

CIÓN

CARAVANTES

PROCEDIMIENTO  
JUDICIALES

325

3

KQ525

.E8

V5

V.3

C.1

E  
346  
C



1080047644

347



**PROCEDIMIENTOS JUDICIALES**

SEGUN LA NUEVA

**LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.**

UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



6#66A140

# TRATADO HISTÓRICO, CRÍTICO FILOSÓFICO

DE LOS  
PROCEDIMIENTOS JUDICIALES EN MATERIA CIVIL,  
SEGUN LA NUEVA

## LEY DE ENJUICIAMIENTO;

CON SUS CORRESPONDIENTES FORMULARIOS,

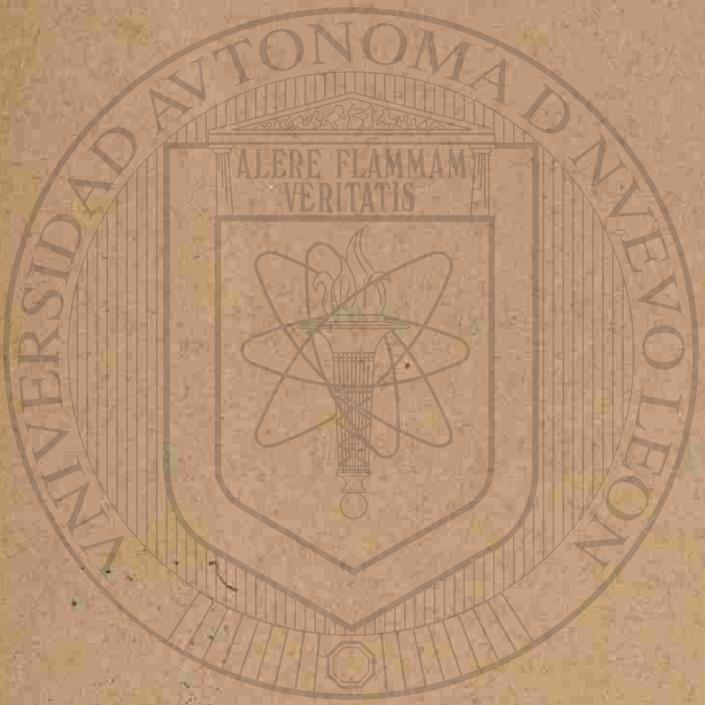
POR

**DON JOSE DE VICENTE Y CARAVANTES,**

DOCTOR EN JURISPRUDENCIA.

UANI

TOMO III.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

MADRID.

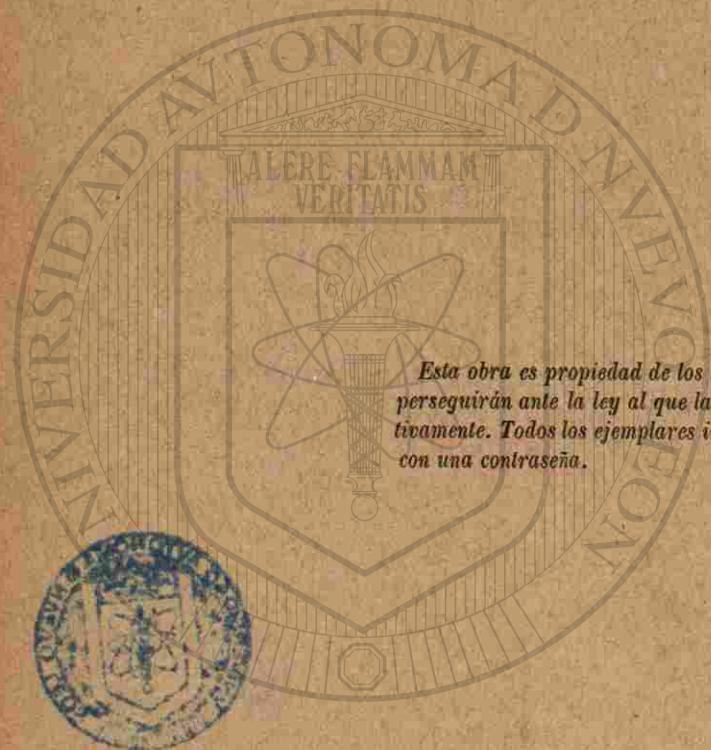
IMPRESA Y LIBRERIA DE GASPAR Y ROIG, EDITORES,  
calle del Príncipe, núm. 4.

1858.

54027

23139

40525  
.E.8.  
V.5  
V-3



Esta obra es propiedad de los editores, quienes perseguirán ante la ley al que la reimprima furtivamente. Todos los ejemplares irán rubricados y con una contraseña.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



FONDO BIBLIOTECA PÚBLICA  
DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN

## LIBRO TERCERO.

(CONTINUACION.)

### De los juicios universales.

#### TITULO IV

#### De las testamentarias.

#### SECCION PRIMERA.

DE LAS TESTAMENTARIAS EN GENERAL, SU NATURALEZA, OBJETO Y DIFERENTES CLASES.

450. Por testamentaria se entiende, en la acepcion general de esta palabra y segun el Diccionario de la lengua, la ejecucion de lo dispuesto en el testamento; *ejecutivo testamentaria*; la reunion de albaceas; y el conjunto de documentos y papeles que convienen para el debido cumplimiento de la voluntad del testador.

451. Asi, pues, se da el nombre de juicio de testamentaria á las diligencias judiciales que tienen por objeto satisfacer las deudas del testador y distribuir el resto de sus bienes entre los herederos y legatarios con arreglo al testamento y á las disposiciones legales que se los atribuyen.

452. Decimos que á dichas diligencias se *da el nombre de juicio*, porque segun la opinion mas general, no tienen este carácter en el sentido lato de esta palabra, por no haber en ellas verdadera contienda ó controversia entre partes, puesto que las que en él se suscitan, se ventilan por los trámites del juicio ordinario; y por eso sin duda los redactores de la ley de Enjuiciamiento han puesto á este título por epigrafe, «*De las testamentarias.*» Mas si se atiende á que en aquel procedimiento se oyen las reclamaciones y oposiciones de los interesados, á que si bien estas se sustancian por los trámites del juicio ordinario, este juicio tiene una grande influencia en el pro-

cedimiento de testamentaria y forma como una parte del mismo, suspendiendo á veces su curso, y no es propiamente un incidente de este, puesto que segun la declaracion expresa del art. 494 *los incidentes que pueden ocurrir en el juicio de testamentaria, se sustancian del modo prevenido para los que tengan lugar en el ordinario*, no aparecerá impropia la calificacion de juicio que se da á dichas diligencias, y que adopta la misma ley de Enjuiciamiento en sus artículos 404, 405, 407 y otros varios.

453. Mas para que haya juicio de testamentaria es necesario que las diligencias sean judiciales; que se practiquen por autoridad del juez; asi es que no lo habrá cuando los interesados ó habitantes derecho en los bienes del testador que tienen aptitud para obligarse, se convienen en practicar la distribucion de estos, formando el inventario, avalúo, liquidacion y division de bienes con arreglo á lo dispuesto por el testador ó por la ley, amistosa y extrajudicialmente, como pueden hacerlo en los casos y en la forma que declaraban nuestras leyes y prácticas anteriores, las cuales deben considerarse vigentes, no obstante la omision que sobre esta parte se nota en la nueva ley de Enjuiciamiento, si bien modificadas por el espíritu de otras disposiciones de la misma.

454. Los casos en que segun nuestras antiguas leyes y el espíritu de la moderna puede hacerse la particion de bienes extrajudicialmente, son los siguientes: 1.º Cuando los herederos fueren mayores de veinte y cinco años, capaces de obligarse, y estén presentes, ó en caso de ausencia legítimamente representados, y no promueve el juicio parte legítima ó no lo solicita algun acreedor; leyes 1 y 2, tit. 4, lib. 10 del Fuero Juzgo, 8 tit. 4, lib. 3 del Fuero Real, y art. 405 y 407 de la ley de Enjuiciamiento. 2.º Cuando el testador deja algun hijo de menos edad ó incapacitado, nombrándole en su testamento tutor que no sea partícipe en la herencia ú otras personas de confianza á quienes faculta para hacer el inventario, la tasacion y particion, sin acudir al juez para mas que para la aprobacion de las diligencias judiciales: ley 10, tit. 21, lib. 10 de la Nov. Recop., y §. 2.º del artículo 407 de la ley de Enjuiciamiento. 3.º Cuando el testador dejare hecha la peticion, pues es válida en cuanto no perjudicare á los descendientes ó ascendientes en su legítima: ley 9, tit. 15, Part. 6.ª y art. 496 de la ley de Enjuiciamiento civil. Véase mas adelante el fundamento de estas disposiciones al explicar los artículos citados.

455. En cuanto á la forma en que puede procederse á la division extrajudicialmente, la antigua práctica facultaba para efectuarla, cuando era por avenimiento de los interesados mayores de edad, bien por escrito privado firmado por los mismos, bien elevándolo á escritura pública y presentándola á un escribano para su protocolizacion, bien impetrando la aprobacion judicial para mayor solemnidad y firmeza de lo convenido; á lo que accedia el juez ratificándose las partes en forma; y habiendo menores ó incapacitados, presentando las particiones á la aprobacion judicial, que debe recaer con audiencia del curador *ad litem* que se nombra previamente á los menores, y protocolizándolas para que tengan fuerza de escritura pública. V. las le-

yes 1, tit. 15, Part. 6.ª, 10, tit. 18, Par. 3.ª y 9, 10 y 11, tit. 21, lib. 10 de la Nov. Recop.

456. Hemos dicho que el juicio de testamentaria tiene por objeto distribuir los bienes del testador entre los interesados, y en su consecuencia satisfacer las deudas de aquel (puesto que solo se considera que hay herencia ó patrimonio del difunto en lo que queda despues de pagadas sus deudas), porque en estos procedimientos no se trata de determinar la cualidad de heredero ó legatario ó acreedor, puesto que las dudas ó cuestiones que se suscitan sobre ella, se ventilan por los trámites del juicio ordinario, sino que en dicho juicio se procede á hacer constar los bienes que dejó el testador, á efectuar su valucion y á fijar la parte y clase de los mismos que corresponde á cada interesado, cuando acuden estos á la autoridad del juez para evitar los perjuicios que podria originárseles de seguir en la indivision ó mancomunidad de bienes contra su voluntad, cosa á que no puede obligarse á nadie segun derecho, y los disturbios que podrian suscitarse entre ellos con daño de la sociedad y del orden público, en la particion de dichos bienes cuando no se aviniesen á practicarla amistosamente, ó bien de oficio por el juez, cuando los interesados fuesen menores, incapacitados ó ausentes, con el fin de proteger y amparar su debilidad ó falta de personalidad, contra los engaños y usurpaciones de la mala fe.

457. De lo expuesto se deduce que este juicio tiene el carácter de juicio universal, puesto que en él se atiende á un tiempo mismo á diferentes acciones y distintos intereses ó derechos pertenecientes á diversas personas, circunstancias necesarias para adquirir un juicio aquel carácter, segun dijimos en el núm. 18 del libro 2 de esta obra.

458. Dedúcese tambien que segun declara el art. 404 de la ley de Enjuiciamiento, *el juicio de testamentaria puede ser voluntario ó decesario*, segun que se promueve voluntariamente por alguna de las partes legítimas, por ser mayores de edad, capaces de obligarse y hallarse presentes ó legítimamente representadas, ó segun que el juez lo promueve de oficio para vigilar por los intereses de los menores ausentes ó incapacitados, ó atender á las justas reclamaciones de los acreedores: art. 405 y 407 de la ley de Enjuiciamiento.

459. Las distinciones expuestas se establecieron ya en la legislacion romana por su grande utilidad y conveniencia. En efecto, la ley 2, tit. 24, libro 10 del Código de Justiniano y los 36 y 37, tit. 2, lib. 10 del Digesto, facultan á los herederos y especialmente á los hermanos para practicar la division extrajudicialmente. Las leyes 1 y 2, tit. 2, lib. 10 del Digesto, y la final Código, *comm. divid.* dan accion á los herederos para promover el juicio voluntario de division. Asi los co-herederos que querian cesar en la indivision de las cosas hereditarias, tenian la accion *familiæ erciscundæ* proveniente de la ley de las Doce Tablas. La ley 1, tit. 36, lib. 3 del Código se expresa sobre este punto terminantemente. *Si non omnem paternam hereditatem ex consensu dividisti nec super ea re sententia dicta vel transactio subsequuta est, iudicio familiæ erciscundæ experiri potest.*

En cuanto al juicio necesario de particion, véase el tit. 2 del Digesto; el tit. 36, lib. 5 del Código citado; y el tit. 30, lib. 6 del Código, y las Novelas 72 y 110.

460. Acerca de nuestras antiguas leyes, hállanse tambien adoptadas las distinciones expuestas sobre testamentarias, principalmente en los títulos 1 y 15, lib. 10 del Fuero Juzgo, en las leyes 1, 2 y 3, tit. 3 del Fuero Viejo de Castilla, en la ley 15, tit. 5, y leyes 4 y 5, tit. 9, lib. 3 del Fuero Real, y en la 8, tit. 4, lib. 5 del mismo, que dice respecto del juicio voluntario, que hecha la particion por los parientes que heredan, no puede ser deshecha despues por ninguna manera, á no haber menores que sufrieren daño; en las leyes 202 y 203 del Estilo, en la 1, tit. 4, lib. 9 de las Ordenanzas reales, en la 5, tit. 5, en las leyes del tit. 4, en las 1 y 2, tit. 5, en las de los títulos 20 y 21, y en la 1, tit. 22, lib. 10 de la Novísima Recopilacion.

461. *El juez de primera instancia del domicilio del difunto es el competente para conocer del juicio de testamentaria, bien sea necesario ó voluntario, segun previene el art. 410 de la ley de Enjuiciamiento, conforme con las disposiciones de la legislacion anterior de Partida expuestas en los números 529 y 530 del libro 1.º de este Tratado, donde explicamos extensamente sus fundamentos filosóficos.*

Si el difunto tuviere su domicilio en el extranjero, será, pues, competente para conocer de su testamentaria el del lugar de su último domicilio en España, ó donde esté la mayor parte de sus bienes segun la disposicion del artículo 534 sobre el juicio de abintestato, y que debe entenderse aplicable al presente por la identidad y similitud de casos, y por apoyarse en iguales fundamentos, cuales son, respecto del lugar del domicilio, el ser el juez de este el competente segun el art. 529, sin que sirva de obstáculo el haber residido en difunto en el extranjero, puesto que es necesario acudir á su juez natural, y respecto del lugar donde estuviesen la mayor parte de los bienes del finado, el considerarse relajados en cierto modo los vínculos que tenia la personalidad en su domicilio en España por el hecho de haberse domiciliado nuevamente en el extranjero, y ofrecer por esta causa iguales ventajas para entender de la testamentaria el lugar donde están sitas la mayor parte de las cosas, puesto que acumulándose en él el mayor número de reclamaciones, es más fácil y menos costoso atender á ellas por poderse verificar allí los reconocimientos y demás necesario para la instruccion del juez. V. el número 530 del lib. 1.º

Acerca de lo que se entienda por domicilio, véanse los números 275, 276 y 177 del libro 1.º y 270 del 2.º de esta obra.

462. No deja, pues, de ser competente para conocer de las testamentarias el juez del domicilio del testador por la circunstancia casual de fallecer este en otra poblacion. Sin embargo, como en este caso conviene practicar ciertas diligencias urgentes para asegurar los bienes y evitar el extravío de papeles, ocultaciones y fraudes, y como de trasladarse el juez del lugar del domicilio al del fallecimiento ocasionaria dilaciones en tan perentorio asunto

to y paralizaria la administracion de justicia respecto de los demás negocios, dispone la ley en su art. 412 que *el juez del lugar en que ocurra el fallecimiento*, esto es, el de primera instancia ó el de paz á falta de este, conforme el art. 557 sobre juicios de *abintestato* aplicable al presente, *deberá prevenir el juicio de oficio, si fuere necesario, ó á instancia de parte legitima, si voluntario, y remitir al del domicilio los autos que haya formado para que este los continúe con arreglo á derecho.* Y el art. 413 explica para evitar usurpacion de atribuciones y contiendas de competencia, que *se entiende por prevencion del juicio de testamentaria la ocupacion de los bienes y papeles del finado y la adopcion de las providencias urgentes y de las precauciones necesarias para evitar abusos y fraudes.* El art. 555 sobre juicios de *abintestato* contiene una disposicion análoga que puede servir de complemento á la presente, á saber: que la competencia del juez del domicilio se entiende sin perjuicio de que el juez del lugar del fallecimiento adopte las medidas necesarias para el enterramiento del difunto (si no hubiere herederos ó albaceas que lo hicieren), y la seguridad de los bienes que allí tuviere. Cada juez en su respectiva jurisdiccion deberá adoptar las medidas conducentes á la seguridad de los bienes existentes en ella. Tambien es aplicable á este juicio lo dispuesto en los artículos 564 y 565 sobre apertura de la correspondencia del difunto á presencia del escribano, administrador (y herederos si los hubiere y quisieran concurrir segun el art. 505), adoptando en su consecuencia las medidas que su resultado exija para la seguridad de los bienes, y sobre remision al juez del domicilio con la debida seguridad de los bienes, libros y papeles intervenidos, y de la correspondencia remitida.

463. Es competente la jurisdiccion ordinaria para conocer de las testamentarias, aun cuando sean clérigos los herederos ó los testadores, segun las leyes 6, tit. 18 y la 16, tit. 50, lib. 10, Nov. Recop., porque ademas de que en tales pleitos se presentan todos como actores y no como demandados, que es la circunstancia que da lugar al fuero, la herencia se compone de bienes temporales y profanos, y la testamentificacion es un acto civil sujeto á las leyes reales sin diferencia de testadores, y un acto público que tiene en dichas leyes prescritas las formas de su otorgamiento. V. el núm. 41—4.º del lib. 1.º de esta obra. Tambien es competente dicha jurisdiccion ordinaria para conocer de los juicios de testamentaria aunque sean militares ó aforados los herederos, con tal que no lo fuesen los testadores, ó lo que es lo mismo, cuando no provengan aquellas de disposiciones testamentarias de militares ó aforados, segun la nota 6.ª, tit. 21 y leyes 10, 12, 15 y 21, título 4, lib. 6 de la Nov. Recop. V. el núm. 120.—2.º del lib. 1.º de esta obra.

464. Mas lo dispuesto en el art. 410 sobre la competencia del juez del domicilio *no impide la sumision expresa ó tácita de los interesados á otro juez ordinario.* La sumision debe hacerse por todos los interesados, esto es, por los que son parte legitima en el juicio, y en la forma y con las circunstancias que requieren los artículos 3 y 4 de la ley expuestos en la seccion 9

del tit. 1, lib. 1 de esta obra. Lo dispuesto en el art. 411 sobre que la sumision solo puede hacerse á otro juez ordinario conforme con el § 2.º de los artículos 3 y 4 citados, y respecto de los seglares con las leyes 7, titulos 4, 6 y 7, tit. 1, lib. 10 de la Nov. Recop., que les prohibe renunciar el fuero secular y someterse al eclesiástico sobre negocios profanos, se funda en las consideraciones expuestas en el § 2.º de la seccion citada, y especialmente en el núm. 393. Mas esto se ha de entender relativamente á los casos en que es competente para conocer de las testamentarias la jurisdiccion ordinaria, pues en aquellos en que no lo es, v. g. en los juicios de testamentaria de los militares ó aforados de que entiende la jurisdiccion militar, podrán los interesados militares prorogar la jurisdiccion ó someterse expresa ó tácitamente á otro juez militar, segun se expuso en la seccion y título citados.

465. La competencia del juez que ejerce jurisdiccion prorogada por sumision de los interesados, es igual á la del que la ejerce propia por ministerio de la ley, de suerte que el juez del lugar del fallecimiento del testador que previniere el juicio, deberá remitir á aquel y no al del domicilio los autos que haya formado.

Inútil parece advertir que el juez competente por jurisdiccion propia ó prorogada para conocer de las testamentarias, lo es tambien para entender de las acciones deducidas contra el caudal de aquellas, y que la ley declara acumulables, cuales son las expresadas en los artículos 384 al 385 sobre juicios de *abintestado* aplicables al presente, y expuestos y explicados en el núm. 388, 4.º del lib. 2.º de esta obra.

## SECCION II.

## DEL JUICIO DE TESTAMENTARIA VOLUNTARIO.

## § I.

*Personas que pueden promoverlo y diligencias para prevenirlo.*

466. *Es voluntario* el juicio de testamentaria, segun el art. 405 de la ley de Enjuiciamiento, *cuando lo promueve parte legítima*, esto es, cuando se promueve por voluntad de las partes ó á instancia de las mismas, y no de oficio por el juez, como sucede respecto del juicio necesario.

La ley ha dejado la promocion de las testamentarias á la voluntad de los interesados, cuando por ser estos personas capaces de obligarse y hallarse presentes ó legitimamente representados, y por tener derechos proporcionales á la herencia, y en su consecuencia experimentar los mismos perjuicios ó utilidades en que aparezca mas ó menos aumentado ó disminuido el patrimonio del difunto, no hay motivos fundados para coartar la libertad que debe tener cada uno para hacer los avenimientos, concesiones y renunciaciones de su derecho que creyere oportuno, y en su consecuencia para con-

tentarse con que se verifique la particion extrajudicialmente antes ó despues de haber recurrido al juez, ni existen tampoco temores suficientes para prescribir la intervencion del juez de oficio en la testamentaria, ni someter este procedimiento á prescripciones tan rígidas como en los casos en que tiene lugar el juicio necesario, esto es, cuando por ser los herederos menores, incapacitados ó ausentes, es conveniente prescribir la proteccion de la autoridad judicial y establecer solemnidades que no dejen entrada á frudes y abusos.

467. Asi, pues, *son parte legítima para promover el juicio voluntario de testamentaria*, segun el art. 406 de la ley:

1.º *Los herederos ó cualquiera de ellos*, ya sean necesarios ó voluntarios, forzosos ó extraños si fueron instituidos en el testamento, libres ó absolutos ó gravados, universales ó particulares ó parciales, propietarios ó usufructuarios, etc.; pues que cada uno de ellos tiene derecho á una parte proporcional de la herencia, y por lo tanto interés en que se consiga en fidelidad los bienes que pertenecen á la misma. Los herederos voluntarios instituidos por el testador, no podrán, sin embargo, promover este juicio cuando aquel hubiese dispuesto lo contrario, segun el espíritu del art. 496 que explicaremos mas adelante.

2.º *El cónyuge que sobrevive*, porque no solo tiene igual derecho proporcional que los anteriores, á causa de pertenecerle la mitad de los bienes gananciales que resulten de la sociedad conyugal, sino tambien un derecho á bienes determinados, cuales son los que aportó al matrimonio.

3.º *Los legatarios de parte aliecuota del caudal*, esto es, de la tercera, la cuarta, la quinta parte de la herencia, ó cualquiera de ellos; porque consistiendo su derecho en una parte proporcional de la herencia, puesto que su legado será de mayor ó menor importancia, segun que aquella resulte mas ó menos pingüe, existen respecto de ellos iguales motivos que en cuanto á los herederos, para que puedan ó no promover el juicio de testamentaria. Acerca de los legatarios de cosa determinada, bien consista en especie, cantidad ó género, la ley no les confiere esta facultad, porque limitándose su interés en general á obtener lo que les legó el testador, sin que sufra aumento ni disminucion porque aparezca mas ó menos cuantiosa la herencia, no les interesa que se practique el inventario, tasacion y division con mas ó menos exactitud; pudiendo entablar las acciones comunes real ó personal contra los herederos ó el poseedor del legado, en su caso respectivo, para la consecucion de su derecho. Sin embargo, puede haber casos en que experimenten perjuicio estos legatarios por los abusos que se cometan en la formacion de los inventarios, tasacion y division de bienes: tales serán cuando por el resultado de estas diligencias se hicieran aparecer sus legados como perjudicando ó afectando á las legítimas que el testador debe dejar íntegras, ó como excediendo del importe de la herencia que se aceptó por los herederos á beneficio de inventario, ó finalmente cuando se temiera por parte de los herederos malversacion ú ocultacion de bienes. Los intérpretes, á falta de disposicion expresa de la ley, convienen en que en tales casos y

del tit. 1, lib. 1 de esta obra. Lo dispuesto en el art. 411 sobre que la sumision solo puede hacerse á otro juez ordinario conforme con el § 2.º de los artículos 3 y 4 citados, y respecto de los seglares con las leyes 7, titulos 4, 6 y 7, tit. 1, lib. 10 de la Nov. Recop., que les prohibe renunciar el fuero secular y someterse al eclesiástico sobre negocios profanos, se funda en las consideraciones expuestas en el § 2.º de la seccion citada, y especialmente en el núm. 393. Mas esto se ha de entender relativamente á los casos en que es competente para conocer de las testamentarias la jurisdiccion ordinaria, pues en aquellos en que no lo es, v. g. en los juicios de testamentaria de los militares ó aforados de que entiende la jurisdiccion militar, podrán los interesados militares prorogar la jurisdiccion ó someterse expresa ó tácitamente á otro juez militar, segun se expuso en la seccion y título citados.

465. La competencia del juez que ejerce jurisdiccion prorogada por sumision de los interesados, es igual á la del que la ejerce propia por ministerio de la ley, de suerte que el juez del lugar del fallecimiento del testador que previniere el juicio, deberá remitir á aquel y no al del domicilio los autos que haya formado.

Inútil parece advertir que el juez competente por jurisdiccion propia ó prorogada para conocer de las testamentarias, lo es tambien para entender de las acciones deducidas contra el caudal de aquellas, y que la ley declara acumulables, cuales son las expresadas en los artículos 384 al 385 sobre juicios de *abintestado* aplicables al presente, y expuestos y explicados en el núm. 388, 4.º del lib. 2.º de esta obra.

## SECCION II.

## DEL JUICIO DE TESTAMENTARIA VOLUNTARIO.

## § I.

*Personas que pueden promoverlo y diligencias para prevenirlo.*

466. *Es voluntario* el juicio de testamentaria, segun el art. 405 de la ley de Enjuiciamiento, *cuando lo promueve parte legítima*, esto es, cuando se promueve por voluntad de las partes ó á instancia de las mismas, y no de oficio por el juez, como sucede respecto del juicio necesario.

La ley ha dejado la promocion de las testamentarias á la voluntad de los interesados, cuando por ser estos personas capaces de obligarse y hallarse presentes ó legitimamente representados, y por tener derechos proporcionales á la herencia, y en su consecuencia experimentar los mismos perjuicios ó utilidades en que aparezca mas ó menos aumentado ó disminuido el patrimonio del difunto, no hay motivos fundados para coartar la libertad que debe tener cada uno para hacer los avenimientos, concesiones y renunciaciones de su derecho que creyere oportuno, y en su consecuencia para con-

tentarse con que se verifique la particion extrajudicialmente antes ó despues de haber recurrido al juez, ni existen tampoco temores suficientes para prescribir la intervencion del juez de oficio en la testamentaria, ni someter este procedimiento á prescripciones tan rígidas como en los casos en que tiene lugar el juicio necesario, esto es, cuando por ser los herederos menores, incapacitados ó ausentes, es conveniente prescribir la proteccion de la autoridad judicial y establecer solemnidades que no dejen entrada á frudes y abusos.

467. Asi, pues, *son parte legítima para promover el juicio voluntario de testamentaria*, segun el art. 406 de la ley:

1.º *Los herederos ó cualquiera de ellos*, ya sean necesarios ó voluntarios, forzosos ó extraños si fueron instituidos en el testamento, libres ó absolutos ó gravados, universales ó particulares ó parciales, propietarios ó usufructuarios, etc.; pues que cada uno de ellos tiene derecho á una parte proporcional de la herencia, y por lo tanto interés en que se consiga en fidelidad los bienes que pertenecen á la misma. Los herederos voluntarios instituidos por el testador, no podrán, sin embargo, promover este juicio cuando aquel hubiese dispuesto lo contrario, segun el espíritu del art. 496 que explicaremos mas adelante.

2.º *El cónyuge que sobrevive*, porque no solo tiene igual derecho proporcional que los anteriores, á causa de pertenecerle la mitad de los bienes gananciales que resulten de la sociedad conyugal, sino tambien un derecho á bienes determinados, cuales son los que aportó al matrimonio.

3.º *Los legatarios de parte alicuota del caudal*, esto es, de la tercera, la cuarta, la quinta parte de la herencia, ó cualquiera de ellos; porque consistiendo su derecho en una parte proporcional de la herencia, puesto que su legado será de mayor ó menor importancia, segun que aquella resulte mas ó menos pingüe, existen respecto de ellos iguales motivos que en cuanto á los herederos, para que puedan ó no promover el juicio de testamentaria. Acerca de los legatarios de cosa determinada, bien consista en especie, cantidad ó género, la ley no les confiere esta facultad, porque limitándose su interés en general á obtener lo que les legó el testador, sin que sufra aumento ni disminucion porque aparezca mas ó menos cuantiosa la herencia, no les interesa que se practique el inventario, tasacion y division con mas ó menos exactitud; pudiendo entablar las acciones comunes real ó personal contra los herederos ó el poseedor del legado, en su caso respectivo, para la consecucion de su derecho. Sin embargo, puede haber casos en que experimenten perjuicio estos legatarios por los abusos que se cometan en la formacion de los inventarios, tasacion y division de bienes: tales serán cuando por el resultado de estas diligencias se hicieran aparecer sus legados como perjudicando ó afectando á las legítimas que el testador debe dejar integras, ó como excediendo del importe de la herencia que se aceptó por los herederos á beneficio de inventario, ó finalmente cuando se temiera por parte de los herederos malversacion ú ocultacion de bienes. Los intérpretes, á falta de disposicion expresa de la ley, convienen en que en tales casos y

aun en general, podrán los legatarios povocar el juicio necesario de testamentaria, por considerarlos colocados en el lugar que la ley confiere a los acreedores del testador.

468. Como consecuencia de la disposicion general del art. 18 de la ley, sobre que debe acompañarse á toda demanda el documento que acredite el carácter con que el litigante se presenta en juicio, y de la del art. 225 sobre el juicio ordinario, que prescribe presente el demandante los documentos en que funde su derecho, dispone el art. 414 que *el que promueva el juicio voluntario de testamentaria debe presentar*, para acreditar que ha lugar á él por haber fallecido el testador y que es parte legitima el que lo promueve, *la partida de defuncion de la persona de cuya sucesion se trate, y no siendo esto posible, otro documento ó prueba que lo acredite*, v. gr. una informacion testifical, si pereció aquella en un incendio, en despoblado ó en naufragio, etc., y *el testamento del difunto*, en que conste su cualidad de heredero, de legatario, ó cónyuge del solicitante. Si del testamento no resultare esta cualidad, como si se tratase de un cónyuge que celebró el matrimonio con posteridad al otorgamiento de este, presentará la partida de matrimonio ú otro documento conducente. Si el que promueve el juicio no tuviese el testamento á su disposicion, siendo nuncupativo y abierto, ni pudiese obtener del escribano ante quien se otorgó copia del mismo, podrá pedir al juez expida mandamiento compulsorio contra este para que la libre á lo que deberá accederse. Si el testamento fuere cerrado y no se hubiese verificado su apertura, podrá pedirse esto, que se efectuará con arreglo á las formalidades expuestas en los artículos 1590 al 1597 de la ley, que se explicarán al tratar de la jurisdiccion voluntaria. Si el difunto solo declaró su voluntad por escrito privado ó verbal ante testigos, mas no otorgó testamento ante escribano, se procederá á elevar aquel á escritura pública, conforme á los artículos 1580 á 1589.

