

de paz, previo requerimiento y en comparecencia personal. Y en las advertencias citadas del ilustrísimo señor arzobispo de Zaragoza se advirtió, que previendo las dificultades, dilaciones y gastos que esta disposición de la nueva ley, podrá ocasionar á los interesados, y que de aquí nacerán muchos escándalos, si no se suavizaba en lo posible y sin faltar á la ley, venia en autorizar á todos los señores curas y regentes de las parroquias, como notarios eclesiásticos para el efecto de este artículo, de modo, que prestándose voluntariamente la persona á quien corresponde dar el consejo á declarar delante de ellos, que les ha sido pedido el consejo para el matrimonio y que le han dado favorable ó contrario, segun sea, pueden recibir dicha declaración, estenderla y certificar segun fuere necesario, como tales notarios eclesiásticos: pero si el que ha de dar el consejo no se presta voluntariamente, como en tal caso corresponde requerirle al juez de paz, de este debe emanar el documento justificativo, el cual ha de agregarse al expediente matrimonial.

224. Finalmente, respecto de la sancion penal, el § 4 del art. 15 dispone, que los hijos que contravinieren á las disposiciones del presente artículo, incurrieren en la pena marcada en el 485 del Código penal, (esto es, en la de tres á quince días de arresto y reprension) y el párroco que autorizase tal matrimonio, en la de arresto menor.

TITULO X.

Las subastas voluntarias.

225. Pudiendo el que tiene la libre disposición de sus bienes, enagenarlos de cualquiera de los modos que autoriza el derecho, y siendo uno de estos la enagenacion á pública subasta, esto es, la que se hace en pública licitacion al mejor postor, con intervencion judicial, es consiguiente que pueden los particulares que tienen el libre ejercicio del dominio de sus bienes recurrir á este medio para su venta. Estas subastas se llaman voluntarias, porque se verifican á voluntad de los dueños de los bienes que se enagenan, á diferencia de las subastas necesarias ó á que tienen que sujetarse estos forzosamente por estar prescritas por el derecho, y bajo reglas precisas y rigurosas, como sucede respecto de los deudores morosos en pagar á sus acreedores, cuyos bienes se venden contra su voluntad, por mandato del juez, cuando estos piden que se haga ejecucion y venta de ellos, segun vimos al esponer los trámites de la vía de apremio en el *juicio ejecutivo*, ó segun se verifica respecto de los bienes del concursado, conforme á los artículos 536 y siguientes de la ley. Tambien en las subastas á que se refiere este título, interviene la autoridad judicial, á pesar de ser voluntarias y se hallan sujetas á ciertas reglas y prescripciones legales, aunque no tan rigurosas como las porque se rigen las subastas necesarias, porque concurrían

do á aquellas particulares interesados en que se verifique el acto de la venta con toda legalidad y justicia, es necesario que se halle inspeccionado por la autoridad pública y sujeto á ciertas reglas para evitar todo fraude ó abuso.

226. En su consecuencia, dispone la ley de Enjuiciamiento en su artículo 1374, que *para anunciar cualquiera subasta judicial deberá acreditarse por el que la verifique:*

1.º *Que le pertenece lo que sea objeto de ella*, porque si no se acreditase este extremo, podria venderse una cosa de otro, causando al comprador los perjuicios consiguientes á la revindicacion de la misma que hiciere su dueño verdadero. Puede tambien pedir la subasta una persona, cuando aunque no le pertenezca lo que sea objeto de ella, esté facultado para este acto por aquel á quien pertenecia ó la pida á su nombre, segun la ley; así por ejemplo, podrá el albacea pedir la subasta de los bienes pertenecientes á la herencia, si le faculta para ello el tasador, y el marido la de los bienes de su mujer á nombre de esta, sobre que no hubiere prohibicion legal.

Para esta justificacion que requiere la ley, bastará que presente el que pide la subasta un título justo con las solemnidades y requisitos que requiere el derecho y con el que se acredite haber adquirido legalmente el objeto que trata de enagenar; v. gr., una escritura pública de compra autorizada por el escribano público competente y firmada por los testigos que exige la ley, ó una escritura de donacion ó un testamento en forma en que se le hubiese dejado aquel objeto por herencia ó legado.

