hipotecaria dura treinta años, considerando como reformado en este punto el derecho antiguo. Sin embargo, no puede dejarse de tener en cuenta que esto ha sido objeto de serias y largas cuestiones entre los jurisconsultos, y especialmente los de los siglos XVI y XVII, que han sido reproducidas por el más notable de los comentadores de las leyes de Toro en nuestros mismos días. Se ha dicho contra la prescripción de treinta años, que la ley sólo se refiere á la deuda garantida con hipoteca y no á la acción hipotecaria, la cual ha quedado dentro de sus antiguas condiciones: se ha sostenido que la acción hipotecaria puede existir despues de la extinción de la obligación á que sirve de garantía, y suceder, por lo tanto, que prescrita la acción personal, áun dure la hipotecaria:»

SECCION II.

DE LAS HIPOTECAS VOLUNTARIAS.

535. A las hipotecas llamadas generalmente *convencionales* hasta hace pocos años, denomina *voluntarias* esta ley; nombre que les conviene mejor, porque no sólo pueden constituirse por contrato, sino tambien por última voluntad. Por hipotecas voluntarias entendemos las *convenidas entre partes, ó impuestas por disposicion del dueño de los bienes sobre que se constituyan* (1).

536. *Personas que pueden constituir las.*—Sólo podrán constituir hipoteca voluntaria los que tengan la libre disposicion de sus bienes, y por lo tanto, los dueños del dominio pleno, y los del directo y los del útil en la parte que relativamente les corresponda, ó en caso de no tener dicha libre disposicion, se hallen autorizados para ello con arreglo á las leyes (2); como sucede, por ejemplo, á los guardadores que, segun expusimos en el lugar correspondiente, pueden hipotecar los bienes de los menores si obtienen al efecto autorizacion del juez. Los que tienen la facultad de constituir estas hipotecas podrán hacerlo por sí, ó por medio de apoderado con poder especial para contraer este género de obliga-

»se ha considerado, siguiendo el ejemplo del célebre jurisconsulto Cujas, que la accion hipotecaria no es accesoria á la personal, sino que existe por sí misma, y es de diferente naturaleza y calidad: se ha insistido en que no puede depender una accion real de una personal: se ha disputado acerca de si hay diferencia entre la duracion de la accion hipotecaria cuando se constituye por la seguridad de una deuda, y cuando es para la de una venta, comodato ó permuta; y se ha supuesto, por último, que la accion hipotecaria debe durar treinta años por lo ménos, pero que queda subsistente la que con arreglo á las Partidas debia tener mayor duracion. Necesario era poner límite á estas diferentes interpretaciones, y fijar el tiempo que debe durar la accion hipotecaria: la Comision propone el veinte años, porque siendo éste el señalado para la prescripcion de las acciones personales á que está adherida la hipoteca, perdiendo éstas su fuerza, no debe conservarla la hipotecaria, pues que extinguido el crédito, no puede ménos de considerarse extinguida su garantía.»

(1) Artículo 138 de la Ley.

(2) Artículo 139.

ciones, otorgado ante notario público (1); limitacion justa que siempre ha estado en observancia, y que se sobreentenderia aunque la ley no la expresase, porque el mandatario debe limitarse á los términos del mandato. La hipoteca constituida por un tercero sin poder bastante, podrá ratificarse por el dueño de los bienes hipotecados; pero no surtirá efecto sino desde la fecha en que por una nueva inscripcion se subsane la falta cometida (2); porque si se retrotrajera la hipoteca, podria perjudicarse á otro acreedor hipotecario que hubiera prestado con la seguridad de que era nula la anterior hipoteca, y que por lo tanto, no podia ser preferida á la que válidamente estipulaba.

537. *Forma de constituir las.*—En tanto producen todo su efecto las hipotecas voluntarias, en cuanto se constituyen con las formalidades prescritas por la ley; ésta quiere que de un modo fehaciente consten la existencia de la obligacion garantida y la publicidad de la garantía. Al efecto prescribe, que para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar á tercero, se requiere: 1.º Que se hayan convenido ó mandado constituir en escritura pública; para evitar fraudes á que son tan expuestos los documentos privados, poco adecuados siempre para acreditar la adquisicion de derechos en las cosas inmuebles. 2.º Que la escritura se haya inscripto en el registro que se establece por esta ley (3), como exige la indole de toda la nueva legislacion hipotecaria. Su inscripcion se ajustará á las disposiciones contenidas en el reglamento para las inscripciones en general, sin perjuicio de las reglas especiales contenidas en el mismo (4).

538. *Efectos especiales de las hipotecas de obligaciones futuras, ó sujetas á condiciones suspensivas ó resolutorias.*—La hipoteca constituida para seguridad de una obligacion futura surtirá efecto contra tercero, desde su inscripcion, si la obligacion llega á contraerse (5); porque aunque la obligacion principal no exista, y

(1) Artículo 140.

(2) Artículo 141. Es evidente, segun el tenor de la ley, que las hipotecas constituidas con poder bastante no necesitan ratificacion, y así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de Mayo de 1876.

(3) Artículo 146.

(4) Artículos 94 y 106 del Reglamento.

(5) Artículo 142 de la Ley.

por lo tanto parece que tampoco debiera existir la accesoría, hay otra obligación preliminar en que se constituye la hipoteca, y que lleva implícita la necesidad ó la subsistencia de la existencia de la segunda. Lo mismo sucederá respecto á la hipoteca para la seguridad de una obligación sujeta á condiciones suspensivas inscriptas, si la condición llega á cumplirse (1); pues la obligación existe, aunque nada puede pedirse hasta el cumplimiento de la condición. Cuando se contraiga la obligación futura ó se cumpla la condición suspensiva, deberán los interesados hacerlo constar así por medio de una nota al margen de la inscripción hipotecaria, sin cuyo requisito no podrá aprovechar ni perjudicar á tercero la hipoteca constituida (2), con arreglo al principio general que domina en toda esta materia. Mas si la obligación asegurada estuviere sujeta á condición resolutoria inscripta, surtirá la hipoteca su efecto en cuanto al tercero, sólo hasta que se haga constar en el registro el cumplimiento de la condición (3); porque extinguida la obligación garantida, no puede haber garantía.

539. *Actos y convenios que modifican ó extinguen las obligaciones hipotecarias.*—Todo hecho ó convenio entre las partes que pueda modificar ó destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago, la compensación, la espera, el pacto ó promesa de no pedir, la novación del contrato primitivo y la transacción ó compromiso, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total ó parcial, ó de una nota marginal, según los casos (4); porque sólo desde que constan en el registro, pueden perjudicar ó aprovechar estos contratos ó actos al que no es parte en ellos.

540. *Extensión de la hipoteca á los intereses del crédito asegurado.*—Hemos dicho antes, que constituida la hipoteca á favor de un crédito que devengue interés, sólo asegurará con perjuicio

(1) El mismo art. 142.

(2) Artículo 143.

(3) Artículo 142.

(4) Artículo 144. La ejecutoria que declara hipotecario un crédito para cuya seguridad se constituyó hipoteca en una escritura, no infringe la ley 38, tit. XIII, Part. V, ni el art. 144 de la LEY HIPOTECARIA. (Sentencia de 6 de Noviembre de 1867.)

de tercero, además del capital, los réditos de los dos últimos años y la parte vencida del corriente; pero para que se considere asegurado con la hipoteca el interés del préstamo, es necesario que la estipulación y cuantía de dicho interés resulten de la inscripción misma (1); medida que tiene por objeto poner la Ley hipotecaria en armonía con la que abolió la tasa del dinero, la cual puso por condición á los préstamos con interés, para que fueran exigibles los réditos del capital, que se hiciera constar por escrito el pacto en que se estipulasen. Consecuencia de esto es, que el acreedor hipotecario podrá repetir contra los bienes hipotecados por el pago de los intereses vencidos, cualquiera que sea la época en que deba verificarse el reintegro del capital (2); pues por regla general, la hipoteca se extiende á todos los intereses, y cada uno responde con sus bienes todos al pago de las obligaciones que ha contraído; mas si hubiere un tercero interesado en dichos bienes á quien pueda perjudicar la repetición, no podrá exceder la cantidad que por ella se reclame de la correspondiente á los réditos de los dos últimos años transcurridos y no pagados, y la parte vencida de la anualidad corriente. La parte de intereses que el acreedor no pueda exigir por la acción real hipotecaria, por no extenderse á ella la hipoteca, podrá reclamarla del obligado por la acción personal, siendo considerado respecto á ella, en caso de concurso, como acreedor escriturario (3); porque lo es realmente, pues que no se pueden inscribir más que los créditos que aparezcan de escritura pública, según dejamos dicho en el número 537.

541. *Reglas especiales á las hipotecas impuestas sobre censos.*— Aunque el censalista puede hipotecar el censo, porque este es un derecho real impuesto sobre una cosa inmueble y por lo tanto hipotecable, según hemos dicho ya ántes, debe entenderse dejando á salvo los derechos del censatario, y por lo tanto, sin que

(1) Artículo 145.

(2) Artículo 147. Este artículo no tiene aplicación al caso en que se trata de un crédito garantido en escritura pública con anterioridad á la LEY HIPOTECARIA, pues ha de ser juzgado con arreglo á la legislación vigente al otorgarse el contrato. (Sentencia de 15 de Octubre de 1874.) En el mismo sentido se dictó otra sentencia en 26 de Mayo de 1877, de que ya hemos hecho mención en una nota de la página 426 de este tomo.

(3) El mismo art. 147.

sea lícito á aquél disminuir la facultad que éste tiene de hacer la redencion. Pero como no seria justo que redimiendo el censatario sin precaucion alguna, quedara el acreedor hipotecario burlado, perdiendo la hipoteca y no reembolsándose del crédito asegurado, se ha establecido en proteccion debida á los derechos de todos, que *cuando se redima un censo gravado con hipoteca, tendrá derecho el acreedor hipotecario á que el redimente, á su eleccion, le pague su crédito por completo con los intereses vencidos y por vencer, ó le reconozca su misma hipoteca sobre la finca que estuvo gravada con el censo. En este último caso se hará una nueva inscripcion de la hipoteca, la cual expresará claramente aquella circunstancia, y surtirá efecto desde la fecha de la inscripcion anterior* (1), de la que sólo es una continuacion jurídica. Se da la eleccion al acreedor hipotecario, porque él es el que sólo puede sufrir perjuicio por la redencion.

542. *Disminucion del valor de las fincas acensuadas.*—Pueden las fincas acensuadas disminuir mucho de su valor, hasta el punto de que dejen de ser bastantes á garantir el pago de las pensiones, lo cual puede suceder por actos ú omisiones del censatario, ó por causas independientes de su conducta.

543. Cuando es este desmerecimiento por dolo, culpa ó voluntad del censatario, su responsabilidad personal se conservará viva, con arreglo á los principios generales de la prestacion del dolo y de la culpa en las obligaciones; pero el censalista quedará notablemente perjudicado, porque el crédito real que tenia y que estaba garantido con la hipoteca de la finca acensuada, en la parte en que ésta no baste por sus desperfectos á satisfacer las pensiones queda reducido á un crédito personal, contra quien por sí sólo no presta muchas garantías, cuando tan mala cuenta da de la finca acensuada. Para salvar en este caso los derechos legítimos del censalista, establece la ley, que *siempre que por dolo, culpa ó voluntad del censatario llegare la finca acensuada á ser insuficiente para garantizar el pago de las pensiones, podrá exigir el censalista á dicho censatario que, ó imponga sobre otros bienes la parte del capital del censo que deje de estar asegurada por la disminucion del valor de la misma finca, ó redima el censo mediante el reintegro de todo su capital* (2).

(1) Artículo 149.

(2) Artículo 150. *

544. No sucede lo mismo cuando la disminucion proviene de causas que no son imputables al censatario. La ley, fundándose en que la pension ha de ser considerada sólo y exclusivamente con relacion á los frutos, en que mientras éstos basten á cubrirla no debe considerarse extinguida parcialmente por más que la finca se haya en parte destruido ó hecho infructifera, y en que no seria justo considerar parcialmente extinguido el censo, quedando al censatario la facultad de constituir otro nuevo sobre la misma finca, establece que *cuando una finca acensuada se deteriorare ó hiciere ménos productiva por cualquier causa que no sea dolo, culpa, ó la voluntad del censatario, éste no tendrá derecho á desampararla ni á exigir reduccion de las pensiones, mientras alcance á cubrirlas el rédito que debe devengar el capital que represente el valor de la finca, graduándose dichos réditos al mismo tanto por ciento á que estuviere constituido el censo. Mas si el valor de la finca se disminuyere hasta el punto de no bastar el rédito liquido de él para pagar las pensiones del censo, podrá optar el censatario entre desamparar la misma finca, ó exigir que se reduzcan las pensiones en proporcion al valor que ella conservare* (1). Esta última disposicion se funda en que no seria justo, ni que se obligase al censatario á pagar íntegramente una pension que no alcanzara á cubrir la finca acensuada, ni dar por extinguido el censo en su totalidad mientras produjera frutos, aunque no los bastantes á pagar por entero la pension. La eleccion se da al obligado á pagar ó á abandonar, siguiendo la regla general de las obligaciones alternativas. Mas *si despues de reducida la pension de un censo se aumentare por cualquier motivo el valor de la finca acensuada, podrá exigir el censalista el aumento proporcional de las pensiones, pero sin que excedan en ningun caso de su importe primitivo* (2); lo que se funda en los mismos motivos que la reduccion de la pension, cuando decrece el producto en los términos expuestos.

545. *Enajenacion de los créditos hipotecarios.*—La circunstancia de que un crédito esté garantido con hipoteca, no le quita el carácter de enajenable que tienen los créditos por regla general. La forma de esta enajenacion ha dado lugar á empeñadisi-

(1) Artículo 151.

(2) Artículo 152.

mas cuestiones, pretendiendo algunos que pudiera hacerse por endoso, dando así á una obligacion civil el carácter y efectos de una obligacion mercantil, y otros sosteniendo que no se puede desnaturalizar el contrato de hipoteca y darle las condiciones propias del de cambio. Esta opinion es la que ha prevalecido, y en nuestro dictámen, por razones incontestables que desenvolvió la Comision de Codificacion en la Exposicion de los motivos de la *Ley hipotecaria*, en que nosotros no podemos detenernos, porque no lo permiten ni la indole ni las condiciones de esta obra. En virtud de esto, *el crédito hipotecario puede enajenarse ó cederse á un tercero en todo ó en parte, siempre que se haga en escritura pública* (1); disposicion que guarda analogia con la que ántes expusimos al tratar de la forma de constituir las hipotecas; que de esta escritura *se dé oportuno conocimiento al deudor* para que sepa que en adelante debe pagar el capital é intereses al cesionario y no al antiguo acreedor, *y que se inscriba en el registro* (2), porque en él debe estar todo lo que modifica el derecho hipotecario. *El deudor no quedará obligado por dicho contrato á más que lo estuviere por el suyo* (3), porque de lo contrario, resultaria perjudicado por un hecho en que no habia tenido participacion alguna; á lo cual es consiguiente, que *el cesionario ha de quedar subrogado en todos los derechos del cedente* (4). Mas si *la hipoteca se ha constituido para garantizar obligaciones transferibles por endoso ó títulos al portador, el derecho hipotecario se entenderá*

(1) El art. 37 de la Instruccion de 9 de Noviembre de 1874 establece las circunstancias que se han de expresar en las escrituras de cesion de créditos hipotecarios.

(2) Artículo 153. Limitándose la disposicion contenida en este artículo á facilitar la trasmision de los derechos inscritos en el registro de la propiedad, se halla subordinada á lo establecido en las leyes comunes acerca de los derechos y obligaciones que nazcan del contrato mútuo entre el acreedor y el deudor. (Sentencia de 31 de Enero de 1868.) Y en la de 6 de Marzo de 1874 declaró tambien el mismo Supremo Tribunal, que las prescripciones establecidas en este artículo para la enajenacion del crédito hipotecario, no tienen lugar cuando sólo se trata de una deuda personal contenida en un documento privado, aunque se halle anotado en la antigua contaduría de hipotecas.

(3) El mismo art. 153 de la Ley.

(4) El mismo artículo.

transferido con la obligacion ó con el título, sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor, ni de hacerse constar la transferencia en el registro (1). Esta excepcion á la regla general, segun la cual, es indispensable escritura pública, conocimiento del deudor é inscripcion en el registro para la enajenacion ó cesion del crédito hipotecario, ha sido introducida en la *Ley hipotecaria* reformada, para facilitar el crédito territorial. «Si para la circulacion de las expresadas obligaciones fuere precisa la escritura pública, como lo es para constituir la hipoteca, el derecho hipotecario seria ilusorio en algunos casos, porque no fuera posible otorgarse dicho documento, y en otros, porque se negaran á ello los interesados por los gastos que habia de ocasionarles. Para el objeto de la *Ley hipotecaria*, para el crédito territorial, lo esencial es que el registro dé á conocer las fincas gravadas y el importe de los gravámenes, sin que sea absolutamente necesario que se designen las personas que tienen derecho á exigir el cumplimiento de la obligacion garantizada, lo cual se acreditará en los tribunales de justicia cuando sea oportuno (2).»

546. Hemos dicho que debe ponerse la cesion en conocimiento del deudor. Esto debe hacerse ántes de la inscripcion, *á menos que el deudor hubiere renunciado á este derecho en escritura pública*, ó se tratase de hipoteca constituida para garantizar obligaciones transferibles por endoso ó títulos al portador; y se verificará *por medio de una cédula que redactará y firmará el notario que haya otorgado la escritura*, en la que se expresarán las circunstancias que dice el Reglamento, el cual tambien señala la manera de hacer la entrega de la cédula (3), y ordena que si *el deudor no residiera en el pueblo en que se otorgue la escritura, se inscriba el contrato teniéndose por hecha la notificacion, pero quedando obligado el cedente á acudir al juez en solicitud de que se busque al mismo deudor y se le comunique la cédula en la forma que al efecto prescribe* (4). *Si en los casos en que debe hacerse, se omite dar conocimiento al deudor de la cesion del crédito hipotecario, será responsable el cedente de los perjuicios que pueda sufrir el*

(1) El mismo artículo.

(2) Exposicion de motivos de la LEY HIPOTECARIA reformada.

(3) Artículo 108 del Reglamento.

(4) Artículo 109 del mismo.

cesionario por consecuencia de esta falta (1), porque cada uno es responsable de los males que á otro origina por no hacer lo que la ley le preceptúa.

547. Lo que dejamos dicho de la enajenacion y cesion de los créditos hipotecarios, no es extensivo á los asegurados con hipoteca legal, á no ser con las restricciones que expondremos al tratar de esta clase de hipotecas (2).

548. *Cancelacion de la hipoteca.*—La hipoteca subsistirá en cuanto á tercero, mientras no se cancele su inscripcion (3); regla que en todo caso se sobreentendería, aún sin expresa mencion, porque entra de lleno en el espíritu y sistema de esta ley. Las inscripciones de hipotecas voluntarias sólo podrán ser canceladas en la forma prevenida en el artículo 82 de la Ley, en que más adelante nos ocuparemos. Aquí nos limitamos á decir que si no se prestaren á la cancelacion los que deban hacerla, podrá decretarse judicialmente (4).

SECCION III.

DE LAS HIPOTECAS LEGALES.

§ II.

Reglas comunes á las hipotecas legales.

549. Hasta la publicacion de la LEY HIPOTECARIA, la frase *hipoteca legal* significaba la hipoteca que, no proviniendo de contrato ó de última voluntad expresa, existia por disposicion sólo de la ley. A diferencia de la convencional, ó voluntaria como ahora decimos, la hipoteca legal era siempre tácita, se sobreentendia sin acto alguno que demostrara la voluntad de las personas privilegiadas por ella, y quedaba constituida de hecho y de derecho, tan luego como se celebraba el contrato ó se verificaba el acto á

(1) Artículo 154 de la Ley.
(2) Artículo 155 de la misma.
(3) Artículo 156 de la misma.
(4) Artículo 148 de la misma.

que debia nacimiento. Y era, ya general, obligando todos los bienes de las personas contra quienes se daba, ya especial, limitándose á bienes inmuebles determinados.

550. Este sistema es insostenible desde que la nueva LEY HIPOTECARIA adoptó como bases la publicidad y especialidad de las hipotecas y la determinacion precisa de la cosa hipotecada: han desaparecido por lo tanto todas las hipotecas tácitas ú ocultas, todas las generales, y todas las que no afectan á fincas determinadas: la hipoteca antigua legal no existe; la frase hipoteca legal tiene hoy un sentido diferente, si bien no por ello ha desatendido la Ley la proteccion justa que en nuestros códigos se venia siempre dispensando á las personas á cuyo favor se introdujo el beneficio de la hipoteca legal, por estar en potestad ajena, ó por no tener capacidad para mirar por sí mismos y velar por sus intereses, esto es, á los menores, á los incapacitados, á los hijos de familia y á las mujeres casadas. Lejos de perjudicar á éstos el nuevo sistema, les da mayores garantías, sustituyendo una proteccion verdadera á otra ménos real, aunque mayor en la apariencia, como no pueden dejar de reconocer los que, aleccionados por la práctica, saben cuán triste venia á ser frecuentemente la condicion de los favorecidos con la hipoteca legal, por no gravitar ésta sobre bienes conocidos y determinados.

551. Cambiada, pues, la acepcion antigua de la frase *hipoteca legal*, entendemos hoy por ella el derecho ó la obligacion de pedir y obtener una hipoteca especial sobre bienes raíces ó derechos reales que sean hipotecables, de que pueda disponer el hipotecante; el cual no puede rehusar la obligacion de prestar la que por la ley se le impone. Así ordena ésta, que *las personas á cuyo favor establece hipoteca legal, no tendrán otro derecho que el de exigir la constitucion de una hipoteca especial suficiente para la garantia de su derecho* (1), *sobre cualesquiera bienes inmuebles ó derechos reales de que pueda disponer el obligado á prestarla, siempre que sean hipotecables, y esto aunque haya cesado la causa que le diere fundamento, como el matrimonio, la tutela, la patria potestad, ó la administracion, con tal que esté pendiente el cum-*

(1) Artículo 158 de la ley. Este artículo y el 159 de la misma ley, no son aplicables á las hipotecas legales que tengan su origen ántes de regir aquélla. (Sentencia de 28 de Junio de 1871.)

plimiento de la obligación que se debiera haber asegurado (1), porque subsiste en este caso la obligación de dar ó restituir, para cuyo cumplimiento se constituye la hipoteca.

552. Consecuencia de lo que acabamos de exponer es, que para que las hipotecas legales se entiendan constituidas, se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyan (2). Antes de la inscripción, la hipoteca legal es un derecho que puede ó que debe ejercitarse; es el derecho de obtener la constitución de la hipoteca; mas ésta no existe hasta que por su inscripción es pública, y por el señalamiento de la finca á que afecta es también especial y determinada.

553. Si para la constitución de alguna hipoteca legal se ofrecieren diferentes bienes y no convinieren los interesados en la parte de responsabilidad que haya de pesar sobre cada uno, decidirá el juez ó el tribunal, previo dictámen de peritos; como lo harán también en las cuestiones que se susciten entre los interesados, sobre la calificación de suficiencia de los bienes ofrecidos para la constitución de cualquiera hipoteca legal (3). A ninguno otro podía confiarse esta atribución, que para que no se obre de ligero, debe ser siempre ejercida después de oír á quienes por sus conocimientos especiales den prendas de acierto á la decisión.

554. En cualquier tiempo en que llegaren á ser insuficientes las hipotecas legales inscritas, podrán reclamar su ampliación ó deberán pediría, los que con arreglo á esta ley tengan respecti-

(1) Artículo 160. «Segun las terminantes prescripciones de la Ley hipotecaria vigente, sólo pueden ejercitar el derecho á que se constituya hipoteca, aquellos interesados á cuyo favor establece hipotecas legales en alguno de los casos taxativamente señalados en el art. 163, ó aquellos que á la publicación de dicha ley tuvieron á su favor algunas de las hipotecas legales ó generales que establecía la legislación anterior.» (Sentencia de 21 de Enero de 1874.)

(2) Artículo 159. En este artículo se apoya uno de los considerandos de una sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de Febrero de 1874.

(3) Artículo 162. Sin que la hipoteca ofrecida resulte calificada y admitida en la forma establecida por la Ley hipotecaria, no se otorgará ninguna escritura de hipoteca legal. (Art. 40 de la Instrucción de 9 de Noviembre de 1874.)

vamente el derecho ó la obligación de exigirla y de calificar su suficiencia (1); porque de otro modo, quedaria incompleta la protección que la ley da á aquellos á cuyo favor establece la hipoteca. Por la misma causa, las hipotecas legales también inscritas subsistirán hasta que se extingan los derechos para cuya seguridad se hubieren constituido, y se cancelarán en los mismos términos que las voluntarias (2).

555. Con la necesaria extensión establece la Ley el modo con que se ha de proceder á constituir y ampliar judicialmente las hipotecas legales á instancia de parte (3), ó de oficio (4), ya cuando se trate de intereses particulares, ya cuando sea de los del Estado, de las provincias ó de los pueblos, ya estableciendo reglas que por punto general deban observarse, ya dictando otras especiales sobre las hipotecas por bienes reservables, y sobre las fianzas de los tutores y curadores (5). No nos detenemos en esta materia, porque realmente no corresponde á unos Elementos de Derecho civil, sino á los tratados de procedimientos.

556. Los mayores puntos de contacto que por el nuevo sistema hipotecario hay entre las hipotecas voluntarias y las legales, da lugar á que no sean tan diferentes como ántes los efectos entre unas y otras. Estas diferencias existen, sin embargo; ya hemos indicado algunas, otras se expresarán en lugares más oportunos. Aquí nos limitaremos á decir, como regla general, que la hipoteca legal, una vez constituida é inscrita, surte los mismos efectos que la voluntaria, sin más excepciones que las expresamente determinadas en esta ley, cualquiera que sea la persona que deba ejercitar los derechos que la misma hipoteca confiera (6).

557. Uno de estos efectos distintos consiste, segun apuntamos ligeramente al tratar de las hipotecas voluntarias, en la enajenación y cesión; porque los derechos ó créditos asegurados con hipoteca legal no podrán cederse, sino cuando haya llegado

(1) Artículo 163.

(2) Artículo 164. De conformidad con lo dispuesto en este artículo, se dictó una sentencia por el Tribunal Supremo en 20 de Marzo de 1873.

(3) Artículo 165.

(4) Artículo 166.

(5) Artículo 167.

(6) Artículo 161 de la ley.

el caso de exigir su importe, y sean legalmente capaces para enajenarlos las personas que los tengan á su favor (1). Fúndase esto en que, constituidas casi siempre estas hipotecas en favor de personas que necesitan una proteccion directa y especial, si fueran trasmisibles por aquellos para cuya garantía se han establecido, ántes que cesara la causa de la proteccion, quedarian desatendidos los derechos é intereses, que no la voluntad de los otorgantes, sino la misma ley quiso proteger.

558. Partiendo la ley del principio de que no debia ser más solícita en proteger los derechos individuales que aquellos á quienes inmediatamente corresponden, y de que cuando éstos, teniendo capacidad, no exigen hipotecas voluntarias para garantía de las obligaciones, nada justifica que la ley venga á darles una hipoteca legal constituyéndose su tutora, ha reducido las hipotecas legales al número absolutamente indispensable para auxiliar á personas desvalidas cuya situacion reclama particular vigilancia por parte del legislador, ó para venir en ayuda de otros intereses que por causa diferente deben ser mirados con predileccion, ya por afectar al bien general, ó ya porque se presume que han tenido los particulares voluntad de estipular la garantía. Así se ha declarado, que son únicamente hipotecas legales las establecidas en el artículo 168 (2). Este las establece:

1.º En favor de las mujeres casadas, sobre los bienes de sus maridos:

Por las dotes que les hayan sido entregadas solemnemente bajo fe de notario (3); y por las confesadas, en el caso en que, segun lo que queda expuesto al tratar de las dotes en el libro primero de esta obra, tenga la mujer el derecho de exigir la hipoteca (4).

Por las arras ó donaciones que los mismos maridos les hayan ofrecido dentro de los límites de la ley (5).

(1) Artículo 155.

(2) Artículo 157.

(3) Artículo 168.

(4) Artículo 171.

(5) El marido que en una de las cláusulas de una escritura de espousales manifiesta que, en consideracion á las prendas personales que adquiere á su futura esposa, la señala desde entónces y para cuando se efectue el matrimonio, cierta cantidad como arras que constituya dote á la misma, y con privilegio de tal, es una prueba clara de su deliberada voluntad de

Por los parafernales que con la solemnidad anteriormente dicha, hayan entregado á sus maridos (1) para su administracion (2).

Por cualesquiera otros bienes que las mujeres hayan aportado al matrimonio y entregado á sus maridos con la misma solemnidad (3).

Entiéndese aquí por bienes aportados al matrimonio, aquellos que bajo cualquier concepto, con arreglo á fueros ó costumbres locales, traiga la mujer á la sociedad conyugal, siempre que se entreguen al marido por escritura pública y bajo fe de notario para que los administre, bien sea con estimacion que cause venta, ó bien con la obligacion de conservarlos y devolverlos á la disolucion del matrimonio. Cuando la entrega de estos bienes constare solamente por confesion del marido, no podrá exigirse la constitucion de la hipoteca dotal, sino en los casos y términos que dejamos expuestos respecto á la dote confesada (4). Esta declaracion ha tenido por objeto establecer una regla general que fije la inteligencia de las palabras bienes aportados al matrimonio, en los diversos territorios que se rigen por fueros y costumbres provinciales y locales.

2.º En favor de los hijos sobre los bienes de sus padres, por los que éstos deban reservarles, segun las leyes, y por los de su peculio. Mas esta hipoteca legal, en lo que se refiere á la seguridad del peculio, se entenderá limitada á los casos en que la administracion y usufructo de dicho peculio corresponda á los padres, con arreglo á las prescripciones de la ley de matrimonio civil (5).

3.º En favor de los menores ó incapaces, sobre los bienes de sus tutores ó curadores, por los que éstos hayan recibido de ellos, y por la responsabilidad en que incurrieren (6).

hacerle una de aquellas donaciones para cuya firmeza y garantía establecen hipoteca legal los arts. 168 y 178 de la LEY HIPOTECARIA. (Sentencia de 7 de Mayo de 1880.)

(1) Artículo 168.

(2) Artículo 180.

(3) Artículo 168.

(4) Artículo 181.

(5) Artículo 168 de la LEY HIPOTECARIA y 134 del Reglamento.

(6) Véase lo que decimos más adelante en una nota del párrafo V de esta misma seccion.

4.º *En favor del Estado, de las provincias y de los pueblos:*

Sobre los bienes de los que contraten con ellos ó administren sus intereses, por las responsabilidades que contrajeran con arreglo á derecho.

Sobre los bienes de los contribuyentes, por el importe de una anualidad vencida y no pagada de los impuestos que graviten sobre ellos.

5.º *En favor de los aseguradores sobre los bienes asegurados, por los premios del seguro de dos años, y si fuere el seguro mútuo, por los dos últimos dividendos que se hubieren hecho (1).* De cada una de estas hipotecas trataremos con separacion.

559. Antes de hacerlo, nos haremos cargo de algunas disposiciones que son comunes á todas las hipotecas legales; materia que indudablemente corresponde á este párrafo. La ley ya da á ciertas personas el derecho, ya impone á otras la obligacion de pedir la constitucion de las hipotecas de que tratamos, segun aparecerá de la explicacion que vamos á dar de cada una de ellas. Para hacer más eficaz este precepto, el Reglamento ha impuesto algunas obligaciones á los notarios y á los registradores, de que no debemos prescindir por la importancia que tienen.

560. *Respecto á los notarios.*—*Todo notario ante quien se otorgue instrumento público, del cual resulte derecho de hipoteca legal á favor de alguna persona, advertirá á quienes corresponda, si concurrieren al acto, de la obligacion de prestarla y del derecho de exigirla, expresando haberlo hecho así en el mismo instrumento (2).* Es decir, que no se ha creído bastante la regla general, segun la cual la ley, una vez publicada, no suele recordarse; se ha querido que en lo posible, en cada acto de éstos, se llame la atencion de los contrayentes acerca de sus obligaciones y de-

(1) La ley establece tambien hipoteca legal en favor de los hijos del primer matrimonio sobre los bienes de su padrastro, por los que la madre haya administrado ó administre, ó por los que deba reservarles. (Número 3.º del art. 168.) Mas el reglamento dado para la ejecucion de la ley, ha declarado que los maridos no tienen obligacion de constituir esta hipoteca, en virtud de las alteraciones hechas en la ley de matrimonio. (Art. 134.)

(2) Artículo 116 del Reglamento. Disposicion corroborada y redactada con más extension en el art. 38 de la Instruccion de 9 de Noviembre de 1874, sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro.

rechos, con el objeto de que unos los cumplan y otros los ejerciten si lo tienen por conveniente. Mas si la persona á cuyo favor resultare el derecho de hipoteca legal fuere mujer casada, hijo menor de edad, ó pupilo ó incapacitado, el notario dará además conocimiento al registrador del instrumento otorgado, dentro del término de las cuarenta y ocho horas siguientes, por medio de oficio, en el cual hará una sucinta reseña de la obligacion contraida, y de los nombres, calidad y circunstancias de los otorgantes. El registrador acusará recibo al notario (1). ¿No debería ser esto extensivo á las hipotecas legales á favor de todos los menores aunque hayan salido de la edad pupilar, como ya se ha hecho á favor de los incapacitados en la Instruccion para la redaccion de los instrumentos públicos? Parécenos que sí, y que si bien no se halla expresado en el texto del Reglamento, está en su espíritu, y que debe considerarse como si efectivamente estuviese escrito.

561. *Respecto á los registradores.*—Puesto oportunamente el otorgamiento de las escrituras en conocimiento del registrador, si trascurrieren los treinta dias siguientes á su otorgamiento sin constituirse la hipoteca correspondiente, y ésta fuere de las que con arreglo á la ley pueden ó deben pedirse por personas que no hayan intervenido en el acto ó contrato que las causó, porque á las que intervinieron, ya se les habrá hecho la oportuna advertencia, segun ántes digimos, el registrador pondrá el hecho en conocimiento de dichas personas ó del ministerio fiscal, en el caso de que éste deba ejercitar aquel derecho con arreglo á la ley. El ministerio fiscal acusará el recibo (2). Y para que no se eche en olvido este deber de los registradores, que bien guardado evitará muchas calamidades á las personas que como desvalidas obtienen tan gran proteccion, está ordenado que darán cuenta al presidente de la Audiencia cada seis meses de los actos y contratos de que se les haya dado conocimiento, con arreglo á lo que en el número anterior queda dicho, y que no hayan producido la inscripcion de hipoteca correspondiente, así como de las gestiones que hayan practicado en cumplimiento de lo que acabamos de decir (3). De

(1) Artículo 117 del mismo. Art. 39 de dicha Instruccion.

(2) Artículo 118 del Reglamento.

(3) Artículo 119 del mismo.

este modo la inspeccion de los presidentes será una nueva garantía para las personas desvalidas favorecidas con la hipoteca legal.

§ II.

Hipoteca á favor de las mujeres casadas.

562. *La mujer casada, á cuyo favor establece esta ley hipoteca legal, en los términos que dejamos expuestos, tendrá derecho:*

1.º *A que el marido le hipoteque é inscriba en el registro los bienes inmuebles y derechos reales que reciba como dote estimada, ó con la obligacion de devolver su importe (1); porque como el marido adquiere por completo las fincas dadas de esta manera, y sólo tiene que restituir la cantidad en que se estimaron, se inscriben á su nombre en el registro de la propiedad, y lo ménos incómodo para él, lo más seguro para la mujer y lo más igual para todos, es que se hipotequen á la restitucion de la dote.*

2.º *A que se inscriban en el registro, si ya no lo estuvieren, en calidad de dotales ó parafernales, ó por el concepto legal que tuvieren, todos los demás bienes inmuebles y derechos reales que el marido reciba como inestimados, y deba devolver en su caso (2).* Se ha desentendido de propósito esta ley, para el efecto de las hipotecas, de la teoria antigua establecida en las Partidas á imitacion del derecho romano, de que el marido es el dueño de la dote inestimada; doctrina limitada mucho en dicho código al establecer que el marido tuviera que restituir las mismas cosas que hubiese recibido, lo que equivale á darle sólo el derecho de utilizar los productos de las fincas dotales inestimadas para las atenciones de la familia, como lo haria si fuera usufructuario, y á imponerle la obligacion de conservarlas en buen estado hasta el día de la restitucion.

(1) Artículo 169 de la Ley.

(2) Artículo 169 de la Ley. A consecuencia de la consulta elevada por un registrador, se declaró por Real orden de 4 de Mayo de 1866, de conformidad con el Consejo de Estado y con la misma ley, que el marido no está obligado á hipotecar bienes propios á la seguridad de la dote inestimada consistente en inmuebles.

3.º *A que el marido asegure con hipoteca especial suficiente todos los demás bienes no comprendidos en los números anteriores, y que se le entreguen por razon de matrimonio (1). Esta hipoteca especial que deberá prestarse por los bienes muebles, semovientes, dinero ú otros no hipotecables, por la obligacion que el marido tiene de devolverlos ó de abonar su importe, se constituirá en la misma carta dotal, ó en escritura pública separada (2).*

Bienes estimados.

563. Al tratar de la dote en el libro primero, hemos expuesto ya, con relacion á la nueva legislacion hipotecaria, que por regla general, la dote confesada no produce otro efecto que el de las obligaciones personales, y hemos manifestado los casos en que por acreditar judicialmente la mujer la existencia de los bienes dotales ó de sus equivalentes, tiene derecho á exigir que se le aseguren con hipoteca. Entonces sigue la misma suerte la dote confesada, que aquella cuya entrega consta por fe de escribano.

Dote estimada.

564. *Los bienes inmuebles ó derechos reales que se entreguen como dote estimada, se inscribirán á nombre del marido en el registro de la propiedad, en la misma forma que cualquiera otra adquisicion de dominio; pero expresándose en la inscripcion la cuantia de la dote de que dichos bienes hagan parte, la cantidad en que hayan sido estimados, y la hipoteca dotal que sobre ellos quede constituida. Al mismo tiempo se inscribirá la hipoteca dotal que sobre ellos se constituya en el registro correspondiente (3). Mientras no se haga la inscripcion de estos bienes, el marido no podrá ejercer respecto á ellos ningun acto de dominio ni de administracion (4); disposicion que contribuirá eficazmente á que sea efectiva la proteccion que la ley dispensa á la mujer. Para dar mayor*

(1) Artículo 169 de la Ley.

(2) Artículo 120 del Reglamento.

(3) Artículo 172 de la Ley.

(4) Artículo 122 del Reglamento.

fuerza á esta proteccion se ha establecido tambien, que *siempre que el registrador inscriba bienes de dote estimada á favor del marido en el registro, hará de oficio la inscripcion hipotecaria á favor de la mujer* (1), la cual tendrá lugar *aunque la escritura de dote no contenga estipulacion expresa de hipoteca* (2); y que *si el titulo presentado para la primera de dichas inscripciones no fuera suficiente para hacer la segunda, se suspenderán una y otra, tomando de ambos la anotacion preventiva que proceda* (3).

565. La hipoteca legal que se constituye á favor de la mujer, sólo tiene por objeto garantir con un derecho real el personal para que la dote en su día sea restituida; no admitiria justificacion nada que excediera de este limite, porque además de ser una exigencia injustificable, haria peor la condicion del marido contra el espíritu del derecho en esta materia. Así, *la cantidad que deba asegurarse por razon de la dote estimada, no excederá en ningun caso del importe de la estimacion*. Consecuencia de esto es, *que si se redujere el de la misma dote por exceder de la cuantia que el derecho permite, y de que en su lugar tratamos, se reducirá igualmente la hipoteca en la misma proporcion, previa la cancelacion parcial correspondiente* (4).

Bienes inestimados.

566. *Cuando la mujer tuviere inscriptos como de su propiedad los bienes inmuebles que hayan de constituir dote inestimada, ó los parafernales que entregue á su marido, se hará constar en el registro la cualidad respectiva de unas ú otros bienes, poniendo una nota que lo exprese así al márgen de la misma inscripcion de propiedad. Si dichos bienes no estuvieren inscriptos en favor de la mujer, se inscribirán en la forma ordinaria, expresando en la inscripcion su carácter de dotales ó parafernales* (5). Se ve, pues, que como hemos indicado ántes, la *Ley hipotecaria* se desentiende del carácter de dueño que el marido tiene, se-

- (1) Artículo 174 de la Ley.
- (2) Artículo 123 del Reglamento.
- (3) Artículo 174 de la Ley.
- (4) Artículo 176 de la misma.
- (5) Artículo 173.

gun nuestro derecho secular, en la dote inestimada: no hace una declaracion general respecto á este punto, sin duda porque á ella no le correspondia, mas puede decirse que modifica el principio antiguo, y tambien que por lo que á ella toca, lo cambia por completo.

567. Pero frecuentemente se constituye la *dote inestimada* en bienes no inmuebles, ó lo que es lo mismo, en bienes muebles ó semovientes. Cuando esto ocurra, *se apreciarán éstos con el único objeto de fijar la cantidad que deba asegurar la hipoteca, para el caso de que no subsistan los mismos bienes al tiempo de la restitucion*, porque existiendo, ellos son los que deben devolverse; *mas sin que por ello pierda dicha dote su cualidad de inestimada, si fuere calificada así en la escritura dotal* (1). Fúndase esto, en que no muda la naturaleza de la dote el tener que pagar en su equivalente los bienes dotales que no pueden restituirse en la misma especie en que se recibieron.

Arras y donaciones esponsalicias.

568. Siguiendo la *LEY HIPOTECARIA* el derecho que al formarla estaba en observancia, ordena que *la hipoteca legal por razon de arras y donaciones esponsalicias, sólo tendrá lugar en el caso de que unas ú otras se ofrezcan por el marido como aumento de la dote; y que si se ofrecieren sin este requisito, sólo producirán obligacion personal, quedando al arbitrio del marido asegurarla ó no con hipoteca* (2). *Mas si el marido ofreciere á la mujer arras y donacion esponsalicia, como no tiene obligacion de devolver ambas cosas, ni tampoco sus herederos, sino que la obligacion es alternativa, á eleccion de la mujer ó de los herederos de ésta, solamente quedará obligado á constituir hipoteca por las unas ó por la otra, á eleccion de la misma mujer, ó á la suya si ella no optare en el plazo de veinte dias que la ley señala, contado desde*

(1) Artículo 177.

(2) Artículo 178. En toda escritura en que se ofrezcan á la mujer arras ó donaciones esponsalicias, se expresará necesariamente si se prometen ó no como aumento de dote: omitiendo esta circunstancia, sólo podrán reclamarse unas ú otras por la accion personal. (Art. 43 de la Instruccion de 9 de Noviembre de 1874.)

el en que se hizo la promesa (1); circunstancias que deberán expresarse en la escritura que se otorgue (2). Se conserva, pues, el derecho antiguo, sólo que en los casos en que se trata de garantizar la promesa con hipoteca, se anticipa el tiempo en que debe elegirse, para hacer posible su constitucion.

Parafernales.

569. Ya hemos expuesto, al tratar de la hipoteca por los bienes dotales, algunas cosas que son comunes á los parafernales. Ahora debemos limitarnos á decir que en los casos en que puede el marido ser obligado á constituir hipoteca en seguridad de ellos, por habersele entregado con objeto de que los administre *por escritura pública y bajo la fe de notario, para constituir esta hipoteca, se apreciarán los bienes ó se fijará su valor por los que, con arreglo á esta ley, tienen la facultad de exigirla y de calificar su suficiencia* (3).

Bienes de la sociedad conyugal.

570. La diversidad de legislaciones, que en todo lo que se refiere á los bienes de la sociedad doméstica y de los respectivos á cada uno de los cónyuges rige por los fueros, ha dado lugar á una prescripcion, en la que se ordena que *los bienes que con arreglo á fueros y costumbres pertenecieren á la comunidad conyugal, se inscribían como propios de ambos cónyuges, y que si estuvieren inscriptos tan sólo á favor de uno de ellos, se hará constar esta circunstancia por medio de una nota marginal* (4).

Personas que pueden reclamar la hipoteca legal otorgada á las mujeres casadas.

571. Para señalar las personas á quienes debe darse el derecho de exigir que el marido preste la hipoteca legal establecida á favor de la mujer, ha procedido la Ley con la mayor circuns-

(1) Artículo 179 de la LEY HIPOTECARIA.
(2) Artículo 44 de la citada Instruccion.
(3) Artículo 180 de la Ley.
(4) Artículo 130 del Reglamento.

peccion, por graves consideraciones de orden civil de las familias y de buena armonía en los matrimonios. La primera regla que adopta es, que la *constitucion de hipoteca é inscripcion de bienes* de que venimos hablando, *sólo podrán exigirse por la misma mujer, si estuviere casada y fuere mayor de edad* (1). No se ha querido que ninguna persona, por allegada que sea, viniera á interponerse entre la que ya estaba casada y su marido, lo que podria dar lugar á disturbios domésticos de fatales consecuencias; se ha preferido que padezcan los intereses, á que se perturbe la paz de la familia, y á que tal vez se destruya para siempre su felicidad. Debe respetarse el silencio de la mujer que, teniendo edad y derecho para reclamar, no hace uso de la facultad que se le concede.

572. Pero si la mujer no hubiere aún contraído matrimonio, ó habiéndolo contraído fuere menor, deberán ejercitar aquel derecho en su nombre y calificar la suficiencia de la hipoteca que se constituya, el padre, la madre, ó el que diere la dote ó los bienes que se deban asegurar (2): excitacion que hace la ley á aquéllos por el amor natural que tienen á las hijas, y á éste por la prueba que ha dado de afeccion á la dotada, y por la fundada suposicion de que tiene un interés en que no se pierda la dote por defecto de garantía.

573. A falta de estas personas, y siendo menor la mujer, esté ó no casada, deberá pedir que se hagan efectivos los mismos derechos el curador, si le hubiere (3). La mujer constituida en la menor edad queda, pues, aunque esté casada, protegida como ántes, y no es ya un derecho, sino una obligacion, la que se impone al curador, porque la falta de aseguramiento de la dote puede traer gravísimos perjuicios á la menor. *El curador de la mujer podrá pedir la hipoteca dotal, aunque exista la madre ó el que haya dado la dote, si no lo hicieren una ni otro dentro de los treinta días siguientes á la entrega de la dote* (4). Atendiendo al espíritu de la

(1) Artículo 182 de la Ley.
(2) El mismo art. 182. Como en el dia sale la mujer de la patria potestad al llegar á la mayor edad, parece que la soltera que se halle en este caso podrá ejercitar tambien este derecho.
(3) El mismo art. 182.
(4) Artículo 184 de la Ley.

ley, nos parece que lo que aquí se dice debe hacerse extensivo al caso en que exista el padre, si la hija tuviere curador, ya por estar emancipada, ya por estar sufriendo su padre la pena de interdicción civil y no poder ejercer la patria potestad.

574. *Mas si el curador no pidiere la constitucion de la hipoteca, el fiscal del tribunal de partido, representante del Estado, denunciará el hecho al juez ó tribunal que le haya discernido el cargo, para que proceda á lo que haya lugar (1); medida eficaz que hará que los curadores miren como una de sus principales obligaciones la que en este punto les impone la Ley. Para fortalecerla más, añade el reglamento, que cuando el ministerio fiscal tuviere noticia de haberse entregado dote al marido de alguna mujer huérfana y menor de edad, sin la hipoteca correspondiente, habiendo bienes con que constituirla, practicará las diligencias necesarias para averiguar si dicha mujer tenia ó no curador; y si lo tenia, pondrá el hecho en conocimiento del juez ó tribunal, á los efectos ántes expresados (2).*

575. *En defecto del curador, el mismo fiscal solicitará de oficio, ó á instancia de cualquier persona que manifieste interés por la menor, que se compela al marido al otorgamiento de la hipoteca (3). No expresamos aquí el modo de proceder el juez, por corresponder á los tratados de procedimientos. Para aumentar los medios de que no sea eludido este deber, se ha establecido que los jueces municipales tendrán tambien la obligacion de excitar el celo del ministerio fiscal, á fin de que cumpla lo que respecto á él queda preceptuado (4).*

Calificación y admision de la hipoteca.

576. No basta para que la mujer tenga asegurados los bienes que lleva al matrimonio y que son entregados al marido, que se ofrezca una hipoteca; es necesario ántes de otorgar el documento en que se constituya, que ésta sea calificada y admitida como buena y bastante. La ley fija el orden preferente de las personas

- (1) Artículo 183.
- (2) Artículo 131 del Reglamento.
- (3) El art. 183 de la Ley, citado ántes, y 131 del Reglamento.
- (4) Artículo 183 de la Ley.

á quienes corresponde hacer la calificación y admision, para el caso en que la cuestion llegue á ir á los tribunales. Establece al efecto las reglas siguientes:

1.^a *Si la dote fuere dada por el padre, por la madre ó por ambos, ó se constituyere con bienes propios de la hija, la calificación y la admision de la hipoteca corresponderán, en primer lugar, al padre, en su defecto á la madre, y por falta de ambos al curador.*

2.^a *Si la dote ó bienes que deban asegurarse fueren dados por cualquiera otra persona, corresponderán á ésta la calificación y admision de la hipoteca, y sólo cuando ella no las hiciere despues de requerida, podrán ejercitar igual derecho el padre, ó la madre en su defecto, y el curador á falta de ambos.*

3.^a *El que deba calificar la hipoteca podrá oponerse á su admision, bien por considerar insuficientes los bienes ofrecidos en garantía, ó bien por cualquiera otra causa que pueda afectar á su validez; mas si la oposicion no fuere fundada, el juez ó tribunal lo declarará así y admitirá la hipoteca (1).*

Lo que se dice aquí de las personas á quienes toca calificar y aprobar la hipoteca cuando se llega á la vía judicial, sirve tambien para saber el orden sucesivo y preferente que debe observarse cuando dos ó más concurran extrajudicialmente á pedir su constitucion.

Garantía subsidiaria á falta de hipoteca.

577. Como ningun inconveniente legal hay en que mujeres que tengan bienes contraigan matrimonio con varones que ó no los tengan, ó en caso de tenerlos no sean hipotecables, ó aun teniéndolos y siendo hipotecables, no sean suficientes, de aquí que haya buscado la Ley hipotecaria el modo de suplir en lo posible esta falta. Establece que *si el marido careciere de bienes con que constituir la hipoteca, quedará obligado á constituirla sobre los primeros inmuebles ó derechos reales que adquiriera; pero sin que esta obligacion pueda perjudicar á tercero mientras no se inscriba la hipoteca (2);* porque á no ponerse esta limitacion, se falsearia

- (1) Artículo 185 de la Ley.
- (2) Artículo 186 de la misma.

el sistema hipotecario en una de sus bases capitales, la de la publicidad.

Necesidad de expresar en las escrituras doteales la constitucion ó no constitucion de las hipotecas.

578. Para no omitir nada de cuanto pueda contribuir á que los bienes aportados por las mujeres al matrimonio estén bien asegurados, y que se aumenten más bien que se disminuyan las garantías que encontraban en el antiguo sistema de las hipotecas legales, se ha prevenido que *en toda escritura dotal se hará necesariamente mencion de la hipoteca que se haya constituido, ó se trate de constituir en instrumento separado, ó bien de la circunstancia de no quedar asegurada la dote en dicha forma, por carecer el marido de bienes hipotecables. En este último caso, declarará el marido formalmente que carece de dichos bienes, y se obligará á hipotecar los primeros inmuebles que adquiriera* (1). Esta prescripcion tiene toda su fuerza cuando la mujer es menor de edad; mas si es mayor, dueña de los bienes que han de darse en dote, y tiene la libre disposicion de ellos, podrá no exigir del marido la obligacion que acabamos de indicar, pero en tal caso deberá enterarla de su derecho el notario, y expresarlo así en la escritura, bajo su responsabilidad (2). Con esta medida, que tiene gran analogía con la que ántes expusimos, respecto á la facultad exclusiva reservada á la mujer casada de mayor edad para exigir la constitucion de la hipoteca sobre los bienes de su marido, y que se funda en motivos semejantes, se atiende á la justa libertad que deben tener las que ya no están sujetas á guardador, adoptándose una precaucion prudente para evitar que se perjudiquen por el poco conocimiento que tal vez tengan de las leyes que las protegen. Tiene, pues, esta prescripcion, más el objeto de ilustrarlas que el de dirigir las; les enseña su derecho, pero las deja en libertad completa de exigirlo ó de renunciarlo.