*Citacion de los interesados para el juicio.*

469. El juez examinará dicho escrito y documentos, y *siendo parte legitima quien pida la promocion del juicio voluntario por estar cumplidos los requisitos del artículo anterior, mandará el juez que se ratifique*, por sí ó por procurador con poder especial, *en la solicitud que hubiere formulado*; lo que tiene por objeto favorecer los avenimientos privados y evitar que se promuevan con ligereza ó poca meditacion esta clase de juicios, por los disturbios y perjuicios que de ellos suelen resultar á las familias. *Hecha esta ratificacion, el juez habrá por prevenido el juicio, citando para él en forma á todos los interesados*, conforme á lo prescrito en los artículos 21 al 24 expuestos en el tit. 6 del lib. 2.º de esta obra; art. 415 de la ley.

Cuando el juez viese que no se ha cumplido con los requisitos del art. 414, repelerá de oficio la solicitud, conforme al espíritu del art. 226 de la ley, hasta que se subsanen.

470. *Si hubiese herederos (ó legatarios), menores ó incapacitados, que*

*deban ser citados y que tengan tutor ó curador, los mandará citar para el juicio*, esto es, á los tutores ó curadores, que son los que comparecen en general en juicio á suplir la falta de los menores é incapacitados que se hayen fuera de la patria potestad, conforme se deduce del art. 12 de la ley expuesta en los números 95 y siguientes, lib. 2 de este tratado. *Si no tuvieran tutor ni curador, se les nombrará el juez que conoce de la testamentaria*, si tuviese para ello la competencia que requiere la ley en el título 3 de su segunda parte, y en especial en el art. 1219, *ó hará de lo contrario que los nombren con arreglo á derecho*, esto es, conforme á lo prescrito en dicho título, art. 416. *Mas si el tutor ó curador de algun heredero menor ó incapacitado tienen interés en la herencia*, opuesto al de aquellos v. g. si fuere tutor uno de los cónyuges, como en este caso podria perjudicar los intereses de los menores por atender y favorecer á los suyos propios, *te proveerá el juez con arreglo á derecho* (esto es, segun las prescripciones del tit. 3, seccion 4.ª, segunda parte de la ley), *de un curador especial para el juicio, ó hará que lo nombre el mismo menor si tuviere edad y capacidad para ello*, esto es, si no estando incapacitado, fuere menor de catorce años siendo varon, y de doce siendo hembra, con arreglo á lo prescrito en el artículo 1256. Sin embargo, aun en este caso queda al prudente arbitrio del juez conforme el art. 1257, otorgar al nombrado el discernimiento del cargo ó negárselo si creyera que no reúne las circunstancias necesarias para desempeñarlo; el nombramiento debè hacerse por los menores por comparecencia que suscriban ante el juez: art. 1258. Cuando hubiere de hacerlo el juez, debe recaer en parte te inmediato, si lo hubiere, del menor; en su defecto, en persona de su intimidad ó de la de sus padres, y no habiéndolos, ó no siendo aptos los que hubiere, en un vecino del lugar del domicilio del menor que merezca la confianza del juez: art. 1255.

*La intervencion del curador dado para el juicio, se limitará á aquello en que el tutor ó curador para los bienes tengan incompatibilidad*, como si se tratase del inventario y division de bienes que pretendiera el cónyuge tutor pertenecerle por considerarlos gananciales. *En todos los demás casos, estos serán los únicos representantes del menor ó del incapacitado*: art. 421. Tal sucederia si se suscitara pleito pretendiendo la invalidez del testamento que se presentó como del difunto ó que no era su última voluntad, en el caso de que tanto el tutor como el menor tuviesen interés en sostener su validez y eficacia. Esta disposicion es conforme con al espíritu de los artículos 1253 y 1254 de la ley.

471. *Estando ausentes los herederos y sabiéndose su residencia, los mandará citar en forma*, esto es, con arreglo á lo prescrito en los art. 229 y 230 de la ley sobre el emplazamiento en el juicio ordinario. *Si se ignorase su residencia, los llamará por edictos que se fijarán en los sitios públicos é insertarán en los Diarios oficiales del pueblo, si los hubiese, y en el Boletin oficial de la provincia; y si el juez lo creyere necesario ó conveniente, atendidas las circunstancias del caso, en la Gaceta de Madrid*: art. 517. Esta disposicion conforme con la del art. 251 de la ley, se funda en las razones

que expusimos sobre la misma. Dicho art. 251, dispone tambien, que se fijen los edictos en los diarios de los pueblos en que hubiese tenido su última residencia el que ha de ser citado, y tambien que se le cite en cualquier lugar en que fuera habido, lo cual puede considerarse aplicable al presente caso. Todavía es mas análoga con el mismo la prescripcion del art. 368 sobre llamamiento de herederos en los *abintestatos*, segun la cual deben fijarse los edictos en los sitios públicos del pueblo del juicio del en que hubiese fallecido el dueño de los bienes y del de su naturaleza.

472. Nada dice aquí la ley acerca del término que debe señalarse á los interesados para comparecer al juicio, por lo que puede considerarse aplicable por analogía lo dispuesto en los artículos 369 y 370, sobre que el término de la convocacion de los herederos *abintestato* pase de treinta dias contados desde la fecha de la fijacion de los edictos en el último de dichos pueblos en que la verificara; que si el pueblo de la naturaleza del difunto estuviese fuera de la península, pueda el juez ampliar estos términos habida consideracion á la distancia, y que lo mismo podrá hacer aunque el pueblo se halle dentro de la Península, si la dificultad de las comunicaciones ú otras circunstancias lo exigieren.

473. Para que no queden sin representacion y sin proteccion en sus derechos, los ausentes contra los fraudes y ocultaciones que pudieran tener lugar en su perjuicio, y no siendo necesaria su persona en este juicio como sucede por lo regular en el ordinario para el mejor esclarecimiento del derecho del contrario, la ley lejos de disponer que se proceda en su rebeldía siguiéndose el juicio en los estrados, previene en su art. 418, que *se citará tambien al Promotor fiscal para que represente á los herederos, cuyo paradero se ignora, y á los que hayan sido mandados citar en su persona por ser conocido su domicilio, mientras se presentan; mas segun el art. 419, una vez presentados los herederos ausentes y aquellos cuyo paradero se ignore, cesa la representacion del promotor*, como consecuencia precisa de cesar la causa que la hacia conveniente y aun necesaria.

*Intervencion del caudal y nombramiento de administrador.*

474. Teniendo por objeto la promocion del juicio voluntario de testamentaria impedir con el auxilio de la autoridad judicial los abusos y fraudes que se teme pueden cometerse respecto de los bienes hereditarios, y siendo uno de los mas trascendentales el que pudiera verificarse de dejar el caudal de la herencia en poder de persona indolente ó de poca inteligencia ó confianza, dispone el art. 422 de la ley, que *si el que haya promovido el juicio solicitar la intervencion del caudal, se decretará de la manera menos vejatoria posible*. No puede pues, el juez decretar de oficio dicha intervencion en este juicio, porque dirigiéndose en general sus diligencias por voluntad de las partes legítimas, se supone que cuando no la piden estarán satisfechos de la administracion y custodia del caudal de la herencia. No pueden pedirlo mas que los que promovieron al juicio, esto es, las partes legítimas,

porque estos son los que tienen verdadero interés en la disminucion ó aumento de los bienes, segun expusimos. Tampoco puede pedirse sin haber promovido el juicio, porque la desconfianza de las partes sobre aquel punto y el no convenirse en la persona que ha de administrar dichos bienes, es suficiente motivo para promoverlo. Dicha solicitud puede hacerse en el mismo escrito en que se promueve el juicio ó en otro posterior, puesto que dicha desconfianza ó conveniencia puede notarse posteriormente. La intervencion se hará de manera que prestando seguridad suficiente respecto de la conservacion de los bienes y de su buena administracion, se no inferan perjuicios materiales ni se ataque el buen concepto y opinion de la persona que los administra. Así, pues, deberá limitarse en general á asegurar los papeles del finado, á nombrar alguna persona que vigile sobre los actos administrativos y los inspeccione con mas ó menos escrupulosidad segun las circunstancias particulares y los vínculos de parentesco mas ó menos estrechos que unieran á aquella con el difunto, apreciacion que deja la ley al prudente arbitrio judicial, y en una palabra, á adoptar las diligencias urgentes y precauciones necesarias para evitar abusos y fraudes, y la sustraccion, pérdida y deterioro de los bienes.

475. *Practicadas las primeras diligencias necesarias al intento, el juez convocará por medio de providencia dictada el efecto, sin necesidad de que la pida la parte, á junta á los herederos para que se pongan de acuerdo sobre la administracion del caudal, su custodia y conservacion* art. 425. En la palabra herederos, deben comprenderse las demas personas que son parte legítima para promover el juicio como el cónyuge y los legatarios de parte alicuota, pues que todos ellos están interesados en que se recaude y administre bien el caudal. Todos estos deben ser citados si se hallaren en el lugar del juicio, respecto de los ausentes que hubieren ó no comparecido al juicio, se deberá citar al promotor que es quien los representa. En la providencia mencionada deberá designarse el dia, hora y sitio en que se ha de celebrar la junta, señalando el término que el juez crea suficiente para ello, conforme al espíritu del art. 307. La convocacion deberá hacerse por medio de citacion en la forma prevenida en el art. 228 para los emplazamientos del juicio ordinario, véase el art. 309. La junta se celebrará en el dia señalado bajo la presidencia del juez y con asistencia del escribano actuario segun el espíritu del art. 511. Aquel dirigirá la discusion de los interesados, procurando avenir los contrarios sobre los medios menos costosos, de administrar y conservar los bienes. Si estos se pusiesen de acuerdo, para lo cual es necesario la unanimidad ó el consentimiento de todos sobre cada punto sin que baste la mayoría como en el concurso de acreedores, pues en el caso presente no perjudica la falta de avenimiento por ser suplida por el juez, este se limitará á interponer su oficio, autorizando lo convenido, aun cuando alguno de los interesados cediese de su derecho, porque aquí es libre en hacerlo, ó aun cuando no asistiese alguno á la junta, porque se presume que renuncia á las ventajas que de ello pueden resultarle. Así, pues, los interesados pueden convenirse acerca de la persona ó personas que han de admi-

nistrar el caudal hereditario, de la extension y forma de sus facultades, si han de prestar ó no fianza, y con entera libertad, con tal que no se opongan á la voluntad del testador, que es la primera ley sobre este juicio, conforme á lo prevenido en el art. 496, ni á las demás disposiciones legales. En su consecuencia, cuando los herederos ó interesados se hallaren ausentes y no tuviesen representacion legitima ó fuesen menores ó incapacitados (á no disponer lo contrario el testador), y en una palabra, cuando se celebre el juicio necesario, han de constituirse siempre los bienes en depósito sin que pueda hacerse acuerdo ninguno contra esto, y debe dar en todo caso el administrador fianza bastante á responder de lo que administre sin que pueda dispensársele de ella por los interesados, con arreglo á lo prescrito en el título 499.

476. Si no se consiguiere que se pongan de acuerdo los interesados, determinará el juez lo que segun las circunstancias del caso corresponda, procediendo segun su criterio y prudencial arbitrio, apreciando debidamente las pretensiones de cada interesado. Sin embargo, al paso que la ley presta el juez esta libertad y latitud, en la imposibilidad de dictar disposiciones expresas para cada caso, prescribe en su art. 424, para evitar todo género de abusos y parcialidades, que lo haga siempre con sujecion á las reglas siguientes:

1.<sup>a</sup> El metálico le depositará en el establecimiento público destinado al efecto; tal es la Caja de Depósitos ó el Banco Español, si no pudiese efectuarse en aquella.

2.<sup>a</sup> Las alhajas, muebles, semovientes y frutos recolectados, se pondrán en depósito, en persona de confianza, exigiéndosele las seguridades convenientes al depositario. Acerca de los frutos almacenados que hubiera y de los que se estuviesen recogiendo, el art. 565 de la ley, sobre abintestatos previene que los primeros se sobrellaven y que se constituyan guardas ó interventores respecto de los segundos. No diciendo aquí nada la ley sobre estos bienes, parece que debe entenderse quedan á cargo del administrador que se nombra para los bienes raices y demás de la herencia, segun la regla siguiente, si bien en el caso que se creyese necesario podrá nombrarse dicho interventor ó ponerse los frutos almacenados á cargo del depositario que se nombró.

5.<sup>a</sup> Se nombrará administrador al viudo ó viuda, y en su defecto al interesado que tuviese mayor parte en la herencia, si reúne á juicio del juez la capacidad necesaria para desempeñarla. La ley prefiere en primer lugar al cónyuge viudo para la administracion, porque es el que ofrece mayores seguridades ó garantías de que la desempeñará bien y fielmente, ya por el grande interés que tiene en ello, á causa de contener la herencia bienes suyos propios, además de los gananciales, que serán mas ó menos cuantiosos segun fuese mas ó menos cuidadosa la administracion, y asimismo por el afecto que ha de profesar naturalmente á los herederos, que por lo comun serán sus hijos ó próximos parientes, ya por el mayor conocimiento que ha debido adquirir durante su matrimonio acerca del modo mas oportuno de

hacer fructificar los bienes hereditarios. Se nombra administrador á falta de cónyuge al interesado que tuviese mayor parte en la herencia, porque es el que tiene mayor interés en su buena administracion, puesto que ha de redundar en beneficio suyo. Sin embargo, como este interés queda desvirtuado por la falta de capacidad necesaria para el cargo, la ley releva al juez de la obligacion de dicho nombramiento cuando juzgare que existe tal incapacidad. Lo mismo debe entenderse, respecto del cónyuge, aunque la letra de la ley parece referirse sobre este punto solamente al interesado. Tambien parece que podrán los demás interesados oponerse al nombramiento por dicha causa, en cuyo caso habrá lugar á un incidente.

4.<sup>a</sup> Si no concurriese esta circunstancia de capacidad, en que tuviese la mayor parte en la herencia, ó fuere igual la participacion en ella de todos los interesados ó de alguno de ellos, podrá el juez nombrar á cualquiera de estos ó á un extraño, con tal que en él concurra tambien la circunstancia de ser persona capaz para desempeñarla. El juez puede tambien remover al administrador despues de nombrado, por resultar posteriormente su incapacidad, segun se deduce de estas disposiciones y de la del art. 559, regla 2.<sup>a</sup>

5.<sup>a</sup> Cualquiera que sea el administrador deberá prestar fianza bastante á responder de lo que perciba si los interesados de comun acuerdo no le dispensaren de hacerlo, con tal que no hubiese ausentes menores ó incapacitados, en cuyo caso no puede dispensársele segun el art. 499.

6.<sup>a</sup> No habiendo acuerdo acerca de esto, la fianza será proporcionada al interés en el caudal de los que no otorguen su relevacion; pues no seria justo causar el vejámen de una fianza mayor ó proporcionada al interés de los demás por no ser necesaria, á causa de haber revelacion de ella. En su consecuencia, la fianza dada, solo responde del interés de los que no dieron su relevacion. Para graduar debidamente el juez la fianza en tales casos, convendrá que oiga á los interesados, á cuyo efecto deberá darles traslado de la misma para que opongán lo que les ocurriere.

477. Para la actuacion de lo expuesto sobre el nombramiento de administrador, deberá formarse, con arreglo al art. 500, una pieza separada de autos, en que se pondrá por cabeza el testimonio de la providencia convocatoria de los herederos á junta para avenirse sobre la administracion, uniéndose el acta de esta y lo demás que se crea conducente.

Nombrado el administrador, se le notificará el nombramiento para su aceptacion, y efectuada esta y dada la fianza en su caso, se le pondrá en posesion de su encargo dándole á reconocer á las personas con quienes deba entenderse para su desempeño, conforme al art. 504 de la ley.

#### Distintos periodos de la testamentaria.

478. Practicadas todas las diligencias referidas y que constituyen la prevencion de la testamentaria, en adelante se dividirá el juicio en tres periodos que se llamarán: 1.<sup>o</sup> de inventario; 2.<sup>o</sup> de avalúo; 3.<sup>o</sup> de division,

artículo 425. Estos periodos se reconocian tambien con anterioridad á la ley de Enjuiciamiento, y el 1.º y el 5.º han dado nombre al juicio de testamentaria, puesto que este se ha llamado tambien juicio de inventario y juicio de particion.

479. Sin embargo, los tres periodos mencionados suelen reducirse á dos cuando se presta á ello la corta cuantía del caudal hereditario y la sencillez y escasa complicacion de la testamentaria, para evitar gastos y dilaciones innecesarias, pero siempre á instancia de parte. Por eso dispone el art. 426, conforme con la práctica anterior, que *las operaciones de inventario y avalúo podrán practicarse simultáneamente: 1.º cuando los interesados lo acordaren, porque este juicio se rige en general por su voluntad. 2.º Cuando alguno de ellos lo pidiere y el juez lo estimare conveniente, atendidas las circunstancias del caudal.* Esta solicitud puede hacerse en el mismo escrito con que se promueve el juicio ó en la junta celebrada sobre la administracion ó posteriormente por separado.

En el período de division, se halla comprendida la liquidacion de los bienes hereditarios, y consecuencia del mismo es la adjudicacion de cada partija ó hijuela, de los cuales trataremos en el presente título y seccion.

## § II.

### *Del primer periodo del juicio de testamentaria ó del inventario.*

480. Por *inventario* palabra derivada de *inventum*, supino del verbo latino *invenio*, que significa hallar, se entiende el instrumento en que se anotan ó describen todos los bienes de alguno, por muerte suya, embargo ú otro motivo: leyes 99 y 100, tit. 18, Part. 3, y 5, tit. 6 Part. 6.

481. El inventario tiene por principal objeto, con aplicacion á los bienes del finado, hacer constar con exactitud el haber hereditario para poderse practicar debida y justamente su division entre los herederos y habientes derecho, evitando las ocultaciones que de aquellos pudieran hacerse especialmente de los muebles con perjuicio de estos.

Tiene tambien por objeto el inventario (y tal fue el que se propuso Justiniano al establecerlo) que los herederos no renuncien una herencia beneficiosa, ignorando que lo es y temiendo verse obligados, aceptándola, á pagar deudas y cargas superiores al importe de la misma, ó que no admitan la que les fuere gravosa por la misma causa, puesto que el beneficio de deliberar que se concede por la ley al heredero, esto es, la facultad de pedir un plazo que puede ser de nueve á cien dias para examinar y reconocer los bienes y derechos activos y pasivos de la herencia y determinar en su vista si le conviene ó no aceptarla, no ofrece por lo comun un resultado seguro y exacto, sobre el importe de la herencia. Mas teniendo el heredero que acepta la herencia á beneficio de inventario, practicado en forma, la seguridad de no quedar obligado á satisfacer mas deudas y cargas hereditarias que las que bastaren á cubrir los bienes de la misma, no necesita hacer uso del beneficio de deliberar, ni hay que temer los resultados é inconvenientes

referidos. Véase el tit. 6 de la Part. 6.ª, donde se consignan ambos beneficios de deliberar y de inventario.

482. El inventario se distingue en simple, sencillo, privado ó extrajudicial, y solemne ó judicial; artículos 427 y 429 de la ley de Enjuiciamiento, y ley 5, tit. 6, Partida 6.ª El primero es el que se forma haciendo una descripcion ó nómina de bienes por los mismos interesados privadamente, sin asistencia de testigos ni de escribano, ó con la de este pero requerida solo por las partes. El inventario solemne ó judicial es el que se practica con todas las solemnidades que prescribe el derecho, con asistencia del juez, si lo considera necesario, ó del escribano por comision ó mandato de aquel, á cuya aprobacion queda sujeto, y en presencia de los testigos correspondientes. Antes se dudaba por algunos autores sobre si la presencia del juez en la formacion del inventario era ó no necesaria. Febrero y la mayoría de los intérpretes opinaban por la negativa, fundándose en que ninguna ley lo mandaba, ni las 99 y 100, tit. 18, Part. 5.ª que prescriben la forma de extender el inventario los herederos y el tutor, ni la 5, tit. 6, Part. 6.ª Sin embargo, por el capítulo 5 del arancel dado á los tenientes de corregidor de Madrid con la fecha 11 de abril de 1768, se previno que los tenientes asistieran á los inventarios y tasaciones de bienes de testamentarias en los casos que hubiese que recontar dinero ó inventariar bienes ó alhajas preciosas: mas no en los desmás, por no creerse necesaria la presencia judicial y evitar los dispendios inútiles que entonces eran consiguientes al pago de derechos, y ahora al papel sellado que en tal caso debe usarse. Colon en su Instruccion de Escribanos, tom. 2, lib. 5, cap. 5, opinaba que tambien debia presenciario el juez cuando lo pidiese algun acreedor del difunto, y otros autores sentaban que tambien era necesaria la presencia del juez cuando falleciese uno abintestato dejando herederos menores, ausentes ó desconocidos. V. Escribano, Diccionario, art. *Beneficio de Inventario*. El art. 429 de la ley de Enjuiciamiento previene expresamente sobre este punto, que *para hacer los inventarios judicialmente, se dará comision al escribano sin perjuicio de que el juez pueda concurrir á su formacion en todo ó en parte, si lo considera necesario, como podrá suceder en los casos que se acaban de mencionar.*

### *Casos en que se practica el inventario judicial.*

485. Los inventarios se harán judicialmente, conforme al art. 427 de la ley: 1.º *Cuando estuviere intervenida la herencia*, porque por el solo hecho de la intervencion se manifiestan que existen motivos fundados para temer fraudes ú ocultaciones: 2.º *Cuando lo solicitare alguno de los que han sido declarados parte legitima para promover el juicio*, lo que se funda no solamente en que tal peticion hace presumir el temor mencionado, sino en que el juez no debe desatender las solicitudes de las partes en este juicio dirijido en general por voluntad de las mismas, cuando tienen por objeto prescribir seguridades á todos los interesados. Ademas, si esta solicitud se hiciera

artículo 425. Estos periodos se reconocian tambien con anterioridad á la ley de Enjuiciamiento, y el 1.º y el 5.º han dado nombre al juicio de testamentaria, puesto que este se ha llamado tambien juicio de inventario y juicio de particion.

479. Sin embargo, los tres periodos mencionados suelen reducirse á dos cuando se presta á ello la corta cuantía del caudal hereditario y la sencillez y escasa complicacion de la testamentaria, para evitar gastos y dilaciones innecesarias, pero siempre á instancia de parte. Por eso dispone el art. 426, conforme con la práctica anterior, que *las operaciones de inventario y avalúo podrán practicarse simultáneamente: 1.º cuando los interesados lo acordaren, porque este juicio se rige en general por su voluntad. 2.º Cuando alguno de ellos lo pidiere y el juez lo estimare conveniente, atendidas las circunstancias del caudal.* Esta solicitud puede hacerse en el mismo escrito con que se promueve el juicio ó en la junta celebrada sobre la administracion ó posteriormente por separado.

En el período de division, se halla comprendida la liquidacion de los bienes hereditarios, y consecuencia del mismo es la adjudicacion de cada partija ó hijuela, de los cuales trataremos en el presente título y seccion.

## § II.

### *Del primer periodo del juicio de testamentaria ó del inventario.*

480. Por *inventario* palabra derivada de *inventum*, supino del verbo latino *invenio*, que significa hallar, se entiende el instrumento en que se anotan ó describen todos los bienes de alguno, por muerte suya, embargo ú otro motivo: leyes 99 y 100, tit. 18, Part. 3, y 5, tit. 6 Part. 6.

481. El inventario tiene por principal objeto, con aplicacion á los bienes del finado, hacer constar con exactitud el haber hereditario para poderse practicar debida y justamente su division entre los herederos y habientes derecho, evitando las ocultaciones que de aquellos pudieran hacerse especialmente de los muebles con perjuicio de estos.

Tiene tambien por objeto el inventario (y tal fue el que se propuso Justiniano al establecerlo) que los herederos no renuncien una herencia beneficiosa, ignorando que lo es y temiendo verse obligados, aceptándola, á pagar deudas y cargas superiores al importe de la misma, ó que no admitan la que les fuere gravosa por la misma causa, puesto que el beneficio de deliberar que se concede por la ley al heredero, esto es, la facultad de pedir un plazo que puede ser de nueve á cien dias para examinar y reconocer los bienes y derechos activos y pasivos de la herencia y determinar en su vista si le conviene ó no aceptarla, no ofrece por lo comun un resultado seguro y exacto, sobre el importe de la herencia. Mas teniendo el heredero que acepta la herencia á beneficio de inventario, practicado en forma, la seguridad de no quedar obligado á satisfacer mas deudas y cargas hereditarias que las que bastaren á cubrir los bienes de la misma, no necesita hacer uso del beneficio de deliberar, ni hay que temer los resultados é inconvenientes

referidos. Véase el tit. 6 de la Part. 6.ª, donde se consignan ambos beneficios de deliberar y de inventario.

482. El inventario se distingue en simple, sencillo, privado ó extrajudicial, y solemne ó judicial; artículos 427 y 429 de la ley de Enjuiciamiento, y ley 5, tit. 6, Partida 6.ª El primero es el que se forma haciendo una descripcion ó nómina de bienes por los mismos interesados privadamente, sin asistencia de testigos ni de escribano, ó con la de este pero requerida solo por las partes. El inventario solemne ó judicial es el que se practica con todas las solemnidades que prescribe el derecho, con asistencia del juez, si lo considera necesario, ó del escribano por comision ó mandato de aquel, á cuya aprobacion queda sujeto, y en presencia de los testigos correspondientes. Antes se dudaba por algunos autores sobre si la presencia del juez en la formacion del inventario era ó no necesaria. Febrero y la mayoría de los intérpretes opinaban por la negativa, fundándose en que ninguna ley lo mandaba, ni las 99 y 100, tit. 18, Part. 5.ª que prescriben la forma de extender el inventario los herederos y el tutor, ni la 5, tit. 6, Part. 6.ª Sin embargo, por el capítulo 5 del arancel dado á los tenientes de corregidor de Madrid con la fecha 11 de abril de 1768, se previno que los tenientes asistieran á los inventarios y tasaciones de bienes de testamentarias en los casos que hubiese que recontar dinero ó inventariar bienes ó alhajas preciosas: mas no en los desmás, por no creerse necesaria la presencia judicial y evitar los dispendios inútiles que entonces eran consiguientes al pago de derechos, y ahora al papel sellado que en tal caso debe usarse. Colon en su Instruccion de Escribanos, tom. 2, lib. 5, cap. 5, opinaba que tambien debia presenciario el juez cuando lo pidiese algun acreedor del difunto, y otros autores sentaban que tambien era necesaria la presencia del juez cuando falleciese uno abintestato dejando herederos menores, ausentes ó desconocidos. V. Escribano, Diccionario, art. *Beneficio de Inventario*. El art. 429 de la ley de Enjuiciamiento previene expresamente sobre este punto, que *para hacer los inventarios judicialmente, se dará comision al escribano sin perjuicio de que el juez pueda concurrir á su formacion en todo ó en parte, si lo considera necesario, como podrá suceder en los casos que se acaban de mencionar.*

### *Casos en que se practica el inventario judicial.*

485. Los inventarios se harán judicialmente, conforme al art. 427 de la ley: 1.º *Cuando estuviese intervenida la herencia*, porque por el solo hecho de la intervencion se manifiestan que existen motivos fundados para temer fraudes ú ocultaciones: 2.º *Cuando lo solicitare alguno de los que han sido declarados parte legitima para promover el juicio*, lo que se funda no solamente en que tal peticion hace presumir el temor mencionado, sino en que el juez no debe desatender las solicitudes de las partes en este juicio dirijido en general por voluntad de las mismas, cuando tienen por objeto prescribir seguridades á todos los interesados. Ademas, si esta solicitud se hiciera

por el que aceptó la herencia á beneficio de inventario y se la negara el juez, se le privaria de los beneficios efectos del mismo, puesto que para gozar de ellos es necesario hacer el inventario solemne y judicial, segun las leyes 100, tit. 18, Part. 3, y 3, tit. 6, Partida 6; por lo que los herederos no deben dejar de solicitarlo en tal caso. Se hace tambien judicialmente inventario cuando se promueve el juicio necesario de testamentaria, segun se dirá al tratar del mismo. No obstante, el testador puede prohibirlo en alguno de los casos indicados, segun diremos en el párrafo que trata de las reglas comunes á los tres periodos del juicio voluntario de testamentaria.

485. Para que el inventario produzca los efectos que le atribuye la ley, y que expendremos mas adelante, es necesario que se practique con citacion de las personas que tienen derecho á presenciarlo, y con las solemnidades que requiere el derecho.

*Personas que deben ser citadas para presenciarse el inventario.*

486. *Deben ser citadas para la formacion del inventario*, segun el artículo 450 de la ley de Enjuiciamiento, las personas á quienes considera el art. 406 como parte legitima para promover el juicio, pues todas ellas tienen igual interés en que se inventaricen fielmente los bienes, para que no aparezca minorado el haber hereditario por las razones expuestas al explicar dicho artículo. Asi, pues, lo serán: 1.º *Los herederos*, todos ellos de cualquier clase que fuesen, segun ya expusimos: 2.º *El cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, ó su representacion legitima*: 3.º *Los legatarios de parte alicuota del caudal*. La ley 3, tit. 6, Part. 6, disponia tambien que se citase á aquellos á quienes mandó el testador alguna cosa, en cuya cláusula se comprendian los legatarios de cosa determinada, y algunos intérpretes la extendian á los acreedores ciertos; pero dicha disposicion y doctrina no se observaba, como apunta Febrero, porque los legatarios y acreedores pueden reclamar en juicio las omisiones de bienes que hubiera habido en el inventario, y porque deduciéndose del caudal inventariado los créditos resultantes contra la herencia antes de hacerse la particion, ningun perjuicio puede irrogarse á los segundos. Y estas son las razones, porque la nueva ley no requiere la citacion de dichas personas, ni las considera tampoco parte legitima para promover el juicio, á las que debe agregarse la de estar en el arbitrio de las mismas la provocacion del juicio necesario de testamentaria.

487. En la citacion se hará constar el dia, hora y lugar en que se practicase el inventario para que puedan concurrir á presenciarlo.

488. La citacion se verificará en la forma acostumbrada. Respecto de los ausentes, á quienes representa el promotor fiscal, se procederá citando á este.

La ley 5.ª, tit. 6.ª, Part. 6.ª, prevenia que concurriesen por los que no se presentaren tres testigos: «E si por aventura alguno de aquellos que han de haber las demandas fuere á otra parte ó fuere en el lugar e non quisiere

venir cuando le llamaren, entonces dévese facer tal escrito ante tres testigos que sean omes de buena fama á tales que conozcan á los herederos.»

Esta disposicion se ha tomado de la Novela 1.ª, cap. 2.º, § 1.º, que dice: *Si vero adsunt aliqui interasse testes in ipsa civitate fide dignos, etc., non minus tres*. Cuando el avalúo se practicase al mismo tiempo que el inventario, deberá citarse á los peritos nombrados al efecto, mas no para que presencien el inventario, sino para verificar la tasacion.

*Cosas que deben inventariarse.*

489. Citados todos los que menciona el artículo anterior, el escribano procederá con los que concurren á hacer la descripcion de los bienes, por el orden siguiente:

1.º *Metálico*, expresando la especie en que se encuentra, si en oro ó plata; en la palabra *metálico* se comprende el papel moneda que lo representa, lo cual se expresará tambien.