2.º *Que se halle* (el que pide la subasta) *en la libre administracion de sus bienes*, esto es, que tenga libre facultad de disponer de ella, como dice el señor Laserna en sus *Motivos de la ley*, para evitar sin duda que se entendiera que puede pedir la subasta de ciertos bienes el que tiene su simple administracion, pero sin poder disponer de ellos, como, por ejemplo, el padre que tiene la administracion de los bienes adventicios, y sin embargo, no puede venderlos si no militare la necesidad de verificarlo y ser útil la venta al hijo. No se entenderá tampoco que tiene facultad para disponer de lo que es objeto de la subasta, el que tiene prohibicion de hacerlo relativamente á ciertas personas. Así, hallándose prohibido al hijo de familia, constituido en la patria potestad verificar con sus padres y á estos respecto de sus hijos, contrato de compra ó venta, si no versa este sobre los bienes castrense ó cuasi castrense, ni respecto de las demás personas estrañas, verificar contrato alguno sin licencia de sus padres, segun la ley 17, tít. 1.º, lib. 10 de la Nov. Recop., no podrán solicitar la subasta para la venta de dichos bienes respectivamente. Asimismo, el concursado á quien se haya prohibido la libre administracion de sus bienes, no puede enagenarlos á pesar de pertenecerle su dominio, ni por consiguiente pedir la subasta, sin el consentimiento de los acreedores. Los que tienen inhabilidad absoluta para disponer de sus bienes, como los dementes, fátuos, pródigos, es claro que no podrán pedir la subasta de ellos, sino sus curadores, con la justificacion y con los requisitos que requieren las leyes. V. el título 15 de este libro, y el título 47

del libro 2.º del Febrero Reformado por los señores Goyena, Aguirre y Montalban.

A los requisitos que espresa el art. 1374 de la ley, debe agregarse tambien el de que el objeto cuya subasta se solicita no pertenezca á la clase de aquellos cuya enagenacion se halla prohibida por las leyes; v. gr. no sea litigioso, ó nocivo, ó público, etc. V. el lit. citado del Febrero, núm. 3236.

Esta circunstancia resultará de la determinacion de la cosa que trata de enagenarse, la cual deberá hacerse en el escrito en que se solicitare la subasta, espresando si es mueble, su denominacion, especie, calidad y cantidad, y si inmueble, sus linderos, cabida y demás circunstancias que la distinguan.

Deberá espresarse asimismo las condiciones que el solicitante juzgare conveniente proponer relativas, tanto á la forma de hacerse la subasta, como á la enagenacion de aquel objeto, porque el verificarse esta con intervencion judicial no limita los derechos que tiene como dueño en la cosa para disponer de ella con las restricciones que juzgare conveniente, y que sean conformes á las leyes, ni quita al contrato su carácter de consensual, ni en su consecuencia, las obligaciones recíprocas que de él emanan respecto del vendedor y del comprador, tales como el quedar obligado el primero á la eviccion, y el segundo á la satisfaccion del precio convenido, y ambos asimismo, á las responsabilidades especiales de los pactos en que consintieron, segun todo se deduce del art. 1373 que esponemos mas adelante.

227. La solicitud de la subasta puede presentarse ante cualquiera juez de primera instancia, puesto que la ley de Enjuiciamiento no designa que deba acudirse ante el juez de un partido ó distrito determinado, y que uno de los individuos que la redactaron, el señor Laserna, dice en su Tratado de procedimientos, que la competencia del juez pende del arbitrio del que hace la pretension. Sin embargo, lo mas conveniente, para evitar fraudes, será acudir al del distrito donde se halle situado el inmueble que es objeto de ella.

228. *Acreditados los extremos indicados en el art. 1374, el juez accederá al anuncio de la subasta en la forma y bajo las condiciones que propusiere el que la haya solicitado:* art. 1373, lo cual se entiende siempre que dichas condiciones sean conformes á derecho, pues si versasen sobre puntos reprobados por las leyes, el juez deberá negarse á proceder á la subasta. Como esta subasta es voluntaria, dependen sus condiciones de la voluntad del que la solicita, y el juez debe prestar su proteccion é interponer su autoridad en todo lo que sea conforme á las leyes. En su consecuencia, no tendrá que atenerse el que pide la subasta á las formalidades ó procedimientos que establece la ley de Enjuiciamiento para la via de apremio en el juicio ejecutivo ó para la venta de bienes del concursado, sino que podrá proponer la forma en que ha de efectuarse la subasta, v. gr. el dia en que ha de tener lugar el remate, el plazo para hacer las posturas, y asimismo las condiciones de la venta, como la designacion del precio y la especie y plazo en que ha de satisfacerse.

