

y 78; Menochio, Concil. 94, número 24. Ciriaco. controver. 444, números 7, 25, 55, 82 y 88; Anton. Fab. de Errorib. Pramm. Part. 5, decad. 69, error 5; Gracian. tomo 5, discep. for. cap. 977, números 44, 48 y 49, Cart. Lib. 4, controver. cap. 21, número 72; Covar. Cap. cum tibi, de Testamento número 6.

268. Sin embargo, varios de nuestros espositores, entre ellos, el célebre Matienzo, en su Comentario á la ley 1, tit. 4, lib. 5 de la Nov. Recop. sostienen el modo de espresar las últimas voluntades en memorias testamentarias, si bien limitándolo al caso en que no se hiciere en ellas institucion de heredero ni se pusieren condiciones al instituido; la práctica las adoptó con generalidad, y últimamente, ha ratificado y autorizado esta práctica, convirtiéndola en jurisprudencia, el Tribunal Supremo de Justicia. Y en efecto, háse consignado por este Tribunal, que las memorias testamentarias son válidas cuando se encuentran y están en la misma forma que resulta del testamento, por no haber ley que las prohíba y estar autorizadas por la práctica: sentencia de 12 de junio de 1850; que para que sea válida una memoria testamentaria, debe como requisito esencial, haberse hecho mención de ella en el testamento á que se refiere: sentencia de 7 de octubre de 1854: que cuando en el poder para testar, no se dé para instituir heredero de la manera que puede darse, segun la ley recopilada, sino que se hace una institucion directa, que escluye hasta la posibilidad de semejante poder, es un verdadero testamento aunque se refiera á una memoria testamentaria en cuanto al nombre de la persona instituida, puesto que esta designacion de nombre puede hacerse con referencia á una memoria testamentaria, porque la práctica lo tiene recibido así, aplicando á las memorias lo que dispone la ley 8, tit. 3, Part. 6, sobre que pueda hacerse esta designacion en los codicilos: sentencia de 30 de enero de 1856; que las memorias testamentarias que contienen las circunstancias prevenidas por el testador, son válidas aunque no se hallen firmadas por este, y forman parte integrante del testamento á que se refieren, conforme á lo que estaba autorizado por la práctica y tiene establecida la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, de acuerdo con las leyes, por cuya razon, y con arreglo á la ley 22, tit. 1, Part. 6, una disposicion testamentaria solemne con cláusula derogatoria ó *ad cautelam*, queda invalidada por el testamento posterior igualmente solemne que la revoca, si en la memoria testamentaria que forma parte integrante del mismo, se reproducen literalmente á este fin las palabras de dicha cláusula derogatoria: sentencia de 19 de octubre de 1861: que la jurisprudencia constante y la nueva ley de Enjuiciamiento civil, han reconocido el valor y eficacia de las memorias testamentarias, cuando reúnen las circunstancias designadas por los testadores para acreditar su identidad, ó por otro medio de prueba su exactitud y la conformidad de sus disposiciones con la voluntad de los que las dictaron; que aunque el testador solo hable en su testamento de una memoria y despues se halle mayor número de ellas, son válidas todas y deben considerarse como la continuacion de la única indicada en el testamento, siempre que su contesto así lo revele, haya entre ellas, co-

nexion y enlace, hubieran ocurrido hechos que hicieren necesarias las posteriores, sea una misma la forma de redaccion en todas, estén las mas escritas sin ningun epigrafe ó con la advertencia de que son notas, ó concurra cualquier otra circunstancia que indique que la mente del testador no fue otra que continuar la memoria de que habia hecho referencia en su testamento, y que debiendo reputarse todas como una sola, la voluntad del testador ha de buscarse en todas ellas: Sentencia de 28 de enero de 1862.

Admitida, pues, esta manera de espresar las últimas voluntades, á pesar de los inconvenientes que ofrece, y reconocida por la ley de Enjuiciamiento civil la necesidad de darle el carácter de escritura pública, previene en su art. 1298, que *si hubiere memoria testamentaria, se estenderá diligencia espresiva de la persona que la haya presentado ó en poder de quien haya sido hallada, de su estado, y de si hay en ella señales que en el testamento se hayan consignado para darla á conocer*; pues segun hemos dicho estas son las únicas circunstancias que se requieren para su validez.

269. *Hallándose en la memoria las señales referidas en el artículo anterior, se mandará protocolizar juntamente con el testamento, como que se considera que forma parte de él*: art. 1399. En su consecuencia, *la protocolizacion de estas memorias se hará en el registro del escribano en que se protocoliza el testamento*: art. 1400 ya espuesto, que corrige la práctica anterior de protocolizarse en el registro del escribano, por cuya escribania se solicitaba la protocolizacion.