(1) Artículo 121 del Reglamento.

(2) El mismo artículo.

Limites del derecho nuevo.

579. No debe entenderse que las reglas que dejamos expuestas respecto á la hipoteca, se refieren más que á dar una seguridad real á la mujer, además de la obligacion personal que tiene el marido de responder con los bienes que posee á la devolucion de la dote cuando ésta proceda, ni que alteran las leyes que libertan al marido en determinados casos de la obligacion de restituir la dote. Por esto dice la Ley, que *la hipoteca legal constituida por el marido á favor de su mujer, garantizará la restitucion de los bienes ó derechos asegurados, sólo en los casos en que dicha restitucion deba verificarse conforme á las leyes y con las limitaciones que éstas determinen; y dejará de surtir efecto y podrá cancelarse, siempre que por cualquiera causa legítima quede dispensado el marido de la obligacion de restituir* (1). Aun en el silencio de la ley, esto se entenderia de la misma manera. Tampoco disminuye el derecho de la mujer en el caso de que su marido, sin asegurar la dote, la malbarate; así se ordena, que *cuando el marido no hubiere constituido hipoteca dotal, y comenzare á dilapidar sus bienes, quedará á salvo á la mujer el derecho que le conceden las leyes para exigir que los que subsistan de su dote se le entreguen, se depositen en lugar seguro, ó se pongan en administracion* (2). Por último, tampoco alcanzan las disposiciones de esta ley sobre la hipoteca dotal á alterar ni á modificar las disposiciones del Código de Comercio, relativas (3):

1.º A reputar fraudulentas é ineficaces de derecho con respecto á los acreedores del quebrado, las constituciones doteales de bienes propios á sus hijos, hechas por éste en los treinta dias precedentes á su quiebra (4). Bajo el nombre de *constituciones doteales* deben sin duda comprenderse, no solamente los bienes dados en dote á la hija, sino tambien *las donaciones propter nuptias* que se hacen al hijo. Si la ley hubiera querido limitar su

(1) Artículo 175 de la Ley.

(2) Artículo 187 de la ley.

(3) Artículo 193.

(4) Artículo 1039 del Código de Comercio.

disposicion á las *dotes*, habria empleado terminantemente esta palabra, y hecho mencion exclusiva de las *hijas* en vez de hacerla de los hijos; denominacion que comprende á los de ambos sexos.

2.º A poderse anular á instancia de los acreedores, mediante prueba de haberse obrado en fraude de sus derechos, las constituciones dotedales ó reconocimientos de capitales hechos por un cónyuge comerciante en favor del otro cónyuge, en los seis meses precedentes á la quiebra, sobre bienes que no fueren inmuebles de abolengo, ó que los hubiere adquirido ó poseido de antemano el cónyuge en cuyo favor se haga el reconocimiento de dote ó de capital (1).

3.º A la declaracion de pertenecer á la clase de acreedores de dominio con respecto á las quiebras de los comerciantes, los bienes dotedales que se conservaren en poder del marido de los que la mujer hubiere aportado al matrimonio, constando su recibo por escritura pública de que se haya tomado razon debidamente en el registro de documentos del comercio, y los bienes parafernales que la mujer haya adquirido por título de herencia, legado ó donacion, ya se hayan conservado en la forma que los recibió, ó ya se hayan subrogado é invertido en otros, con tal que se haya cumplido la misma formalidad en las escrituras por donde conste su adquisicion (2). Así lo declara expresamente la *Ley hipotecaria* (3), teniendo en consideracion que ninguna de estas prescripciones se opone á los principios que dominan en ella. Una modificacion hace esta misma ley en las disposiciones del Código de Comercio. Ordena éste (4) que en el caso de segunda quiebra, durante el mismo matrimonio, no tiene derecho la mujer del quebrado á reclamar nuevamente, con prelación ni sin ella, la cantidad extraida en su favor de la masa de la primera quiebra por razon de dote consumida ó por arras; pero que será acreedora de dominio á los bienes inmuebles ó imposiciones sobre éstos en que se hubiere invertido aquella cantidad, siempre que la adquisicion se haya hecho en nombre propio, y que la escritura de compra ó imposicion se haya inscripto á su debido tiempo

(1) Artículo 1041 del mismo Código.

(2) Artículo 1114 del mismo.

(3) Artículo 193 de la LEY HIPOTECARIA.

(4) Artículo 1117 del Código de Comercio.

en el registro de documentos del comercio. La *Ley hipotecaria*, modificando esta prescripcion del Código de Comercio, establece que *no tendrá lugar cuando la dote estuviere asegurada con hipoteca anterior á los créditos que se reclamen* (1); en lo que ha sido fiel á su constante sistema de dar siempre fuerza á las hipotecas, sin más restricciones que las que provengan de otros derechos anteriores que se hallen inscriptos.

Enajenacion de los bienes dotedales é hipotecados á la dote.

580. En el libro primero, al tratar de las dotes, hemos expuesto la regla capital para proceder á la enajenacion, gravámen é hipoteca de los bienes dotedales hipotecados ó inscriptos con dicha cualidad. Lugar es este para completar lo que allí sentamos como principio. Cuando los bienes hipotecados á la seguridad de la dote no fueron llevados por la mujer al matrimonio, sino que son propios del marido, *podrán enajenarse, gravarse ó hipotecarse por el mismo marido*, sin necesidad de que consienta en ello la mujer, y sin que ésta tenga el derecho á obtener la constitucion de una nueva hipoteca, siempre que la enajenacion ó gravámen se haga dejando subsistente la hipoteca legal constituida sobre ellos, con la prelación correspondiente á su fecha, cuya circunstancia deberá expresarse en la escritura. De esta suerte, en nada se disminuye la garantía que los bienes hipotecados ofrecen para seguridad de la dote. *Mas cuando la hipoteca haya de extinguirse, reducirse, subrogarse ó posponerse, será indispensable el consentimiento de la mujer y se aplicará lo dispuesto en el artículo 188, en que se trata de la enajenacion ó gravámen de bienes dotedales hipotecados en seguridad de la dote, ó inscriptos á nombre de la mujer* (2).

581. En los casos en que, segun lo expuesto, tiene la mujer el derecho de exigir la subrogacion de su hipoteca en otros bienes del marido, *podrá hacerlo en cualquier tiempo que lo crea conveniente, desde que haya consentido por escrito en la enajenacion* (R)

(1) Artículo 193 de la LEY HIPOTECARIA.

(2) Artículo 189 de la ley, citado en sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de Marzo de 1873. Art. 49 de la Instruccion de 9 de Noviembre de 1874.

ó gravámen de los inmuebles afectos á su dote, ó como condicion *prévia* para prestar dicho consentimiento. Cuando la mujer se hallare en cualquiera de los casos previstos en los párrafos 2.º y 3.º del artículo 182 de la Ley, podrán también ejercitar este derecho en su nombre, el padre, la madre, ó el que hubiere dado la dote, teniendo, á falta de éstos, que hacerlo el curador de la menor (1); disposiciones todas que se fundan en motivos que en casos análogos dejamos expuestos.

582. La Ley señala también la forma con que debe hacerse la enajenación de los bienes pertenecientes á la dote inestimada y los parafernales inscriptos con su respectiva calidad. Esta enajenación se sujeta á las reglas del derecho comun, y á las prescritas en el artículo 188 de que nos hemos hecho cargo en otro título (2), sin perjuicio de la restitución de la dote ó parafernales cuando proceda (3). Cuando los bienes dotales consistan en rentas ó pensiones perpétuas, si llegaren á enajenarse, se asegurará su devolución constituyendo hipoteca por el capital que las mismas rentas ó pensiones representen, capitalizadas al interés legal. Si las pensiones fueren temporales, y pudieren ó debieren subsistir despues de la disolución del matrimonio, se constituirá la hipoteca por la cantidad en que convengan los cónyuges, y si no se convinieren, por la que fije el juez ó tribunal (4).

583. Para asegurar más el cumplimiento de la ley en este asunto, previene el Reglamento, que en toda escritura en que se enajenen, graven ó hipotequen bienes dotales ó afectos á hipoteca dotal, se hará mención de haberse cumplido con las formalidades que para tales enajenaciones ó gravámenes se exigen. Si por ser ambos cónyuges mayores de edad, bastare para la validez de dichos actos su libre y comun consentimiento, les hará el notario la advertencia del derecho de la mujer, y expresará en la escritura haberlo verificado, si el marido no subrogare con otra hipoteca la

(1) Artículo 190. Tanto este artículo como el anterior se refieren á los actos ó contratos posteriores á la Ley hipotecaria; los anteriores tienen que regirse por la legislación vigente cuando tuvieron lugar. (Art. 355 de dicha ley, y sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Abril de 1874.)

(2) Tomo I, págs. 362 y 363.

(3) Artículo 191 de la Ley hipotecaria.

(4) Artículo 192.

que haya desaparecido, ó no se obligare á hacer dicha subrogación con los primeros inmuebles que adquiriera, declarando que á la sazón no los tiene. Cuando por ser menor la mujer, deba verificarse la enajenación ó gravámen con intervencion judicial, no permitirá el juez ó tribunal que se consume el contrato, sin que *préviamente* se haya constituido la hipoteca (1). Medidas son éstas que prueban la particularísima atención con que se ha procurado al suprimirse las antiguas hipotecas legales, que las mujeres quedan más garantidas con las nuevas.

A este mismo propósito se dirige otra prescripción del Reglamento, la cual ordena que los notarios darán cuenta á los registradores, y éstos á su vez á los presidentes de las audiencias, en la forma que hemos dicho anteriormente, tratando de las reglas generales de las hipotecas legales á favor de la mujer casada, hijo menor de edad ó pupilo, de las escrituras que ante ellos se otorguen, enajenando ó gravando bienes dotales, sin la subrogación de hipotecas correspondientes, por mediar las circunstancias antes indicadas (2).

§ III.

Hipoteca por bienes reservables.

584. Cuando los hijos sean mayores de edad, sólo ellos podrán exigir la constitución de la hipoteca á su favor (3) por razon

(1) Artículo 132 del Reglamento. Por Real orden de 11 de Julio de 1865 se declaró que lo dispuesto en el art. 188 de la LEY HIPOTECARIA, respecto al derecho que tiene la mujer de exigir que su marido hipoteque otros bienes, si los tuviere, en sustitucion de los enajenados, no es condicional sólo de la enajenación, sino también del gravámen, cuyos dos casos están comprendidos en las palabras *en sustitucion de los enajenados*; porque el gravámen viene á ser una enajenación de parte del dominio. En la ley reformada se lee ya también *«en sustitucion de los enajenados ó gravados.»*

La omisión de la advertencia á que el artículo del Reglamento se refiere, no será un defecto que impida la inscripción. (Real orden de 11 de Julio de 1865.)

(2) Artículo 133 del Reglamento.

(3) Artículo 197 de la Ley.

de bienes reservables, porque ya tienen toda la capacidad intelectual necesaria para poder hacerlo: si no lo hacen, renuncian implícitamente su derecho. No sería prudente en el legislador dar intervencion á personas extrañas á la familia en sus negocios interiores, cuando no existen causas que justifiquen este medio extraordinario de proteccion.

585. No sucede lo mismo cuando son menores de edad. Siendo de desear que en estos casos parta la iniciativa de los padres, se ha establecido que *el padre* (1), ó *la madre, y el segundo marido en su caso* (2), porque la ley habia extendido á él la obligacion de hipotecar, como despues veremos, deban acudir al juez solicitando la inscripcion de un expediente, cuyos trámites se señalan con claridad y precision, para que recayendo la aprobacion judicial (3), si hubiere lugar, se constituya la hipoteca, cuidando el juez de que se hagan las inscripciones y asientos correspondientes (4). Omitimos tratar aqui del modo de seguirse el expediente, por corresponder, ó á los tratados de procedimientos en general, ó á los especiales de hipotecas.

586. Con el doble objeto de estimular al padre á que cumpla con la obligacion de promover el expediente y de suplir su negligencia, establece la Ley que *si trascurrieren noventa dias sin presentar el padre, y lo mismo diremos de la madre por falta de aquel, al juez el expediente de que acabamos de hablar, podrán reclamar que se cumpla con el precepto legal, los tutores ó curadores de los hijos, si los tuviere, y en su defecto los parientes, cualquiera que sea su grado, ó el albacea del cónyuge premórtuo* (5). *Si concurrieren á pedir la constitucion de la hipoteca legal dos ó más de las personas expresadas, se dará la preferencia al que primero la haya reclamado*, porque es el que se ha mostrado más diligente en mirar por el menor (6).

587. *El término de los noventa dias empezará á contarse desde*

- (1) Artículo 194 de la misma.
- (2) Artículo 137 del Reglamento.
- (3) Artículo 194 de la Ley, ántes citado, y arts. 134, 135, 136, 137, 138 y 140 del Reglamento.
- (4) Artículo 198 de la Ley.
- (5) Artículo 195 de la Ley.
- (6) Artículo 196 de la misma.

que, por haberse contraido segundo ó ulterior matrimonio, adquieran los bienes el carácter de reservables (1). *Cuando éstos no existan al tiempo de celebrarse el segundo matrimonio, y sean adquiridos despues, deberá contarse dicho término desde el dia de su adquisicion* (2).

588. Con el fin de evitar que con el pretexto de carecer de bienes raíces se excusen de la obligacion de hipotecar los que adquieran en lo sucesivo, se ha ordenado *que cuando el padre ó la madre con patria potestad no tuvieren bienes que hipotecar, no deje de instruirse el expediente de que queda hecha mencion, con el único fin de hacer constar la reserva y su cuantía. La providencia que en tal caso recaiga, se limitará á declarar lo que proceda sobre estos puntos, y la obligacion del padre á hipotecar los primeros inmuebles que adquiriera* (3). *No era esto aplicable á la madre, sino en el caso de que su segundo marido no tuviere tampoco bienes que hipotecar* (4); precepto que la ley inculca con repeticion, ordenando, despues de establecerlo por primera vez, que *la madre asegurará con las mismas formalidades que el padre el derecho de sus hijos á los bienes reservables, y si no tuviere bienes inmuebles propios, ó los que tenga no fueren suficientes para constituir hipoteca por la cantidad necesaria, hipotecará su segundo marido los que poseyere, hasta cubrir el importe total de los que deban asegurarse; y que si entre ambos cónyuges no pudieren constituir hipoteca bastante, quedará solidariamente obligado cada uno á hipotecar los primeros inmuebles ó derechos reales que sobre inmuebles adquiriera* (5).

589. Nada de lo que hemos dicho respecto á la obligacion de hipotecar del padre, madre, ó segundo marido, en consideracion á los bienes reservables, tiene lugar cuando todos estos fueren *inmuebles* (6), porque entónces el registrador se limitará, para hacer constar su *calidad reservable*, á poner nota expresiva de esta circunstancia *al margen de la correspondiente inscripcion de*

- (1) El citado artículo 195 de la misma.
- (2) Artículo 136 del Reglamento.
- (3) Artículo 199 de la Ley y 134 del Reglamento.
- (4) Artículo 200 de la Ley.
- (5) Artículo 201 de la misma.
- (6) Artículo 141 del Reglamento.

dominio (1). Si se hubiere formado expediente, mandará el juez ó el tribunal que se haga constar su calidad en el registro en la misma forma (2).

590. Las alteraciones hechas por la ley de matrimonio civil, concediendo á la madre en defecto del padre los mismos derechos que á éste sobre sus hijos legítimos no emancipados, han sido causa de que se la impongan también las mismas obligaciones y que se exima de ellas á sus segundos maridos, estableciéndose, en su consecuencia, que lo dispuesto en el artículo 199 de la Ley hipotecaria será aplicable á la madre cuando tenga potestad sobre sus hijos; y que los maridos de la misma en segundas ó ulteriores nupcias, no estarán obligados á constituir las hipotecas en los casos respectivos á que se refieren los artículos 200 y 201 de que nos hemos hecho cargo en el número 588 de este mismo párrafo, y el artículo 168 en su número 3.º, que dejamos mencionado en una nota de la segunda sección (3).

§ IX.

Hipoteca por razon de peculio.

591. No tiene el padre obligacion de constituir hipoteca por los peculios castrense ó cuasi castrense de sus hijos, porque éstos son considerados con respecto á él como verdaderos padres de familia; tampoco tiene que hipotecar para garantizar el peculio profecticio, tanto porque su propiedad es del padre, como porque el hijo lo administra. El único peculio, pues, comprendido en la obligacion de constituir hipoteca, es el adventicio.

592. Tampoco tiene obligacion de hipotecar en el caso de que sean raíces los bienes del peculio, porque entónces lo que procede es la inscripción, más ventajosa sin duda al hijo y menos onerosa para los padres. Así ordena la Ley, que en este caso, el hijo á cuyo favor se establece hipoteca legal, tendrá derecho á que los bienes inmuebles que forman parte de su peculio se inscriban á su

(1) Artículos 139 y 141 del mismo.
(2) Artículo 199 de la Ley.
(3) Artículo 134 del Reglamento.

favor, si ya no lo estuvieren, con expresion de esta circunstancia (1).

593. Sólo, pues, tiene el hijo derecho á que su padre asegure con hipoteca especial los bienes que no sean inmuebles, es decir, que sean semovientes ó muebles, y que formen parte del peculio (2), cuya administracion y usufructo correspondan á los padres. Y aun esta obligacion tendrá lugar solamente en el caso de que el padre ó la madre contraigan segundas nupcias, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de matrimonio civil (3).

594. Las leyes que exigen tanta consideracion de los hijos á los padres, hasta el caso de conceder á éstos el beneficio de competencia, no podian pretender que el padre hiciera el sacrificio de convertir en inmueble la propiedad mueble que tuviera, para constituir la hipoteca, y ménos aún ponerle en la situacion imposible de tener que hipotecar cuando careciera de toda clase de bienes; por esto han limitado su obligacion de hipotecar si pudiese (4), y han añadido que se entiende que no puede, cuando carezca de bienes inmuebles hipotecables. Pero si los que tuviere, fueren insuficientes, constituirá sobre ellos la hipoteca, sin perjuicio de ampliarla á otros que adquiriera despues, en caso de que se le exija (5).

595. Por las mismas razones que al tratar de la hipoteca por bienes reservables hemos expuesto, si los hijos fueren mayores de edad, sólo ellos podrán exigir la inscripción de bienes y la constitucion de la hipoteca (6). Si fueren menores, podrán pedirla en

(1) Artículo 202 de la Ley.
(2) Artículo 202 de la misma.
(3) Artículos 134 y 143 del Reglamento, y 69 de la Ley de matrimonio civil.
(4) Artículo 202 de la LEY HIPOTECARIA.
(5) Artículo 203 de la Ley.
(6) Artículo 204. En nuestro concepto, lo dispuesto en este artículo no tiene ya aplicacion, toda vez que los hijos salen de la patria potestad al llegar á la mayoría, y que en su consecuencia adquieren por el mismo hecho el usufructo y administracion del peculio en que ántes solamente tenían la propiedad, segun hemos manifestado en la pág. 399 del tomo I de esta obra. No obstante, la hipoteca legal podrá constituirse siempre que se esté en el caso previsto por el art. 160 de la LEY HIPOTECARIA, de que en la página 448 de este tomo dejamos hecha mencion.

su nombre: 1.º Las personas de quienes procedan los bienes en que consista el peculio. 2.º Los herederos ó albaceas de dichas personas. 3.º Los ascendientes del menor. 4.º La madre, si estuviere legalmente separada de su marido (1). Pero al lado de este derecho de pedir, la Ley ha impuesto á los guardadores la obligacion de hacerlo como en otros casos análogos, ordenando que el curador del hijo dueño del peculio estará obligado en todo caso, á pedir la inscripción de bienes y la constitucion de la hipoteca legal. Añádese tambien que si se anticipare á hacer la peticion alguna de las personas ántes referidas, se dará á dicho curador conocimiento del expediente, el cual no se decidirá sin su audiencia (2). La diferencia que hay entre las personas autorizadas para pedir la inscripción ó la hipoteca en el caso de peculio y en el de bienes reservables, se funda en la distinta procedencia de unos y otros bienes, y en que no concurren por regla general en el peculio, respecto al padre, los motivos de desconfianza que inspiran las segundas nupcias que dan lugar á la reserva.

§ V.

Hipoteca por razon de tutela ó curaduría (3).

596. Al tratar de la fianza de los guardadores en el libro primero, manifestamos que siempre ha de ser hipotecaria, que hay una hipoteca legal á favor de los menores y de los incapacitados, y que puede pedirse ampliacion de la hipoteca cuando es insuficiente. Completaremos aquí lo que allí dejamos expuesto.

(1) Artículo 205 de la Ley.

(2) Artículo 206.

(3) Conservamos este párrafo, tal como estaba en la anterior edicion de esta obra; pero debemos advertir, que el art. 1866 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 3 de Febrero de 1881 ha hecho en la materia á que se refiere, una importante y trascendental innovacion, al declarar admisible toda clase de fianza á excepcion de la personal. Con esta disposicion se han disminuido, en nuestro concepto, las garantías que ofrecian al menor la ley anterior y la Hipotecaria. En el art. 223 del proyecto del Código civil se determinaba tambien que todo tutor, ántes de entrar en el ejercicio de su cargo, asegurara con hipoteca las resultas de su administracion.

597. Siguiendo el nuevo sistema hipotecario la obra comenzada por la Ley de Enjuiciamiento civil, busca todos los medios conducentes á que sean asegurados los intereses de los que por su edad ó por su falta de discernimiento no pueden mirar por sí mismos. Al efecto se establecen las medidas prudentes que puedan conducir, á que del expediente para el discernimiento del cargo resulte el importe de los bienes muebles y el de las rentas de inmuebles que constituyan el caudal que ha de garantizarse, para graduar la cantidad de la hipoteca (1), y la propiedad y la libertad de los bienes que se ofrezcan en garantía (2). Dejando aparte aquí todo lo que se refiere á los procedimientos, nos limitaremos á lo que tiene relacion más inmediata con el derecho civil.

598. Que los tutores ó curadores obligados á dar fianza deberán constituir hipoteca, ya estaba prevenido en la Ley de Enjuiciamiento civil, y que esta hipoteca sea especial (3), es una consecuencia del nuevo sistema hipotecario. Cuando la hipoteca llegue á ser insuficiente, el juez ó el tribunal exigirá á su prudente arbitrio una ampliacion de fianza, ó adoptará las medidas oportunas para asegurar los intereses del menor ó del incapacitado (4).

599. La ampliacion de fianza podrá pedirse por cualquiera persona, ó decretarse de oficio en cualquier tiempo en que el juez ó el tribunal lo estime conveniente, guardándose en todo caso las formalidades prevenidas en la Ley de Enjuiciamiento civil para la constitucion de la primera fianza. Si el juez ó el tribunal no creyere procedente exigir dicha ampliacion, deberá disponer el depósito del sobrante de las rentas ó la imposicion de los fondos, conforme á lo determinado en la expresada Ley de Enjuiciamiento (5). Se ha dejado en esto bastante latitud al juez, porque establecer una regla general á que inflexiblemente tuviera que sujetarse, podria ceder en daño de aquellos á quienes se quiere proteger.

600. Pasemos á la hipoteca de las madres que contraen se-

(1) Artículos 146 y 147 del Reglamento.

(2) Artículo 148 del mismo.

(3) Artículo 214 de la LEY HIPOTECARIA.

(4) Artículo 215.

(5) Artículo 216 de la LEY HIPOTECARIA, y números 3.º y 4.º del artículo 1876 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

gundo matrimonio. Expondremos las disposiciones de la Ley referentes á esta materia, á pesar de que por el reglamento posterior á ella se consideran derogados los artículos que las contienen. Con particular predileccion ha mirado la Ley á los hijos menores que están bajo la tutela ó curaduría de madres que pasan á segundas nupcias, por el mayor peligro que corren sus intereses. La primera medida que al efecto adopta, es prescribir que *no se expida la Real cédula de habilitacion para continuar en la tutela ó curaduría de sus hijos, á la madre que pase á segundas nupcias y obtenga dicha habilitacion, sin que constituya previamente y con aprobacion del juez ó del tribunal la hipoteca especial correspondiente* (1).

601. Como medio conducente á las veces para evitar que la mujer siga indefinidamente despues del segundo matrimonio administrando la tutela, sin obtener la habilitacion necesaria, se ordena que *si la madre se mezclare ó continuare mezclándose en la administracion de la tutela ó curaduría, antes de constituir la hipoteca, quedará obligado su marido á constituir sobre sus propios bienes hipoteca especial bastante, respondiendole con ella á las resultas de la administracion ilegal de su mujer* (2). Mas con el objeto de que la guarda no quede abandonada indefinidamente, *si la madre no constituyere la hipoteca en el término de sesenta días, contados desde la fecha del nuevo matrimonio, nombrará ó hará nombrar el juez, con arreglo á las leyes, otro tutor ó curador al huérfano ó incapacitado, bien á instancia de cualquiera de los parientes de éste, ó bien de oficio* (3); guardador que prestará su fianza con arreglo á la Ley de Enjuiciamiento civil, oyéndose además, para su aprobacion, al pariente que en su caso haya pedido el nombramiento (4).

602. La obligacion de hipotecar, impuesta al segundo marido, se ha hecho extensiva al caso en que la madre, siendo ó habiendo sido tutora ó curadora, aunque no continúe desempeñando su cargo, *contraiga nuevo matrimonio antes de la aprobacion de las cuentas, en cuyo caso el hijo podrá exigir que el padrastro cons-*

(1) Artículo 207 de la LEY HIPOTECARIA.
 (2) Artículo 208.
 (3) Artículo 209 de la Ley.
 (4) Artículo 210.

tituya sobre sus propios bienes hipoteca especial bastante á responder de las resultas de dichas cuentas (1).

603. Cuando el hijo es mayor de edad, está fuera de duda que á él sólo debe corresponder exigir la constitucion de esta hipoteca; y si no lo hace, es una prueba de que renuncia su derecho; acto que puede apreciar con todas sus consecuencias.

604. Pero *si es menor de edad, deberán pedir en su nombre dicha hipoteca y calificar la suficiencia de la que se ofreciere: 1.º El tutor ó curador del mismo hijo. 2.º El curador para pleitos, si lo tuviere nombrado. 3.º Cualquiera de los parientes del hijo por la línea materna. 4.º En defecto de todos éstos, los parientes de la línea materna* (2). En el caso en que *concurrieren á pedir la hipoteca dos ó más personas de las que acabamos de indicar, será preferida para la prosecucion del expediente, la que corresponda, siguiendo el orden que queda señalado. Si concurrieren dos ó más parientes de una misma línea, se entenderá con todos el procedimiento, siempre que convengan en litigar reunidos* (3).

605. Mas las disposiciones comprendidas en los números 600 y siguientes hasta el 604 inclusive de este párrafo, se han declarado sin aplicacion por un artículo del Reglamento, que considera *derogados los artículos 207 al 213 inclusive de la Ley, por las prescripciones de la parte 2.ª, seccion II del capítulo V de la Ley de matrimonio civil* (4).

§ VI.

Otras hipotecas legales.

606. Compréndense en este párrafo las hipotecas que tienen el Estado, las provincias y los pueblos, sobre los que manejan sus

(1) Artículo 211.

(2) Artículo 212.

(3) Artículo 213.

(4) Artículo 145 del Reglamento. Para estar conformes en todas sus partes con este artículo del Reglamento, decíamos en las tres ediciones anteriores, serian necesarias dos cosas: 1.ª Reconocer que los hijos que se hallaban bajo la tutela de la madre antes de empezar á regir la ley de matrimonio civil, han recaído despues en su patria potestad. 2.ª Reconocer tambien que la madre que pasa á segundas nupcias conserva la patria po-

fondos ó contratan con sus administraciones respectivas; la que tiene el Estado por la contribucion de los inmuebles, y la del asegurador de esta clase de bienes por los premios del seguro.

607. La antigua hipoteca legal que la Administracion venia teniendo sobre los bienes de los que manejaban fondos públicos ó confrataban con ella, excitaba justos clamores por su exorbitancia, y daba lugar á que en la confianza de una garantía casi siempre ineficaz, se mirara con negligencia la adopcion de pre-

testad sin necesidad de obtener dispensa ó habilitacion. Ahora bien; respecto del primer caso, juzgamos evidente, por más que en la ley no se haga expresamente ninguna distincion, que los hijos que ántes del dia en que la ley empezó á regir se hallaban fuera de la patria potestad y eran, por consiguiente, personas *sui juris*, verdaderos padres de familia en el sentido legal, no pueden ser despojados de su estado civil, volviéndolos á la potestad de otro. Esto, además de injusto, seria dar á la ley fuerza retroactiva. Esta opinion, que ya sosteníamos en las ediciones 10.^a y 11.^a de esta obra, fué confirmada despues por el Tribunal Supremo, segun dejamos dicho en la nota 2.^a, pág. 396 del tomo I, al declarar que la reforma establecida en el art. 145 del reglamento para la ejecucion de la *Ley hipotecaria* de 1870, sólo tuvo en consideracion los nuevos preceptos de esta misma ley, pero sin alterar los derechos adquiridos al amparo de la legislacion antigua por los huérfanos que lo fueran ántes del 18 de Junio de 1870, los cuales conservaban y han conservado su estado civil, sin que las madres viudas hasta aquella fecha hayan podido adquirir la patria potestad, que sólo les ha otorgado la ley novísima para en adelante. (Sentencia de 19 de Junio de 1875: declaracion reiterada en sentencia de 15 de Octubre de 1879.) En cuanto al segundo extremo, nuestra opinion no puede ser tan fija: la ley nada dice; no distingue de casos; su disposicion es amplia y general, y no se limita á las madres viudas. Pero si tomamos en cuenta las razones de analogía que existen entre este caso y el en que las mujeres guardadoras de sus hijos pasaban á segundas nupcias; si consideramos los perjuicios que á aquellos pueden seguirse de conservar la madre la patria potestad sin las convenientes garantías, puesto que en su segundo matrimonio, aunque de derecho sea jefe de los hijos del primero, de hecho lo viene á ser el marido porque la influencia de éste será frecuentemente irresistible, juzgamos que no ha podido estar en la mente del legislador la idea de que la mujer conserve esta autoridad, á no obtener dispensa, mediante las suficientes seguridades. Muy conveniente seria, sin embargo, que este punto se aclarara por un acto del poder legislativo, ó á lo ménos por una decision del Tribunal Supremo.

cauciones saludables que pusieran á cubierto los intereses públicos. La Administracion ha reconocido insuficiente el antiguo sistema, como se prueba por el hecho de exigir á los que manejan sus fondos y á los que con ella contratan, garantías especiales y determinadas; á éstos, al tiempo de celebrar sus contratos, y á aquéllos, ántes de tomar posesion de sus cargos. Siguiendo este ejemplo y haciendo entrar los derechos de la Administracion en las condiciones del nuevo sistema, *las direcciones generales, los gobernadores de las provincias y los alcaldes deberán exigir la constitucion de hipotecas especiales sobre los bienes de los que manejen fondos públicos ó contraten con el Estado, las provincias ó los pueblos, en todos los casos y en la forma que prescriban los reglamentos administrativos* (1). Aquí, más que crearse una hipoteca legal, más que darse ó conservarse sus privilegios al fisco, y á los intereses públicos que en el derecho antiguo eran protegidos como él, se les somete á las condiciones del derecho comun, sustituyendo á la antigua hipoteca legal, general, tácita é indeterminada, otra hipoteca voluntaria, expresa, especial y determinada, más eficaz sin duda que todos los antiguos privilegios. Puede decirse que no se establece aquí ninguna regla especial de derecho civil; es más bien una obligacion que se impone el Gobierno para que los reglamentos de la Administracion se pongan en armonía con los principios que dominan en la LEY HIPOTECARIA.

608. Para lo que se concede la hipoteca, ó por mejor decir, para lo que se conserva el derecho antiguo en la forma que es compatible con el sistema nuevo, es para la aseguracion del pago de las contribuciones de los bienes inmuebles con una hipoteca legal sobre los mismos; pero tan limitada, que no puede servir de obstáculo alguno á la contratacion. En su virtud, *el Estado, las provincias ó los pueblos tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor para el cobro de una anualidad de los impuestos que gravan á los inmuebles* (2). A esto sólo puede ser responsable por regla general el tercer adquirente

(1) Artículo 217 de la Ley.

(2) Artículo 218. Y en toda escritura de enajenacion ó gravámen de bienes inmuebles, se hará expresa reserva de esta hipoteca legal. (Párrafo I del art. 18 de la Instruccion de 9 de Noviembre de 1874.)

de la finca, el cual no debe suponer que la Administracion es negligente, ni cargar con las omisiones de los recaudadores. *Para tener igual preferencia por mayor suma que la correspondiente á dicha anualidad, podrá exigir el Estado una hipoteca especial, en la forma que determinen los reglamentos administrativos (1); en cuyo caso, para los efectos del derecho civil, está por completo dentro de las condiciones de la ley.*

609. Una hipoteca legal nueva se ha introducido: la constituida á favor del premio del seguro; hipoteca justa que suele estipularse en las aseguraciones. En su virtud, *el asegurador de bienes inmuebles tendrá derecho á exigir una hipoteca especial sobre los bienes asegurados, cuyo dueño no haya satisfecho los premios del seguro de dos ó más años, ó de dos ó más dividendos si el seguro fuere mutuo (2). Mientras no se devenguen los premios de los dos años ó los dos últimos dividendos en su caso, tendrá el crédito del asegurador preferencia sobre los demás créditos (3).* La semejanza que tiene esta obligacion del asegurado con las cargas reales, aunque no lo es, y los riesgos que en este contrato corre el asegurador, justifican que esta hipoteca tenga el carácter de legal. Pero *devengados y no satisfechos los dos dividendos ó las dos anualidades, deberá constituirse la hipoteca por toda la cantidad que se debiere, y la inscripcion no surtirá efecto sino desde su fecha (4), para que no dañe al tercer adquirente de la misma finca ó de un derecho real sobre ella.*

(1) El mismo art. 218.

(2) Artículo 219.

(3) Artículo 220. En la escritura que se extienda, el notario deberá hacer expresa reserva de esta hipoteca que la ley establece en favor del asegurador. (Párrafo II del art. 18 de la Instruccion de 9 de Noviembre de 1874.)

(4) Artículo 221 de la Ley.

TÍTULO XX.

Del registro.

§ I.

Disposiciones generales.

610. Los principios de publicidad y especialidad que, segun queda suficientemente expuesto, son las bases cardinales del sistema hipotecario, no producirian los efectos apetecidos, si no se establecieran oficinas en que, llevándose libros redactados con método, precision, claridad y uniformidad en todas las divisiones del territorio, pudiera conocerse la verdadera situacion de la propiedad inmueble, las cargas con que está gravada, y por lo tanto, el crédito territorial que en realidad tiene cada uno de los que en él figuran, ó como propietarios ó por pertenecerles algun otro derecho real. De aquí la necesidad de los registros, reconocida entre nosotros desde el siglo XVI en que por primera vez se establecieron estos oficios.

611. De lo dicho se infiere que este registro, no sólo debe comprender las hipotecas, sino todo cuanto se refiera á la propiedad territorial, á su adquisicion ó su traslacion, y á todas sus desmembraciones y modificaciones; y esto aun considerado el punto sólo con relacion á las hipotecas, porque como dice la Comision de Codificacion, la condicion más esencial de todo sistema hipotecario, cualesquiera que sean las bases en que descanse, es la fijeza, es la seguridad de la propiedad: si ésta no se registra; si las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes inmuebles no se transcriben ó no se inscriben, desaparecen todas las garantías que puede tener el acreedor hipotecario.

612. Estas consideraciones; el íntimo enlace que tiene con las hipotecas cuanto al registro se refiere; el haber sido comprendido todo lo concerniente á él en la *Ley hipotecaria*; el ejemplo de muchos códigos extranjeros, y especialmente el de los redactores de nuestro proyecto de Código civil, nos han movido á dar aquí lugar á este título, interrumpiendo, como con sinceridad lo reco-

de la finca, el cual no debe suponer que la Administracion es negligente, ni cargar con las omisiones de los recaudadores. *Para tener igual preferencia por mayor suma que la correspondiente á dicha anualidad, podrá exigir el Estado una hipoteca especial, en la forma que determinen los reglamentos administrativos (1); en cuyo caso, para los efectos del derecho civil, está por completo dentro de las condiciones de la ley.*

609. Una hipoteca legal nueva se ha introducido: la constituida á favor del premio del seguro; hipoteca justa que suele estipularse en las aseguraciones. En su virtud, *el asegurador de bienes inmuebles tendrá derecho á exigir una hipoteca especial sobre los bienes asegurados, cuyo dueño no haya satisfecho los premios del seguro de dos ó más años, ó de dos ó más dividendos si el seguro fuere mutuo (2). Mientras no se devenguen los premios de los dos años ó los dos últimos dividendos en su caso, tendrá el crédito del asegurador preferencia sobre los demás créditos (3).* La semejanza que tiene esta obligacion del asegurado con las cargas reales, aunque no lo es, y los riesgos que en este contrato corre el asegurador, justifican que esta hipoteca tenga el carácter de legal. Pero *devengados y no satisfechos los dos dividendos ó las dos anualidades, deberá constituirse la hipoteca por toda la cantidad que se debiere, y la inscripcion no surtirá efecto sino desde su fecha (4), para que no dañe al tercer adquirente de la misma finca ó de un derecho real sobre ella.*

(1) El mismo art. 218.

(2) Artículo 219.

(3) Artículo 220. En la escritura que se extienda, el notario deberá hacer expresa reserva de esta hipoteca que la ley establece en favor del asegurador. (Párrafo II del art. 18 de la Instruccion de 9 de Noviembre de 1874.)

(4) Artículo 221 de la Ley.

TÍTULO XX.

Del registro.

§ I.

Disposiciones generales.

610. Los principios de publicidad y especialidad que, segun queda suficientemente expuesto, son las bases cardinales del sistema hipotecario, no producirian los efectos apetecidos, si no se establecieran oficinas en que, llevándose libros redactados con método, precision, claridad y uniformidad en todas las divisiones del territorio, pudiera conocerse la verdadera situacion de la propiedad inmueble, las cargas con que está gravada, y por lo tanto, el crédito territorial que en realidad tiene cada uno de los que en él figuran, ó como propietarios ó por pertenecerles algun otro derecho real. De aquí la necesidad de los registros, reconocida entre nosotros desde el siglo XVI en que por primera vez se establecieron estos oficios.

611. De lo dicho se infiere que este registro, no sólo debe comprender las hipotecas, sino todo cuanto se refiera á la propiedad territorial, á su adquisicion ó su traslacion, y á todas sus desmembraciones y modificaciones; y esto aun considerado el punto sólo con relacion á las hipotecas, porque como dice la Comision de Codificacion, la condicion más esencial de todo sistema hipotecario, cualesquiera que sean las bases en que descanse, es la fijeza, es la seguridad de la propiedad: si ésta no se registra; si las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes inmuebles no se transcriben ó no se inscriben, desaparecen todas las garantías que puede tener el acreedor hipotecario.

612. Estas consideraciones; el íntimo enlace que tiene con las hipotecas cuanto al registro se refiere; el haber sido comprendido todo lo concerniente á él en la *Ley hipotecaria*; el ejemplo de muchos códigos extranjeros, y especialmente el de los redactores de nuestro proyecto de Código civil, nos han movido á dar aquí lugar á este título, interrumpiendo, como con sinceridad lo reco-

nocemos, la materia de obligaciones, si bien despues de terminar todo cuanto respecto á los contratos con denominacion propia nos propusimos escribir.

613. Adoptando, pues, la Ley lo que venia rigiendo en el derecho escrito, aunque no estuviera siempre igualmente bien ejecutado, ordenó que *en todas las cabezas de partido judicial se estableciera un registro á cargo de funcionarios que se llamarian registradores* (1). En este registro deben inscribirse todos los títulos sujetos á esta formalidad, en los términos que manifestaremos, para que surtan efecto contra tercero. Este artículo ha sido sustituido en la ley reformada por otro, en que se dice que *subsistirán los registros de la propiedad inmueble en todos los pueblos en que se hallen establecidos; y á fin de evitar cambios y alteraciones arbitrarias que siempre producen graves inconvenientes, se determina tambien que no podrán suprimirse ni crearse registros sino por una ley: aun para alterarse la circunscripción territorial que en la actualidad corresponde á cada registro no se ha querido dejar una facultad ilimitada al Gobierno, antes bien se ha dispuesto que deberá existir motivo de necesidad ó conveniencia pública, que se hará constar en expediente, y será oido el Consejo de Estado* (2). Sin embargo, *el Gobierno podrá establecer un nuevo registro en las poblaciones donde haya más de un partido judicial, cuando así convenga al servicio público, debiendo ser oido el Consejo de Estado en pleno* (3).

614. No tendría el registro la importancia y crédito que necesita para producir los efectos que se buscan al establecerlo, si admitiera títulos cuya autenticidad no apareciera al primer golpe de vista. Así, *para que puedan ser inscriptos en él los títulos, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria ó docu-*

(1) Artículo 1.º de la Ley anterior.

(2) Artículo 1.º de la LEY HIPOTECARIA reformada. Con fecha de 28 de Marzo de 1874, se publicó un decreto estableciendo reglas para la traslacion de los registros de la propiedad, en el supuesto de que la Ley no prohibe el cambio de capitalidad, aunque, en nuestro concepto, sólo permita la alteracion de las circunscripciones correspondientes á cada uno, en los términos que manifestamos en el texto.

(3) Artículo 297, nuevamente redactado de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.º de la ley de 21 de Julio de 1876.

mento auténtico, expedido por autoridad judicial ó por el Gobierno ó sus agentes, en la forma que prescriben los reglamentos (1).

615. Del mismo modo que, como en otro lugar hemos dicho, se ha fijado la significacion de la palabra *inmueble* para que no pueda haber dudas acerca de los efectos de la *Ley hipotecaria*, así para evitarlas acerca de la de *título*, se ha declarado que *se entenderá por tal para todos los efectos de la inscripcion, el documento público y fehaciente, entre vivos ó por causa de muerte, en que funde su derecho sobre el inmueble ó derecho real la persona á cuyo favor deba hacerse la inscripcion. Cuando dicha persona tuviere más de un título, deberán inscribirse todos ellos, comprendiéndolos, siendo posible, en una misma inscripcion* (2).

616. Otra declaracion semejante ha habido sobre la frase *documentos auténticos*, diciendo que *se considerarán como tales para los efectos de la Ley hipotecaria, los que sirviendo de títulos al dominio ó derecho real, estén expedidos por el Gobierno ó por autoridad ó funcionario competente para darlos, y deban hacer fe por si solos* (3).

617. Con el fin de que los actos de traslacion de la propiedad ó de la constitucion de un derecho real, verificados en el extranjero por extranjeros ó por regnícolas, que se refieran á bienes sitos en España y que á celebrarse en ella serian válidos, puedan inscribirse, y que aparezcan tambien con publicidad en el registro las incapacidades para enajenar que los tribunales extranjeros dentro de sus atribuciones impongan á personas que tengan bienes inmuebles ó derechos reales sobre ellos en nuestro territorio, ordena la Ley que *tambien se inscriban en el registro los documentos ó títulos otorgados en país extranjero, que á serlo en el nuestro se inscribirian, con tal que tengan fuerza en España con arreglo á las leyes, y las ejecutorias de la misma clase pronunciadas por tribunales extranjeros á que deba darse cumplimiento en el reino, con arreglo á la Ley de Enjuiciamiento civil* (4). Pero para la inscripcion, es indispensable que *los documentos otor-*

(1) Artículo 3.º de la misma Ley.

(2) Artículo 6.º del Reglamento.

(3) Artículo 8.º

(4) Artículo 5.º de la Ley.

gados en el extranjero hayan sido oficialmente traducidos por la oficina de la interpretación de lenguas, ó por cualquier otro funcionario que para ello esté competentemente autorizado; y respecto à las sentencias, será tambien preciso que el Tribunal Supremo de Justicia, conforme à lo determinado en la misma Ley de Enjuiciamiento civil, haya dispuesto su ejecucion (1). De este modo se resuelve tan importante punto de derecho internacional privado en beneficio general, y sin menoscabar en lo más mínimo el principio de la soberanía é independencia del país.

§ II.

Direccion é inspeccion de los registros.

618. Una de las ventajas principales de la Ley hipotecaria es la de haber hecho que el interés exclusivamente civil se sobreponga al fiscal en todo lo que concierne al registro de la propiedad, si bien conciliando este gran interés social con el del erario, el cual, por los impuestos sobre la trasmision de la propiedad inmueble, está interesado en conocer su movimiento. Consecuencia de esto es que los registros dependan exclusivamente del Ministerio de Gracia y Justicia (2), habiendo cesado la intervencion que en ellos tenían el de Hacienda y otras direcciones y empleados.

619. Bajo la dependencia inmediata de aquel ministerio, se restableció la *Direccion general de la Propiedad* (3), convenientemente organizada (4), con atribuciones propias que la Ley y Reglamento expresamente le señalan (5), y que por corresponder

(1) Artículo 9.º del Reglamento.

(2) Artículo 265 de la Ley.

(3) Artículo 266. Por Real decreto de 3 de Agosto de 1866, se refundió la *Direccion general del Registro de la Propiedad* en la secretaria del Ministerio de Gracia y Justicia; pero ha vuelto à establecerse por la Ley hipotecaria reformada, con el nombre de *Direccion general del Registro de la Propiedad y del Notariado*.

(4) Título X del Reglamento.

(5) Estas atribuciones se designan en los arts. 267 y 270 de la Ley, y en el 243 del Reglamento.

al derecho administrativo, sólo comprendemos en la parte que más se rozan con el civil. Una de estas atribuciones es ejercer la alta inspeccion y vigilancia en todos los registros del reino, entendiéndose para ello con los presidentes de las Audiencias, y aun con los de los tribunales de partido ó jueces municipales delegados para la inspeccion de los registros y con los mismos registradores, cuando lo crea conveniente para el mejor servicio (1).

620. La inspeccion de los registros en el territorio de cada Audiencia está encargada à los presidentes, que ejercen inmediatamente las facultades que en tal concepto les corresponden, por medio de los presidentes de los tribunales de los partidos respectivos, ó en su defecto, de los jueces municipales, quienes serán para este efecto sus delegados. En los pueblos donde haya más de un tribunal de partido, ejercerá la delegacion el presidente que el de la Audiencia designe: si en el pueblo del registro no hubiere tribunal de partido, el presidente de la Audiencia podrá conferir la delegacion al juez municipal del mismo ó à otro de alguno de los pueblos inmediatos, si lo considera conveniente (2). Este último período ha sido añadido en la ley reformada.

621. En el concepto de inspectores de los registros, deben los presidentes ó sus delegados visitarlos en las épocas que la Ley señala (3), y además los primeros pueden hacerles visitas extraordinarias, teniendo derecho de delegar sus facultades, si lo creyeren necesario, en un magistrado de la Audiencia, ó en un presidente de tribunal de partido cuando el delegado ordinario sea un juez municipal (4). La Ley marca sus atribuciones y deberes generales en esta materia, y el Reglamento los desenvuelve (5). Aquéllas llegan hasta la facultad de imponer multas (6), de suspender à los registradores (7) y de nombrar quien interinamente los reemplace, si bien dando cuenta justificada al Gobierno (8),

(1) Atribucion 5.ª del citado art. 267.

(2) Artículo 268 de la Ley.

(3) Artículo 269.

(4) Artículo 270.

(5) Artículos del 270 al 275 de la Ley, y tit. VIII del Reglamento.

(6) Artículo 322 de la Ley.

(7) Artículo 274.

(8) Artículo 265.

como expondremos al tratar de la responsabilidad de los registradores.

622. Como consecuencia de esta inspeccion, los registradores consultarán directamente con el presidente de la Audiencia ó con el del tribunal de partido cualquiera duda que se les ofrezca sobre la inteligencia y ejecucion de la ley ó de los reglamentos que se dicten para aplicarla. Si consultado el segundo dudare sobre la resolucio[n] que se debe adoptar, elevará la consulta con su informe al presidente de la Audiencia. Si consultado éste por el presidente del tribunal de partido ó por el registrador tuviere la misma duda, elevará la consulta al Gobierno (1). Así ha quedado establecido un sistema de dependencia gradual, que vendrá á producir la unidad de jurisprudencia en esta parte interesante del derecho.

623. Pero las consultas no deben perjudicar á los interesados que con este motivo no puedan obtener *algún asiento principal en el registro de la propiedad*. Para salir al encuentro de esta dificultad, se ha ordenado que se haga una *anotacion preventiva* (2), con lo que se evitará al interesado toda clase de perjuicios, como expondremos al tratar de las anotaciones preventivas.

§ III.

Del nombramiento, cualidades y deberes de los registradores.

624. La Ley quiere que los cargos de registradores recaigan en personas que reúnan la edad y la ciencia necesarias para el desempeño de las importantes funciones que se les confian. Al efecto ordena que sean mayores de veinte y cinco años y abogados, y que den prueba de su capacidad por medio de una oposicio[n] (3). Con sólo considerar los conocimientos jurídicos que necesita el registrador, y las responsabilidades en que la falta de pericia puede comprometerle, queda justificado el precepto de la Ley, la cual prescribe el modo de ingresar en la carrera de re-

(1) Artículo 276.

(2) Artículo 277.

(3) Artículo 298. Para ser nombrado registrador, exigia este artículo ántes de su reforma, haber desempeñado funciones judiciales ó fiscales, ó haber ejercido la abogacía cuatro años por lo ménos.

gistradores y las reglas que se han de seguir en la provision de los registros (1). El nombramiento se hace *por el Ministerio de Gracia y Justicia* (2), bajo cuya dependencia exclusiva, como queda dicho, se hallan los registros.

625. Al lado de las circunstancias indispensables para ser registrador, pone la Ley las que inhabilitan para este cargo.

626. No estaria el cargo de registrador á la altura que requiere, si personas no reputadas generalmente por capaces para desempeñar funciones públicas pudieran obtenerlo. De aquí dimana que no puedan ser nombrados registradores: 1.º Los fallidos ó concursados que no hayan obtenido rehabilitacion. 2.º Los deudores al Estado ó á fondos públicos, como segundos contribuyentes ó por alcance de cuentas. 3.º Los procesados criminalmente, mientras lo estuvieren. 4.º Los condenados á penas aflictivas, mientras no obtengan rehabilitacion (3).

627. El cargo de registrador será incompatible con el de juez municipal, alcalde, notario y con cualquier empleo dotado de fondos del Estado, de las provincias ó de los pueblos (4); incompatibilidades que se fundan en la conveniencia de no distraerle de sus tareas, que han de ser diarias, á horas determinadas y de asistencia precisa. En la incompatibilidad con el cargo de notario, hay tambien la razon especial de que la ley se ha propuesto que los registros de la propiedad y los protocolos de los notarios

(1) Para el ingreso en la carrera de registradores de la propiedad se crea un cuerpo de aspirantes á registros, del que se entrará á formar parte, previa oposicio[n], verificada en los términos que establecerá un reglamento especial. (Artículo 303 de la LEY HIPOTECARIA, nuevamente redactado de conformidad con lo dispuesto por la ley de 21 de Julio de 1876.) En el mismo artículo se establecen, como decimos arriba, las reglas que se han de seguir en las oposiciones de los registros vacantes ó que en lo sucesivo vacaren, en cuyo exámen no nos ocupamos por no ser materia propia de esta obra.

(2) Artículo 302 de la Ley.

(3) Artículo 299 de la misma.