229. Sin embargo, como de dejar la ley al que solicita la subasta en-

tera libertad para determinar la forma y condiciones con que ha de celebrarse, podria dar ocasion á que esta se dificultara por imponer el solicitante, ya por ignorancia ó codicia, condiciones embarazosas ó que no produjuran resultado alguno, hasta el punto de ocuparen actos repetidos é inútiles á la autoridad judicial mas de lo que comprende el deber de proteccion que debe dispensar á los particulares, y asimismo, haciendo perder el tiempo á los que de buena fe acudieran á hacer licitaciones á la subasta, ha puesto la ley ciertas limitaciones en los remates de las subastas voluntarias.

230. En su consecuencia, dispone en su art. 1376 que *si no hubiere postor en el primer remate* ó lo hubiere en menor cantidad que la designada por el que pidió la subasta, y este no quiere verificar la venta, aun cuando cubriera las dos terceras partes de la suma señalada, pues no está obligado el solicitante á efectuar la venta por dichas dos terceras partes en estas subastas, como lo está en el primer remate de las subastas necesarias el actor interesado en ellas, segun se vé en el art. 986 de la ley de Enjuiciamiento, *podrá anunciarse nueva subasta*, si el que la pidió insistiere en que se celebrase otra, pero *con prevencion* que deberá hacer el juez, *de que en el segundo remate se admitirán las posturas que lleguen al límite que deberá previamente fijar el que aspire á la venta*, fijacion precisa en este segundo remate, y podrá fijar el mismo precio que para el primer remate, ó otro menor.

Cuando la falta de licitadores provenga de las condiciones que ha fijado el enagenante, independientes del precio, deberá tambien para el segundo remate permitírsele que las modifique, suprima ó proponga otras mas aceptables, lo que se anunciará debidamente.

231. *En este segundo remate será obligatorio al enagenante admitir las posturas que se hayan hecho dentro del límite fijado por él:* art. 1377, esto es, las posturas mayores ó mas ventajosas; sin que pueda admitir las que fueran menores con preferencia á aquellas, como puede hacer en un contrato meramente privado, porque asi se causaron ya molestias y á veces perjuicios á los licitadores en el hecho de acudir al remate público, y no es justo defraudar las legítimas esperanzas del que ofreció mayores posturas ó ventajas al enagenante. Habiendo, pues, estas posturas, el juez declarará rematados los bienes á favor de dicho postor, haciéndole la adjudicacion de los mismos.

232. *Si en este segundo remate no hubiere postor, el interesado quedará en libertad para hacer lo que crea conveniente: sin que pueda accederse á tercera subasta:* art. 1378, por las razones que hemos dicho de no distraer á la autoridad judicial ni á los particulares licitadores con mas actos de subastas que no dan resultado alguno.

233. Mas como pudieran suscitarse cuestiones entre los interesados en la subasta, sobre los derechos ú obligaciones respectivas provenientes de ella, y estas constituyan un asunto de carácter contencioso, del cual no puede conocer el juez en el acto de jurisdiccion voluntaria á que pertenece el de las subastas de que tratamos, tendrá que procederse al juicio contencioso que corresponda, suspendiéndose los efectos del remate hasta que re-

caiga ejecutoria en este. Y por eso dispone la ley en su art. 1379, que cualesquiera cuestiones que, ya entre el que haya promovido la subasta y los postores, ya entre el mismo y terceros interesados, ya entre los postores se susciten, se sustanciarán en la forma que corresponda, con arreglo á las prescripciones de esta ley y segun su índole y naturaleza. Podrán suscitarse cuestiones entre el enagenante y los postores que den lugar al juicio contencioso, ya por no juzgar estos suficientemente acreditado el dominio del objeto que se vende por los títulos que aquel presentó, ó no creer bastante determinado éste, ó no corresponder, si fuese una finca, su cabida y linderos á los designados, etc. Podrá haberlas entre el enagenante y terceros interesados, ya por creerse perjudicados en algún derecho los dueños de los terrenos colidantes con el que se enagena, ó por presentarse terceros opositores, alegando pertenecerles este ó tener en él algún derecho que impida la enagenacion. Y finalmente, podrá suscitarse cuestion entre los mismos postores, sobre los límites y demás cosas que corresponden á los bienes que se remataron á favor de cada uno. V. los comentarios á este título de la ley de Enjuiciamiento del señor Hernandez de la Rúa.