TITULO XIV.

De la venta de bienes de menores é incapacitados, y transacion sobre sus derechos.

Venta de bienes de menores é incapacitados.

270. Solicitas nuestras leyes, á imitacion de las romanas, de atender á que no se disminuya el patrimonio de las personas, que por causa de su menor edad ó incapacidad, tienen sus bienes bajo la administracion y guarda de sus tutores ó curadores, prohibieron enagenar ni hipotecar en general los bienes raices de aquellos, prohibicion que estendieron los intérpretes siguiendo el decreto romano, á los bienes preciosos. Solamente podia verificarse su enagenacion por causa de utilidad ó necesidad de los menores respecto de ella, prévia la debida informacion de que resultare esta causa, y aun entonces verificando la venta con autorizacion ú otorgamiento del juez del lugar y en subasta pública, para evitar á los menores todo fraude y perjuicio en aquel acto. Véase las leyes 60, tit. 18, Part. 3; 14, tit. 11, Part. 4; 4, titulos 5 y 8, tit. 13, Part. 5; 18, tit. 16, Part. 6 y 1, tit. 12, lib. 10, Nov. Recop. Véase tambien la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia

de 2 de diciembre de 1862, en que se declara, que la ley 60, tit. 18, Partida 5, comprende un precepto general y absoluto, segun el cual, no se pueden enagenar las cosas raices de los menores ni aun para pagar deudas ó con gran utilidad de los mismos, sin licencia ú otorgamiento del juez del lugar, requisito del cual no dispensan las leyes á los albaceas, segun tiene declarado el Tribunal Supremo.

271. La nueva ley de Enjuiciamiento ha adoptado estas disposiciones con mas estension y amplitud, resolviendo las dudas que sobre ellas se suscitaban.

272. Asi pues, establece en su art. 1401, que *será necesaria licencia judicial para la venta de bienes de menores é incapacitados, que correspondan á las clases siguientes:*

1.º *Bienes raices*, los cuales enumera la ley en primer lugar, por ser por lo comun, los de mas valor é importancia.

2.º *Derechos de todas clases*, esto es, bien sean en la cosa ó reales, como los censos, servidumbres, etc., derechos que se han considerado como bienes inmuebles, por razon de su objeto por los intérpretes, bien sean los derechos personales, ó á la cosa, como el título que constituye una obligacion á pagar una cantidad ó á hacer una cosa, por los graves perjuicios que puede irrogar la enagenacion de unos y otros.

3.º *Alhajas de plata, oro y piedras preciosas*, en cuya determinacion creemos debe comprenderse aqui la consignada en el Diccionario de la lengua de la Academia Española, á saber: un adorno *precioso* ó de *mucho valor* ó *estimacion*, y no la espuesta en la Enciclopedia de derecho, esto es, cualquier mueble de uso doméstico ó personal, estimable por su materia ó por su forma aunque sea de escaso valor, pues estos objetos se hallan incluidos en el número 4 de este artículo de la ley de Enjuiciamiento.

4.º *Bienes inmuebles*, esto es, que no sean por su naturaleza raices, pues estos se hallan comprendidos en el número primero, de este artículo. Tampoco pueden enagenarse sin licencia judicial los bienes de menores ó incapacitados, que segun dice este número, consistan en *muebles* ó *semovientes de valor, que puedan conservarse sin menoscabo*. Esta determinacion es análoga á la que hacia el derecho romano de los bienes preciosos pertenecientes á menores, y cuya enagenacion estaba prohibida en general, pues requería que pudieran conservarse con solo guardarlos y no pereciesen con el tiempo, si bien estaban, por ejemplo, el oro, plata ó piedras preciosas; mas los intérpres, entre ellos Febreró, en el tomo 2, cap. 28, número 57, añadian, despues de definir los muebles preciosos como en derecho romano, que se estimaban tales, los que guardándose podían conservarse mas de tres años. La ley de Enjuiciamiento, sin embargo, no establece ninguna limitacion de tiempo, pues al parecer atiende principalmente á que por su valor pueda su venta hecha sin la informacion de utilidad ó necesidad y sin la intervencion del juez, irrogar perjuicios á los menores ó incapacitados. Véase lo que esponemos en el número 274.