(4) Artículo 300. El cargo de registrador es tambien incompatible con los de diputado provincial ó á Córtes, de oficial letrado de Hacienda y demás empleos públicos que por su especial naturaleza no permitan desempeñar el de registrador en la forma que determinan las disposiciones vigentes. (Reales órdenes de 12 de Julio de 1871, de 9 de Abril de 1878 y resolucio[n] del Congreso de los diputados en 1876.)

sean una comprobacion y una fiscalizacion recíproca. Sin embargo, la Ley determina que, *en el caso de que anunciada la vacante del registro no hubiere aspirante alguno, el Gobierno podrá dispensar estas incompatibilidades, excepto las de juez municipal y notario* (1).

628. *Cada registro de la propiedad estará á cargo de un registrador* (2); y para el efecto del nombramiento de los registradores, *los registros se dividen en cuatro clases, segun sus rendimientos. La clase y fianza que corresponden á cada registro, es la señalada en el estado adjunto al Real decreto de 2 de Mayo de 1881* (3).

629. Para cubrir las responsabilidades en que pueden incurrir los registradores por razon de sus cargos, y para que sin necesidad de estar á las consecuencias del estado de su fortuna, á las dilaciones y molestias de un juicio ejecutivo y á las inciertas vicisitudes de un concurso de acreedores, tengan los perjudicados por ellos el medio de obtener la indemnizacion de los daños que les hayan causado, se ha establecido que los *registradores nombrados no podrán ser puestos en posesion de su cargo sin que presenten previamente una fianza* (4), cuyo importe se fija en el estado á que hemos hecho referencia. Para el caso en que el nombrado registrador no prestare la fianza, se ha escogitado el modo de suplirla por medio del depósito de parte de los honorarios hasta completar la suma de la garantía (5). El Reglamento establece todo lo que se refiere á las fianzas (6) y depósitos, de cuyos pormenores no debemos tratar aquí.

630. *La fianza, y el depósito en su caso, quedan afectos mientras no se devuelvan, á las responsabilidades en que los registradores incurran por razon de su cargo, con preferencia á cuales-*

(1) Artículo 300.

(2) Artículo 297.

(3) Artículo sustituido por el decreto citado en el texto al 260 del Reglamento; en él se determina además que la expresada clasificacion sólo podrá reformarse pasados diez años desde dicha fecha.

(4) Artículo 304 de la Ley.

(5) Artículo 305 de la Ley.

(6) Artículo 271 y siguientes del Reglamento.

quiera otras obligaciones de los mismos registradores (1). Ni aquélla ni éste se devuelven *hasta tres años despues de haber cesado el registrador en su cargo* (2), y *no desde que cese en un registro para pasar á otro* (3), durante cuyo tiempo se hacen en los periódicos oficiales las publicaciones que están expresamente prevenidas (4). *Al registrador que pase de un registro de mayor fianza á otro que la exija menor, no se devolverá la diferencia, sino en el plazo y con las condiciones ántes expuestas* (5).

631. Es tambien obligacion de los registradores, tan luego como entran en posesion, proponer al presidente de la Audiencia persona de su confianza que los reemplace en ausencias y enfermedades: si el presidente se conforma, expide el nombramiento al sustituto; si por algun motivo grave no se conforma, manda al registrador que le proponga otro. El sustituto desempeña sus funciones bajo la responsabilidad del registrador, y es removido siempre que éste lo solicite (6). *Puede ser nombrado sustituto del registrador cualquier español de estado seglar, mayor de veinticinco años, exceptuando los notarios y escribanos de actuaciones* (7). Los oficiales y auxiliares que el registrador necesite son nombrados y retribuidos por él, y desempeñan los trabajos que les encomiende, pero bajo su única y exclusiva responsabilidad (8).

632. No seria ni conveniente ni justo que personas á quienes tantas condiciones se exigen y tantas obligaciones se imponen, tuvieran igual amovilidad que algunos funcionarios del orden administrativo. Esto, sobre rebajar la importancia de sus cargos, alejaria de ellos á los más aptos para desempeñarlos. Por esta razon, *los registradores no pueden ser removidos ni trasladados á otros registros contra su voluntad, sino por sentencia judicial, ó por el Gobierno en virtud de expediente instruido por el presidente de la Audiencia con audiencia del interesado é informe del*

(1) Artículo 307 de la Ley.

(2) Artículo 306 de la misma.

(3) Artículo 380.

(4) Artículo 306 citado de la Ley, y 277 del Reglamento reformado.

(5) Artículo 331 de la Ley.

(6) Artículo 309.

(7) Artículo 284, tít. XI reformado del Reglamento.

(8) Artículo 301 de la Ley.

presidente del tribunal del partido. Para que la remocion ó traslacion pueda decretarse por el Gobierno, se deberá acreditar en el expediente alguna falta cometida por el registrador en el ejercicio de su cargo ó que le haga desmerecer en el concepto público, y será oida la seccion de Gracia y Justicia del Consejo de Estado (1).

633. Entre las obligaciones de los registradores se cuenta la de costear los gastos necesarios para conservar y llevar los registros (2), puesto que á ellos corresponde tambien la percepcion de los honorarios que al efecto señala el arancel.

634. Por último, deben los registradores formar la estadística de sus respectivos registros, remitiendo despues al presidente de la Audiencia, para que éste á su vez lo haga al Gobierno, los estados que la Ley determina (3), y en la forma que señala el Reglamento (4).

§ IV.

De la responsabilidad de los registradores.

635. No se trata aquí de la responsabilidad criminal á que puede dar lugar la conducta de los registradores, perpetrando ac-

(1) Artículo 308. La prohibicion de trasladar arbitrariamente á los registradores, así como la necesidad de oír á la Seccion de Gracia y Justicia del Consejo de Estado cuando la remocion ó traslacion se haya de verificar por el Gobierno en virtud de expediente, son garantías establecidas que no se hallaban en la Ley ántes de la reforma. El art. 287 del Reglamento reformado en los títulos XI y XII señala las causas de remocion; el 289, las de traslacion. El 290 establece cuándo y de qué manera se ha de proceder á la formacion del expediente, así como tambien los casos en que la remocion proceda de derecho, ó sea por sentencia judicial, y viene á ser el complemento del 308 de la Ley.

(2) Artículo 312 de la Ley.

(3) Artículos 310 y 311.

(4) Título XII reformado del Reglamento. Además de los cuatro estados anuales que deben formar los registradores, segun dispone la Ley, y de los que les exija la Direccion general, deberán formar otros dos, de los cuales el primero ha de expresar las fincas registradas por primera vez durante cada año, con su valor y extension, y el segundo los honorarios devengados en igual período. (Art. 302 del expresado título.)

tos que el Código penal castiga, lo cual no se impide ni detiene nunca por correcciones disciplinarias, ni por demandas de responsabilidad civil (1); sólo se trata de ésta, para cuya más fácil exaccion se han exigido la fianza ó el depósito de que ántes hemos hablado. Pero no sólo se puede hacer efectiva la responsabilidad con la fianza ó con el depósito de los registradores, sino tambien con sus demás bienes, por todos los daños y perjuicios que ocasionen (2). Esto es conforme con el principio general del derecho, segun el cual, todos están obligados á resarcir con sus bienes los daños y perjuicios que provengan de la omision, descuido ó negligencia que les sean imputables. La responsabilidad alcanza á las indemnizaciones y multas á que pueden dar lugar los actos ó las omisiones de su suplente, mientras esté á su cargo el registro (3), sin perjuicio de la accion que contra éste pueda en su caso corresponder al registrador.

636. Para no dejar este grave punto de la responsabilidad civil al libre arbitrio judicial, fija la Ley los casos concretos y únicos que dan lugar á ella. Estos son:

1.º Por no asentar en el diario, no inscribir ó no anotar preventivamente en el término señalado en la ley, los títulos que se presenten al registro.

2.º Por error ó inexactitud cometidos en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas ó notas marginales (4).

3.º Por no cancelar sin fundado motivo alguna inscripcion ó anotacion, ó omitir el asiento ó nota marginal en el término correspondiente.

4.º Por cancelar alguna inscripcion, anotacion preventiva ó nota marginal, sin el título y requisitos que exige esta ley.

5.º Por error ó omision en las certificaciones de inscripcion ó de libertad de los inmuebles ó derechos reales, ó por no expedir dichas certificaciones en el término señalado en esta ley (5).

(1) Artículo 320 de la Ley.

(2) Artículo 313.

(3) Artículo 316.

(4) Por Real orden de 23 de Setiembre de 1874 se declara «que es evidente que se hallan comprendidos en este artículo cualquier error ó inexactitud que perjudique á tercero, y por consiguiente, lo que consiste en devengar y percibir honorarios indebidos.»

(5) Artículo 313 de la Ley.

637. Sólo pueden ser imputados á los registradores sus actos ó descuidos, y por lo tanto no los errores, inexactitudes ú omisiones cuando tengan su origen en algun defecto del mismo título inscripto, y no sea de los que notoriamente debieran haber motivado la denegacion ó la suspension de la inscripcion, anotacion ó cancelacion (1). Lo demás sería hacer recaer sobre ellos las culpas de otros. En el caso de que el registrador hubiera padecido algun error y lo hubiese rectificado, no por eso se libertará de la responsabilidad en que pueda haber incurrido por los perjuicios que hayan ocasionado los mismos asientos antes de ser rectificadlos (2).

638. Veamos en qué puede consistir esta responsabilidad. *El que por error, malicia ó negligencia del registrador perdiera un derecho real ó la accion para reclamarlo, podrá exigir desde luego del mismo registrador el importe de lo que hubiere perdido; mas el que por las mismas causas pierda sólo la hipoteca, podrá exigir que el registrador, á su eleccion, ó le proporcione otra hipoteca igual á la perdida, ó deposite desde luego la cantidad asegurada para responder en su dia de dicha obligacion (3).*

639. Pero si bien es justo y conveniente á los interesados, y hasta necesario al crédito territorial, que el registrador indemnice directamente á los perjudicados, no lo sería que se eximiese de toda responsabilidad el que por el acto ú omision del registrador quedara libre de alguna obligacion inscripta. Será, pues, responsable solidariamente con el mismo registrador, del pago de las indemnizaciones á que éste sea condenado por su falta (4). Pero si el registrador ha indemnizado ya al perjudicado, podrá repetir la cantidad que por tal concepto pagare del que por su falta haya quedado libre de la obligacion inscripta (5); pues aunque por su parte no haya fraude, no sería justo que por un acto ajeno culpable, ó indiscreto si se quiere, él quedara beneficiado. Mas si el perjudicado, sin usar del derecho de reclamar directamente contra el registrador ó contra éste y el favorecido, prefiriere dirigir

(1) Artículo 314.

(2) Artículo 315.

(3) Artículo 317.

(4) Artículo 318.

(5) Artículo 319.

su accion contra el último, *no podrá repetir contra el registrador, sino en el caso de que no llegue á obtener toda la indemnizacion reclamada, ó alguna parte de ella (1)*; puesto que no sería justo que se pudiera pedir á dos la misma cosa por la misma causa y por separado, ni que uno tuviera una indemnizacion doble por los perjuicios sufridos. Estas demandas deberán entablarse y sustanciarse ante el juzgado ó tribunal á que corresponda el registro en que se haya cometido la falta (2), siguiéndose el juicio contradictorio como exige la naturaleza de los derechos reclamados.

640. Cuando haya una sentencia pronunciada contra el registrador que llegue á ser ejecutoria, condenándole á indemnizacion de daños y perjuicios, no ha querido la Ley que el primero que se quejó sea solamente indemnizado, sino por el contrario, que lo sean igualmente los demás que, en la inteligencia de que la fianza constituida bastaria para garantizarlos, no hayan aún deducido sus acciones, porque siendo todos acreedores de una clase y por lo tanto igual su derecho, sería injusto cualquier privilegio.

641. Al efecto ha establecido la manera de hacer pública la ejecutoria cuando las condenas hubieren de hacerse efectivas con la fianza, por no satisfacer el registrador el importe de la indemnizacion (3); pero sólo, si en el corto término de ocho dias, contados desde la notificacion de la sentencia, no se verificare el pago de lo debido ó no se consignare la cantidad necesaria al efecto (4); derecho y respiro que se le conceden por lo que influye en su descrédito que tenga que acudir á la fianza ó al depósito. Avisados así los demás perjudicados, podrán deducir sus respectivas demandas, y si no lo hicieron en el término de noventa dias, se llevará á efecto la sentencia (5). Si se dedujeren dentro del término expresado algunas reclamaciones, continuará suspendida la ejecucion de la sentencia hasta que recaiga sobre ellas ejecutoria,

(1) El mismo art. 319.

(2) Artículo 321. Donde haya más de un juzgado, ante el juez decano, añadia el antiguo artículo.

(3) Artículo 323 de la Ley.

(4) Artículo 298 del Reglamento reformado en 24 de Octubre de 1876.

(5) Artículo 323 de la Ley.

á no ser que la fianza bastare notoriamente para cubrir el importe de dichas reclamaciones despues de cumplida la ejecutoria (1).

642. Como, segun queda dicho, en este caso es igual el derecho de todos los perjudicados, de aqui que cuando la fianza ó el depósito no alcanzaren á cubrir todas las reclamaciones que se estimen procedentes, se proratee su importe entre los que las hayan formulado (2).

643. El perjudicado que no deduzca su demanda en el término de los noventa dias, no debe á su vez perjudicar á los que oportunamente concurrieron: si por su negligencia sufre algun daño, impúteselo á sí mismo. Por eso deberá ser indemnizado en su caso con lo que restare de la fianza ó de los bienes del mismo registrador, quedando expedita su accion contra el que por culpa de éste haya quedado libre de la obligacion inscripta (3).

644. Respondiendo el registrador, segun lo manifestado, además de con la fianza ó el depósito, con todos sus bienes, al buen desempeño de su cargo, todo lo que aqui decimos se entiende que es sin perjuicio de esta responsabilidad (4). Por esto, si admitida la demanda de la indemnizacion no pareciere bastante para asegurar su importe el de la fianza, deberá el juez ó tribunal decretar, á instancia del actor, una anotacion preventiva sobre los bienes del registrador (5).

645. Siguiendo el legislador el espíritu de nuestro derecho, muy claramente demostrado en el Código penal, ordena que cuando un registrador fuere condenado á la vez á la indemnizacion de daños y perjuicios y al pago de multas, se abonarán con preferencia los primeros (6).

646. Conviniendo no dejar indefinidamente ni por largo tiempo abierta la puerta á las reclamaciones contra los registradores, dándose así ocasion á que los hechos se oscurezcan, y se pierdan

- (1) Artículo 324 de la misma.
- (2) Artículo 325.
- (3) Artículos 318 y 327.
- (4) Artículo 325.
- (5) Artículo 328.
- (6) Artículo 339.

los medios de justificacion de que, deducidas aquéllas oportunamente, hubieran podido valerse para su defensa, se ha establecido que la accion para pedir contra ellos la indemnizacion de daños y perjuicios prescribirá al año de ser conocidos los mismos perjuicios por el que pueda reclamarlos, y no durará en ningun caso más tiempo que el señalado por las leyes comunes para la prescripcion de las acciones personales, esto es, veinte años segun la ley de Toro, contándose desde la fecha en que la falta haya sido cometida (1). Conforme con el espíritu de este precepto hay otro en virtud del cual, el que durante noventa dias no agitare el curso de la demanda que hubiere deducido, se entenderá que renuncia á su derecho (2). Tiempo ha tenido el demandante de prepararse para el juicio ántes de deducir la accion, y no es justo que por su inactividad prolongue la situacion irregular del registrador cuya diligencia ó probidad estén en tela de juicio, y lo es que cese el desprestigio que semejante estado de cosas puede hacer recaer sobre el registro, y por lo tanto, sobre el crédito territorial.

647. Hasta aqui hemos tratado de la responsabilidad civil de los registradores en lo que se refiere á la indemnizacion de los perjuicios originados; debemos además hacer algunas indicaciones respecto á las facultades disciplinarias para corregir sus faltas. Las infracciones que cometan de la ley ó de los reglamentos para su ejecucion, aunque no causen perjuicio á tercero ni constituyan delito, serán castigadas sin formacion de juicio por los presidentes de Audiencia, con multa de 100 á 1.000 pesetas (3), segun dice la Ley. El Reglamento amplía esta disposicion, manifestando que los presidentes de las Audiencias pueden imponer á los registradores de la propiedad las siguientes correcciones disciplinarias: *Apercibimiento.—Reprehsion.—Multa hasta 1.000 pesetas. De la resolucion del presidente podrá acudirse en queja á la Direccion general, y su decision causará estado* (4).

La Direccion general les podrá imponer además las siguientes: *Suspension por espacio de tres meses á un año.—Privacion*

- (1) Artículo 332.
- (2) Artículo 333 de la Ley.
- (3) Artículo 322.
- (4) Artículos 295 y 296, tit. XI reformado del Reglamento.

de ascenso y traslacion por espacio de uno á tres años. Pero estas correcciones sólo se impondrán cuando de palabra, por escrito ó por obra los registradores fallasen al respeto á sus superiores jerárquicos; así como tambien cuando en las operaciones de registro infringieren las disposiciones legales, y el Gobierno no hiciere uso de dicha facultad. El registrador que se crea injustamente corregido, podrá recurrir en queja al Ministro de Gracia y Justicia, y la resolución de este causará estado (1).

648. Con objeto de hacer más vigilante la inspeccion, se ha ordenado que los jueces ó tribunales ante quienes se pongan demandas de indemnizacion, den inmediatamente parte á los presidentes respectivos, los cuales, si lo creyeren procedente, les mandarán que dispongan la anotacion preventiva sobre los bienes del registrador, no estando ya acordada, y que les den cuenta de los progresos del litigio en periodos señalados (2). Por igual motivo, las salas de justicia de las audiencias que dicten sentencia firme condenando á un registrador al abono de daños y perjuicios, dispondrán que al mismo tiempo que ésta se notifique á las partes, se remita una copia de ella al presidente de la Audiencia respectiva, para que en su vista y con la oportunidad conveniente adopte las medidas que juzgue necesarias (3).

§ V.

De la publicidad de los registros.

649. Queda dicho que una de las bases cardinales del nuevo sistema hipotecario es la publicidad. La comision que ha redactado la Ley de hipotecas, ha manifestado la significacion que daba á esta palabra para que no pudiera ser torcidamente interpretada: quiere decir que no han de existir hipotecas ocultas; que no puede perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga real que grave sobre propiedad, si no está inscrita en el registro; que el descuidado en inscribir no dañe al diligente, y que los registros se franqueen á todos los que quieran adquirir

(1) Artículos 293, 295 y 296.
(2) Artículo 333 de la Ley.
(3) Artículo 298 del citado Reglamento reformado.

bienes inmuebles, prestar sobre ellos, comprobar derechos que puedan corresponderles, ó que tengan cualquier interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y de sus gravámenes. Este pensamiento lo comprende la Ley, diciendo que los registros serán públicos para los que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles ó derechos reales inscritos (1).

650. La publicidad puede hacerse, ó por exhibicion de los libros á los interesados, ó por certificaciones dadas por los registradores.

651. Para la exhibicion, los registradores pondrán de manifiesto los registros en la parte necesaria á las personas que á su juicio tengan interés en consultarlos, sin sacar los libros del oficio y con las precauciones convenientes para asegurar su conservacion (2). Para ello bastará petición verbal del interesado, siempre que indique claramente las fincas ó derechos cuyo estado pretenda averiguar (3).

652. No es ménos lato que la Ley en hacer accesibles los registros el Reglamento, pues que permite sacar de ellos notas á los particulares, pero sin copiar los asientos (4).

653. Los registradores están autorizados para dar certificaciones afirmativas ó negativas de lo que resulte de los registros, en los casos que la Ley expresamente señala (5), y en la forma que la misma (6) y el Reglamento (7) determinan; pero siempre ó á instancia por escrito de los interesados, ya sean particulares ó ya representantes del Estado, ó en virtud de mandamiento judicial (8). Las certificaciones podrán referirse, bien á un periodo fijo y señalado, ó bien á todo el trascurrido desde la primitiva instalacion del registro respectivo (9); y serán, ó literales, ó en re-

(1) Artículo 279 de la Ley.
(2) Artículo 280 de la misma.
(3) Artículo 225 del Reglamento.
(4) Artículo 227 del mismo Reglamento.
(5) Artículo 281 de la Ley.
(6) Artículos 288, 289, 291, 292, 293 y 294 de la Ley.
(7) Artículo 228 y siguientes del tít. IX del Reglamento.
(8) Artículo 285 de la Ley.
(9) Artículo 282.

lacion que deberá contener las circunstancias que expresamente determina la ley (1).

654. *La libertad ó gravámen de los bienes inmuebles sólo podrán acreditarse en perjuicio de tercero, por certificaciones expedidas por los registradores (2). Cuando no fueren conformes con los asientos de su referencia, se estará á lo que de éstos resulte, porque son la matriz de las certificaciones; pero quedará, como es justo, salva la accion del perjudicado por ellas, para exigir la indemnizacion correspondiente del registrador que haya cometido la falla (3).*

655. No debe quedar sin recurso el que por la mala fe, apreciacion errada ó capricho del registrador no pudiese examinar ú obtener certificacion de lo que necesitare y fuere de dar. Por esto, cuando el registrador se negare á manifestar el registro ó á dar certificacion de lo que en él conste, podrá el que lo haya solicitado acudir en queja al presidente de la Audiencia, si residiere en el mismo lugar, ó al delegado para la inspeccion del registro. El presidente, ó el delegado, entendiendo en este negocio como en un acto de jurisdiccion voluntaria, decidirá oyendo al registrador. Si la decision fuere del delegado, podrá recurrirse al presidente en queja (4). La ley señala qué es lo que deben contener las solicitudes de los reclamantes y los mandamientos de los jueces (5).

656. Tambien se da á los interesados recurso contra las dilaciones indebidas de los registradores, concediendo, sin embargo, á éstos el espacio suficiente para que puedan expedir las certificaciones que se les pidan. Tienen que expedirlas en el más breve término posible, pero sin que éste pueda exceder nunca del correspondiente á cuatro dias por cada finca cuyas inscripciones, libertad ó gravámenes se trate de acreditar (6). Trascurrido el término, podrá acudir el interesado al presidente ó á su delegado, solicitando le admita justificacion de la demora, y procediéndose del modo que queda expuesto al tratar de la denegacion de las certificaciones (7).

(1) Artículo 290.

(2) Artículo 283.

(3) Artículo 284.

(4) Artículo 286.

(5) Artículo 287.

(6) Artículo 295 de la ley.

(7) Artículo 296.

§ VI.

Del modo de llevar el registro.

657. Incalculables son los intereses permanentes y transitorios que se encierran en los registros, que más que á la generacion, actual han de afectar á las venideras, las cuales verán escritos en ellos los derechos de la propiedad, la série de las sucesiones, las alianzas de las familias, y la seguridad de las transacciones verificadas en los siglos anteriores. Por esto, nada de cuanto conduzca á su legitimidad, autenticidad y seguridad puede ser considerado con indiferencia por el legislador. De aquí dimana la atencion prolija con que se ha mirado este punto en la Ley y en el Reglamento.

658. *El registro de la propiedad se llevará en libros foliados y rubricados por los presidentes de los tribunales de partido ó jueces municipales delegados para la inspeccion de los registros (1). Estos libros serán uniformes para todos los registros, estarán numerados por órden de antigüedad, y se formarán bajo la direccion del Ministerio de Gracia y Justicia, con todas las precauciones convenientes, á fin de impedir cualesquiera fraudes ó falsedades (2), y sólo de este modo harán fe (3). No puede desconocerse la importancia de estas disposiciones, que á pesar de que tienen cierto carácter reglamentario, por su gravedad se consideraron dignas de figurar en la ley. La intervencion de la autoridad judicial imprime en los libros un sello de legalidad, al mismo tiempo que su uniformidad y los medios empleados por el Gobierno para su conservacion y para hacer, ya que no imposibles, sumamente difíciles las falsificaciones, á la vez que fácil su descu-*

(1) Artículo 222 de la Ley. Por la Ley hipotecaria de 1861, el registro se dividia en dos secciones; una que se titulaba de la PROPIEDAD, y otra de las HIPOTECAS. La seccion de las hipotecas se habia de llevar en dos libros, uno por órden de fechas, y otro por órden alfabético. Mas por la Ley reformada se suprimieron los libros de hipotecas, y éstas deberán inscribirse del mismo modo que los demás derechos reales.

(2) Artículos 223 y 226.

(3) Artículo 224.

brimiento, son garantías que no podrian ser reemplazadas probablemente por otras más directas y eficaces.

659. Pero era necesario además evitar su extravío, y alejar todo motivo ó pretexto que pudiera dar lugar á creer que en ellos habia corrupcion. Para conseguirlo, *los libros del registro no se sacarán por ningún motivo de la oficina del registrador; todas las diligencias judiciales ó extrajudiciales que exijan su presentacion, se ejecutarán precisamente en la misma oficina* (1), para que de este modo pueda ser más directa la responsabilidad, evitándose los inconvenientes que origina la intervencion de muchas manos, que naturalmente lleva consigo el que se divida entre todas ellas la responsabilidad, la cual sólo con esto se debilita.

La Ley, completada en esta parte por el Reglamento, establece varias reglas respecto á lo que debe contener el registro de la propiedad, el modo de llevar los libros y de hacer los asientos, las notas que han de ponerse á los títulos que se inscriban ó cuando se cancelen hipotecas, las diligencias que diariamente deben practicarse para que no pueda haber alteracion en la fecha verdadera de los asientos, las precauciones para que no se eluda el pago de los impuestos que afectan á las transmisiones de dominio ó de otros derechos en la cosa, las formalidades que han de preceder á la inscripcion ordenada por providencia judicial, y el modo de conservar los documentos que deben quedar en las oficinas del registro (2).

660. *Los asientos de presentacion, hechos fuera de las horas en que deba estar abierto el registro, serán nulos* (3); de-

(1) Artículo 225 de la Ley.

(2) Artículo 227 y siguientes de la Ley hasta el 251, y todo el título VI del Reglamento.

(3) Artículo 243 de la Ley. Este artículo decia en la Ley no reformada: «Las inscripciones hechas en dias feriados serán nulas.» Y en esta disposicion están comprendidas las inscripciones, anotaciones preventivas y cancelaciones que se verifiquen en dias feriados, y los asientos de presentacion que se hagan fuera de las horas previamente señaladas para estar abierto el registro. Las declaraciones de nulidad ó validez de tales inscripciones ó asientos se hacen á instancia de parte, y son de la competencia de los tribunales. (Real orden de 23 de Agosto de 1866.)

Mas aún cuando la Ley reformada ha hecho esta alteracion en el artícu-

claracion que tiene por objeto evitar que quien en la confianza de que la ley se cumpla, espera para hacer una inscripcion la primera hora hábil, sea perjudicado por el que fué con anticipacion á inscribir cuando no lo era permitido.

661. Como hay omisiones en las inscripciones y anotaciones que las anulan, segun expondremos en su lugar, y además pueden cometerse errores que en último resultado se conviertan en daño de los que inscriben, de aquí dimana que *los interesados en una inscripcion, anotacion preventiva ó cancelacion, puedan exigir que, antes de hacerse en el libro el asiento principal de ella, se les dé conocimiento de la minuta del mismo asiento. Si notaren en ella algun error ú omision importante, podrán pedir que se subsane, acudiendo al presidente de la Audiencia ó á su delegado, en el caso de que el registrador se negare á hacerlo.* Estas autoridades resolverán lo que proceda, sin forma de juicio y en el término de seis dias (1), lo que equivale á considerar esto como un acto de jurisdiccion voluntaria. *Siempre que se dé al interesado conocimiento de la minuta en la forma que acaba de exponerse, y manifieste su conformidad, ó no manifestándola, decida el presidente de la Audiencia la forma en que aquella se ha de extender, se hará mencion de una ú otra circunstancia en el asiento respectivo* (2). La falta de juicio contencioso está suplida aquí con cuantas garantías fuera de él pueden escogitarse.

§ VII.

Títulos sujetos á inscripcion.

662. *En los registros se inscribirán* (3):

1.º *Los títulos traslativos del dominio de los inmuebles ó de los derechos reales impuestos sobre los mismos, entendiéndose la pa-*

lo 243, no por eso ha podido ser su objeto habilitar los dias feriados, en los cuales, por consiguiente, no podrán verificarse inscripciones, anotaciones, cancelaciones, ni asientos de presentacion, segun se deduce de las palabras del art. 242.

(1) Artículo 252 de la Ley.

(2) Artículo 253.

(3) Artículo 2.º de la Ley. Mas el número 1.º de este artículo, que previene que se inscriban en el registro los títulos traslativos del dominio de

labra inmuebles del modo que para los efectos de la LEY HIPOTECARIA queda expuesto con repeticion.

2.º Los títulos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen ó extingan derechos de usufructo, uso, habitacion, enfiteusis, hipotecas, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.

3.º Los actos ó contratos en cuya virtud se adjudiquen á alguno bienes inmuebles ó derechos reales, aunque sea con la obligacion de transmitirlos á otro, ó de invertir su importe en objetos determinados.

4.º Las ejecutorias en que se declare la incapacidad legal para administrar, ó la presuncion de muerte de personas ausentes; se imponga la pena de interdiccion, ó cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto á la libre disposicion de sus bienes.

5.º Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un periodo que exceda de seis años, ó los en que se hayan anticipado las rentas de tres ó más años, ó cuando sin tener ninguna de estas condiciones, hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban (1).

6.º Los títulos de adquisicion de los bienes inmuebles y derechos reales que poseen ó administran el Estado ó las corporaciones ci-

los inmuebles, no establece la nulidad de los que no se inscriban, sino que limita sus preceptos á salvar los derechos de tercero, pero dejando vivas las obligaciones entre quienes las hayan contraido. (Sentencia de 16 de Noviembre de 1870.)

Verificado en pública subasta el remate de un inmueble y pagado su importe, la manifestacion del rematante de que lo habia hecho para otra persona, diciendo que se extendiera la escritura en nombre de ésta, no constituye una traslacion de dominio, sino una declaracion de haber obrado en nombre de otro, para cuyo acto no se requiere la inscripcion en el registro de la propiedad. (Sentencia de 9 de Abril de 1866.)

(1) «Los títulos inscriptos con arreglo al núm. 5.º del art. 2.º de la LEY HIPOTECARIA producen todos los efectos que hoy les concede, al propósito de hacer constar el gravámen temporal que afecta á la finca y que no puede ignorar el comprador, y por lo tanto, tiene que respetarlo ínterin dure el tiempo del arrendamiento, sin que esté en su mano lanzar al arrendatario, á cuyos derechos da estabilidad la inscripcion por el tiempo que dure el arriendo.» (Sentencia de 3 de Marzo de 1880.)

viles ó eclesiásticas, con sujecion á lo establecido en las leyes ó reglamentos.

Acerca de todo esto haremos algunas indicaciones.

663. Los documentos á que se refieren los tres números primeros de los seis que acabamos de transcribir, venian ya inscribiéndose, y con arreglo á la ley, debia esto verificarse siempre, si bien era bastante frecuente que en la práctica no se ejecutara. Respecto á estos documentos, el Reglamento para la ejecucion de la Ley hipotecaria ha procedido á hacer las siguientes explicaciones:

1.ª Que además de los títulos expresamente señalados en la Ley, deberán inscribirse cualesquiera otros relativos á derechos de l. misma índole, como adquisiciones de fincas pertenecientes á la mitad reservable de los mayorazgos, concesiones definitivas de minas, caminos de hierro, aguas, pastos y otras semejantes, ó bien cualquier acto ó contrato legitimo que, sin tener nombre propio en el derecho, modifique desde luego ó en lo futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles ó derechos reales (1).

2.ª Que los actos y contratos que con diferentes nombres se co-

(1) Artículo 1.º del Reglamento. La Real orden de 26 de Febrero de 1867 dictó tambien algunas disposiciones relativas á esta materia, cuya sustancia es la siguiente. La inscripcion de las concesiones de caminos de hierro ó canales deberá hacerse en el registro de la propiedad á que correspondiere el punto de arranque ó cabeza de camino ó canal, haciéndose una breve referencia de esta inscripcion en los demás registros cuyo territorio atraviase la obra pública. Las obligaciones hipotecarias al portador emitidas por las sociedades de obras públicas, autorizadas para hacerlo, no son inscribibles especial y determinadamente una por una; pero sí lo es la escritura pública en que debe constituirse la hipoteca. Y tendrá que expresarse en la inscripcion, que la hipoteca queda constituida á favor de los tenedores de las obligaciones á que la escritura se refiera, y en la parte proporcional que á cada obligacion corresponda. Las obras necesarias para la existencia y explotacion del camino ó canal no requieren inscripcion separada y especial, sino que se incluyen en la general ó particulares de la obra pública. Estas son las principales disposiciones de la Real orden de 26 de Febrero de 1867 acerca de tan importante materia, sobre la cual puede verse tambien una resolucion de la Direccion general de 20 de Febrero de 1874.

nocen en las provincias regidas por fueros especiales y producen respecto á bienes inmuebles ó derechos reales, cualquiera de los efectos de constituirlos, reconocerlos, transmitirlos, modificarlos ó extinguirlos, estarán tambien sujetos á inscripcion. Tales son, entre otros, el usufructo conocido en Aragon con el nombre de viudedad, el contrato denominado en Cataluña heredamiento universal, y otros semejantes siempre que hayan de surtir alguno de los mencionados efectos (1).

Las actas expedidas por el respectivo diocesano ó de su orden, que acrediten haberse realizado la conmutacion de los bienes de las capellanías colativas declaradas subsistentes con arreglo al Convenio de 24 de Junio de 1867 é Instruccion de 25 del propio mes, estarán asimismo sujetas á inscripcion (2). El Reglamento señala los documentos que para este fin han de presentarse, tanto en el caso en que la conmutacion se haya hecho sin contradiccion alguna, como en el de que á la declaracion del derecho de la familia haya precedido litigio, y determina tambien los efectos que en este segundo caso ha de producir la inscripcion á que no haya precedido además la presentacion de la ejecutoria.

Los bienes pertenecientes á capellanías colativas, declaradas extinguidas por el Convenio é Instruccion de 24 y 25 de Febrero de 1867, que en cumplimiento de la ley de 19 de Agosto de 1841 hubieren sido adjudicados ó se adjudicaren á consecuencia de sentencia firme declarada por los tribunales ordinarios, habiendo sido oido el ministerio fiscal, podrán tambien inscribirse en los registros de la propiedad (3).

(1) Artículo 2.º del mismo. Los heredamientos llamados en Cataluña *prelativos* no están sujetos á inscripcion. Tampoco lo están los *heredamientos preventivos* en que aún no se ha cumplido la condicion, ni llegado el caso que implica la institucion preventiva de heredero, pues cuando esto se verifica, se hallan sujetos á inscripcion. (Real orden de 24 de Octubre de 1871.)

(2) Párrafo 2.º del citado artículo.

(3) Decreto de 22 de Agosto de 1874.

Los testimonios librados por los notarios, de las adjudicaciones hechas á los herederos y legatarios en las particiones extrajudiciales aprobadas por escritura pública, que se practican por los interesados en uso de su derecho, son admisibles á inscripcion en el registro de la propiedad. (Real ór-

664. De lo dicho se infiere, que la obligacion de transmitir á otro el dominio de cualquier inmueble ó derecho real, ó de constituir sobre uno ú otro un derecho de la misma indole, no estará sujeta á inscripcion. Tampoco lo estará la obligacion de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos que en su caso pueden dar lugar á la inscripcion, á ménos que en uno ú otro caso sea garantida dicha obligacion personal por medio de otra real (1). Fúndase todo esto en que la promesa de celebrar un contrato que en su dia dé lugar á una inscripcion, no es el contrato que ha de inscribirse. La Ley hipotecaria se limita á los derechos en la cosa; no comprende los derechos á la cosa.

665. Nueva es en nuestro derecho la prescripcion de que se inscriban en el registro las ejecutorias que modifiquen la capacidad legal en cuanto á la libre disposicion de los bienes; pero la innovacion se justifica sólo con tener en cuenta que no basta para la enajenacion ó imposicion de cargas sobre bienes inmuebles, que el vendedor ó imponente sea su dueño, sino que tambien se requiere que tenga capacidad civil para hacerlo. Ni es necesario para que estén las ejecutorias sujetas á inscripcion, que declaren la incapacidad ó modifiquen la capacidad de un modo expreso; basta que produzcan legalmente una ú otra incapacidad, aunque no la declaren de un modo terminante (2).

den de 5 de Febrero de 1867.) Lo son tambien las particiones hechas extrajudicialmente ántes de regir la Ley de Enjuiciamiento, en que se hallen interesados menores ó incapacitados, aunque no hayan sido aprobadas judicialmente, siempre que concurren los demás requisitos necesarios. Las ejecutadas despues de la expresada ley, sólo se inscribirán si se ha obtenido licencia judicial para llevarlas á efecto, ó han sido aprobadas judicialmente. Tampoco es necesaria la aprobacion judicial en las particiones, para el efecto de inscribirlas, cuando los menores ó incapacitados han sido representados en la particion por sus padres en virtud de la patria potestad; así como tampoco cuando los testadores con sólo herederos voluntarios, han dispuesto que no se obtenga aquella licencia ó aprobacion. Los registradores de la propiedad no pueden denegar ó suspender la inscripcion de las expresadas particiones practicadas, previa licencia judicial ó aprobadas judicialmente, bajo el fundamento de que han debido ejecutarse con sujecion á las reglas prescritas en la Ley de Enjuiciamiento civil para los juicios de testamentaria. (Orden de 6 de Noviembre de 1868.)

(1) Artículo 3.º del Reglamento.

(2) Artículo 4.º del mismo.

666. Otro cambio importante ha hecho la nueva legislación, al sujetar á la inscripción los arrendamientos que dejamos ántes mencionados: hasta aquí, nunca tenia el arrendamiento más que el carácter de una obligación personal, por lo que, aunque el sucesor por título universal del contratante estaba obligado á respetarla, no así el sucesor singular. Las circunstancias particulares de los arrendamientos por largo tiempo ó con crecidas anticipaciones, y los gastos que en la confianza de que este contrato dure por el tiempo convenido suelen hacer los arrendatarios, han hecho modificar la antigua regla, dando al derecho personal carácter y efecto de derecho real. Lo que se dice de los arrendamientos es aplicable también á los arriendos, subrogaciones, cesiones y retrocesiones de arrendamientos, siempre que reúnan las mismas circunstancias (1).

§ VIII.

Necesidad de la inscripción en los títulos á ella sujetos.

667. Una cuestión importantísima debe ser aquí examinada. ¿Es absolutamente indispensable la inscripción de los títulos sujetos á ella? No puede negarse que esta cuestión parece resuelta negativamente por la Ley, que al desechar la pena de nulidad en las escrituras de que no se haga inscripción, y al limitarse constantemente á declarar que sus efectos sólo se extienden á libertar de perjuicios al tercero que no fué parte en un acto ó contrato, implícitamente viene á establecer que no es indispensable absolutamente la inscripción, puesto que su falta no lleva tras sí la ineficacia de la obligación no inscrita (2). Debe decirse, sin em-

(1) Artículo 5.º del Reglamento.

(2) El Tribunal Supremo tiene también declarado, como ya dejamos dicho, que la falta de inscripción de los títulos traslativos de dominio no produce su nulidad, sino que se limitan sus efectos á dejar á salvo los derechos de tercero. (Sentencia de 16 de Noviembre de 1870.) También tiene reconocido que, según doctrina establecida por el mismo Supremo Tribunal, las escrituras hipotecarias que no hayan sido registradas, si bien carecen de eficacia para perseguir las cosas hipotecadas, tienen, sin embargo, fuerza y valor en cuanto á los demás pactos en que hubiesen convenido los otorgantes. (Sentencia de 21 de Noviembre de 1872.)

bargo, que la Ley, por medios, aunque no del todo directos, ha venido de hecho á hacer casi indispensable la inscripción. No deja de ser un motivo muy poderoso para hacerla, la declaración de que sólo lo inscripto perjudicará á tercero, porque pocos habrá que por omitirla quieran dejar expuestos sus derechos, y que se conformen con los peligros que semejante situación lleva consigo. Pero fuera de esto, tenemos en la Ley, en el Reglamento y en la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos al registro, medidas que casi más tienen el carácter de directas que de indirectas, con el fin de que los documentos se registren; porque es tan mala la condición del que lo omite, que difícilmente será aceptada por personas que tengan alguna prevision y diligencia, por escasa que sea, en la administración de sus bienes. Así vemos, que si bien el no hallarse inscripto el dominio de un bien inmueble ó derecho real á favor de la persona que lo transfiera ó grave, sin estar tampoco inscripto á favor de otra, no será motivo suficiente para suspender la inscripción ó anotación preventiva, si del título presentado ó de otro documento fehaciente resulta probado que aquella persona adquirió el referido dominio ántes del 1.º de Enero de 1863; en el caso de no resultar la fecha de la adquisición, ó de ser posterior al expresado día, deberá suspenderse la inscripción solicitada (1).

668. No es ménos eficaz que este medio, la declaración de que, desde la publicación de la LEY HIPOTECARIA no se admitirá en los juzgados y tribunales ordinarios y especiales, en los Consejos y en las oficinas del Gobierno, ningun documento ó escritura de que no se haya tomado razón en el registro, por el cual se constituyeren, trasmitiesen, reconocieren, modificaren ó extinguieren derechos sujetos á inscripción según la misma ley, si el objeto de la presentación fuere hacer efectivo en perjuicio de tercero el derecho que debió ser inscripto. Mas no obstante esta prohibición, podrá admitirse en perjuicio de tercero el documento no inscripto y

(1) Artículo 20 de la Ley reformada.

Por Real orden de 21 de Abril de 1867, se dispuso también que los herederos, mientras la herencia esté *pro indiviso*, pueden otorgar y los registradores deben admitir, las escrituras necesarias para la cancelación de las hipotecas constituidas é inscritas en favor de su causante, sin necesidad de la inscripción previa del título hereditario.

que debió serlo, si el objeto de la presentacion fuere únicamente corroborar otro título posterior que hubiere sido inscripto. También podrá admitirse el expresado documento, cuando se presente para pedir la declaracion de nulidad y consiguiente cancelacion de algun asiento que impida verificar la inscripcion de aquel documento (1). Si comparamos la redaccion del artículo 396 de la Ley hipotecaria reformada que prescribe las disposiciones que acabamos de enunciar, con el de la misma ley ántes de la reforma, notaremos las importantes adiciones que en él se han hecho para su mejor inteligencia y ejecucion. A la prohibicion general establecida en el antiguo artículo, se ponen limitaciones equitativas que juzgamos dignas de aprobacion (2).

§ IX.

Modos de crear la titulacion de las fincas y derechos que no la tengan, para poder inscribirlos.

669. Lo que acabamos de manifestar en el párrafo que antecede, es una prueba de la necesidad en que están los dueños de bienes inmuebles y los que tengan sobre ellos derechos reales, de inscribirlos en el registro. Pero como esta inscripcion no puede hacerse sin títulos en que se funde, de aquí la precision de que

(1) Artículo 396. Así es que «la falta de inscripcion de un título sujeto á registro, y su no admisibilidad en los juzgados y tribunales, solamente pueden ser reclamados por un tercero á quien este título perjudique.» Declaracion del Tribunal Supremo, que la funda en los artículos 23, 27 y 396 de la LEY HIPOTECARIA. (Sentencia de 14 de Noviembre de 1872.) Con cuya sentencia guarda analogía la dictada en 24 de Enero de 1875.

(2) «En todo instrumento público sujeto á registro, advertirá el notario que sin verificarse la inscripcion no será aquel admitido en los juzgados y tribunales, consejos y oficinas del Gobierno, si el objeto de la presentacion fuere hacer efectivo en perjuicio de tercero el derecho que debió ser inscripto, salvo los dos casos de excepcion que comprende el artículo 396 de la LEY HIPOTECARIA.» (Art. 8.º de la Instruccion de 9 de Noviembre de 1874 sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro.)

todos procuren obtenerlos: no desconocia la Ley, que por un conjunto de circunstancias que no es oportuno examinar aquí, son muchas las fincas que en España carecen de toda titulacion, por más que estén poseidas hasta secularmente por las familias en cuyo poder se hallan. La posesion por sí sola basta á veces para asegurar á éstas la propiedad, como hemos expuesto al tratar de la prescripcion: no podia, pues, desentenderse el legislador de autorizar á los que se hallaran en este caso á formar una titulacion, que será ménos importante frecuentemente en un principio que con el trascurso del tiempo, que viene á legitimar los hechos y á convertir en legítimos los que en su origen no lo fueron. Esto lo hace, estableciendo que pueda inscribirse la posesion cuando no haya títulos escritos que prueben el dominio ó el derecho real del poseedor.

670. Se entiende que carece de título escrito para el efecto de inscribir la posesion, no sólo el que realmente no lo tiene, sino también el propietario que, teniéndolo, no pueda reclamar inmediatamente su inscripcion, por haberlo de traer de punto distante del lugar en que deba hacerla, ó por cualquiera otra causa que le obligue á dilatar su presentacion; circunstancia que podrá hacerse constar en el expediente de que hablaremos, y en la misma inscripcion (1).

671. El que carece, pues, de título en el sentido que dejamos expuesto, deberá para inscribir su derecho, justificar previamente su posesion ante el tribunal de partido del lugar en que estén situados los bienes, con audiencia del fiscal si tratase de inscribir el dominio pleno de una finca, y con la del propietario ó la de los demás partícipes en el dominio si pretendiere inscribir un derecho real. Si los bienes estuvieren situados en pueblo ó término donde no resida el tribunal del partido, podrá hacerse la informacion ante el juez municipal respectivo, con audiencia del fiscal municipal, en todos los casos en que debería ser oido el fiscal del partido (2); medida adoptada en el deseo que manifiesta la ley de excitar á que se forme pronto la titulacion del mayor número posible de fincas. Y debemos advertir que pueden hacer uso de esta

(1) Artículo 326 del Reglamento.

(2) Artículo 397 de la Ley.

facultad, no solamente los poseedores de bienes inmuebles con anterioridad al 1.º de Enero de 1863, sino tambien los dueños y poseedores de bienes inmuebles ó derechos reales, á excepcion del de hipoteca, adquiridos con posterioridad á la expresada fecha (1). *La intervencion del ministerio fiscal se limitará á procurar que se guarden en el expediente las formas de la ley* (2).

672. Esta misma establece los requisitos que debe contener el escrito en que se pida la admision de la informacion (3); el número y cualidades de los testigos que deben ser examinados (4); el modo de probar la capacidad legal de éstos; los puntos á que han de contraerse sus declaraciones; la responsabilidad en que incurrén (5); los recibos de contribucion que debe presentar el solicitante; el conocimiento que en las adquisiciones recientes ha de darse á la persona de quien procedan ó á sus herederos, para que manifiesten si tienen que oponer algo á la inscripcion (6), y el señalamiento de término que ha de hacerse á los partícipes en la propiedad ó en otros derechos reales, cuando es-

(1) Artículo 1.º del decreto de 10 de Febrero de 1875.

(2) Artículo 397 de la Ley.

(3) Artículo 398 de la Ley.

(4) Artículo 398.

(5) Artículo 398.

(6) Regla 4.ª del citado artículo. Esta regla ha sido sustituida con otra por el art. 6.º de la ley de 17 de Julio de 1877, en la que se establecen en los términos siguientes las diligencias que se han de practicar para las inscripciones de posesion. «El que trate de inscribir su posesion presentará una certificacion del alcalde del pueblo en cuyo término municipal radiquen los bienes, autorizada además por el regidor síndico y el secretario del ayuntamiento, y si alguno de los dos primeros no supiese firmar, lo hará por él otro individuo del municipio. En esta certificacion se expresará claramente, con referencia á los amillaramientos, catastros ú otros datos de las oficinas municipales, que el interesado paga la contribucion á título de dueño, determinándose la cantidad con que contribuye cada finca si constase, y no siendo así, se manifestará únicamente que todas ellas se tuvieron en cuenta al fijar la última cuota de contribucion que se hubiese repartido.»

«En los pueblos en que existan comisiones especiales para evaluacion de la riqueza inmueble y repartimiento de la contribucion, deberá acudir-se á las mismas para obtener la certificacion á que se refiere el anterior pár-

tuvieren ausentes, ordenando que si no comparecieren ó se ignorare su paradero, el juez aprobará el expediente y mandará hacer la inscripcion del derecho sin perjuicio del que corresponda á dichos partícipes, expresándose que no han sido oidos en la informacion; circunstancia que se ha de poner tambien en la inscripcion (1). No se podrá en estos expedientes exigir del que los promueva, que presente el título de la adquisicion de la finca ó del derecho que quiera inscribir (2). La aprobacion del expediente y la orden de extender en el registro la inscripcion solicitada, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, tendrá lugar cuando sea suficiente la informacion practicada y no exista oposicion de parte legítima (3).

673. Mas desde el momento en que haya quien se considere con derecho á los bienes cuya inscripcion se solicite, tiene abiertos los tribunales, en los cuales puede interponer su demanda y pedir su inscripcion en el registro, suspendiéndose en su virtud el curso del expediente de informacion, y la inscripcion del mismo si estuviere ya concluido y aprobado. Esta demanda se ventilará en juicio ordinario (4). No se admitirá más oposicion que la que se contraiga exclusivamente al hecho de poseer en nombre propio (5).

674. No habiendo oposicion, ó concluido el juicio á que diere

rafo, la cual se firmará por el presidente y secretario, y por el regidor síndico del ayuntamiento si perteneciere á dichas comisiones.»

«Si no hubiere pagado ningun trimestre de contribucion por ser su adquisicion reciente, se dará conocimiento del expediente á la persona de quien proceda el inmueble ó á sus herederos, á fin de que manifiesten si tienen algo que oponer á su inscripcion.»

«Si el que la solicita fuere heredero del anterior poseedor, presentará el último recibo de contribucion que éste haya satisfecho, ú otro documento que acredite el pago.»

«Los artículos 400 y 401 en que en la *Ley hipotecaria* se trataba de otro modo de acreditar y de inscribir la posesion, quedan derogados por la expresada ley de Julio de 1877.»

(1) Artículo 398 de la Ley.

(2) Artículo 327 del Reglamento.

(3) Artículo 399 de la Ley.

(4) Regla 6.ª del art. 398.

(5) Artículo 327 del Reglamento.

lugar, despues que el juez haya aprobado las diligencias y mandado extender la inscripcion, se entregará el expediente original al que haya obtenido la providencia, el cual lo presentará en el registro, solicitando la inscripcion (1). Esta se hará expresándose las circunstancias que al efecto prescribe la ley (2), quedando el expediente archivado en el registro del tribunal ó juzgado que le hubiere instruido, expidiéndose á los interesados las copias ó testimonios que solicitaren (3).

675. Las inscripciones de posesion expresarán el procedimiento que se hubiere adoptado para verificarlas, y surtirán todas el mismo efecto legal. El tiempo de posesion que se haga constar en dichas inscripciones como trascurrido, cuando éstas se verifiquen, se contará para la prescripcion que no requiera justo título, á no ser que haya oposicion de parte interesada, en cuyo caso tendrá que hacerse la prueba segun el derecho comun (4).

676. La Ley hipotecaria reformada ha querido tambien facilitar la inscripcion de su dominio á los que no tienen título escrito que lo justifique, mediante la instruccion del oportuno expediente, que al mismo tiempo podrá servir para obtener la liberacion de los bienes que se hayan de inscribir. Esto se verificará presentando un escrito ante el juez del partido en que radiquen los bienes, ó la mayor parte de la finca enclavada en varios partidos judiciales, refiriendo el modo de la adquisicion y las pruebas legales de ella, y pidiendo que se le admitan éstas y declare su derecho, con citacion de la persona de quien procedan los bienes ó de su causa-habiente. En el mismo artículo se establecen las formalidades y trámites con que se ha de sustanciar este recurso, y se determina que, consentida ó confirmada la providencia en que se declare justificado el dominio de los bienes, sea título bastante

(1) Artículo 399 de la Ley.

(2) Artículo 399 de la misma.

(3) Artículo 328 del Reglamento. Por Real orden de 23 de Setiembre de 1880 se dispone tambien que los expedientes judiciales de posesion, despues de inscriptos, deben devolverse de oficio por el registrador de la propiedad al juzgado de que procedan, el cual acusará recibo, que se archivará en legajo correspondiente del registro.