2.º *Alhajas*, mencionando lo que representa cada una, la clase y número de piedras preciosas de que se componen, y su peso, si fuesen de oro ó plata, etc.

3.º *Efectos públicos*, señalando sus clases, serie, numeracion y demás particularidades que los designen ó que influyan en su valor.

4.º *Semovientes*, expresando su género, especie y número, si hubiese varios de una misma, sus años y demás señales y circunstancias que los distinguan y aumenten ó disminuyan su precio.

5.º *Frutos*, comprendiendo los vencidos hasta el dia de la muerte del testador, con expresion de su clase, calidad y peso, y los pendientes, ya sean naturales, como trigo, aceite, ya civiles como alquileres, réditos ó pensiones, expresando las fincas de que proceden. Pero los frutos naturales ó civiles que no quedaron pendientes ni vencidos y produjeron los bienes privativos del difunto ó del cónyuge superviviente desde la muerte de aquel y mientras se practica la particion, no se han de inventariar despues ni partir con los herederos de aquel, por pertenecer á los dueños de las fincas que los rindieron, excepto en los casos en que continúa tácitamente la sociedad legal. Ayora, Part. 4.ª, cap. 6.º, núm. 10.

6.º *Muebles*, designando su clase, v. gr. si consisten en instrumentos, ropas, catruajes, ó menajes de casa, y expresando el estado de su uso y señas particulares que los den á conocer y aumenten ó disminuyan su valor. En esta partida deben anotarse los vestidos del cónyuge sobreviviente, del difunto y de sus hijos, excepto los que se consideren de su uso diario, atendiendo á la clase y posicion de las personas y á la costumbre del pueblo, y asimismo el lecho cotidiano, con especificacion de las cosas de que se compone, pues aunque si no hay acreedores no se ha de dividir, porque toca al viudo ó viuda, sirve su descripcion para su restitucion especifica en el estado en que se halle, si contrae de nuevo matrimonio y en caso de haber acreedores, para que no se dude si es el festivo ó el cotidiano y si lo ha de llevar ó no el cónyuge en perjuicio de estos. Ayora, Part. 4.ª, cap. 3.º,

núm. 40. Si no se inventariase, no se ha de abonar al viudo, porque se presume que se quedó con él y carece de acción para que se le abonen dos.

7.º Raíces, expresando su clase y denominación, lugar en que se hallan situados, su cabida, linderos y gravámenes impuestos sobre los mismos.

8.º Derechos y acciones, que pertenecían al difunto, determinándolos de modo que se venga en conocimiento del valor que representan ó la persona contra quien se dirigen y demás circunstancias que influyan en su valor y eficacia. Esta disposición de la ley ha disuelto la dudas que suscitaban algunos intérpretes sobre que no debían inventariarse los créditos ó deudas á favor del difunto, á no que constasen por instrumentos ú otras pruebas legítimas, los cuales opinan también que tampoco debían inventariarse las deudas en contra del mismo, excepto que fueran líquidas, porque siguen la naturaleza de la obligación y requieren mayor conocimiento, el cual no toca al juicio de partición; sin embargo, Febrero, al hacerse cargo de esta opinión, decía ya, que no seguía en la práctica, poniéndose unas y otras deudas por vía de declaración con su respectiva calidad al fin del inventario, hubiera ó no instrumento que las acreditara; las primeras porque de omitirlas se dá lugar á ocultación y no se puede intentar su cobro, por ignorarse, ni aprovechar á los partícipes en la herencia, y las segundas para deducirse de esta (caso que se verifiquen) antes de proceder á la división, y no causar á los acreedores el perjuicio de tener que dirigir su acción por su importe ó prorata contra cada heredero después de hecha.

Además de esto, la ley 100, tít. 18, Part. 3.ª, que trae la forma de ordenar el inventario, no solo habla indistintamente, sino que dá á entender que se debe practicar así: «E primeramente otorgó que había faltado en las bienes de su padre el finado tantas cosas muebles e tantas raíces, e tantas deudas que el decían o que el decía, nombrando todas estas cosas cuantas son e cuales; e otrosí quien son los deudores e cuantas son las cartas de los deudas e por cual escribano fueron fechas.» El art. 431, que exponemos, viene, pues, á ratificar lo dispuesto por la ley de Partida en cuanto á las deudas en pró, á la cual deberá estarse para saber cómo deberá hacerse su designación.

Así, pues, deben inventariarse las deudas puras, condicionales ó á día cierto, que el testador tenía á su favor ó contra sí, y aun las dudosas, lo cual se expresará; también se inventaria, el débito del heredero, pues haciendo el inventario con la pureza legal, tiene derecho á cobrarlo como lo tienen los demás acreedores respecto de sus créditos. Pero no está obligado á poner en él los gastos que hizo en el entierro, ni otros que sean justos, y si se dudase de ellos, podrá probarlos por su juramento, testigos ú otros medios: ley 8, tít. 6.º, Part. 6.ª, glosa 1.ª

490. Deben inventariarse los bienes mencionados aun cuando concurren en ellos las circunstancias siguientes:

1.ª Aunque sean litigiosos, en cuyo caso se expresará que lo son; pero no han de abjudicarse hasta que se declare si pertenecen ó no á la herencia por ejecutoria.

2.ª Aunque sean legados específicamente y lo resista el legatario, no dudándose que son de la herencia, para ver si caben en la parte de que puede disponer el testador, cuando hay herederos forzosos, ó para que puedan sacar la cuarta falcidia si fueran extraños. Ayora cap. 3.º núm. 36.

3.ª Aunque sean dotales, parafernales ó de otra cualquiera clase de la mujer, que se hallaren entre los de su marido difunto, no para dividirlos entre los herederos de este, sino para entregarlos á su viuda, pues se presume que todos los que deja el difunto son suyos, mientras no se pruebe lo contrario, hecho lo cual por aquella, deberán entregársele.

4.ª Aunque se hallaren en poder del testador al tiempo de su muerte en depósito, comodato ó prenda, pues deben inventariarse para que no se extravíen ni se haga fraude á sus dueños á no que estos pidieran su entrega, la que deberá efectuarse.

5.ª Aunque se dudase si son ajenos, ó se ignorase quién sea su dueño, en cuyo caso se expresará que se inventarian con la calidad de restituirlos al que justificase esto. Mas los bienes que por confesión de los herederos, información sumaria, documentos ó demás pruebas legales, resultaren que pertenecen á alguno, deben restituirse á este. Si después apareciera que no era su dueño, podrán reclamarlos del mismo los herederos por la vía ordinaria. En conformidad con lo expuesto, dice Ayora de Partit. part. 1.ª, capítulo 3.º, núm. 36, que cuando se encuentran entre los bienes del difunto y este los poseyera como libres y no sujetos á restitución, no solo se han de inventariar, sino también dividir, porque se conceptúan según están, y por la poderosa razón legal de la posesión en que estaba el difunto que induce á su favor la presunción de que son suyos, pero á los que lo contradijeren se les reservará su derecho sobre la propiedad para que lo deduzcan en vía ordinaria, por exigir mayor inspección y conocimiento.

Se ha de añadir al inventario el importe del daño que uno de los herederos causó en alguna de las cosas de la herencia, después de la muerte del testador, si lo confiesa ó por medio legal se acredita sumariamente, y se le han de adjudicar las cosas perjudicadas, en vacío ó entrada por salida, como si efectivamente se le entregaran por el precio que valían antes de deteriorarlas. Si el daño fuera de tal consideración que excediese de la parte que le corresponde en el haber hereditario, debe indemnizar á los demás herederos lo que importe dicho exceso por afectar este á sus porciones. Pero si el heredero hizo el daño antes de fallecer el testador, no ha de inventariarse ni hacerse mérito de él en el juicio divisorio, sino que los coherederos han de usar de su derecho en el correspondiente, porque exige más prolijo examen é investigación y por no pertenecer dicha reclamación á aquel juicio, y si el heredero es condenado á su resarcimiento, se repartirá después su importe entre todos, en la forma expuesta, sin que por eso se suspenda la partición de los bienes efectivos. Lo mismo debe decirse del caso en que el heredero sustrajera bienes de la herencia antes de la muerte del testador, mas si los sustrajo después y se probase sumaria legalmente, deben comprenderse en el inventario, pudiendo los coherederos demandarle para que los

devuelva al cuerpo de bienes y se le adjudiquen en pago de su haber, lo que podrá verificarse en la forma expuesta en el caso anterior. Cuando el heredero negara el daño ó la sustracción y no se le probare sumariamente, se inventariaran las cosas en que consistan los bienes dañados ó sustraídos como dudosas, y se aplicaran proporcionalmente á cada uno en su partición, para que perciba su parte, caso que aquel fuera condenado en juicio. Véase lo que se dice sobre la pena que tiene por la ley el que sustrae ó comete daño en dichos bienes, al tratar de la reclamación sobre ocultación de bienes hereditarios, mas adelante.

491. Todos los bienes referidos deben incluirse en el inventario por el orden expuesto en el art. 431, y *todo se expresará*, haberse hecho así, en las diligencias que se extiendan con la claridad y precisión convenientes, segun dice la última cláusula, de dicho artículo. Sin embargo, este orden podrá variarse, cuando no pudieran anotarse todos los bienes de una misma clase sin dilaciones perjudiciales por no aparecer en el acto, como si por ejemplo, existieran en diferentes lugares ó cuando de separar unos de otros resultara disminución en su valor respectivo. El objeto de la ley es que se guarde el orden que ha creído mas conveniente para evitar los perjuicios que pudieran resultar de la confusión que ocasionaria la anotación de los bienes involucrando sus diferentes clases, pero no debe observarse estrictamente cuando por circunstancias especiales pudieran ocasionarse mayores perjuicios.

Se formará además del inventario general con igual claridad y precisión y concurrencia de los interesados, un inventario especial de las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren: art. 432. En este inventario se comprenderán los instrumentos públicos ó privados, libros y papeles concernientes á la herencia, v. gr. escrituras ó documentos de adquisición ó traslación de dominio de los bienes en que esta consiste, y de las relativas á censos, efectos y juros, derechos y acciones, y créditos activos y pasivos de la misma.

Finalmente debe advertirse, que el escribano no ha de proceder al inventario por adquisición un apremio, como se verifica en la vía ejecutiva y en las causas criminales, con el objeto de asegurar el débito, pena y costas, sino que debe estar á la manifestación voluntaria del que hace el inventario, pues si hubiera ocultación tienen los interesados la acción competente para no ser perjudicados por ello.

*Formalidades con que debe practicarse el inventario.*

492. Además de la citación de las personas mencionadas para la formación del inventario y de anotarse en él los bienes referidos, circunstancias que se refieren especialmente á la forma externa del mismo, deben observarse otros varios requisitos que pertenecen particularmente á su forma interna y son los siguientes, segun nuestras leyes anteriores.

1.º Que se haga el inventario á presencia de dos ó tres testigos vecinos del pueblo en que se formaliza, que sean de buena fama, conozcan al heredero ó al que hace el inventario, y oigan y vean lo que se escribe y sienta: leyes 100, tit. 18, Part. 3 y 5, tit. 6, Part. 6 y 4, tit. 25, lib. 10 de la Nov. Recop. La ley 100 de Partida exige tres testigos, mas como estos no concurren en tal caso por vía de solemnidad, sino de prueba, y para esto bastan dos testigos segun la ley recopilada, se ha adoptado generalmente esta disposición. Cuando lo presencia el juez, no se requieren testigos, porque entonces no es ya el inventario una escritura pública, sino que adquiere la fuerza de un acto judicial.

2.º Que se exprese en el inventario el dia, mes, año, y lugar en que se empieza y concluye, no solo por la razon general de que así se requiere para todo instrumento público, con el fin de que se sepa desde cuando principió á producir sus efectos, sino por la particular respecto del inventario, de saberse si se ha principiado y concluido en el término requerido para gozar de su beneficio.

3.º Que se empiece y concluya en el término legal. Segun la ley 2, tit. 6, Partida 6, los herederos deben principiar el inventario á los 50 dias *desque supieren* que son herederos del finado, de lo que deducen algunos autores que la ley se refiere solamente á la apertura de la sucesión, sin requerir la adición de la herencia; pero otros autores interpretan con mas fundamento, que la ley requiere la circunstancia de haberse aceptado la herencia para principiar á computar dicho término: así es que los glosadores suplen á la ley final del código, tit. *de jure deliberandi*, de que se tomó la de Partida citada, la cláusula *et posquam addita sit hereditas*. De la misma opinion es Gregorio Lopez en la glosa 5 á esta ley que recibe su explicación y complemento de otra cláusula posterior comprendida en ella que diciendo, *facen los herederos tal escritura como esta porque despues*, non sean tenudos de pagar las deudas de aquel que heredaron, fueras ende en tanta cuantía quanto montaren los bienes que heredaron del finado, parece da á entender que el heredero aceptó ya la herencia, pues de otra suerte estaria obligado á pagar todas las cargas de la misma. Explica mas clara y expresamente dicha ley la 10 del mismo título y Partida que dice, si el heredero *desque oviere entrado la heredad del testador* non ficiera el inventario fasta aquel tiempo que de suso dijimos, dende adelante fincan obligados tambien los sus bienes que oviese de otra parte, como los que ovo del testador para pagar cumplidamente las deudas e las mandas del facedor del testamento, e non puede retener nin sacar para sí la su quarta parte de los bienes del testador, ni de las mandas, antes las debe pagar enteramente, pues que non fizo el inventario á la sazón que debia. Cuestionase tambien sobre si valdrá el inventario aunque se principie pasados los 50 dias, con tal que se empiece y concluya dentro de los tres meses, estando la opinion general y la práctica por la afirmativa. La misma ley 5 de Partida señala para concluir el inventario el término de tres meses, en los cuales se incluian los treinta dias concedidos para principiarlo e hanlo acabar fasta tres meses; el referirse la

ley anterior á meses y no á dias, como hacia la ley romana de que fue tomada, concediendo el término de treinta dias para principiár el inventario y de sesenta para acabarlo, esto es, de noventa para todo, dió ocasion á los autores para contender sobre si valdria el inventario concluido á los 91 dias. Gregorio Lopez en la glosa 6.<sup>a</sup>, opina por la afirmativa y aun cita en su apoyo la ley 101, tit. 17, lib. 50 del Digesto. Dicho término se entiende si se hallan los bienes en el distrito del pueblo del fallecimiento del testador, pues hallándose en diversos lugares, puede el juez conceder un año ademas de los tres meses, segun la misma ley 5. Este término es continuo y perentorio, mas la práctica ha admitido su próroga cuando hubiese causa grave y justo impedimento, como enfermedad, ausencia, ó imposibilidad de sentar todos los bienes por su gran número, en el término marcado.

La nueva ley de Enjuiciamiento no dice nada expresamente acerca del término en que debe principiarse y concluirse el inventario, en el artículo en que expone los casos en que ha de hacerse judicialmente; pero en el referente á los casos del inventario extrajudicial dice que se señalará á los interesados término bastante para que le formen y presenten, atendida la situacion y calidad de los bienes. De aquí parece poder deducirse, que en el día deja la ley al prudente arbitrio judicial la apreciacion del término necesario para inventariar los bienes de la herencia, que ser mayor ó menor segun fueran estos mas ó menos numerosos y situados en un mismo punto ó en diversos, ó que se hallaren mas ó menos distantes, y en su consecuencia, segun que fuere preciso mas ó menos tiempo para cumplimentar las cartas ordenes ó exhortos que deben expedirse con aquel objeto. Sin embargo, el juez deberá ser muy cauto en el uso de estas facultades, cuando se trate del inventario judicial, debiendo ajustarse en lo posible á las disposiciones y doctrinas anteriores. Estas se observarán estrictamente en lo relativo al término para principiár el inventario, cuando se aceptare la herencia con este beneficio.

Al terminar cada dia las horas empleadas en formar el inventario, se extenderá diligencia en que se expresen estas, para que puedan regularse las dietas ó derechos, y asimismo el número de objetos inventariados y las piezas ó lugares en que se hallaban estos.

4.º Que firmen el inventario el juez, si concurriese al acto, el heredero y si no supiese un escribano por él, segun la ley 100, tit. 18, Part. 5 y la 5, título 6, Par. 6, si bien lo que se practica es que el heredero ó quien hace el inventario lo firme todos los dias con los interesados presentes y si no sabe escribir, firma por él y por todos los demas uno de los testigos presentes á su ruego, autorizando el acto el escribano.

Tambien requieren las leyes 100, tit. 18, Part. 5 y la 5, tit. 6, Part. 6, que el heredero ó quien hace el inventario exprese al final que se halla hecho bien y fielmente sin omitir cosa alguna á sabiendas, y que proteste agregar á él otros cualesquiera bienes y efectos que aparezcan pertenecer á la herencia, tan pronto como llegue á su noticia. Casi todos los autores al indicar esta expresion dicen, que se verifique bajo juramento; pero las

leyes no requieren tal solemnidad. Este juramento, dicen Febrero y Escriche no es esencial en el inventario, por manera que solamente sirve para excluir la presuncion de que se ha ocultado algo y para que el que alega la ocultacion tenga el gravámen de probarla como que le incumbe porque se fundó en afirmativa. La protesta puede favorecer al heredero respecto de la pena que se le impone si no hace el inventario con pureza, segun se dirá mas adelante.

*Efectos del inventario.*

192. Los efectos que produce el inventario formado con las solemnidades que requiere la ley, son los siguientes:

1.º En primer lugar, cuando el heredero acepta la herencia á beneficio de inventario, no está obligado respecto de las deudas del difunto, ó á los acreedores de este ó de las cargas hereditarias, sino en cuanto alcancen los bienes de la herencia sin que tenga que satisfacer aquellas obligaciones ó cargas con sus bienes propios, como sucede cuando acepta la herencia sin beneficio de inventario, ó formó este fuera del tiempo debido; y aun, si despues de pagadas las deudas, no alcanzaren los bienes de la herencia para pagar todas las mandas sin perjudicar á su legítima si fuere heredero forzoso ó á la cuarta falcidia, si voluntario, puede retener estas para sí por corresponderle por derecho: ley 7, tit. 6, Part. 3.

2.º No puede ser obligado el heredero que aceptó la herencia á beneficio de inventario, á pagar las mandas que hubiese dejado el testador, hasta despues de cubiertas las deudas de este; si pagó las mandas antes que las deudas, y no quedan bienes para cubrir estas, los acreedores no deben repetir contra el heredero, sino contra los legatarios, por razon de lo que se les entregó indebidamente; dicha ley 7. Pero esto debe entenderse como observa Gregorio Lopez, con razon, en la glosa 9 de esta ley, cuando el heredero pagó con buena fe, ignorando que habia acreedores; en caso de duda lo mas seguro para el heredero será exigir fianza á los legatarios de restituir lo que percibieren de mas á los acreedores. Si pagó sabiendo que habia acreedores, se entiende que hizo una donacion y pueden estos repetir contra él.

3.º Conserva ilesas é íntegras el heredero todas las acciones, créditos y derechos que tenia contra el difunto, pudiendo ejercitarlas contra la herencia como cualquier otro acreedor, por no confundirse sus bienes con los hereditarios, de suerte que no puede trabarse ejecucion en aquellos por las deudas que pesen sobre estos: ley 8, tit. 6, Part. 6.

4.º Por el inventario se presume que todos los bienes contenidos en él fueron de aquel por cuya muerte se hizo, aunque este procede solamente contra el que los puso ó mandó poner. Febrero dice que prueban contra este de tal suerte que aun cuando él ó sus herederos aleguen ser suyos algunos de los inventariados, no serán oidos, porque se juzga que el que lo formó los donó al sugeto á cuyo favor lo formalizó. Además, añade, por el hecho de inventariarlos hace una especie de confesion de que son de aquel

en cuyo nombre los inventarió, por lo que no puede ir contra su propia confesion, pues que esta, siendo hecha con ciencia cierta, induce donacion. En seguida expone dicho autor varias excepciones á esta doctrina, como la de protestar el inventariante ser suyo algun objeto inventariado en el acto de inventariarle, ó ser inmueble, por no reputarse que lo hubiese donado, ó cuando consta haber intervenido error ó por probar por vista ocular que era suyo y en otros varios casos. Todos ellos pueden incluirse en la regla general de que se verifique prueba suficiente para destruir la presuncion mencionada que por dominar de confesion ficta, pueda desvirtuarse por prueba en contrario y ceder á ella, V. lo expuesto sobre la fuerza de la confesion ficta ó presunta al tratar de la prueba de confesion en el lib. 2.º de las disposiciones generales á los juicios, y de la contumacia, en el lib. 5.º sobre el juicio ordinario. Mas esta presuncion no prueba contra un tercero, por lo que, siempre que este haga constar que son suyos algunos de los bienes contenidos en el inventario, se le deben entregar, pues como no presencié su formacion ni fue citado para ella, no le debe perjudicar la confesion voluntaria y errónea ó maliciosa que hizo el heredero ó el que lo formalizó: ley final, tít. 18, Part. 2, Escob. de ratioc., cap. 11, Vela dis. 38, números 3 y 27.

En orden á si el heredero ó el que formó el inventario podrán contravenir ó reclamar contra la delaracion del difunto en la que al tiempo de morir afirmó dejaba bienes determinados ó si esta declaracion induce prueba contra ellos, de modo que no se les permita alegar que el testador padeció equivocacion, se ha de distinguir de casos. Si el heredero reclama en virtud del nerecho que le acompaña por su propia persona, v. gr. por haber enajenado alguna cosa suya el difunto, puede impugnar legitimamente dicha declaracion. Pero si lo hace en virtud del derecho que le compete por la persona del difunto, no puede impugnar la declaracion de este, aunque algunos afirman que en ambos casos está obligado indistintamente á su observancia en cuanto lo permita lo que fuere de la herencia: si el testador hizo ó declaró alguna cosa segun y conforme á derecho, tiene el heredero igual obligacion, a menos que pruebe haberlo hecho ó declarado el difunto con error manifesto: y si fue contra derecho, puede impugnarlo como podria hacerlo el mismo á quien representa. V. Febrero reformado por Goyena: tomo 2.º, pág. 25.

5.º Que durante el término concedido para la formacion del inventario, no pueden los legatarios demandar al heredero para el pago de sus mandas: ley 7, tít. 6, Part. 6.

Gregorio Lopez en la glosa 2.ª de dicha ley, hace extensiva esta disposicion á los acreedores respecto de la reclamacion de sus deudas, porque aunque no los menciona la ley de Partida, la ley final, Cod. de jure delib., de que se halla tomada esta, se refiere á ellos; asi se infiere tambien de la cláusula posterior de la ley de Partida á ninguno de aquellos que han de haber algo, y asi debe entenderse en efecto, sin que obste la disposicion de la ley 15, tít. 15, Part. 1, que es general y no comprende el caso especia

del inventario. Esta doctrina se extiende aun al caso en que no es judicial la testamentaria.

#### *Inventario extrajudicial.*

495. En todos los demás casos en que no tienen que hacerse los inventarios judicialmente, segun se ha expuesto, se harán extrajudicialmente, señalando á los interesados término bastante para que lo formen y presenten, atendidas la situacion y calidad de los bienes: art. 428. Para hacer este inventario no es precisa la presencia del escribano, ni tampoco las solemnidades propias de un instrumento público, pues que se hace por convenio privado de los interesados; pero sí deberá practicarse con aquellos requisitos convenientes para evitar reclamaciones de los mismos, y para que consten con claridad los bienes que se inventarian; así es que deberá citarse á las personas marcadas en el art. 430, é incluirse en él las mismas cosas, y por el mismo orden que en el judicial. El término que señale el juez para formararlo, podrá prorogarse por justa causa, segun se dijo al tratar del inventario judicial. Terminado, debe firmarse por los interesados. Este inventario produce sus efectos entre los que lo practicaron ó aprobaron.

#### *Aprobacion judicial de los inventarios.*

494. Concluido el inventario judicial, ó presentado al juzgado para su aprobacion el practicado extrajudicialmente, el juez conforme dispone el artículo 433, traerá los autos á la vista y lo aprobará si estuviesen conformes todos los interesados, lo que resultara de haberlo formado, y ratificasen sus firmas si no concurrió escribano, y de no expresarse en el inventario su fallo de conformidad. Mas aun en tal caso, el juez no está obligado á aprobar ciegamente el inventario, cuando lo hallase defectuoso ó se perjudicase en él á ausentes menores ó incapaces, á quienes se debe amparar y proteger. Si no hubiese conformidad, bien sea expresa, como cuando se consigne en el inventario, ó presunta, como si no hubieren firmado ó estado presentes todos los interesados, mandará el juez poner de manifesto el inventario en la escribanía por término de ocho dias, para que los interesados puedan formular las reclamaciones que estimen convenientes: para lo cual se notificará á los mismos el auto en que así se mandase.

495. Pasado dicho término, sin haberse formalizado ninguna reclamacion, el juez mandará traer los autos á la vista y aprobará el inventario en la forma antes establecida: art. 434. Aunque la ley nada ha establecido sobre la forma en que debe aprobarse el inventario por el juez, es claro que deberá ser por medio de la correspondiente providencia que se extenderá á continuacion en los autos, como se expresa en el principio del siguiente artículo. Estas providencias aprobando el inventario en los casos antes referidos, esto es, en el de estar conformes los interesados desde luego con el inventario, ó en el de dejar pasar el término para reclamar contra él, se no-

tificarán á todos los citados para su formacion, y son apelables en el término de cinco dias en un solo efecto; es decir, solo en el devolutivo, mas no en el suspensivo, para evitar los perjuicios que de dilatarse la prosecucion del juicio de testamentaria, pudieran originarse á los demás interesados: art. 435.

*Reclamaciones sobre exclusion ó inclusion de bienes de la herencia en el inventario.*

496. Las reclamaciones que se hicieren contra el inventario, y que tendrán principalmente por objeto, segun se deduce de los art. 439, 441 y 442, que se excluyan de él bienes comprendidos indebidamente, ó que se incluyan otros que se omitieron ú ocultaron por el que lo forma, ya por error, ignorancia ó aun por malicia, con la idea de apropiárselos, se sustanciarán en la via ordinaria, esto es, por los trámites del juicio ordinario de mayor ó de menor cuantía, segun fuese el importe de lo ocultado ó incluido, ó bien del juicio verbal, conociendo de ellos el mismo juez que entienda de la testamentaria, por formar aquellas reclamaciones, incidencias de dicho juicio. Esta disposicion del art. 437, tiene por objeto que no se involucre ni dilate el juicio de testamentaria innecesariamente, y asimismo dar á la tramitacion de aquellas demandas que deben redactarse en la forma que las del juicio ordinario, la amplitud necesaria para que puedan decidirse con prévio conocimiento de causa. Con el fin de evitar la ley gastos y dilaciones inútiles, dispone en el mismo artículo, consecuente con lo prescrito en el 255, que se formen piezas separadas, cuidándose que los que sostengan la misma causa, litiguen bajo una sola direccion, y representados todos por un procurador, para cuyo objeto se requerirá y dará plazo á los interesados, para que se pongan de acuerdo si ya no lo hubieren hecho. Con los mismos fines ya indicados, dispone el art. 438, que las reclamaciones contra la aprobacion del inventario, no suspenderán la sustanciacion del juicio, que continuará hasta el fin del segundo periodo, esto es, del avalúo.

Si las reclamaciones tienen por objeto excluir alguna cosa del inventario, no se comprenderá esta en el avalúo hasta que recaiga ejecutoria declarándola bien inventariada, para evitar diligencias y gastos que podrian ser inútiles, si se declaraba por la ejecutoria no deber excluirse dicho objeto del inventario, segun se dirá al tratar del avalúo, que es al periodo del juicio á que se refiere esta disposicion, idéntica á las de los art. 441 y 442, pertenecientes al mismo

497. Todas estas disposiciones se refieren á los casos en que la ocultacion ó inclusion indebida, se supiesen despues de formado el inventario, pues si se tenia noticia de ellas anteriormente al formarlo, se procederá segun se ha dicho al tratar de las cosas que deben inventariarse.

498. Debe advertirse tambien, que aunque el art. 443 solo concede ocho dias para reclamar sobre la omision ó inclusion indebidas, podrán los interesados hacer las reclamaciones, aun transcurrido dicho término, si jus-

tificasen no haberlas podido entablar antes, por ignorar el hecho ó por otras justas causas que se lo impidieren. Si estas reclamaciones se entablaren hecha la particion, conocerá de ellas el juez del fuero del ocultador, por haber concluido el juicio de testamentaria.

Cuando la ocultacion ó inclusion se hubieren hecho con malicia y ánimo de defraudar á los interesados, tienen estos, ademas de la accion civil, la criminal, que deberá tambien seguirse en el juicio correspondiente en pieza separada.

499. El heredero que sustrajese ú ocultase maliciosamente alguna cosa de la herencia, debe restituir el doble de lo ocultado en beneficio de los acreedores y legatorios: ley 9, tit. 6, Part. 6. Gregorio Lopez en la glosa 1.ª á dicha ley sienta, que el heredero debe sufrir tambien la pérdida de la cuarta falcidia que por derecho le corresponde apoyándose en la Auténtica, *de hered. et falcid.* y fundándose en que acreciéndose la falcidia contra todos los legatarios por causa de ocultacion ó sustraccion de bienes, es justo que el heredero quede castigado respecto á todos los legatarios y que no perciba de ninguno de ellos la porcion correspondiente á la falcidia. Conviene los intérpretes sobre si ademas de estas penas, será nulo el inventario y perderá el heredero el beneficio del mismo que la ley le concede, quedando obligado á satisfacer la totalidad de las deudas y legados aunque excediesen del importe de los bienes hereditarios. Los que opinan por la afirmativa, entre los que se cuenta el Sr. Escriche, Diccionario; at. *beneficio de inventario*, se fundan, en que siendo el inventario una descripcion de las cosas de la herencia, no puede decirse que se ha ejecutado, cuando se dejaron de incluir en él algunos de dichos bienes, y principalmente, en que por el hecho de tomar el heredero parte de la herencia, ha ejercido un acto de heredero puro y simple, doctrina que apoyan en la disposicion de la ley 12, tit. 6, Part. 6, que dice: «si el hijo de algund ome que fuesse finado non quisiese recibir la heredad de su padre, entendiendo que era mucha cargada de debdas, é maliciosamente traspusiese ó furtase algunas cosas de la heredad (herencia) ó de los bienes della, decimos que por razon de aquello que encubrió ó furtó se entiende que recibió la heredad (herencia) de su padre é que es obligado por ella de manera que non la puede despues desechar, si alguna cosa de estas le fuese probada.» Los que llevan la opinion negativa, que segun apunta Febrero es la mas comun, se fundan respecto de no anularse el inventario, en que cuando la ley en vez de anular, impone pena ó castigo, vale el acto, y en cuanto á no perder el beneficio de inventario el heredero y en su consecuencia no estar obligado á pagar todas las deudas y legados de la herencia, se apoya en que no hay ley que le condene á ello. Y asi es en efecto, puesto que la ley 9, tit. 6, Part. 3., que es la que expresa y directamente marca la pena que debe aver el heredero que maliciosamente hace el inventario, segun dice su epigrafe, no menciona la pérdida del beneficio de inventario, ni la nulidad de este. En cuanto á la disposicion de la ley 12 citada, ademas de ser general y no especial para el caso de que se trata, se refiere al de que el heredero hiciere la sustraccion antes

de abstenerse ó de repudiar la herencia segun dice Gregorio Lopez, fundado en la clausula, «*si trasposiere ó furtase*, y en la de «*non la puede despues desechar*» y mas especialmente en el párrafo final de la ley 71, tít. 2, lib. 29 del Digesto, de la que se ha tomado la nuestra, que dice: *Hanc verba Edicti ad eum pertinent qui antea quid amovit, deinde se abstinet: ceterum si ante se abstinuit, deinde tunc amovit, hæc vileamus, an Edicto locus sit. Magisque est ut putem isti Sabinie sententiam admitedam: scilicet furti potius actione creditoribus teneatur etenim qui semel abstinuit quemadmodum ex post delicto obligatur?*

Ademas la disposicion de la ley de Partida citada, solo tiene aplicacion como se lee en la misma «respecto del hijo ó de los otros herederos que descendiesen por linea derecha del finado ó que eran en su poder á la sazón que finó,» esto es, á los herederos llamados por derecho romano *suyos*, porque se consideraban aun viviendo el padre como copropietarios de los bienes de la familia, y en su consecuencia, cuando heredaban á aquel sucedian por decirlo asi, en bienes que les pertenecian anteriormente, siendo heredero suyo, en virtud de su propio derecho, *sui heredes*. El objeto pues de esta ley es considerar (siguiendo los principios generales sobre la aceptacion de la herencia y teniendo en cuenta los efectos de la *suidad*, algunos de los cuales se conservaron en las leyes de Partida, segun advierte Gregorio Lopez en la glosa 8.<sup>a</sup> á dicha ley), que cuando el heredero descendiente del finado toma alguna cosa de la herencia, la toma como suya en cuenta de la parte que en ella le corresponde por su derecho á la misma, y en su consecuencia se entiende que gestiona como heredero y que acepta la herencia simplemente. No se entiende, pues, que sustrae aquellas cosas con ánimo de hurtarlas, ni se da contra él la accion de hurto, como establece la misma ley de Partida respecto de los herederos extraños, siguiendo á la ley 21, tít. 2 lib. 29, del Digesto, por no tener estos herederos los derechos que los descendientes ó herederos suyos.