273. *Para decretar el juez la venta de bienes de menores ó incapaci-*

dos, esto es, para obtener la licencia judicial para dicha venta se necesita:

1.º *Que la pida por escrito el tutor del menor ó esté asistido de su curador*, disposicion que es una consecuencia de lo establecido por el derecho sobre los contratos de los menores, á saber, que el que salió de la infancia necesite, para quedar obligado, que interponga el tutor su autoridad y si salió de la edad pupilar, pueda obligarse con el consentimiento ó asistencia del curador. Véase las leyes 4 y 5, tit. 11, Part. 5, y la 17, tit. 16, y 2, tit. 19, Part. 6. Si se trata de la venta de bienes de un incapacitado, la pedirá tambien el curador de este, por reputarse menor á causa de su estado.

2.º *Que se expresen el motivo de la enagenacion y el objeto á que deba aplicarse la suma que se obtenga*, para que el juez pueda apreciar si se procede á la venta por causa de necesidad, y si redunde en utilidad de los menores ó incapacitados; segun la aplicacion que se haga del precio. No especifica la nueva ley las causas ó motivos que considera como justos para enagenar, sin duda porque pueden ser numerosos. Sin embargo, las leyes de Partida enunciaban algunos que pueden servir de ejemplo y de guia para otros análogos. Asi, la 18, tit. 16, Part. 6, al prohibir al guardador dar, vender ni enagenar ninguna de las cosas del huérfano «que sea raiz, añade, «*fuera ende si lo ficiere por pagar las debdas que hubiere dejado el padre del huérfano, ó por casar algunas de las hermanas del mozo, ó por casamiento del mismo, ó por otra razon derecha que lo oviere de hacer, non lo pudiendo escusar en ninguna manera:*» y la ley 60, tit. 18, Part. 6, dice, que las cosas de los huérfanos, que son raiz non se puedan enagenar ligeramente, fueras ende por debda ó por grand pro del huérfano, y en el formulario que contiene esta ley de dicha clase de ventas, pone como ejemplo de la causa porque se hacia, el gravar al huérfano alguna deuda, «e porque el menor non pudiere caer en daño e oviese á pechar pena que fuere puesta sobre ella ó plazo sabido, ó porque gela demandaban muy afincadamente,» y al fin añade, *ó si el huérfano ha alguna cosa de que se non aproveche mucho ó el guardador la vende por comprar otra de que se aproveche mas.*» Véase pues, por las cláusulas de estas dos leyes, puestas en cursiva, que será justa causa para la venta de bienes de menores, todo aquello que les librase de un gravamen de importancia ó les reportase utilidad ó beneficio atendible. Debe tenerse presente, que el Tribunal Supremo de Justicia ha declarado por sentencia de 11 de marzo de 1861, que las palabras de la ley 18, tit. 16, Part. 6, que dice, «ó por otra razon derecha que lo oviese de hacer,» se esplican por la 60 tit. 18, Part. 5, que dice: «*fueras ende por debda ó por grand pro de los huérfanos.*» Además la ley 4, tit. 5, Part. 5 declara: que los guardadores no deben enagenar las cosas de los huérfanos «*fueras ende cuando les fuese tan grand menester que non podrian al hacer ó por grand pro de ellos.*» Y segun la ley 14, tit. 11, Part. 4, no puede la mujer menor de 25 años, dar dote de cosa raiz á su marido, aunque tuviese guardador, por sí misma sin licencia del juez.

3.º *Que se justifiquen la necesidad ó utilidad de la enegacion*, esto es,

cualquiera de estos dos extremos, sin que sea necesario justificar ambos, lo cual es conforme á las disposiciones de Partida citadas.

4.º *Que se oiga sobre ello al curador para pleitos del menor, si lo tuviere nombrado con anterioridad, ó si no tuviese interés en la enagenacion contrario al del menor, y en su defecto al promotor fiscal del juzgado:* artículo 1402. Esta audiencia se verifica despues de hecha la justificacion anterior, segun espresa el artículo siguiente. El dictámen del curador ó promotor podrá versar sobre la verdad ó inexactitud de la causa de necesidad ó utilidad que se alegare, y sobre la suficiencia ó insuficiencia de la prueba documental, testifical ú otra de las reconocidas por derecho con que se hiciera la justificacion. Se da aquí audiencia al promotor en defecto de tutor, á semejanza de lo dispuesto en los arts. 1240 y 1275 para casos análogos, en que se trata de evitar que se irroge perjuicio á los menores, y por razones que espusimos al explicar estos artículos. La audiencia del curador para pleitos ó del promotor fiscal, tiene por objeto impedir que los tutores ó curadores para bienes, verifiquen la enagenacion de los de menores con miras ó por interés particular suyo.