(4) Artículo 403 de la Ley.

para hacer la inscripcion (1). La facultad concedida por esta disposicion de la Ley hipotecaria es extensiva á los propietarios que hayan adquirido el dominio despues del 1.º de Enero de 1863, fecha en que empezó á regir la ley, y carezcan de título escrito (2).

677. Es tambien nueva la disposicion de la Ley reformada, que establece el modo de dar autenticidad á los documentos privados anteriores á su publicacion, en los cuales se hayan hecho constar actos ó contratos sujetos á registro, á fin de que pueda cumplirse este requisito.

En su consecuencia, las adquisiciones de dominio de bienes inmuebles ó derechos reales, verificadas, declaradas ó reconocidas por contratos privados, apeos ó prorateos de la misma especie, antes de la publicacion de esta ley, podrán inscribirse en el registro, para cuyo efecto los contrayentes presentarán el documento que deseen inscribir, firmado y rubricado por ellos, con una copia del mismo en papel comun, firmada tambien de su puño, y á su debido tiempo tendrán que ratificarse en el contrato y reconocer como suyas las firmas puestas en él. Practicadas otras diligencias que previene la Ley, y probada la legalidad y autenticidad del contrato, el registrador procederá á verificar la inscripcion si el acto no devengare ningun derecho fiscal, y únicamente el asiento de presentacion en caso de que le devengue y no haya sido satisfecho. El documento original ha de quedar archivado en el registro, y la copia se devolverá al interesado con la nota de «registrado» (3).

678. La Ley determina tambien las diligencias que los contrayentes han de practicar para dar la autenticidad necesaria á los documentos privados de la misma naturaleza, cuando aquéllos ó alguno de los mismos no residieren en el pueblo del registro ó no quisieren acudir á él (4).

679. Tambien determina las formalidades que se han de observar para obtener la inscripcion, cuando los contrayentes no pudieren ó no quisieren concurrir reunidos al registro ni al juz-

(1) Artículo 404.

(2) Artículo 2.º del decreto de 10 de Febrero de 1875.

(3) Artículo 405 de la Ley.

(4) Artículo 406.

gado municipal para ratificarse en el documento privado que se trate de inscribir (1).

680. Los documentos privados que se inscriban no perjudicarán á un tercero, sino desde la fecha de su inscripción; pero en cuanto á los contrayentes, surtirán su efecto desde su propia fecha. Disposición conforme á los principios que rigen en la Ley hipotecaria (2).

681. Las adquisiciones de dominio de bienes inmuebles ó derechos reales, verificadas, declaradas ó reconocidas por contratos privados, apeos ó prorateos posteriores al día 1.º de Enero de 1863, no pueden ser inscriptas; pero los referidos contratos privados, apeos ó prorateos podrán presentarse en juicio donde fuere necesario, á fin de que los contratantes obtengan ejecutoria ó escritura que acredite su derecho y pueda éste ser inscripto (3). La Comisión codificadora había propuesto que pudieran también ser inscriptas estas adquisiciones posteriores al expresado día, siempre que el valor de los bienes ó derechos á que se refiriesen no excediera de 100 escudos; mas este pensamiento no fué aceptado. Por lo demás, por los medios que señala este artículo, aunque dilatorios, se puede llegar al mismo fin, y conseguir igual seguridad y garantía del dominio que si hubiera sido inscripto directamente.

682. Los que tienen algún derecho real en una cosa ajena están interesados en que ésta se halle inscripta, á fin de que siempre consten debidamente las cargas que sobre ella pesan, y que no pueda eludirlas un tercer poseedor fundándose en que la cosa se le vendió como libre. Por eso la ley reformada les concede la facultad de suplir la negligencia del dueño, autorizándolos para solicitar la inscripción en caso que el propietario se negase á verificarla. Así, pues, el poseedor de algún censo, foro, hipoteca, ú otro derecho real impuesto sobre finca cuyo dueño no hubiere inscripto su propiedad al publicarse esta ley, y que requerido se negare á inscribirla, podrá solicitar dicha inscripción por los medios que se expresan en el reglamento para la ejecución

(1) Artículo 407.

(2) Artículo 408.

(3) Artículo 409. Para ir facilitando la inscripción de los bienes aforados, se dictaron varias disposiciones en el Real decreto de 3 de Noviembre de 1875.

de la misma ley, ó los establecidos en el artículo 407 de ella, firmando en su caso la declaración de bienes el censalista ó dueño del derecho real en nombre del propietario (1). Y como la resolución que recaiga sobre esta solicitud accediendo á los deseos del poseedor del derecho real, al mismo tiempo que justamente le favorece, en nada perjudica al dueño de la finca, la oposición de éste, solamente será atendida cuando se funde en una causa justa, ó él mismo pretenda verificar la inscripción. Esto lo formula la Ley, diciendo que el dueño de la finca gravada no podrá impugnar esta inscripción, sino solicitando á la vez la del dominio, con la presentación del título correspondiente, ó testimonio de haber incoado expediente contradictorio para la declaración judicial de dicho dominio (2).

683. También la Ley reformada se hace cargo del caso en que tengan parte en el dominio directo de una finca distintos propietarios en calidad de subforadores ó señores medianeros; y dice que cuando esto ocurra, podrá cualquiera de ellos exigir la inscripción del dominio útil de la misma finca, juntamente con la del derecho de los que le precedan en la participación del directo, si ellos por sí no lo solicitaran (3).

Por forador entiende esta ley al que tiene el dominio directo del foro, y por subforador, á aquel á quien el primero le ha traspasado. No son, sin embargo, tan comunes en el lenguaje jurídico estas palabras, como la de forero, que se aplica al que tiene el dominio útil del foro y equivale al enfiteuta en el censo enfiteutico, y la de subforero, con que se da nombre al que del forero ha recibido en foro, y á veces con mayor gravámen, la misma finca.

684. Pero no se ha contentado la Ley con todas estas garantías; ha querido que además, antes de hacerse la inscripción, se vea bien si hay algún interés que pueda quedar lastimado, al menos para que se aperciba de ello aquel á quien corresponda. Ordena al efecto, que los registradores, antes de hacer la inscripción en virtud de informaciones, examinen cuidadosamente el registro, para averiguar si hay algún asiento relativo al mis-

(1) Artículo 410.

(2) El mismo artículo.

(3) Párrafo III del art. 410.

no inmueble, que pueda quedar total ó parcialmente cancelado por consecuencia de la nueva inscripción, y que si hallaren algún asiento de adquisición de dominio no cancelado, que esté en contradicción con el hecho de la posesión justificada, suspendan la inscripción, haciendo una anotación preventiva si se solicita, y remitiendo copia de dicho asiento al juez ó tribunal que haya aprobado la información. El juez ó el tribunal, en su vista, comunicará el expediente á la persona que por dicho asiento pueda tener derecho sobre el inmueble, y con su audiencia, confirmará ó revocará el auto de aprobación, dando conocimiento en todo caso de la providencia que recayere al registrador, á fin de que, en su vista, lleve á efecto la inscripción, ó cancele la anotación preventiva. Si el registrador hallare algún asiento no cancelado de censo, hipoteca, ó cualquier derecho real impuesto sobre la finca que ha de ser inscrita, deberá hacer en la inscripción mención de dicho asiento (1).

685. Los defectos de titulación son más generales en las fincas pequeñas que en las de gran valor, y también más difíciles de vencer las dificultades y hasta los antiguos hábitos de no inscribirlas en los registros. Para excitar á los interesados á que entren más desembarazadamente en el nuevo sistema, que tantas ventajas les ha de reportar, se ha establecido una tarifa muy módica para los expedientes de posesión, cuando las fincas sean de corto valor (2); tarifa que se ha de aplicar á solicitud de aquéllos. Y se ha resuelto también que se han de pagar por quien corresponda las costas producidas por el incidente de posesión, cuando un tercero se hubiese opuesto á ella; al por menor de cuyas disposiciones no debemos descender aquí, manifestando únicamente que la Ley ha tenido por objeto demostrar el gran respeto que la merecen el derecho de propiedad y sus desmembraciones.

686. Nada de lo aquí dicho acerca de las inscripciones de posesión es aplicable al derecho hipotecario, el cual no podrá ins-

(1) Artículo 402 de la Ley. El párrafo IV de este artículo, de que no hacemos mención arriba, ha sido derogado por el art. 6.º de la ley de 17 de Julio de 1877.

(2) Artículos 329, 330 y 331 del Reglamento.

cribirse sino mediante la presentación de título escrito (1); porque á diferencia de los demás títulos en que hay posesión ó casi posesión, y ésta es el hecho que por medio de la información se justifica, en la hipoteca, el acreedor hipotecario no posee, consistiendo su derecho en ser reintegrado con el valor de la finca sobre que prestó.

687. Las informaciones de posesión de que hemos hablado en este párrafo, y las inscripciones que son su consecuencia no alteran la naturaleza de los derechos; limitadas á fijar los hechos, no atribuyen al con ellas favorecido, más ventajas que las del que posee con pruebas de la importancia de las que quedan expuestas: no pueden perjudicar al dueño aunque no tenga inscripto su derecho, mientras el poseedor no complete el tiempo necesario para la prescripción, según el caso en que se halle. Por esto dice la Ley, que la inscripción de posesión no perjudicará en ningún caso al que tenga mejor derecho á la propiedad del inmueble, aunque su título no haya sido inscripto; y que entre las partes surtirá efecto la posesión, desde que deba producirlo conforme al derecho común (2).

688. Por último, consecuencia de los principios generales que rigen en esta materia y de lo que queda dicho en este párrafo es, que las inscripciones de posesión perjudicarán ó favorecerán á tercero desde su fecha; pero solamente en cuanto á los efectos que atribuyen las leyes á la mera posesión (3).

§ X.

Personas que pueden ó deben pedir la inscripción.

689. Es regla general que sólo los que tienen un derecho son los que pueden ejercitarlo. La Ley hipotecaria, aplicando á su propósito esta regla, establece que la inscripción de los títulos en el registro podrá pedirse indistintamente:

- Por el que trasmite el derecho.
- Por el que lo adquiriera.

(1) Párrafo V del art. 403 de la Ley.

(2) Párrafo IV del mismo artículo. En la Ley no reformada era el 409.

(3) Párrafo III del mismo. En la ley anterior era el art. 408.

Por quien tenga la representacion legitima de cualquiera de ellos (1); es decir, por aquel que debe representarle con arreglo á derecho en todos los actos legales, como el padre ó la madre por el hijo que está bajo su potestad, el marido por la mujer, el tutor ó curador, y el mandatario, aunque el mandato sea verbal ó tácito (2).

Por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (3).

690. Pero para asegurar en lo posible los derechos de terceros que sin intervenir en los negocios están interesados en ellos, y por ignorarlos no pueden mirar por lo que les conviene, se ha establecido que cuando en los actos ó contratos no sujetos á inscripcion se reserve cualquier derecho real sobre bienes inmuebles á personas que no hubieren sido parte en ellos, el notario que autorice el título, ó la autoridad que lo expida, si no mediare aquel funcionario, deberá exigir la inscripcion del referido derecho real, siempre que el interés de dichas personas resulte del título mismo, ó de los documentos ó diligencias que se hayan tenido á la vista para su expedicion. Si los actos ó contratos estuvieren sujetos á inscripcion, deberá hacerse en ésta, expresa mencion del derecho real reservado y de las personas á cuyo favor se hubiere hecho la reserva (4). La obligacion impuesta á los notarios y autoridades alcanza al agente español diplomático ó consular que en el extranjero autorizare alguno de los actos ó contratos que acabamos de mencionar (5).

691. Además de las personas que, segun lo que aquí decimos, tienen derecho á pedir la inscripcion, hay algunas que especialmente pueden pedirla en casos determinados, y otras que tienen

(1) Artículo 6.º de la Ley. Los oficiales, auxiliares y dependientes del Registro de la propiedad no podrán presentar ningun documento para su inscripcion en el registro, en concepto de mandatario de los interesados. (Artículo 1.º de la Real orden de 29 de Julio de 1875.)

(2) Artículo 11 del Reglamento.

(3) Artículo 6.º de la Ley.

(4) Artículo 7.º de la Ley. El Reglamento, en su art. 12 señala el modo de asegurar esta obligacion de los notarios y de las autoridades.

(5) El mismo art. 12 del Reglamento.

la obligacion de solicitarla. Debe tenerse presente aquí lo que hemos expuesto acerca de esta materia al tratar de las hipotecas legales.

§ XI.

Forma de la inscripcion.

692. Entre los dos sistemas de transcripcion ó inscripcion de documentos en el registro, nuestra ley ha adoptado el de la inscripcion. No tiene el sistema elegido las ventajas de representar con toda fidelidad los documentos, ni de constituir, al ménos de un modo completo, dobles archivos de fiscalizacion mútua; pero tampoco participa de sus inconvenientes, que nacen de la complicacion y volúmen de las titulaciones, y de los gastos á que da lugar la transcripcion, insoportables en las enajenaciones y constituciones de derechos reales de poco valor. Mas si bien se ha desechado la transcripcion, en cambio se ha adoptado una inscripcion minuciosa, rodeada de fórmulas concretas y comprensivas de todas las circunstancias importantes, que muy bien puede decirse que compensa cumplidamente las ventajas de la transcripcion, salvando sus inconvenientes.

693. La Ley, con detencion y escrupulosidad, señala las circunstancias que deben tener las inscripciones, entre las cuales hay algunas cuya omision da lugar á nulidad; lo cual será causa de que nos detengamos en estos pormenores, de los que, á no ser así prescindiríamos, en parte por lo ménos (1).

(1) Y conviene advertir en este lugar, que las inscripciones que deban verificarse para acreditar el dominio ó la posesion que se haya justificado por los medios establecidos en el art. 397 y siguientes de la ley, se acomodarán á las reglas que para las inscripciones en general determinan la ley y el Reglamento, y además expresarán las circunstancias particulares que convengan á cada caso, segun resulten de los documentos presentados al registro para obtener la inscripcion. (Art. 333 del Reglamento.)

Por Real orden de 7 de Octubre de 1867, se determinó en su primera disposicion, que los documentos antiguos, ó se los otorgados ántes del dia 25 de Diciembre de 1862, cuyas formas extrínsecas fueren las exigidas por las leyes al tiempo de su otorgamiento, pudieran inscribirse en el registro

694. Toda inscripción que se haga en el registro, expresará las circunstancias siguientes:

1.^a La naturaleza, situación y linderos de los inmuebles objeto de la inscripción, ó á los cuales afecte el derecho que deba inscribirse, y su medida superficial, nombre y número si constaren del título.

2.^a La naturaleza, extensión, condiciones y cargas de cualquiera especie del derecho que se inscriba, y su valor si del título constare.

3.^a La naturaleza, extensión, condiciones y cargas del derecho sobre el cual se constituya el que sea objeto de la inscripción.

4.^a La naturaleza del título que deba inscribirse, y su fecha.

5.^a El nombre y apellido de la persona, si fuere determinada, y no siéndolo, el nombre de la corporación ó el colectivo de los interesados á cuyo favor se hace la inscripción.

6.^a El nombre y apellido de la persona, ó el nombre de la corporación ó persona jurídica de quien procedan inmediatamente los bienes ó derechos que deban inscribirse.

7.^a El nombre y residencia del tribunal, notario ó funcionario que autorice el título que se haya de inscribir.

8.^a La fecha de la presentación del título en el registro, con expresión de la hora.

9.^a La conformidad de la inscripción con la copia del título de donde se hubiere tomado, y si fuere éste de los que deben conservarse en el oficio del registro, indicación del legajo donde se encuentre (1).

695. Además de esto:

En la inscripción de los contratos en que haya mediado precio ó entrega de metálico, se hará mención del que resulte del ti-

de la propiedad, aunque no expresaran todas las circunstancias que exige la Ley hipotecaria; pero debiendo expresarse en la inscripción todas las necesarias para la validez de las mismas, según dicha ley.

(1) Artículo 9.^o de la Ley, para cuya ejecución se dictan reglas en el 25 del Reglamento. Hay casos en que varias fincas se consideran como una sola para los efectos de la inscripción, con arreglo al art. 8.^o de la Ley.

tulo, así como de la forma en que se hubiere hecho ó convenido el pago (1).

Si la inscripción fuere de traslación de dominio (2), expresará si ésta se ha verificado pagando el precio al contado ó á plazos: en el primer caso, si se ha pagado todo el precio ó qué parte de él; y en el segundo, la forma y plazos en que se haya estipulado el pago (3). Iguales circunstancias se expresarán también si la traslación de dominio se verificare por permuta ó adjudicación en pago, y cualquiera de los adquirentes quedare obligado á abonar al otro alguna diferencia en metálico ó efectos (4).

Las inscripciones hipotecarias de créditos expresarán en todo caso el importe de la obligación garantida y el de los intereses, si se hubieren estipulado, sin cuya circunstancia no se considerarán asegurados por la hipoteca dichos intereses (5).

696. Las inscripciones de servidumbres se harán constar:

1.^o En la inscripción de propiedad del predio sirviente.

2.^o En la inscripción de propiedad del predio dominante (6).

697. La inscripción de los fideicomisos se hará á favor del heredero fiduciario, si oportunamente no declarare con las formalidades debidas el nombre de la persona á quien hayan de pasar los bienes ó derechos sujetos á inscripción; mas si hiciere aquella declaración, se verificará la inscripción desde luego á nombre del fideicomisario (7).

Las inscripciones de las ejecutorias mencionadas en el número 4.^o del artículo 2.^o y en el artículo 5.^o de esta ley, y las anotaciones preventivas de las demandas á que se refiere el número 5.^o del artículo 42, expresarán claramente en ellas la especie de incapacidad que de dichas ejecutorias ó demandas resulte (8).

El cumplimiento de las condiciones suspensivas, resolutorias ó rescisorias de los actos ó contratos inscriptos se hará constar en

(1) Artículo 10 de la Ley.

(2) Párrafo I del art. 11.

(3) Párrafo II del mismo artículo.

(4) El mismo art. 11.

(5) Artículo 12.

(6) Artículo 13.

(7) Artículo 14.

(8) Artículo 15.

el registro, bien por medio de una nota marginal, si se consuma la adquisicion del derecho, ó bien por una nueva inscripcion á favor de quien corresponda, si la resolucion ó rescision llega á verificarse (1).

El pago de cualquier cantidad que haga el adquirente, despues de la inscripcion, por cuenta ó saldo de precio en la venta, ó de abono de diferencias en la permuta ó adjudicacion en pago, se hará constar por medio de una nota marginal, siempre que los interesados lo reclamen ó el juez ó el tribunal lo mande (2).

No nos detenemos en la explicacion de los diferentes pormenores que comprenden, tanto este número como el que antecede, ni en la de los motivos de la Ley, porque sobre ser claro su texto, nadie puede desconocer las causas de todas y de cada una de sus disposiciones.

698. Lo que se dice en este párrafo de las inscripciones en general es aplicable á las de hipotecas, sin perjuicio de las disposiciones especiales que en su lugar quedan expuestas (3).

699. Las inscripciones de los títulos sujetos á registro serán nulas cuando carezcan de las circunstancias 1.^a, 2.^a, 3.^a, 4.^a, 5.^a, 6.^a y 8.^a expresadas en este párrafo en el número 694, ó no conste la inscripcion de servidumbre en la propiedad del prédio sirviente. Lo mismo sucederá con las inscripciones de hipotecas que no reúnan las circunstancias 1.^a, 2.^a, 3.^a, 4.^a, 5.^a y 8.^a (4). Pero estas nulidades no perjudicarán al derecho anteriormente adquirido por un tercero, que no haya sido parte en el contrato inscripto (5).

700. Igualando la ley en los efectos la falta de exactitud que pueda inducir á apreciaciones equivocadas, con la omision de las circunstancias que, como queda dicho, deben expresarse en la inscripcion para que sea válida, establece que se entenderá que la inscripcion carece de alguna de las circunstancias referidas, cuando se expresen con tal inexactitud ó falta de claridad, que pueda ser por ello el tercero inducido á error sobre el objeto de la circunstancia misma, y perjudicado además en su consecuencia.

- (1) Artículo 16.
- (2) Artículo 16.
- (3) Artículo 136.
- (4) Artículo 30.
- (5) Artículo 31.

Mas cuando la inexactitud no fuere sustancial, ó la omision no fuere de todas las circunstancias referidas, no se declarará la nulidad, sino en el caso de que lleguen á producir el error y el perjuicio (1).

701. Con el objeto de prevenir que la falta de expresion de las escrituras dé lugar á alguno de los defectos que, como dejamos dicho, producen la nulidad de las inscripciones, se ha ordenado que las escrituras públicas de actos ó contratos que deban inscribirse, expresarán por lo ménos todas las circunstancias que bajo pena de nulidad debe contener la inscripcion y sean relativas á las personas de los otorgantes, á las fincas y á los derechos inscriptos. Los dueños de bienes inmuebles ó derechos reales por título de mayorazgo, testamento ú otro universal ó singular, que no los señale y describa individualmente, podrán obtener su inscripcion presentando dicho título con el documento en su caso, que pruebe haberle sido aquél transmitido, y justificando con cualquier otro documento fehaciente que se hallan comprendidos en él los bienes que traten de inscribir. Los herederos abintestato que sucedan en concepto de parientes colaterales del cuarto grado, podrán obtener la declaracion de su derecho sin necesidad de la publicacion de anuncios, y sólo en virtud de informacion judicial practicada con audiencia del ministerio público, cuando no exceda de 2.000 pesetas el valor de los bienes inmuebles ó derechos reales que correspondan al mayor interesado en dicha herencia. Los herederos abintestato, descendientes ó ascendientes legítimos, podrán obtener en igual forma la declaracion de sus derechos, cualquiera que sea el valor de los bienes inmuebles ó derechos reales en que cada uno haya de suceder (2).

(1) Artículo 32 de la Ley y art. 37 del Reglamento.

(2) Artículo 21, adicionado de conformidad con la ley de 17 de Julio de 1877.

Fuera de estos casos, taxativamente exceptuados por la expresada ley de 17 de Julio de 1877, será necesario, con arreglo al art. 1.º de la misma, para inscribir la adquisicion de bienes raíces ó derechos reales por título de herencia intestada, presentar en el correspondiente registro de la propiedad el testimonio de la sentencia ejecutoria de declaracion de heredero, dictada previos los trámites señalados en los arts. 368 al 375 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855. (Real decreto de 20 de Mayo de 1878.) La vigente ley de 1881 los comprende en la seccion 2.ª, tít. IX, libro II.

Para que esto tenga cumplida ejecucion y facilitar el tránsito del sistema antiguo al nuevo, se publicó desde luego por el Gobierno una *Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro* (1), en la que con órden, claridad y precision se prevenia lo conducente á que no incurrieran los notarios en errores ú omisiones. Esta *Instrucción* ha sido despues reemplazada por otra, que es la vigente en el dia, y por cuyo artículo final queda derogada la anterior (2). Así queda bien justificada la Ley, al establecer que *el notario que cometiere alguna omision que impida inscribir el acto ó contrato, en los casos que acabamos de manifestar, la subsanará extendiendo á su costa una nueva escritura, si fuere posible, é indemnizando en todo caso á los interesados de los perjuicios que les ocasiona su falta* (3).

702. De todo lo dicho se infiere, que los registradores han de tener cierta prudente latitud para la apreciacion de los documentos que se presenten en sus oficinas, y tambien que esta latitud sólo debe referirse á la parte externa, ó lo que es lo mismo, á lo que más que en el fondo consiste en la forma. Por esto *calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras en cuya virtud se solicite la inscripcion, y la capacidad de los otorgantes por lo que resulte de las mismas escrituras* (4); y considerarán como faltas de legalidad en este sentido, *todas las que afecten á la validez de los documentos ó escrituras, segun las leyes que determinan las formas de los instrumentos, siempre que resulten de su texto, ó puedan conocerse por la simple inspeccion de ellos. Los que no expresen, ó expresen sin la claridad suficiente, cualquiera de las circunstancias que segun la ley debe contener la inscripcion bajo pena de nulidad, se considerarán comprendidos en el artículo 18 de aquella* (5). Esta facultad de los registradores se extiende á calificar, tambien bajo su responsabilidad, todos los documentos expedidos por la autoridad judicial, para el único efecto de admitir, suspender ó negar la ins-

(1) En 12 de Junio de 1861.

(2) En 9 de Noviembre de 1874, cuyas disposiciones ya hemos citado varias veces.

(3) Artículo 22 de la Ley.

(4) Artículo 18.

(5) Artículo 37 del Reglamento.

cripcion ó anotacion de los mismos en el registro ó la cancelacion de algun asiento. Contra la suspension ó denegacion de inscripcion ó cancelacion no se conceden más recursos que los señalados en la misma *Ley hipotecaria* (1).

703. *Cuando el registrador notare alguna falta en las formas extrínsecas de las escrituras, ó de capacidad en los otorgantes, la manifestará á los que pretendan la inscripcion, para que si quieren recojan la escritura y subsanen la falta en el término que duran los efectos del asiento de presentacion; y si no recogen la escritura ó no subsanen la falta á satisfaccion del registrador, devolverá el documento para que puedan ejercitarse los recursos correspondientes, sin perjuicio de la anotacion preventiva, de que hablaremos oportunamente. En el caso de no hacerse la anotacion preventiva, el asiento de presentacion del titulo continuará produciendo sus efectos durante treinta dias* (2). La calificacion que hagan los registradores, ó en su caso los presidentes de las Audiencias, se entenderá limitada para el efecto de negar ó admitir la inscripcion, y no impedirá ni prejuzgará el juicio que pueda seguirse en los tribunales, sobre la nulidad de la misma escritura. Si de la ejecutoria resultare que fué mal hecha la calificacion, el registrador hará la inscripcion, ó cancelará la que hubiere hecho, segun el caso, tomando el nuevo asiento la fecha del de presentacion del titulo que hubiere dado lugar al incidente (3).

704. *El no hallarse inscripto el dominio de un bien inmueble ó derecho real á favor de la persona que lo transfiera ó grave, sin estar tampoco inscripto á favor de otra, no será motivo suficiente para suspender la inscripcion ó anotacion preventiva, si del titulo presentado ó de otro documento fehaciente resulta probado que aquella persona adquirió el referido dominio antes del dia 1.º de Enero de 1863; pero en el asiento solicitado se expresarán las circunstancias esenciales de tal adquisicion, tomándolas de los documentos necesarios al efecto* (4). Disposicion que reforma lo prescripto en el artículo 20 de la *Ley hipotecaria* de 1861, segun el

(1) Artículo 1.º del decreto de 3 de Enero de 1876.

(2) Artículo 19 de la Ley.

(3) Artículo 36 del Reglamento.

(4) Artículo 20 de la Ley.

cual, era causa bastante para suspender ó denegar la inscripción, la de no hallarse anteriormente inscripto el dominio ó derecho de que se trataba, á favor del que lo transfería ó gravaba. Es verdad que ya áun antes de la reforma, se declaró que esta disposición sólo debía aplicarse respecto de los títulos traslativos de dominio otorgados con posterioridad al planteamiento de la *Ley hipotecaria*; y por consiguiente, que los anteriores al 1.º de Enero de 1863, que se presentaran al registro para ser inscriptos con arreglo al artículo 389, debían serlo sin necesidad de que se hallase inscripto el anterior (1). El artículo reformado, admitiendo, como hemos visto, la distinción entre las adquisiciones de dominio verificadas ántes del día 1.º de Enero de 1863 ó despues, ha modificado notablemente lo dispuesto en la *Ley hipotecaria* ántes de la reforma. Y al mismo tiempo, para no dejar duda alguna respecto á esta importante materia, ha establecido que, *en el caso de no resultar la fecha de la adquisición, ó de ser posterior al expresado día 1.º de Enero de 1863, se suspenderá la inscripción solicitada, sacándose anotación preventiva si lo pidiere el que presente el título, cuya anotación subsistirá el tiempo designado en el artículo 96 (sesenta días, que se podrán prorogar hasta ciento ochenta, por justa causa y en virtud de providencia judicial). En el caso de no tomarse dicha anotación, producirá el asiento de presentación el efecto designado en el artículo 17, es decir, que no podrá inscribirse ni anotarse ningún otro título traslativo de dominio, durante el término de treinta días, contados desde la fecha del mismo asiento (2).*

§ XII.

Rectificación de los asientos del registro.

705. Facilitar inconsideradamente las rectificaciones en los registros, sería una ligereza indisculpable que daría lugar á fal-

(1) Real orden de 20 de Febrero de 1863.

(2) Artículo 20 de la Ley. Por este artículo no se prohíbe ni coarta la libre enajenación de los bienes inmuebles y derechos reales, ni la facultad de los ulteriores adquirentes para subsanar las faltas que no hubieran sido subsanadas por sus causantes. (Sentencia de 5 de Enero de 1876.)

sificaciones; prohibir toda rectificación daría lugar á que se sacrificaran derechos legítimos, á un error ó á una inexactitud. La ley evita estos dos escollos permitiendo las rectificaciones, pero con medidas de precaución que alejen toda clase de peligros.

706. Desde luego puede comprenderse que los errores sólo pueden ser ó materiales ó de concepto, y que debe ser más fácil y ménos solemne la rectificación de los primeros que la de los segundos. Pero como las palabras *materiales y de concepto*, por lo vagas é indeterminadas darían lugar frecuentemente á dudas, se ha creído conveniente fijar su sentido verdadero.

707. *Se entenderá que se comete error material, cuando sin intencion conocida, se escriban unas palabras por otras, se omita la expresion de alguna circunstancia cuya falta no sea causa de nulidad, ó se equivoquen los nombres propios ó las cantidades al copiarlas del título, sin cambiar por eso el sentido general de la inscripción, ni el de ninguno de sus conceptos (1). Se entenderá que se comete error de concepto, cuando al expresar en la inscripción alguno de los contenidos en el título, se altere ó varíe su sentido, sin que esta falta produzca necesariamente nulidad (2).* Estas explicaciones bastan para que se comprenda lo que son unos y otros errores en la materia de que tratamos.

708. Entre los errores materiales, hay unos que pueden ser rectificadas en vista de los antecedentes que obran en el registro, y otros de que en él no existen medios de exámen y de comprobacion. Necesario es, pues, establecer reglas diferentes respecto á unos y á otros: la Ley determina que los primeros puedan ser rectificadas por los mismos registradores bajo su responsabilidad, al mismo tiempo que para que lo sean los segundos, exige la conformidad del interesado en cuyo poder esté el título, ó una providencia judicial. Veamos cómo desenvuelve su pensamiento.

709. Respecto á las rectificaciones de errores materiales en vista de antecedentes. — *Los registradores podrán rectificar por sí, bajo su responsabilidad, los errores materiales cometidos:*

(1) Artículo 259 de la Ley.

(2) Artículo 260.

1.º En los asientos principales de inscripción, anotación preventiva ó cancelación, cuyos respectivos títulos se conserven en el registro (1).

2.º En los asientos de presentación, notas marginales é indicaciones de referencia, aunque los títulos no obren en las oficinas del registro, siempre que la inscripción principal respectiva baste para dar á conocer el error y sea posible rectificarlo por ella (2).

710. Cuando la Ley dice que los registradores podrán hacer las rectificaciones que acabamos de mencionar, debe entenderse el verbo *poder* en este caso, en el sentido de que es de sus atribuciones el hacerlo, y no como por regla general suele tomarse la palabra *poder*, es decir, que está en el libre arbitrio de la persona á quien se refiere, hacer ó no una cosa. En prueba de ello, el Reglamento, imponiendo al registrador la obligación de rectificar el error, ordena que, en cualquier tiempo en que el registrador advierta que se ha cometido error material en alguna de las inscripciones ó asientos que pueda rectificar por sí, procederá á hacerlo, ejecutando por su cuenta y bajo su responsabilidad, un nuevo asiento en el mismo libro y con el número correspondiente; añadiendo que esta rectificación deberá hacerse aunque el asiento que deba rectificarse esté ya cancelado (3).

711. Respecto á las rectificaciones de errores materiales para las que no haya antecedentes en el registro.—Los registradores no podrán rectificar, sin la conformidad del interesado que posea el título inscripto, ó sin una providencia judicial en su defecto, los errores materiales cometidos:

1.º En inscripciones, anotaciones preventivas ó cancelaciones, cuyos títulos no existan en el registro.

2.º En los asientos de presentación y notas, cuando dichos errores no puedan comprobarse por las inscripciones principales respectivas, y no existan tampoco los títulos en la oficina del registro (4). De este modo se da una garantía de que no procederá con ligereza el registrador.

712. Pasemos á los errores de concepto. Los cometidos en ins-

(1) Número 1.º del art. 254.

(2) Número 2.º

(3) Artículo 195 del Reglamento.

(4) Artículo 255 de la Ley.

cripciones, anotaciones ó cancelaciones, ó en otros asientos referentes á ellas, cuando no resulten claramente de las mismas, no se rectificarán sin el acuerdo unánime de todos los interesados y del registrador, ó una providencia judicial que lo ordene (1). El modo de llamar, tanto en este caso como en el expresado ántes, á las personas que deban concurrir, lo que debe hacerse cuando no comparezcan, y la forma de proceder el juez en este negocio, expuesto con precisión en el Reglamento, no corresponde á este Tratado. El registrador ó cualquiera de los interesados en una inscripción podrá oponerse á la rectificación que otro solicite por causa de error de concepto, siempre que á su juicio esté conforme el concepto que se suponga equivocado con el correspondiente en el título á que la inscripción se refiera (2). La justicia de esto es evidente, como lo es también su consecuencia de que la cuestión que se suscite con este motivo, se decida en juicio ordinario (3).

713. Mas los mismos errores de concepto cometidos en asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal respectiva baste para darlos á conocer, podrá rectificarlos por sí el registrador (4).

714. Todo lo que queda dicho respecto á la rectificación de los errores materiales y de concepto, es cuando de ellos no nazca la nulidad de la inscripción conforme al artículo 30; porque si la producen, no habrá entonces lugar á rectificación, sino que se pedirá y declarará por quien corresponda dicha nulidad (5).

715. Pero no podía sin peligro permitirse que aparecieran enmiendas en la escritura de los libros. Esto los haría desmerecer, porque les daría un carácter, aunque fuera sólo exterior, de poca autenticidad, lo que cedería en perjuicio del crédito territorial, que con tanta diligencia ha procurado elevar la Ley. Por esto ha establecido que el error quede siempre escrito, para que en todo tiempo pueda conocerse y justificarse el motivo y la

(1) Párrafo I del art. 256.

(2) Párrafo I del art. 257.

(3) Párrafo II del art. 257.

(4) Párrafo II del art. 256.

(5) Artículo 258 de la Ley.

exactitud de la rectificación. Así se expresa: *Los errores materiales que se cometan en la redacción de los asientos, no podrán salvarse con enmiendas, tachas ni raspaduras, ni por otro medio que un asiento nuevo, en el cual se exprese y rectifique claramente el error cometido en el anterior* (1). Los errores de concepto se rectificarán por medio de una nueva inscripción, la cual se hará mediante la presentación del mismo título ya inscripto, si el registrador reconociere su error ó el juez ó el tribunal lo declarare; y en virtud de un título nuevo, si el error fuere producido por la redacción vaga, ambigua ó inexacta del título primitivo, y las partes convinieren en ello, ó lo declarare así una sentencia judicial (2). En el primer caso, puesto que el error dimana, ó de descuido ó de falta de inteligencia del registrador, serán de su cuenta todos los gastos y perjuicios que se originen. En el segundo, pagarán los interesados los gastos de la nueva inscripción, y los demás que la rectificación ocasione (3), puesto que á ellos solamente son imputables la imprevisión, el descuido ó la ignorancia á que se debió el error.

716. Por último, debemos advertir que, *el concepto rectificado no surtirá efecto en ningún caso sino desde la fecha de la rectificación, sin perjuicio del derecho que puedan tener los terceros para reclamar contra la falsedad ó nulidad del título á que se refiera el asiento que contenía el error de concepto ó del mismo asiento* (4). En efecto, no debe recaer sobre un tercero lo que es sola y exclusivamente imputable á los interesados, que pudieron oportunamente evitar el error ó conseguir su rectificación ó enmienda; y lo dispuesto en este artículo es además conforme al espíritu que domina en toda la ley de hipotecas, según el cual, lo que al tiempo de una inscripción no se halla en los libros con expresión, claridad y determinación suficientes, no puede perjudicarle.

(1) Artículo 261.

(2) Artículo 262.

(3) Artículo 263.

(4) Artículo 264 de la Ley.

§ XIII.

Efectos de la inscripción.

717. Puede considerarse como primer efecto de la inscripción el que establece la Ley, cuando dice así: *Inscripto ó anotado preventivamente en el registro cualquier título traslativo del dominio de los inmuebles, no podrá inscribirse ó anotarse ningún otro de fecha anterior, por el cual se transmita ó grave la propiedad del mismo inmueble. Si sólo se hubiere extendido el asiento de presentación del título, no podrá tampoco inscribirse ó anotarse ningún otro título de la clase expresada, durante el término de treinta días, contados desde la fecha del mismo asiento* (1). El que de propósito ó por negligencia dejó de inscribir ó anotar el contrato que celebró, no puede quejarse de que la ley suponga que renuncia un derecho que no podría ejercitar sin dañar á tercero, quien no debe ser perjudicado con la inscripción de un contrato anterior, que no puede ménos, ó de arrebatarle lo que ya estaba inscripto como suyo, ó de minorar su valor por las cargas reales á que se le supone afecto. Mas esta prohibición se entiende sin perjuicio de la facultad que el art. 392 de la Ley concede á los dueños de inmuebles ó derechos reales, adquiridos y no inscriptos antes del día 1.º de Enero de 1863, de registrar los títulos que no hayan sido presentados al registro en tiempo oportuno, de cuya circunstancia se hará mención en las inscripciones, las que no perjudicarán ni favorecerán á tercero sino desde su fecha (2).

718. La regla que dejamos expuesta no es extensiva á las hipotecas, porque la inscripción posterior, aunque sea de contrato más antiguo, será postergada á la que se obtuvo ántes, sin embargo de que el acto ó contrato á que éste deba su origen sea más reciente. En este caso, si la finca basta para pagar á ambos, ninguno queda perjudicado; si no alcanza á tanto, el primero que

(1) Artículo 17 de la misma.

(2) Artículo 392 de la Ley y 35 del Reglamento. La ley de 3 de Julio de 1871 concedió también la facultad de inscribir hasta fin de Diciembre de 1872 las constituciones y adquisiciones de censos y otros gravámenes verificados ántes de 1.º de Enero de 1863.

inscribió es el preferido; el otro, sólo tiene derecho á cobrar si quedare sobrante despues de satisfecho el crédito hipotecario primeramente inscripto.

719. Con lo que en el número primero de este párrafo dejamos expuesto, tienen íntima conexion las siguientes reglas:

1.^a Que los títulos sujetos á inscripcion que no estén inscritos en el registro, no podrán perjudicar á tercero. Ni tampoco perjudicará á tercero la inscripcion de los bienes inmuebles y derechos reales adquiridos por herencia ó legado, si no hubiesen trascurrido cinco años desde la fecha de la misma (1). Limitacion que se ha establecido, ya por la imposibilidad de probar legalmente que un testamento que se presenta como título para verificar una inscripcion no está destruido por otro anterior otorgado con cláusula derogatoria, ó por haberle revocado posteriormente el testador, ya porque el derecho de los parientes de un finado declarados sus herederos abintestato, puede desaparecer por presentarse otros parientes más inmediatos (2). *Exceptianse* de esta última disposicion los casos de herencia testada ó intestada, mejora y legado, cuando recaigan en herederos necesarios (3); considerando sin duda que en ellos no existen los mismos inconvenientes.

2.^a Que los títulos inscriptos no surtirán su efecto, en cuanto á tercero, sino desde la fecha de la inscripcion (4), considerándose como tal la del asiento de presentacion, que deberá constar en la inscripcion misma (5).

3.^a Que para determinar la preferencia entre dos ó más inscripciones de una misma fecha, relativas á una misma finca, se ha de atender á la hora de la presentacion en el registro de los títulos respectivos (6).

4.^a Que la prescripcion que no requiera justo título no perjudicará á tercero, si no se halla inscripta la posesion que ha de producirla; y que tampoco perjudicará á tercero la que requiera

(1) Artículo 23 de la Ley. Con arreglo á este artículo, se dictó una sentencia por el Tribunal Supremo en 11 de Febrero de 1874.

(2) Exposicion de motivos de la LEY HIPOTECARIA reformada.

(3) Adicion hecha al art. 23 por el 2.^o de la ley de 17 de Julio de 1877.

(4) Artículo 25 de la LEY HIPOTECARIA.

(5) Artículo 28.

(6) Artículo 26.

justo título, si éste no se halla inscripto en el registro. El término de la prescripcion principiará á correr en uno y en otro caso desde la fecha de la inscripcion.

En cuanto al dueño legitimo del inmueble ó derecho que se está prescribiendo, se calificará el título, y se contará el tiempo con arreglo á la legislacion comun (1).

5.^a Que las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscripto los títulos de sus respectivos derechos, conforme á lo prevenido en esta ley (2).

6.^a Que los títulos inscriptos surtirán su efecto aun contra los acreedores singularmente privilegiados por la legislacion comun (3).

720. Todas estas reglas son tambien consecuencia del principio de publicidad, segun el cual, no debe perjudicar á ningun adquirente de una cosa raiz ó de un derecho real impuesto sobre ella ningun acto, contrato ni derecho real que no se halle en los libros del registro; regla que no admite excepciones ni privilegios. Pero entre las mismas personas que se obligaron, conserva toda su fuerza la obligacion; ya no tiene, como en algun tiempo, impuesta la pena de nulidad por falta de inscripcion; la ley no ha querido desigualar de este modo la condicion de los contrayentes, haciendo mejor la del que, quebrantando la buena fe, se negara á cumplir la obligacion contraida, fundándose en la omision de un requisito de forma, tan imputable al uno como al otro contrayente.

721. Algunas de estas reglas requieren ser explicadas, pero antes debemos manifestar que segun la Ley hipotecaria, se considera como tercero para todos sus efectos aquel que no haya intervenido en el acto ó contrato inscripto (4).

(1) Artículo 35. El precepto de este artículo no es aplicable en ningun caso á la prescripcion por tiempo inmemorial relativamente á bienes adquiridos por este título, con anterioridad á la publicacion de la Ley hipotecaria. (Sentencia de 7 de Noviembre de 1879.)

(2) Artículos 36 y 38.

(3) Artículo 24. Este artículo se refiere á los contratos ó actos posteriores á la Ley hipotecaria, quedando los anteriores sujetos á la legislacion que regia cuando tuvieron lugar. (Sentencia de 21 de Abril de 1874.)

(4) Artículo 27 de la Ley.

722. Esto supuesto, el dominio ó cualquier otro derecho real que se mencione expresamente en las inscripciones ó anotaciones preventivas, aunque no esté consignado en el registro por medio de una inscripción separada y especial, surtirá efecto contra tercero desde la fecha de presentación del título respectivo; porque desde entonces es ya público. Debe entenderse esto, sin perjuicio de la obligación de inscribir especialmente los referidos derechos, y de la responsabilidad en que pueda incurrir la persona que en casos determinados deba pedir la inscripción (1).

723. Respecto á la prescripción, tanto á la que requiere justo título como á la que no le requiere, su término empezará á correr desde la fecha de la inscripción del título ó de la posesión; pero en cuanto al dueño legítimo del inmueble ó derecho que se esté prescribiendo, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo á la legislación común (2).

724. De la regla expuesta oportunamente de que las acciones rescisorias ó resolutorias no se dan contra tercero que haya llenado el requisito de la inscripción, se deduce que no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio del que haya inscripto su derecho, por ninguna de las causas que pasamos á exponer:

1.^a Por revocación de donaciones, en los casos permitidos por la ley, excepto el de no cumplir el donatario condiciones inscriptas en el registro (3), reformándose así la legislación antigua, tanto común como foral, en lo que es contraria á esta regla; pero dejándola subsistente en lo que se refiere á las relaciones entre donantes y donatarios, así por lo tocante á la acción personal como á la real, mientras la cosa no haya pasado á manos de un tercer poseedor, ó no haya sido gravada con una carga real ó con una hipoteca, habiendo sido inscriptos estos títulos.

2.^a Por causa de retracto legal en la venta, ó derecho de tanteo en la enfiteusis (4); lo cual sólo se entiende de terceros poseedo-

(1) Artículo 29.

(2) Artículo 35.

(3) Artículo 38.

(4) Artículo 38. Mas siempre que la demanda de retracto haya sido presentada con anterioridad á la anotación preventiva de la escritura de venta hecha en favor de un tercero, podrá darse contra él esta acción, se-

res, y no afecta á las relaciones entre el vendedor, el comprador primitivo y el retrayente ó tanteante. No alude esta disposición al retracto convencional, porque si la venta está inscripta en el registro, en él aparecerá también la condición resolutoria del contrato.

3.^a Por no haberse pagado todo ó parte del precio de la cosa vendida, si no consta en la inscripción haberse aplazado el pago (1); pues á no expresarse esta circunstancia, hay la presunción legal de que realmente se ha satisfecho, y por lo tanto, es más justo que el perjuicio recaiga sobre el que por su silencio ha dado ocasión á él.

4.^a Por la doble venta de una misma cosa, cuando alguna de ellas no hubiere sido inscripta (2); porque cuando se trata de los derechos del tercero, no se entiende transmitido el dominio desde la posesión y ménos desde la convención, sino desde la inscripción.

5.^a Por causa de lesión enorme ó enormísima (3), entendiéndose siempre cuando no se trata de las relaciones entre el comprador y vendedor, sino de los derechos de un tercero.

6.^a Por efecto de la restitución in integrum á favor de los que disfrutaban este beneficio (4); disposición que limita las consecuencias que á este remedio extraordinario daba el derecho antiguo.

7.^a Por enajenaciones verificadas en fraude de acreedores (5), con exclusión de las expresamente exceptuadas, de que pronto trataremos.

gun se deduce de un considerando de una sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Junio de 1866, que no modifica ni desvirtúa lo dispuesto acerca de esta materia por la LEY HIPOTECARIA.

(1) El mismo art. 38. En esta causa 3.^a del art. 38 no se establece el principio absoluto de que siempre «que se inscriba el aplazamiento del pago procede la rescisión, sino que dejando intacto el derecho sobre esta materia, determina que nunca pueda tener lugar la rescisión por no haberse pagado el precio de la venta, si no consta en el registro la circunstancia rescisoria.» (Sentencia de 8 de Enero de 1874.)

(2) El mismo artículo 38.

(3) El mismo.

(4) El mismo.

(5) El mismo.

8.ª Por efecto de cualesquiera otras acciones que las leyes ó fueros especiales concedan á determinadas personas para rescindir contratos, en virtud de causas que no consten expresamente de la inscripción (1).

725. Aunque en el silencio de la Ley así se comprenderia, para evitar dudas ha declarado expresamente, que en todo caso en que la acción resolutoria ó rescisoria no se pueda dirigir contra el tercero, conforme á lo que queda dicho, se podrá ejercitar la personal correspondiente para la indemnización de daños y perjuicios por el que los hubiere causado (2).

726. Exceptúanse de la regla de que las acciones resolutorias y rescisorias no se dan contra tercero que haya inscripto el título de su derecho:

1.º Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen á causas que consten explícitamente en el registro (3), porque en este caso es pública ya la condicion de la finca.

2.º Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, en los casos siguientes:

Cuando la segunda enajenacion haya sido hecha por título gratuito, entendiéndose esta frase título gratuito del modo que exponaremos.

Cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude, en los términos que expresaremos despues.

En ambos casos prescribirá la acción al año, contado desde el día de la enajenacion fraudulenta (4); en lo que respetándose el derecho antiguo por lo que se refiere al tiempo, se ha introducido un cambio importante en el modo de contarlo, pues que segun las leyes de Partida, sólo corria contra los acreedores desde el día en que eran sabedores de la enajenacion (5).

(1) El mismo art. 38.

(2) El mismo artículo.

(3) Artículo 37.

(4) El mismo art. 37. Al no considerar fraudulento un contrato de venta de un inmueble, no se infringen los artículos 39 y 41 de la Ley hipotecaria, si resulta que aquel contrato no es la segunda enajenacion á título gratuito á que se refiere el caso 1.º, núm. 2.º de este art. 37. (Sentencia de 7 de Mayo de 1880.)

(5) Ley 7.ª, tít. XV, Part. V. Ley que, como vemos en el texto, ha sido reformada, aunque conservándose sus disposiciones esenciales, por los ar-

727. Hemos indicado ántes que expondríamos lo que quiere decir la frase enajenacion á título gratuito. La Ley entiende por ella, no solamente la que se haga por donacion ó cesion de derecho real, sino tambien cualquiera enajenacion, constitucion ó renuncia de derecho real que haga el deudor en los plazos respectivamente señalados por las leyes comunes, y las de comercio en su caso, para la revocacion de las enajenaciones en fraude de acreedores, siempre que no haya mediado precio, su equivalente, ú obligacion preexistente y vencida (1). De esto se infiere que podrán revocarse siempre que concurren las circunstancias que acabamos de expresar:

1.º Los censos, enfitéusis, servidumbres, usufructos y demás derechos reales constituidos por el deudor.

2.º Las constituciones dotales ó donaciones propter nuptias á favor de la mujer, de hijos ó de extraños.

3.º Las adjudicaciones de bienes inmuebles en pago de deudas no vencidas.

4.º Las hipotecas voluntarias constituidas para la seguridad de deudas anteriormente contraidas sin esta garantía, y no vencidas, siempre que no se agraven por ella las condiciones de la obligacion principal.

5.º Cualquier contrato en que el deudor traspase ó renuncie expresa ó tácitamente un derecho real (2).

728. Para que no quede duda de cuándo deja de intervenir precio ó su equivalente en estos contratos, la Ley declara que esto sucederá cuando el notario no dé fe de su entrega, ó si confesando los contrayentes haberse ésta verificado con anterioridad, no se justificare el hecho, ó se probare que debe ser comprendido en el caso 3.º de los que acabamos de enumerar (3).

729. Sólo nos resta exponer, respecto á las enajenaciones hechas en fraude de acreedores, cuándo se considerará cómplice en

títulos 36 y siguientes, y 41 de la Ley hipotecaria, respecto al adquirente que haya inscripto los títulos de sus respectivos derechos; y así lo tiene reconocido y declarado el Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de Febrero de 1875.

(1) Artículo 39 de la LEY HIPOTECARIA.

(2) Artículo 40 de la misma.

(3) El mismo art. 40.

el fraude al poseedor de una cosa inmueble ó derecho real impuesto sobre ella. Tambien la Ley, con cuidadosa diligencia, lo ha decidido, expresando que lo es:

1.º *Cuando se probare que le constaba el fin con que dicha enajenacion se hiciera, y que coadyuvó á ella como adquirente inmediato, ó con cualquier otro carácter* (1), porque entónces lo es claramente.

2.º *Cuando hubiere adquirido su derecho, bien inmediatamente del deudor, bien de otro poseedor posterior, por la mitad, ó ménos de la mitad del justo precio* (2); conjetura fuerte para creer que conocia el fraude, y que la ley convierte en presuncion *juris et de jure*.

3.º *Cuando habiéndose cometido cualquiera especie de suposicion ó simulacion en el contrato celebrado por el deudor, se probare que el poseedor tuvo noticia ó se aprovechó de ella* (3), lo que bien merece el nombre de complicidad.

730. Al concluir de tratar de los efectos de la inscripcion, debemos decir que no *convalida los actos ó contratos que sean nulos con arreglo á las leyes* (4); porque no tiene por objeto dar fuerza á los actos ó contratos que no tengan todos los caracteres de legitimidad,

(1) Artículo 41.

(2) Artículo 41 citado.

(3) El mismo artículo.