La ley 12 de Partida citada no se refiere, pues, al caso de que hubiere el heredero aceptado la herencia, ni aun á beneficio de inventario, ni es aplicable á él el espíritu de la misma, puesto que como dice Febrero y los demás intérpretes, cuando cualquiera de los herederos despues de aceptada la herencia sustrae algunas cosas de ella, no es visto tomarlas con ánimo de hurtarlas y defraudar á los coherederos, sino en cuenta de su parte, porque tiene derecho á ella *pro indiviso* y se contempla cuasi dueño; bien que los coherederos pueden indemnizarse y recuperar las cosas sustraídas ó su importe, pretendiendo que el que las sustrajo las devuelva á la herencia para su repartimiento ó que se le imputen en su haber, y no cabiendo en este, que restituya el exceso; lo propio milita para con la mujer y consocio, porque son dueños del todo en los mismos términos, leyes 6 y 17, tít. 10. Part. 5, y 4., tít. 14, Part. 7. Esta doctrina es igualmente aplicable al caso de que se acepte la herencia á beneficio de inventario, pues si bien entonces no está obligado el aceptante á pagar mas de lo que importare aquella, no por eso deja de producir utilidades y ventajas su aceptacion y las diligencias

que por su causa tiene que practicar, además de adquirir él derechos atendibles al remanente del haber hereditario, y de demostrar que tenia esperanzas fundadas de que hubiera bienes suficientes para pagar las cargas; por todo lo cual, es acreedor á que se le apliquen los efectos legales que al aceptante pura y simplemente en el caso mencionado de sustraccion.

500. Lo expuesto no obsta para que cuando hubiese lugar á la accion criminal de hurto ó defraudacion, se apliquen las penas que marca el Código Penal en sus artículos 458, 459 y 452, en el correspondiente juicio criminal.

501. La accion de ocultacion respecto á la pena no se dá contra los herederos del ocultador á no ser que este haya contestado á la demanda, pero sí en cuanto á la revindicacion de lo ocultado.

502. Se exime de la pena de ocultacion el heredero que protestase agregar al inventario todos los bienes de que despues tuviese noticia haber pertenecido al difunto al tiempo de su muerte, pues que esta protesta excluye el dolo presunto por su omision, mediante á que es propio de la protesta conservar el derecho del que la hace, y por lo tanto, si en virtud de ella el que omitió incluir algo en el inventario, lo añade luego que lo sabe queda relevado de la pena, mayormente habiendo hecho juramento de no tener noticia de otros bienes, créditos ni efectos. Mas, no obstante, si con presunciones ó conjeturas vehementes se probase que la omision fue maliciosa y dolosa, no le sufragará la protesta para eximirse de la pena, respecto convenciéndose de su dolo, y mucho menos, si habiéndosele notificado que aumente y sienta en el inventario tales bienes determinados, que se le señalen, no quiere y despues se averigua que al tiempo de la muerte del testador se hallaban en su herencia, pues una vez interpelado se constituyó en verdadero dolo, y porque con el que de esto es convicto, no debe usarse indulgencia. Vela, Disert. 26, núm. 79.

503. Para que el heredero que omitió maliciosamente inventariar algunos bienes, incurra en la pena del duplo y pierda la cuarta falidia, han de concurrir simultáneamente los siguientes requisitos:

1.<sup>o</sup> Que el que alegue la ocultacion, especifique con individualidad los bienes ocultados y no inventariados.

2.<sup>o</sup> Que pruebe además que fueron ocultados con ciencia cierta, dolo y malicia por el que hizo el inventario, pues el que alega culpa, debe probarlos.

3.<sup>o</sup> Que igualmente pruebe que los bienes ocultados se hallaban en poder del difunto al tiempo de su muerte, pues no basta que lo estuviesen poco antes, porque el que hace el inventario tiene á su favor la presuncion de que no habia mas entonces:

*Aprobado el inventario ó formadas las piezas separadas para sentenciar las reclamaciones que sobre él se hicieron, comenzará el segundo periodo del juicio: art. 440. Para ello mandará el juez en el auto porque aprobare el inventario, que se proceda al avalúo de los bienes de que consta.*

## § III.

*Del avalúo ó tasacion de los bienes inventariados, segundo período del juicio de testamentaria.**Qué se entiende por avalúo, su objeto, necesidad y bienes que deben valuarse.*

504. Por avalúo se entiende la determinacion del valor que tienen los bienes inventariados. Su objeto es que puedan distribuirse estos entre los interesados con la debida igualdad y exactitud, pues como dice Febrero, sin la valuacion no puede procederse á la particion, porque ni los fondos y edificios son iguales, ni los muebles y semovientes de un mismo valor, especie ó calidad para que distintamente se pueda aplicar uno á cada partícipe. Tiene tambien por objeto el avalúo evitar que el heredero ó el que hace el inventario, defraude á los coherederos, suplantando ó sustituyendo unos bienes por otros. De aquí, pues, que sea el avalúo requisito esencial de este juicio. Solo dejará de hacerse por los interesados cuando el mismo difunto valuó sus bienes antes de fallecer, en cuyo caso no debe reiterarse despues su aprecio, porque se presume haberlo aquel hecho justificadamente á no que se pruebe que padeció error ó que por alguna causa no se condujo en la tasacion con la rectitud que debía.

505. Serán valuados todos los bienes inventariados, á excepcion de aquellos cuya exclusion se halla pretendida por haberse incluído en el inventario indebidamente á causa de no pertenecer á la herencia, conforme se ha expuesto ya y segun dispone el art. 441, hasta que, como ha prevenido el art. 439, recaiga ejecutoria declarándolos bien inventariados. Estas disposiciones tienen por objeto evitar los gastos y dilaciones de la tasacion, que serian inútiles si se declarase por la ejecutoria, no deberse comprender aquellos bienes en el inventario.

Aunque el art. 441 requiere que se tasan todos los bienes inventariados, se ha de entender que se refiere á los que han de ser objeto de la particion, mas no á los que, como agenos, solo se inventariaron para evitar su extravío.

No se evaluarán tampoco, por la misma razon, los bienes cuya inclusion en el inventario esté solicitada, hasta que se declare por ejecutoria que deben hacer parte del caudal, art. 442. Estas disposiciones son correlativas á los arts. 435 y 436, que se exponen mas adelante.

*Modo de practicar el avalúo.*

506. El avalúo debe hacerse por peritos que nombren los interesados, esto es, los que son parte legitima para promover el juicio, pues que este se rige por la voluntad de aquellos, de comun acuerdo, en junta que se convocará al efecto por el juez en el auto correspondiente: art. 443.

Los interesados podrán convenirse en nombrar un solo perito para cada

clase de bienes, pero no para que este solo tase los de diferentes clases, v. gr., fincas, alhajas, á no tener conocimientos para ello, pues deberá nombrarse un perito por lo menos para cada clase de bienes, y si estos se hallaran en diversas poblaciones, habrá que nombrar otros peritos residentes en ellas ó sus cercanías, y se expedirán los exhortos correspondientes para la tasacion.

507. Cuando no hubiese avenimiento respecto del número y persona de los peritos, la ley, teniendo en cuenta la mayor ó menor consideracion que se debe á los diversos interesados que concurren al juicio, á la contraposicion de sus intereses, á la circunstancia de concurrir ó no todos aquellos y á la conveniencia de evitar los gastos y dilaciones que ocasionaria el excesivo número de peritos, determina el número de estos que puede nombrar cada clase de interesados segun la diversidad de casos. Asi, pues, dispone por regla general, en primer lugar, en su art. 444, que si no se pudiese obtener acuerdo de los interesados, tendrán derecho á nombrar peritos: 1.º del cónyuge que sobreviva; 2.º los herederos, entendiéndose que por parte de todos ellos se ha de nombrar un solo perito; 3.º el legatario ó legatarios de parte alicuota del caudal, todos los cuales deberán nombrar igualmente un solo perito, art. 444.

Pasando en seguida la ley á hacer aplicacion de esta regla á los casos en que concurren todas estas personas, ó solo algunas de ellas, previene, que cuando concorra el cónyuge del finado y los herederos y legatarios de parte alicuota, el primero nombrará un perito y todos los demás otro, art. 445. Parece que en este caso y consiguientemente con lo prescrito en el art. 444, deberian nombrar un perito los herederos y otro los legatarios, no solo porque estas personas forman dos clases distintas de partícipes, sino tambien porque no parece equitativo que se limite la facultad de todas ellas al nombramiento de un perito, cuando el cónyuge puede nombrar otro y contrabalancear por sí solo los intereses de todos aquellos. Sin embargo, el señor Laserna defendiendo esta disposicion en sus motivos de la ley, dice que «no debe estrañarse la union que aquí se hace de herederos y legatarios, porque es igual el interés de todos ellos, porque los legatarios de parte alicuota experimentan en proporcion á la cuota que á cada uno se deja, las mismas ventajas y los mismos perjuicios que los herederos.» Con mayor razon será aplicable lo dispuesto en el art. 445 al caso de que concorra el cónyuge y los herederos, mas no los legatarios, ó estos y no los anteriores, pues el espíritu de la ley es facultar al cónyuge para nombrar un perito y á los herederos ó legatarios para nombrar otro, atendiendo á la contraposicion de los intereses de estas clases de partícipes.

Quando solo concurren herederos, si no conviniere en la designacion de los peritos, cada cual de ellos nombrará uno: art. 446: de suerte que aquí el nombramiento se verifica por cabezas, aunque el interés de unos herederos en la herencia sea mayor que el de otros, por pertenecer los concurrentes á una misma clase de partícipes y tener un mismo interés. Tal vez hubiera sido mas equitativo facultar para nombrar un perito al heredero

cuyo interés en la herencia hubiera sido notablemente mayor que el de los otros, pues de esta suerte se hubieran evitado los abusos á que pudiera haber lugar de tener las mismas facultades unos que otros. *Lo mismo que previene el art. 446 en su primer párrafo, sucederá segun dispone su párrafo segundo, cuando concurran herederos y legatarios de parte alicuota.* En su consecuencia, atendiendo á la letra de esta disposicion, cada uno de los herederos ó legatarios deberá nombrar un perito, lo cual pudiera fundarse en la razon alegada por el señor Laserna sobre la reunion de los herederos y legatarios que prescribe el art. 445 para nombrar un solo perito cuando concurren con el cónyuge. Pero en contra de esta interpretacion existen las consideraciones expuestas sobre dicho art. 445, y ademas no tendria aplicacion en ningun caso lo prescrito en la regla general del art. 444, sobre que cada una de las clases de legatarios ó de herederos deba nombrar un perito. Por esto sin duda el señor Laserna al explicar el segundo párrafo del art. 446, dice, que «cuando solo hay herederos y legatarios de parte alicuota, cada clase nombrará su respectivo perito».

Mas como segun el art. 496, que expondremos mas adelante, deben atenderse los herederos voluntarios á lo dispuesto por el testador, respecto de mismo inventario, liquidacion y division de bienes, y en su consecuencia pudieran hallarse en contraposicion los intereses de alguno de ellos con los de los demás interesados en la herencia, previene el art. 447, que *para el avalúo de cualesquiera bienes en que por efecto de las disposiciones del testador, puedan estar los intereses de alguno ó algunos de los herederos en contraposicion con los de los demás partícipes de la herencia, aun cuando aquellos lo sean de cosa determinada, tendrán derecho los que se encuentren en dicho caso á nombrar un perito para cada clase de bienes y otro los demás interesados reunidos;* de suerte, que aqui se atiende para el nombramiento del número de peritos á los intereses encontrados que hubiera.

Asimismo cuando el testador nombrare peritos para la tasacion, deberá estarse á su voluntad, conforme á lo prescrito por el art. 496, y no habrá lugar á nombramiento de peritos por parte de los interesados.

508. *Si los que deben nombrar peritos no se pusiesen de acuerdo, se observará lo que para este caso previene el § 3.º de la regla 1.ª del artículo 505, esto es, el juez insaculará los que propongan y el que designe la suerte practicará la diligencia, todo en la forma expuesta al explicar dicho párrafo, el núm. 903 del lib. 2.º de esta obra.*

509. *El nombramiento de peritos y de tercero en casos de discordia se sujetará á las reglas 1.ª, 2.ª, 5.ª y 8.ª del mismo art. 505, expuesto en el núm. 901 y siguientes del lib. 2.º de este tratado: art. 449. Las disposiciones citadas respecto del nombramiento se entienden en cuanto á su forma, pero este debe verificarse en la junta que se convoque al efecto, segun lo prescrito en el art. 445.*

510. *Los peritos y el tercero en caso de discordia, desempeñarán su encargo del modo que previenen las reglas 4.ª, 5.ª, 6.ª, 7.ª y 13 del citado art. 505, expuestas en los números 908 y siguientes del lib. 2.º de esta obra.*

511. *Tambien es aplicable á los peritos nombrados para la valuacion de los bienes hereditarios, la regla 9 del art. 505, expuesta en los núms. 915 y siguientes del citado libro 2.º, y repetida en el art. 415 sobre que solo el perito tercero puede ser recusado; que su recusacion únicamente será admisible con causa, y que cada parte no podrá recusar mas que dos. Asimismo, respecto á las causas porque pueden ser recusados los peritos terceros, tiempo en que debe hacerse la recusacion, y modo de reemplazar á los recusados, se observará lo establecido en las reglas 10, 11 y 12 del artículo 505, expuestas en los núms. 148 al 152 del libro 1.º y 919 al 991 del libro 2.º*

512. Para hacerse la tasacion, deberá citarse á los interesados, como dice Febrero, por si quieren asistir al juramento y reconocimiento que hagan los peritos aunque no á verlos declarar, y no citándolos es nula; lo que se halla confirmado por la regla 5.ª del art. 505, pues que segun ella pueden concurrir las partes al acto y hacer cuantas observaciones quieran á los peritos, si bien deberán retirarse para que discutan y deliberen solos. Esto no es necesario sin embargo, dice Febrero, si las partes dan comision á los peritos para que hagan la tasacion sin su presencia ni citacion ó si los han elegido de conformidad, por presumirse entonces haberlos instruido del negocio. Si la tasacion se hace al mismo tiempo que el inventario, basta una citacion, porque es visto hacerse para asistir á todo, y en la citacion se ha de poner la fecha y señalar el dia y hora en que ha de hacerse la valuacion, segun la práctica.

515. Para verificar debidamente el avalúo de los bienes hereditarios, deben los peritos ver y registrar cada cosa que es objeto del mismo, y apreciarla separadamente y no muchas por un precio, como asimismo, hacer la tasa respectiva de todos por lo que justamente valen, de suerte que en venta se pueda sacar por ellos el precio que se les asigne, procediendo en su aprecio con gran circunspeccion, arreglo y moderacion, para que ningun interesado en la testamentaria experimente perjuicio, y no por informes de otros. El precio justo se ha de regular, no por la aficion singular ó particular á lo que se tasa, sino por la estimacion general y comun de los hombres, atendidos el tiempo en que se hace la tasacion, la costumbre del pueblo, el sitio y producto anual, la cavida, cargas y condicion de las mismas cosas y su fecundidad ó esterilidad. Tampoco se debe valuar por el precio en que se compraron, sino por la estimacion que tengan de presente, ó al tiempo en que se tasan, aunque se hubiesen comprado en pública subasta, ya porque así en la venta pública como en la privada puede el comprador engañar ó ser engañado, ya porque el precio de las cosas varia cada dia segun los tiempos y circunstancias, mayormente el de las que se deterioran ó consumen por el uso, y ya porque muchos postores se acaloran en las posturas por aficion á la cosa ó por alguna utilidad particular que se les sigue de su compra, y que á ningun otro le siguiera, como cuando tienen otra contigua á ella, ó tambien porque otro no la lleve, como sucede con frecuencia.

Para ver si queda á los herederos forzosos su legitima, se ha de atender al valor que tenían los bienes al tiempo en que murió el testador, porque aunque despues tengan aumento ó decremento, no aumentan ni disminuyen la legitima: leyes 1 y 3, tit. 11, Part. 6, y Gomez en la ley 70 de Toro, número 8.

Mas para el único efecto de partir los bienes entre los herederos se ha de mirar siempre el valor justo, intrínseco y efectivo que tienen al hacerse la division, y segun este deben valuarse en toda testamentaria, ya porque como desde la muerte á la particion pueden aumentarse ó disminuirse, debe pertenecer proporcionalmente á los herederos como á dueños el incremento ó decremento de ellos, y ya porque si habiendo pasado muchos años se adjudican por el precio dado al tiempo de la muerte, pueden ser perjudicados algunos herederos y beneficiados otros, puesto que unos bienes se habrán mejorado y otros empeorado, lo cual no sucede en el caso de la legitima, porque esta se deduce del cúmulo de bienes. V. Febrero, al tratar de las particiones.

En cuanto al valor de los bienes que cada consorte hubiese llevado al matrimonio, debe advertirse, que si estos consisten en fincas, han de apreciarse por el valor que tenían en aquel tiempo, puesto que su respectivo dueño conserva en ellas el dominio, y si hubieran recibido mejoras útiles á la sociedad conyugal, han de estimarse estas con separacion para repartirlas. Asimismo han de valuarse las pérdidas ó menoscabos que hayan tenido si hubiese gananciales para sacar de estos su importe, pues antes de repartirlos deb<sup>n</sup> reintegrarse cada consorte del fondo ó capital que puso en la sociedad. Los diamantes ú otros efectos que no se consumen con el uso, han de apreciarse tambien por el valor que tenían cuando se aportaron al matrimonio; pero si las partes se convienen en que se tasen de nuevo para adjudicarlos por el valor que se les dé, prevalecerá su convenio.

#### Aprobacion del avalúo.

514. *Hecho el avalúo por los peritos nombrados ó por el tercero en caso de discordia, y unido á los autos, en virtud de providencia del juez, se pondrán estos por ocho dias de manifiesto en la escribania para que los interesados puedan reconocerlo, y en su consecuencia aprobarlo ú oponerse á su aprobacion por el juez: art. 453.* Esta disposicion evita los traslados á los interesados para ahorrar gastos y dilaciones.

515. *Si transcurriere el término de los ocho dias sin haberse hecho oposicion, se supone que aprueban los interesados la tasacion, lo mismo que si la aprobaren expresamente (en cuyo caso no hay que esperar el transcurso de los ocho dias) y el juez llamará los autos á la vista y aprobará el avalúo, mandando en el mismo auto aprobatorio, pasar el juicio al tercer estado, sino se hubieren promovido pleitos sobre el inventario, ó los suscitados han llegado á su término: art. 454.* Pero, si hubiese pleitos pendientes sobre inclusion ó exclusion de bienes, se esperará por punto gene-

*ral, para pasar el tercer periodo á que se terminen por ejecutoria: art. 455.* Esto se funda en que procediéndose en dicho periodo tercero á la division de bienes, se originarian gastos y dilaciones si se declarase por la ejecutoria que estaban indebidamente incluidos algunos de los inventariados ó que debían incluirse otros que no lo estaban; porque tendria aquella que enmendarse ó practicarse de nuevo. Solamente en los casos en que se salven estos inconvenientes, podrá pasarse al tercer periodo: tales serán los que expresa como excepcion el mismo art. 455 de la ley diciendo: *Exceptuáanse de la disposicion anterior, 1.º el caso en que los interesados estuvieran conformes en que se proceda á la liquidacion y division de la parte del caudal á que no se refieran los pleitos sin esperar su terminacion, pues además de que en tal caso no se inutiliza la particion, y solo habrá que suplirla con los bienes que deban comprenderse en ella en virtud de la ejecutoria, no pueden los interesados quejarse de las dilaciones ó perjuicios que se les irroguen, puesto que consintieron en ellos: 2.º el en que aun no habiendo conformidad entre todos los interesados, y (pero) pidiéndolo alguno de estos, el juez estime que puede verificarse, quedando completamente á cubierto los derechos de los que se opusieren, lo cual procurará bajo su responsabilidad;* disposicion que tiene por objeto amparar con la autoridad del juez las reclamaciones justas y fundadas para evitar los perjuicios de dilatarse la division por esperarse á la ejecutoria sobre las oposiciones de los demás, que tuvieran visos de obcecacion ó de mala fe. Sin embargo, como tambien pudiera haber prevencion, ignorancia ó abuso respecto del solicitante y del juez, y causar este por la providencia perjuicios irreparables, dispone la ley que *la providencia que se dictase sobre esto, es apelable en ambos efectos.*

516. *Ejecutoriados que sean los pleitos sobre inclusion en los inventarios ó exclusion de ellos, se procederá en la misma forma prevenida anteriormente á avaluar los bienes que se manden agregar de nuevo ó que se declare deben continuar inventariados, pues que en virtud de los arts. 441 y 442, quedaron sin inventariar dichos bienes hasta que recayese ejecutoria. Practicado su avalúo, se pasará á efectuar su division, bien separadamente, si ya se verificó la de los demás bienes en los casos del art. 453, ya al mismo tiempo que se efectúe la de los demás: art. 456.*

#### Oposicion al avalúo.

517. *Segun el art. 457 de la nueva ley de Enjuiciamiento, á los avalúos hechos por peritos de nombramiento de los interesados de la manera que queda establecida, solo puede hacerse oposicion por dos causas: 1.º Por error en la cosa objeto del avalúo, como si por tasarse un campo, se tasara el colindante que valia mas ó menos y no pertenecia á la herencia ó en sus condiciones y circunstancias como si se tasara una casa por libre y se hallase cargada con servidumbre ó censo; 2.º por cohecho á los peritos, ó inteligencias fraudulentas entre ellos y alguno de los interesados para aumentar*

ó disminuir el valor de cualesquiera bienes, pues en tales casos la inmoralidad del acto manifiesta, que ha habido tambien perjuicios en la tasacion. La práctica anterior venia á reconocer estas mismas causas para reclamar contra el avalúo. *Ninguna otra reclamacion será admitida contra los avalúos.* Esta disposicion se refiere no solo á las causas para reclamar, sino á la forma y trámites de la reclamacion misma. En cuanto á lo primero, no podrá alegarse impericia respecto de los peritos, pues que los interesados al nombrarlos reconocieron su aptitud, ni tampoco otra cualquier causa que se fundase en el descontento ó cavilaciones de aquellos, las cuales ha querido atajar la ley para evitar gastos y dilaciones inútiles. Respecto de la forma de la reclamacion, la nueva ley parece excluir la apelacion que segun la práctica anterior se admitia contra la providencia del juez aprobatoria de la tasacion para ante el competente superior. Y en efecto, estableciendo aquella dos clases de trámites, distintos y especiales sobre las reclamaciones que autoriza, segun las dos diversas causas en que aquellas pueden fundarse, tramites que deben seguirse ante el mismo juez que aprobó el avalúo, y concediendo apelacion de la providencia que sobre ellas recayere, si permitiera la apelacion del auto aprobatorio, para el superior desde luego, perderia el reclamante las ventajas del procedimiento especial, y si se entendiese que además de dicha apelacion habia tambien lugar á este, se multiplicarian las instancias indebidamente, y vendria á decidirse por el juez inferior y el superior dos veces sobre el mismo negocio contra la regla, *non bis in idem.* La práctica anterior admitia tambien, que pudiera subsanarse el perjuicio que creyera irrogarle algun interesado la tasacion injusta, pujando los bienes, ofreciendo un aumento de precio, y de tal modo se favorecia este remedio, que si el perjudicado era pobre y los coherederos no querian hacer puja, ni consentir en que los bienes se le adjudicasen por el precio de la tasa, autorizaba á aquel para buscar á un extraño que comprase los bienes por el mismo precio, sin que pudieran contradecirlo los coherederos; pero si uno de los coherederos los queria por el tanto, debia ser preferido al extraño como partícipe y comunero de la herencia. Redundando esta práctica ó remedio en beneficio de todos los herederos, como dice Febrero y sus reformadores, y no siendo propiamente una reclamacion ó recurso de tramitacion, no parece opuesto á la prohibicion del 457 de la ley que se refiere á esta clase de recursos. Mas la puja ó mejora en algunos de los bienes de la herencia se ha de hacer despues del avalúo y antes que se proceda á su division, pues hechas las adjudicaciones, no debe admitirse, porque se perjudica al coheredero á quien se aplicaron, y se presume que el pujador lo hace por odio ó enemistad.

518. Cuando hubiere oposicion al avalúo, deberá suspenderse por regla general el juicio de testamentaria hasta que se decidiese de ella por ejecutoria, segun dispone el art. 455 respecto de los pleitos sobre inclusion ó exclusion de bienes en el inventario; pero si la oposicion se refiriera á la tasacion injusta de bienes determinados por algun perito, habiéndose tasado los demás con equidad y justicia por peritos distintos, parece que podrá seguirse el

juicio en los casos que exceptúa de aquella disposicion el art. 455, la cual juzgamos aplicable por identidad de razon á las oposiciones sobre el avalúo.

519. El escrito de oposiciones deberá presentarse antes de trascurrir el término de los ocho dias porque se ponen los autos de manifiesto en la escribanía, para que los interesados puedan reconocer el avalúo, conforme á lo prescrito en los arts. 455 y 454.

Sin embargo, aun trascurrido dicho término, podrá intentarse la accion criminal en caso de soborno.

520. Los trámites que se siguen en el caso de que la oposicion se fundase en haber habido error en la cosa objeto del avalúo ó en sus condiciones y circunstancias esenciales, son los siguientes:

521. Segun prescribe el art. 458, *una vez formulada oposicion por la primera de las dos causas expresadas en el artículo anterior, el juez convocará á los interesados y peritos á una junta para que discutan la cuestion promovida.* Esta disposicion se funda en lo conveniente que es intentar los medios de reconocer que no existió aquel error, ó de reparar y enmendar sin necesidad de recurrir á las vias judiciales, la tasacion que se supone mas efectuada, siempre que sea factible como en el caso de que se trata, por fundarse la reclamacion en un simple error.

De esta junta deberá formarse acta para que conste lo expuesto y determinado en ella, y haya lugar á los procedimientos que siguen.

*En el acta que se extienda de la junta, que deberán firmar todos los concurrentes, se expresarán con individualidad y precision los hechos y la opinion ó creencia sobre ellos que hayan manifestado los interesados:* art. 459.

522. *Terminada la junta, llamará el juez los autos á la vista, y si no hubiere conformidad en los hechos, conferirá traslado de la oposicion á los interesados en la reclamacion (no á los que no lo fueren aunque tuviesen interés en el juicio), y la sustanciará en la via ordinaria haciendo que litiguen unidos los que sostengan unas mismas pretensiones,* art. 460.

523. *Si resultare en la junta conformidad en los hechos, traerá tambien el juez los autos á la vista y dictará sentencia, desde luego, por no haber necesidad de la práctica de pruebas y demás trámites que se siguen en el juicio ordinario:* art. 461.

524. *Esta sentencia es apelable en ambos efectos. Interpuesta la apelacion, se remitirán los autos al tribunal superior, con citacion y emplazamiento de los interesados,* art. 462. Esta disposicion se refiere solo al caso anterior de que se fallare la reclamacion desde luego y sin verificar prueba por estar conformes los interesados con los hechos; mas no por eso debe entenderse que no ha lugar á apelacion en el caso del art. 460, sobre que por no haber conformidad en los hechos, se sustanciase la reclamacion en la via ordinaria, puesto que siguiéndose esta via, habrá las apelaciones que establece la ley para el juicio ordinario como consecuencia de la misma; por lo que no necesitaba decir aquí la ley que se admitiera apelacion en dicho caso.

*Las apelaciones se sustanciarán como las de las sentencias interlocutorias.*

rias. En ellas no se admitirán probanzas de ningún género, puesto que por estar conformes las partes en los hechos no es necesaria la prueba, art. 465.

525. Si la opinión hecha al avalúo se fundase en la segunda de las causas designadas en el art. 457, esto es, en el cohecho de los peritos ó en inteligencia fraudulenta entre ellos y algunos de los interesados para aumentar ó disminuir el valor de cualesquiera bienes, se siguen los siguientes trámites. Desde luego no se convoca á los interesados á junta, porque aquí no cabe avenencia por parte de estos por estar interesada la causa pública en la averiguación y castigo de tan criminales abusos. Dicha oposición se sustanciará, pues, con sujeción á la forma del juicio ordinario, oyéndose al ministerio fiscal para que coadyuve con su autoridad á la averiguación de aquel delito aun cuando haya cesado su representación en la testamentaria, pues que en ella solo tenía por objeto proteger los intereses de personas determinadas que lo requerían por su incapacidad, minoría de edad ó ausencia, y en el caso actual representa el fiscal á la causa pública.

526. Si apareciere motivo fundado para creer que el cohecho ó las inteligencias fraudulentas para el avalúo han tenido lugar, se mandará proceder criminalmente contra los culpables: art. 465. Con este objeto, mandará el juez sacar el tanto de culpa, bien á instancia del ministerio fiscal ó de la parte, ó de oficio, y empezará el juicio criminal, suspendiéndose el pleito civil de testamentaria hasta que recaiga sobre aquel ejecutoria, para evitar gastos y dilaciones inútiles, si por declararse en el fallo sobre la causa criminal, haber habido soborno ó inteligencia fraudulenta en el inventario, se anulara este teniendo que practicarse de nuevo, y asimismo las demás diligencias sobre división y adjudicación de bienes. Sin embargo cuando el soborno se refiere á uno ó mas peritos que tasaron solamente bienes determinados, habiendo efectuado otros peritos la tasación de los demás, parece que tendrá aplicación á este caso por analogía lo dispuesto en el art. 455, en cuanto á poderse proseguir la testamentaria aunque hubiese pleitos pendientes sobre inclusión ó exclusión de bienes en el inventario, en los casos que menciona.