274. Hecha, pues, la solicitud para que se conceda la autorizacion judicial para la enagenacion, con la espresion de la causa que la motive y el objeto á que va á aplicarse la suma que se obtenga, acompañando los documentos que la justifiquen, ú ofreciendo informacion de testigos, el juez la admitirá y procederá á practicar esta; y *dada la justificacion y evacuada la audiencia del curador á promotor en su caso*, en virtud del traslado que de aquellas deberá dárselas, *el juez traerá los autos á la vista*, esto es, llamará el expediente para examinarle y determinar segun lo que de él resultare, lo que crea justo, y *otorgará ó negará la autorizacion para la venta*, segun sea ó no exacto y suficiente el motivo que se alega, pudiendo, si se pidió la venta de varios objetos ó de uno divisible, para atender á una necesidad menor de la que se alegaba, otorgar la autorizacion para la venta de los necesarios á prever á esta y negarla respecto de los demás.

La ley 18, tit. 16, Part. 6 prescribe, que el juez no debe consentir que la casa que fue del padre ó del abuelo del huérfano y en que nació éste, se enagene en ninguna manera, pudiéndolo escusar. La nueva ley de Enjuiciamiento no dice nada sobre esto; pero no obstante, deberá el juez para la venta de aquella finca, examinar con mas detenimiento y rigor la causa que se alega, y exigir justificacion mas amplia de ella, si es que no puede persuadir al solicitante que enagene otra cosa en su lugar.

275. *La providencia que sobre la autorizacion se dictare, es apelable en ambos efectos:* art. 1404, disposicion que es una consecuencia y rectificacion de las prescritas en general en los reglas 10, 11 y 13 del art. 1208 de la ley, para los actos de jurisdiccion voluntaria, sobre que de las providencias que dictare el juez de primera instancia, se admitan para ante la Audiencia del territorio las apelaciones que se interpongan, debiendo admitirse siempre libremente y en ambos efectos, al que hubiere promovido el expediente, que en este caso será el tutor ó curador de bienes del menor ó

incapacitado y en un solo efecto, las que interpusieren los que han venido al mismo expediente, ó llamados por el juez ó para oponerse á la solicitud, que aquí serán el curador de bienes ó el promotor. En el art. 1404 se establece, para el caso de que tratamos y respecto de estas dos clases de apelantes, que se admita la apelacion en ambos efectos, disposicion que en verdad tiene mayor aplicacion respecto del curador ó promotor que se oponen á la solicitud, puesto que se supone que han de apelar cuando se concediere la enagenacion, y entonces cabe el efecto suspensivo, para que no se realice aquella, que no respecto del tutor ó curador del menor que piden la enagenacion, puesto que se supone han de apelar cuando se les negare aquella, y entonces, no habiendo nada que ejecutar, no hay que suspender acto alguno. La Audiencia entenderá de esta clase de apelaciones por los límites establecidos para las de providencias interlocutorias, segun se prescribe en la regla 13 del art. 1208.

276. *La autorizacion se concederá en todo caso bajo la condicion de haberse de ejecutar la venta en pública subasta, y previo evalúo por peritos si se tratare de bienes inmuebles ó raices:* art. 1405; con el objeto de que habiendo licitacion, se saque todo el partido ó mayor precio posible en beneficio del menor ó incapacitado, puesto que nunca deberá verificarse la enagenacion por menos precio que el que se hubiese valuado. La cláusula final de este artículo, *si se tratare de bienes inmuebles*, á que deberá agregarse «ó raices,» se refiere especialmente á la circunstancia de haber de efectuarse la venta en pública subasta, mas bien que á la de valuarse previamente los bienes, puesto que no hay razon equitativa para que deje de verificarse el evalúo de alhajas y demás bienes muebles cuando se tratase de la venta de estos, á no que lo tuvieren ya establecido en el mercado ó papeles oficiales, doctrina que sienta uno de los redactores de la ley, el señor Laserna.

277. *El nombramiento de peritos para el evalúo se hará siempre por el juez:* art. 1406; y no como en las subastas voluntarias por el dueño de los bienes, porque aquí no es el menor ó incapacitado propiamente el que lo haria, si no su tutor ó curador, á quienes precisamente tiene por objeto la ley en este expediente poner cortapisas, para evitar los abusos que por parte de ellos podrian cometerse, si tenian algun interés en que se hiciera la venta de los bienes por menos precio de lo que valian. Puesto que aquí se confia en que el juez concederá ó negará la autorizacion con arreglo á equidad y derecho, debe tambien confiarse en que procederá en el nombramiento de peritos con toda justicia.

278. *En el remate no podrá hacerse baja ninguna del valor que los peritos hayan dado á lo que se trate de vender:* art. 1406; como puede verificarse en las subastas voluntarias, aun cuando la rebaja no escediere de una tercera parte, y aun cuando consintieren en ello el tutor ó curador, como se verifica en las subastas voluntarias cuando se aviene á ello el dueño de los bienes; pues ya hemos dicho que aquí el menor ó incapacitado no tienen en rigor personalidad íntegra por su falta de edad, sin que en esta

parte pueda suplirla el tutor ó curador, porque pueden tener interés en que se verifique la venta de lo que es objeto de ella por menos de lo que vale.