TITULO XI.

Del modo de elevar á escritura pública el testamento hecho de palabra.

234. Sabido es por nuestro Derecho civil, se permite al testador hacer testamento de palabra ó nuncupativo, que tambien se llama abierto, no solamente reduciéndolo desde luego á escritura pública, sino tambien espresando ante escribano público y testigos, ó ante estos solo, cuál es su voluntad de viva voz ó de palabra, ó bien leyéndoles alguna cédula en que la ha consignado por escrito, pero sin reducir desde luego la espresion de su voluntad, á escritura pública, pues no es de esencia este requisito para la validez del acto. Véanse las leyes, entre otras, 1.^a, tit. 4.^o, Part. 6.^a y 1.^a tit. 18, lib. 10. Nov. Recop., y la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1861. Sin embargo, para evitar que no pueda hacerse constar los particulares ó la voluntad que espresó el testador, por falta de memoria de las personas á quienes la manifestó, ó por llegar á fallecer alguna de ellas, cuando fuere necesario para adquirir el dominio de lo que se dejó en el testamento y para los demás efectos de aquel, se reduce posteriormente el testamento á escritura pública. No basta para ello acudir al escribano público, aun cuando se hubiere testado á presencia de éste, pues para evitar los abusos y amaños á que puede dar ocasion el no haberse consignado desde luego en escritura pública la voluntad del testador, se ha creído necesaria la intervencion judicial, como quiera tambien que ha de

procederse á tomarse la declaracion en forma á los testigos presenciales y á la identificacion de sus personas, etc.

235. *El testamento hecho de palabra podrá elevarse á escritura pública á instancia de parte legitima:* art. 1380, pues el respeto que se debe á las últimas voluntades y la conveniencia de no divulgarse estas, sino cuando hubiere alguno que se hallase interesado en ello legítimamente, aconseja que no pueda procederse á esta diligencia á instancia de persona que no tenga ésta interés ni legitimidad ó derecho á pedirla.

236. Para evitar toda mala inteligencia acerca de las personas que deben considerarse con esta legitimidad, espresa la ley en su art. 1380, que *se entiende ser parte legitima para los efectos del artículo anterior:*

1.^o *El que tuviere interés en el testamento*, tales como los herederos, entendiéndose por éstos, no solamente los nombrados en el testamento, sino tambien los herederos legítimos ó á quienes hubiera ido la herencia á falta de testamentarios, pues así como los primeros tienen interés en el testamento para que se les dé lo que en él se les dejó, lo tienen los segundos para ver si es válido, puesto que de no serlo, pueden pedir su nulidad y que se les difiera la herencia como herederos abintestato, asimismo, los hijos desheredados, porque pueden haberlo sido injustamente, y en tal caso tienen interés en que así resulte, para pedir la parte en que se les priva de la herencia, igualmente los sustitutos hereditarios, los fideicomisarios, los mejorados, los legatarios, los acreedores hereditarios, esto es, aquellos á quienes el testador debiera alguna cantidad, la mujer por su mitad de gananciales y por la restitucion de su dote, el marido por el capital que aportó al matrimonio y por la mitad de gananciales, y todas las demás personas que tuvieren interés en la herencia.

2.^o *El que hubiere recibido en el testamento cualquier encargo del testador*, como los herederos fiduciarios, ó á quienes se confia la entrega de la herencia á la persona que señala aquel, los albaceas ó testamentarios encargados del cumplimiento total ó parcial de las disposiciones testamentarias y los contadores ó partidores que deben distribuir la herencia con arreglo á las leyes entre los herederos nombrados, pues aunque estos no representan al testador tan inmediatamente como aquellos, tienen derecho á pedir se eleve á escritura pública el testamento, como consigna el señor Latorre en sus *Motivos de la Ley*.

3.^o *El que con arreglo á las leyes pueda representar sin poder á cualquiera de los que se encuentren en los casos que se espresan en los párrafos anteriores*, tales son, el padre respecto de los hijos que tiene en su potestad, el marido respecto de su mujer, el tutor por los pupilos que estuvieren á su cargo y el curador por los menores é incapacitados, pues estas personas son las que pueden representar por la ley á los que están bajo su dependencia, sin *necesidad de poder*, como dice el art. 1381, para dar á entender que no se refiere á los procuradores que necesitan poder general ó especial para gestionar en nombre de otro. Las personas mencionadas, al pedir que se eleve el testamento á escritura pública, no obran por sí sino á