527. Luego que recayese la ejecutoria sobre la causa criminal se continuará el juicio de testamentaria á instancia de alguna de las partes interesadas, bien desde el periodo de tasación que volverá á efectuarse si aquella fuese condenatoria, ó desde el de división, si fuese absolutoria.

528. No procediendo la causa criminal mencionada, aprobados el inventario y avalúo de los bienes, y terminados todos los pleitos á que uno y otro hayan dado lugar, se procederá á la liquidación y división del caudal: artículo 466. Esta disposición debe entenderse sin perjuicio de los casos en que puede continuar el juicio de testamentaria, aunque hubiera pleitos pendientes sobre la inclusión ó exclusión de bienes en el inventario, según el art. 455, aplicable también á las reclamaciones sobre el avalúo.

529. Consentido por los herederos el avalúo de los bienes hereditarios y hecha á cada uno su adjudicación (y aun despues de haberse comunicado á los coherederos la tasación y no haber sido impugnada), ninguno aun-

que sea menor, puede reclamar contra la tasación con pretesto de haber sido leso en alguna cosa por estar subido su precio y no habersele adjudicado. Las razones en que esto se funda son: 1.<sup>a</sup> Porque medió el consentimiento de todos y en su consecuencia el menor hizo lo que el mas diligente é instruido al dar el suyo. 2.<sup>a</sup> Por la incertidumbre, pues se ignoraba á quién tocaría la cosa, y por aquella y por la casualidad se admiten ó permiten muchas cosas que sin ellas no se permitirían. Ahora, Part. 1, cap. 3, núm. 31; Gomez, Var., libro 2, cap. 14, núm. 4. 3.<sup>a</sup> Porque quien por convención ó pacto puede tener daño ó utilidad, no se debe llamar leso, aun cuando resulte perjudicado, por ser acto casual y compensarse con el lucro que podia haber percibido. Hermosilla, ley 56, tit. 5, Part. 5.

## § IV.

*De la división de los bienes hereditarios, tercer periodo del juicio de testamentaria. Qué sea división y su objeto.*

530. Por división ó partición se entiende en general, según la ley 1.<sup>a</sup>, tit. 15, Part. 6.<sup>a</sup>, «el repartimiento que los hombres hacen entre sí de las cosas que les corresponden en comun por haberlas heredado ó por otra razón.» De suerte, que la división de la herencia es la distribución que se hace de los bienes hereditarios entre los coherederos ó personas á quienes corresponden con arreglo á la voluntad del testador ó á la ley. Su objeto es: que sabiendo cada interesado qué bienes son suyos, se apodere y disponga de ellos según juzgase conveniente, evitándose las discordias que se originan de estar los bienes indivisos, pues ninguno puede ser compelido á tener contra su voluntad comunión de bienes con otro: ley 1.<sup>a</sup>, tit. 10, Part. 5. Como para hacer la división equitativa de la herencia es necesario averiguar la cuota que corresponde á cada interesado, atendiendo á sus derechos, é igualmente los bienes en que consiste la herencia, descontando en su consecuencia de su importe los bienes inventariados que no corresponden á ella y las deudas contra la misma, y añadiendo ó colacionando los percibidos anticipadamente por los habientes derecho que no constan en el inventario, la división de la herencia comprende las diligencias previas de liquidación del haber hereditario. Y asimismo, debiendo verificarse la división ó distribución de bienes por apropiación ó aplicando á cada interesado la parte que le corresponde, comprende aquella naturalmente la adjudicación de los bienes á cada partícipe.

*Nombramiento de contadores.*

531. El periodo de división principiará por una junta en que se procurará que las partes se pongan de acuerdo para el nombramiento de contadores, esto es, de personas competentes para verificar la liquidación, división y adjudicación de la herencia: art. 467. Se verifica el nombramiento por los interesados conforme también se observaba anteriormente, porque este juicio se rige por la voluntad y avenimiento de los mismos, y se celebra

rias. En ellas no se admitirán probanzas de ningún género, puesto que por estar conformes las partes en los hechos no es necesaria la prueba, art. 465.

525. Si la opinión hecha al avalúo se fundase en la segunda de las causas designadas en el art. 457, esto es, en el cohecho de los peritos ó en inteligencia fraudulenta entre ellos y algunos de los interesados para aumentar ó disminuir el valor de cualesquiera bienes, se siguen los siguientes trámites. Desde luego no se convoca á los interesados á junta, porque aquí no cabe avenencia por parte de estos por estar interesada la causa pública en la averiguación y castigo de tan criminales abusos. Dicha oposición se sustanciará, pues, con sujeción á la forma del juicio ordinario, oyéndose al ministerio fiscal para que coadyuve con su autoridad á la averiguación de aquel delito aun cuando haya cesado su representación en la testamentaria, pues que en ella solo tenía por objeto proteger los intereses de personas determinadas que lo requerían por su incapacidad, minoría de edad ó ausencia, y en el caso actual representa el fiscal á la causa pública.

526. Si apareciere motivo fundado para creer que el cohecho ó las inteligencias fraudulentas para el avalúo han tenido lugar, se mandará proceder criminalmente contra los culpables: art. 465. Con este objeto, mandará el juez sacar el tanto de culpa, bien á instancia del ministerio fiscal ó de la parte, ó de oficio, y empezará el juicio criminal, suspendiéndose el pleito civil de testamentaria hasta que recaiga sobre aquel ejecutoria, para evitar gastos y dilaciones inútiles, si por declararse en el fallo sobre la causa criminal, haber habido soborno ó inteligencia fraudulenta en el inventario, se anulara este teniendo que practicarse de nuevo, y asimismo las demás diligencias sobre división y adjudicación de bienes. Sin embargo cuando el soborno se refiere á uno ó mas peritos que tasaron solamente bienes determinados, habiendo efectuado otros peritos la tasación de los demás, parece que tendrá aplicación á este caso por analogía lo dispuesto en el art. 455, en cuanto á poderse proseguir la testamentaria aunque hubiese pleitos pendientes sobre inclusión ó exclusión de bienes en el inventario, en los casos que menciona.

527. Luego que recayese la ejecutoria sobre la causa criminal se continuará el juicio de testamentaria á instancia de alguna de las partes interesadas, bien desde el periodo de tasación que volverá á efectuarse si aquella fuese condenatoria, ó desde el de división, si fuese absolutoria.

528. No procediendo la causa criminal mencionada, aprobados el inventario y avalúo de los bienes, y terminados todos los pleitos á que uno y otro hayan dado lugar, se procederá á la liquidación y división del caudal: artículo 466. Esta disposición debe entenderse sin perjuicio de los casos en que puede continuar el juicio de testamentaria, aunque hubiera pleitos pendientes sobre la inclusión ó exclusión de bienes en el inventario, según el art. 455, aplicable también á las reclamaciones sobre el avalúo.

529. Consentido por los herederos el avalúo de los bienes hereditarios y hecha á cada uno su adjudicación (y aun despues de haberse comunicado á los coherederos la tasación y no haber sido impugnada), ninguno aun-

que sea menor, puede reclamar contra la tasación con pretesto de haber sido leso en alguna cosa por estar subido su precio y no habersele adjudicado. Las razones en que esto se funda son: 1.<sup>a</sup> Porque medió el consentimiento de todos y en su consecuencia el menor hizo lo que el mas diligente é instruido al dar el suyo. 2.<sup>a</sup> Por la incertidumbre, pues se ignoraba á quién tocaría la cosa, y por aquella y por la casualidad se admiten ó permiten muchas cosas que sin ellas no se permitirían. Ahora, Part. 1, cap. 3, núm. 31; Gomez, Var., libro 2, cap. 14, núm. 4. 3.<sup>a</sup> Porque quien por convención ó pacto puede tener daño ó utilidad, no se debe llamar leso, aun cuando resulte perjudicado, por ser acto casual y compensarse con el lucro que podia haber percibido. Hermosilla, ley 56, tit. 5, Part. 5.

## § IV.

*De la división de los bienes hereditarios, tercer periodo del juicio de testamentaria. Qué sea división y su objeto.*

530. Por división ó partición se entiende en general, según la ley 1.<sup>a</sup>, tit. 15, Part. 6.<sup>a</sup>, «el repartimiento que los hombres hacen entre sí de las cosas que les corresponden en comun por haberlas heredado ó por otra razón.» De suerte, que la división de la herencia es la distribución que se hace de los bienes hereditarios entre los coherederos ó personas á quienes corresponden con arreglo á la voluntad del testador ó á la ley. Su objeto es: que sabiendo cada interesado qué bienes son suyos, se apodere y disponga de ellos según juzgase conveniente, evitándose las discordias que se originan de estar los bienes indivisos, pues ninguno puede ser compelido á tener contra su voluntad comunión de bienes con otro: ley 1.<sup>a</sup>, tit. 10, Part. 5. Como para hacer la división equitativa de la herencia es necesario averiguar la cuota que corresponde á cada interesado, atendiendo á sus derechos, é igualmente los bienes en que consiste la herencia, descontando en su consecuencia de su importe los bienes inventariados que no corresponden á ella y las deudas contra la misma, y añadiendo ó colacionando los percibidos anticipadamente por los habientes derecho que no constan en el inventario, la división de la herencia comprende las diligencias previas de liquidación del haber hereditario. Y asimismo, debiendo verificarse la división ó distribución de bienes por apropiación ó aplicando á cada interesado la parte que le corresponde, comprende aquella naturalmente la adjudicación de los bienes á cada partícipe.

*Nombramiento de contadores.*

531. El periodo de división principiará por una junta en que se procurará que las partes se pongan de acuerdo para el nombramiento de contadores, esto es, de personas competentes para verificar la liquidación, división y adjudicación de la herencia: art. 467. Se verifica el nombramiento por los interesados conforme también se observaba anteriormente, porque este juicio se rige por la voluntad y avenimiento de los mismos, y se celebra

junta para ello, por ser mas fácil y expedito ponerse de acuerdo, oyendo las razones que alegan unos y otros.

532. *El nombramiento de contadores puede recaer en cualquiera persona de la confianza de los que los elijan:* art. 468. Esta libertad en el nombramiento de contadores no debe entenderse absoluta é ilimitada, sino circunscrita á personas que tengan la inteligencia y la capacidad suficiente para ejercer el cargo que se les confiere, de manera que no resulte la division ilusoria y defectuosa. Anteriormente se requería para ser contador tener facultad para contratar y comparecer en juicio. Segun dice Febrero, los contadores deben ser inteligentes no solo en cuentas, sino tambien en los puntos de derecho sobre que versan las particiones, pues no concurriendo en ellos ambas circunstancias será absurdo cuanto hagan, se fomentarán por su impericia pleitos costosos y se originarán imponderables perjuicios á los interesados, por cuya razon en la córte solo podían hacer particiones judiciales los abogados, segun el auto del Consejo de 11 de abril de 1768. La nueva ley, sin embargo, solo requiere en su art. 472 que sean letrados los contadores nombrados para dirimir las discordias entre los elegidos.

533. *Cuando todas las partes esten de acuerdo en el nombramiento de un solo contador, como será lo mas conveniente para evitar gastos, desavenencias y dilaciones, este hará la liquidacion y division. En los demás casos habrá dos contadores que procederán unidos á verificar estas operaciones:* art. 469. *Los dos contadores de que habla el artículo anterior, serán nombrados por los interesados, si hubiese avenencia en la eleccion de las personas:* art. 470. *Si no hubiere avenencia en esta eleccion, se procederá del modo y forma prevenidos en los artículos que se refieren al nombramiento de los peritos en el caso de que no esten conformes los interesados:* art. 471. Este artículo se refiere al modo de elegir los peritos en general y los peritos tasadores de los bienes inventariados. En su consecuencia se procederá al nombramiento de contadores conforme á las reglas 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> del art. 503 y á las de los artículos 444 al 447 inclusivos, sobre los peritos que debe nombrar cada clase de interesados, que tuviese intereses opuestos respecto de los demás, y atendiendo á los que concurrieren al juicio. Tambien deberán tenerse presentes las consideraciones que llevamos expuestas al explicar dichos artículos. Estas disposiciones son análogas á la práctica anterior, que tenia tambien en cuenta la diversidad ó contraposicion de intereses de las partes; pero con mas exactitud. Y en efecto, segun sientan los autores prácticos, cuando no habia conformidad entre los coherederos sobre el nombramiento de contadores, cada uno podía nombrar el suyo, siempre que fuese llamado por sí á la herencia y no en representación de otro. Así, decia Febrero, quedando la mujer viuda y sin hijos, é instituyendo su marido por herederos, v. gr., á dos ó mas hermanos, ó á dos hermanos y dos sobrinos hijos de otro hermano, se habia de nombrar dos partidores solos, el uno por los hermanos y sobrinos del difunto y el otro por la viuda, porque todos los herederos representan á su institutor y pretenden una misma cosa, que es la herencia, y aquella otro tanto, como todos juntos, de los bie-

nes gananciales, pero pagada la mujer, si la parte de los herederos queda sin distribuir y quisiesen repartirla entre sí, debían nombrar cada hermano su partidore y los sobrinos otro solo, porque estos no representan mas que una persona que es la de su padre, y como que han de heredar por estirpe, y no llevar todos mas que cada uno de sus tíos que suceda por persona, porque lo mismo llevaria su padre si viviera, se estiman por un heredero. Ayora, Part. 1, cap. 5., número final.

534. Cuando no hubiese conformidad entre los contadores nombrados, se procederá á la eleccion ó nombramiento de terceros, que diriman los puntos sobre que versase la discordia.

*Los contadores que se nombren para dirimir las discordias que ocurren entre los elegidos por los interesados, serán letrados de los que ejerzan la profesion en el lugar del juicio, ó en su defecto, en los mas inmediatos:* art. 472. Se requiere que sean letrados los contadores dirimientes para dar mas prestigio y asegurar el acierto en sus dictámenes con la autoridad de la ciencia. *Para su nombramiento, recusacion tiempo en que ha de hacerse y modo de reemplazarlos, se observará cuanto se halla prevenido respecto á los mismos puntos en el art. 503 sobre los peritos en general.*

535. Lo expuesto sobre los contadores se entiende del caso en que los nombrasen los interesados, pues si lo hiciese el testador, deberá estarse á lo que dispusiese, bien nombrando uno solo ó varios para que practiquen la division, bien verificándola por sí mismo: así se deduce de la ley 9, título 15, Part. 6, y de lo dispuesto en el art. 496 que debe entenderse en los términos que expondremos mas adelante. Sin embargo, si estos se negaran á practicar la tasacion ó falleciesen ó se imposibilitasen, nombrarán otros los interesados en la forma expuesta.

536. Los contadores partidores no pueden ser compelidos á aceptar el cargo; pero una vez aceptado, les puede apremiar el juez á que lo ejerzan, ó á responder de lo contrario de los daños y perjuicios que se ignorasen de no evacuarlo á los interesados. Ayora, cap. 4, núm. 4. En tales casos se procede á nombrar otros en nueva junta que se convocará al efecto.

*Reglas generales sobre el modo de desempeñar su cargo los contadores.*

537. *Elegidos los contadores, previa su aceptacion, se les entregarán los autos y por inventario los papeles y documentos relativos al caudal para que procedan á desempeñar su cargo:* art. 474. Dichos documentos y papeles serán, no solamente los títulos de pertenencia de las fincas y demás bienes inventariados, sino tambien los en que consten los derechos de los interesados, como las capitulaciones matrimoniales, para poder deducir la dote perteneciente á la viuda, pues aunque esta no forma parte de los bienes hereditarios, como los desmembra, es relativa á los mismos. Si dichos documentos y papeles constasen ya en el inventario que ha debido practicarse con arreglo al art. 452, podrá entregárseles este ó los que de él se conceptúen necesarios, previa la correspondiente diligencia de entrega y recibo.

538. Los contadores examinarán debidamente los autos, documentos y papeles referidos para proceder á formar los supuestos y á practicar las demás operaciones concernientes á la division, en la forma que expondremos mas adelante. *Si les ocurriesen algunas dudas, podrán recurrir al juez, y este mandará que se convoque á los interesados para una junta á fin de que convengan en lo que crean mas procedente respecto de ellas:* art. 446. Pues nadie mejor que los interesados podrán resolver las dudas que por lo comun versarán sobre derechos ó hechos suyos propios.

*Si conviniesen los interesados en el modo de quedar resueltas aquellas dudas, lo cual se hará constar en el acta de la junta que firmarán los concurrentes, para que conste debidamente, los contadores considerarán lo convenido como supuesto de la liquidacion y division:* art. 476. *Si no hubiese conformidad en la junta, los contadores resolverán las dudas como estimen justo, atendiendo á las explicaciones dadas por los interesados y á los principios de justicia y equidad, adoptando tambien como supuesta la resolucion que tomasen, pues que esta no es mas que una interpretacion de los hechos relativos á la testamentaria ó que se deducen de la misma.*

539. Enterados los contadores de los autos, inventario, documentos y demás papeles relativos al caudal, y resueltas las dudas que les ocurrieren en las juntas celebradas con este objeto por las partes ó por ellos, y tercero en discordia, deben proceder á las operaciones necesarias para efectuar la division de bienes con arreglo á los derechos y obligaciones de cada partícipe. Estas operaciones se reducen 1.º á sentar los supuestos presupuestos ó suposiciones que se desprenden de los documentos y juntas celebradas; 2.º á efectuar la liquidacion de los bienes hereditarios; 3.º á verificar la division ó distribucion de los mismos entre los partícipes; 4.º á hacer la adjudicacion de aquellos entre estos. Todas estas operaciones se consignan por escrito que por lo comun redacta el contador mas moderno. Escabézanse poniendo el nombre y apellido de los contadores, el de los partícipes que los nombraron y el de la persona de quien procede la herencia que van á partir. A continuacion se extienden los

## SUPUESTOS.

540. Son estos los antecedentes ó hechos relativos á los derechos y obligaciones del difunto, de las personas entre quienes se va á partir la herencia, y demás hechos conducentes á la misma, y que le sirven de fundamento, justificacion y guía. Se llaman supuestos, porque en ellas se dan por ciertas y se consignan las deducciones ó suposiciones que resultan del contenido de los autos y documentos presentados y de las juntas celebradas para resolver las dudas que ocurran. Su objeto, es, que los interesados sepan lo que se tuvo presente; qué motivos ó bases hubo para la liquidacion y division de los bienes, en qué términos se hicieron, si fueron ó no arregladas á derecho; y si se les perjudicó ó no en su haber.

541. Estos hechos ó supuestos deben exponerse con toda claridad y fide-

lidad, numerado cada uno y por separado por orden cronológico. El primer supuesto, sin embargo, debe expresar el hecho de haber fallecido aquel de cuya testamentaria se trata, en tal fecha, con testamento otorgado ante tal escribano, y de haber contraido uno ó mas matrimonios si fuere casado y número de hijos que dejó de cada uno, con expresion del nombre de estos y de los consortes; pues si bien en el caso de haber sido casado el difunto, deberia sentarse primero, siguiendo el orden cronológico rigurosamente, el supuesto de la dote que llevó al matrimonio su mujer, como hacen algunos, se expone antes el hecho del fallecimiento por ser como la base, fundamento y origen causal de la particion, á cuyo supuesto sigue el de la dote y demás bienes que adquirió la mujer en el matrimonio. A estos siguen los demás, en que se consigna el capital que llevó el marido al matrimonio ó á cada uno de ellos, si hubo varios, con expresion de la escritura en que consta y del nombre del escribano que la otorgó; las deudas que resultaren contra el haber hereditario, los bienes que quedaron como gananciales, las mejoras, legados y donaciones que hizo el testador á sus hijos, bienes que han de colacionarse, y por último, el resultado del inventario que se formalizó para saber los bienes que quedaron, liquidacion que de ellos debe hacerse y division de los mismos y de los bienes colacionables.

542. Consignados los supuestos necesarios segun los casos, se procede á hacer la liquidacion de los bienes hereditarios.

## LIQUIDACION.

543. La liquidacion se reduce á formar los contadores con arreglo á los supuestos expresados, la cuenta de lo que debe deducirse del caudal ó agregarse al mismo para saber la suma ó cuota que corresponde á cada partícipe segun sus derechos ú obligaciones respecto de aquel conforme á cada caso.

544. Con este objeto, lo primero que deben practicar los contadores, es formar el *cuero del caudal* ó bienes inventariados, poniendo su total por clases y por mayor; v. gr., en tierras, tanto; en viñas, tanto; en casas, tanto, etc.; y sacando al final la suma que arrojen. A estos bienes deben agregarse los frutos que hayan rendido y bienes que aparezcan desde la formacion del inventario hasta la particion, ó cuya existencia se ignorase.

Este caudal es el que sirve de base para la liquidacion, si bien debe tenerse presente al practicarla, que han de excluirse del mismo las cosas ajenas ó que consta ser de persona no partícipe en la herencia que se hallaron entre los bienes del difunto y que se inventariaron para evitar su extravío, y que asimismo se han de agregar al caudal inventariado los bienes colacionables, segun se expresará mas adelante.

545. En seguida se procede á hacer las deducciones ó *bajas* del caudal hereditario, es decir, á descontarse de él las partidas ó cantidades que por su derecho preferente ó por ser cargas ó deudas del mismo disminuyen el importe, bien de la totalidad de este, bien de la porcion ó cuota de corresponderia á cada partícipe si dichas partidas no existieran.

546. Para saber el orden de prioridad en que deben hacerse estas deducciones, conviene tener presentes las siguientes reglas: 1.<sup>a</sup> Que se han de deducir en primer lugar las partidas que no sufren desmembración por no estar afectas á obligación alguna respecto de los bienes hereditarios; tal es por ejemplo la dote, según expondremos más adelante. Esto se funda, en que si se dedujeran antes que estas partidas cualesquiera otra, disminuiría proporcionalmente el importe de aquellas en caso de no haber bienes suficientes para cubrirlas todas, y quedarían en su consecuencia afectadas á las cargas ú obligaciones que no pesan sobre ellas. 2.<sup>a</sup> Por razones análogas á la expuesta, aquellas partidas sobre que no pesan cargas ó deudas, sino á falta de otras partidas, deben deducirse con anterioridad á estas.

Para saber las cargas, deudas ú obligaciones que gravitan sobre unas ú otras partidas, deben tenerse presentes las siguientes reglas generales:

1.<sup>a</sup> Las deudas que son resultado del matrimonio pesan sobre los bienes provenientes de la sociedad conyugal ó gananciales, y en su falta sobre el capital del marido. De aquí se sigue, que los capitales que sirvieron para formar dicha sociedad se han de deducir antes que los gananciales, resultado de los mismos: la dote de la mujer es, además, deuda contra los bienes del marido, á falta de gananciales, y por eso se deduce antes que el capital de este.

2.<sup>a</sup> Que las deudas y gastos que contrajere cada cónyuge en particular y de que no debe responder la sociedad conyugal, debe cargarse sobre el haber propio del que los contrajo.

3.<sup>a</sup> Que asimismo la porción ó cuota de cada partícipe debe sacarse después de satisfechas las cargas y deudas de la sociedad conyugal, las deudas particulares de cada uno, gravitan sobre su cuota respectiva.

Estas reglas bastarán, no obstante su generalidad, para que se comprendan más fácilmente las doctrinas y fundamentos en que se apoya el orden de prioridad que se sigue en las reducciones del haber hereditario, y que es el siguiente.

*Deducción de la dote de la mujer y de las arras que se incorporan á la dote.*

547. Lo primero que el partidor debe bajar del cuerpo del caudal, es la dote legítima y verdadera que la mujer acredita legalmente haber llevado al matrimonio y entregado á su marido, sean legítimos ó extraños los herederos por dos razones:

1.<sup>a</sup> Porque no solo es fondo ó capital suyo puesto en la sociedad conyugal para su incremento, sino también deuda contra los bienes de su marido, y preferida á todas las que este contrajo constante el matrimonio.

2.<sup>a</sup> Porque aunque no haya gananciales, está obligado á restituírsela de sus bienes propios, regularmente hablando: ley 55, tit. 15, Part. 5.

La restitución de la dote debe efectuarse de distinta suerte, según que fuese estimada ó inestimada entregada ó no, recibida ó confesada.

548. En la restitución de la dote que se dió en bienes con estimación que causó venta, ha de devolverse ó descontarse solamente su importe ó pre-

cio en que se valieron, pues el marido se hizo dueño de ellos y puede decirse que la compró con solo la obligación de entregar el precio, y por lo mismo pertenecen á él ó sus herederos el incremento pérdida ó menoscabo que después de verificado el matrimonio, y no antes, tuvieran dichos bienes aunque haya sido ocasionada por algún accidente ó caso fortuito: ley 18, tit. 11, Part. 5.

Si no se hubiesen apreciado los bienes dotales, ó el aprecio no hubiere causado venta por haberse hecho solo con el objeto de saber su valor para el caso en que se deteriorasen ó perdiesen por culpa del marido, han de restituirse á la mujer los mismos bienes en especie. Pero si fuesen ganados, pertenecerá á la mujer el incremento ó deterioro que tengan, porque no se transfirió al marido el dominio como en los casos anteriores; y así á falta de gananciales, no será este responsable de la pérdida ó deterioro de ellos, con tal que pruebe no haber dimanado de culpa suya; pero si no lo probare, ó el daño que pudiera haberse causado se apreció al tiempo de constituirse la dote, estará obligado á reintegrar con otros bienes equivalentes: leyes 7 y 21, tit. 11, Part. 4. Esta doctrina es aplicable á las huertas, viñas, frutales y demás propiedades de esta clase.

Si se hubiesen entregado en dote al marido bienes inapreciados consistentes en número, peso ó medida, de los que no se puede usar sin consumirse, le pertenecerá el incremento ó decremento que tuvieren; porque en esta clase de bienes, aunque no intervenga aprecio, siempre se supone que hubo traslación de dominio; pero en la inteligencia de que entregándosele inapreciados, tiene elección él ó su heredero de entregar otros tales ó el valor de ellos. Exceptuase sin embargo el caso en que se hubiese obligado el marido á volver otros tantos bienes idénticos en especie, número y calidad; pues debe cumplir esta obligación, aunque al disolverse el matrimonio valgan más ó menos: ley 21, tit. 14, Part. 4.

Si los bienes inapreciados fueren de otra especie, cumple el heredero con entregarlos á la mujer según se hallen; á no ser que se pruebe haberse perdido ó deteriorado por culpa del marido, pues entonces se hace este responsable al pago con sus propios bienes, igualmente que en los casos susodichos; bien que si hay gananciales, se observa por equidad en Castilla la costumbre de sacar de aquellos el importe de la pérdida ó deterioro, no en consideración de dote, sino como fondo ó capital puesto en la sociedad conyugal. En tal caso la estimación ha de hacerse con arreglo á lo que valían los bienes, cuando la mujer los llevó, y no al tiempo de su restitución. Últimamente debe abonarse á la mujer la pérdida ó deterioro de los bienes dotales inapreciados, cuando estos fueren muebles ó efectos de casa que se vendieron ó consumieron en el servicio de ella, excusándose con esto el marido de comprar otros semejantes.

549. Si los consortes hubiesen pactado otra cosa diferente de lo expuesto acerca del modo de restituir la dote, debe llevarse á efecto, por cuanto es válido todo pacto que no sea contra derecho ó buenas costumbres: ley 1, tit. 1, lib. 10 de la Nov. Recop., lo cual han de tener presente

los contadores, examinando cuidadosamente los contratos ó escrituras matrimoniales.

550. Si en la escritura dotal se da elección al marido para restituir los bienes mismos segun se hallen, aunque sean estimados, ó bien el precio de ellos, y eligiere volver los bienes, cumplirá con entregarlos como quiera que estén, sin abonar su deterioro; pero si no quisiese él ó su heredero devolver los bienes, ha de entregar el precio íntegro de ellos.

Si se hubiere dejado la elección á la mujer, en tal caso, si escogiere los bienes, habrá de recibirlos como se encuentren, sufriendo su marido el menoscabo: leyes 18 y 19, tit. 11, Part. 4. Si á ninguno de los consortes se dió la facultad de elegir, corresponde al marido como deudor de la dote.

551. Si consistiendo la misma en créditos dejase de cobrarlos el marido, debe distinguirse para saber la responsabilidad del marido ó de sus herederos respecto de su entrega. Si el deudor de los bienes dotales fuere el padre ú otro ascendiente de la mujer, no será responsable de la falta de cobro, porque los yernos no deben apremiar judicialmente á los suegros: ley 15, tit. 11, Part. 4; y así ni del cuerpo de bienes, ni de los gananciales, si los hubiere, ni menos del caudal propio del marido deberá descontarse lo que este no haya percibido; por lo que, ó no ha de hacerse mérito de ello, ó si se hace, se ha de aplicar á la mujer en vacío, ó entrada por salida. No siendo ascendiente el deudor de la dote, también es preciso distinguir. Si la deuda dotal fuere necesaria, como la que procede de un contrato oneroso celebrado á favor de la mujer, ó cuando tiene obligación á dotarla algun extraño (reputándose como tal para este efecto el hermano), debe el marido satisfacerla íntegramente, si por su culpa ó negligencia no la hubiere exigido, dicha ley 15; y ha de rebajarse, no del cuerpo de bienes, porque se perjudicaria á la mujer, sino de los que toquen al marido, quedando á este el derecho de repetir contra el deudor de la dote. Si la deuda dotal fuere voluntaria y de cosa determinada, como cierta alhaja, heredad, etc., será también responsable con sus propios bienes si se descuidare en cobrarla, dando lugar á que el promitente ó deudor se imposibilite de pagarla, y deberá deducirse su importe como en el caso anterior; pero si la deuda voluntaria fuere de cosa indeterminada, por ejemplo, cuando uno ofrece algo en dote sin designar qué cosa, no será responsable por la falta de cobro, y así aun cuando haya gananciales, no deberá descontarse del cuerpo del caudal, ni de los bienes propios del marido, sino que se considerará como si no existiera, ó se aplicará á la mujer segun la llevó al matrimonio: ley 52, dicho título 11.

552. Mejorando el marido los bienes dotales que se entregaron sin apreciar, puede repetir él ó sus herederos y descontar las expensas útiles y necesarias hechas en ellos, de suerte, que consistiendo la dote en especie y cantidad juntamente, los hechos en la alhaja ó expensa disminuyen la dote en cantidad, y así restituirá la alhaja ó alhajas íntegras, y de la can-

tidad solo el exceso del importe de las expensas, si lo hubiere; estas expensas deben sacarse sin incluir para su abono los frutos que los bienes dotales produjeron durante el patrimonio, por estar destinados á cubrir las cargas. No puede el marido pretender las expensas voluntarias hechas en los bienes dotales, ya se hayan hecho con consentimiento de su mujer, ya sin él: porque estas si bien los embellecen no los mejoran: ley 52, tit. 12. Partida 4.