279. Mas como pudiera acontecer que por juzgar subido el precio asignado los concurrentes al remate, ó por otra causa, no llegase ninguno á ofrecerlo, para evitar á los menores ó incapacitados los perjuicios que pudieran irrogárseles de no efectuarse la venta, establece el art. 1407, que *si no hubiere postor en la primera subasta, podrá verificarse nuevo evaluo* (esto es, si el juez creyere que el no haber habido postores en la primera subasta, fue por lo elevado del precio y que no se presentaran tampoco en el segundo, si no se rebaja; pues si aquel se dejó de efectuarse por otra causa y se espera que se presenten en el segundo postores, á pesar del primer evaluo, no está obligado el juez á verificar segundo) y *abrirse nuevo remate. Lo mismo se hará si en esta segunda subasta ó en cualesquiera otras que puedan hacerse no se presentaren licitadores:* art. 1407.

280. *Si se tratare de bienes que no sean inmuebles*, esto es, de alhajas ó bienes muebles ó semovientes, *deberá ejecutarse la venta de ellos con las solemnidades posibles y que sean de costumbre en la localidad en que haya de verificarse:* art. 1408; con el objeto de darle toda la publicidad posible y de procurar compradores. No requiere la ley que dicha venta se verifique en pública subasta, porque los gastos consiguientes á las diligencias necesarias para esta pudieran ser excesivos ó gravosos comparativamente con el valor que suelen tener aquellos bienes. Aunque nada dice aquí la ley sobre el evaluo de ellos, es opinion general entre los intérpretes que deberá verificarse, especialmente, si son de valor, segun dijimos al explicar el artículo 1405.

281. *Hecha la venta, cuidará el juez bajo su responsabilidad de que se dé al precio que se haya obtenido la aplicacion indicada al solicitar la autorizacion para ella:* art. 1409, puesto que esta aplicacion del precio es una consecuencia de tenerse que pedir la venta para un objeto determinado, á saber: para cubrir una necesidad, ó reportar un beneficio. Y por eso dice la ley 60, tít. 18. Part. 3, que cuando se vendan los referidos bienes para pagar deudas, se espresase en la escritura de venta que se verificó dicho pago, y si se vendió una cosa del menor que le procure poca utilidad para comprar otra que le sea mas útil, se espresase en las dos escrituras de compra y venta esta circunstancia, bajo nulidad.

282. La disposicion del art. 1209 es correlativa á la 2 del tít. 1272, sobre que el juez al examinar el registro en que se ponga testimonio de todos los discernimientos que se hicieren del cargo de tutor ó curador para los bienes, procuren que si hubiere alguna suma depositada para darle destino determinado, que tenga este cumplido efecto. La responsabilidad que aqui se impone al juez, será la relativa á los daños y perjuicios que se irrogaren al huérfano ó incapacitado, por no haberse aplicado el precio al objeto que se espresó.

283. *El precio se entregará, mientras se le dá la aplicacion correspon-*

diente al tutor ó curador, si estuvieren relevados de fianza ó si las que tienen prestadas, son suficientes para responder de él: § 1.º del art. 1410, porque en tales casos no hay motivo para sospechar que puedan distraer dicho precio en perjuicio del menor ó incapacitado. Bastará para la entrega del precio al tutor ó curador relevados de fianza, que esta relevacion se haya efectuado por el padre que los nombró en el testamento tutores ó curadores, segun lo prescrito en los art. 1219 y 1231; mas si se hizo por la madre, ó por un estraño que instituyó heredero al menor ó le dejó manda de importancia, conforme á los arts. 1221, 1233 y 1234, no bastará dicha relevacion de fianzas para entregarles aquel precio, si el juez por juzgar que las personas nombradas no ofrecen las garantías suficientes para que se estime asegurado el caudal que haya de entregárseles, les hubiere exigido que afianzasen, segun le facultan los arts. 1223 y 1233. Téngase tambien presente lo dispuesto en la regla 5.ª del art. 1272 y lo declarado por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 10 de marzo de 1838, sobre la obligacion de los guardadores á hacer reeditar los bienes de las personas á quienes tienen en guarda.

284. *En otro caso*, esto es, si no hubieren sido relevados de fianzas, los tutores ó curadores, ó si no las prestaron suficientes, *se depositará el precio mencionado en el establecimiento público en que deben constituirse los depósitos judiciales:* § 2.º del art. 1410, á no ser que prestaran fianza, suficiente para responder de dicho precio.