(4) Artículo 33. Por sentencia de 30 de Diciembre de 1875, se declaró anulada la inscripcion de una venta en que faltaba á los vendedores la circunstancia de ser dueños de la cosa vendida y la capacidad civil para enajenarla, «sin que pudiera favorecer al tercero la excepcion del art. 34, porque los vendedores no aparecian en el registro con derecho para enajenar válidamente.» Así, pues, de esta sentencia se deduce claramente que, si en el registro hubieran aparecido los vendedores con derecho á enajenar, aunque realmente no lo hubiesen tenido, la enajenacion habria sido válida con arreglo á la excepcion establecida por el art. 34. Es además evidente, y así lo reconoce el Tribunal Supremo, que el art. 33 se halla en relacion con el 34, en el que se previene que los contratos otorgados por personas que en el registro aparezcan con derecho para ello, no se invalidan en cuanto á tercero, una vez inscriptos; y reconoce igualmente que la ley 9.ª, título XIII, Part. V se halla modificada por el expresado art. 34. (Sentencia de 10 de Abril de 1876.) Despues de esta fecha fué tambien modificado el art. 34 del modo que en la página siguiente vamos á manifestar.

que son nulos en sí mismos, y por lo tanto, no pueden producir efecto alguno, sino asegurar á los que inscriban títulos en sus derechos legítimos, y hacer público el estado de la propiedad á todos los que quieran interesarse en la adquisicion de bienes inmuebles ó derechos reales impuestos sobre ellos. La inscripcion no aumenta ni disminuye el valor de los títulos. La venta, por ejemplo, de bienes inmuebles, hecha por el guardador de un huérfano sin haberse observado en ella las formalidades exigidas por la ley, aunque llegue á inscribirse por falta ó descuido del registrador, no adquirirá validez por medio de la inscripcion.

731. *No obstante lo declarado en el artículo 33, que acabamos de exponer, los actos que se ejecuten ó contratos que se otorguen por persona que en el registro aparezca con derecho para ello, una vez inscriptos, no se invalidarán en cuanto á los que con ella hubiesen contratado por título oneroso, aunque despues se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscripto, ó de causas que no resulten claramente del mismo registro. Tampoco se invalidarán dichos actos ó contratos con respecto á las citadas personas, aun cuando despues se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anteriormente inscripto, si la inscripcion hecha á favor de aquél se hubiere notificado á los que en los veinte años precedentes hayan poseido, segun el registro, los mismos bienes, y no hubieren reclamado contra ella en el término de treinta dias.* La Ley establece tambien el procedimiento que se ha de seguir en estas notificaciones, y advierte además que *lo dispuesto en este artículo no será aplicable á la inscripcion de la mera posesion, á ménos que la prescripcion haya convalidado y asegurado el derecho inscripto* (1).

(1) Artículo 34. Por consiguiente, la sentencia que declara la nulidad de una escritura en virtud de título inscripto con anterioridad, no infringe lo dispuesto en este artículo. (Sentencia de 19 de Mayo de 1873.)

Por el expresado artículo ha sido modificada la ley 7.ª, tit. XV, Part. V, segun la cual, son revocables á instancia de los acreedores las enajenaciones de todos sus bienes hechas por los deudores, despues de haber sido éstos condenados en juicio al pago de sus deudas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Noviembre de 1873.)

El párrafo 1.º de este art. 34 ha sido ultimamente reformado por la ley de 17 de Julio de 1877. Dos veces ha sido alterada la primitiva redaccion

§ XIV.

Anotaciones preventivas.

732. Hemos dicho, al indicar las diferentes clases de hipotecas segun nuestro anterior derecho, que las que se llamaban judiciales perdian su nombre y adquirian el de anotaciones preventivas. Esto nos mueve, interrumpiendo en verdad la materia de las obligaciones, á darles aquí cabida, atendiendo á la grande analogia que tienen con las hipotecas, en cuya Ley han sido comprendidas, y á que difficilmente encontrarian lugar más adecuado en otra parte de la obra (1).

733. Basta considerar que el objeto de las anotaciones preventivas no es convertir en real el crédito que ántes sólo tenia el carácter de personal, ni crear una accion hipotecaria, y que no modifican ni alteran la intension del derecho del acreedor ó del litigante, sino que se limitan á asegurar las consecuencias de un juicio, impidiendo al deudor ó demandado que pueda cons-

del dicho párrafo; una, en la ley reformada de 1870, y otra por el art. 3.º de la citada de 1877. En la ley de 1861. el párrafo se limitaba á decir lo siguiente: «No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos ó contratos que se ejecuten ó otorguen por persona que en el registro aparezca con derecho para ello, una vez inscriptos, no se invalidarán en cuanto á tercero, aunque despues se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscripto, ó de causas que no consten claramente del mismo registro.» La reformada en 1870 añadía: «O si la inscripcion se hubiese notificado ó hecho saber á las personas que en los veinte años anteriores hayan poseído, segun el registro, los mismos bienes y no hubieren reclamado contra ella en el término de treinta dias.» El párrafo 2.º, que era complemento del primero, quedó suprimido. La sustitucion del primer párrafo por otro, hecha por la ley de 17 de Julio, es la que literalmente copiamos en el texto. A pesar de todo, es preciso reconocer que notables jurisconsultos han sostenido constantemente, y en nuestro concepto con razones atendibles, que el artículo primitivo, tal como se hallaba redactado, daba á la propiedad suficientes garantías, y que los peligros é inconvenientes que en él señaló desde luego una crítica sutil y acaso cavilosa, eran exagerados, muy remotos, de difícil realizacion y hasta cierto punto imaginarios.

(1) Tambien lo han hecho así los redactores del proyecto del Código civil.

tituirse en insolvencia ó destruir la cosa, eludiendo así el fallo, para que se encuentre justificado el cambio de una nomenclatura que, dejando aparte las explicaciones históricas que admitiera, realmente no designa con propiedad la idea que representa (1).

734. Además de estas anotaciones preventivas, hay otras que tienden á asegurar ciertos derechos reales existentes, pero que, ó por no ser definitivos, ó porque su verdadera importancia no está bien determinada, no pueden ser aún inscriptos como derechos reales en el registro.

735. Omitiendo dar una definicion que probablemente no podría ser más clara que lo definido, diremos que *podrán pedir anotacion preventiva de sus respectivos derechos en el registro público correspondiente:*

1.º *El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles, ó la continuacion, declaracion, modificacion ó extincion de cualquier derecho real.* Esta peticion podrá hacerse, ó cuando se proponga (2) la demanda, ó despues, *ofreciendo indemnizar los*

(1) Esta doctrina se halla confirmada por el Tribunal Supremo, al declarar que «la anotacion preventiva que resulta de una providencia judicial, dirigida únicamente á garantir las consecuencias del juicio, no crea ni declara ningun derecho, ni altera la naturaleza de las obligaciones, ni mucho ménos convierte en real é hipotecaria la accion que anteriormente no tenia este carácter, ni puede calificarse de sentencia, y ménos aún de sentencia definitiva.» (Sentencias de 9 de Mayo y 23 de Setiembre de 1873, de 20 de Marzo de 1874, 17 de Junio de 1875 y 16 de Mayo de 1876.)

(2) Artículo 42 de la Ley. «El que haya omitido pedir y obtener la anotacion preventiva de que aquí se habla,» dice el Sr. Gomez de la Serna en la página 7.ª, tomo II de sus *Comentarios á la LEY HIPOTECARIA*, «no tendrá derecho, fundándose en que la cosa enajenada era litigiosa, á reclamarla contra el adquirente de buena fe que, engañado por el silencio del registro, no supo que pendia de la decision de los tribunales el derecho del que hizo á su favor la enajenacion. La anotacion preventiva, por el contrario, hecha oportunamente, impedirá que nazcan derechos que pueden perjudicar al que ha promovido el pleito, ya sea por la enajenacion verificada por el demandado, ya por las que sucesivamente puedan hacerse. Conforme con esto, declara más adelante el art. 71 de la Ley que los bienes inmuebles ó derechos reales anotados puedan ser enajenados ó gravados, pero sin perjuicio de la persona á cuyo favor se haya

perjuicios que de ella puedan seguirse al demandado en caso de ser absuelto (1); y no se hará la anotación sino cuando se ordene por providencia judicial, dictada á instancia de parte legítima, y en virtud de documento bastante al prudente arbitrio del juez (2). De este modo sale la Ley al encuentro de las pretensiones temerarias que, sólo por vejar á sus contrarios, hicieran litigantes con escaso derecho, y tal vez de mala fe.

2.º El que en juicio ejecutivo obtuviere á su favor mandamiento de embargo, que se haya hecho efectivo en bienes raíces del deudor (3); anotación obligatoria con arreglo á la Ley de Enjuiciamiento civil (4). Esto es extensivo á todo embargo de bienes inmuebles ó derechos reales que se decreta en juicio civil ó criminal, aunque sea preventivo (5).

3.º El que en cualquier juicio obtuviere sentencia ejecutoria condenando al demandado, la cual deba llevarse á efecto por los trámites establecidos en el título XVIII, parte primera de la Ley de Enjuiciamiento civil (6) (hoy título VIII, lib. II), cuyo título trata de la ejecución de las sentencias. Esta anotación no podrá verificarse hasta que para la ejecución de la sentencia se mande embargar bienes inmuebles del condenado por ella, en la forma prevenida respecto al juicio ejecutivo (7).

»hecho la anotación. De esto se deduce que la ley de Partida antes mencionada (la 13, tit. VII, Part. III) que declara la inalienabilidad de las cosas litigiosas, está considerablemente modificada.»

(1) Artículo 41 del Reglamento.

(2) Artículo 43 de la Ley.

(3) Artículo 42 de la misma ley. Un embargo hecho judicialmente con las formalidades debidas, lleva consigo la prohibición de enajenar la finca embargada, sin conocimiento y autorización del juzgado. (Sentencia de 14 de Noviembre de 1874.) Las palabras *bienes del deudor*, empleadas en el segundo número de este artículo, limitan los efectos de su disposición á los bienes raíces embargados que realmente pertenezcan al deudor, dejando á salvo el derecho de cualquiera persona cuyos bienes hubiesen sido incluidos indebidamente en el embargo. (Sentencia de 5 de Enero de 1876.)

(4) Artículos 953 de Ley de Enjuiciamiento civil (hoy 1453), 43 de la HIPOTECARIA, y 42 del Reglamento.

(5) Artículo 42 del Reglamento, que establece además las reglas que se han de observar en estas anotaciones.

(6) Artículo 42 de la Ley.

(7) Artículo 41 del Reglamento.

4.º El que demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquiera obligación obtuviere, con arreglo á las leyes, providencia ordenando el secuestro ó prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles.

El acreedor que obtenga anotación en alguno de los tres últimos casos, será preferido, en cuanto á los bienes anotados solamente, á los que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad á dicha anotación (1); porque según queda dicho, la anotación, como antes la hipoteca judicial, no cambia la naturaleza de los créditos, ni convierte en hipotecarios los comunes; es un medio de impedir que se haga ilusorio el juicio, y una advertencia á los que despues contraigan con el demandado, del peligro que corren de ser pospuestos á otros.

5.º El que propusiere demanda con objeto de obtener declaración de incapacidad legal para administrar, presunción de muerte de personas ausentes, imposición de la pena de interdicción, ó cualquiera otra resolución por la que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto á la libre disposición de sus bienes (2). En este caso deberá hacerse también la anotación en virtud de providencia judicial, que podrá dictarse de oficio cuando no hubiere interesados que la reclamen, siempre que el juez, á su prudente arbitrio, lo estime conveniente para asegurar el efecto de la sentencia que pueda recaer en el juicio (3).

La anotación de las ejecutorias, providencias de embargos, intervenciones, secuestros ó prohibición de enajenar bienes, no podrá excusarse ni suspenderse por oposición de la parte contraria (4).

6.º El legatario que no tenga derecho, según las leyes, á promover el juicio de testamentaria (5).

7.º El acreedor refaccionario, mientras duren las obras que sean objeto de la refacción.

(1) Artículos 42 y 44 de la Ley.

(2) Artículo 42 de la Ley.

(3) Artículo 43.

(4) Artículo 43 del Reglamento.

(5) Artículo 42 de la LEY HIPOTECARIA. Tienen derecho á promover el juicio de testamentaria los legatarios de parte alicuota del caudal, ó cualquiera de ellos. (Art. 1038 de la Ley de Enjuiciamiento civil.)

8.º *El que presentare en el oficio del registro algun titulo, cuya inscripcion no pueda hacerse definitivamente por falta de algun requisito subsanable, ó por imposibilidad del registrador.*

9.º *El que en cualquier otro caso tuviere derecho á exigir anotacion preventiva, conforme á lo dispuesto en la LEY HIPOTECARIA (1).*

736. Lo que queda dicho del legatario, del refaccionario y de los defectos subsanables, ha dado lugar á varias disposiciones de la Ley, de que para la conveniente claridad trataremos con separacion.

Respecto del legatario.

737. En el hecho de decir la Ley que el legatario que no tiene derecho á promover el juicio de testamentaria es el que puede pedir en cualquier tiempo anotacion preventiva sobre la misma cosa legada, si fuere determinada é inmueble (2), implicitamente excluye al que lo es de parte alicuota de la herencia, el cual en cierto concepto puede considerarse como heredero. Respecto á los demás legatarios, se observan las reglas que pasamos á exponer.

738. *El legatario de bienes inmuebles determinados ó de créditos ó pensiones consignados sobre ellos, no podrá constituir su anotacion preventiva, sino sobre los mismos bienes (3).* Con arreglo á derecho, por la muerte del testador pasa al legatario el dominio de la cosa legada de este modo, aunque corresponde al heredero entregarla; la hipoteca, pues, le sirve al legatario para impedir que la cosa se enajene con éxito á un tercero que la adquiera de buena fe. Lo mismo debe decirse del acreedor ó pensionista, de que hemos hecho mencion, porque respecto á ellos, al fallecimiento del testador ha quedado constituido el derecho real. No seria justo ni equitativo extender la anotacion más allá de la cosa legada, que es sólo á la que tiene derecho, y no en toda ella en el caso de crédito ó pension.

739. *Si el legado no fuere de especie, es decir, si fuere de género ó cantidad, podrá exigir el legatario la anotacion sobre cual-*

(1) Artículo 42 de la Ley.
(2) Artículo 45.
(3) Artículo 46.

quiera bienes raices de la herencia, bastantes para cubrirlo, dentro de los ciento ochenta dias siguientes á la muerte del testador (1); medio que le da la Ley para poner á salvo su derecho, haciendo efectiva la hipoteca general é indeterminada que la legislacion antigua le daba en los bienes del testador (2); pero no alcanzará su derecho á exigir la anotacion sobre bienes inmuebles legados especialmente á otros (3), porque esto equivaldria á negar la trasmision del dominio de la cosa legada á estos legatarios desde la muerte del testador.

740. Tampoco puede impedir ningun legatario de género ó cantidad que tenga á su favor anotacion preventiva, que otro de la misma clase obtenga, dentro del plazo legal, otra anotacion á su favor sobre los mismos bienes ya anotados (4); porque de otro modo resultaria que entre acreedores de un deudor que se hallaban todos en el mismo caso, el más exigente, ó tal vez el ménos delicado, fuera de mejor condicion que los demás. Consecuencia de esto es, que la anotacion preventiva de preferencia, en cuanto al importe de los bienes anotados, á los legatarios que hayan hecho uso de su derecho dentro de los ciento ochenta dias, sobre los que no lo hicieron del suyo en el mismo término, renunciándolo así implicitamente; y que los anotantes no tendrán preferencia entre sí, pero sin perjuicio de la que corresponda al legatario de especie respecto á los demás legatarios, con arreglo á la legislacion comun, aun en el caso de no haber pedido su anotacion (5).

741. Dedúcese igualmente de lo expuesto, que el legatario que obtuviere anotacion preventiva será preferido á los acreedores del heredero que haya aceptado la herencia sin beneficio de inventario, pues que la anotacion impide la confusion de derechos, y á cualquiera otro que con posterioridad á dicha anotacion adquiriera algun derecho sobre los bienes anotados; pero entendiéndose que esta preferencia es solamente en cuanto al importe de los mismos bienes (6), porque los demás vienen á formar un todo con los del heredero.

(1) El citado art. 45 de la Ley.
(2) Ley 26, tít. XIII, Part. V.
(3) Artículo 47 de la Ley.
(4) Artículo 48.
(5) Artículo 51 de la misma.
(6) Artículo 50.



742. Puede el legatario de género ó cantidad dejar *trascurrir* el plazo ántes dicho, sin hacer uso de su derecho; en este caso, sólo podrá exigir despues la anotacion preventiva sobre los bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero, pero no surtirá efecto contra el que ántes haya adquirido ó inscripto algun derecho sobre los bienes hereditarios (1); ni obtendrá por ello preferencia alguna sobre los demás legatarios que omitan esta formalidad, ni logrará otra ventaja que la de ser antepuesto para el cobro de su legado á cualquier acreedor del heredero que con posterioridad adquiriera algun derecho sobre los bienes anotados (2). Esta anotacion fuera del término podrá hacerse sobre bienes anotados dentro de él á favor de otro legatario, siempre que subsistan en poder del heredero; pero el legatario que la obtuviere, no cobrará su legado sino en cuanto alcanzare el importe de los bienes, despues de satisfechos los que dentro del término hicieron su anotacion (3); lo que se funda en que, como hemos dicho, los bienes hipotecados pueden hipotecarse de nuevo, pero quedando siempre íntegra la primera hipoteca.

743. La anotacion preventiva de los legados podrá hacerse por convenio entre las partes, es decir, entre los herederos y los legatarios, ó por mandato judicial (4), que no se decretará sin audiencia previa y sumaria de los que pueden tener interés en contradecirla (5). Si pedida judicialmente por un legatario, acudiere otro ejercitando igual derecho respecto á los mismos bienes, será tambien oído en el juicio (6). La Ley señala (7) el procedimiento que ha de seguirse en el caso de que se acuda á la autoridad judicial para la anotacion. Lo omitimos por no corresponder á este tratado.

744. Para hacer la anotacion preventiva de los legados, por convenio entre las partes, se presentará en el registro el título en que se funde el derecho del legatario (8), ó sea testimonio de la cabeza, pié y cláusula respectiva del testamento; y además el

(1) Artículo 52.

(2) Artículo 53.

(3) Artículo 54.

(4) Artículo 56.

(5) Artículo 55.

(6) Artículo 58.

(7) Artículo 57.

(8) Artículos 45 de la Ley y 46 del Reglamento

mandamiento del juez ó tribunal, cuando hubiere de hacerse la anotacion por providencia judicial (1).

745. Si ántes de extinguirse la anotacion resultare ineficaz para asegurar suficientemente al legatario, por razon de las cargas y condiciones especiales de los bienes anotados, podrá pedir que se constituya otra sobre bienes diferentes, siempre que los haya en la herencia susceptibles de tal gravámen (2).

746. Puede el heredero apresurarse á cumplir la voluntad del finado y satisfacer á los legatarios de un modo útil para todos; en este caso, seria injusto privarle, aunque temporalmente, de las facultades de propietario, ó considerarle obligado con una hipoteca ya sin objeto. Para evitar esto, si el heredero quisiere inscribir á su favor, dentro del término de los ciento ochenta dias, los bienes hereditarios, y no hubiere para ello impedimento legal, podrá hacerlo, con tal que renuncien previamente y en escritura pública todos los legatarios á su derecho de anotacion, ó que en defecto de renuncia expresa, se notifique á los mismos legatarios, con treinta dias de anticipacion, la solicitud del heredero, á fin de que durante dicho término puedan hacer uso de aquel derecho, haciéndose las notificaciones con arreglo á la Ley de Enjuiciamiento civil. Si alguno de los legatarios no fuere persona cierta, el juez ó tribunal mandará hacer anotacion preventiva de su legado, bien á instancia del mismo heredero ó de otro interesado, ó bien de oficio. El heredero que solicitare la inscripcion á su favor de los bienes hereditarios, dentro del término referido, podrá anotar preventivamente desde luego dicha solicitud; pero esta anotacion no se convertirá en inscripcion definitiva hasta que los legatarios hayan renunciado, expresa ó tácitamente, á la anotacion de sus legados, y quedará cancelada respecto á los bienes que los mismos legatarios anoten preventivamente en uso de su derecho (3).

Respecto al refaccionario.

747. Muy privilegiada ha sido entre nosotros la hipoteca del refaccionario en la finca refaccionada. Declarada legal en nues-

(1) Artículo 57 de la Ley y 46 del Reglamento.

(2) Artículo 87 de la Ley.

(3) Artículo 49 de la Ley.

tro derecho anterior, ha dejado de serlo por la *Ley hipotecaria*: en ésta ha prevalecido la idea de que no debía concederse hipoteca legal á los que por la convencion podian constituirla, porque la ley no debe dar proteccion especial y extraordinaria, más que á los que en realidad la necesitan. Pero no por eso ha dejado el legislador de atender como correspondia á los acreedores refaccionarios, en cuanto les conviene, y cabe dentro de su sistema.

748. Establécese al efecto, que el acreedor refaccionario podrá exigir anotacion sobre la finca refaccionada, por las cantidades que de una vez ó sucesivamente anticipare, presentando el contrato por escrito, que en cualquier forma legal haya celebrado con el deudor (1). No es obstáculo para ello que el contrato sea privado, con tal que exprese claramente todas las circunstancias necesarias para evitar dudas y cuestiones; que concurren personalmente al registro todos los interesados en la anotacion; que conste la identidad de las personas y la autenticidad de las fincas, y que si la finca que ha de ser refaccionada no estuviere inscrita á favor del deudor, se haga la inscripcion con las formalidades oportunas (2). Esta anotacion surtirá, respecto al crédito refaccionario, todos los efectos de la hipoteca (3). No será necesario que los títulos en cuya virtud se pida la anotacion, determinen fijamente la cantidad de dinero ó efectos en que consistan los mismos créditos, y bastará que contengan los datos suficientes para liquidarlos al terminar las obras contratadas (4).

749. El derecho vigente hasta la publicacion de la *Ley hipotecaria* daba al refaccionario privilegio sobre todos los demás acreedores hipotecarios más antiguos, exceptuados el fisco, y la mujer por su dote, los cuales, gozando del mismo privilegio, guardaban entre sí el orden de antigüedad; por esta razon, los últimos refaccionarios eran tambien preferidos á los más antiguos. Fundábase esto en el beneficio que á todos produce la conservacion de la cosa, que se suponía debida al último acreedor. Mas traía el inconveniente de que con frecuencia los hipotecarios an-

(1) Artículo 59 de la Ley.

(2) Artículo 51 del Reglamento.

(3) Artículo 59 de la Ley.

(4) Artículo 60 de la Ley.

tiguos perdieran todo su derecho por reparaciones quizá innecesarias ó inútiles, hechas por capricho ó con indiscrecion, y sin tener intervencion alguna, ni aun conocimiento de su ejecucion. Cedia esto en perjuicio del crédito, que la ley nueva ha querido salvar, estableciendo, que si la finca que haya de ser objeto de la refaccion estuviere afectá á obligaciones reales inscritas, no se hará la anotacion, sino bien en virtud de convenio unánime por escritura pública entre el propietario y las personas á cuyo favor estuviere constituidas dichas obligaciones, sobre el objeto de la refaccion misma y el valor de la finca antes de empezar las obras, ó bien en virtud de providencia judicial, dictada en expediente instruido para hacer constar dicho valor, y con citacion de todas las indicadas personas (1). Si alguna de éstas no fuere persona cierta, estuviere ausente, ignorándose su paradero, ó negare su consentimiento, no podrá hacerse la anotacion sino por providencia judicial (2). En el Reglamento (3) se establecen los trámites que deben seguirse en la formacion de estos expedientes.

750. El valor que en cualquier forma se diere á la finca que ha de ser refaccionada, antes de empezar las obras, se hará constar en la anotacion del crédito (4). Observando esto, los acreedores antiguos conservarán su derecho de preferencia respecto del acreedor refaccionario, pero solamente por un valor igual al que se hubiere declarado á la misma finca. El acreedor refaccionario será considerado como hipotecario respecto á lo que exceda el valor de la finca al de las obligaciones anteriores mencionadas, y en todo caso, respecto á la diferencia entre el precio dado á la misma finca antes de las obras, y el que alcanzare en su enajenacion judicial (5). De este modo, al mismo tiempo que se respetan los derechos de los acreedores antiguos, quienes, si es imprescindible perder algo de su antiguo derecho para salvarlo en parte, naturalmente no se negarán á una avenencia, se consulta en lo posible al levantamiento de fondos para la reparacion, y se atiende al nuevo acreedor refaccionario en cuanto permite la justicia.

(1) Artículo 61 de la Ley.

(2) Artículo 62.

(3) Artículos del 53 al 57 del Reglamento.

(4) Artículo 63 de la Ley.

(5) Artículo 64 de la misma.

751. *La anotación preventiva de los créditos refaccionarios no se decretará judicialmente sin audiencia previa y sumaria de los interesados, en la forma que al tratar ántes de la anotación de los legados dejamos expuesto (1).*

Por faltas subsanables.

752. Sólo deben comprenderse en los registros las obligaciones que tengan eficacia jurídica. En las que no la tengan, debe examinarse si la falta de que adolecen es subsanable. Define la Ley estas palabras diciendo, que *serán faltas subsanables las que afecten á la validez del mismo título sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en él constituida. Si el título contuviere alguna de estas faltas, el registrador suspenderá la inscripción, y extenderá anotación preventiva si la solicita el que presentó el título. En el caso de que se suspendiere la inscripción por faltas subsanables del título y no se solicitare la anotación preventiva, podrán los interesados subsanar las faltas en los treinta días que duran los efectos del asiento de presentación. Si se extiende la anotación preventiva, podrá verificarse en el tiempo que ésta subsiste, según el artículo 96, es decir, sesenta días, ó ciento ochenta si se hubiere prorogado por todo este tiempo en virtud de providencia judicial. Son faltas no subsanables las que producen necesariamente la nulidad de la obligación (2). Para aclarar más este punto, añade el Reglamento, que para distinguir las faltas subsanables de las que no lo sean, atenderá el registrador á la validez de la obligación consignada en el título. Si ésta fuere nula por su naturaleza, condiciones, calidad de las personas que la otorguen, ú otra causa semejante, independiente de su forma extrínseca, se considerará la falta como no subsanable. Por el contrario, si la obligación fuere válida, atendidas las circunstancias dichas, y el vicio ó defecto estuviere tan sólo en la forma externa del documento que la contenga, y que se pueda reformar ó extender de nuevo á voluntad de los interesados en la inscripción, se tendrá por subsanable la falta (3). Nada podríamos decir que esclareciera más este punto.*

(1) Artículos 55 y 57.

(2) Artículo 65 y número 1.º del 66 de la Ley.

(3) Artículo 57 del Reglamento. Este artículo determina además, que

753. *En el caso de contener el título alguna falta no subsanable, se denegará la inscripción, sin poder verificarse la anotación preventiva (1); pues no sería justo exigir que un registrador inscribiera ó anotara en el registro un título que en su concepto, aun dado caso de que fuera equivocado, tuviera una falta no subsanable. Pero también sería insostenible que una mala apreciación del registrador pudiera privar al que presentó el título, de las ventajas de la inscripción ó de la anotación; ó que por no existir ninguna señal en el registro que hiciera conocer que había una inscripción ó anotación pendiente, quedara perjudicado un tercero que, en la seguridad de que nadie tenía inscripto un derecho que pudiera perjudicarlo, hubiese adquirido la finca ó un derecho real sobre ella. Sería, pues, injusto que la ley no concediera acción á los que se consideran perjudicados. Por eso determina que los interesados podrán reclamar gubernativamente contra la calificación del título hecha por el registrador, sin perjuicio de acudir, si quieren, á los tribunales de justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez ó nulidad de los documentos ó de la obligación. Y añade que cuando se hubiere denegado la inscripción, y el interesado, dentro de los treinta días siguientes á la fecha de la presentación, propusiere demanda ante los tribunales de justicia para que se declare la validez del título (que aun defectuoso no producirá siempre la nulidad del contrato) ó de la obligación, podrá pedir la anotación preventiva de la demanda, y la que se verifique se retrotraerá á la fecha del asiento de presenta-*

en los casos del art. 19 de la Ley, los interesados podrán recoger el documento y subsanar la falta, dentro de los treinta días que duran los efectos del asiento de presentación; pedir la anotación preventiva correspondiente, ó reclamar contra el registrador por la vía gubernativa. Los casos en que este recurso ha de proceder; autoridades ante quienes se ha de reclamar; personas que pueden promover los expedientes de inscripción; procedimientos que se han de seguir; apelaciones de las providencias que se dictaren, y facultades concedidas á los interesados para acudir independientemente de la reclamación gubernativa á los tribunales para ventilar y contender entre sí acerca de la validez y consiguiente inscripción de las escrituras, así como de la nulidad ó validez de las obligaciones en ellas contenidas, son objeto de las demás disposiciones del mismo.

(1) Artículo 65 de la Ley.

cion. Después de dicho término no producirá efecto la anotación preventiva de la demanda sino desde su fecha. Mas en el caso de haberse entablado recurso gubernativo, todos los términos expresados quedarán suspensos desde el día de la interposición de aquel recurso hasta el de su resolución definitiva (1).

754. Volvamos al caso en que la falta sea subsanable. Ya hemos dicho antes, que cuando no puede hacerse definitivamente una inscripción por falta de algún requisito subsanable, debe hacerse una anotación. En este caso, añade la Ley (2), podrá exigir el interesado que el registrador le dé copia de dicha anotación, autorizada con su firma, y en la cual conste si hay ó no pendientes de registro algunos otros títulos relativos al mismo inmueble, y cuáles sean éstos en su caso; garantía bastante que debe asegurar al que quiere inscribir, que nada se hará en su daño.

755. El que no usa del derecho que le otorga la ley, implícitamente le renuncia, al ménos mientras no llega á ejercerlo. Este silencio no debe convertirse en daño de un tercero de buena fe; así está ordenado, que el que pudiendo pedir la anotación preventiva de un derecho, dejara de hacerlo dentro del término señalado al efecto, no podrá después inscribirlo á su favor en perjuicio de tercero que haya inscrito el mismo derecho, adquiriéndolo de persona que aparezca en el registro con facultad de transmitirlo (3). Esto se halla tan en el espíritu de la Ley, que áun omitido se sobreentendería.

756. A las clases de anotaciones preventivas de que dejamos hecha mención, debemos añadir otra que ya indicamos al tratar de la dirección é inspección de los registros. Siempre que suscitada alguna duda que diere lugar á consulta, no pudiere el registrador extender algún asiento principal en el registro de la propiedad, se hará una anotación preventiva, la cual surtirá los efectos de la que se hace por falta de un requisito subsanable ó por imposibilidad del registrador. La resolución á la consulta se comunicará precisamente al registrador dentro de los sesenta días señalados para la duración de las anotaciones, según más adelante exponremos; pero si no se comunicare dicha resolución en el término expresado,

- (1) Artículo 66 de la Ley.
- (2) Artículo 67.
- (3) Artículo 69 de la Ley y 65 del Reglamento.

continuará produciendo su efecto la anotación (1). Por esta anotación no se llevará derecho alguno (2). De este modo, sin perjudicar al que pide la inscripción y sin hacer violencia á la convicción de los registradores, se salvan todas las dificultades.

Efectos de la anotación preventiva.

757. Cuando las anotaciones preventivas son el resultado de una providencia judicial para asegurar las consecuencias de un juicio, tienen el carácter de transitorias, y nunca llegan á convertirse en inscripciones. Pero fuera de estos casos, las anotaciones son precursoras de las inscripciones, y un verdadero derecho hipotecario constituido en virtud de la ley á favor del acreedor, si bien por las dudas á que hayan dado lugar los títulos presentados, ó por circunstancias pasajeras, no han llegado á la inscripción. Justo es, pues, que cuando la anotación preventiva de un derecho se convierta en inscripción definitiva del mismo, surta ésta sus efectos desde la fecha de la anotación (3). Este es el primero y principal efecto de la anotación preventiva.

758. El segundo efecto es consecuencia del primero. Cuando los bienes inmuebles ó derechos reales anotados son enajenados ó gravados, como pueden serlo del mismo modo que las fincas hipotecadas, en los términos que oportunamente expusimos, se entenderá que es sin perjuicio del derecho de la persona á cuyo favor se haya hecho la anotación (4).

(1) Artículo 277 de la Ley.

(2) Artículo 278.

(3) Artículo 70 de la Ley.

(4) Artículo 71 y sentencia de 30 de Diciembre de 1876. La disposición de este artículo se refiere á las enajenaciones ó gravámenes de bienes inmuebles que se hagan después de haber sido anotados preventivamente á favor de otra persona. (Sentencia de 17 de Junio de 1875.) Y no da á las anotaciones, ni áun á las inscripciones definitivas, eficacia para convalidar los actos ó contratos nulos con arreglo á las leyes. (Sentencia de 28 de Mayo de 1874.) Presumimos que el Tribunal Supremo limitaba esta restricción, en cuanto á las inscripciones, á los actos y contratos ejecutados por personas cuyo derecho no apareciese en el registro, y que no se hallasen en los casos expresados en el art. 34 de la Ley.

Nulidad de las anotaciones.

759. *La anotacion preventiva será nula, cuando por ella no pueda venirse en conocimiento de la finca ó derecho anotado, de la persona á quien afecte la anotacion, ó de la fecha de ésta* (1). No es necesario demostrar los motivos que hacen indispensable esta medida.

760. No debemos descender aquí á las prescripciones de la Ley y del Reglamento, respecto á cuando son apelables en uno ó en ambos efectos las providencias judiciales, decretando ó denegando las anotaciones; á las circunstancias que deben comprender, ya cuando sean presentados los títulos ó documentos por particulares (2), como cuando proceden de autoridad judicial (3); al libro en que deben hacerse (4); al modo de suplir en los títulos la omision de las circunstancias necesarias para la validez de las anotaciones (5), y por último, á la obligación que tienen los registradores de dar parte al juez, cuando resultare de un título que se les presente, haberse cometido algun delito (6).

§ XV.

Extincion de las inscripciones y anotaciones preventivas.

761. *Las inscripciones no se extinguen en cuanto á tercero sino por su cancelacion, ó por la inscripcion de la transferencia del dominio ó del derecho real inscripto á favor de otra persona* (7). Sigue en esto la *Ley hipotecaria* el principio de no considerar los efectos de la inscripcion sino en cuanto pueden perjudicar á un tercero, dejando, por lo demás, sujetos en un todo á las reglas generales del derecho comun, á los que activamente intervienen

- (1) Artículo 76.
- (2) Artículo 74 de la Ley, y 64 del Reglamento.
- (3) Artículos 72 y 73 de la Ley, y 64 del Reglamento.
- (4) Artículo 75 de la Ley y 59 del Reglamento.
- (5) Artículo 74 de la Ley.
- (6) Artículo 58 del Reglamento.
- (7) Artículo 77 de la Ley.

en los actos ó contratos que producen la adquisicion ó resolucion de sus derechos respectivos.

762. *La anotacion preventiva termina, y por lo tanto se cancelará no sólo cuando se extinga el derecho anotado, sino tambien cuando en la escritura se convenga ó en la providencia judicial se disponga respectivamente convertirla en inscripcion definitiva* (1). Procede así su cancelacion en los casos siguientes:

1.º *Cuando por sentencia ejecutoria contra la cual no se haya interpuesto recurso de casacion, fuere absuelto el demandado de la demanda de propiedad anotada, segun en su lugar expusimos.*

2.º *Cuando en el juicio ejecutivo, causa criminal ó procedimiento de apremio se mandare alzar el embargo, ó se enajenare ó adjudicare en pago la finca anotada.*

3.º *Cuando se mandare alzar el secuestro ó la prohibicion de enajenar.*

4.º *Cuando ejecutoriamente fuere desestimada la demanda propuesta con el fin de obtener alguna de las providencias indicadas en el número 4.º, artículo 2.º de la Ley, segun se expresa en el número 662 de este libro IV.*

5.º *Cuando el legatario cobrare su legado.*

6.º *Cuando fuere pagado el acreedor refaccionario.*

7.º *Cuando la anotacion se convierta en inscripcion definitiva á favor de la misma persona en cuyo provecho se hubiere aquélla constituido, ó su causa-habiente.*

8.º *Cuando caduque la inscripcion por el trascurso del tiempo señalado por esta Ley.*

9.º *Cuando renunciare á su derecho la persona á cuyo favor estuviere la anotacion constituida, si tuviere para ello aptitud legal* (2).

763. *La cancelacion de las inscripciones y anotaciones preventivas podrá ser total ó parcial* (3), segun las extinga en todo ó en parte.

764. *Podrá pedirse y deberá ordenarse en su caso la cancelacion total:*

- (1) Artículo 85.
- (2) Artículo 74 del Reglamento.
- (3) Artículo 78 de la Ley.

1.º Cuando se extinga por completo el inmueble objeto de la inscripción (1); porque con la pérdida total de la cosa concluyen todos los derechos impuestos sobre ella, por falta de inmueble sobre que graven. Se entenderá extinguido, siempre que desaparezca completamente por cualquier accidente natural, ordinario ó extraordinario, como la fuerza de los ríos, la mudanza de sus álveos, la ruina de los edificios cuyo suelo sea de propiedad ajena, porque si corresponde á un mismo dueño, no puede decirse que se ha extinguido totalmente la finca, ú otros acontecimientos semejantes (2).

2.º Cuando se extinga también por completo el derecho inscrito (3), bien por renuncia del que lo tenga á su favor, ó bien por convenio mútuo entre los interesados, como sucedería si el dueño del predio dominante renunciara á su servidumbre, ó el acreedor á su hipoteca, ó si el censalista conviniera con el censatario en libertar del censo una finca para subrogarlo en otra: ó cuando se extinga, bien por cesar la hipoteca legal, bien por efecto natural del contrato que dió causa á la obligación, como se verifica en la hipoteca cuando el deudor paga su deuda, en el censo cuando lo redime el censatario, en los arrendamientos cuando se cumple su término y en los demás casos análogos (4). En todos estos casos procede la cancelación, porque deja de tener objeto la inscripción.

3.º Cuando se declare la nulidad del título en cuya virtud se haya hecho la inscripción (5), porque faltando la causa que le dió origen, deben cesar sus efectos. Mas esto debe entenderse sin perjuicio de que la inscripción surta su efecto, y que no se reputé inválida en cuanto á tercero, hasta que la cancelación aparezca en el registro (6).

4.º Cuando se declare la nulidad de la inscripción por falta de algunos de sus requisitos esenciales (7), en los términos que hemos expuesto al tratar de la forma de las inscripciones.

(1) Artículo 79.

(2) Artículo 66 del Reglamento.

(3) Artículo 79 de la Ley.

(4) Artículo 67 del Reglamento.

(5) Artículo 79 de la Ley.

(6) Artículo 68 del Reglamento.

(7) Artículo 79 de la Ley.

765. Podrá pedirse y deberá decretarse en su caso la cancelación parcial:

1.º Cuando se reduzca el inmueble objeto de la inscripción ó anotación preventiva (1); esto es, siempre que materialmente disminuyan su cabida ó proporciones, bien por obra de la naturaleza, como en los accidentes de que anteriormente hicimos mención, ó bien por voluntad del propietario, como sucede cuando éste divide su finca, enajenando una parte de ella (2).

2.º Cuando se reduzca el derecho inscrito á favor del dueño de la finca gravada (3). Esto sucederá:

1.º Por renuncia del interesado, ó convenio entre las partes, como si el acreedor hipotecario consintiere en reducir su hipoteca á una parte del inmueble hipotecado, ó si el usufructuario renunciara á una parte del derecho usufructuado, ó si el censalista limitase el censo á una parte de la finca acensuada.

2.º Por efecto natural del contrato que diera causa á la inscripción, como sucede cuando el deudor hipotecario paga una parte de su crédito, haciéndolo constar en debida forma, ó cuando el censatario redime una parte del capital del censo, ó cuando en el usufructo vitalicio, constituido por dos ó más vidas, fallece uno de los usufructuarios.

3.º Por sentencia judicial, como sucede siempre que se declara nulo, en parte solamente, el título en cuya virtud se haya hecho la inscripción (4).

766. La ampliación de cualquier derecho inscrito no dará lugar á la anulación de la inscripción antigua, sino que será objeto de una nueva inscripción, en la cual se hará referencia de la del derecho ampliado (5).

767. Por regla general, las inscripciones y anotaciones preventivas sólo pueden cancelarse por los mismos motivos y con iguales medios con que se procedió á constituir las. Consecuencia de esto es, que cuando procedan de escritura pública, no se cancelen sino por providencia ejecutoria contra la cual no se halle pen-

(1) Artículo 80 de la Ley.

(2) Artículo 69 del Reglamento.

(3) Artículo 80 de la Ley.

(4) Artículo 70 del Reglamento.

(5) Artículo 81 de la Ley.

diente recurso de casacion (porque si se cancelaran antes de esperarse la resolucion de este último remedio, nacerian frecuentemente complicaciones de derechos y conflictos que ha previsto y evitado el legislador con esta precaucion saludable), ó por otra escritura ó documento auténtico, en el cual exprese su consentimiento para la cancelacion, la persona á cuyo favor se hubiere hecho la inscripcion ó anotacion, ó sus causa-habientes ó representantes legítimos (1); pero si de la misma escritura en cuya virtud se haya hecho la inscripcion, ó de otro documento fehaciente resultare su caducidad ó extincion, estos títulos serán suficientes para cancelarla (2).

768. Consecuencia es tambien de lo que queda dicho en el número que antecede, que las inscripciones ó anotaciones hechas en virtud de mandamientos judiciales, no se cancelen sino por providencia ejecutoria que tenga las circunstancias que acabamos de manifestar (3). El modo de obtener esta providencia, bien sea

(1) Artículo 82 de la Ley.

(2) Artículo 72 del Reglamento. En su consecuencia, las cancelaciones totales ó parciales de créditos hipotecarios podrán hacerse presentando en el registro las mismas escrituras de crédito inscritas, con testimonio de acta notarial de pago ó reduccion, puesto á continuacion de la nota de inscripcion; cuya escritura con la nota y testimonio se podrán presentar acompañadas de copia simple y literal para que siendo cotejada y resultando conformes, quede archivada en el registro la copia, devolviendo el título al interesado. En los demás casos, sólo será necesaria la nueva escritura para la cancelacion con arreglo al artículo 82 de la Ley, cuando extinguida la obligacion por la voluntad de los interesados, deba acreditarse esta circunstancia para cancelar la inscripcion. (Párrafos 2.º y 3.º del citado artículo 72.)

(3) Artículo 82 de la Ley.

Una modificacion importante y de suma trascendencia ha introducido en el artículo 82 el Real decreto de 20 de Mayo de 1880, en cuya exposicion se manifiestan los motivos que indujeron al Gobierno á proceder á esta reforma, que fué objeto de empeñada discusion en uno de los Cuerpos Colegisladores. A continuacion insertamos literalmente los artículos de este decreto:

«Artículo 1.º Las inscripciones verificadas en virtud de escritura pública, podrán cancelarse sin que preste su consentimiento la persona á cuyo favor se hayan hecho, ó sus causa-habientes ó representantes legítimos, y sin necesidad de que recaiga la providencia ejecutoria á que se re-

cuando están de acuerdo los interesados, ó bien cuando no quiere la cancelacion la persona á cuyo favor está hecha la ins-

fieren los artículos 82, párrafo primero, y 83, párrafo tercero de la Ley Hipotecaria, cuando quede extinguido el derecho inscrito por declaracion de la ley, ó resulte así de la misma escritura inscrita.»

«Art. 2.º En consecuencia de lo dispuesto en el artículo anterior, la cancelacion de las inscripciones cuya existencia no dependa de la voluntad de los interesados en las mismas, se verificará con sujecion á las siguientes reglas:»

«Primera. La inscripcion de hipoteca sobre el derecho de percibir los frutos en el usufructo se cancelará, á instancia del dueño del inmueble, con sólo presentar el documento fehaciente que acredite la conclusion de dicho usufructo por un hecho ajeno á la voluntad del usufructuario.»

«Segunda. Cuando por consecuencia de la prelación consignada en el número 4.º del artículo 107 de la ley, en favor del primer acreedor hipotecario, se enajene judicialmente la finca ó derecho gravado, las inscripciones de crédito hipotecario extendidas á favor de segundos ó posteriores acreedores se cancelarán á instancia del que resulte dueño del inmueble ó derecho gravado, con sólo presentar mandamiento en que la cancelacion se ordene, en el cual deberá expresarse que el importe de la venta no bastó á cubrir el crédito del primero, ó que el sobrante, si lo hubo, se consignó á disposicion de los acreedores posteriores.»

«Tercera. Las inscripciones de hipotecas constituidas sobre las obras cuya explotacion concede el Gobierno, y á que se refiere el núm. 6.º del citado artículo 107, se cancelarán, si se declara extinguido el derecho del concesionario, en virtud del mismo título en que se haga constar esa extincion, y del documento que acredite haberse consignado en debida forma, para atender al pago de los créditos hipotecarios inscritos, el importe de la indemnizacion que en su caso deba recibir el concesionario.»

«Cuarta. La inscripcion de subhipotecas á que se refiere el núm. 8.º del artículo 107, constituidas sin las formalidades que para las cesiones de créditos hipotecarios establece el artículo 153, y las de esta clase comprendidas en el artículo 154, podrán cancelarse en virtud de la escritura en que conste la resolucion del derecho del subhipotecante ó cedente.»

«Quinta. Las inscripciones de hipotecas constituidas sobre bienes litigiosos mencionadas en el núm. 10 del artículo 107 podrán cancelarse, en cuanto al todo ó parte de la finca ó derecho, en el caso de que el deudor haya sido vencido en el juicio, con sólo la presentacion de la ejecutoria recaída.»

«Sexta. Las inscripciones de venta de bienes sujetos á condiciones rescisorias ó resolutorias, y las de constitucion de derechos reales impuestos

cripcion ó anotacion, se halla tambien prescrito en la ley (1).

769. La Ley hipotecaria reformada determina igualmente el modo con que las inscripciones de hipotecas constituidas con el objeto de garantizar títulos transmisibles por endoso se han de cancelar, estableciendo que se verifique la cancelacion, presentándose la escritura otorgada por los que hayan cobrado los créditos, en la cual debe constar haberse inutilizado en el acto de su otorgamiento los títulos endosables, ó solicitud firmada por dichos interesados y por el deudor, á la cual se acompañen taladrados los referidos títulos. Si algunos de ellos se hubieren extraviado, se presentará con la escritura ó con la solicitud, testimonio de la declaracion judicial de no tener efecto. El registrador, para librarse de responsabilidades y evitar fraudes y perjuicios á ellos consiguientes, deberá asegurarse de la identidad de las firmas y de las personas que hubieren hecho la solicitud. Con no menor cuidado y con no ménos firmes garantías, debe procederse á la cancelacion de las hipotecas constituidas con el objeto de garantizar títulos al portador. En su consecuencia, la expresada Ley hipotecaria establece que no podrán cancelarse, sino presentándose testimonio de la declaracion judicial de quedar extinguidas todas las obligaciones aseguradas (2). Las diligencias que se han de practicar para hacer esta declaracion, son objeto del último párrafo del artículo cuyas disposiciones acabamos de enunciar.

770. Respecto á las hipotecas legales, debe hacerse la distincion de si se ha hecho la inscripcion sin mandamiento judicial ó en virtud de él. En el primer caso, el registrador no la cancelará, ni hará otra inscripcion por cuya virtud quede de derecho cancelada, sin que del instrumento público que para ello se le presente, re-

sobre los mismos, podrán cancelarse si resulta inscrita la causa de la rescision ó nulidad, presentando el documento que acredite haberse aquélla rescindido ó anulado, y que se ha consignado en la Caja de Depósitos el valor de los bienes ó el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto.»

«Art. 3.º Lo dispuesto en los artículos anteriores se entiende sin perjuicio del derecho de los interesados para hacer valer ante los tribunales, el que crean les asiste.»

(1) Artículo 83.

(2) Artículo 82.

sulte extinguida la responsabilidad asegurada con la hipoteca, ó el cumplimiento de las formalidades que sean necesarias con arreglo á la ley, para enajenar, gravar ó liberar los inmuebles hipotecados (1). En el segundo caso, la cancelacion sólo se hará en virtud de otro mandamiento que no se expedirá sin que ántes se acredite que se han cumplido los mismos extremos (2).

771. La cancelacion de las anotaciones preventivas, hechas sin escritura pública, cuando no se trate de convertirlas en inscripciones definitivas, podrá hacerse mediante documento de la misma especie que los que se hubieren presentado para hacerlas (3). Así, cuando se hubieren constituido por solicitud dirigida al registrador por los interesados, bastará que éstos le presenten otra, consignando en ella la renuncia y pidiendo la cancelacion: el registrador, previa ratificacion del renunciante, en su presencia, y despues de asegurarse de la identidad de la persona y de su capacidad para ejercer el derecho de que se trata, hará la cancelacion (4).

772. La anotacion preventiva á favor del legatario que no sea de especie caducará al año de su fecha. Si el legado no fuere todavía exigible á diez meses, se considerará subsistente la anotacion hasta dos meses despues del dia en que pueda exigirse (5); porque en este tiempo podrá ya, ó obtener el legado ó procurarse una inscripcion hipotecaria que le garantice. Se considerará exigible el legado, cuando pueda legalmente demandarse en juicio su inmediato pago ó entrega, bien por haberse cumplido el plazo ó las condiciones á que estaba sujeto, ó bien por no existir ningun inconveniente legal que impida ó demore su cumplimiento (6).

773. El legatario de rentas ó pensiones periódicas, impuestas por el testador determinadamente á cargo de alguno de los herederos ó de otros legatarios, pero sin declarar personal esta obligacion, tendrá derecho, dentro del plazo ántes señalado, á exigir que la anotacion preventiva que oportunamente hubiere constituido de

(1) Artículo 73 del Reglamento.

(2) El mismo artículo.

(3) Artículo 85 de la Ley.

(4) Artículo 75 del Reglamento.

(5) Artículo 86 de la Ley.

(6) Artículo 79 del Reglamento.

su derecho, se convierta en inscripción hipotecaria (1); porque siendo esta obligación de tracto sucesivo, y no extinguiéndose como la mayor parte de los legados con la entrega de la cosa, necesita una garantía más permanente y eficaz que la anotación. Estos legados se considerarán exigibles desde que pueda reclamarse en juicio la primera pensión ó renta (2). El heredero ó legatario gravado con la pensión deberá constituir la hipoteca sobre los mismos bienes anotados, si se le adjudicaren, ó sobre cualesquiera otros inmuebles de la herencia que se le adjudiquen, correspondiéndole la elección, porque él es el deudor; debiendo admitir el pensionista la hipoteca que aquél le ofrezca, siempre que sea bastante y la imponga sobre bienes procedentes de la herencia (3), pues que su derecho sólo puede extenderse á obtener la seguridad de que no haciéndose el pago á los respectivos vencimientos, haya una finca bastante á que con su producto se cubra la pensión garantida. El pensionista que no hubiere constituido anotación preventiva, podrá exigir también en cualquier tiempo la inscripción hipotecaria de su derecho, sobre los bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero, ó se hayan adjudicado al legatario ó heredero especialmente gravado, siempre que pudiese hacerlo, mediando anotación preventiva eficaz, conforme á lo que queda dicho. Esta inscripción no surtirá efecto sino desde su fecha (4), como por regla general sucede con todas las inscripciones.

774. La hipoteca á favor del pensionista deberá constituirse en la misma hijuela de partición correspondiente á aquél á quien se adjudique el inmueble gravado, y á falta de ella, en escritura pública otorgada por el pensionista y el legatario ó heredero gravado, ó por sentencia, si éstos no se avinieren en la manera de constituir dicha obligación (5).

775. Mas si el pensionista hubiere obtenido anotación preventiva, no podrá exigir que se le hipotequen otros bienes que los anotados, si éstos fueren suficientes para asegurar el legado, por

(1) Artículo 88 de la Ley.
 (2) Artículo 79 del Reglamento.
 (3) Artículo 89 de la Ley.
 (4) Artículo 90 de la Ley.
 (5) Artículo 80 del Reglamento.

la razón que dejamos ántes expuesta; pero si no lo fueren, podrá exigir el complemento de su hipoteca sobre otros bienes de la herencia; mas respecto á ellos, la inscripción sólo producirá efecto desde su fecha (1), lo que es regla general en toda esta materia.