553. Si el marido hubiese comprado alguna finca con el dinero dotal, y si la compra se hubiere hecho con beneplácito de la mujer, ella será la que adquiera el dominio, y la alhaja se hará dotal, aunque suene comprada á nombre del marido; del mismo modo que si una cosa dotal se trocared por otra, se sustituirá esta en lugar de aquella; leyes 49, tit. 5, Partida 5 y 11, tit. 4, lib. 5 del Fuero Real: de consiguiente el contador deberá adjudicar la misma finca comprada á la mujer, en caso de que esta no quiera dinero, ó no lo haya. Si se hubiere comprado sin consentimiento de la mujer, se hará la finca *dotal en subsidio* solamente, esto es, cuando resulte insolvente el marido; pero si no fuere dotal el dinero, aunque mediare consentimiento de la mujer para la compra de la finca, no se constituirá esta dotal. Para que sepa el contador por cuál precio ha de adjudicar á la mujer estas fincas dotales compradas, debe tener presente que si al tiempo de la compra pactaron los consortes que habian de ser para la mujer sin resultar al marido utilidad ni pérdida, han de aplicársela por el precio de la compra, pues al dueño pertenece el aumento ó deterioro; pero si nada hubieren pactado, se adjudicarán por el precio que tengan al tiempo de la disolución del matrimonio, de suerte que si valieren entonces mas, redundará el exceso en favor de la sociedad conyugal, y si menos, se completará la falta á la mujer en dinero, ó en una alhaja de la herencia.

554. Si la mujer hubiese llevado en dote alguna pension, legado ánuo, usufructo de finca, renta vitalicia, ó empleo servidero por el marido, en la práctica suele constituirse como dote el importe de la pension ó renta de los diez años primeros siguientes al día de la celebración del matrimonio, haciendo capital de aquel, y obligándose el marido á restituirla á la mujer, ó á sus herederos, aunque esta no viva los diez años, y si mas viviere, se considera el producto no como dote, sino como fruto de ella; pero siendo esto gravoso para el marido (que tiene derecho á percibir los frutos para sostener las cargas matrimoniales), parece mas equitativo se constituya la dote de esta especie en los términos siguientes. Si consistiere en pension, legado anual ó renta de capital puesto en fondo vitalicio ú otro semejante, podrá obligarse el marido á responder del importe de los diez años, en caso que la mujer los viva, ó por menos tiempo si muriese antes, deducidos los gastos de cobranza, y un rédito anual de tres por ciento, que se tendrán por frutos de la dote, y esta se compondrá del residuo. Si fuere usufructo de casa ú otro edificio, de tierras, viñas, olivares, etc., se deducirá la tercera parte de su producto por razon de gastos de cobranza, reparos, huecos, malas pagas; y el residuo será la dote. Si esta consistiere en empleo servidero

por el marido, se considerará como dote la mitad de la renta de los diez años, y se le dejará la otra mitad por el trabajo personal de servirle, pero si muerta su esposa hubiere de continuar en él, justo será entonces que se considere como dote el importe íntegro de los diez años. También pudieran estipular los consortes al celebrarse el matrimonio, que si muriese la mujer antes que el marido, solo se considere como dote el derecho que aquella llevó de percibir dichas pensiones ó anualidades, reputándose las cobradas como frutos para sostener las cargas matrimoniales, y al contrario si el marido muriese antes que la mujer, se consideren también como dote las referidas pensiones ó anualidades cobradas, debiendo por consiguiente restituirlas, pues en este caso no es ya el marido quien sufre el perjuicio, sino su heredero. De cualquier modo que se constituya esta especie de dote, el contador deberá arreglarse á la escritura dotal, y si en esta no se hubiere hecho ni constituido tal dote al tiempo de celebrarse el matrimonio, no se estimarán por dotales las pensiones ó anualidades, ni parte de ellas; porque en el hecho de no haberse pactado, ni obligado el marido á su restitucion, se entiende haber sido la voluntad de su mujer que no se tuviesen por dote, sino por frutos extradotales. Debe además observar el contador que el capital en metálico de ambos consortes impuesto en fondo vitalicio por la vida de cualquiera de los dos que sobreviva, ó por la de algún hijo suyo, no debe inventariarse ni partirse, porque no existe en la casa, ni ya puede recuperarse; pero se dividirá el derecho de percibir las anualidades, durante la vida de aquel á cuyo favor se impuso, á proporcion de lo que á cada uno corresponda segun su haber.

555. Lo expuesto sobre la dote es aplicable respecto de las arras que se incorporaron á la escritura dotal como aumento de dote.

556. Si el marido hubiere pasado á segundas nupcias, y muriese quedando á deber entrambas dotes, sin dejar bienes suficientes para satisfacer una y otra, será preferida para la restitucion la primera; porque las dos son créditos de igual naturaleza y privilegio, y el primero en tiempo lo es también en derecho; se exceptúan los bienes dotales conocidos y existentes de la segunda mujer, los cuales han de restituírsela antes á esta como suyos porque conserva en ellos la mujer su dominio, y aun cuando se hayan dado apreciados al marido, no perdieron por su valuacion la naturaleza y privilegio de dotales; así, pues, nada llevará de ellos el heredero de la primera mujer: ley 55, tit. 13, Part. 3.

Acerca de si estarán sujetos á responsabilidad para el pago de la primera dote la mitad de gananciales que corresponde á la segunda mujer, si los hubo en este último matrimonio, es cuestion en que hay diversidad de opiniones. Febrero está por la responsabilidad fundándose en que la mujer no adquiere el dominio irrevocable de dichos bienes hasta que fallece el marido, y como al tiempo de adquirirlos, los halla gravados con esta responsabilidad, no puede reclamarlos por ser preferente el pago de la primera dote. El reformador del Febrero, Sr. Gutierrez, se opone á este modo de sentir, apoyado en las leyes 4 y 5, tit. 4, lib 10 de la Novis. Recop., en

que se ordena la comunicacion por mitad entre marido y mujer de dichos gananciales, y por consiguiente supone que esta adquiere desde luego el dominio irrevocable de su mitad. Al contrario los Sres. Aznar y Notario adicinadores de Febrero, defendiendo la doctrina del autor é impugnando al reformador, dicen que segun dicha ley 5.<sup>a</sup> el marido durante el matrimonio puede enajenar sin licencia de la mujer los bienes gananciales, y por consecuencia es claro que la misma no adquiere el dominio irrevocable de su mitad subsistiendo el matrimonio, pues si así fuese no podria el marido enajenarlos sin su otorgamiento. El Sr. Tapia en su Febrero Novísimo, sienta que no puede negarse que esta razon tiene bastante fuerza; pero reflexionando bien, ¿por qué ha de ser responsable la segunda mujer del descuido, omision ó culpa que tuviese el marido en haber retardado el pago de la primera dote? ¿Por qué ha de satisfacer ella en parte una obligacion que no contrajo, ni se convirtió en utilidad suya? Por estas y otras consideraciones que omite en obsequio de la brevedad, le parece que pudiera adoptarse el medio término siguiente: si se probare que con la primera dote se granjeó en el segundo matrimonio, enhorabuena que el total de estas ganancias es é afecto ó sujeto al pago de aquella; pero si constare que los gananciales se adquirieron con otros bienes, no entiende que sea justo privar á la segunda mujer de su mitad para el referido objeto.

En nuestro concepto, esta última doctrina es la que debe adoptarse como mas equitativa.

557. Lo expuesto sobre que la dote primera debe deducirse con preferencia á la segunda se entiende en el caso de que el marido no hubiere dejado bienes suficientes para reintegrar ambos dotes y demás bienes propios de sus mujeres: pero si hubiere dejado bienes bastantes para cubrir estas atenciones, se siguen diferentes reglas segun la diversidad de casos. Desde luego, si no hubo gananciales en el primer matrimonio y el marido llevó algunos bienes al segundo enlace, pero no los suficientes para cubrir la dote y demás haber de la mujer primera, no deberá deducirse esta antes que la de la segunda, porque en tal caso, sufriria la cantidad ó importe de la mitad de gananciales que á esta le pertenecen como fruto de la sociedad legal de su consorcio una disminucion proporcional al importe de la mitad de la dote de la primer mujer, y estaria afectada esta misma de gananciales al pago de la dote primera, siendo así que solo debe estarlo la mitad de gananciales correspondientes al marido y su capital propio mientras basten estos á satisfacer el importe total de aquella, segun se ha dicho. Para evitar pues estos perjuicios á la segunda mujer, debe deducirse antes la dote de esta, y la de la primera se deducirá de la mitad de gananciales del segundo matrimonio correspondiente al marido.

Así lo sientan Febrero y sus reformadores siguiendo á Ayora de Particion. Part. 1, cap. 7, n. 2. En el caso supuesto debe bajarse del causal inventariado, ante todas cosas, la dote segunda; despues las deudas del segundo matrimonio, y no otras anteriores, pues estas son de car-

go del que las contrajo; deducidas estas partidas, como tambien lo que el marido aportó á él, se verá qué gananciales quedan, y la mitad de los que resulten, se aplicarán á la mujer segunda con su dote y demás haber llevado á poder de su marido: hecho esto, se unirá la otra mitad al caudal que este aportó á la sociedad, y de su total importe se deducirán el haber de su mujer primera, las deudas privativas ó propias que el marido tenia antes de casarse segunda vez, y las arras de entrambas si las hubo, las cuales se aplicarán respectivamente á cada una, y el residuo será caudal paterno partible entre los hijos del marido habidos en ambos matrimonios, segun su arreglada voluntad, como herencia paterna. Por ejemplo; todo el cual que dejó el marido asciende á 400,000 rs.; el que llevó al segundo matrimonio fueron solamente 50,000, no obstante importar 100,000 la dote de la primera mujer que no estaba pagada; la de la segunda importa 50,000, y las deudas contraídas en su matrimonio con esta 20,000. Se forma pues la cuenta de esta suerte: 50,000 de la dote segunda; 20,000 de las deudas de este matrimonio y 50,000 que llevó el marido, componen 100,000, que restados de los 400,000 resultan de utilidad 300,000, cuya mitad son 150,000, que agregados á los 50,000 de la dote segunda, suma el haber de la segunda mujer por dote y gananciales 200,000 rs., y quedan otros 200,000 para satisfacer lo que el marido aportó al segundo matrimonio que era parte de la dote primera, las deudas que tuviese antes de casarse segunda vez y las contraídas en el segundo, y asimismo el resto de la primera dote y algunos gananciales; por lo que, despues de satisfechos los 20,000 de las deudas del matrimonio segundo (1) y los 100,000 de la primera dote, hay del caudal paterno 80,000 rs., de los cuales se sacarán las arras de ambas mujeres si las hubo, y las deudas particulares que el marido tuvo cuando se volvió á casar, y el remanente será legitima de los hijos de ambos matrimonios; pues de deducirse integros los 100,000 rs. de la primera dote en lugar de los 50,000 que el marido llevó al segundo matrimonio, quedaria desfalcada injustamente la mujer segunda en 55,000, mitad de los 20,000 que desde los 50,000 hasta los 100,000, hay de diferencia; y de bajarse los 50,000 y tambien los 100,000, se le irrogaria mayor agravio que seria el de 50,000 rs. menos de gananciales. Muñoz Escobar, de *Ratrocin.* indica poder sacarse la dote primera antes de la segunda sin perjudicar á la segunda mujer en sus gananciales, deduciendo los gananciales que en tal caso faltan á esta del capital y gananciales del marido, puesto que este dedujo el débito de la primera mujer del acervo de los bienes; pero esto seria multiplicar las deducciones y cuentas inútilmente, puesto que con una sola resulta la cuenta exacta. Véanse los demás casos que se exponen mas adelante de tratar de la division de gananciales cuando ha habido dos ó mas matrimonios.

538. Lo dicho respecto del caso expuesto y de los demás á que nos refe-

(1) No obstante lo que dice Febrero en este ejemplo sobre el modo de deducir las deudas, deberán tenerse presentes y adoptarse las reglas y doctrina que se exponen mas adelante, al tratar de la deducción de las deudas, cuyas reglas están tomadas del mismo autor. Véanse tambien en el formulario del juicio de testamentaria al fin de este tomo.

rimos, se entiende cuando la mujer no renuncia los bienes gananciales, pues si se contenta con su dote y arras, lo mismo es deducir la segunda dote antes ó despues, como la primera, haya llevado ó no bienes á su poder el marido, porque como en tal caso no tiene que percibir la mujer bienes algunos gananciales, no se le causa perjuicio ninguno de deducirse la dote primera antes ó despues de dividirse estos.

559. Lo expuesto hasta ahora se refiere á la dote legitima y numerada que efectivamente recibió el marido. Si fuera la dote *confesada*, esto es, la que él mismo confiesa haber recibido, sin que por otra parte conste su entrega y la confesion se hubiese hecho en testamento ú otra última voluntad, despues de contraído el matrimonio y de haber cohabitado con la mujer, no se tendrá por dote, sino por legado; y así no perjudicará á los demás acreedores, ni á los herederos forzosos en sus legítimas; de consiguiente solo tendrá efecto ó cabimiento en el quinto de los bienes, siendo hijos ú otros descendientes legitimos los herederos; ó en el tercio, si fueren ascendientes. Pero si á falta de unos y otros sucediere al difunto un extraño ó pariente colateral, se deducirá dicha dote *confesada* del cuerpo de bienes, y no del quinto ni tercio, debiendo contentarse dicho heredero con lo que le quede, pues no tiene derecho á heredar: ley 19, tit. 9, Part. 6.

560. Tampoco perjudica al marido ó le impone responsabilidad la confesion, aunque jurada, hecha por contrato entre vivos, excepto en los casos siguientes: 1.º Si renunció la excepcion de no haberse hecho la entrega de la dote. 2.º Si aunque no la hubiese renunciado, se pasó el tiempo de oponerla, que son dos años. 3.º Si hizo dicha confesion disuelto el matrimonio por alguna causa legitima, ó durante él á presencia de la mujer, pues entonces se presume hecha con ánimo de donarla el importe de la dote *confesada*. 4.º Si hubiere precedido promesa de la dote, y despues confesare el marido haberla recibido. Aunque en estos cuatro casos perjudica á este la confesion, mas no á sus acreedores, ni á las legítimas de los herederos forzosos, cuando fue hecha en fraude de unos ó de otros, lo cual se infiere de las circunstancias y conjeturas que conducen á la averiguacion del dolo.

561. Resta por último que advertir que los frutos de la dote, sea ó no apreciada, corresponden al marido; mas para esto han de concurrir las circunstancias siguientes: 1.ª que el matrimonio se celebre legitima y completamente; 2.ª que el marido tenga el dominio y posesion de la dote; 3.ª que sufraga las cargas del matrimonio: ley 25, tit. 11, Part. 4. En la denominacion de frutos se comprenden tanto los naturales como los civiles é industriales, y en la de bienes los muebles, raices y semovientes, de cualquiera clase y condicion que sean, pues en todos está concedido al marido el usufructo mientras subsiste el matrimonio: ley cit. 25.

*Deducción de los bienes parafernales ó extradotales, y de las arras no incorporadas á la dote ó vueltas al marido y de las donaciones esponsalicias.*

562. Deducidos primero los bienes dotales, deben deducirse despues los bienes parafernales, palabra griega que quiere decir extradotales, y son los

que además de la dote lleva la mujer al matrimonio como suyos propios, ó los que adquiere durante él por cualquier título lucrativo, como herencia, donación, etc.

Estos bienes se rebajan del caudal inventariado, porque forman parte del capital que la mujer puso en la sociedad conyugal; y así aunque para el recobro de ellos no goza del privilegio de preferencia, como respecto de los dotales, la compete, sin embargo, el de hipoteca tácita en los bienes del marido, quien deberá restituírselos, aun cuando no se obligue á ello expresamente: ley 17, tít. 11, Part. 4.

363. Para que el marido sea responsable con su propio caudal, en defecto de gananciales, á la restitucion de dichos bienes, es necesario que la mujer le haya hecho entrega de ellos para que los cuide y administre como los bienes dotales, verificado lo cual, es de cuenta del marido la pérdida ó deterioro que tengan, pero no si la mujer se los reservare y administrare por sí sola, pues entonces se presume que retiene el dominio de ellos: dicha ley 17.

364. Si la mujer no entregó á su marido sus bienes parafernales, pero los llevó á su poder, y con el uso de ambos y de su familia se consumieron ó deterioraron consintiéndolo ella, no tendrán obligacion el marido ni su heredero de pagarle su valor, excepto que se pruebe haberse hecho mas rico por este uso, pues entonces estará obligado en cuanto se utilizó; ó que haya gananciales, en cuyo caso sacará su total como fondo puesto en la sociedad conyugal. Mas si el marido los consumió en el uso de su casa ó familia, ignorándolo y no consintiéndolo su mujer, está obligado á la restitucion de todo su valor, porque no es visto habérselo donado, haya ó no gananciales, pues en caso de no haberlos, los deberá reintegrar de su capital como deuda contra él con hipoteca tácita.

365. No está prohibido al marido enajenar los bienes parafernales de su mujer con su consentimiento, aunque no jare el contrato; y si ambos juntos lo vendieron y su precio se convirtió en satisfacer alguna deuda que la mujer habia contraído antes de casarse, no tiene derecho á pedirlos, porque cedió en su utilidad, mediante á que si la hubiese tenido satisfecha al tiempo de casarse, esto menos hubiera llevado al matrimonio; ni tampoco se sacará del cuerpo del caudal, ni de los gananciales, ni de haber propio del marido, y antes bien si este la pagare con sus bienes, podrá recuperarla de los de su mujer.

Pero si el precio de los bienes parafernales no se convirtió en utilidad de la mujer, se le ha de abonar enteramente, deduciéndose de los gananciales, si los hay, como fondo ó capital puesto en la sociedad; y no habiéndolos, del caudal de su marido, porque está obligado á la responsabilidad de ellos: y no se llama utilidad ni provecho suyo el haberse convertido en sus alimentos, porque el marido tiene obligacion de dárselos: ley 3, tít. 11, libro 10, Nov. Recop.

Si el marido los vendió sin consentimiento de la mujer por su justo precio, podrá esta sacarlos al comprador, porque no perdió su dominio, me-

dante á que no se trasfiere á otro lo ajeno sin la voluntad de su dueño: regla 13, tít. 54, Part. 7.

No queriendo molestar al comprador, sacará su total valor del cuerpo de hacienda, como fondo puesto en la sociedad, y el partidor lo deberá bajar de él sin reparo, pues en caso que la mujer repitiese contra el comprador, podría este repetir contra el caudal inventariado.

Habiendo el marido vendido los bienes parafernales en menor precio que el que valian, se ha de distinguir si hay ó no gananciales: si no los hay, ó aunque los haya, si la mujer ó sus herederos los renuncian, es indudable que tiene derecho para repetirlo de su marido, y no devolviéndoselos este le exigirá su verdadero valor, pues por haberse excedido en venderlos sin su permiso, es responsable á la reintegracion de su justa estimacion sin el menor desfalco.

Si hay gananciales y los acepta la mujer, puede pedir tambien el verdadero valor de sus bienes parafernales vendidos sin su beneplácito, porque aunque el dinero de lo vendido haya contribuido á multiplicar los gananciales, y la mujer lleve la mitad del incremento, lleva igualmente su marido la otra mitad, y á no haberse vendido, se hubiera aumentado mas el caudal, pues cuanto mayor es el fondo de la sociedad, mas puede lucrarse: fuera de que pudo haberse perdido el dinero, con lo cual se hubiera causado mayor perjuicio á la mujer, y no se compensa el daño ó culpa cometida en una cosa ó negocio con el lucro adquirido en otro por alguno de los socios: ley 13, tít. 10, Part. 5.

No contentándose la mujer con el precio en que su marido vendió sin su permiso los bienes parafernales, y antes bien queriendo el valor legítimo que tenian, se deducirá el de la venta del cuerpo del caudal como incluso en la misma hacienda y fondo de la sociedad; y el mayor valor que el marido dejó de percibir y perdió por su culpa, lo pagará bajándose á este efecto de su haber privativo como deuda contra él, y no de los gananciales, porque de bajarse de estos, se le pagaria con lo suyo propio la mitad, en la que se le perjudicaba indebidamente.

Si la mujer pide no solo el valor legítimo de sus bienes parafernales vendidos sin su consentimiento, sino tambien la mitad de los frutos que desde la venta celebrada por su marido pudieron haber producido según la estimacion regular, será oída, y el marido tendrá que resarcirle todos los daños é intereses, por haberlos enajenado contra su voluntad, al modo que el socio lo está á los que por su culpa ocasiona á la sociedad, pues el que tiene obligacion de hacer ó no hacer alguna cosa, si procede contra su obligacion, debe pagar el daño é interés; y el marido está obligado á conservar en vez de enajenar los bienes parafernales que su mujer lleva y le entrega; por lo que si no lo hiciera, deberá satisfacer el que se lo cause, entrando los frutos que á no haberlos enajenado hubiera percibido; bien que si el marido prueba que con el precio de los bienes parafernales de su mujer lucró tanto como podian haber producido los frutos y le podia tocar de estos, no habrá lugar á la pretension de ella en esta parte.

566. Deducidos los bienes dotales de la mujer y los parafernales que llevó cuando se casó y retuvo ó entregó á su marido, se han de bajar del cuerpo del cuadal los demás parafernales ó extradotales que acredite haber heredado por testamento ó abintestato de sus ascendientes ó de algun pariente ó extraño, ó recaído en ella por otro título lucrativo, mientras estuvo casada, y no por razon de la sociedad conyugal, si los entregó á su marido como debe hacerlo, no habiéndose pactado lo contrario en los contratos nupciales, porque se contemplan y deben tenerse tambien por parafernales, mediante á no ser del caso el que los lleve al matrimonio cuando lo contrae ó despues, una vez que entraron en poder de su marido, y á que no son de los que el derecho llama gananciales, ni por consiguiente de los que se comunican entre los dos como estos, sino propios y privativos de la mujer en quien recayeron: en cuya atención, si existen, se le aplicarán por el valor que se les dé, y su deterioro en dinero, y no en otros equivalentes por su defecto; y no existiendo, se sacará la estimación que tenían al tiempo de recaer en ella y que los entregó á su marido.

Y aunque consistan en número, peso ó medida, no tendrá derecho á pedir igual cantidad de cada especie, porque este privilegio se concede únicamente á la dote; y cesando la causa dotal, milita la misma razon en la mujer que en el marido para la exaccion de lo que puso por fondo en la sociedad conyugal.

567. La deducción de los bienes hereditarios en los términos expresados se debe practicar cuando al tiempo de casarse nada se estipuló acerca de ellos; pero si en las capitulaciones matrimoniales, ó en la escritura de recepcion de la dote, se obligare el marido á tener por aumento de esta dichos bienes y á restituirlos en igual conformidad por los dotales, para que gocen del privilegio de ellos, puesto que se contempla serlo, aunque se reciban posteriormente, se deberán bajar cuando los dotales y antes que los parafernales; en cuyo caso no podrá la mujer administrarlos, porque está obligado su marido á su responsabilidad.

568. Y sino solo no hay gananciales sino que falta caudal para completar todo lo que ambos cónyuges llevaron al matrimonio y heredaron durante este, debe perder el marido y suplir del suyo lo que falte para cubrir lo que recibió de su mujer, porque entra en su poder, lo administra todo, se le trasfiere regularmente su dominio, y tiene que responder de ello.

569. Respecto á los frutos de los bienes parafernales parece que debieran pertenecer á la mujer, cuando no entrega dichos bienes al marido, porque lo accesorio sigue á lo principal que es el dominio de los bienes que retuvo la mujer, y porque únicamente en la dote hay un título oneroso, mediante el cual, lucra el marido sus frutos por remuneración y recompensa de las cargas matrimoniales que sostiene; pero no obstante, entregue ó no á su marido la mujer los bienes parafernales, se dividirán entre ambos sus frutos, pues son comunes á los dos, segun lo prueban las leyes 3 y 5, tít. 4, libro 10, Nov. Recop., que hablan absolutamente y sin distincion de casos.

Tambien deberán deducirse despues de los bienes parafernales y antes que el capital del marido, las arras y donaciones esponsalicias que no se incorporaron en el contrato dotal, sino que las llevó la mujer al matrimonio como caudal suyo, y consta que se emplearon en sostener las cargas matrimoniales ó en otra cosa útil á la sociedad conyugal, pues la mujer se hizo dueña de ellas con la entrega y por haberla empleado en el matrimonio se han de deducir con la prelación indicada, como parte del fondo puesto en la sociedad.

Mas si al hacer la particion de la herencia del primer marido, estuviere casada de segundas nupcias la mujer, se le debe aplicar solamente el usufructo de las arras y no su propiedad, porque esta corresponde á los hijos del primer marido y por consiguiente la mujer tiene obligacion de reservarla para ellos: ley 26, tít. 15, Part. 5.

Cuando hubiere arras y donacion esponsalicia, no se deben ambas, sino que la mujer tiene que escoger unas ú otras dentro de los 20 dias siguientes al en que fuere requerida por los herederos del marido y no eligiendo en dicho término, pueden elegir los herederos: ley 2, tít. 3, lib. 10. Nov. Recop.

*Deducción del capital que el marido llevó al matrimonio, y de los bienes que durante este heredó ó le donaron.*

570. Deducidos del todo del caudal inventariado los bienes dotales, parafernales y hereditarios arras y donaciones esponsalicias referidas, que la mujer haga constar haber llevado á su matrimonio, ó su importe si no existen, se han de bajar en caso de haber utilidades que partir, los que el marido acredite igualmente haber llevado cuando lo contrajo, y recaído en él por herencia ú otro título lucrativo durante su casamiento, porque como fondo ó capital puesto en la sociedad, se debe segregar antes que se proceda á la division de los gananciales. Lo mismo ha de observarse aun cuando no haya gananciales, si tampoco hay deudas contra el caudal, ó este alcanza para su satisfaccion y para la de la dote y capital.

Si el marido llevó al matrimonio algun caudal suyo por habersele constituido pagador de deudas ó para reintegrar á otros y no pagó, mientras estuvo casado, se ha de estimar por caudal suyo para el efecto de deducirlo antes que los gananciales, porque entró en la sociedad conyugal, y el que sea ó no suyo no obsta á ello.

571. Llevando el marido al matrimonio, ó heredando despues de casado bienes que consisten en número, peso ó medida, si se consumieron y no hay gananciales, no podrá pretender otra tanta cantidad en especie, ni su estimación, como su mujer por los suyos; ya porque ninguna ley obliga á esta á tal responsabilidad, y ya porque de los bienes de estas clases que la mujer lleva, pasa el señorío al marido que los administra y hace suyos, en cuya atención el riesgo, pérdida ó aumento que tengan, cede en su beneficio ó detrimento, y se halla obligado á restituirle otra tanta cantidad de cada espe-

cie como recibió, ó su importe (Ayor, cap. 7, cit. número 44), pero la mujer nunca se hace dueña ni administradora de los de su marido.

572. Pero habiendo gananciales, sacará el valor ó estimacion que tenian cuando los llevo, como fondo que puso en la sociedad, cuyo importe se ha de bajar y sacar primero, aunque ningunos gananciales queden que partir, y no otros tantos en número de cada especie (Ayor, cap. 7, cit. núm. 42 al princ.); lo primero, porque lo que realmente puso en el fondo fue su valor, del cual no se trasfirió á la mujer el dominio, y lo segundo, porque si cada especie valia más entonces, quedaria perjudicado, utilizándose su mujer del exceso con detrimento suyo, y si valia menos, lo quedaria esta; por lo que dándole la estimacion que tenian y en la que pudiera haberlos vendido en dicho tiempo, y de que se utilizó la sociedad, á ninguno de los dos se hace agravio (Ayor, núm. 42, cit. vers. *Ratio diversitatis*, hasta el fin).

573. Si el marido llevó al matrimonio ganado productivo sin apreciar, que se murió, y hay gananciales, sacará el valor que tenia al tiempo de su muerte, así como la mujer por igual razon, pues primero se ha de separar el fondo puesto en la sociedad que dividir las utilidades de ella. Lo propio se ha de hacer por la misma razon, si lo vendió voluntariamente (Ayor., Part. 5, q. 50, núms. 108 al princ.); pero si la venta fue necesaria, v. gr. á fin de satisfacer algun débito contraído constante el matrimonio, ó para otra urgencia indispensable, y se celebró en bajo precio, podrá deducir y exigir todo lo que valia el ganado al tiempo del contrato (Ayor., núm. 108 cit., vers. *Pero si la venta.*)

574. Habiendo gananciales que partir, aunque los bienes que llevaron los cónyuges al matrimonio hayan perecido y todos los que existan sean ganados en él, se ha de deducir el importe de los capitales de ambos y deudas, pues no es del caso el que existan los mismos bienes, ú otros en su lugar, sino que el total valor de los existentes cubra ó supere el importe de los llevados á la sociedad conyugal y deudas de ella; bien que en este caso de haber gananciales, lo mismo es deducir el capital antes ó despues de las deudas, pues sale la propia cuenta.

575. Lo espuesto sobre la deducción del capital del marido inmediatamente despues de la de los bienes dotales paraferales y demás de la mujer, se entiende cuando quedaren bienes suficientes, despues de hechas dichas deducciones, para pagar las deudas que gravitan sobre los mismos y de que tratamos mas adelante, pues si aunque al parecer haya gananciales porque resulten muchos bienes comprados ó adquiridos por ambos cónyuges durante su matrimonio, se descubrieran tantas deudas que excedan su total importe, se deben deducir primero que el capital del marido (siendo contraídas durante la sociedad conyugal), y el residuo será lo que este perciba por parte de su capital, pues regularmente hablando debe satisfacerlas y no su mujer, sin embargo de que con él se haya obligado á su satisfaccion, porque su obligacion es subsidiaria en efecto de bienes de su marido y esto en cuanto se le siga utilidad solamente ó por pechos y derechos reales: ley 61 de Toro.

576. Si las deudas consumiesen el capital del marido y gananciales no se proratarán entre el marido y su mujer, porque aquel no entrega á esta sus bienes, ni ella los administra, ni se obliga á su restitucion como él á la de los dotales, ni se la transfiere el dominio de los bienes del marido como á este el de los de ella, por lo que el marido será quien lo pague todo aunque nada le quede. Ayerve de Ayora, de Pactit., part. 1.<sup>a</sup>, cap. 7, n. 7, 8 y 59. Pero ni en este caso, ni en el del número anterior, llevará gananciales la mujer, á título de que aparecen nuevos bienes adquiridos en su matrimonio que cuando se casó no habia, porque no hay herencia ni utilidades hasta que se separen las deudas y fondos de la sociedad, como se dirá mas adelante, y se presumen adquiridos dichos bienes con el importe de las deudas.

577. Tampoco se deducirá íntegro el capital del marido cuando hubiese deudas que este hubiese contraído antes de su matrimonio, ó cargas ó responsabilidades que pesaran sobre los bienes de que aquel se compone antes de aportarse á la sociedad conyugal y que por consiguiente lo disminuyen. La deducción de estas cargas se hará segun se dice en el núm. 584.

*Deudas que se han de deducir ó no del caudal que reste, despues de sacados los capitales de la mujer y del marido.*

578. Así como no se llaman ni son bienes propios del difunto, ni herencia de sus herederos, sino el residuo líquido que sobra del cúmulo del caudal inventariado por su muerte, despues de separado y deducido lo que no es suyo, así no son ni se llaman propiamente bienes gananciales adquiridos constante matrimonio los que quedan despues de bajados únicamente los capitales que los cónyuges llevaron y durante este adquirieron por título lucrativo, si no se bajan y separan tambien las deudas que estos contrajeron mientras estuvieron casados, pues lo mismo se observa en la sociedad convencional. Acerca del privilegio y graduacion de estas deudas, cuando no hubiere bienes suficientes para satisfacerlas todas, rigen además de las reglas que indicamos en este título, las establecidas por la Ley de Enjuiciamiento en el juicio de concurso de acreedores que explicaremos en su título correspondiente.