285. Verificándose la venta de bienes de menores, sin los requisitos y solemnidades espuestas, son nulas y de ningun valor ni efecto; mas sin embargo, se ha declarado por el Tribunal Supremo de Justicia, que son válidas las ventas de bienes raices hechas por menores de edad, cuando fingen ser mayores de 25 años, y por las circunstancias de estar próximos á esta edad, ser casados y tener la administracion de sus bienes ú otras especiales que en los mismos concurren, pueden creer los que intervienen en el contrato que son mayores de edad: Sentencia de 1.º de mayo de 1860.

286. Finalmente, debemos advertir, que el tutor ni curador no pueden comprar pública ni secretamente las cosas de los que tienen bajo su guarda, bajo nulidad, segun dispone la ley 1.ª, tít. 12, libro 10 de la Nov. Recop.; y asimismo, que por el Código penal reformado se prohíbe á los tutores ó curadores interesarse directa ó indirectamente en cualquiera clase de contrato ú operacion en que deban intervenir por razon de su cargo y respecto de los bienes pertenecientes á sus pupilos, bajo pena de inhabilitacion temporal especial y multa del 10 al 50 por 100 del valor del interés que hubieren tomando en el negocio.

De la autorizacion para transigir sobre derechos de los menores ó incapacitados.

286. Siendo la transaccion un convenio sobre cosa dudosa y litigiosa, el cual no pueden hacer los que no pueden verificar contratos, como los menores ó incapacitados sin autoridad de sus tutores ó curadores, y siendo el

permitir á estos tutores ó curadores verificar por sí las transacciones sobre dichas cosas litigiosas pertenecientes á los menores ó incapacitados mucho mas espuesto á abusos y fraudes que la enagenacion de los bienes raices ó preciosos de aquellos, por la mayor dificultad que habria en descubrir el abuso en un convenio sobre objeto cuyo derecho á él no se hallaba bien determinado, nuestros jurisconsultos y nuestros prácticos fundados en el espíritu de las disposiciones que requieren ciertas solemnidades para la venta de bienes de menores ó incapacitados, autorizacion judicial y justificacion de existir para ella necesidad ó utilidad reconocida, han exigido para la transaccion sobre derecho de los mismos, formalidades iguales ó análogas con las modificaciones, propias de la naturaleza de los derechos.

La nueva Ley de Enjuiciamiento ha adoptado estas interpretaciones y prácticas, fijándolas y regularizándolas mayormente, y aun prescribiendo nuevas disposiciones análogas á aquel objeto.

287. Así, pues, previene en su art. 1411, que *para conceder el juez autorizacion á fin de transigir sobre derechos de menores ó incapacitados, se necesitan los mismos requisitos establecidos en el art. 1402*. En su consecuencia, deberá pedirla por escrito el tutor del menor ó éste asistido por el curador, espresando en qué consiste el derecho cuya transaccion desea verificarse, el motivo que le induce á transigir y las causas que justifiquen la necesidad ó utilidad de la transaccion. Para la mayor determinacion de estos particulares, convendrá tambien que se espresen las bases de la transaccion que se trata de llevar á efecto. El juez deberá oír tambien al curador para pleitos del menor, ó en su defecto al promotor fiscal, segun opina en su Tratado de procedimiento el señor Gomez de Laserna.

288. *Para la justificacion de la necesidad ó utilidad de la transaccion, deberá oirse á lo menos la opinion de tres letrados en ejercicio de su profesion, á los cuales se pasarán previamente todos los antecedentes necesarios para que puedan formar su juicio y emitir su dictámen en el debido conocimiento: art. 1412.*

Esta disposicion es conforme á las que requieren en todo dictámen pericial, el de aquellas personas que tienen los conocimientos necesarios ó ejercen la profesion ó arte á que se refiere el punto sobre que se les pide su parecer; pues tratándose aquí de la apreciacion de derechos de su importancia, de la mayor ó menor facilidad ó dificultad de justificarlos, y en su consecuencia, del mayor ó menor partido que se puede reportar de ellos transigiendo ó siguiendo adelante el testigo, los mejores peritos para dar el dictámen á que se refiere, son indudablemente los letrados.

289. *Estimando el juez bastantemente acreditadas la necesidad ó utilidad de la transaccion, otorgará la autorizacion para hacerla, facilitando al tutor ó curador, testimonio de su providencia, para acreditarla debidamente. Si no estimare suficiente la justificacion hecha, podrá denegarla. La providencia que dictare es en todo caso apelable libremente y en ambos efectos: art. 1413.* Esta disposicion es análoga á las de los arts. 1405 y 1404, y se funda en las mismas razones que espusimos al espciarlos.