776. La anotación á favor del acreedor refaccionario caduca á los sesenta días de concluida la obra objeto de la refacción (2); lo que se funda, en que sólo tiene un carácter provisional hasta que se pueda liquidar, totalizar y garantizar el crédito. Para evitar que quede desatendido su derecho, se le da suficiente plazo en el que pueda asegurarse, convirtiendo la anotación en una inscripción hipotecaria, si al espirar el término no estuviere aún pagado por completo, por no haber vencido el plazo estipulado; é igualmente si hubiere vencido, en cuyo caso podrá también exigir el pago desde luego, para lo cual surtirá la anotación todos los efectos de la hipoteca (3). Para hacer la conversión se liquidará el crédito, si no fuere líquido, y se otorgará escritura pública (4). Si se suscitan cuestiones entre el acreedor y el deudor sobre la liquidación del crédito refaccionario ó sobre la constitución de la hipoteca, mientras se terminen en el juicio, que se sustanciará como ordinario, subsistirá la anotación preventiva y surtirá todos sus efectos (5). De esta manera quedan perfectamente garantidos los derechos de los acreedores refaccionarios, sin exigir de los deudores más de lo que la índole de sus obligaciones reclame.

777. Cuando la anotación sea por consecuencia de no haberse podido verificar la inscripción por defectos subsanables del título presentado, caducará á los sesenta días de su fecha (6); término que por regla general será suficiente para que corregidos los defectos de la escritura pueda hacerse la inscripción. Pero si por causas que no fueren imputables al que quiere obtener la inscripción, la subsanación de los defectos que la suspendieron no hubiere podido obtenerse en el término señalado, el plazo se podrá prorrogar hasta ciento ochenta días, por justa causa, y en vir-

(1) Artículo 91 de la Ley.
 (2) Artículo 92.
 (3) Artículo 93.
 (4) Artículo 94.
 (5) Artículo 95.
 (6) Artículo 96.

tud de providencia judicial (1). El Reglamento (2) establece la manera de proceder en esta clase de reclamaciones.

778. En conformidad de los principios que dominan en todo el nuevo sistema hipotecario, *la cancelacion de las inscripciones ó anotaciones preventivas sólo extingue, en cuanto á tercero, los derechos inscriptos que afecte, si el título en virtud del cual se ha verificado no es falso ó nulo, ó se ha hecho á los que puedan reclamar la falsedad ó nulidad, la notificacion que prescribe el artículo 34, sin haberse formalizado tal reclamacion, y no contiene el asiento vicio exterior de nulidad de los que se van á expresar en el siguiente número* (3). Las razones que ha tenido la Ley son tan evidentes, que no se necesita ninguna explicacion.

779. Pasemos á las causas que hacen *nula la cancelacion*. La Ley las refiere expresa y especialmente, estableciendo que será nula:

1.º *Cuando no dé claramente á conocer la inscripcion ó la anotacion cancelada.*

2.º *Cuando no exprese el documento en cuya virtud se haga la cancelacion, los nombres de los otorgantes, del notario y del juez ó tribunal en su caso, y la fecha del otorgamiento ó expedicion.*

3.º *Cuando no exprese el nombre de la persona á cuya instancia ó con cuyo consentimiento se verifique la cancelacion.*

4.º *Cuando haciéndose la cancelacion á nombre de persona distinta de aquella á cuyo favor estuviere hecha la inscripcion ó anotacion, no resultare de la cancelacion la representacion con que haya obrado dicha persona.*

5.º *Cuando en la cancelacion parcial no se dé claramente á conocer la parte del inmueble que haya desaparecido, ó la parte de la obligacion que se extinga y la que subsista.*

6.º *Cuando habiéndose verificado la cancelacion de una anotacion en virtud de documento privado, no dé fe el registrador de conocer á los que lo suscriban, ó á los testigos en su defecto.*

7.º *Cuando no contenga la fecha de la presentacion en el re-*

- (1) Artículo 96 citado.
(2) Artículo 81 del Reglamento.
(3) Artículo 97 de la Ley.

gistro del título en que se haya convenido ó mandado la cancelacion (1).

No es necesario explicar ni justificar estas causas de nulidad, porque la expresion de la ley no da lugar á dudas, y sus motivos están justificados por ellas mismas. Es claro que las cancelaciones que contengan alguno de estos vicios exteriores, no surtirán efecto en cuanto á tercero, segun lo que dejamos expuesto en el número anterior.

780. Por el contrario, *podrá declararse nula la cancelacion con perjuicio de tercero, fuera del caso de haberse hecho la notificacion del artículo 34:*

1.º *Cuando se declare falso, nulo ó ineficaz el título en cuya virtud se hubiere hecho.*

2.º *Cuando se haya verificado por error ó fraude.*

3.º *Cuando la haya ordenado un juez ó tribunal incompetente* (2).

781. De la misma manera que dejamos manifestado en el párrafo XI de este título, respecto á las inscripciones, *los registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras en cuya virtud se soliciten las cancelaciones, y la capacidad de los otorgantes* (3). No hay motivo para hacer en esto diferencias.

782. En iguales términos *calificarán la competencia de los jueces ó tribunales que ordenen las cancelaciones, en los casos en que no firmare el despacho el mismo que hubiere decretado la inscripcion ó anotacion preventiva. Si dudaren de la competencia, darán cuenta al presidente de la Audiencia* (4), haciéndolo constar así en el registro, *por medio de una anotacion preventiva, si se solicita* (5); *el presidente decidirá lo que estime procedente* (6). *Cuando declare la competencia, el registrador hará desde luego la cancelacion. Si declarare lo contrario, el mismo registrador co-*

- (1) Artículo 98 de la Ley.
(2) Artículo 99 de la misma.
(3) Artículo 100 de la Ley.
(4) Artículo 101 de la misma.
(5) Artículo 83 del Reglamento.
(6) Artículo 101 citado de la Ley.

municará la decision al interesado, devolviéndole el despacho (1). Contra la decision de los presidentes podrá recurrirse, tanto por los jueces como por los interesados, á la Audiencia (2), la cual conocerá del asunto en sala de gobierno (3), y oyendo á las partes, determinará lo que estime justo (4). Contra el fallo de la Audiencia procederá el recurso de casacion (5). La anotacion preventiva se cancelará de oficio cuando se declare por sentencia firme la incompetencia del juez que hubiere ordenado la cancelacion, si en los treinta dias siguientes á la fecha de dicha sentencia, no se presentare en el registro providencia del juez competente ordenando la misma cancelacion (6). En el Reglamento (7) se expresa el modo de proceder en estos negocios en los tribunales de primera instancia, en la presidencia y en la Audiencia.

783. Tal vez llame la atencion el que á estos negocios no se les dé constantemente el carácter contencioso, sino que en forma gubernativa sean decididos. Basta considerar que aquí se trata sólo y exclusivamente de una cuestion de competencia que, más que al interés de los particulares, afecta al orden público, y que las cuestiones de esta naturaleza realmente no corresponden á la jurisdiccion contenciosa, ni se sujetan á las fórmulas de los juicios sino á una tramitacion especial, para que quede explicada esta diferencia.

784. Por último, la Ley (8) fija las circunstancias que necesariamente deben tener las cancelaciones, con no menor diligencia que las de las inscripciones y anotaciones.

§ XVI.

Honorarios de los registradores.

785. *Los registradores cobrarán los honorarios que para cada asiento ó certification señala el arancel que acompaña á la Ley.*

- (1) Artículo 102 de la Ley.
- (2) Artículo 103.
- (3) Artículo 88 del Reglamento.
- (4) Artículo 103 de la Ley.
- (5) El mismo artículo 103.
- (6) Artículo 84 del Reglamento.
- (7) Artículos 86, 87 y 88 del Reglamento.
- (8) Artículo 104 de la Ley.

en el que no podrá hacerse variacion sino por medio de otra Ley, pues siendo éste un impuesto, sólo puede alterarse por un acto del poder legislativo; los actos ó diligencias que no los tengan señalados, no devengarán honorarios (1). Estos honorarios serán pagados por aquel ó aquellos á cuyo favor se inscriba ó anote inmediatamente el derecho (2), y si son varios, el registrador podrá exigir el pago de cualquiera de ellos (3); pues que no seria justo obligarle á dirigir una accion contra cada uno, estando todos interesados y sacando igualmente provecho del registro; por otro lado, nadie puede intentar que su parte se inscriba y no las otras. En este caso, el que verifique el pago tendrá derecho á reclamar de los demás la parte que por los mismos haya satisfecho. En todo caso, se podrá proceder á la exaccion de dichos honorarios por la via de apremio, porque como negocio de apreciacion fácil, no necesita formas más detenidas y solemnes; pero nunca se detendrá ni negará la inscripcion por falta de pago (4).

786. Con esmerada diligencia establece la Ley, cuando los registradores no deben llevar honorarios; lo que bajo esta palabra se comprende; la obligacion de estampar su importe al pié de los asientos, notas y certifications; cómo han de calificarse para el cobro los trabajos que provienen de mandamiento judicial; la pérdida de honorarios á que da lugar una infundada denegacion de inscripcion ó anotacion, ó un error que sea imputable á los registradores; los casos en que por el corto valor de las fincas á que se refieren los asientos ó las certifications, se reducen los honorarios; la obligacion de sujetarse en la redaccion de asientos, notas y certifications á las instrucciones y modelos reglamentarios, y por último, el modo de ejercer sobre todos estos puntos los jueces delegados de los presidentes de las Audiencias su inspeccion; de todo lo cual sólo cabe hacer indicaciones en esta obra (5).

- (1) Artículos 334 y 346 de la misma.
- (2) Artículo 335.
- (3) Artículo 336.
- (4) Artículo 336.
- (5) Artículos 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344 y 345.

TÍTULO XXI.

Del tránsito del antiguo al nuevo sistema hipotecario.

§ I.

De la liberación de las hipotecas legales y otros gravámenes existentes antes de la publicación de la Ley hipotecaria.

787. Una ley que como la *Hipotecaria* ha hecho tan profundos y radicales cambios en nuestra legislación secular, debía presentar naturalmente grandes dificultades en su planteamiento, que el legislador solamente podía vencer, estableciendo reglas justas y equitativas para que sin violar derechos y sin causar grandes perturbaciones en los intereses sociales y civiles, el tránsito de lo antiguo á lo nuevo se hiciera con regularidad.

788. Hay un punto seguro de partida. Este es, el principio de eterna justicia de que las leyes no deben tener fuerza retroactiva. El legislador le adoptó; pero no creyó que le menguaba, estableciendo formalidades para conservar los derechos adquiridos; imaginó, por lo contrario, que así le fortalecía y le daba mayor eficacia, evitando de este modo que hubiera dos legislaciones distintas vigentes, que marchando paralelamente, no podrían menos de producir un antagonismo fatal, origen fecundo de litigios.

789. Respecto á las hipotecas generales y tácitas existentes, sólo podía adoptar una regla que guardara armonía con el nuevo sistema; esta era, convertirlas en especiales y expresas, dando á todos aquellos á cuyo favor estaban constituidas, el derecho de exigir de la persona obligada una hipoteca expresa y especial, *suficiente á responder del importe de la antigua obligación asegurada* (1): disposición útil á los acreedores hipotecarios, que así lograrán tener limitada á fincas determinadas la responsabilidad real, é inspirar á los acreedores una seguridad proporcionada á

(1) Artículo 347 de la Ley.

su verdadero crédito. En este caso se hallan todas las hipotecas legales con el carácter de tácitas que por justas causas no han sido exceptuadas, y que la Ley refiere especialmente (1).

790. Para la pretension de la conversión de estas hipotecas, se fijó el término perentorio *de noventa días, contados desde el día en que empezara á regir la Ley*, y se dispuso que trascurrido éste, no podría exigirse sino por *los que tienen derecho* á ello según esta ley misma, cuyas disposiciones quedan expuestas oportunamente; y que *tampoco surtirían efecto contra tercero*, pasado dicho término, las no inscritas, con exclusion de las que después manifestaremos (2). La Ley ordenó también que *las hipotecas especiales que se constituyeran dentro del expresado término, bien sea en sustitución de las legales, ó en seguridad de otros derechos que, surtiendo ántes efecto en cuanto á tercero sin su inscripción,*

(1) El artículo 353 expresa como comprendidas en este caso, es decir, en el de poder exigirse su inscripción como hipotecas especiales, las legales existentes en favor de la Hacienda, sobre los que manejan fondos de la misma ó contratan con ella, y sobre los bienes de los contribuyentes que deben más de una anualidad de los impuestos que gravan los mismos inmuebles; en favor de las mujeres sobre los bienes de un tercero que haya ofrecido dotarlas; en favor del marido sobre los bienes de la mujer que haya ofrecido aportar dote, ó sobre los bienes de un tercero que hubiere hecho igual ofrecimiento por ella; en favor de los menores é incapacitados, sobre los bienes de sus tutores ó curadores, ó de los herederos de éstos, si sus causantes hubieren fallecido sin tener aprobadas las cuentas; en favor de los hijos sobre los bienes de su madre y los de su padrastro, si aquélla hubiere sido su tutora ó curadora, y no tuviere aprobadas sus cuentas; en favor también de los menores, sobre los bienes de su propiedad vendidos, y cuyo precio no haya sido pagado por completo; en favor del legatario, sobre los bienes del testador, si no estuviere el legado pagado íntegramente; en favor de los acreedores refaccionarios, sobre las fincas refaccionadas, por las cantidades ó efectos anticipados y no satisfechos para edificación y reparación; y por último, en favor de los vendedores sobre la cosa vendida por el precio de la misma cuyo pago no haya sido aplazado.

Mas «la LEY HIPOTECARIA que establece y sanciona la constitución é inscripción de hipotecas especiales en equivalencia de las legales, no permite semejante conversión respecto de las hipotecas generales puramente convencionales.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Mayo de 1871.)

(2) Artículos 347, 350 y 351 de la Ley.

no lo hubieren de producir en adelante sin estar inscriptas, surtieran su efecto desde la fecha en que, con arreglo á la legislación anterior al 1.º de Enero de 1863, lo tendria la hipoteca legal ó el derecho asegurado, para lo cual debería fijarse dicha fecha en la inscripción misma, porque de otro modo se daría á la Ley fuerza retroactiva. Las constituidas pasado el término, cualesquiera que sean su origen y especie, no surtirán efecto en cuanto á tercero, sino desde la fecha de su inscripción (1), con arreglo á los principios generales que dominan en la Ley; debiendo imputarse los omisos á sí mismos, la culpa de su negligencia por no haber aprovechado el término legal; omision que la ley considera como una especie de renuncia. Para la inscripción dentro de los noventa dias debia presentarse el título en cuya virtud se habian constituido como hipotecas especiales; y en el caso de no existir título, se dispuso que fuera indispensable mandamiento judicial (2).

791. Previsora la Ley, fijó las personas que, dentro del plazo legal, tenían derecho á promover la conversion de las hipotecas tácitas en inscriptas. La naturaleza de las obligaciones le ha servido de guia para establecerlo, siguiendo respecto á esto sustancialmente los mismos principios que adoptó para dar el derecho ó imponer la obligación de promover la constitucion de las hipotecas legales, segun dejamos expuesto en su lugar oportuno (3).

(1) Artículo 352.

(2) Artículo 364 de la Ley.

(3) El art. 363 de la Ley confiere este derecho: por la Hacienda pública á las direcciones generales de la administracion del Estado y á los gobernadores de las provincias, con arreglo á los reglamentos; al marido ó á la mujer, contra el tercero que haya ofrecido dotarla; al marido contra la mujer que haya ofrecido aportar dote; á los ascendientes, á los parientes dentro del cuarto grado civil, y en su defecto á los jueces municipales, contra los tutores, curadores, ó los herederos de éstos que no han dado cuentas; al hijo mayor de edad, y si es menor, á las personas de que procedan los bienes, á los herederos ó albaceas de éstos y á los ascendientes del menor, contra la madre, que hubiere sido tutora ó curadora y no tuviere aprobadas las cuentas, y á éstos mismos y á la madre contra el padrasto en el mismo caso; á los guardadores, á los ascendientes, á los parientes dentro del cuarto grado civil, y en su defecto á los tribunales de partido, que hayan autorizado la enajenacion, contra el poseedor de la finca vendida cuyo precio no haya

792. Ninguna dificultad presenta la conversion de la hipoteca general y tácita en especial y expresa, cuando la obligacion asegurada es determinada y líquida; pero cuando no reúne estas condiciones, necesario es reducir á una suma precisa lo que se regula que importa la obligacion. La Ley establece que en este caso se fije de comun acuerdo entre los interesados ó sus representantes legítimos, y no quedará obligado el que constituya la hipoteca á más que lo que pueda exigirse por resultado de la obligacion principal, ni el que tenga á su favor dicha hipoteca perderá su derecho para exigir por la accion personal la parte del crédito que no alcancen á cubrir los bienes hipotecados (1). Cuando no hubiere avenencia sobre el importe de la obligacion que ha de asegurarse, ó sobre la suficiencia de los bienes ofrecidos en hipoteca, se decidirán uno y otro punto por el juez ó tribunal, en la forma que se observa para constituir ó ampliar judicialmente á instancia de parte una hipoteca legal (2).

793. Hemos indicado ántes, que la regla general de que las antiguas hipotecas legales no han de continuar con su carácter general y tácito, y que pueden ó deben convertirse en especiales, tenía excepciones. Correspóndenos aquí tratar de ellas, debiendo advertir que en este punto, atendiendo á la alta importancia social de que no se perturbe la armonía en las familias, la Ley se ha separado del principio que domina, aún en su parte transitoria, de concluir desde luego con todas las hipotecas tácitas. La excepcion se limita sólo á los que á la publicacion de la Ley se hallaban disfrutando alguna de las hipotecas generales que establecía la legislación anterior á 1.º de Enero de 1863.

1.º En favor de las mujeres casadas, sobre los bienes de sus maridos, por las dotes y parafernales que les hayan sido entregados.

2.º En favor tambien de las mujeres casadas, sobre los bienes

sido satisfecho; á los mismos interesados ó á los legítimos representantes de los legatarios, contra los herederos; y por último, á los acreedores, contra los poseedores de las fincas refaccionadas ó vendidas, en los casos en que, segun hemos dicho ántes, procede la constitucion de la hipoteca.

(1) Artículo 348 de la Ley.

(2) Artículo 349.

de sus maridos, por los bienes y arras que éstos les hayan ofrecido.

3.º En favor de los hijos, sobre los bienes de sus padres, por los que tengan la cualidad de reservables.

4.º En favor de los hijos, sobre los bienes de sus padres, por los de su peculio que éstos usufructúen ó administren.

5.º Las hipotecas análogas que establecieron los fueros ó leyes especiales (1).

794. Las hipotecas expresadas en el artículo precedente y que existieren á la publicacion de esta ley, subsistirán con arreglo á la legislacion anterior al 1.º de Enero de 1863, mientras duren las obligaciones que garanticen, excepto en los siguientes casos:

Primero. Cuando por la voluntad de las partes ó la del obligado se sustituyan con hipotecas especiales.

Segundo. Cuando siendo mayor de edad la mujer casada ó los hijos, presten su consentimiento para que la hipoteca legal se extinga, reduzca, subroque ó posponga; pero en lo relativo á la mujer casada, se aplicará en estos casos lo dispuesto en el artículo 188.

Tercero. Cuando las hipotecas legales dejen de tener efecto en cuanto á tercero, en virtud de providencia dictada en juicio de liberacion establecido en los artículos 365 y siguientes (2).

Nunca pueden, por lo tanto, aquéllos á cuyo favor hay una de las hipotecas generales de que acabamos de hacer mencion, exigir que su padre ó su marido constituya una hipoteca especial (3).

(1) Artículo 354. En sentencia de 4 de Mayo de 1874, se dispone que si las personas dispensadas por el art. 354 de la obligacion de constituir hipotecas expresas en sustitucion de las tácitas quisieren verificarlo, quedarán en este caso sujetas á las disposiciones generales establecidas por la nueva ley. Tambien en la de 28 del mismo mes y año se declara que la mujer, al reducir á hipoteca especial la general que tenia sobre los bienes de su marido, queda sometida á las disposiciones de la LEY HIPOTECARIA, y no puede invocar en su favor la hipoteca legal establecida por la precedente legislacion.

(2) Artículo 355 de la LEY HIPOTECARIA, redactado con arreglo á la ley de 17 de Julio de 1877.

(3) Así, pues, de conformidad con este principio, el Tribunal Supremo tiene declarado, que no permitiéndose á la mujer casada sustituir la hipoteca tácita con la especial, cuya facultad se reserva únicamente al marido,

795. No obstante lo dicho hasta aquí, los que á la publicacion de la Ley tuvieran gravados sus bienes con alguna hipoteca tácita, sea ó no de aquéllas en que los hipotecarios tienen el derecho de exigir la constitucion de una especial, podrán exigir en cualquier tiempo de la persona á cuyo favor tengan dicha obligacion, que acepte en su lugar una hipoteca especial y expresa suficiente (1). Aunque por ser esto ventajoso para los deudores y para los acreedores, es de creer que generalmente habrá avenencia entre los interesados, puede, sin embargo, no haberla por negarse el acreedor á aceptar la hipoteca ofrecida, ó si aceptando la oferta no hubiere conformidad entre los interesados sobre el importe de la obligacion que haya de asegurarse, ó sobre la suficiencia de los bienes ofrecidos en garantia; entónces decidirá el juez ó el tribunal, en la forma que ántes indicamos. Estas hipotecas surtirán su efecto en los términos expuestos, segun se hayan ó no constituido en el término de noventa dias (2).

796. Limitada la Ley hipotecaria á los bienes inmuebles y derechos reales, no se extienden sus efectos á los muebles, y por lo tanto, no altera ni modifica la preferencia concedida por otras leyes sobre éstos, á las personas á cuyo favor se hayan constituido hipotecas legales (3).

797. Conforme se halla tambien el derecho nuevo con estos principios, respecto á los que tienen una accion resolutoria ó rescisoria anterior á su publicacion. Dióseles para poder ejercitar su accion el término de sesenta dias (un año segun la ley anterior), contados desde que empezó á regir la Ley, si ántes de hacerlo no hubiere prescripto (4); y se dispuso que si los derechos no fueren exigibles dentro de los sesenta dias por no haberse cumplido la condicion de que dependian, pudiera el que los tenia á su favor pedir que se los asegurase con hipoteca especial la persona obligada, y en su caso el tercer poseedor de los bienes que

no puede aquélla perder la hipoteca tácita que por su dote le otorga la ley en los bienes de ésta, y que subsiste ilimitadamente mientras dura la obligacion que garantiza. (Sentencia de 20 de Diciembre de 1876.)

(1) Artículo 356.

(2) Artículos 352 y 356 de la Ley.

(3) Artículo 357.

(4) Artículo 358.

llevaba consigo la obligación (1). *Trascurrido el término sin haber hecho uso de uno ú otro medio, no podrán ejercitarse las acciones en perjuicio de tercero, como no se haya asegurado el derecho con hipoteca especial* (2). *El importe, la suficiencia y los efectos de esta hipoteca se habian de determinar por las reglas antes expuestas* (3).

798. Análogo al caso de que acabamos de hacer mencion, es el de las *hipotecas legales existentes á la publicacion de la Ley hipotecaria á favor de los legatarios y de los acreedores refaccionarios*. La Ley estableció que *estas deberian inscribirse en los noventa dias presijados en el artículo 347, como anotaciones preventivas, pudiendo los acreedores refaccionarios hacer la anotacion en dicho plazo, no solamente por las cantidades entregadas, sino tambien por las que se entregaren durante el expresado término*. Y determinó además *respecto á las primeras, que surtiria efecto la anotacion desde que se entregasen, y en cuanto á las segundas, desde su fecha* (4).

799. Solicita la Ley en beneficio de los dueños de fincas gravadas que, dispuestos á entrar de lleno en la reforma, deseen poner en claro el verdadero estado de su propiedad, y obtener que el gravámen que pese sobre ella se reduzca á las fincas que basten á asegurar los derechos garantidos, ha introducido el procedimiento de la *liberacion*, ya ensayado con buen éxito en otras naciones. Este procedimiento solamente se refiere á los gravámenes anteriores á la Ley, cuando no hubieren hecho los dueños uso del derecho que tienen para que aquel á cuyo favor está constituida la obligación, acepte en lugar de la hipoteca tácita otra especial (5). La liberacion es el único recurso que queda á los que tienen su propiedad afecta en los títulos á censos y cargas que han desaparecido, acaso por haber sido redimidos y no tenerse noticia de la redencion, ó tal vez sólo por una prescripcion que excede la memoria de los hombres, ignorándose quiénes son los censualistas ó las personas á cuyo favor estuvieron im-

(1) Artículo 359.

(2) Artículo 360.

(3) Artículo 361.

(4) Artículo 362.

(5) Artículo 365.

puestas las cargas. Esta falta de documentacion hace aparecer como gravada la propiedad que es libre, y la Ley, que tiene por uno de sus principales objetos dar á la propiedad territorial todo el crédito que realmente merece, no podía dejar de tratar de purgarla de este defecto, que aparentemente la hacia desmerecer.

800. Para la liberacion se establece (1) un orden de procedimientos preciso y riguroso, en que se atiende con madurez á cuanto puede conducir á que aparezcan todos los gravámenes y cargas á que realmente estén afectos los inmuebles, las personas á quienes estos derechos correspondan, y los títulos de pertenencia; se establece la publicidad indispensable para que no queden perjudicados los que tengan interés en los expedientes; se fija la forma de oír á las partes, y se dispone todo con particular diligencia, para que sean acertadas las resoluciones que recaigan. No es de este Tratado entrar en la exposicion y exámen de tales procedimientos.

801. Tampoco debía desentenderse la Ley en su gran espíritu reformador, de un mal gravísimo para la propiedad que, sin ventajas positivas para el acreedor hipotecario, disminuye considerablemente el crédito territorial. La facultad ilimitada para multiplicar las garantías, ha dado lugar á que á veces censos ó hipotecas de corto capital graviten sobre un considerable número de fincas cuantiosas, y hasta sobre todas las propiedades de los vecinos de los pueblos, que en concejo acordaron constituir sobre los bienes del comun y sobre los particulares de cada uno esta clase de imposiciones. Para libertar de esta traba á la propiedad, que la hace desmerecer sin razon, por la facultad del censualista para dirigirse contra cualquiera de los terratenientes, estableció la Ley, que el que á su *publicacion tuviere gravados diferentes bienes de su propiedad con un censo ó una hipoteca voluntaria, cuyo capital no se haya dividido entre los mismos, tendrá derecho á exigir que se divida entre los que basten para responder de un tripto del mismo capital; que si una sola de las fincas gravadas bastare para responder de esta suma, podrá exigirse que se reduzca á ella el gravámen; y que si dos ó más de las mismas fincas hubieren de quedar gravadas, cada una deberá ser*

(1) Artículos desde el 366 hasta el 382; este último modificado por el artículo 5º de la ley de 17 de Julio de 1877.

suficiente para responder del triplo de la parte del capital que se señale (1).

No pueden, pues, quejarse los deudores á quienes se deja libre una parte de la propiedad gravada, ni el acreedor, pues, si su garantía queda ménos ámplia, gana en eficacia, y siempre es superior á lo que en todo caso es necesario para cubrir su crédito. Lo que se concede al deudor y al censatario no podía con justicia negarse al acreedor y al censalista; de aquí dimana que se haya ordenado que éstos puedan también exigir la división y reducción del gravámen en el caso que acabamos de exponer, si aquéllos no lo hicieron (2).

802. Puede suceder que los bienes acensuados ó hipotecados no basten para cubrir con su valor el triplo del capital del censo ó de la deuda. Ya que en este caso no puede quedar libre de gravámen ninguna finca, establece la Ley que sólo se podrá exigir la división de dicho capital entre los mismos bienes, en proporción á lo que respectivamente valieren, pero no la liberación de ninguno de ellos (3).

803. La división y reducción de los censos é hipotecas, de que hemos hablado en los dos números anteriores, se verificarán, como es natural, por acuerdo mútuo de los que pueden tener interés en la subsistencia de unos ú otras (4), que son los que mejor pueden calcular lo que les es conveniente. Si no hubiere conformidad entre los interesados, ó si alguno de ellos fuere persona incierta, se decretarán dichas división y reducción por el tribunal en juicio ordinario, y con audiencia del fiscal del partido, si hubiere interesados inciertos ó desconocidos (5), para que éstos no carezcan de representación. Verificándose la división y reducción del censo é hipoteca de conformidad entre los interesados, se

(1) Artículo 383. «Los arts. 383 y siguientes de la Ley hipotecaria, al autorizar la división y reducción de censos é hipotecas voluntarias, se refieren clara y expresamente al caso en que estos gravámenes afecten á diferentes fincas determinadas y concretas, constituyendo ya verdaderas hipotecas especiales. (Sentencias de 30 de Mayo de 1871 y 11 de Julio de 1879.)

(2) Artículo 384 de la Ley.

(3) Artículo 385.

(4) Artículo 386.

(5) El mismo art. 386.

hará constar por medio de escritura pública; mas cuando haya precedido juicio y recaído sentencia, el tribunal expedirá el correspondiente mandamiento; y se considerarán comprendidos en esta disposición, así como en las contenidas en los artículos precedentes desde el 383, los censos y censuales no impuestos sobre fincas determinadas, pero asegurados con hipoteca general de todos los bienes de los que los constituyeron. Igualmente se han de considerar comprendidos en las expresadas disposiciones los foros de Galicia, cuando se esté pagando la renta sin poder determinar los interesados las fincas gravadas (1). Mediante la presentación de la escritura ó del mandamiento judicial en su caso, se inscribirá en el registro la nueva hipoteca ó gravámen en la forma en que quede constituido, y se cancelarán los anteriores que deban reemplazar, si estuvieren inscritos (2).

§ II.

De la inscripción de las obligaciones contraídas y no inscritas ántes de la publicación de la Ley hipotecaria.

804. En el título que antecede hemos hablado de las disposiciones más interesantes que, bajo el epigrafe que lleva esta sección, comprende la Ley hipotecaria, porque tienen un carácter permanente. Réstanos sólo tratar aquí de las que pueden considerarse como meramente transitorias.

805. Deseando la Ley reformada acelerar la ejecución del nuevo sistema, procuró, así como la anterior, inclinar á los particulares á entrar desde luego en él, ofreciéndoles alicientes que á ello los estimularan (3).

(1) Artículo 387. Lo dispuesto en este artículo se entenderá igualmente aplicable á los foros de Asturias, Leon y cualesquiera provincias en donde exista aquella clase de contratos. Lo mismo se entenderá en cuanto á las demás prescripciones de la ley y del reglamento que hagan referencia á los mencionados foros. (Artículo 317 del Reglamento.)

(2) Artículo 388 de la Ley.

(3) Hay que estimar el valor legal de los documentos anteriores á la promulgación de la LEY HIPOTECARIA en que se constituyen hipotecas, con arreglo á la legislación del tiempo en que se otorgaron. (Sentencia de 16 de Marzo de 1869.)

806. A este efecto dió el derecho de poder inscribir en el término de ciento ochenta días, contados desde el día en que la Ley empezara á regir, á los que ántes de su publicacion hubiesen adquirido y no inscripto bienes ó derechos que segun ella deben inscribirse, y esto libertándoles del impuesto de hipotecas, y de las multas en que hubiera podido incurrir el propietario, y pagando solamente al registrador la mitad de los honorarios señalados á la inscripcion respectiva. Este beneficio correspondia á los que hubieran hecho estas adquisiciones en los noventa días ántes ó más del 1.º de Enero de 1863; y áun tambien respecto de las que se hubiesen verificado dentro de dicho período, siempre que no fueren de las que debian inscribirse segun las leyes y disposiciones anteriores; mas si eran de las que anteriormente se hallaban sujetas á inscripcion, se habla de verificar ésta con arreglo á lo que estas disposiciones determinaran, en cuanto á los derechos, multas y honorarios del registrador (1). Todavía, sin embargo, á pesar de la concesion sucesiva de diferentes plazos (2), se creyó conveniente conceder una nueva próroga, y así se hizo en efecto por la ley de 3 de Julio de 1871. Esta ley, en su artículo 1.º, estableció que *las constituciones y adquisiciones de censos, foros, subforos, servidumbres y demás derechos de naturaleza real, verificadas antes del 1.º de Enero de 1863, y no*

(1) Artículos 389 y 390 de la Ley. Por un error material se leia sesenta días en la edicion novena de esta obra, plazo fijado en el proyecto que el Gobierno presentó á las Córtes. «Estos artículos deben interpretarse en el sentido de ser extensivas sus disposiciones y beneficios á los interesados en los expedientes que pendian al publicarse la LEY HIPOTECARIA reformada, ó se incoaron durante los ciento ochenta días siguientes al 1.º de Enero de 1871 en que empezó á regir, aun cuando aparezcan resueltos con posterioridad al referido plazo.» (Real orden de 22 de Junio de 1872.)

(2) El término que daba la ley anterior, se habia prorogado primeramente por Real decreto de 29 de Diciembre de 1863, y despues por el de 19 del mismo mes de 1865 hasta que se dictara la correspondiente disposicion legislativa. Mas luego se juzgó conveniente fijar un plazo definitivo, á fin de que no se fuera eludiendo indefinidamente el cumplimiento de las disposiciones de la Ley, y en su consecuencia, guiada ésta por un principio de equidad, señaló el de ciento ochenta días para inscribir y anotar los derechos anteriores á su publicacion, en los términos que exponemos en el texto.

registradas todavia, podrian inscribirse en los correspondientes registros de la propiedad hasta fin de Diciembre de 1872, con los beneficios especiales consignados en los artículos 390, 391 y 393 de la LEY HIPOTECARIA que ya hemos expresado, ó que hemos de expresar en este mismo párrafo. En el decreto dado para la ejecucion de esta ley (1) se declaró tambien, que en el mismo plazo y con los mismos beneficios, se podrian registrar los bienes inmuebles, que por estar afectos á los expresados derechos reales, debian inscribirse para que éstos pudieran serlo tambien y quedaran asegurados contra tercero (2). Para evitar todo género de dudas respecto á los títulos admisibles á inscripcion, y dispensar los beneficios de ésta á toda clase de propiedad y á los diferentes medios de trasmitirla y comunicarla, se declaró además, que no solamente se admitirian los títulos y documentos individualmente mencionados como tales en la Ley hipotecaria y en el reglamento, sino tambien los apeos, prorrateos, deslindes, cabrevaciones y cualesquiera otros juicios, diligencias ó convenios anteriores al día 1.º de Enero de 1863, en que se hayan declarado, reconocido ó trasmitido en debida forma los expresados derechos reales ó inmuebles á ellos afectos. Cuando consten solamente por documento privado, se procederá con arreglo á lo dispuesto en los artículos 405 y 407 de la Ley, á que nos hemos referido en los números 678 y 679 de este libro (3).

(1) Real decreto de 21 de Julio de 1871.

(2) Párrafo II del art. 1.º

(3) Artículo 3.º En este mismo decreto se determina además el modo con que han de hacerse estas inscripciones, documentos que para este efecto se han de presentar, circunstancias que en ellos han de concurrir y manera de suplir las que faltan. Dicta minuciosamente las disposiciones que se han de observar para el registro de la enfiteusis y de los foros y subforos de Galicia, Astúrias y demás puntos donde existen estos contratos; establece el modo de llevar á cabo la inscripcion de los censos, servidumbres y demás derechos reales, impuestos sobre fincas cuyos dueños ó poseedores fueren desconocidos ó pasaren de cuatro; y la forma en que se ha de inscribir la posesion en defecto de los medios señalados en los artículos de la Ley hipotecaria. Los honorarios que los registradores han de poder exigir son objeto del art. 15. El último de todos confirma lo dispuesto por el Real decreto de 11 de Noviembre de 1864 sobre inscrip-

807. Dejando aparte estas reglas, en realidad muy transitorias, pues trascurrido el término concedido no podían ya tener aplicación el beneficio y exención en ellas dispensados, fijémosnos en lo que del tránsito del antiguo al nuevo sistema ha de tener mayor estabilidad respecto al punto de que tratamos.

808. Antes de todo conviene advertir, que las inscripciones contenidas en los registros anteriores al 1.º de Enero de 1863, surtirán en cuanto á los derechos que de ellas consten, todos los efectos de las inscripciones posteriores á la expresada fecha, aunque carezcan aquéllas de alguno de los requisitos que bajo pena de nulidad exigen los artículos 9.º y 13 de la Ley, y no se lleguen á trasladar á los registros modernos (1); pues de otro modo se daría á la ley fuerza retroactiva.

809. Respecto á los efectos de las inscripciones hechas en el término de ciento ochenta días, por los que se han aprovechado del beneficio de la Ley, dice ésta, que no surtirán efecto en cuanto á tercero, sino desde su fecha, cualquiera que sea la de las adquisiciones ó gravámenes á que se refieran, si el derecho inscripto no constare de los títulos de propiedad al tiempo de su última adquisición; pero si constare, se retrotraerán los efectos de la inscripción á la fecha en que se haya adquirido por el dueño (2). Trascurrido el término de los ciento ochenta días, se podrán inscribir también los inmuebles ó derechos adquiridos antes del 1.º de Enero de 1863; pero tales inscripciones, aunque se refieran á derechos cuya existencia se acredite por los títulos de propiedad al tiempo de su adquisición, no perjudicarán ni favorecerán á tercero, sino desde su fecha, y devengarán los derechos y honorarios que les estuvieren respectivamente señalados (3). Compréndese muy bien que no se hiciera extensivo un beneficio al que lo renunciaba implícitamente en el hecho de no querer aprovecharse de él dentro del término señalado al efecto, y que del mismo modo que por exenciones pecuniarias procuró la Ley que su obra produ-

ción de los derechos reales enajenados por el Estado, á cuyo decreto han de ser aplicables las disposiciones del actual, considerándolas como complementarias.

- (1) Artículo 307 del Reglamento.
- (2) Artículo 391 de la Ley.
- (3) Artículo 392.

jera inmediatamente sus benéficas consecuencias, así con el pago completo de los derechos por los omisos, se haya propuesto contribuir al mismo resultado.

810. No había motivo alguno para que no se concediera el derecho de hacer la anotación preventiva, á los que á la publicación de la Ley tuvieran adquirido algún derecho de los que con arreglo á ella se pueden anotar: al contrario, era conveniente que todos entraran en las condiciones del nuevo sistema. Por eso se estableció que aquel que á la publicación de la Ley tuviere adquirido algún derecho de los que se pueden anotar preventivamente, según lo dispuesto en los números 1.º, 3.º, 4.º, 5.º y 7.º del artículo 42 de la Ley, de que tratamos en el título anterior y párrafo correspondiente á las anotaciones preventivas, podría pedir su anotación en el plazo de ciento ochenta días, y que la que obtuviere, surtiría efecto desde la fecha en que debería tenerlo el acto anotado con arreglo á la legislación anterior (1); conservándose así todos los derechos adquiridos, y facilitando que los interesados se aprovecharan de todos los que de nuevo se creaban. Se dispuso también, que podría hacerse la anotación después de dicho plazo, pero que en ningún caso surtiría efecto sino desde su fecha; porque nada hay que justifique que no entren ya de lleno dentro del sistema de la Ley.

811. Mas como no todos los casos en que se concede la anotación preventiva por la Ley hipotecaria están comprendidos en las disposiciones que dejamos expuestas, conviene que fijemos la atención en los exceptuados, para que conozcamos la prudencia con que el legislador ha caminado en toda esta materia.

812. El primer caso de los aquí omitidos es el segundo del artículo 42 de la Ley. Refiérese éste al que en juicio ejecutivo obtuviere á su favor mandamiento de embargo, que se haya hecho efectivo en bienes raíces del deudor. Como desde la Ley de Enjuiciamiento civil ha debido tomarse razón de estos embargos en las contadurías antiguas de hipotecas, están en un caso especial, y no sería justo que al que no reclamó el derecho que la ley le concedía, se otorgara un beneficio perjudicial á tercero que, en el hecho de no ver inscripto el embargo en el registro, adquirió el convencimiento de que no lo había, pues que no debía presumir que el

- (1) Artículo 393.

precepto legal estaba sin cumplimiento. Por esto dice la Ley, que los mandamientos de embargo, de que aún no se haya tomado razón en los registros, no surtirán efecto en cuanto á tercero sino desde la fecha de su anotacion, sin perjuicio de lo dispuesto sobre enajenaciones hechas en fraude de acreedores (1). Si no hubo omision en la toma de razon, por ser los embargos de fecha tan reciente que no habia alcanzado el tiempo para ello, entónces debian entrar desde luego con todos sus efectos en las condiciones de esta ley.

813. El segundo caso omitido es el sexto del mismo artículo 42. Este se refiere á la anotacion que puede hacer el legatario que no tiene derecho á promover el juicio de testamentaria. Con sólo observar que el término que á éste se le concedia en la Ley para hacer la anotacion, era el de ciento ochenta dias, se comprenderá que de él no debia exceder el que se concediera al legatario, cuyo derecho estuviese adquirido ántes de la Ley. Así la Ley hipotecaria, partiendo del supuesto de que sólo debia tener para pedir la anotacion del legado ciento ochenta dias, ordenó que este término empezara á correr desde la fecha en que habia de comenzar á regir esta ley (2).

814. Los demás casos en que há lugar á las anotaciones preventivas, son por defectos subsanables de los títulos presentados á inscripcion, ó por imposibilidad del registrador, ó por motivos expresados en la Ley, y es claro que ningun derecho puede haberse creado ántes de ella, que requiera conciliarse con sus prescripciones.

815. El Reglamento (3) desciende á algunos pormenores, aclarando y completando las prescripciones de la Ley.

§ III.

De los libros de registro anteriores al nuevo sistema hipotecario, y de su relacion con los nuevos.

816. La Ley establece la relacion de los antiguos libros con los nuevos, fijando el modo de cerrar aquéllos, y prescribiendo al

(1) Artículo 395.

(2) Artículo 394.

(3) Título XIII del Reglamento.

efecto precauciones y solemnidades que alejen todo temor de que puedan cometerse falsificaciones. Prescindiendo de estos pormenores, que no son propios de esta obra, además de tener un carácter muy transitorio, diremos solamente: que en toda inscripcion, anotacion preventiva, ó cancelacion, que se haga en los nuevos libros, de finca ó derecho inscripto bajo cualquier concepto en los antiguos, se citará el número, fólío y nombre del libro en que se halle dicho asiento (1); que las inscripciones extendidas en los libros antiguos que no hayan sido trasladadas á los nuevos, podrán cancelarse por medio de notas marginales puestas en ellos; y si se han trasladado, se verificará la cancelacion con arreglo á lo prescripto en la presente ley, y en el asiento del antiguo libro se pondrá una nota, expresando la cancelacion y el libro y fólío en que se halle (2); y por último, que los asientos que se hagan en los nuevos libros, relativos á fincas ó derechos inscriptos en los libros antiguos, contendrán la cita del número, fólío y nombre del libro antiguo en que se hallen, además de la correspondiente á los libros nuevos (3).

817. El Reglamento termina con una disposicion transitoria (y en nuestro concepto aún ha de pasar bastante tiempo ántes que deje de tener aplicacion), cuyo objeto es declarar quiénes han de desempeñar las funciones que en la Ley hipotecaria y en el mismo reglamento se encomiendan á los tribunales, fiscales y secretarios de partido, mientras llega el caso de su creacion, á fin de obviar las dificultades y dudas que, si no se aclarase este punto, podrian surgir en la aplicacion de la Ley. Así, pues, se ha ordenado que mientras no se establezcan los tribunales de partido con arreglo á la ley orgánica del poder judicial, los jueces de primera instancia desempeñarán en el territorio de su juzgado respectivo, todas las funciones, deberes y atribuciones que se confieren á dichos tribunales y á sus presidentes por la Ley hipotecaria y este reglamento; y que los promotores fiscales y los secretarios de gobierno de los juzgados, sustituirán del mismo modo á los fiscales y secretarios del tribunal de partido en las actuaciones y diligencias que les correspondan.

(1) Artículo 416 de la Ley.

(2) Artículo 414 de la misma.

(3) Artículo 416.

TÍTULO XXII.

De los contratos que no tienen denominacion especial.

818. No es dado al legislador comprender todos los contratos posibles con denominacion especial, pero si señalar reglas acerca de su cumplimiento. La voluntad de los hombres puede extenderse indefinidamente al celebrar las convenciones; el legislador fija una base segura y aplicable á todos los casos. Esta es, que aquel que por su parte cumple la obligacion, tiene derecho á exigir la satisfaccion del otro contrayente; pero si esto no pudiere tener lugar en los términos convenidos, deberá ser reemplazado por la indemnizacion de daños, segun juramento del perjudicado, cuya regulacion podrá moderar el juez, si le pareciere exorbitante (1). El que por su parte no responde de sus obligaciones, no puede exigir los derechos que á ellas son correlativos.

819. Esta regla sencilla basta para comprender la doctrina de los contratos que llamaron innominados los romanos, porque no producian accion del mismo nombre, y que solian comprender con las fórmulas, *doy para que des, doy para que hagas, hago para que des, hago para que hagas* (2); fórmulas á que en último resultado pueden reducirse todas estas convenciones. Considerados eran los contratos innominados como reales, porque exigian siempre de presente la entrega de la cosa ó la prestacion del hecho; de otro modo, y refiriéndose al tiempo futuro, serian estipulaciones ó promesas, que en tanto valdrian, en cuanto hubiesen mediado las formalidades que exigia la ley, derogada despues por la que establece que de cualquiera manera que conste que uno quiso sériamente obligarse á otro, quede en efecto obligado (3).

(1) Ley 5.^a, tít. VI, Part. V.

(2) La misma ley 5.^a

(3) Ley 1.^a, tít. I, lib. X de la Novísima Recopilacion.

TÍTULO XXIII.

De las obligaciones que se constituyen sin convencion.

§ 1.

Origen de las obligaciones no convencionales.

820. La ley crea obligaciones, que supone, ya conformes con la voluntad de los hombres por los vínculos de la amistad y benevolencia que los unen, ya indispensables para mantener el orden social. Este es el origen de las obligaciones que se forman sin convencion. La legislacion que no las comprendiera seria muy imperfecta, porque los pactos no son suficientes á regular todas las obligaciones, y á penetrar en el porvenir y prever todas las contingencias.

821. Estas obligaciones pueden ser consideradas, ó como dimanadas sólo de la autoridad de la ley, ó como teniendo por causa un hecho personal. La administracion de la tutela, que no puede ser rehusada, es ejemplo de la primera clase de obligaciones; y de la segunda, la del que voluntariamente y sin mandato administra los negocios de otro.

822. Los hechos personales que pueden dar lugar á las obligaciones, ó son lícitos, ó ilícitos. Los lícitos constituyen lo que generalmente se llama cuasi-contrato, esto es, obligacion nacida del consentimiento presunto; y como la ley finge que le hay en las que ella impone, de aquí es que se comprende tambien bajo esta denominacion.

823. Los hechos ilícitos son fuentes de las obligaciones producidas por el delito y por la culpa, las que comunmente se dice que nacen del delito y cuasi delito.

824. La Ley, para convertir en obligaciones algunos hechos, se funda en principios morales. Estos son, que debemos hacer con los demás lo que quisiéramos que se hiciera con nosotros en iguales circunstancias; que es necesario que reparemos los daños que hayamos ocasionado; que nadie contra razon y derecho

debe enriquecerse con perjuicio de otro (1), y que el que quiere una cosa, no está en el caso de rechazar sus consecuencias.

825. Trataremos separadamente de las obligaciones que nacen del consentimiento presunto, del delito y de la culpa.

§ II.

Obligaciones nacidas del consentimiento presunto.

826. Los cuasi-contratos son hechos lícitos de que resulta obligación recíproca á veces, y á veces respecto sólo á un tercero.

827. Cinco son las especies de cuasi-contratos de que hacen particular mención las leyes y en que generalmente se ocupan los jurisconsultos. Estos cuasi-contratos, aunque no los únicos, pero sí los más frecuentes, son:

- 1.º La administración de bienes ajenos, sin mandato.
- 2.º La administración de la tutela ó curaduría.
- 3.º Comunion de bienes no procedentes del contrato de sociedad.
- 4.º Aceptación de la herencia.
- 5.º Pago de lo indebido.

828. *Administración de bienes ajenos, sin mandato.*—El parentesco y la amistad son generalmente el principio único de este cuasi-contrato, que suele tener lugar en los bienes de los que, ausentes por largo tiempo, dejan abandonados sus negocios (2). Esta administración produce obligaciones, tanto al dueño de los bienes, como al que se encarga de su cuidado.

829. El que voluntariamente y sin mandato se pone á administrar los negocios de otro, contrae el deber de continuar en su cargo é incidencias hasta que el dueño pueda proveer de remedio á su abandono, y se somete á dar cuentas y á todas las obligaciones que un mandato expreso le impondría (3). En la conser-

(1) La regla 17, tít. XXXIV, Part. VII (según el texto de Gregorio Lopez), no prohíbe más enriquecimiento que el hecho *torticeramente* ó contra razón y justicia. (Sentencias de 4 de Mayo y 19 de Junio de 1874.)

(2) Leyes 26 y 27, tít. XII, Part. V.

(3) Ley 26, tít. XII, Part. V.

vación de las cosas debe prestar la culpa leve; pero si entró en la administración en que nadie pensaba y que estaba abandonada del todo, sólo prestará la lata, y por el contrario la levísima, si había otro que quería administrar con diligencia (1). No debe entrar en negociaciones que no solía hacer el principal, y si lo hiciera, imputables le serán las pérdidas aunque provengan de caso fortuito, y las ganancias siempre corresponderán al propietario (2). Cuando no es el beneficio del dueño, sino el propio interés y la codicia el móvil de encargarse alguno de la cosa ajena abandonada, pierde las expensas que hace en ella, si no hiciera mejoras de que puedan sacarse; pero si hiciera tantas ganancias que quede al dueño parte de ellas después de satisfechos los gastos, podrá retener éstos, debiendo satisfacer en todo caso los daños ó menoscabos que sobrevinieren en la cosa, cualquiera que sea la causa de que provengan (3); es decir, aunque sea por caso fortuito.

830. El dueño á su vez ha de cumplir las obligaciones hechas en su nombre, indemnizar al administrador de las que por su causa personalmente ha contraído (4), y reembolsarle los gastos abonables que haya hecho, de los cuales vamos á tratar.

831. El dueño debe admitir en cuenta los gastos necesarios, y los útiles aunque sólo lo parecieren al principio; pero si los bienes son de un menor de catorce años, no será él sino su tutor, el que deba pagar los que se creyeron útiles y no lo fueron (5).

(1) Leyes 30, 33 y 34 del mismo título y Partida. Esta ley 34 le hace responsable *por su negligencia* en este último caso, y aunque con esta palabra se significa ordinariamente la culpa leve, hay razones para presumir que aquí se entiende por la *levísima*, y esta es la opinión de varios intérpretes, apoyados en el mayor cuidado que debe exigirse del que quiere administrar con preferencia á otros que ofrezcan hacerlo con gran cuidado. Algunas palabras de la ley se prestan á esta interpretación.

(2) Ley 33.

(3) Ley 29, tít. XII, Part. V.

(4) Ley 27 del mismo título y Partida.

(5) Ley 28 del mismo título y Partida. Gregorio Lopez en la glosa 10.ª de la ley, cree que ésta sólo habla del administrador voluntario y no del tutor y curador, diciendo que en este caso, los guardadores podrán repetir siempre las expensas necesarias y útiles. Las palabras de la ley no están, sin embargo, muy conformes con esta interpretación.

832. No es aplicable esta doctrina al administrador que entró con mala fe en su cargo, el cual deberá pagar todo el menoscabo de los bienes, y no podrá sacar los gastos hechos en ellos á no ser que los mejorare, ó hiciere bastante ganancia para que el dueño pueda percibir algo y queden cubiertas las expensas (1).

833. Debemos aquí advertir, que no tiene derecho de demandar los alimentos ni gastos de educacion de un huérfano abandonado á quien recogió en su casa, ni las expensas hechas en la administracion de sus bienes, el que lo hizo movido por razones de piedad y de beneficencia (2). Exceptúase el caso de que quisere el que acogió á una mujer casarse con ella ó casarla con uno de sus hijos, y la mujer ó su padre lo repugnasen; pues entonces, no teniendo justa causa para oponerse, deberá pagar la crianza el que impidiere el matrimonio (3). La apreciacion de la justa causa debe quedar al prudente arbitrio del juez, que no dejará sin duda de estimar como tal la desigualdad de edades, la enfermedad, la repugnancia por la diversidad de caracteres y otras parecidas.