579. Separados, pues, del cuerpo del caudal inventariado en los términos expuestos la dote y bienes efectivos que los cónyuges llevaron á su matrimonio al tiempo ó despues de contraerlo, ó su importe, se deben bajar las deudas legítimas y verdaderas que estén sin satisfacer, y el marido, sólo como cabeza y administrador de la sociedad conyugal, ó su mujer con su permiso, ó ambos juntos contrajeron, por razon de su sociedad, mientras estuvieron casados solamente, y pagarse de los gananciales que haya. Así lo dispone la ley 14, tít. 20, lib. 5 del Fuero Real, que está en uso, y dice así: «Todo deudo que marido é mujer ficieren en uno, páguenlo otrosi en uno.» Y la ley 207 del Estilo, dice: «Todo el deudo que el marido é mujer

»ficiere en uno, paguenlo otrosí en uno. Y es, á saber, que el deudo que »face el marido, magüer la mujer no lo otorgue ni sea en la carta del deudo, »tenida es á la mitad de la deuda.»

580. Por deudas no solo se entienden las que provienen de préstamo, arrendamiento, fianza, depósito, compañía, venta ú otro contrato semejante, sino tambien los censos, cargas y responsabilidades á que están afectos é hipotecados los bienes raíces de ambos cónyuges, pues solo lo líquido como efectivo es lo partible y lo que se llama herencia; y si habiéndolas contraído marido y mujer *in solidum*, demandaren á esta por el todo sus acreedores, debe pagarlas enteramente en cuanto alcancen los gananciales (mas no de su capital cuando no alcanzaren estos, sino que en tal caso debe pagarlas el marido, segun lo expuesto en el núm. 578) como lo ordena dicha ley 207. «E otrosí es, á saber: que si la mujer se obliga con el marido al »deudor de mancomun, y cada uno por todo, que si á la mujer demandan »toda la deuda, que lo puede hacer, es tenuta de pagar toda la deuda.»

581. Mas no se deben bajar del caudal comun las deudas, cargas y responsabilidades que cualquiera de los dos contrajo y tenia antes de casarse ó que contra sus fincas estaban impuestas, pues cada uno está obligado á satisfacerlas del suyo propio y de él se han de deducir como lo dispone la misma ley 14, tit. 20, lib. 3 del Fuero Real, pues tanto menos se entiende haber llevado al matrimonio, porque de bajarse de aquel y no de este, resultaria que el otro cónyuge que no las habia contraído pagaba indebidamente la mitad, en lo que se le perjudicaba, y que el verdadero deudor, debiéndolas satisfacer integramente, se beneficiaba en ella y se lucraba en detrimento del que no lo era, lo cual prohibe justamente el derecho: ley 15, tit. 35, Part. 7.

582. El modo de deducir las deudas que cada uno tenga contra si, es el siguiente: Lleva el marido, por ejemplo, al matrimonio 20,000 reales de caudal, y luego se sabe que debe 4,000 que se omitió bajarlos del total, ó se le quita en juicio alguna finca que los valia ó esta se hallaba afecta á un censo ó responsabilidad de igual cantidad que ambos redimieron. En este caso lo que realmente llevó son 16,000 reales, y estos y no mas son los que se han de estimar por legitimo y efectivo capital suyo y deducir despues de la dote y demás bienes de la mujer, y antes que los gananciales, refiriendo en la correspondiente suposicion de la particion el motivo por qué no se dejan los 20,000 integros, y lo mismo debe practicarse respecto de las deudas de la mujer, lo cual se entiende y milita tambien en cuanto á las cargas de los bienes raíces, excepto que al tiempo de contraer matrimonio se hubiesen bajado y puesto solo lo líquido por dote ó capital, pues entonces por este se han de inventariar y para la division estimar por efectivo capital sin deduccion.

585. Si ningun caudal lleva uno de los consortes cuando se casa, y si deudas que se pagan de lo adquirido constante en el matrimonio, eso menos debe haber y le tocará de gananciales. El modo justo de formar la cuenta es agregar numéricamente el importe de ellas al de estos como si existiera;

y hecha una suma, dividirla por mitad y entregar á un consorte la suya en bienes efectivos, y al deudor la otra, aplicándole en vacío ó entrada por salida el importe de las deudas satisfechas; pues á no haberlas tenido no hubiera que pagarlas, y aquel existiria en el cuerpo del caudal. Hay de gananciales, v. gr., 10,000 rs. y se pagaron 4,000 que estaba debiendo: juntos suman 14,000, de los cuales tocan 7,000 á cada uno. En este caso el deudor no llevará mas que 5,000, que unidos á los 4,000 que debia y se satisficieron, componen los 7,000 efectivos, pues de girarse la cuenta partiendo solamente los 10,000 existentes, y no haciendo mérito de los 4,000 pagados, llevaria el deudor 9,000, los 4,000 que para pago de sus deudas habian salido del caudal, y los 5,000 que percibia efectivos, y el otro cónyuge no mas que 5,000, debiendo percibir los 7,000, de modo que en esta cuenta quedaba este perjudicado en 2,000 que recibia de menos, y aquel llevaba otros 2,000 de mas, cuyas dos partidas componen los 4,000 sacados del caudal que injustamente se refundian en su beneficio.

584. Si no se quiere formar así la cuenta, se separará para el cónyuge que nada debia otro tanto como se pagó constante el matrimonio por las deudas del otro, y luego se dividirá igualmente el resto entre ambos. En el mismo ejemplo, si se separan 4,000 para el consorte y se dividen con igualdad los 6,000 entre los dos, sale la propia cuenta, porque al deudor se aplican en vacío como recibidos antes los otros 4,000 reales, y efectiva y realmente de presente los 5,000, mitad de los 6,000 que restan, deducidos otros 4,000 para entregar al cónyuge, y percibe cada uno los 7,000 que le tocan.

585. Tampoco debe deducirse del caudal comun que reste despues de sacados los capitales de los cónyuges, ó de los gananciales antes de dividirse, las cantidades que el marido hubiese gastado durante el segundo matrimonio en dar alimentos á sus padres ó á sus hijos del enlace anterior, ó en dotar á las hijas ó hacer donaciones *propter nuptias* á dichos hijos. Estos gastos deben imputarse al marido, segun dice Febrero, Part. 2, lib. 4, cap. 3, p. 3, en cuenta de su haber, porque ceden en detrimento del que por razon de gananciales corresponde á la mujer segunda y llevará de menos el marido el importe de los gastos hechos en las dotes, donaciones y alimentos dados á aquellos hijos, y no habiendo gananciales se aplicará su mitad que se exigirá del capital de su marido, porque la mujer ninguna utilidad recibe en que se hagan aquellos gastos, antes sí desfalco, pues estos gananciales menos habrá, porque ademas la mujer no tiene obligacion de coabuyvar á la dote y alimentos de los hijos de su marido, porque dichas obligaciones son peculiares y privativas del que las contrajo y se refieren á tiempos anteriores al matrimonio, y son independientes á la sociedad contraída por este, y porque aunque el débito contraído por los consortes durante el enlace, ha de satisfacerse de los gananciales segun se ha dicho, razon en que se funda Matienzo para opinar que dichas cantidades deben deducirse del acervo comun de gananciales por considerarlos gastos necesarios, la deduccion referida se entiende, respecto de los gastos ó deu-

das contraídas por razon de los negocios de la sociedad misma; pero no por el primitivo y peculiar interés de algun socio. Sin embargo, lo expuesto en lo relativo á los alimentos se entiende no pactándose lo contrario al tiempo de casarse, ó no reclamando su parte el otro cónyuge como regularmente sucede, pues por razon de piedad y por otras que suelen intervenir, muy rara vez se reclaman los alimentos de los hijos ni padres, ni es bien visto que se reclamen atendido á que cuando se casan entran en el matrimonio con este conocimiento y no pueden alegar ignorancia ni engaño. Lo expuesto en cuanto al marido procede respecto de la mujer que da dichos alimentos ó dotes en cuanto que deberá imputársele en su haber y parte de gananciales.

586. Declarando el testador en su testamento estar debiendo á alguna persona cierta cantidad, y mandando que sus herederos se la paguen, si por otro medio legal consta la deuda, debe deducirse del cuerpo de bienes como verdadera, sean legítimos ó extraños sus herederos; pero no constando se distingue; si estos son extraños, se bajará igualmente del cuerpo de sus bienes privativos, no mandando a quel con lo contrario, ya sea cierta ó incierta, ya se acredite ó no por otro medio, pues como á ninguno se debe legítima, deben contentarse con lo que se les deje, sin inspeccionar la certidumbre ó incertidumbre de ella; y si son legítimos, se deducirá del quinto ó tercio (segun sean) aunque el testador la jure, porque su mera confesion, aun jurada, no les daña y se estima como legado, el cual se debe deducir de aquellos en cuanto quepa. Ayora, de Partit., part. 2. *quest.* 57, núm. 56.

587. Los salarios de los criados deben primero rebajarse del caudal comun, porque es deuda del matrimonio.

588. Los derechos de inventario, tasacion, particion y demás que ocurren hasta que á cada partícipe se entrega su haber, deben deducirse ó satisfacerse conforme á las siguientes reglas. Si el marido muere no habiendo llevado capital, ni su mujer dote, y siendo por consiguiente todos los bienes gananciales, se deben pagar dichos derechos en esta forma: la viuda pagará la mitad de todo como socia interesada en ella, y los herederos del marido la otra mitad; y si este legó á aquella el quinto, tercio ú otra cuota, satisfará tambien á proporcion de estos; pero aunque le toquen arras de cantidad cierta por habérselas ofrecido su marido, nada más debe satisfacer por esta razon, pues aquellas son deudas contra sus bienes, que como acreedora debe cobrar sin desfalco, y no herencia, utilidad, ni lucro de la sociedad.

Lo propio milita respecto del lecho cotidiano que la ley le concede y de luto que los herederos deben darle, pues nada de estas cosas percibe como ganancial sino como débito.

589. Si llevó dote ú otros bienes al matrimonio y hay gananciales, se debe practicar lo mismo que en dichas arras, luto y lecho, porque tocante á ellos es igualmente acreedora contra los de su marido, y no interesada como socia, en cuya atencion, y en la de no percibir por esta razon utilidad alguna de la sociedad, no se debe tener consideracion á su haber patrimonial que hay obligacion de satisfacerle efectivamente sin dispendio de

los bienes de la herencia, aunque nada quede á los hijos ó herederos del difunto, pues para reintegrarla de su crédito no es necesario hacer inventario, tasacion, ni particion, puesto que es liquido; y así pagará solamente á proporcion de lo que le toque de gananciales.

590. Si no hay gananciales, nada debe pagar la viuda, por las razones expuestas, y si solo legándole su marido el quinto ú otra cuota de la herencia, satisfará á prorata de lo que reciba por esta causa, pues por razon de aquella se la contempla heredera, se utiliza en parte considerable de los bienes del difunto, y para saber á cuánto asciende es indispensable hacer inventario, tasacion, liquidacion y deducion, lo cual no procede en los legatarios ó legados de cosa específica, ó cantidad determinada, porque para su entrega nada de lo dicho es preciso practicar.

591. En órden á los herederos se ha de distinguir tambien. Si todos son instituidos igualmente, es incontrovertible que deben pagar con igualdad como que hay igual utilidad; pero si alguno ó algunos son mejorados en el tercio ó quinto, ó en ambos, ó por ser extraños están instituidos en porciones diversas, deben satisfacer á prorata de su haber los gastos y derechos referidos, pues á proporcion de la ganancia deben sufrir el gravámen, como se practica en toda sociedad convencional, porque mayor trabajo se tiene en el prorateo y aplicacion al que lleva mas que al que menos, y así se debe formar otra igual cuenta para la exaccion y repartimiento de ellos. Por otra parte, es indudable que á saberse á cuánto ascendían antes de evacuar la particion, se bajarían del cuerpo del caudal como deuda contra los socios interesados en él, al modo que las demás, y entonces pagaba cada uno en la forma expuesta.

592. Por lo que hace á los derechos de sacar los títulos y papeles que faltan de alguna ó algunas fincas de la herencia ó de la que se divide entre dos ó mas, haya ó no mejora, deben deducirse del cuerpo del caudal, porque si el testador los hubiera sacado, esto menos dejaría, y puesto que no lo hizo, ni dividió sus bienes de modo que no fuese preciso sacar copia de los de alguna ó algunas fincas para los interesados en ellas, es justo que todos las paguen.

593. Los derechos de discernimiento de tutela, curaduría, defensoría, asistencia y trabajo del curador de algun heredero menor, loco ó fátuo, ó del defensor de algun ausente, no se comprenden en los referidos, porque como privativos de dichos interesados, los deben satisfacer, á mas de lo que en el concepto de herederos ó mejorados, si lo fuesen, les tocan, lo cual prevendrá el partidor por declaracion á fin de la particion, para que la tasacion se ejecute en los términos expuestos.

594. Se han de bajar del cuerpo del caudal los gastos útiles y necesarios que alguno de los herederos hizo á su costa en reparar y mejorar los bienes comunes de la herencia durante la comunión, y aplicársele enteramente como acreedor, y si no se bajasen, le deben satisfacer proporcionalmente los coherederos sus respectivas partes, hecho el cómputo entre estos y el que los hizo, porque cedieron en beneficio de todos, y así se prac-

tica en la sociedad convencional: ley 16, tit. 10, Part. 3. Y si habiéndolos interpelado para su pago no lo hicieron, se le deberán satisfacer desde la interpelación, sea judicial ó extrajudicial, los justos intereses que á no haber expendido su dinero en los bienes de la herencia pudieran haber lucrado empleándolo en otra cosa ó negocio. Ayor., part. 3, *quest.* 20.

Asimismo los gastos hechos en defender la herencia por alguno de los herederos que la posee estando los demás ausentes deben pagársele del caudal hereditario, si aun no se habia dividido. Si se hubiese repartido, recae la obligación proporcionalmente en los herederos mejorados, legatarios parciales y aun en la mujer por la mitad de gananciales si aun continuaban estos sin segregar del capital del marido. Lo dicho se entiende, de los gastos necesarios y útiles, no de los voluntarios, y la obligación de indemnizar, solo alcanza á aquellos cuyos intereses hayan sido defendidos.

*Deducciones que deben hacerse de los bienes gananciales antes de proceder á la division de estos.*

598. Deducidos los bienes que el marido y la mujer acreditasen haber puesto por fondo en la sociedad conyugal al tiempo de casarse y despues de casados, y las deudas contraidas durante la sociedad conyugal, y por causa de la misma, en la forma y términos explicados, el residuo se considera como incremento y utilidad de dicha sociedad, esto es, como bienes gananciales, pues si bien suelen llamarse gananciales á los bienes que quedan despues de deducidos del caudal hereditario la dote y bienes parafernales de la mujer y el capital del marido, con propiedad solo son gananciales las utilidades que resultan despues de cubiertas las deudas mencionadas, puesto que los bienes que quedaban anteriormente, se consideran compuestos de dichas deudas y de sus réditos.

596. Son, pues, bienes gananciales todos los que quedasen de los que el marido y la mujer ó cualquiera de ellos, durante el matrimonio y viviendo en uno ó subsistiendo la union de ánimos entre los cónyuges, adquieren por título oneroso ó mediante su trabajo ó industria, y asimismo los frutos de los bienes propios que cada uno lleva al matrimonio, y de los que adquiere para sí por algun título lucrativo, mientras subsiste la sociedad conyugal: leyes 1, 3 y 5, tit. 4, lib. 10, Nov. Recop. Respecto del desarrollo y aplicación de esta declaracion, pueden consultarse los autores de Instituciones de derecho civil. Febrero lo expone en los núms. 406 y 407. No pudiendo acreditarse, y no constando lo que el marido y la mujer llevaron como capital al matrimonio ó adquirieron durante él por título lucrativo, se tienen por gananciales cuantos se encuentren en la casa; pero si el marido ó la mujer probasen pertenecerles la propiedad de algunos, han de entregárseles: ley 4 citada. Estos bienes gananciales se dividen entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del difunto. Mas antes de proceder á esta division tienen que efectuarse del acervo comun de gananciales varias deducciones de bienes, gastos ó deudas por afectar al mismo.

597. Así pues, debe deducirse de los bienes gananciales antes de dividirse estos, del lecho cotidiano, para entregarlo al viudo ó viuda sobreviviente, porque pertenece á este y que el lecho era comun, si bien volviendo á casarse deberá restituirlo á los herederos del difunto, en el estado en que entonces se halle, sin abonar su deterioro porque le usufructuó legítimamente: ley 6, tit. 6, lib. 3 del Fuero Real.

598. Por lecho matrimonial se entiende el destinado para dormir los consortes, los colchones y jergones, cuatro sábanas, cuatro almohadas, colcha, manta y colgadura si la usaban; si bien debiera atenderse especialmente á las facultades y calidad de las personas y de la costumbre del pueblo. Estas cosas han de inventariarse y apreciarse para adjudicárselas al viudo ó á la viuda, y no dinero en lugar de ellas.

599. Tambien puede deducirse el lecho cotidiano del caudal comun antes de liquidar los gananciales, lo que viene á ser lo mismo que si se dedujera del acervo de estos, pues que contribuyen por mitad á su pago los bienes de uno y otro. Mas no se deducirá del caudal privativo del difunto, excepto si no hubiere gananciales, y fuese costumbre en el pueblo que aun en este caso se lleve el lecho el consorte sobreviviente. Si volviere este á casarse, restituirá solo el importe de la mitad del lecho cuando se dedujo de los gananciales, y el total si la deducción se hizo de los bienes propios del difunto.

600. No existiendo gananciales, y si deudas contraidas durante el matrimonio ó antes por el marido, tendrá la viuda derecho á la cama cotidiana con preferencia á los acreedores, si la cama fuere la misma que llevó la mujer al matrimonio, porque son bienes dotales suyos que no están sujetos á responsabilidad alguna; pero si se hubiese costeadó de los bienes propios del marido, y los acreedores tuvieron hipoteca general ó especial en las prendas de que se compone el lecho, serán preferidos á la viuda; porque esta pretende por causa lucrativa, y aquellos por causa onerosa. Si el lecho se hubiere adquirido durante el matrimonio, esto es, si perteneciere á los bienes ganados en dicho tiempo, y las deudas se contrajeron por ambos cónyuges, tambien serán preferidos los acreedores á la mujer, porque la obligación comprende á esta; pero si el marido hubiese contraído las deudas antes de casarse, sacará la mujer la mitad del lecho con los gananciales; porque no está obligada á satisfacer las deudas de aquel.

601. Deben tambien deducirse del cuerpo de gananciales las dotes dadas á los hijos y las dominaciones *propter nuptias* concedidas á los hijos del matrimonio de cuya partición de bienes se trata, como carga que son de la sociedad conyugal; pero no habiendo gananciales, es peculiar y privativa del padre la obligación de dotar, á no ser que la madre hubiese prometido dote á la hija juntamente con su marido, pues en este caso deberá pagarla por mitad cada uno de los consortes. Ley 4, tit. 3, lib. 10 de la Nov.

602. Dichas dotes y donaciones deben deducirse de los gananciales aunque se hicieran por el padre sin que la madre preste para ello su consentimiento, porque la obligación de dotar es cargo de ambos consortes

cuando hay gananciales, y porque el marido puede disponer de ellos, según la ley, para fines honestos; pero si este manifestase al dotar ó donar que lo hacía por cuenta de la legítima paterna, y no de la materna, aunque haya gananciales, no ha de satisfacerse de ellos, sino de los bienes del mismo padre, pues se entiende que fue su ánimo no gravar con esta deuda la mitad de ganancias correspondientes á su mujer. Si en este caso no alcanzasen los bienes paternos para cumplir lo prometido en dote ó donacion, deberá suplir la madre lo que falte, de su mitad de gananciales, mas no de sus bienes propios.

603. Si á consecuencia de la dote ó donacion que ofrecieren entrambos cónyuges, entregasen al hijo ó á la hija alguna finca propia de cualquiera de ellos, se entenderá sin embargo que la dote ó donacion fue hecha de los bienes gananciales, porque la ley no exceptúa este caso, y es una materialidad el que se den tales ó cuales bienes; á no ser que el dueño de la finca renunciare al beneficio de la ley, manifestando que como cosa suya propia hacia donacion irrevocable al donatario ó á la hija dotada, pues entonces esto deberá observarse como pacto formal.

604. Si la madre prometiese dote siendo el padre pobre, con autorizacion de este, deberá aquella satisfacerla de su haber.

605. Si despues de haber prometido dotar el padre y la madre, renunciase esta los gananciales, estará obligada, cuando ellos no alcancen, á pagar de sus bienes propios la parte que la corresponda hasta completar lo ofrecido; porque la promesa se hizo antes que la renuncia, y por consiguiente quedó eficazmente obligada la madre al cumplimiento, según la ley citada.

606. Si el marido y la mujer prometiesen la dote en un pueblo donde por costumbre no se comuniquen los gananciales á la mujer, no quedará esta obligada con sus propios bienes al cumplimiento de lo prometido, porque en tal caso se entiende que hizo la promesa con el objeto solo de fiar á su esposo, lo cual la está prohibido: ley 61 de Toro. Pero si fuere rica, y el marido no pudiere satisfacer todo lo ofrecido, estará obligada, en dictámen de algunos jurisconsultos, á contribuir con sus propios bienes.

607. No habiendo gananciales en el matrimonio, si el padre ofreciese dotar á la hija, ó hacer al hijo donacion *propter nuptias*, deberá pagarlas de sus propios bienes, aunque tenga en su poder y administre bienes adventicios de dichos hijos, y aunque proteste que hace de estos la donacion ó entrega de la dote, pues por semejante protesta no se exime de la obligacion que le impone la ley teniendo bienes propios; pero si estos no alcanzan, se pagará de los adventicios el resto, ó el total, siendo el padre absolutamente pobre.

608. Si este hubiere dado á una hija cierta dote, y despues casare otra, se entenderá esta dotada, si no se hubiere expresado, en los mismo términos que la primera, con tal que ninguna de dichas dotes exceda el importe de las respectivas legítimas debidas á las hijas.

609. Si la madre siendo curadora ó administradora de los bienes de su

hija, la dotase, no se entenderá que lo hace de sus bienes propios, sino de los de la hija, por cuanto no está obligada á ello como el padre, á menos que manifieste lo contrario; pero si la ofreciere en dote mas de lo que importen los bienes de la misma hija, se entiende haber prometido de los suyos el exceso.

*Liquidacion y division de los bienes gananciales propiamente dichos, ó deducciones que de ellos deben hacerse, despues de divididos entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del difunto.*

610. Verificadas las deducciones que acabamos de exponer de los bienes que restan despues de deducidos el capital privativo de cada uno de los cónyuges y las deudas contraídas durante la sociedad conyugal y por causa de la misma, las utilidades ó bienes que quedan son los que propiamente se llaman gananciales, y deben dividirse entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del difunto, por mitad ó por partes iguales aunque el un consorte hubiere aportado al matrimonio mas bienes que el otro, excepto en los pueblos donde estuviere en observancia fuero particular que prescriba se haga la division proporcionalmente á los bienes que cada uno hubiere aportado, ó de otra suerte.

611. Esta mitad de bienes gananciales se une al capital ó fondo que cada cónyuge llevó al matrimonio, debiendo hacerse de cada haber las deducciones ó bajas particulares ó correspondientes al mismo. Tales son, las deudas privativas ó peculiares de cada cónyuge, á saber: las contraídas antes del matrimonio, cuya deducion se hará en el orden y forma que se dijo en el número 582 y siguientes; los gastos que haya hecho cada consorte en alimentar á sus padres respectivos ó á los hijos habidos de anterior matrimonio; las dotes de las hijas y las donaciones *propter nuptias* hechas á los hijos de igual procedencia conforme se expuso en el número 583; las dotes y donaciones *propter nuptias* que hicieran los padres á las hijas ó hijos del matrimonio de cuya particion se trata, manifestando que lo hacia por cuenta de la legítima paterna que en su dia correspondia al agraciado, si alcanzare dicha legítima para cubrirlas, conforme se expresó en el número, y las arras que hubiese ofrecido y no entregado el marido á la mujer.

612. Sobre el modo de hacerse esta deducion conviene tener presente lo que expone Febrero atendiendo á la diversidad de circunstancias que pueden ocurrir, y es como sigue:

«Si el marido prometió solamente las arras, sea en el mismo contrato dotal ó en otro separado, se ha de distinguir si hay gananciales, y si la mujer los renuncia ó no. Si no los hay, se han de bajar del caudal propio del marido hasta en la décima, y no mas, como una de las deudas contra este: si los hay y la mujer los renuncia, lo mismo es sacar aquellas del cuerpo de la herencia despues de la dote que del caudal restante, sin distincion de si son ó no del capital del marido, pues entonces todo es de este,

y no se le hace agravio, por no pagársele de sus propios bienes llevados al matrimonio, ni de su parte de gananciales porque no los quiere.

»Pero si la mujer acepta los gananciales despues de bajar la dote, bienes parafernales, deudas del matrimonio, capital del marido y la mitad de gananciales que le tocan, se une la otra mitad de estos al capital del marido, y hechas un cuerpos estas dos partidas, se deduce de su total hasta en la décima el importe de las arras, y no mas, aunque la oferta exceda á esta como deuda contra él, y el residuo líquido es el legitimo haber del marido. Luego se unen la dote, arras, mitad de gananciales y demás derechos pertenecientes á la mujer y lo que sumen es lo que le tocará.

»Si además la hubiere legado su marido el quinto ó parte de él, se sacarán las arras, porque siendo estas un débito contra el caudal del marido, habrán de separarse primero como cosa aiena, y de no hacerlo así, resultaria perjuicio á la mujer. Lo dicho sobre la deducción de las arras se entiende cuando el marido al contraer matrimonio era soltero, ó viudo sin hijos, pues uno y otro pueden ofrecer arras, y además legar el quinto á su esposa, no descendiendo en aquellas la cantidad prefijada por la ley; pero si el viudo que se casó segunda vez, tuviere hijos del primer matrimonio, se deducirán las arras del quinto, porque los hijos y demás descendientes legitimos tienen ya adquirido un derecho á los bienes de su padre, y se les deben todos, segun ley, excepto el quinto, y porque de otro modo se contravendría á la ley 28 de Toro, en la cual se prohíbe al padre disponer de mas que de un quinto en vida y en muerte, por lo que si diere ú ofreciere arras, y además legare el quinto, gravaría las legítimas en el importe de las arras.

»Si el marido tuviere ascendientes legitimos y no descendientes, el legado que hiciere á su mujer no podrá exceder del tercio.

»Si al tiempo de hacer la particion estuviere casada segunda vez la mujer, se le debe aplicar solamente el usufructo de las arras, y no su propiedad, porque esta toca á los hijos del marido, y debe reservarla: ley 26, título 13, Part. 3.

»Si el marido hubiera ofrecido arras, y tambien diese joyas ó preseas y vestidos á su esposa viuda ó soltera, debe escoger esta cuál de las dos cosas quiere (pues no se le permite percibirlo todo) dentro de 20 dias despues de requerida por los herederos de su marido; no haciendo la eleccion en ellos, podrán hacerla los herederos, y muerta ella, la pueden hacer los suyos en el mismo término: ley 3, tit. 5, lib. 10, Nov. Recop. Todo esto se ha de entender con arreglo al importe de arras y joyas.

»Si casándose el marido muchas veces ofrece en arras á todas sus mujeres la décima parte de sus bienes, segun puede hacerlo, ha de ser aquella de los que por muerte de cada una le tocaban y percibiria á haberse hecho particion, y no constando á cuánto ascendian, como que son créditos de una naturaleza y privilegio, el primero en tiempo, lo será en derecho, de suerte que los hijos de la primera sacarán la décima de todo lo que deje; los de la segunda, la del residuo, y así sucesivamente. Por ejemplo, si dejó cien mil

reales líquidos, llevarán los de la primera diez mil que son la décima de ellos; de los noventa mil que quedan, sacarán su décima los de la segunda, etc. Si á alguna ó algunas ofreció cantidad determinada, se ha de mirar si cabe ó no, y asimismo se la consignó en sus bienes presentes ó futuros ó solamente en los presentes: si no cabe, se la abonará lo que quepa y no mas, y si cabia en los que tenia cuando se ofreció y no en los que deja, se le ha de abonar el total, con tal que no se grave la legitima de los descendientes, pues en perjuicio de estos no pudo donar ni ofrecer mas que el quinto.»

613. Aunque algunos autores opinan que el luto ordinario ó cotidiano de la viuda que los herederos del marido deben dar á la misma segun su clase en los pueblos donde haya costumbre de llevarle, debe deducirse del quinto de sus bienes, esta opinion no es admisible; porque segun la ley 30 de Toro, solo deben rebajarse del quinto los gastos del funeral, misas, mandas piadosas y demás legados; no pudiendo por consiguiente gravarse aquel en mas de lo que la ley dispone, á menos que el testador ordenare otra cosa, ó haya tal costumbre en el pueblo. Así pues, dicho luto ó su importe habrá de rebajarse del caudal privativo del difunto como deuda contra él, y no del cuerpo de bienes; porque entonces pagaria la mitad la viuda, siendo de notar que al marido no se debe luto por la muerte de su mujer; porque no tuvo derecho á ser alimentado de los bienes de ella, y así solo habiendo costumbre se le abonará. El luto de los herederos deben costearlo ellos mismos de su privativo haber, y no del caudal comun, porque además de no haber ley que lo prevenga, pagaria la viuda indebidamente la mitad de su importe; tampoco debe costearse del quinto; porque la ley prefijó las deducciones que deben hacerse de él, y esta no se halla comprendida; fuera de que el luto redundaba en utilidad de los mismos herederos, ahorrándoles otros vestidos mientras le gastan.

614. En el núm. 552 se insinuó ya que el marido tenia derecho á repetir los gastos necesarios ó útiles que hiciere en las fincas dotales, reteniéndolas hasta su reintegro. Mas cuando despues de cubrir la dote y el capital del marido, resultan como gananciales dichos gastos, ó por mejor decir, las mejoras que ellos hubiesen producido, habrán de repartirse entre ambos consortes, debiendo hacerse la division del modo siguiente. Suponiendo que la finca dotal cuyo valor primitivo era de veinte mil reales, recibió una mejora de diez mil, y que además hay de gananciales otros diez mil, se aplicará á la mujer su finca valuada en treinta mil: los veinte mil por su valor primitivo, y los diez mil por la mejora, adjudicando al marido los diez mil restantes de gananciales. Si aun hubiere mas de estos, se repartirán por mitad, adjudicando á la mujer su parte en otros bienes; pero si al contrario solo resultare como ganancial la mejora de la finca, se aplicará á la mujer una y otra, y el marido ó su heredero recibirá la mitad que le corresponde de dicha mejora en otros bienes propios de la mujer, ó en dinero que esta le entregue.

Habiendo mejorado el marido los bienes dotales, y mandando en su tes-

tamento que sus herederos *entreguen á la mujer libremente lo que llevó al matrimonio*, deberán entregárselos con todos los frutos y mejoras, pero con esta distincion: si los herederos no son forzosos, habrán de entregarla los bienes dotales sin descuento alguno de frutos ni mejoras; porque se presume que el marido la hizo donacion ó legado de todo, como indica la palabra *libremente*; pero si los herederos fueren forzosos, solo tendrá lugar dicho legado en cuanto no perjudique á la legitima de estos, descontando por consiguiente el exceso. No obstante lo expuesto, si el marido dijese solo que se la devuelva la dote, podrán los herederos, de cualquiera clase que sean, descontarla el importe de las mejoras, pues en tal caso no hay lugar á la presuncion de que fue su ánimo donárselas ó legárselas.