290. Téngase presente que el documento en que consta la transaccion debe inscribirse en el registro de la propiedad, segun el art. 2 de la ley hipotecaria de 30 de julio de 1860, y que segun el art. 144, la transaccion que modifique ó destruya la eficacia de la obligacion hipotecaria anterior, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripcion nueva, de una cancelacion total ó parcial, ó de una nota marginal segun los casos.

291. Acerca del *reconocimiento á admision de la autoridad de los actos de jurisdiccion voluntaria por nuestros tribunales, efectuados por jueces extranjeros*, véase lo espuesto en los números 1885 al 1885 del lib. 3 de esta obra.

Disposiciones finales de la ley de Enjuiciamiento derogatorias de las anteriores.

292. Habiéndose propuesto el gobierno por principal objeto, al disponer que se redactara la nueva ley de Enjuiciamiento civil, y al proceder á su publicacion, ordenar y completar las leyes y reglas del Enjuiciamiento civil, restableciendo en toda su fuerza y vigor las reglas cardinales de los juicios, consignadas en nuestras antiguas leyes, introduciendo las reformas que la ciencia y la esperiencia aconsejaban, y desterrando todos los abusos introducidos en la práctica, segun se espresaba en la base primera de la ley de 14 de mayo de 1855, era una consecuencia natural, fundada en equidad y justicia prescrita por la conveniencia pública: 1.º, la derogacion de todas las disposiciones legislativas anteriores sobre procedimientos judiciales en materia civil, si habian de evitarse las numerosas cuestiones, dudas y dificultades que se hubieran suscitado de quedar vigentes estas disposiciones; y 2.º, la estension de la observancia de la nueva ley á los juzgados y tribunales de fueros especiales que no tenian ley especial para esta clase de procedimientos, y que por lo tanto se regian en general por los anteriores del fuero ordinario, puesto que derogadas estas, era natural y consiguiente que se rigiesen por la nueva ley que venia á suplirlas.

293. Fundada sin duda en estas consideraciones, ha dispuesto la ley de Enjuiciamiento, respecto del primer particular, en su art. 1415, que *queden derogadas todas las Leyes, Reales Decretos, Reglamentos, Ordenes y Fueros en que se hayan dictado reglas para el Enjuiciamiento civil.*

En su consecuencia, han quedado derogadas las leyes del Fuero Juzgo, Fuero Real, Partidas, Novísima Recopilacion, el Reglamento Provisional para administracion de justicia y cualesquier otras Leyes, Reales Decretos,

Ordenes, Fueros y demás, sobre procedimientos judiciales en materia civil.

Acerca de los *Fueros* que deben entenderse derogados por el art. 1415, no hay duda que lo están los *Fueros municipales* de pueblos ó localidades respecto de las cuales se probase hallarse usados y guardados, con arreglo á la ley 3, tit. 2, lib. 3 de la Nov. Recop. Mas en cuanto á los *Fueros generales*, de las provincias y reinos de Aragon, Navarra y Principado de Cataluña (1) pudiera haberse suscitado legítimamente la duda de si podian y debian entenderse derogados por una cláusula general, como la del artculo 1415, puesto que aunque se halla inserta en una ley que comprende un sistema completo de Enjuiciamiento, solamente hace mencion de los *Fueros*, sin especificar ninguno de aquellos que por su importancia y estension y por referirse á un sistema especial de instituciones civiles á que se hallaban adaptados los procedimientos establecidos en ellos, parecia ser necesario para que se considerasen derogados que lo fueran por una ley que tuviera este objeto, ó por lo menos, por una cláusula especial en que se especificaran dichos fueros debidamente, si se ha de atender á los rectos principios y aun á las prescripciones de derecho acerca de la abolicion ó derogacion de las disposiciones legislativas. Sin embargo, hánse entendido en la práctica derogados todos estos Fueros generales, en cuanto á las disposiciones que contienen relativas al Enjuiciamiento civil.