834. Esta misma doctrina de no poder reclamar gastos es aplicable á la madre y á la abuela que mantuvieron y educaron al hijo ó nieto que no tenia bienes; pero podrán cobrarlos hasta donde alcancen, de los que, pertenecientes á ellos, tenian en su poder, ó de los que no tenian, si los hijos ó nietos eran ricos, y aquéllas protestaron cuando los dieron que querian recuperarlos (4). Mas en este caso, se deberá descontar el valor de los servicios útiles prestados respectivamente por los hijos ó nietos; pero corresponderian á la madre y á la abuela si no fueren indemnizadas de lo que gastaron, lo cual, aunque sólo lo dice la ley (5) respecto á los padrastros y extraños, con mayor motivo debe entenderse de los hijos.

835. El padrastro que teniendo en su casa y educando á su entenado que poseía bienes, protestare que queria cobrar los gastos, podrá ejecutarlo; mas no si le prestare servicio, en cuyo caso

(1) Ley 29 del mismo título y Partida.

(2) Ley 35 del mismo título y Partida.

(3) Ley 35, tít. XIV, Part. V.

(4) Ley 36, tít. XII, Part. V.

(5) Ley 37 del mismo título y Partida.

recuperará solamente lo que gastó por causa de sus bienes. Extensivo es tambien entre extraños lo que acabamos de exponer (1).

836. *Administracion de la tutela y curaduría.*—El segundo cuasi-contrato es el de la administracion de la tutela y curaduría que, como hemos visto, más que de la voluntad presunta, dimana de una necesidad legal. Produce obligaciones mútuas, en que oportunamente nos ocupamos en el libro primero, donde hemos examinado esta materia con la extension correspondiente; razon por la que no hacemos aquí más que esta ligera indicacion.

837. *Comunion de bienes no convencional.*—La comunion de bienes no convencional da lugar al tercer cuasi-contrato, que dimana, no de la convencion, sino de haber obtenido dos ó más una misma cosa comun, por herencia, por manda ó por otro título de dominio. Las obligaciones que produce son reciprocas entre los comuneros, y por ellas cada uno ha de consentir en que se haga la particion de la cosa, si lo solicita otro (2). Esta comunion de diferentes dueños en una misma cosa suele ser fuente de discordias y litigios, y disminuye y entibia el interés del propietario, en cuanto al cultivo y fomento de los bienes poseidos en comun. Por eso se ha establecido acertadamente, que ninguno de los comuneros pueda rechazar la solicitud de los otros, y que baste la demanda de uno para que se decrete la particion, sin que los demás puedan oponerse á ella. La gestion de uno de los comuneros no proviene de este cuasi-contrato, sino, ó ya de un mandato, ó ya de la gestion de bienes sin mandato segun sean sabedores ó ignorantes los demás de la administracion que uno desempeña.

838. *Adicion de la herencia.*—La adicion de la herencia obliga tambien por cuasi-contrato al heredero á satisfacer á los acreedores testamentarios, es decir, á aquellos á quienes el testador ha dejado alguna cosa en su última voluntad; obligacion tanto más justa, cuanto que para evitar el heredero que le sea gravosa la herencia, tiene, como en otro lugar se ha dicho, el beneficio de inventario. Los acreedores hereditarios deben ser pagados, no en virtud de este cuasi-contrato, sino de verdadero

(1) La misma Ley 37.

(2) Ley 2.ª, tít. XV, Part. VI.

contrato que con la herencia se trasmite á y contra los herederos. Análoga á este cuasi-contrato es la obligacion del legatario que ha admitido una manda con la carga de pagar otra, ó con algun otro gravámen.

839. *Paga de lo indebido.*—Sólo nos resta hablar del último cuasi-contrato, llamado *paga de lo indebido*. Este cuasi-contrato tiene lugar, siempre que uno por error de hecho paga á otro lo que no le debía, ni aún siquiera naturalmente, quedando en su consecuencia obligado el último á devolver lo que recibió. El que por error ó á sabiendas recibe lo que le paga otro en el concepto equivocado de deberlo, ó dudando si lo debía, se obliga á la restitution. La ignorancia de derecho no aprovecha para reclamar lo indebidamente pagado (1). La obligacion de probar la improcedencia del pago corresponde al demandante, siempre que el demandado confiese haberlo recibido, pero sostenga su legitimidad. Si, por el contrario, negare el hecho de la entrega y la justificare el que la hizo, entónces el primero deberá devolver lo recibido, á no ser que pruebe que la deuda era cierta y no se le habia pagado por error (2). La ley de Partida exceptúa de la obligacion de probar que hicieron el pago con error, al menor de veinticinco años, á la mujer, al soldado y al rústico, todos los cuales trasfieren á su contrario la expresada obligacion (3).

840. No há lugar á la reclamacion de lo indebido:

1.º Cuando el que pagó sabia que no estaba obligado; porque se entiende que quiso donar. Exceptúase el menor de edad (4).

2.º Cuando se debía sólo naturalmente lo que se pagó: la ley exceptúa á los rústicos, los soldados, las mujeres y los menores (5); pero fundándose en que por ignorancia del derecho les toca esta excepcion, creemos que implícitamente está derogada, por estarlo el motivo en que se apoya.

(1) Leyes 28 y 30, tít. XIV, Part. V. Lo mismo tiene declarado el Tribunal Supremo de conformidad con estas leyes. (Sentencia de 23 de Mayo de 1873.)

(2) Ley 29 del mismo título y Partida

(3) La misma ley 29.

(4) Ley 20 del mismo título y Partida.

(5) Leyes 30 y 31 del mismo título y Partida.

3.º En lo dado por título de dote ó de arras (1), por quien equivocadamente se creia obligado á ello.

4.º En lo pagado por la transaccion (2), á no mediar dolo.

5.º Cuando para el pago interviene torpe causa por parte del que da, ó de éste y del que recibe (3). Mas si la torpeza estuviere solamente de parte del que recibe, como si uno le diera cierta cantidad para impedirle cometer un delito, habria lugar á la repeticion (4).

841. La restitution de la cosa debe hacerse con los frutos que haya producido: si el que la recibió con buena fe la hubiere vendido, deberá dar el precio; mas si se hubiese perdido, se liberta. El que tuvo mala fe al tiempo ó despues del recibo, tanto en el caso de venta como en el de pérdida, está obligado á la satisfaccion del precio.

842. El que debiendo alternativamente dos cosas satisfizo ambas, podrá repetir la que quisiere; pero si hubiere perecido una, no podrá reclamar la otra (5). Se puede repetir tambien lo que se hubiere pagado bajo cierta condicion ó para cierto obje-

(1) Ley 35 del mismo título y Partida.

(2) Ley 34 del mismo título y Partida.

(3) Leyes 47, 50, 51, 52 y 53 del mismo título y Partida.

(4) Las leyes de Partida ponen diferentes ejemplos de los casos en que interviene causa torpe, ya por parte del que da, ya por parte de ambos, ya únicamente por la del que recibe. Mas respecto de algunos, su inteligencia ha dado lugar á la interpretacion de los juriscultos. Así, pues, al declarar que procede la repeticion de lo dado á un juez, hay dos leyes, á primera vista contradictorias, y que Gregorio Lopez y Covarrubias concilian diciendo, que podrá reclamar lo que hubiera dado á un juez el que lo hubiese hecho para que pronunciara una sentencia justa, pero no el que lo hizo con ánimo de sobornarle y de que obrara injustamente; interpretacion que no parece ya muy conforme con la generalidad con que el Código penal habla al tratar de esta materia, y en que nos ocuparemos en su respectivo lugar. El mismo Gregorio Lopez, á pesar de que otra ley concede repeticion al delincuente que dió alguna cosa á otra persona para que no le descubriera, la limita, con razon en nuestro concepto, al caso en que la persona que lo recibiera no fuese juez ó funcionario que tienen obligacion de perseguir los delitos.

(5) Ley 39, tít. XIV, Part. V.

to, si la condicion no se hubiere cumplido, ni realizado el fin con que se pagó (1).

843. La doctrina de este cuasi-contrato no se limita á las obligaciones de dar, sino que tambien es extensiva á las que consisten en hacer; sólo que en este caso, como no es posible la repetition material del hecho, queda obligado aquél en cuyo beneficio se ejecutó, á pagar el precio en que se estimare la obra (2).

§ III.

Obligaciones nacidas del delito y de la culpa.

844. Poco útil es hoy la doctrina que del delito y de la culpa, considerándolos como fuentes de obligaciones civiles, nos exponen los autores y aún los mismos códigos. Desusadas las penas pecuniarias aplicables al perjudicado, punto de vista bajo el que las consideraron en gran parte las leyes romanas, á las que imitaron las nuestras, poco tenemos que exponer aquí en la materia, por no ser lugar oportuno para tratar de los delitos y de las penas bajo su aspecto verdadero.

845. Todo el que por un hecho suyo deliberado ó por omision, ó lo que es lo mismo, por delito ó por culpa, causa á otro un daño, tiene el deber de repararlo. Esta obligacion es extensiva tambien al caso en que por negligencia nuestra sea causado el daño por personas que dependen de nosotros, ó por cosas que están bajo nuestra inspeccion. En la parte penal quedarán explicadas estas doctrinas, al tratar de la responsabilidad civil y de las personas responsables civilmente de los delitos y faltas.

(1) Diversas leyes del mismo título.

(2) Ley 40 del mismo título y Partida.

TÍTULO XXIV.

De la prelación respectiva de las obligaciones.

§ I.

Causas de prelación entre los acreedores.

846. Para terminar todo cuanto á las obligaciones se refiere, sólo nos resta tratar de la preferencia que tienen entre sí los acreedores; última materia que en la parte civil nos falta exponer.

847. Es regla general adoptada en todos los pueblos, y que sin necesidad de que los legisladores la formulen en precepto terminante, implícitamente la admiten como base de sus leyes, que los que tienen deudas responden á su pago con todos sus bienes muebles ó inmuebles, corporales ó incorporales presentes ó futuros, porque esta es la principal y aún puede decirse la única garantía de las obligaciones cuando no están fortalecidas con otras obligaciones accesorias, especialmente en los pueblos en que, como en España, no tiene lugar el apremio personal por deudas.

848. No presenta esta regla ninguna dificultad cuando los bienes del deudor, ó su activo, como se dice ahora, exceden en valor á la cuantía de lo que debe, ó á su pasivo; pero cuando no alcanzan, entónces hay lugar á la regla que establece la prelación del crédito por la antigüedad de la deuda (1), porque como dice un adagio jurídico, *el que es primero en el tiempo, tiene preferencia en el derecho*. Esta regla está limitada, sin embargo, siempre que hay en las obligaciones una causa legítima de preferencia: esta causa legítima puede ser, ó un privilegio ó una hipoteca. Hay, por lo tanto, para esta graduación, deudas privilegiadas, hipotecarias y comunes.

(1) Ley 17, tit. XIII, Part. V.

to, si la condicion no se hubiere cumplido, ni realizado el fin con que se pagó (1).

843. La doctrina de este cuasi-contrato no se limita á las obligaciones de dar, sino que tambien es extensiva á las que consisten en hacer; sólo que en este caso, como no es posible la repetition material del hecho, queda obligado aquél en cuyo beneficio se ejecutó, á pagar el precio en que se estimare la obra (2).

§ III.

Obligaciones nacidas del delito y de la culpa.

844. Poco útil es hoy la doctrina que del delito y de la culpa, considerándolos como fuentes de obligaciones civiles, nos exponen los autores y aún los mismos códigos. Desusadas las penas pecuniarias aplicables al perjudicado, punto de vista bajo el que las consideraron en gran parte las leyes romanas, á las que imitaron las nuestras, poco tenemos que exponer aquí en la materia, por no ser lugar oportuno para tratar de los delitos y de las penas bajo su aspecto verdadero.

845. Todo el que por un hecho suyo deliberado ó por omision, ó lo que es lo mismo, por delito ó por culpa, causa á otro un daño, tiene el deber de repararlo. Esta obligacion es extensiva tambien al caso en que por negligencia nuestra sea causado el daño por personas que dependen de nosotros, ó por cosas que están bajo nuestra inspeccion. En la parte penal quedarán explicadas estas doctrinas, al tratar de la responsabilidad civil y de las personas responsables civilmente de los delitos y faltas.

(1) Diversas leyes del mismo título.

(2) Ley 40 del mismo título y Partida.

TÍTULO XXIV.

De la prelacion respectiva de las obligaciones.

§ I.

Causas de prelacion entre los acreedores.

846. Para terminar todo cuanto á las obligaciones se refiere, sólo nos resta tratar de la preferencia que tienen entre sí los acreedores; última materia que en la parte civil nos falta exponer.

847. Es regla general adoptada en todos los pueblos, y que sin necesidad de que los legisladores la formulen en precepto terminante, implícitamente la admiten como base de sus leyes, que los que tienen deudas responden á su pago con todos sus bienes muebles ó inmuebles, corporales ó incorporales presentes ó futuros, porque esta es la principal y aún puede decirse la única garantía de las obligaciones cuando no están fortalecidas con otras obligaciones accesorias, especialmente en los pueblos en que, como en España, no tiene lugar el apremio personal por deudas.

848. No presenta esta regla ninguna dificultad cuando los bienes del deudor, ó su activo, como se dice ahora, exceden en valor á la cuantía de lo que debe, ó á su pasivo; pero cuando no alcanzan, entónces hay lugar á la regla que establece la prelacion del crédito por la antigüedad de la deuda (1), porque como dice un adagio jurídico, *el que es primero en el tiempo, tiene preferencia en el derecho*. Esta regla está limitada, sin embargo, siempre que hay en las obligaciones una causa legitima de preferencia: esta causa legitima puede ser, ó un privilegio ó una hipoteca. Hay, por lo tanto, para esta graduacion, deudas privilegiadas, hipotecarias y comunes.

(1) Ley 17, tit. XIII, Part. V.

§ II.

Privilegios.

849. En este lugar entendemos por *privilegio*, el derecho de prelación que la calidad de la deuda da á un acreedor sobre los otros (1). Entre estos acreedores privilegiados hay algunos cuyo privilegio es de mayor preferencia, lo que hace que se les llame *singularmente privilegiados*, á diferencia de los demás á quienes se designa meramente con el de privilegiados.

850. La *Ley de Enjuiciamiento civil* ha señalado los acreedores que á esta clase pertenecen. Estos son:

1.º Los acreedores por trabajo personal y por alimentos. Entre los alimentos, sin duda se comprenden los gastos hechos en la última enfermedad para las medicinas, como constantemente se ha entendido.

2.º En los abintestatos y testamentarias concursadas, los acreedores por gastos de funeral, proporcionado á la fortuna y circunstancias del finado, y por los ocasionados con motivo del ordenamiento de su última voluntad, formación del inventario y diligencias judiciales á que haya dado lugar la testamentaria ó el abintestato (2).

3.º Además hay otros acreedores que ahora, en nuestro concepto, pertenecen á esta clase. Son éstos los que ántes tenían una hipoteca legal, de los cuales trataremos en el párrafo que sigue, por la íntima relación que tienen con los hipotecarios, á los que deben agregarse los depositarios de cosas fungibles, entregadas por peso, número ó medida (3).

851. Entre estos créditos, pueden considerarse los primeros

(1) Esta definición indica que la palabra *privilegio* no significa aquí un derecho especial introducido en gracia ú odio de algún individuo, en cuyo sentido hemos dicho en otro lugar que es incompatible con nuestra ley fundamental, sino una prelación que comprende á cuantos están en el mismo caso, sin consideración á las personas, y sólo por razones de equidad y de justicia.

(2) Artículo 1268 de la *Ley de Enjuiciamiento civil*.

(3) Ley 9.ª, tít. III, Part. V.

como singularmente privilegiados, porque la ley ordena que tengan preferencia sobre cualesquiera otros, y los segundos y terceros, como meramente privilegiados (1).

§ III.

Hipotecas.

852. Hemos expuesto ya con el detenimiento que permite la índole de esta obra, todo lo que se refiere á hipotecas segun la nueva ley, que tan importantes cambios ha introducido en nuestro antiguo derecho. Limitada hoy la hipoteca á las cosas inmuebles, y establecido por regla general que todas las hipotecas, áun las legales, han de ser especiales y públicas; destruido todo orden de preferencia entre ellas por razón de la antigüedad ó del privilegio del crédito; asentada como regla única la de que la antigüedad de la inscripción es la sola causa de preferencia entre las mismas, porque los derechos inscritos surten su efecto y aprovechan y dañan á todos desde su inscripción, se ha simplificado mucho el derecho antiguo en cuanto á los inmuebles se refiere, y disipado en gran parte acerca de este punto la oscuridad de la jurisprudencia.

853. No debe, sin embargo, olvidarse que la *Ley hipotecaria*, por razones poderosas ha dejado subsistentes algunas de las antiguas hipotecas legales anteriores á su publicación, en favor de las mujeres casadas y de los hijos, sobre los bienes inmuebles de sus maridos y padres, las cuales conservan la fuerza que les daba la legislación precedente hasta que por los medios señalados sean substituidas por otras especiales, ó se extingan en los términos que en su lugar hemos expuesto.

854. Pero puede nacer aquí una cuestión importante que no debemos omitir. Las hipotecas legales privilegiadas y no privilegiadas, con arreglo á la legislación anterior, no se limitaban á los bienes inmuebles; eran extensivas también á los muebles. No

(1) Respecto á los bienes muebles, se siguen el orden y preferencia establecidos por la ley de Enjuiciamiento, pues ellos no han sido objeto de la LEY HIPOTECARIA.

era de peor condicion, por ejemplo, la mujer que se casaba con el que tenia un cuantioso capital en efectos de la deuda pública ó en acciones del Banco para ser preferida á los demás acreedores, que la que habia contraido matrimonio con un propietario territorial. No tenia tampoco ménos preferencia el que daba dinero para construir ó reparar una nave, que el que lo adelantaba para edificar ó mejorar una casa. Ninguna de estas preferencias que las leyes antiguas daban y que se comprendian bajo el nombre de hipotecas ha sido derogada expresamente; pero la ley nueva les ha quitado el nombre y los efectos de las hipotecas modernas, en el hecho de establecer que sólo los bienes inmuebles y los derechos reales impuestos sobre ellos son hipotecables. ¿Quedarán, en vista de esto, sin ningun efecto las leyes antiguas? Párecenos que no: la *Ley hipotecaria* se ha limitado á establecer reglas respecto á los inmuebles; ni directa ni indirectamente se refiere á los muebles; ántes por el contrario, declara expresamente que no altera ni modifica la preferencia concedida por las leyes en los bienes que no sean inmuebles ni derechos reales impuestos sobre los mismos, á las personas á cuyo favor se hayan constituido hipotecas legales (1). Aun respecto á los bienes raíces no ha borrado indiscretamente el derecho antiguo; al contrario, partiendo de él y conciliándolo con el nuevo sistema que la conveniencia pública aconsejaba, ha conservado hipotecas legales, si bien haciéndolas especiales y públicas; y respecto á las que siéndolo ántes perdian para lo sucesivo este carácter, ha dado los medios y el tiempo necesario para que los favorecidos con ellas no sean perjudicados. No hallando, pues, en el texto de esta ley una sola palabra que indique que la supresion de la hipoteca lleva consigo la abolicion del privilegio en los bienes inmuebles, y viendo que está expresamente declarado subsistente en los muebles, no creemos que pueda considerarse derogado. Así, nuestra opinion es, que subsiste el antiguo privilegio que llevaba el nombre de hipoteca legal, si bien ha perdido la denominacion y no produce los efectos de la hipoteca, sino sólo da una prelación sobre los acreedores no hipotecarios. Convendria, sin embargo, poner más en armonía la legislacion antigua con la nueva.

(1) Artículo 357 de la LEY HIPOTECARIA.

855. Esto supuesto, diremos que en el antiguo sistema habia dos clases de hipotecas legales; unas privilegiadas, y otras que no tenían privilegio en concurrencia con las de la primera clase, pero sí con relacion á otros acreedores.

856. Eran hipotecas legales privilegiadas:

1.º Las que tenían las mujeres en los bienes de sus maridos por los dotales que aportaban al matrimonio; pero el privilegio sólo procedia contra los acreedores hipotecarios con hipoteca tácita anterior, no si era expresa (1). En concurrencia de dos dotes era preferida la más antigua, á no ser en los bienes que de la segunda existieran (2). Esta hipoteca general y tácita subsiste en el día en favor de las mujeres casadas que á la publicacion de la *Ley hipotecaria* se hallaban disfrutando de ella, y subsistirá aún mientras duren las obligaciones que garantice, con arreglo á la legislacion anterior al 1.º de Enero de 1863 (3).

2.º La que en iguales términos tenia el fisco por lo que se le debía (4). En la concurrencia de la dote y del fisco, la deuda más antigua era la preferente, á no ser que la otra tuviera un privilegio especial. En el lugar correspondiente hemos manifestado á lo que se reduce en la actualidad la hipoteca del fisco.

3.º La del que habia dado dinero para edificar ó reparar un edificio ó una nave, tripular ésta ó mantener la tripulacion, si se empleaba en lo convenido. En concurrencia de dos acreedores

(1) Leyes 23 y 33, tit. XIII, Part. V.

(2) Ley 33, tit. XIII, Part. V.

(3) Véase lo que decimos en las páginas 569 y 570 de este tomo, y las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de Marzo de 1874 y de 13 del mismo mes de 1877, dictadas en observancia de los artículos 354 y 355 de la LEY HIPOTECARIA citados en aquéllas, tanto respecto á esta hipoteca, como á otras que allí se expresan y que tambien existiesen á la publicacion de la LEY, entre ellas las establecidas por la legislacion anterior al 1.º de Enero de 1863 para seguridad de los bienes reservables y del peculio de los hijos.

(4) Dichas leyes 23 y 33.

Por el art. 6.º de la ley de 15 de Abril de 1851, se dispuso que para los casos de robo ó malversacion de los fondos del Banco, llamado entonces Español de San Fernando, fuesen considerados aquéllos como caudales públicos, aunque sin preferencia sobre los créditos que tuviesen á su favor hipoteca tácita ó expresa, siempre que unos y otros fueran anteriores á la

de esta clase era preferido el último, fundándose en que sin él, la cosa, ó habria desaparecido ó tendria ménos valor (1): doctrina opuesta al principio de que el crédito más antiguo es el preferente cuando los dos créditos son de una misma clase, y que la ley ha rechazado respecto á los inmuebles, como hemos expuesto en su lugar. En el día, como ya tambien hemos visto, el acreedor refaccionario puede exigir anotación preventiva sobre la finca refaccionada, con lo cual obtiene la suficiente garantía.

4.º La del huérfano, en la cosa comprada con su dinero (2).

5.º La del que habia dado dinero prestado para hacer una compra, estipulando que lo comprado quedase hipotecado especialmente, respecto á los acreedores hipotecarios en general (3).

6.º La del señor de las tierras en los frutos, para cobrar su renta (4).

857. Era hipoteca legal no privilegiada:

1.º La de los que estaban en tutela y curaduría, sobre los bienes de sus guardadores y fiadores, desde el día en que éstos entraban en su cargo hasta dar cuentas y pagar los alcances (5).

2.º La del locador de una finca, en las cosas en ella introducidas, si bien en el caso de que fuera rústica, se limitaba la hipoteca á las que allí entraban con su conocimiento (6).

3.º La del legatario, en los bienes del testador (7).

4.º La del marido, en los bienes del que prometió dote (8).

5.º La de los hijos, en los bienes del padre ó madre que pa-

época en que el autor del robo ó malversacion hubiesen principiado á manejar caudales del establecimiento. Este artículo sirvió de fundamento á una sentencia del Tribunal Supremo, publicada en 15 de Abril de 1878: no tenemos necesidad de advertir que lo dispuesto en la citada ley sólo puede tener aplicación en cuanto no se oponga á las prescripciones de la LEY HIPOTECARIA.

(1) Ley 28, tit. XIII, Part. V.

(2) Ley 30 del mismo título y Partida.

(3) La misma ley 30.

(4) Ley 5.ª, tit. VIII, Part. V, y leyes 6.ª, tit. XI, lib. X, y 15, título XXXI, lib. XI de la Novísima Recopilacion.

(5) Ley 23, tit. XIII, Part. V.

(6) Ley 5.ª, tit. XIII, Part. V.

(7) Ley 25, tit. XIII, Part. V.

(8) Ley 23 del mismo título y Partida.

saban á segundo matrimonio, por los que estaban sujetos á reserva (1).

6.º La de los hijos, en los bienes de su madre viuda, que siendo su guardadora pasaba á segundo matrimonio, y en los de su padrastro, hasta que dieran cuentas y pagaran los alcances (2).

7.º La de los hijos, en los bienes del padre usufructuario, por los que ellos recibieron por parte de su madre, en el caso de que los enajenase (3).

858. Entrar en mayor número de pormenores seria salir de los límites que la naturaleza de esta obra nos traza.

§ IV.

Orden de prelacion entre los acreedores.

859. La ley de Enjuiciamiento civil fija reglas para la graduacion de los acreedores y el orden con que han ser pagados sus créditos. Para este efecto dispone que se formen cuatro estados que comprenderán (4):

«El primero, los acreedores por trabajo personal y alimentos. Si se tratase de un abintestato ó testamentaria concursada, se colocarán en este lugar los acreedores por los gastos de funeral proporcionado á las circunstancias del finado, y por los ocasionados con motivo de la ordenacion de su última voluntad y formacion de inventarios y diligencias judiciales á que haya dado lugar el abintestato ó testamentaria.»

«El segundo, los acreedores hipotecarios, por el orden de preferencia que en derecho les corresponda. Se comprenderán en este estado, tanto los acreedores que tengan á su favor hipoteca legal que se halle subsistente, como los que la tengan voluntaria, con la advertencia respecto de éstos de que su preferencia se limitará á los bienes hipotecados especialmente; y si su valor no alcanzase á cubrir el importe total del crédito asegurado con la hipoteca, serán considerados como escriturarios por la diferencia. Tambien se comprenderán en este estado los acreedores con prenda, limitando

(1) Ley 25 del mismo título y Partida.

(2) La misma ley 25.

(3) Ley 24.

(4) Artículo 1268.

igualmente su preferencia al valor efectivo de la misma, la que devolverán á la masa del concurso.»

«El tercero, los acreedores que lo sean por escritura pública, por el orden de sus fechas (1).»

«El cuarto, los comunes, comprendiendo en este estado todos los créditos no incluidos en los anteriores (2).»

Los créditos comprendidos en los tres estados primeros deberán ser satisfechos por su orden: los fondos que resten se distribuirán á prorata entre los comunes (3).

La preferencia que sobre éstos tienen los comprendidos en el tercer estado no es, segun se ve, por razon de la calidad de las deudas, sino por la mayor fe que merecen los títulos con que acreditan su derecho, y porque la mayor solemnidad de los documentos alejan las presunciones de fraude.

860. Mas lo que acabamos de exponer en el número precedente, ha de entenderse sin perjuicio de lo establecido en la *Ley hipotecaria*, y siempre subordinado á sus disposiciones, pues desde

(1) Las leyes 31, tít. XIII, Part. V, y 5.^a, tít. XXIV, lib. X de la Novísima Recopilacion declaran preferentes, sin distincion de fechas del otorgamiento, los créditos que se fundan en escritura pública, á los que proceden de simples pagarés. (Sentencia de 17 de Febrero de 1876.) La preferencia dada á un crédito confesado en un acto de conciliacion sobre otro crédito que constaba en escritura pública cuyo otorgamiento era anterior á la celebracion del dicho acto, se declaró fundadamente por el Tribunal Supremo motivo de casacion, en sentencia de 21 de Noviembre de 1872.

Y por otra de 24 de Enero de 1873 se declaró igualmente, que la preferencia dada á un crédito refaccionario que sólo constaba por escritura privada, sobre otro de la misma clase que constaba en escritura pública, era contraria á la ley 31, tít. XIII, Part. V, y por lo tanto daba lugar al recurso de casacion. Y para que un crédito que se supone refaccionario goce de prelación sobre otro simplemente escriturario, será preciso que se justifique que la existencia y conservacion de la cosa se debe á la cantidad prestada para su refaccion. (Sentencia de 5 de Julio de 1875.)

(2) La citada ley 5.^a, tít. XXIX, lib. X de la Novísima Recopilacion concede preferencia sobre los demás acreedores comunes á los de la misma clase cuyos créditos consten en documento privado extendido en papel del sello correspondiente: la ley de Enjuiciamiento civil nada dice acerca de esta prelación.

(3) Artículo 1290 de la ley de Enjuiciamiento civil.

su publicacion hay una regla que domina á todas, como ya repetidas veces lo dejamos manifestado. Segun esta regla, el acreedor hipotecario que primero inscribe es el preferido á los demás acreedores para que se le haga pago con la cosa hipotecada. Si hay otros que tengan la misma hipoteca, sucesivamente tendrán derecho á que se les satisfaga con preferencia, segun el orden de la inscripcion respectiva; pero la prelación de todos ellos será indisputable, aun sobre los acreedores singularmente privilegiados por la legislacion comun (1). Así es que ni los acreedores por gastos de entierro y sepultura, á quienes las Partidas conceden un privilegio especial, ni los que lo fueren por alimentos, trabajo personal y demás que la ley de Enjuiciamiento civil manda comprender, segun hemos visto, en el estado primero, podrán alegar derecho igual, y mucho ménos preferencia alguna sobre los que como hipotecarios tienen ya inscripto su derecho en el registro de la propiedad.

Por último, sólo nos falta recordar lo que anteriormente dejamos expuesto acerca de la preferencia que la *Ley hipotecaria* concede sobre cualquier otro acreedor, al Estado, las provincias ó los pueblos para el cobro de una anualidad de los impuestos que gravan á los inmuebles; y la que igualmente tiene el crédito del asegurador respecto á los demás créditos sobre los bienes asegurados, mientras no se devenguen los premios de dos años, ó si el seguro fuere mútuo, de los dos últimos dividendos (2).

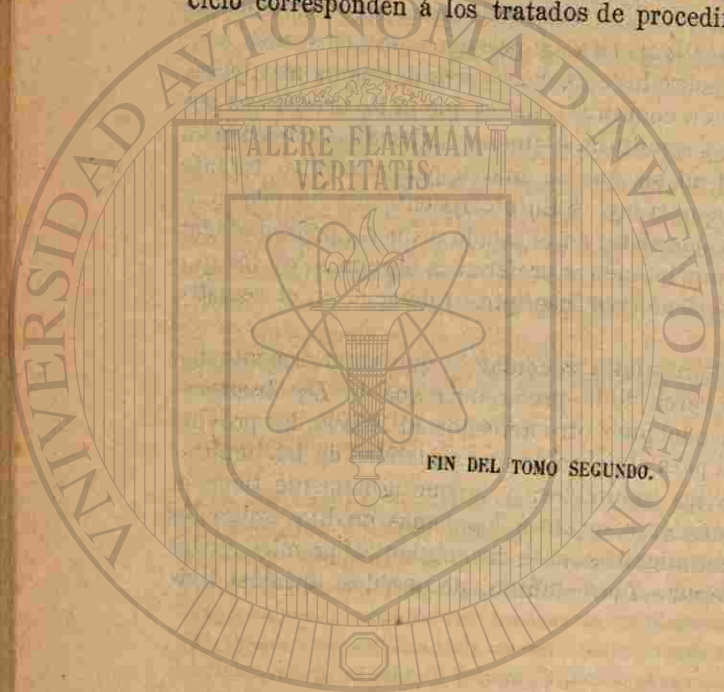
CONCLUSION.

861. Al terminar la parte civil de esta obra, debemos hacer una advertencia respecto á las acciones. Incidentalmente hemos hablado de algunas para que aparecieran las doctrinas con toda la claridad que deseábamos; pero sin entrar en un terreno extra-

(1) Ya hemos dicho en una nota de la página 531 que esto se refiere á los contratos ó actos posteriores á la LEY HIPOTECARIA, quedando los anteriores sujetos á la legislacion que regia cuando tuvieron lugar, y que así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de Abril de 1874.

(2) Páginas 477 y 478 de este tomo.

ño á la naturaleza de estos Elementos, no podríamos pasar á ocuparnos en el exámen detenido y minucioso de cada una, y ni aún siquiera fijar los principios capitales de sus clases diferentes. Los derechos de que se originan quedan expuestos ya: el modo de realizarlos, la nomenclatura y las reglas para su ejercicio corresponden á los tratados de procedimientos judiciales.



APÉNDICE.

LEYES SOBRE VINCULACIONES Y CAPELLANÍAS

Á QUE SE REFIEREN LAS NOTAS DE LAS PÁGINAS 159 Y 172 DE ESTE TOMO II.

Ley de 11 de Octubre de 1820.

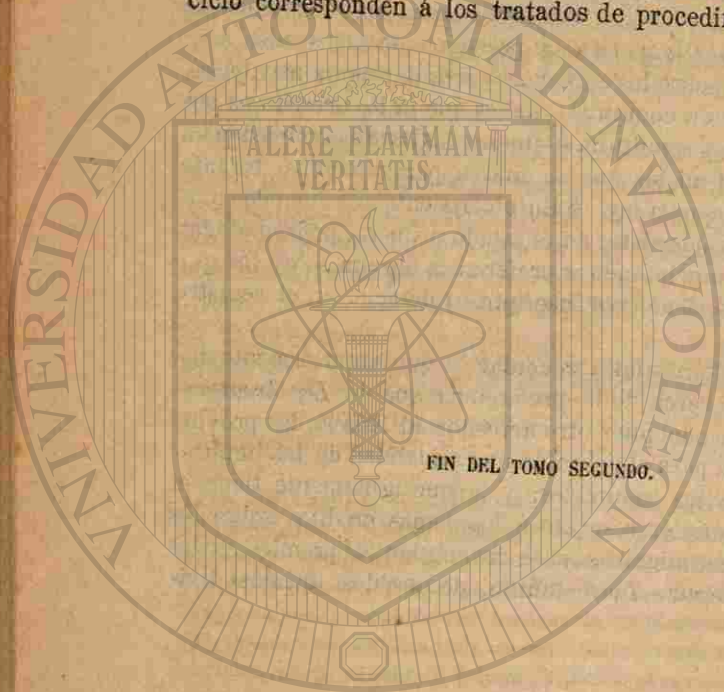
Artículo 1.º Quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos, y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros, ó de cualquiera otra naturaleza, los cuales se restituyen desde ahora á la clase de absolutamente libres.

Art. 2.º Los poseedores actuales de las vinculaciones suprimidas en el artículo anterior, podrán desde luego disponer libremente de la mitad de los bienes en que aquéllas consistieren; y despues de su muerte, pasará la otra mitad al que debia suceder inmediatamente en el mayorazgo, si subsistiese, para que pueda tambien disponer de ella libremente como dueño. Esta mitad que se reserva al sucesor inmediato, no será nunca responsable á las deudas contraidas ó que se contraigan por el poseedor actual.

Art. 3.º Para que pueda tener efecto lo dispuesto en el artículo precedente, siempre que el poseedor actual quiera enajenar el todo ó parte de su mitad de bienes vinculados hasta ahora, se hará formal tasacion y division de todos ellos, con rigurosa igualdad, y con intervencion del sucesor inmediato; y si éste fuere desconocido, ó se hallare bajo la patria potestad del poseedor actual, intervendrá en su nombre el procurador síndico del pueblo donde resida el poseedor, sin exigir por esto derecho ni emolumento alguno. Si faltasen los requisitos expresados, será nulo el contrato de enajenacion que se celebre.

Art. 4.º En los fideicomisos familiares, cuyas rentas se distribuyen entre los parientes del fundador, aunque sean de líneas diferentes, se hará desde luego la tasacion y repartimiento de los bienes del fideicomiso entre los actuales perceptores de las rentas, á proporcion de lo que perciban, y con intervencion de todos ellos; y cada uno en la parte de bienes que le toque podrá disponer libremente de la mitad, reservando la otra al sucesor

ño á la naturaleza de estos Elementos, no podríamos pasar á ocuparnos en el exámen detenido y minucioso de cada una, y ni aún siquiera fijar los principios capitales de sus clases diferentes. Los derechos de que se originan quedan expuestos ya: el modo de realizarlos, la nomenclatura y las reglas para su ejercicio corresponden á los tratados de procedimientos judiciales.



APÉNDICE.

LEYES SOBRE VINCULACIONES Y CAPELLANÍAS

Á QUE SE REFIEREN LAS NOTAS DE LAS PÁGINAS 159 Y 172 DE ESTE TOMO II.

Ley de 11 de Octubre de 1820.

Artículo 1.º Quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos, y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros, ó de cualquiera otra naturaleza, los cuales se restituyen desde ahora á la clase de absolutamente libres.

Art. 2.º Los poseedores actuales de las vinculaciones suprimidas en el artículo anterior, podrán desde luego disponer libremente de la mitad de los bienes en que aquéllas consistieren; y despues de su muerte, pasará la otra mitad al que debia suceder inmediatamente en el mayorazgo, si subsistiese, para que pueda tambien disponer de ella libremente como dueño. Esta mitad que se reserva al sucesor inmediato, no será nunca responsable á las deudas contraidas ó que se contraigan por el poseedor actual.

Art. 3.º Para que pueda tener efecto lo dispuesto en el artículo precedente, siempre que el poseedor actual quiera enajenar el todo ó parte de su mitad de bienes vinculados hasta ahora, se hará formal tasacion y division de todos ellos, con rigurosa igualdad, y con intervencion del sucesor inmediato; y si éste fuere desconocido, ó se hallare bajo la patria potestad del poseedor actual, intervendrá en su nombre el procurador síndico del pueblo donde resida el poseedor, sin exigir por esto derecho ni emolumento alguno. Si faltasen los requisitos expresados, será nulo el contrato de enajenacion que se celebre. ®

Art. 4.º En los fideicomisos familiares, cuyas rentas se distribuyen entre los parientes del fundador, aunque sean de líneas diferentes, se hará desde luego la tasacion y repartimiento de los bienes del fideicomiso entre los actuales perceptores de las rentas, á proporcion de lo que perciban, y con intervencion de todos ellos; y cada uno en la parte de bienes que le toque podrá disponer libremente de la mitad, reservando la otra al sucesor

inmediato para que haga lo mismo, con entero arreglo á lo prescripto en el artículo 3.º

Art. 5.º En los mayorazgos, fideicomisos ó patronatos electivos cuando la eleccion es absolutamente libre, podrán los poseedores actuales disponer desde luego como dueños del todo de los bienes; pero si la eleccion debiese recaer primeramente entre personas de una familia ó comunidad determinada, dispondrán los poseedores de sólo la mitad, y reservarán la otra para que haga lo propio el sucesor que sea elegido, haciéndose con intervencion del procurador síndico la tasacion y division prescrita en el artículo 3.º

Art. 6.º Así en el caso de los dos precedentes artículos como en el 2.º, se declara que en las provincias ó pueblos en que por fueros particulares se halla establecida la comunicacion en plena propiedad de los bienes libres entre los cónyuges, quedan sujetos á ella de la propia forma los bienes hasta ahora vinculados, de que como libres puedan disponer los poseedores actuales, y que existan bajo su dominio cuando fallezcan.

Art. 7.º Las cargas, así temporales como perpétuas, á que estén obligados en general todos los bienes de la vinculacion sin hipoteca especial, se asignarán con igualdad proporcionada sobre las fincas que se repartan y dividan, conforme á lo que queda prevenido, si los interesados de comun acuerdo no prefiriesen otro medio.

Art. 8.º Lo dispuesto en los artículos 2.º, 3.º, 4.º y 5.º no se entiende con respecto á los bienes hasta ahora vinculados, acerca de los cuales pendan en la actualidad juicios de incorporacion ó revision á la nacion, tenuta, administracion, posesion, propiedad, incompatibilidad, incapacidad de poseer, nulidad de la fundacion, ó cualquiera otro que ponga en duda el derecho de los poseedores actuales. Estos en tales casos ni los que les sucedan, no podrán disponer de los bienes hasta que en última instancia se determinen á su favor en propiedad los juicios pendientes, los cuales deben arreglarse á las leyes dadas hasta el día ó que se dieren en adelante. Pero se declara para evitar dilaciones maliciosas, que si el que perdiese el pleito de posesion ó tenuta, no entablase el de propiedad dentro de cuatro meses precisos, contados desde el día en que se le notificó la sentencia, no tendrá despues derecho para reclamar, y aquel en cuyo favor se hubiere declarado la tenuta ó posesion, será considerado como poseedor en propiedad y podrá usar de las facultades concedidas por el artículo 2.º

Art. 9.º Tambien se declara que las disposiciones precedentes no perjudican á las demandas de incorporacion y revision que en lo sucesivo deban instaurarse, aunque los bienes vinculados hasta ahora hayan pasado como libres á otros dueños.

Art. 10. Entiéndese del mismo modo, que lo que queda dispuesto es sin perjuicio de los alimentos ó pensiones que los poseedores actuales deben pagar á sus madres, viudas, hermanos, sucesor inmediato ú otras personas, con arreglo á las fundaciones ó á convenios particulares, ó á

determinaciones en justicia. Los bienes hasta ahora vinculados, aunque pasen como libres á otros dueños, quedan sujetos al pago de estos alimentos ó pensiones, mientras vivan los que en el día los perciben, ó mientras conserven el derecho de percibirlos, excepto si los alimentistas son sucesores inmediatos, en cuyo caso dejarán de disfrutarlos luego que mueran los poseedores actuales. Despues cesarán las obligaciones que existan ahora de pagar tales pensiones y alimentos; pero se declara que si los poseedores actuales no invierten en los expresados alimentos y pensiones la sexta parte líquida de las rentas del mayorazgo, están obligados á contribuir con lo que quepa en ella para dotar á sus hermanas y auxiliar á sus hermanos, con proporcion á su número y necesidades, é igual obligacion tendrán los sucesores inmediatos por lo respectivo á la mitad de bienes que se les reservan.

Art. 11. La parte de renta de las vinculaciones que los poseedores actuales tengan consignada legitimamente á sus mujeres para cuando queden viudas, se pagará á éstas mientras deban percibirla, segun la estipulacion, satisfaciéndose la mitad á costa de los bienes libres que deje su marido, y la otra mitad por la que se reserva al sucesor inmediato.

Art. 12. Tambien se debe entender que las disposiciones precedentes no obstan para que en las provincias ó pueblos en que por fuero particular se suceden los cónyuges uno á otro en el usufructo de las vinculaciones por vía de viudedad, lo ejecuten así los que en el día se hallan casados, por lo relativo á los bienes de la vinculacion que no hayan sido enajenados cuando muera el cónyuge poseedor, pasando despues al sucesor inmediato la mitad íntegra que le corresponde, segun queda prevenido.

Art. 13. Los títulos, prerogativas de honor y cualesquiera otras preeminencias de esta clase que los poseedores actuales de vinculaciones disfrutaban como anejas á ellas, subsistirán en el mismo pié y seguirán el orden de sucesion prescrito en las sucesiones, escrituras de fundacion ú otros documentos de su procedencia. Lo propio se entenderá por ahora con respecto á los derechos de presentar para piezas eclesiásticas ó para otros destinos, hasta que se determine otra cosa. Pero si los poseedores actuales disfrutasen dos ó más grandezas de España ó títulos de Castilla, y tuviesen más de un hijo, podrán distribuir entre éstos las expresadas dignidades, reservando la principal para el sucesor inmediato.

Art. 14. Nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por vía de mejora, ni por otro título ni pretexto, fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía ni vinculacion alguna sobre ninguna clase de bienes y derechos, ni prohibir directa ni indirectamente su enajenacion. Tampoco podrá nadie vincular acciones sobre bancos ú otros fondos extranjeros.

Art. 15. Las iglesias, monasterios, conventos y cualesquiera comunidades eclesiásticas, así seculares como regulares; los hospitales, hospicios, casas de misericordia y enseñanza; las cofradías, hermandades, encomiendas, y cualesquiera otros establecimientos permanentes, sean eclesiásticos

ó laicales, ó conocidos con el nombre de *manos muertas*, no podrán desde ahora en adelante adquirir bienes algunos raíces ó inmuebles en provincia alguna de la monarquía, ni por testamento, ni por donacion, compra, permuta, decomiso en los censos enfitéuticos, adjudicacion en prenda pretoria ó en pago de réditos vencidos, ni por otro título alguno, sea lucrativo ú oneroso.

Art. 16. Tampoco puedan en adelante *las manos muertas* imponer ni adquirir por título alguno capitales de censo de cualquiera clase impuestos sobre bienes raíces, ni impongan ni adquieran tributos ni otra especie de gravámen sobre los mismos bienes, ya consista en la prestacion de alguna cantidad de dinero, ó de cierta parte de frutos, ó de algun servicio á favor de la mano muerta, y ya en otras respensiones anuales.

Decreto de las Córtes de 15 de Mayo de 1821.

El capitán de navío, retirado, D. Andrés Fernandez Viedma, vecino de Jaen, ocurrió á las Córtes pidiendo permiso para disponer del total de las vinculaciones que posee, mediante á no tener sucesor conocido dentro del cuarto ni quinto grado; y en atencion á que si llegase á verificarse su fallecimiento ántes de averiguar quién hubiese de serlo en cada una de dichas vinculaciones, resultarían tantos pleitos cuanto es el número de éstas, y en vista de dicha exposicion, se han servido conceder al capitán D. Andrés Fernandez de Viedma el permiso que solicita, con la calidad de suplir la dificultad de que presente la prueba negativa de no tener sucesores legítimos, por medio de una informacion de testigos, que aseguren quedar por muerte de dicho Viedma reducidos sus bienes á la clase de mostrencos; fijándose edictos por el término de dos años, de ocho en ocho meses, tanto en el pueblo de dicho poseedor, como en los lugares donde se hallen sitios los bienes amayorazados, y en la capital del reino, con el fin de que se publiquen en la *Gaceta* ministerial y otros papeles públicos que el juez de primera instancia, ante quien debe seguirse esta causa, gradúe por convenientes; y citándose y emplazándose á los que se juzguen con derecho á suceder, para que comparezcan por sí ó por sus apoderados dentro del citado término, con apercibimiento de que pasado éste se procederá á la declaracion de ser libres los referidos bienes, y que el actual poseedor podrá disponer de ellos como mejor fuere su voluntad, segun se ha practicado y practica en las causas de mostrencos, vacantes y abintestatos. Cuya resolucion quieren las Córtes sea general para todos los poseedores de vinculaciones que se hallen en iguales circunstancias.

Decreto de las Córtes de 19 de Junio de 1821.

Artículo 1.º El poseedor actual de bienes que estuvieron vinculados, podrá enajenar los que equivalgan á la mitad ó ménos de su valor, sin pré-

via tasacion de todos ellos, obteniendo el consentimiento del siguiente llamado en órden. Prestado el consentimiento por el inmediato, no tendrá accion alguna cualquiera otro que pueda sucederle legalmente, para reclamar lo hecho y ejecutado por virtud del convenio de su predecesor.

Art. 2.º Si el inmediato fuere desconocido ó se hallare bajo la patria potestad del poseedor actual, deberá prestar el consentimiento el síndico procurador del lugar donde resida el poseedor, con arreglo al artículo 3.º del decreto de 27 de Setiembre (*ley de 11 de Octubre de 1820*), cuyo consentimiento prestarán igualmente por sus pupilos y menores los tutores y curadores, quienes para el valor de este acto y salvar su responsabilidad, cumplirán con las formalidades prescriptas por las leyes generales del reino cuando se trata de un negocio de huérfanos y menores.

Art. 3.º En el caso de que se opongan al consentimiento para la venta el siguiente llamado en órden, y los tutores ó síndicos, tratándose de la enajenacion íntegra de la mitad de los bienes, se cumplirá con la tasacion general que prescribe la ley de Setiembre (*11 de Octubre*); pero si sólo se pretendiere vender una ó más fincas cuyo valor no alcance á la mitad, y hubiere igualmente oposicion, podrá el poseedor ocurrir á la autoridad local, y comprobando que en el valor de otra ú otras queda más de la mitad que le es permitido enajenar, se autorice la venta por el juez, y se proceda desde luego á ella.

—*En la reaccion de 1824 fueron anulados estos decretos y restablecidas completamente las vinculaciones, sin que la cédula de 11 de Marzo del mismo año intentara indemnizar debidamente á los adquirentes. Las reclamaciones de los interesados, apoyadas en rigurosos principios de justicia, fueron más atendidas en 1835, en cuya época se dió la siguiente ley, que puede reputarse de transaccion.*—

Ley de 9 de Junio de 1835.

Artículo 1.º Los compradores de bienes vinculados que se enajenaron en virtud del decreto de las Córtes de 27 de Setiembre de 1820, si no hubiesen sido ya reintegrados, lo serán en el modo que expresan los artículos siguientes:

Art. 2.º Los compradores de bienes vinculados que no han llegado á desprenderse de ellos, quedan asegurados en su pleno dominio.

Art. 3.º Los compradores de dichos bienes que los hubiesen devuelto á virtud de la Real cédula de 11 de Marzo de 1824, tienen derecho á percibir íntegro el precio por el que los habian adquirido, con el rédito de un tres por ciento á contar del día de la devolucion.

Art. 4.º Están en el caso de los artículos anteriores los compradores de bienes que habiendo pertenecido á vinculaciones, pasaron por testamento ú otro título lucrativo á manos de los vendedores.

Art. 5.º El poseedor actual del vínculo al que fueron devueltos los bie-

nes puede conservarlos, entregando al comprador el precio de la venta y los réditos que le correspondan dentro del término de un año, contado desde la promulgacion de la presente ley, agregando los intereses del período que trascurra hasta que la entrega sea efectiva. Pero dentro de sesenta días de como sea requerido el poseedor por el comprador ó sus herederos á que elija entre quedarse con la finca ó reintegrar su importe, deberá hacer esta eleccion; y no haciéndola en dicho tiempo, podrán ejercer aquellos los derechos que les concede el artículo 3.º Si el poseedor de la finca eligiese entregarla, pasará desde luego á manos del comprador para que la disfrute como dueño, abonando empero los adelantos que aquél hubiese hecho por razon del cultivo.

Art. 6.º Los réditos de que hablan los artículos anteriores, se reclamarán del poseedor actual de la finca por el tiempo que la hubiese disfrutado, quedando á salvo el derecho del comprador para repetir el completo de aquéllos, contra los que la hubiesen poseido ó sus herederos.

Art. 7.º El poseedor actual, ya sea el vendedor ó el inmediato sucesor, ya sea un tercero, que en uso del art. 5.º reintegrase al comprador con fondos propios el precio de los bienes, como igualmente aquel que no siendo vendedor ni sucesor inmediato que intervino en la venta lo hubiese ya verificado, quedan autorizados para considerar como libres dichos bienes.

Art. 8.º No entregando dentro del término de un año el poseedor del vinculo las cantidades que corresponden al comprador, se trasmite á éste el pleno dominio de los bienes, y además podrá entablar contra las personas que expresa el artículo 6.º las reclamaciones respectivas á réditos hasta el percibo de los que le correspondan.

Art. 9.º En las permutas de bienes vinculados en que hubo sobreprecio de parte de aquellos que lo recibieron, tendrán los contratantes los mismos derechos que se conceden por esta ley á los compradores.

Art. 10. Las mejoras y deterioros deben abonarse recíprocamente por compradores y vendedores con arreglo á derecho.

Art. 11. Si el comprador de los bienes hubiese celebrado alguna avenencia con el vendedor ó con el sucesor inmediato que intervino en la venta sobre el reintegro del capital, no tendrá más derecho que el de exigir su cumplimiento, á no ser que justifique haber intervenido lesion en más de la mitad, lo cual podrá reclamar, como tambien los réditos que le hayan correspondido y de que no estuviere reintegrado al tiempo de tener cumplido efecto la avenencia.

Art. 12. Para el cobro de los intereses de que habla el artículo anterior, servirá siempre de base la cantidad en que consistió el precio de venta.

Art. 13. Quedan en su fuerza y vigor las ejecutorias sobre abono de mejoras y deterioros.

Art. 14. Quedan asimismo vigentes las sentencias ó fallos judiciales en que se haya declarado que el comprador recobró su capital por medio de la retencion.