294. Mas la nueva ley, no solo ha derogado las disposiciones referentes á los juicios civiles, sino tambien otras, que aun cuando se aplican en estos, emanan de instituciones civiles y se fundan en ellas, y aun cuando se hallen consignadas en Fueros provinciales. Tal es, por ejemplo, el término que tienen los parientes para retraer la finca patrimonial que se vende á un extraño. Este término, segun el art. 674 de la ley de Enjuiciamiento, es de nueve dias contados desde el otorgamiento de la escritura de venta, mas segun los Fueros de Aragon y Navarra consiste en un año y un dia. Acerca de esta disposicion oral relativamente al reino de Aragon, hé aquí cómo se explicaba un ilustrado escritor en los *Anales jurídicos* publicados por la Academia juridico-práctica aragonesa, núm. 20. «La ley de procedimientos, en su art. 1415, deroga todas las leyes, reales decretos, reglamentos, órdenes y fueros en que se *hayan dictado reglas para el Enjuiciamiento*

(1) No hemos mencionado los fueros de Valencia por hallarse derogados por la ley 1, tit. 3, lib. 3, de la Nov. Recop., ó sea, por decreto de don Felipe V de 29 de junio de 1707, habiendo quedado sujeto este reino á lo dispuesto en las leyes de Castilla, derogacion que recordó el Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de 16 de marzo de 1861. Los fueros de Aragon fueron abolidos por el mismo real decreto, mas este se moderó por real cédula del mismo don Felipe V, de 3 de abril de 1711, en que dispuso, que én los negocios y pleitos civiles entre particulares, deben observarse los Fueros de Aragon, pero que en los pleitos y negocios en que el rey interviniere como parte, así como en las causas criminales ha de estarse á las leyes de Castilla. Véase la ley, 2 tit. 7, lib. 3, de la Nov. Recop. y la *Ilustracion á los cuatro procesos forales de Aragon*, del señor La Ripa, prólogo.

civil; y estas palabras dan claramente á entender que la derogacion es solo relativa á las leyes y fueros ordinarios de pleitos, cuyo objeto es la tramitacion de los mismos. Ahora bien, los fueros 4 y 5 de *Communi dividundo* no sancionan una manera de proceder, una regla de tramitacion en pleito alguno, sino que conceden un derecho civil, puramente civil, en favor de los que puedan hacer uso del beneficio de la saca. Por consiguiente, no pueden estenderse sujetos á la derogacion del art. 1415; porque no hay identidad de fines en ambas disposiciones. Esta sencilla observacion resuelve, en nuestro entender de una manera satisfactoria, la cuestion propuesta; y si contra la misma, esto es, contra nuestra opinion, parece militar la letra de la ley su espíritu la confirma y robustece eficazmente.

»A interpretarse en otro sentido los fueros que hemos citado, á creerlos ordinativos de tramitacion, único caso en que pueden tenerse por derogados, hubiéranse creído ya abolidos de muy antiguo; pues por decreto de 29 de junio de 1707, el señor don Felipe V abolió y derogó todos los fueros, privilegios, práctica y costumbre hasta entonces observada en los reinos de Aragon y Valencia, mandando que estos se redujeran á las leyes de Castilla y *al uso, práctica y forma de gobierno* que se tiene y ha tenido en ella y *en sus tribunales*. (Ley 1, tit. 3, lib. 3, Nov. Recop.) Sin embargo, los fueros 4 y 5 de *Communi dividundo* han subsistido en observancia, conforme al decreto de 3 de abril de 1711 del mismo don Felipe V, ó sea la ley 2, tit. 7, lib. 3 de la Novísima. De donde se sigue, que nuestra opinion se funda en la práctica universalmente observada, y en la interpretacion generalmente dada á las disposiciones que nos ocupan.

»Asi, pues, la ley de Enjuiciamiento civil, al enumerar entre las circunstancias de una demanda de retracto la de ser presentada dentro de nueve dias siguientes al del otorgamiento de la escritura de venta, ha tenido presente lo sancionado en el derecho civil de Castilla; pero en nuestro entender, no ha querido derogar las prescripciones forales, que tienen otro objeto, que pertenecen á otro orden de cosas.

»Creemos en su virtud, que el juez que administre justicia en territorio en que se hallen vigentes nuestros fueros, podrá admitir una demanda de retracto incoada, despues de los nueve dias marcados en la ley de Enjuiciamiento civil, con tal que se ponga dentro del término ó términos respectivos, segun los casos, que se prescriben en nuestra legislacion foral. Por las mismas razones opinamos que el art. 675 no puede hacerse lugar entre nosotros, pues no es mas que una secuela del anterior.»

Sin embargo, el Tribunal Supremo de Justicia declaró derogadas estas disposiciones forales sobre término para retraer, por la nueva ley, así como todas las de procedimiento civil consignadas en los Fueros provinciales por sentencia de 20 de octubre de 1858, dictada admitiendo un recurso de casacion, providencia por la que se admitió una demanda de retracto interpuesta segun los fueros de Navarra, pasado el término de los nueve dias que marca la ley de Enjuiciamiento. El demandante se fundaba, en que la ley 1, tit. 3, libro 3 de la Nov. Recop. de Navarra, concede un año y un dia para ejerci-