Art. 15. Sin embargo, tendrá derecho el dicho comprador á reclamar de los respectivos poseedores de los bienes los intereses devengados hasta el día de la devolucion, rebatiendo el importe de los prorateos de cada año.

Art. 16. El comprador que hubiere devuelto los bienes, en concepto de haberse reintegrado ya del precio de la venta por medio de la retencion de ellos y aprovechamiento de sus productos, tiene derecho á reclamar los intereses de su capital por los años trascurridos para su total realizacion, hecha en cada uno la deduccion correspondiente por la parte del capital ya percibida. Son responsables á este abono el poseedor ó poseedores que han disfrutado los bienes despues de la devolucion, y tambien sus herederos.

Art. 17. Si los bienes hubiesen pasado á terceros poseedores en concepto de libres, con la competente real facultad, la reclamacion del comprador se dirigirá contra la finca ó bienes subrogados, si los hubiese, ó contra los del vinculo que fueron reparados ó mejorados con el producto de los que se enajenaron: en defecto de uno y otro, contra los bienes libres del que los desmembró y sus herederos, ó contra los restantes bienes de la vinculacion, que se considerarán libres para este efecto.

Art. 18. En el caso de que la finca ó bienes hayan recobrado su libertad por caducidad del vinculo, la reclamacion del comprador quedará espedita, no sólo contra los bienes libres del último poseedor ó sus herederos, sino tambien contra los demás bienes que eran del vinculo, aún cuando hubiesen pasado al fondo de mostrencos.

Art. 19. A los actuales poseedores de fincas ó de bienes de los vinculos contra quienes se dirijan las reclamaciones á que dieren lugar los artículos anteriores, les queda á salvo su derecho para repetir contra los bienes libres del poseedor que vendió, si éste consumió el precio, ó lo invirtió en su provecho y no en beneficio de la vinculacion.

Art. 20. Las disposiciones de esta ley serán aplicables á los que en la misma época redimieron censos, cuyos capitales pertenecian á vinculaciones, para que sean reintegrados, si ya no lo hubiesen sido, del capital con que redimieron, y de los réditos desde que por haberse reputado insubsistentes las redenciones, se les volvieron á exigir los censos.

Art. 21. En las obligaciones con hipoteca especial, y en las demás enajenaciones hechas en la citada época por título oneroso, se observarán para el resarcimiento las mismas reglas que con respecto á los compradores quedan establecidas en los precedentes artículos.

—Pero la ley de 1855 no habia sido completamente reparadora, impidiéndolo sin duda la organizacion que tenían en aquel tiempo los poderes públicos. La variacion notable que sufrió la Constitucion del Estado en 1836, hizo que otra vez prevalecieran las ideas de los años 1820 y 1821, con arreglo á las que se dió el decreto de 30 de Agosto, por el cual se restablecieron las leyes que habian sido publicadas en los citados años. Sin embargo, como aquel decreto habia sido dado por el Gobierno sin ponerse de acuerdo con el poder legislativo, se empezaron á suscitar dudas acerca de su validez, las cuales se

se resolvian de diferente modo por los tribunales y por los juriconsultos, resultando de aquí que quedase vacilante una parte tan grave y tan trascendental de nuestra legislación. Por otra parte, habíase reservado á las próximas Cortes el resolver sobre las desmembraciones que los mayorazgos habian tenido en virtud de título lucrativo, y este motivo, unido al anterior, hizo conocer la necesidad de una nueva ley, que al fin se formó en 1841 y que contiene las disposiciones siguientes:—

Ley de 19 de Agosto de 1841.

Artículo 1.º Las leyes y declaraciones de la anterior época constitucional sobre supresion de mayorazgos y otras vinculaciones, que están válidamente en observancia desde 30 de Agosto de 1836 en que fueron restablecidas, continuarán en vigor sólo en la Península é Islas adyacentes.

Art. 2.º Es válido y tendrá cumplido efecto todo lo que se hizo en virtud y conformidad de dichas leyes y declaraciones desde que se expidieron hasta 1.º de Octubre de 1823. Serán respetados y se harán efectivos los derechos que en aquel período se adquirieron por lo establecido en las mismas, del modo que se expresará en los artículos siguientes.

Art. 3.º Los bienes vinculados correspondientes á la mitad de que pudieron disponer los poseedores, y cuyo dominio transfirieron á otros por cualquier título legítimo, ya oneroso, ya lucrativo, se devolverán á los que los adquirieron, ó á sus herederos en su caso, si la traslación se hizo con los requisitos y formalidades prevenidas en las citadas leyes y declaraciones, y los adquirentes no han recibido ya su valor ó equivalencia.

Art. 4.º Si los que á virtud de esta ley deben recobrar bienes amayorazgados, que por título lucrativo adquirieron desde 11 de Octubre de 1820 hasta 1.º del mismo mes de 1823, ó entrar en posesion de ellos, hubiesen recibido con posterioridad á este último dia algunas cantidades por vía de dote, ú otra causa cualquiera, con arreglo á las respectivas fundaciones, ó en virtud de pactos celebrados entre los poseedores anteriores y sus inmediatos, quedan obligados al abono de la mitad de la suma en que consistan, debiendo recibirla en cuenta de lo que les corresponda. Las pensiones alimenticias dadas al inmediato sucesor en virtud de la fundacion, no están comprendidas en la disposicion de este artículo.

Art. 5.º Recobrarán su fuerza y se harán tambien efectivos los contratos que celebraron los referidos poseedores desde 11 de Octubre de 1820 hasta 1.º de igual mes de 1823, con respecto á la enajenacion, hipoteca ú obligacion de la mitad de los bienes de que podian disponer.

Art. 6.º Se entregarán á los herederos testamentarios ó legítimos de los mismos poseedores y á los legatarios los bienes que respectivamente les

correspondieran de la mencionada mitad, si dichos poseedores fallecieron antes del 1.º de Octubre de 1823.

Art. 7.º Las disposiciones de los artículos que anteceden son aplicables á la otra mitad de los bienes vinculados, reservada á los inmediatos sucesores, si adquirieron el derecho á disponer de ella por fallecimiento del anterior poseedor ocurrido antes del 1.º de Octubre de 1823.

Art. 8.º Los que en virtud de esta ley deben recobrar bienes de que fueron privados por lo dispuesto en el Real decreto de 1.º de Octubre de 1823 y cédula de 8 de Marzo de 1824, ó entrar en posesion de los que con arreglo á la ley de 11 de Octubre de 1820 les correspondieron, no tienen accion para reclamar los frutos y rentas de los mismos bienes, producidos desde 1.º de Octubre de 1823 hasta la publicacion de esta ley.

Art. 9.º Los poseedores que en 11 de Octubre de 1820, que fallecieron desde 1.º de Octubre de 1823 hasta 30 de Agosto de 1836, no transfirieron derecho alguno para suceder en los bienes que se reputaban durante este último período como vinculados.

Art. 10. Los que desde 11 de Octubre de 1820 hasta 1.º del mismo mes de 1824 sucedieron en bienes que habian sido vinculados, y fallecieron desde este último dia hasta el 30 de Agosto de 1836, no transmitieron por sucesion testada ni intestada derecho de suceder en los bienes que á su fallecimiento estaban considerados como vinculados. Esto no se entiende con los herederos de los que habian adquirido bienes vinculados por compra ó cualquier otro contrato, durante el citado período desde 11 de Octubre de 1820 á 1.º del mismo mes de 1823.

Art. 11. Se declaran válidas y subsistentes las enajenaciones de bienes vinculados que se hayan hecho desde 1.º de Octubre de 1823 hasta 30 de Agosto de 1836, en virtud de facultad real y con las formalidades prescriptas por derecho. El producto de las ventas que no se haya empleado en mejora ó beneficio de la vinculacion, se imputará al vendedor en la parte de ésta que le corresponda como libre.

Art. 12. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior las enajenaciones de aquellos bienes que especifica y determinadamente puedan recobrar otros interesados en virtud de esta ley. Si éstos los hubiesen adquirido por título oneroso, los recobrarán, indemnizándose al comprador posterior de los otros bienes existentes en las vinculaciones, y si el título hubiese sido lucrativo, los retendrán los que con facultad real los hayan adquirido, indemnizándose al que debiere recobrarlos de los demás bienes de las vinculaciones.

Art. 13. Tambien se declaran válidas y subsistentes las adquisiciones que hayan hecho las vinculaciones por permuta, subrogacion ú otro título; y los bienes así adquiridos se considerarán en el mismo caso que los demás que las componian.

Art. 14. Los contratos y transacciones que se hayan celebrado en consecuencia de la ley de 9 de Junio de 1835, las ejecutorias dictadas en su

virtud, y lo que se haya practicado en cumplimiento de la misma, se guardará y cumplirá en todas sus partes.

Art. 15. Los poseedores de las fincas vinculadas y los dueños de las que deban entregarse en cumplimiento de esta ley, podrán reclamarse mutuamente, con arreglo á derecho, los desperfectos ó mejoras de las mismas desde 1.º de Octubre de 1823 hasta la promulgacion de esta ley.

Art. 16. Los viudos y viudas de poseedores de vínculos ó mayorazgos, sea la que quiera la época en que se hubieren casado, no tendrán derecho á otras consignaciones alimenticias, que las que resulten de promesas y convenios celebrados con arreglo á derecho en capitulaciones matrimoniales, ó en otros instrumentos legalmente otorgados, y esto con la disminucion que se expresará en el artículo 18.

Art. 17. Los dichos poseedores, y en su caso los sucesores inmediatos, aún teniendo herederos forzosos, podrán consignar á sus mujeres ó maridos por escritura pública ó por testamento, y en concepto de viudedad, hasta la cuarta parte de la renta de la mitad de los bienes cuya libre disposicion han adquirido.

Art. 18. Las consignaciones de viudedad en virtud de facultad competente, concedidas desde 1.º de Octubre de 1823 y ántes del 30 de Agosto de 1836, tendrán su debido cumplimiento, siendo responsables á él los bienes que existan en las vinculaciones al tiempo de concederse la facultad, ménos los que deban entregarse á otros interesados en virtud de esta ley; pero cuando haya esta disminucion, se disminuirá proporcionalmente la cantidad consignada.

Art. 19. Lo mismo se entenderá con respecto á las consignaciones de alimentos que los actuales poseedores deben pagar á los sucesores inmediatos ó á otras personas, con arreglo á las fundaciones, pactos ó fallos de los tribunales.

Art. 20. Quedan derogadas en cuanto sean contrarias á esta ley, la de 9 de Junio de 1835 y cualesquiera otras órdenes ó decretos.

Ley de 19 de Agosto de 1841, sobre capellanías.

Artículo 1.º Los bienes de las capellanías colativas á cuyo goce están llamadas ciertas y determinadas familias, se adjudicarán como de libre disposicion á los individuos de ellas en quienes concurra la circunstancia de preferente parentesco, segun los llamamientos; pero sin diferencia de sexo, edad, condicion ni estado.

Art. 2.º En consecuencia de la anterior disposicion serán preferidos los parientes que con arreglo á la fundacion sean de mejor línea, y entre los de ésta, aquel ó aquellos que fuesen de grado preferente. Cuando se hiciesen los llamamientos en general á los parientes, sin distinguir ni líneas ni grados, serán preferidos los más próximos á los fundadores ó á los que éstos señalaron como tronco.

Art. 3.º En los casos en que las fundaciones dispongan que alternen las líneas, se dividirán los bienes entre éstas con entera igualdad, y la porcion que á cada una corresponda se adjudicará á los individuos existentes de ella, en los términos que dispone el artículo antecedente.

Art. 4.º Cuando sólo el patronato activo fuese familiar, se adjudicarán tambien los bienes en concepto de libres á los parientes llamados á ejercerlo.

Art. 5.º Si en alguna fundacion se dispusiere de los bienes para [el caso en que dejare de existir la capellanía, se cumplirá lo determinado en aquella.

Art. 6.º Las disposiciones que preceden tendrán toda su aplicacion á las capellanías vacantes en la actualidad, y á las demás segun fueren vacando.

Art. 7.º Los poseedores actuales continuarán gozando las capellanías en el mismo concepto en que las obtuvieron, y con entera sujecion á las reglas de las fundaciones respectivas. Pero podrán en su caso usar del derecho que les corresponda en virtud de los anteriores artículos.

Art. 8.º Los pleitos que sobre capellanías colativas se hallen pendientes podrán continuar, y éstas proveerse como tales, quedando los que lleguen á obtenerlas en el mismo caso que los actuales poseedores.

Art. 9.º Los parientes que conforme á los cuatro primeros artículos de esta ley, ó las personas que con arreglo al artículo 5.º tuviesen derecho á los bienes de capellanías que no se hallen vacantes, ó sobre las que penda litigio, podrán desde luego pedir que se les declare la propiedad de dichos bienes, sin perjuicio del usufructo que á los poseedores corresponde.

Art. 10. A los tribunales civiles ordinarios de los partidos en que radique la mayor parte de los bienes, corresponde hacer la aplicacion de los derechos que se declaran en esta ley.

Art. 11. La adjudicacion de los bienes se entenderá con la obligacion de cumplir, pero sin mancomunidad, las cargas civiles y eclesiásticas á que estaban afectos.

=Derogada esta ley por el Real decreto de 30 de Abril de 1852, segun hemos dicho en el texto, fué restablecida en toda su fuerza y vigor por el de 6 de Febrero de 1855, cuya parte dispositiva copiamos á continuacion.=

Artículo 1.º Se declaran en su fuerza y vigor la ley de 19 de Agosto de 1841 sobre capellanías de sangre, y las demás disposiciones relativas á fundaciones piadosas familiares, que fueron derogadas por mi Real decreto de 30 de Abril de 1852.

Art. 2.º Se declaran legítimos los derechos adquiridos en virtud del citado Real decreto por sentencia definitiva pronunciada ó que se pronuncie en los juicios incoados ante tribunal competente.

=Después de este Real decreto se publicó una ley (en 15 de Junio de 1856) aclaratoria de la de 19 de Agosto de 1841; pero todo lo vino á dejar en sus-

penso el Real decreto de 28 de Noviembre de 1856, cuyas disposiciones literales son las siguientes:—

Artículo 1.º Se suspenden los efectos del Real decreto de 6 de Febrero de 1855, por el que se restableció la ley de 19 de Agosto de 1841, sobre capellanías colativas de patronato familiar activo ó pasivo y demás fundaciones piadosas de igual clase.

Art. 2.º Quedan en suspenso los juicios y reclamaciones que penden ante los tribunales civiles y eclesiásticos, así respecto de la division y secularizacion de los bienes comprendidos en dichas fundaciones y capellanías, como sobre el derecho á suceder en ellas, y hasta nueva providencia no se admitirán en lo sucesivo demandas de esta clase.

Convenio celebrado con la Santa Sede sobre capellanías colativas de sangre y otras fundaciones piadosas.

—Por último, en 24 de Junio de 1867 se publicó y dió fuerza de ley en virtud de autorizacion, al Convenio celebrado con el representante de la Santa Sede. Los artículos de este decreto son los siguientes:—

Artículo 1.º Las familias á quienes se hayan adjudicado ó se adjudiquen por tribunal competente los bienes, derechos y acciones de capellanías colativas de patronato familiar, activo ó pasivo de sangre, reclamados antes del día 17 de Octubre de 1851, fecha de la publicacion del Concordato como ley del Estado, redimirán, dentro del término y en el modo y forma que se disponga en la instruccion para la ejecucion del presente convenio, al tenor del artículo 23 del mismo, las cargas de carácter puramente eclesiástico de cualquier clase, específicamente impuestas en la fundacion, y á que en todo caso, y como carga real, son responsables los dichos bienes.

Art. 2.º Las familias asimismo á quienes se hayan adjudicado, ó adjudicaren por estar pendiente su adjudicacion ante los tribunales los mencionados bienes, derechos y acciones, reclamados con posterioridad al Real decreto de 30 de Abril de 1852, redimirán igualmente las cargas de la propia índole y naturaleza, considerándose para este solo efecto como carga eclesiástica, la cóngrua de ordenacion, establecida por las sinodales de la respectiva diócesis al tiempo de la fundacion.

Art. 3.º Se consideran completamente extinguidas las capellanías de cuyos bienes tratan los dos artículos precedentes, y que hayan sido ó fueren adjudicados por los tribunales á las familias, cuyo patronato, desapareciendo á petición de las mismas la colectividad de bienes de que procedía, dejó de existir.

Art. 4.º Se declaran subsistentes, si bien con sujecion á las disposiciones del presente convenio, las capellanías cuyos bienes no hubiesen sido reclamados á la publicacion del Real decreto de 28 de Noviembre de 1856, y sobre los cuales, por consiguiente, no pende juicio ante los tribunales.

Art. 5.º Están obligados, de la manera prevenida en los artículos 1.º y 2.º, á redimir las cargas eclesiásticas de la propia índole y naturaleza:

Primero. Las familias á quienes se hubieren adjudicado como procedentes de verdadera capellanía de sangre los bienes de una pieza que constitua verdadero beneficio, aunque de patronato familiar, activo ó pasivo de sangre, cualquiera que fuere su título ó denominacion.

Segundo. Los poseedores de bienes eclesiásticos, vendidos por el Estado con sus cargas eclesiásticas.

Tercero. Las familias á quienes se hayan adjudicado ó adjudicaren, bajo cualquier concepto, bienes pertenecientes á obras pías, legados píos y patronatos laicales ó reales de legos, y otras fundaciones de la misma índole de patronato familiar, tambien activo ó pasivo, gravados con las mencionadas cargas.

Art. 6.º Sobre la antedicha obligacion de redimir las cargas corrientes, estarán tambien obligadas á satisfacer el importe de las misas, sufragios y demás obligaciones vencidas y no cumplidas por culpa de los poseedores, las familias á quienes se hubieren adjudicado, ó adjudicaren por haber litigio pendiente, bienes de los designados en los artículos precedentes, incluso los pertenecientes á las capellanías que se declaran subsistentes en el artículo 4.º

Art. 7.º Los poseedores de bienes de dominio particular exclusivo, gravados con cargas eclesiásticas, podrán tambien redimir las, si tal fuese su voluntad, bajo las propias reglas que respecto de los bienes comprendidos en los artículos anteriores se establecen; pero será en ellos obligatorio, en el modo y forma que para los otros casos se determina en el artículo 6.º y demás referentes, satisfacer las obligaciones eclesiásticas vencidas y no cumplidas, toda vez que lo sea por culpa de los poseedores.

Art. 8.º La redencion de cargas, la conmutacion de rentas y el pago del importe de las obligaciones vencidas y no cumplidas todavia, en los diversos casos que se expresan en los artículos precedentes, se verificará entregando al respectivo diocesano títulos de la deuda consolidada del 3 por 100, por todo su valor nominal, que se convertirán en inscripciones intransferibles de la misma deuda.

Art. 9.º El importe de las cargas corrientes se apreciará por los diocesanos en la forma legal correspondiente, y conforme á lo que se dispondrá en la instruccion, siempre que no esté determinado en la sentencia ejecutoria de adjudicacion dictada anteriormente, que deberá cumplirse.

Respecto de las obligaciones vencidas y no cumplidas, los mismos diocesanos, despues de oír benignamente á los interesados, determinarán equitativa,alzada y prudencialmente la cantidad que por dicho concepto deba satisfacerse.

Art. 10. En los juicios pendientes en los tribunales civiles, que deberán continuar segun el estado que tenian al tiempo de la suspension decretada en 28 de Noviembre de 1856, sobre adjudicacion de bienes de capella-

nías, de obras pías y otras fundaciones de su especie, gravadas con cargas eclesiásticas, se hará constar con certificado del diocesano, antes de dictar sentencia, el importe de las cargas corrientes y la cantidad que para el cumplimiento de obligaciones, hasta aquí vencidas y no satisfechas, prefijare el mismo diocesano.

En el caso de que la familia no entregue al diocesano los títulos correspondientes en el término que por el juez se prefije, dispondrá éste, antes de pronunciar auto definitivo, la enajenación, con audiencia de los poseedores, de la parte indispensable de bienes, en pública licitación, á pagar en deuda consolidada del 3 por 100, por todo su valor nominal, adjudicando únicamente á la familia, como de libre disposición, los demás bienes de la capellanía, obra pía y fundación piadosa, aplicando, en su caso, la disposición del artículo 14.

Art. 11. Cuando dentro del término que se prefija en la instrucción, las familias á las cuales hayan sido ya adjudicados judicialmente los bienes, no realizaren, por cualquier causa, la redención de las cargas ó el pago del importe de las vencidas y no cumplidas por su culpa, el Gobierno adoptará las medidas conducentes para que ambos extremos tengan cumplido efecto sin demora, aplicándose al intento la parte necesaria de los bienes responsables, ya se encuentren éstos en poder de la familia del fundador, ya estén, por cualquier título, en manos extrañas, sin perjuicio, en su caso, del derecho que pueda tener el poseedor actual de la finca contra su causadante.

Art. 12. La cóngrua de ordenación en las capellanías á que se refiere el artículo 4.º, será al menos de 2.000 rs. Se declaran incóngruas las que no produzcan esta renta anual líquida, la cual se fijará por el producto de los bienes en el último quinquenio, deduciendo la porción que el diocesano, á petición de las familias y consideradas con equidad todas las circunstancias, creyese reservar con benignidad apostólica á las mismas, cuya porción en ningún caso podrá exceder de la cuarta parte de dicho producto.

Art. 13. Hecha esta deducción, las familias interesadas entregarán al diocesano los títulos necesarios de la deuda consolidada del 3 por 100 por lo demás de dicha renta, cuyos títulos se convertirán en inscripciones intransferibles de la propia deuda del Estado. Verificada la entrega de aquéllos, los bienes de la capellanía corresponderán en calidad de libres á la respectiva familia.

Art. 14. Del mismo modo, cuando las familias hayan entregado al diocesano los títulos del 3 por 100, que se convertirán después en títulos intransferibles de la deuda, corresponderán á aquéllas en calidad de libres los bienes de las capellanías adjudicados, ó que se adjudicaren judicialmente en virtud del presente convenio, y todos los demás gravados con cargas eclesiásticas, que se rediman, en conformidad á las disposiciones contenidas en los artículos 9.º y 10, entregando al diocesano los títulos necesarios al efecto.

Art. 15. Cuando los títulos del 3 por 100 entregados por la familia produzcan al menos una renta anual líquida de 2.000 rs., se constituirá sobre esta cóngrua nueva capellanía en la iglesia en que anteriormente estuvo fundada la capellanía de que procedan los títulos; y en su defecto, en otra iglesia del territorio, procurando el diocesano, en cuanto sea posible, que se cumpla la voluntad del fundador, pudiendo, esto no obstante, por fines del mejor servicio de la Iglesia, modificar ó conmutar con autoridad apostólica, que al efecto se le confiere por el presente convenio, tanto respecto de este punto, como de todo lo demás susceptible de mejora, lo establecido en la fundación.

Art. 16. Se formará en cada diócesis un *acervo pio* comun con los títulos de la deuda consolidada del 3 por 100, procedentes de la redención de cargas, del importe de las no cumplidas, ó de bienes de capellanías colativas incóngruas, uniendo al intento dos ó más, según sea necesario, para constituir una cóngrua al menos de 2.000 rs., haciendo los llamamientos para el disfrute de ella entre las familias que por las respectivas fundaciones tuviesen derecho, y estableciendo para el ejercicio del patronato activo los correspondientes turnos, habida consideración en todo caso á la cantidad procedente de cada capellanía, y en la inteligencia de que ha de darse al diocesano el turno correspondiente, en representación de corporaciones ó de cargas eclesiásticas no existentes.

Y atendiendo á que por el presente convenio se da nueva forma á las capellanías colativas familiares, todavía existentes, y á las que de nuevo se establecen en subrogación de las que por efecto de las pasadas vicisitudes han dejado de existir, el patronato meramente activo se ejercerá, eligiendo el patrono entre los propuestos en terna por el ordinario diocesano, y respecto del patronato pasivo, usará éste de sus facultades, si el presentado no reuniese las circunstancias necesarias para cumplir lo dispuesto en el presente convenio.

Art. 17. Estas capellanías se proveerán precisamente dentro del término canónico; serán incompatibles entre sí, y no podrán proveerse en menores de catorce años.

Los provistos en ellas deberán seguir la carrera eclesiástica en seminario, ya sea en calidad de externos, ya de internos, ó como ordenase el diocesano, según la abundancia ó escasez de medios al intento, y también estarán obligados precisamente á ascender á orden sacro, teniendo la edad canónica, so pena en otro caso, de declararse vacante la capellanía.

Los diocesanos determinarán las obligaciones, estudios y demás requisitos y cualidades no expresados en el presente convenio ó en la instrucción que ha de darse para su ejecución, usando en su caso los mismos de las facultades apostólicas consignadas en los artículos 15 y 21.

Art. 18. También se formará en cada diócesis otro *acervo pio* comun con los títulos de la deuda consolidada, procedentes de las obligaciones consignadas en el artículo 5.º, en la parte á ellas aplicable del 6.º, y en su

caso tambien con la correspondiente á virtud de lo dispuesto en el art. 7.º

Además harán parte de este *acervo pio* comun las inscripciones que el Gobierno debe entregar:

Primero: en compensacion de los bienes de las capellanías colativas de patronato particular eclesiástico, ó de derecho comun eclesiástico, y de que el Estado se incautó. Unas y otras capellanías quedan extinguidas, y de libre disposicion del Estado dichos bienes.

Segundo: en igual compensacion de los bienes de capellanías patronadas, de que, estando á la sazón vigentes, se incautó el Estado, bajo cualquier título y concepto que sea.

Y tercero: por títulos de diversas clases de deuda del Estado procedentes de cargas eclesiásticas, de obras pías y otras fundaciones de su clase, establecidas en corporaciones eclesiásticas, hoy no existentes, cuyo patronato pertenece actualmente á los preladados en representacion de dichas corporaciones.

Los diocesanos fundarán con dichas inscripciones el número de capellanías, título de ordenacion, que sean posibles, no bajando de 2.000 rs. la cóngrua de cada una.

Estas capellanías serán provistas exclusivamente por los mismos diocesanos, observándose, en cuanto sean aplicables, las reglas establecidas en el artículo 16, respecto de las nuevas capellanías familiares; pero dándose en todo caso preferencia á los seminaristas adelantados en su carrera, y más sobresalientes en sus cualidades y costumbres, que carezcan de otro título de ordenacion para ascender al sacerdocio.

Art. 19. Los capellanes de las nuevas capellanías, tanto familiares como de libre nombramiento de los diocesanos, estarán adscritos á una iglesia parroquial, y tendrán, en cuanto sea compatible con las obligaciones especiales de la capellanía, la de auxiliar al párroco, sin perjuicio de que el diocesano pueda destinarlos al servicio que estime conducente; con tal que se puedan cumplir en la iglesia en que esté situada la capellanía, dichas obligaciones especiales.

Hasta tanto que el capellan pueda levantar por sí mismo las cargas de la capellanía, dispondrá el diocesano lo conveniente para que tengan cumplido efecto, designando el cumplidor, con la parte de estipendio que ha de satisfacerse de la renta de la capellanía.

Art. 20. Los pleitos sobre adjudicacion de capellanías que pendian en los tribunales eclesiásticos y fueron suspendidos en 1856, continuarán su curso, segun el estado que entónces tenían.

Art. 21. En todo aquello que para la ejecucion de este Convenio no bastare el derecho propio de los diocesanos, obrarán éstos en concepto de delegados de la Santa Sede, á cuyo fin la misma ley les autoriza competentemente, y tambien para que, como sus encargados especiales, procedan á la ejecucion de este convenio en los territorios exentos, enclavados en sus diócesis.

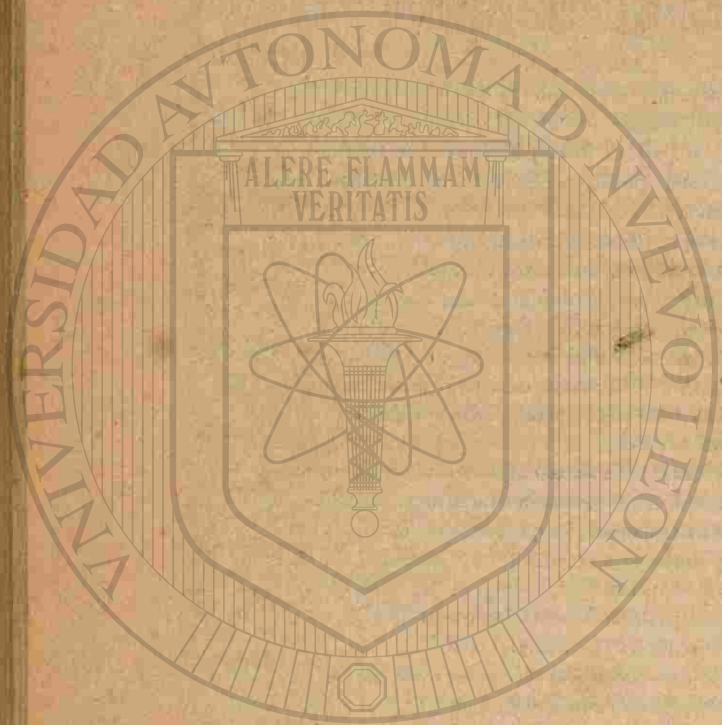
Además de esto, Su Santidad, en todo lo que pueda ser necesario, extiende la benigna sancion, contenida en el artículo 42 del Concordato de 1851, á los bienes á que se refiere el presente convenio.

Art. 22. No son objeto de este Convenio, por su índole especial, las comunidades de beneficiados de las diócesis de la Corona de Aragon, en las cuales no se hará novedad hasta el arreglo parroquial; ó bien que entre ambas potestades se celebre acerca de ellas otro convenio especial; pero los bienes, censos y demás derechos reales que constituyen su dotacion, se comutarán en la forma que prescribe el convenio de 25 de Agosto de 1859, adicional al Concordato de 1851, en inscripciones intransferibles de la Deuda consolidada del 3 por 100, que se entregarán á la respectiva comunidad á que pertenecen los bienes.

No lo son tampoco las piezas de patronato familiar, activo ó pasivo de sangre, fundadas en otras diócesis, que, por la índole y naturaleza de sus cargos y obligaciones, constituyen verdaderos beneficios parroquiales, hayan ó no formado sus obtentores cabildo benefical, y aunque se hubieren denominado capellanías, y los beneficiados se hayan titulado capellanes; porque, en conformidad á la Real cédula de ruego y encargo de 3 de Enero de 1854, ha de disponerse lo conveniente sobre el particular en el plan parroquial de la respectiva diócesis.

Art. 23. Con intervencion del Nuncio Apostólico cerca de S. M. C., al cual la Santa Sede delega al efecto todas las facultades necesarias, se dictará la correspondiente instruccion y disposiciones reglamentarias convenientes para el desenvolvimiento y ejecucion del presente Convenio, se resolverán las dudas, y se removerán los obstáculos que impidieren que el mismo tenga, en todas sus partes, el más exacto y puntual cumplimiento.

—Por decreto de 8 de Octubre de 1873 se habia mandado suspender la ejecucion de este Convenio; mas este decreto fué declarado sin ningun valor y efecto por otro que lleva la fecha de 24 de Julio de 1874, en el cual se dispone que todos los negocios gubernativos y contenciosos que se hallaren en suspenso por efecto del primeramente citado, continuarán su curso ordinario con arreglo á lo prescrito en la ley de 24 de Junio de 1867 y en la Instruccion de 25 del mismo mes y año, pudiéndose incoar igualmente los que procedieren de conformidad con las mismas.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ÍNDICE DEL TOMO SEGUNDO.

LIBRO TERCERO.

	Págs.
De las sucesiones.....	5
TÍTULO I. —De la sucesión testamentaria.....	6
SECCION I. —De los testamentos y codicilos.....	6
Párrafo I.—Sus requisitos.....	6
Párrafo II.—Personas capaces de testar.....	25
Párrafo III.—Testamento por comisario.....	27
Párrafo IV.—Apertura de testamentos cerrados: reduccion á escritura pública de los abiertos, y protocolizacion de memorias testamentarias.....	30
SECCION II. —De la institucion de heredero y de la desheredacion.....	35
Párrafo I.—Institucion de heredero.....	35
Párrafo II.—Sustituciones.....	51
Párrafo III.—Desheredacion.....	61
SECCION III. —De las mandas.....	66
Párrafo I.—Modo de constituirse las mandas.....	66
Párrafo II.—Extincion de las mandas.....	77
SECCION IV. —De las donaciones por causa de muerte.....	79
SECCION V. —De las mejoras de tercio y quinto.....	82
SECCION VI. —Del derecho de acrecer.....	90
SECCION VII. —De los testamentarios.....	92
SECCION VIII. —Modos de perder su fuerza las últimas voluntades.....	96
TÍTULO II. —De la sucesion intestada.....	103
Párrafo I.—Orden de los llamamientos.....	103
Párrafo II.—Sucesion de los descendientes.....	104
Párrafo III.—Sucesion de los ascendientes.....	109
Párrafo IV.—Sucesion de los parientes colaterales.....	111
TÍTULO III. —De las cosas comunes á la sucesion testada é intestada.....	114
SECCION I. —Del derecho de la viuda pobre en la sucesion de su marido.....	115
SECCION II. —De la aceptacion y repudiacion de la herencia.....	117
SECCION III. —De los excluidos como indignos de la sucesion.....	123
SECCION IV. —De los bienes sujetos á reserva.....	126

SECCION V.—De las particiones..... 134
 Párrafo I.—Nociones generales..... 134
 Párrafo II.—Liquidacion..... 136
 TÍTULO IV.—De las vinculaciones..... 142
 SECCION I.—De los mayorazgos..... 143
 SECCION II.—De los patronatos..... 164
 SECCION III.—De las capellanías..... 168

LIBRO CUARTO.

De las obligaciones..... 173
 TÍTULO I.—De las obligaciones en general..... 173
 TÍTULO II.—De las obligaciones dimanadas del consentimiento verdadero en general..... 176
 SECCION I.—Definicion y division de los contratos..... 176
 SECCION II.—De la naturaleza de los contratos..... 181
 Párrafo I.—Requisitos esenciales de todos los contratos..... 181
 Párrafo II.—Consentimiento..... 181
 Párrafo III.—Capacidad..... 183
 Párrafo IV.—Objeto..... 185
 Párrafo V.—Causa..... 186
 Párrafo VI.—Requisitos naturales y accidentales de los contratos..... 189
 SECCION III.—Del efecto de los contratos..... 190
 SECCION IV.—De la interpretacion de los contratos..... 193
 SECCION V.—De las diferentes modificaciones de los contratos... 195
 Párrafo I.—Diferentes modificaciones de los contratos en general..... 195
 Párrafo II.—Obligaciones puras..... 195
 Párrafo III.—Obligaciones condicionales..... 196
 Párrafo IV.—Obligaciones á cierto término..... 198
 Párrafo V.—Obligaciones alternativas y conjuntivas..... 199
 Párrafo VI.—Obligaciones de mancomun..... 200
 Párrafo VII.—Obligaciones solidarias..... 201
 Párrafo VIII.—Obligaciones divisibles é indivisibles..... 203
 Párrafo IX.—Obligaciones con cláusula penal..... 204
 SECCION VI.—De la extincion de los contratos..... 205
 Párrafo I.—Modos de disolverse los contratos en general..... 205
 Párrafo II.—Paga..... 206
 Párrafo III.—Remision..... 212
 Párrafo IV.—Compensacion..... 213
 Párrafo V.—Confusion..... 215
 Párrafo VI.—Extincion de las cosas..... 215
 Párrafo VII.—Mútuo disenso..... 216
 Párrafo VIII.—Novacion..... 216

Párrafo IX.—Rescision..... 219
 Párrafo X.—Condicion resolutoria..... 219
 Párrafo XI.—Prescripcion..... 220
 SECCION VII.—Del modo de probar las obligaciones..... 227
 TÍTULO III.—De la compra y venta..... 237
 SECCION I.—De la celebracion de la compra y venta..... 237
 SECCION II.—Personas que pueden celebrar este contrato..... 253
 SECCION III.—De las obligaciones del vendedor y del comprador. 255
 Párrafo I.—Obligaciones del vendedor..... 255
 Párrafo II.—Obligaciones del comprador..... 265
 SECCION IV.—De la resolucion y rescision de la venta..... 263
 TÍTULO IV.—De los derechos de tanteo y de retracto..... 267
 Párrafo I.—Derechos de tanteo y de retracto en general. 267
 Párrafo II.—Derecho de tanteo..... 262
 Párrafo III.—Retracto gentilicio..... 271
 Párrafo IV.—Retracto de comuneros..... 285
 Párrafo V.—Retracto de los dueños directo y útil..... 288
 Párrafo VI.—Retracto convencional..... 289
 Párrafo VII.—Prelacion entre retrayentes de diferentes clases. 291
 TÍTULO V.—De la permuta..... 293
 TÍTULO VI.—Del arrendamiento..... 299
 SECCION I.—Del arrendamiento en general..... 295
 SECCION II.—Del arrendamiento de cosas..... 298
 Párrafo I.—Arrendamiento de cosas en general..... 298
 Párrafo II.—Reglas peculiares á los arrendamientos de predios rústicos..... 304
 Párrafo III.—Reglas peculiares á los arrendamientos de predios urbanos..... 306
 Párrafo IV.—Disposiciones peculiares á los arrendamientos de rentas públicas y concejiles..... 309
 SECCION III.—Del arrendamiento de industria..... 310
 TÍTULO VII.—Del contrato de censo..... 313
 TÍTULO VIII.—Del contrato de sociedad ó compañía..... 325
 TÍTULO IX.—Del mandato..... 332
 TÍTULO X.—Del préstamo..... 337
 Párrafo I.—Préstamo en general..... 337
 Párrafo II.—Préstamo mútuo..... 338
 Párrafo III.—Préstamo comodato..... 345
 TÍTULO XI.—Del depósito..... 348
 Párrafo I.—Depósito en general..... 348
 Párrafo II.—Depósito propiamente dicho..... 349
 Párrafo III.—Secuestro..... 352
 TÍTULO XII.—De los contratos aleatorios..... 354
 Párrafo I.—Contratos aleatorios en general..... 354

Párrafo II.—Compra de esperanza. 355
 Párrafo III.—Contrato de seguro. 356
 Párrafo IV.—Renta vitalicia. 360
 Párrafo V.—Decision por suerte. 367
 Párrafo VI.—De los contratos de juego y apuesta. 368
 TÍTULO XIII.—De la transaccion y de los compromisos. 371
 SECCION I.—De la transaccion. 371
 SECCION II.—De los compromisos. 374
 TÍTULO XIV.—De la cesion. 374
 TÍTULO XV.—De las promesas. 377
 TÍTULO XVI.—De las donaciones. 379
 TÍTULO XVII.—De las fianzas. 393
 TÍTULO XVIII.—De la prenda. 400
 TÍTULO XIX.—De las hipotecas. 411
 SECCION I.—De las hipotecas en general. 411
 Párrafo I.—Definicion de la hipoteca. 411
 Párrafo II.—Reforma del sistema hipotecario. 412
 Párrafo III.—Bienes que pueden hipotecarse. 414
 Párrafo IV.—Extension de la hipoteca. 422
 Párrafo V.—Adherencia de las hipotecas a los bienes hipotecados. 427
 Párrafo VI.—Indivisibilidad de la hipoteca. 428
 Párrafo VII.—Constitucion de una hipoteca sobre varias fincas. 429
 Párrafo VIII.—Personas que pueden hipotecar. 431
 Párrafo IX.—Deterioracion de la finca hipotecada, por actos de su dueño. 432
 Párrafo X.—Modo de hacer efectivo el crédito garantido con hipoteca. 432
 Párrafo XI.—Prescripcion de la accion hipotecaria. 436
 Párrafo XII.—Diferentes clases de hipotecas. 437
 SECCION II.—De las hipotecas voluntarias. 438
 SECCION III.—De las hipotecas legales. 446
 Párrafo I.—Reglas comunes á las hipotecas legales. 446
 Párrafo II.—Hipoteca á favor de las mujeres casadas. 454
 Párrafo III.—Hipoteca por bienes reservables. 467
 Párrafo IV.—Hipoteca por razon de peculio. 470
 Párrafo V.—Hipoteca por razon de tutela ó curaduría. 472
 Párrafo VI.—Otras hipotecas legales. 475
 TÍTULO XX.—Del registro. 479
 Párrafo I.—Disposiciones generales. 479
 Párrafo II.—Direccion é inspeccion de los registros. 482
 Párrafo III.—Del nombramiento, cualidades y deberes de los registradores. 484

Párrafo IV.—De la responsabilidad de los registradores. 488
 Párrafo V.—De la publicidad de los registros. 494
 Párrafo VI.—Del modo de llevar el registro. 497
 Párrafo VII.—Títulos sujetos á inscripcion. 499
 Párrafo VIII.—Necesidad de la inscripcion en los títulos á ella sujetos. 504
 Párrafo IX.—Modos de crear la titulacion de las fincas y derechos que no la tengan, para poder inscribirlos. 506
 Párrafo X.—Personas que pueden ó deben pedir la inscripcion. 515
 Párrafo XI.—Forma de la inscripcion. 517
 Párrafo XII.—Rectificacion de los asientos del registro. 524
 Párrafo XIII.—Efectos de la inscripcion. 529
 Párrafo XIV.—Anotaciones preventivas. 538
 Párrafo XV.—Extincion de las inscripciones y anotaciones preventivas. 552
 Párrafo XVI.—Honorarios de los registradores. 564
 TÍTULO XXI.—Del tránsito del antiguo al nuevo sistema hipotecario. 566
 Párrafo I.—De la liberacion de las hipotecas legales y otros gravámenes existentes ántes de la publicacion de la Ley hipotecaria. 566
 Párrafo II.—De la inscripcion de las obligaciones contraídas y no inscriptas ántes de la publicacion de la Ley hipotecaria. 575
 Párrafo III.—De los libros de registro anteriores al nuevo sistema hipotecario, y de su relacion con los nuevos. 580
 TÍTULO XXII.—De los contratos que no tienen denominacion especial. 582
 TÍTULO XXIII.—De las obligaciones que se constituyen sin convencion. 583
 Párrafo I.—Origen de las obligaciones no convencionales. 583
 Párrafo II.—Obligaciones nacidas del consentimiento presunto. 584
 Párrafo III.—Obligaciones nacidas del delito y de la culpa. 590
 TÍTULO XXIV.—De la prelación respectiva de las obligaciones. 591
 Párrafo I.—Causas de prelación entre los acreedores. 591
 Párrafo II.—Privilegios. 592
 Párrafo III.—Hipotecas. 593
 Párrafo IV.—Orden de prelación entre los acreedores. 597
 CONCLUSION. 599
 APÉNDICE. 601



haber que más propiamente se llamen generales, que los que se establecen para formar el Supremo Poder Legislativo de la Nación? ¿Y qué atribuciones más exclusivamente propias de los representantes de la Nación entera, que la calificación de sus nombramientos? De otra manera, el Supremo Poder de la Federación, en lo que respecta á lo legislativo, estaria subordinado en su inmediata formacion á los Poderes particulares de los Estados. La comision, pues, opina que el art. 35 de nuestro código, evidentemente no puede variarse como se quiere, y que por tanto:

PRIMERA PROPOSICION.

El art. 10, que contiene las observaciones de la honorable Legislatura de Veracruz, no merece sujetarse á la deliberacion del Congreso siguiente.

El art. 15 de las observaciones de Veracruz propone una reforma al 40 de nuestra Constitucion, en términos de que en lugar de una sola Cámara, que hoy basta para declarar si ha ó no lugar á la formacion de causa de los altos funcionarios, sean necesarias las dos; la una ante quien se hubiere hecho la acusacion, diciendo si es ó no admisible; y la otra, en el caso de ser admisible la acusacion, fallando, si ha ó no lugar á formar la causa; cosa que en sentir de la comision aseguraria para siempre la impunidad de los acusados; porque ¿quién no se persuade que es casi imposible que haya tanto número de diputados, y al mismo tiempo de senadores, que vean con unos mismos ojos los intereses públicos; que estén ilustrados con unas mismas luces, y animados de un mismo espíritu, de un mismo celo, de un mismo amor á la patria, y sobre todo, de una misma entereza para hacer frente á los primeros magistrados de la República, ó á los primeros agentes de gobierno? La comision, pues, concluye que:

SEGUNDA PROPOSICION.

Las observaciones de la honorable Legislatura de Veracruz, sobre el art. 40 de la Constitucion, no merecen sujetarse á la deliberacion del Congreso siguiente.

El art. 16 propone que se suprima en nuestra Constitucion el párrafo cuarenta del art. 49 que ofrece á cada uno de los Estados garantías con respecto á sus derechos y á la Federacion entera, orden, paz y union con respecto al cumplimiento de las obligaciones que los Estados tienen ante la ley. Por tanto, la comision consulta que:

TERCERA PROPOSICION.

El art. 16 de las observaciones de la Legislatura de Veracruz, no merece sujetarse á la deliberacion del Congreso siguiente.

El art. 21 de Veracruz, propone para el 52 del Código federal, una adición, que por ser verdaderamente reglamentaria, la comision opina que:

CUARTA PROPOSICION.

El art. 21 de las observaciones que hace la honorable Legislatura de Veracruz, no merece sujetarse á la deliberacion del Congreso siguiente.

En su art. 26 proponen las observaciones de Veracruz (reformando el 77 de la Constitucion) que podrá ser reelecto el Presidente de la República para otros cuatro años, inmediatamente despues de haber cesado en sus funciones: y como nada podria resistirse al poderosísimo influjo que para ello empleara el primer magistrado de la Nación, inevitablemente seria siempre de ocho años el período de su mando; con lo que desaparecerian las ventajas que ofrece la renovacion de este supremo funcionario, sin evitarse las agitaciones de cada cuatro años al reelegirlo. Por tanto, la comision consulta que:

QUINTA PROPOSICION.

El art. 26 de las observaciones que hace la honorable Legislatura de Veracruz, no merece sujetarse á la deliberacion del Congreso siguiente.

En su art. 36 proponen las observaciones de Veracruz, que no haya caso alguno en que el Presidente no pueda hacer observaciones sobre las leyes y decretos que le pase el Congreso general; mas como uno de los casos en que la Constitucion quita al Ejecutivo aquellas facultades, es cuando el Congreso resuelva la traslacion, la suspension ó la prorogacion de sus sesiones, sujetarlo para cualquiera de estas cosas á las resistencias del Gobierno, seria menguar la libertad en que deben estar siempre los representantes del pueblo, ya sea con respecto al tiempo, ya sea con respecto al lugar de sus deliberaciones, y tambien segun otro artículo, con respecto á las reformas de la Carta fundamental: por esto concluye la comision que:

SEXTA PROPOSICION.

El art. 36 de las observaciones que hace la honorable Legislatura de Veracruz, no merece sujetarse á la deliberacion del Congreso siguiente.

La simple lectura del párrafo 1º del art. 137 de la Constitucion, basta para entender que la supresion de su última parte, que comienza "ú entre particulares," dejaria un vacío que nada seria capaz de llenar en nuestra forma de gobierno, cuando se suscitasen diferencias entre particulares, sobre pretensiones de tierras, bajo concesiones de diversos Estados. Por esto la comision opina que:

SÉTIMA PROPOSICION.

El art. 43 de las observaciones que hace la honorable Legislatura de Veracruz, no merece sujetarse á la deliberacion del Congreso siguiente.

En la parte 5ª del párrafo 5º del citado art. 137 de nuestra Constitucion, las palabras de la República, dan toda la aclaracion que desea la honorable Legislatura de Veracruz: por tanto, concluye la comision que:

OCTAVA PROPOSICION.

El art. 44 de las observaciones que hace la honorable Legislatura de Veracruz, no merece sujetarse á la deliberacion del Congreso siguiente.

El art. 45 de las observaciones de Veracruz, quiere que se hagan aclaraciones á la parte 6ª del párrafo 5º del art. 137 del Código federal, y que se quite á la Suprema Corte de Justicia la atribucion de conocer de las infracciones de la Constitucion y de las leyes generales.

Por lo que hace á lo primero, claro es que en cualquiera tiempo podrá el Congreso general resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de los artículos de la Constitucion y del Acta constitutiva, y que hoy solamente se trata de hacer observaciones para pensar en reformas. Por lo que hace á lo segundo, evidentemente se interesa la causa de la Federacion en que su Tribunal Supremo de Justicia conozca de las infracciones del Código y de las leyes en que aquella se sostiene. Por tanto, la comision es de sentir que:

NOVENA PROPOSICION.

El art. 45 de las observaciones que hace la honorable Legislatura de Veracruz, no merece sujetarse á la deliberacion del Congreso siguiente.

El art. 49 de las observaciones de Veracruz, quiere que tambien se hagan aclaraciones al art. 142 de la Constitucion. La comision reproduce lo que antes ha expuesto hablando de la primera parte del art. 45 de las observaciones presentes, y concluye que:

DÉCIMA PROPOSICION.

El art. 49 de las observaciones que hace la honorable Legislatura de Veracruz, no merece sujetarse á la deliberacion del Congreso siguiente.

El art. 151 de la Constitucion manda, que ninguno será detenido solamente por indicios más de sesenta horas, y la honorable Legislatura de Veracruz, quiere prorogar este tiempo hasta ocho dias; y como aun el término de sesenta horas de detencion es ya un grande sacrificio que se hace de la libertad personal en obsequio de la tranquilidad pública, cuando solamente se alegan indicios contra la inocencia de un ciudadano, el de ocho dias seria intolerable en un país que justamente se gloria de la libertad de sus principios. Por lo mismo la comision opina que:

UNDÉCIMA PROPOSICION.

El art. 52 de las observaciones que hace la Legislatura de Veracruz, no merece sujetarse á la deliberacion del Congreso siguiente.

La comision está persuadida de que el poder acuñar moneda los Estados, no ofrece inconvenientes, observada que sea como lo es, la ley de 16 de Noviembre de 1824, y es por otra parte una atribucion de su soberanía: por esto consulta que:

DUODÉCIMA PROPOSICION.

El art. 56 de las observaciones que hace la honorable Legislatura de Veracruz, no merece sujetarse á la deliberacion del Congreso siguiente.

En su art. 57, la Legislatura de Veracruz, consiguiendo á lo que propuso en el 36, propone que se suprima en el 167 de la Constitucion aquello de *sin poder hacer observaciones*; y la comision, consiguiendo tambien á lo que deja expuesto en la parte expositiva de su proposicion sexta, concluye que:

DÉCIMATERCIA PROPOSICION.

El art. 57 de las observaciones que hace la honorable Legislatura de Veracruz, no merece sujetarse á la deliberacion del Congreso siguiente.

En su art. 58 insiste el Congreso de Veracruz en lo que propuso en el art. 36, pidiendo se suprima en el 170 de la Constitucion aquello de *á excepcion del derecho de hacer observaciones, &c.* La comision reproduce lo expuesto en la parte expositiva de su proposicion sexta, y concluye que:

DÉCIMACUARTA PROPOSICION.

La primera parte del art. 58 de las observaciones que hace la honorable Legislatura de Veracruz, no merece sujetarse á la deliberacion del Congreso siguiente.

DÉCIMAQUINTA PROPOSICION.

Las observaciones que hace la honorable Legislatura de Veracruz, en los artículos 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 12, 13, 14, 17, 18, 20, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 46, 47, 48, 50, 51, 53, 54, 55 y 57; la segunda parte del 58 y 59, merecen sujetarse á la deliberacion del Congreso siguiente.

México, 24 de Diciembre de 1830.—*J. S. Castañeda.*—*José María Anaya.*—*Juan Cayetano Portugal.*

Iniciativas de la Legislatura de México, sobre reformas de la Constitucion federal.

SEÑOR: Llegada la época que prefija el art. 166 del título VII de la Constitucion general, la Legislatura del Estado libre y soberano de México, se cree obligada á reunir sus esfuerzos á los demas Estados, y procurar el bien procumunal, haciendo á su vez las observaciones de que habla el citado artículo para reformar algunas de la expresada Constitucion. Esta prerogativa anexa á un gobierno federal, seguramente es una de las que más recomiendan el sistema, pues permite á toda la sociedad, por el órgano legal de sus Congresos, hacer presentes á las Cá-