615. El marido no podrá repetir los gastos que hubiere hecho en la última enfermedad, porque se comprenden en la clase de alimentos que debe suministrarla, pero si los gastos funerarios, porque no deben hacerse á costa de él, sino de los bienes de la mujer, pues disuelto el matrimonio cesan todas las obligaciones de la sociedad conyugal.

*Modo de hacerse las deducciones ó liquidacion y division de los gananciales y demás bienes cuando ha habido dos ó mas matrimonios ó hijos de ambos.*

616. Las reglas expuestas sobre el modo de hacerse las deducciones ó liquidacion y division de los bienes de cuya sucesion se trata por muerte de un cónyuge, y en su consecuencia, sobre el modo de liquidarse y dividirse los gananciales, se refiere al caso de que solo hubiese habido un matrimonio, ó de que habiendo existido dos ó mas, se hubiese verificado al disolverse cada uno de ellos, el inventario y liquidacion de los bienes respectivos y del haber del cónyuge difunto ó de sus herederos y del sobreviviente, antes de contraer este un nuevo enlace. Mas cuando por haber contraído, por ejemplo, el marido, segundo matrimonio sin practicar el referido inventario y particion de bienes por muerte de la primera mujer, se hallasen confundidos los bienes aportados al primer enlace por ambos consortes con los llevados al segundo por la segunda mujer, y el marido de esta y de la primera, y asimismo los demás bienes, adquiridos durante ambos consorcios, y se disolviese el último por muerte de alguno de los cónyuges y hubiese hijos de ambos enlaces, si bien deberán formarse tantas particiones quantos sean los matrimonios contraídos, puesto que se trata de otras tantas herencias, deberán seguirse, para saber las cantidades que deben deducirse ó las deducciones que deben hacerse con anterioridad ó posterioridad, diferentes reglas especiales, segun la diversidad de casos que pueden ocurrir, aunque con sujecion al espíritu de las reglas expuestas en el núm. 546, para que resulte aplicarse á cada consorte ó á sus herederos solo é íntegramente los bienes suyos propios ó que les corresponden como adquiridos en la sociedad conyugal efecto de su matrimonio, y no bienes adquiridos que deban considerarse como aportados ó adquiridos en otro enlace.

He aquí las reglas que deben seguirse aplicadas á los casos principales

que ocurren sacadas de las que expone Febrero, como pudiendo servir de norma para los demás.

1.º Cuando constare solamente lo que la mujer primera llevó en dote ó por otro título al matrimonio, pero no se sabe los bienes que quedaron á su fallecimiento, y resultan los hastantes para cubrir las cargas y deudas de ambos. En este caso, se deducirá en primer lugar, la dote y demás bienes que la segunda mujer llevó á su consorcio, pues si se dedujera antes la dote de la mujer primera, se perjudicaria á la segunda en la mitad de sus gananciales, segun se expuso en el núm. 557 (véase tambien el núm. 556). En segundo lugar se deducirá el capital que hubiere llevado el marido al matrimonio segundo; despues, se deducen las deudas contraídas durante este; lo que quedase se considera como gananciales del matrimonio segundo; la mitad de estos unida al capital de la segunda mujer, será para ella ó sus hijos ó herederos (si tambien hubiere fallecido): de la otra mitad de gananciales correspondiente al marido difunto, unida á su capital, se rebajará y adjudicará á los hijos ó herederos de la primera mujer, lo que acreditaren legalmente debérseles por dote, arras y demás derechos de su madre, ó lo que es lo mismo, por el capital que esta llevó á su matrimonio, pues dichas cantidades corresponden á los referidos hijos como deuda contra su padre á que era responsable: lo que reste deducidas la dote ó capital de la primera mujer y demás deudas privativas del padre, y las arras de la segunda, en caso de haberlas, se repartirá por partes iguales entre los hijos de ambos matrimonios, ó herederos de estos, pues les corresponde á título de herencia paterna. Tambien podrán obtener los hijos del primer matrimonio ó sus herederos los gananciales que prueben plenamente existian al fallecimiento de la primera mujer, y cuantos y cuáles eran, sin que baste para que se considere hecha esta prueba, justificar que se compraron ó adquirieron durante el matrimonio, porque pudo hacerse la adquisicion con dinero dotal de los bienes parafernales ó con el capital del marido, sino que para que se tengan por multiplicados durante el primer matrimonio es preciso acreditar claramente que cuando su madre murió habia ademas bienes bastantes para satisfacer todo lo que ambos cónyuges llevaron á su matrimonio y las deudas contraídas durante él, y ademas otros bienes que eran los gananciales. Si hubiese habido gananciales en el primer matrimonio, deberá tenerse presente lo expuesto en el párrafo segundo del número 556.

2.º Cuando constaren los bienes ó el capital que la primera mujer llevó al matrimonio, y no hubo gananciales, y el marido llevó algunos bienes al segundo enlace, mas no los suficientes para cubrir el haber de la mujer primera, se harán las deducciones conforme se expresó en el núm. 557.

3.º Cuando no constan los bienes propios que el marido y la mujer llevaron al primer matrimonio, pero si los que quedaron al fallecimiento de aquella, como todos en este caso se reputan gananciales, deben dividirse por mitad entre ambos. Separados, pues, como se ha dicho, de los respectivos capitales que se llevaron al segundo matrimonio, las deudas y gananciales

de este, de lo que toque al padre, se aplicará á los hijos del primero la mitad de bienes que quedaron al fallecimiento de su madre, hechas las correspondientes deducciones aun cuando el padre no hubiere llevado bienes ningunos al segundo matrimonio, porque les pertenece como legitima materna, y si sobrara algo, se repartirá con igualdad entre los hijos del primer matrimonio y los del segundo como herencia paterna.

4.º Cuando por los correspondientes inventarios y documentos ó probanzas, convenio ó confesion de los interesados, constan los bienes que respectivamente llevaron á los diferentes matrimonios el marido y sus mujeres, juntamente con los que adquirieron durante la sociedad conyugal, y hubiese suficiente caudal para todo. En este caso ninguna dificultad se ofrece para hacer la particion respecto de las legítimas maternas. Asi es, que si el padre falleciere estando viudo de la segunda mujer, no hay mas que aplicar á los hijos de esta y á los de la primera, con arreglo á las disposiciones testamentarias de entrambas, sus respectivos haberes maternos por dote, gananciales y demás derechos, deduciendo antes los gastos de funeral, misas y legados. Lo que despues de esto quede, pertenece al padre comun, y debe repartirse con igualdad entre todos los hijos (en caso de que no haya legado, mejora, ni derecho de reservacion á favor de alguno) hubiese ó no llevado capital el padre á estos diferentes matrimonios, y háyanse adquirido mas gananciales en uno que en otro, ó todos en el uno solamente. No se verifica en este caso la particion de los bienes del padre entre los hijos de sus distintos matrimonios proporcionalmente á los bienes que aquel llevó ó adquirió en cada enlace, porque como sus hijos están reintegrados de la parte de sus madres, y hasta que su padre muere nada se les debe de la legitima paterna ni tampoco la hay, no se debe hacer mérito, ni atender por lo concerniente á esto al matrimonio en que los adquirió, ni á otra cosa sino á que son bienes que su padre dejó y que todos son sus herederos con igualdad, ó segun su voluntad arreglada á la ley.

5.º Cuando el marido lleva al segundo matrimonio bienes suficientes no solo para cubrir el haber de los hijos del primero, que existe en su poder y les corresponde asi por sus legítimas maternas como por el derecho de reserva, sino tambien algunos suyos propios, y durante el segundo les da el todo ó parte de lo que les toca por los títulos expresados, ó algo mas en cuenta de las paternas. Si les dió el todo ó parte de los bienes maternos, se puede girar la cuenta de dos modos; el primero es agregar numéricamente al caudal inventariado lo entregado á los hijos, y hecho todo un cuerpo como si todo se hubiera hallado en su poder, deducir de él la dote segunda, las deudas de este matrimonio y el capital íntegro del marido segun lo llevó, á saber: con todos los bienes pertenecientes á los hijos del primer matrimonio, por legitima materna, y lo que quede despues de hechas estas tres deducciones será luero, que se dividirá por mitad entre su viuda y los hijos de esta y de la primera como herederos todos de su padre; pues de no incorporarse á lo inventariado lo donado á estos, y bajar enteramente su

capital como si nada se hubiera sacado de él, seria perjudicada la viuda en la mitad de su importe, y los hijos de la primera beneficiados indebidamente en ella. El segundo modo es en vez de agregar al cuerpo de bienes lo entregado á los hijos, considerar el capital que el padre llevó al segundo matrimonio disminuido con el importe de este desembolso á la manera que cuando lleva deudas y se pagan durante el matrimonio, y haciendo las deducciones de dote y deudas saldrá la misma cuenta y porcion de gananciales.

Si dió algo mas á los hijos del primer matrimonio de lo que les correspondia por la legitima materna, en cuenta de la paterna, se puede hacer la cuenta de dos modos. El primero es agregar al caudal inventariado no solo lo que llevaron por su madre, sino tambien lo que su padre les anticipó por su legitima paterna; deducir de lo que sume este total la segunda dote, las deudas del segundo matrimonio y el capital íntegro que el padre llevó á la sociedad conyugal, y el residuo, hechas estas bajas, se dividirá por mitad entre la viuda y los hijos, como gananciales. El segundo modo es unir solamente al caudal inventariado lo que el padre anticipó á sus hijos en cuenta de su haber paterno; deducir de lo que importen estas dos partidas la dote segunda, las deudas del último matrimonio y lo que llevó el marido como capital suyo propio sin responsabilidad al segundo matrimonio, separando lo que comprendia su capital perteneciente á sus hijos por su legitima materna como entregado ya ó como si no lo hubiera incluido en él, y lo que resulte, hechas estos descuentos, serán bienes gananciales que se repartirán como en la cuenta anterior.

6.º Cuando habiendo hijos de dos matrimonios, no se sabe si hubo gananciales, ni en caso de haberlos, en cuál de los matrimonios se adquirieron para dividir entre los hijos procreados en ellos los que tocaron á sus respectivas madres. En este caso, que es el mas árduo de todos, interpondrá el contador sus buenos oficios para facilitar un arreglo ó convenio entre los interesados con arreglo al artículo 475 de la ley; y si no pudiesen avenirse, se observará lo siguiente. Si por escrituras ú otras pruebas resultaren comprados en cada matrimonio algunos de los bienes existentes, se reputarán gananciales respectivos de él, y se aplicará la mitad á los hijos de aquel matrimonio, como adquiridos mientras estuvo casada su madre, pues la otra mitad corresponde al padre, en la cual todos los hijos indistintamente son interesados, si á ninguno hubiese hecho mejora. Si nada resultare ni pudiese probarse, es necesario examinar cuánto tiempo estuvo casado el padre con cada mujer, qué negocios manejó, qué utilidades ó pérdidas tuvo, qué contratiempos le sobrevinieron á él, su mujer, hijos ó hacienda, con las demás circunstancias ú ocurrencias que puedan influir en dicha apreciacion. En su vista formará su cálculo el contador prudencialmente, lo participará á los interesados, y si no se convinieren, lo propondrá al juez, ed cuyo caso se observará lo prescrito en los arts. 475, 476 y 477 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Si en el caso expuesto tratasen los hijos de dos matrimonios de suceder al padre comun sin respecto á las madres, nada importa que se acredite ó no los gananciales que se adquirieron en cada matrimonio, pues respecto de aquel es lo mismo que si fueran herederos de una sola madre, segun se dijo en el caso cuarto, porque hasta que el padre muere ningun hijo tiene derecho á exigir su legítima paterna, y entonces todos deben ser iguales no habiendo mejora, sin deberse atender al tiempo que duró cada matrimonio é inferir que adquirió en él los bienes que dejó, sino solamente á cuantos y á que todos son suyos. De lo contrario, v. gr., si en el primer matrimonio los había adquirido todos, nada deberían participar los hijos del segundo no obstante ser hijos suyos como los otros, y quedarían privados de su legítima ó perjudicados en ella, lo cual era suponer en el padre la obligación de reservar dichos bienes para los hijos de cada matrimonio; y no poder usar libremente de los que había adquirido en cada uno de ellos ó estando viudo; obligación que ninguna ley le impone, ni le prohíbe su uso, como dueño de todos. V. el Febrero por Gutierrez, t. 3.º, pág. 516, núm. 190.

*Deducción de los gastos del funeral y misas de los legados, y liquidación de la herencia entre los herederos legítimos y extraños, mejorados y legatarios.*

617. Liquidado el haber respectivo de cada cónyuge, pagadas las deudas de la sociedad conyugal y las propias y peculiares de aquel de cuya sucesión se trata entre los que se cuenta, siendo esta el marido, la cuarta marital que á su viuda pobre se debe segun ley 7, título 13, Partida 6 en los casos que exponen Febrero reformado por Goyena, números 1962 al 1963, y Escriche, artículo *cuarta marital*, y en una palabra, hechas las deducciones expuestas para partir los bienes del difunto entre sus herederos, todavía han de verificarse otras bajas, bien de todo el caudal propio de este ó de una sola parte de él, segun que dejase ó no herederos forzosos y que estos fuesen descendientes ó ascendientes legítimos: tales son las de los gastos del funeral, misas y mandas pias y demás gracias que hubiese hecho.

618. Por gastos funerales se entiende los que se verifican en el entierro y exequias del cadáver. Estos gastos se arreglan á lo mandado por el testador, con tal que sea proporcionado á su fortuna y circunstancias ó á la cantidad de que la ley le permite disponer para este objeto, pues si excedieren de ella, no se cumplirá su voluntad, y el heredero que lo hiciere, satisfará el exceso de su propio haber hereditario. V. la ley 12, tit. 3, Partida 1. En estos gastos se comprenden la limosna de misas por su alma y asimismo la misa de cabo de año y novenario, si los mandó hacer el testador con arreglo á aquella cuota, mas no si los hicieron voluntariamente los herederos segun se ha dicho de los anteriores. No se comprenden en estos gastos los que bagan los hijos y la mujer del difunto por lutos á causa de su falleci-

miento conforme se indicó al exponer que el luto de la viuda se paga del haber del marido despues de deducida la mitad de gananciales.

619. Cuando la persona de cuya sucesión se trata dejase descendientes legítimos, deberán deducirse dichos gastos del quinto de su caudal propio, segun lo dispone la ley 30 de Toro, que es la 9, tit. 20, lib. 40 de la Novísima Recop., que dice: «la cera y misa y gastos del enterramiento se saquen con las otras mandas gratuitas del quinto de la hacienda del testador y no del cuerpo de la hacienda aunque el testador mande lo contrario.» Esta prohibición que se le impone se funda en que el testador no puede disponer, teniendo hijos ó descendientes legítimos á favor de su alma ó de extraños, mas que de la quinta parte de sus bienes por corresponder á aquellos las otras cuatro quintas partes, como legítimas, segun la ley 8, tit. 20, lib. 40 de la Nov. Recop., y si el testador dispusiera de mas entre extraños, disminuiría la legítima de los descendientes. Así pues, deberá reducirse á dicho quinto el legado de mayor cantidad que hiciere el testador á favor de su alma ó de un extraño. Si además dejase otro quinto á favor de un descendiente legítimo (en cuyo caso se entiende que lo mejora en él) valdrán ambos quintos con tal que no disponga del tercio, por considerarse uno de aquellos como parte de este, porque teniendo el padre facultad para mejorar á sus hijos ó descendientes legítimos en el tercio y quinto, con mayor razón puede hacerlo en dos quintos, uno de los cuales se considera como parte del tercio.

620. Los gastos del funeral, misas y mandas piadosas se deducirán antes que los demás legados cuando no alcanzase el quinto para satisfacerlos todos, aplicando á estos á prorata lo que restase, ó disminuyéndolos en cuanto al exceso por el derecho de prelación y preferencia que tienen los referidos gastos. V. Febrero reformado por Goyena, núm. 2581 y Llamas á la ley 30, núms. 6 y 7, y leyes 12, tit. 13, Part. 1, y 30, tit. 13, Part. 3.

621. Adviértase que segun la opinion mas fundada no deben deducirse del quinto los gastos de la última enfermedad de la persona de cuya sucesión se trata porque se hicieron durante el matrimonio, como carga de la sociedad conyugal, y deben deducirse del acervo comun de gananciales.

622. Cuando el difunto no dejase hijos ó descendientes herederos legítimos, pero sí ascendientes que sean herederos, deberán deducirse los gastos enunciados del tercio de su caudal propio, pues aunque la ley 30 de Toro solo comprende el caso de que haya descendientes, debe extenderse al de que heredaren los ascendientes por identidad de razón. Tal es la interpretación de nuestros principales expositores segun sienta Llamas en el número 41 de su comentario á la ley 30 de Toro, que dice así: como la disposición de esta ley principalmente se ordena á precaver que no se perjudique á los herederos legítimos en la parte de la herencia que les corresponde, siendo tan legítimos herederos los ascendientes de sus descendientes como estos de aquellos, es claro que cuando los ascendientes sean herederos de sus descendientes, como lo previene la ley 6 de Toro, se observe con ellos esta

misma disposición sin otra diferencia que la de haberse de sacar los gastos del funeral del tercio de sus bienes (esto es, del tercio de los bienes del descendiente de cuya sucesión se trata) del que se le concede poder disponer en favor de los extraños por dicha ley 6, puesto que los otros dos tercios son legítima de dichos ascendientes que no puede disminuir el referido ascendiente (en lugar del quinto de que habla la presente ley) porque trata de la sucesión de los descendientes, como lo advierte el señor Covarruvias en el cap. 18 de testamentos, p. 3, núm. 4, y Angulo en la ley 45, glosa 3, número 7.

623. No habiendo descendientes ni ascendientes, herederos legítimos del difunto, sino solamente herederos extraños, se deben deducir los referidos gastos del cuerpo de su propio caudal, excedan ó no del quinto del mismo, porque como entonces no tiene limitada el testador la facultad de disponer de sus bienes á una cantidad determinada, por no haber legítimas que dejar íntegras, se entiende que quiso gravar la parte de herencia que dejó á los extraños con el pago ó decrecimiento de la cantidad que dispuso se gastara en su funeral, misas y legados.

624. No habiendo pues descendientes ni ascendientes, si existieren, por haber sido casado el difunto el otro cónyuge ó herederos suyos, no se deducirán el funeral, misas y legados del total de bienes inventariados, ni del acervo común de gananciales, sino de los bienes que pertenecían al finado por los que llevó al matrimonio, ó hubo en él como suyos propios y por su mitad de gananciales, porque de otra suerte se gravaría el otro cónyuge ó sus herederos en la mitad de gananciales con un pago que no le corresponde, puesto que dicha deuda no se ha contraído durante el matrimonio ni con motivo de la sociedad conyugal. Si no hubiese sido casado el difunto se deducen los gastos de dicha funeral, así como todas las demás deudas de la herencia de todo el cuerpo de bienes inventariados, pues solo se trata de su sucesión y herencia, á nadie se perjudica, ni hay gananciales que dejar libres por no haber sociedad conyugal á que se refieran.

625. Cuando el ascendiente que falleció hubiese dejado á alguno de sus descendientes el tercio de sus bienes como puede hacerlo según la ley 18 de Toro, que es la 2, tit. 6, lib. 10 de la Nov. Recop., (mas no á favor de extraños) aun cuando le hubiere dejado también el quinto, en cuyo caso se entiende que le mejora en este y en el tercio, deberá deducirse el quinto antes que el tercio, aunque se nombrase este antes que aquel, lo que tiene por objeto beneficiar al testador para que sea mayor la cantidad de que pueda disponer á favor de su alma, según dice la ley 214 de Estilo. Así, pues, deducidas en tal caso las deudas peculiares del difunto de su propio haber, se saca del residuo la quinta parte; deducida esta, se rebaja el tercio, y el resto se divide en tantas partes cuantos sean los herederos incluso el mejorado, si también lo fuese, mas si no lo fuese, como el nieto á quien se mejoró ó que no lo es mientras vive su padre, se reparte lo que reste entre los demás herederos. Sin embargo, deberá deducirse el tercio antes que le

quinto en dos casos: 1.º Si el testador lo dispusiese así; pues entonces renuncia, como puede hacerlo, al beneficio que le concede la ley. 2.º Si fuese irrevocable la mejora del tercio, por haberse hecho, v. gr. por contrato entre vivos ó por causa onerosa, entregando la posesión de los bienes ó la escritura de ella, á no ser que el padre se hubiese reservado el derecho de revocarla ó sobreviniere alguna de las causas porque se anulan las donaciones perfectas, según la ley 1, tit. 6, lib. 10, Nov. Recop. Esto se funda en que el mejorado adquirió en dicho caso un derecho anterior al que puedan tener los legatarios ú otros acreedores á los bienes del quinto.

626. Si el ascendiente mejorase á alguno de sus descendientes en el tercio y no dispusiese del quinto, se formará ó deducirá un quinto para rebajar los gastos del funeral, misas y legados; después se sacará el tercio del remanente de dicho quinto, y otro tercio del caudal restante para el mejorado; y el residuo agregado al sobrante del quinto, será el caudal partible entre todos los herederos. Se rebajan en este caso ambos tercios, porque en el hecho de no haber dispuesto el testador del quinto, se infiere que su voluntad fue llevarse el hijo mejorado el tercio de él igualmente que de los demás bienes; y si de estos solos se dedujese el tercio, sería perjudicado el hijo á cuyo favor se hizo la mejora. Si el padre ó la madre mejorase por testamento á un descendiente legítimo en el tercio de sus bienes, mandando que de él pague los gastos del funeral, misas y legados, y no dispusiese del quinto, deberá el mejorado satisfacer dichos gastos del tercio hasta el importe del quinto solamente, entendiéndose mejorado en el exceso del quinto al tercio. Lo mismo se practicará cuando el padre, habiendo mejorado en el tercio á un descendiente, y á otro en el quinto, dispuso que aquel y no este, satisficiera los mencionados gastos, ó que para costearlos entregase al último la mitad del tercio, en cuyo caso se entiende que mejoró ó distribuyó el tercio entre los dos.

627. El tercio y quinto dejado por mejora deben regularse para su deducción ó repartimiento por el valor que tenía la herencia ó los bienes del testador al tiempo de su fallecimiento, ó atendiendo á los bienes que restan entonces, rebajadas las deudas hereditarias, no las testamentarias, esto es, los derechos de apertura y publicación del testamento y demás gastos para elevarle á escritura pública pues estos gastos se han de deducirse del quinto. No se podrán, pues, sacar dichas mejoras de las dotes y donaciones que hubieren hecho anteriormente los padres á los hijos, no obstante deber estos traerlas á colación y partición, pues no se colacionan para este efecto porque se consideran ya fuera del patrimonio, ley 9, tit. 6, lib. 10, Nov. Recop., ni tampoco se tendrán en cuenta los bienes que tenía el testador al hacer la mejora, si esta se efectuó por contrato entre vivos: leyes 23 y 25 de Toro. V. Llamas á la ley 23 citada, núm. 7 y siguientes. Tampoco se computará para deducir las mejoras de tercio y quinto, la cuarta marital en los casos en que se debe á la viuda pobre, pues como deuda que resulta contra los bienes del marido, ha de bajarse de estos como las demás, antes de deducirse las me-

joras. Aunque el mejorado repudiare la herencia y aceptare la mejora como puede hacerlo, no dejará por eso de experimentar la rebaja á prorata de las deudas hereditarias que le correspondan por su parte: ley 5, tit. 6, lib. 10, Novísima Recopilación.

628. Lo que reste despues de practicadas las deducciones referidas del quinto y del tercio cuando hubiera esta mejora, para entregarlo á la persona á quien se dejó y las demás deducciones que resulten de la voluntad del testador conforme á la ley, constituye la legítima de los descendientes ó ascendientes en su caso. Sin embargo, este residuo no siempre representa toda la legítima que corresponde á los descendientes, bien se trate de sucesión testada ó intestada, bien hubiere ó no dichas mejoras, cuando los ascendientes hicieron á aquellos en vida donaciones de sus bienes, pues segun los motivos en que estas se fundasen, se consideran como legítimas anticipadas ó como mejoras. Para el efecto, pues, de saber lo que cada uno lleva por legítima, y restablecer sobre estas la igualdad que reclama la ley y la justicia, asimismo, para averiguar si caben en su caso las mejoras del tercio y quinto en la cantidad á que las limita la ley, y en su consecuencia, para completar á cada uno su legítima ó hacer que restituya el exceso de lo que cupiese en ella y en las mejoras referidas, si se le hicieron, deben traerse á colación ó particion con los demás hermanos los bienes en que dichas donaciones consistan.

*De la colacion de bienes.*

629. Se entiende, pues, por colacion, la comunicacion ó agregacion que los descendientes legítimos, que son herederos, hacen á la herencia ó cuerpo del caudal hereditario, de los bienes que les dieron sus ascendientes en vida para que aumentando el caudal, se haga la division del mismo, sin perjuicio de las legítimas.

630. La colacion puede hacerse de tres maneras: 1.<sup>a</sup> por *manifestacion*, que es manifestando el donatario la misma cosa que percibió, si existe y puede colacionarla: 2.<sup>a</sup> por *liberacion*, que es cuando solo se le prometió lo colacionable y no se le entregó: 3.<sup>a</sup> por *imputacion*, que es contándole ó imputándole en su haber la cosa colacionada, para que perciba de la herencia otro tanto menos cuanto fuere el importe de aquella, y este es el modo mas frecuente; y asimismo el único modo de colacionar que se fija en el proyecto del Código civil, art. 887.

631. Para que tenga lugar la colacion es necesario que se verifiquen las circunstancias siguientes: 1.<sup>a</sup> Que el que la pide, y aquel á quien se pide sean de los hijos ó descendientes legítimos del difunto, cuya herencia se trata de partir, y que vengan á heredarle como tales descendientes é inmediatos herederos, y no como agnados ó coagnados mas remotos que aquellos. 2.<sup>a</sup> Que los referidos descendientes sucedan por título universal de tales herederos, y no por el particular de legatarios ó fideicomisarios. 3.<sup>a</sup> Que los

bienes cuya colacion se pretende, procedan del patrimonio de aquel á quien se hereda. 4.<sup>a</sup> Que la cosa ó cantidad que se pretende traiga á colacion e donatario, la adquiriera en vida del difunto cuya herencia se trata de dividir, porque si la adquiriese despues de su muerte en concepto de legado, fideicomiso ú otra donacion que se confirma por la última voluntad, no es colacionable; á menos que el donante mande que la reciba en cuenta de su legítima. 5.<sup>a</sup> Que á los hijos y descendientes legítimos entre quienes se trata de verificar la colacion, se les deba la legítima, pues de lo contrario no tendrá aquella lugar. Por ejemplo, si el abuelo dotase ó hiciese donacion al nieto ó á la nieta, no están estos obligados á colacionarla cuando muere el abuelo antes que el padre; porque existiendo este no son herederos, ni se les debe la legítima. 6.<sup>a</sup> Que el hijo ó descendiente á quien se pide la colacion, quiera ser heredero, pues si renunciare la herencia, no estará obligado á colacionar lo recibido, y podrá retenerlo; advirtiéndose que si excediere de la legítima y mejora de tercio y quinto, ha de restituirse el importe del exceso.

632. Deben colacionarse por los descendientes á quienes se debe legítima, todos los bienes, donaciones y gastos que hubieren recibido ó se hubieren hecho en vida y provinieron del patrimonio del ascendiente de cuya herencia se trata, ley 5, tit. 15, Part. 6, en cuyos bienes, no solo se comprenden los raices, sino los muebles y semovientes, y no solo las cosas corporales, sino las incorporales, como los derechos y acciones.

633. Deben pues traerse á colacion las dotes y demás donaciones que el padre hiciere á las hijas por razon de casamiento, y lo que por mera consideracion á los padres y no á ellas mismas las dieran otras personas por igual causa porque se reputa como dado por los padres; las donaciones *proter nuptias* que hiciere los padres á los hijos y aun los vestidos, joyas ó preseas que hubieren dado aquellos á la novia ó esposa, porque en duda se presume que se los dieron por contemplacion á su hijo; los bienes profecticios, lo que hubiere usufructuado el hijo de sus bienes adventicios mientras estuvo bajo la patria potestad, mas no son colacionables lo bienes propios de los hijos que no procedan del patrimonio del padre como los castrenses, cuasi castrenses y adventicios que hubiesen adquirido, no con el caudal paterno, sino con su industria, trabajo personal ó dádivas que le hicieron, pues que la propiedad de ellos es privativa suya, aunque el usufructo pertenece al padre, ni tampoco se colacionan las sumas recibidas para sus alimentos y educacion, mientras estuvieren bajo la patria potestad, porque es obligacion del padre alimentar y educar á los hijos. No debe en su consecuencia colacionarse lo que el padre hubiere gastado en dar al hijo carrera literaria ó militar, porque ademas de que estos gastos se consideran comprendidos en la educacion, de ellos resulta utilidad al Estado, como dice la ley 5, tit. 15, Part. 6; ni los gastos que hiciere el padre en convites ú obsequios á extraños, con motivo de matrimonio, ordenacion, grado ú otró acontecimiento fausto para el hijo, porque no se entienden hechos en utilidad especial de este, sino en atencion al decoro de la familia.

Deben, pues, colacionarse las donaciones de los bienes referidos y demás que no se refieran á los exceptuados, ya sean aquellas causales ó necesarias, esto es, se hagan por el padre en fuerza de alguna causa precisa ó por lo menos útil y piadosa que á ello le impela, ó ya sean simples ó voluntarias, esto es, hechas por mera liberalidad y sin que impulse á efectuarlas motivo alguno que no sea el del afecto.

654. Sin embargo, debe distinguirse entre estas dos clases de donaciones para saber cómo deben imputarse los bienes en que consisten al hacer la division de la herencia. Las donaciones simples se consideran como mejoras puesto que haciéndose sin necesidad, se supone que el padre quiere aventajar al hijo movido solamente del afecto que le tiene, y en su consecuencia se imputan primero en la mejora del tercio; si no caben en esta, se imputan en la mejora del quinto, y si excedieran de ella, se aplican en el exceso á la legitima, puesto que la ley no permite al padre mejorar á sus hijos en más del tercio y del quinto de sus bienes. Si todavía excedieren de la legitima, se reputan inoficiosas y se devolverá el exceso á la masa común de bienes, para que se reparta entre los herederos por cuanto corresponde á estos como parte de su legitima: ley 26 de Toro, que es la 10, tit. 6, lib. 10 de la Nov. Recop. Las donaciones causales por el contrario, como se hacen con un motivo preciso, no se funda en el afecto, sino en subvenir á alguna necesidad; se supone que el padre no las hubiera hecho á no mediar esta causa, y en su consecuencia, que no quiso mejorar al donatario, por lo que se consideran como anticipacion de la legitima, y así es que se imputan primeramente en esta, y si excediera de ella, se aplican á la mejora del tercio, y si aun excediere de esta, se imputan en el quinto, pues se supone que el padre tuvo en cuenta al hacer la donacion en mayor importe que la legitima, la parte de bienes que podía dar como mejora de tercio y quinto: lo que excediere de estas tres partidas es inoficioso y se trae á particion á la masa hereditaria; ley 5, tit. 3, lib. 10 Nov. Recop. ó 29 de Toro. Se hace la imputacion en los casos expuestos á la mejora del tercio antes que á la del quinto, para evitar que este pueda sufrir disminucion alguna, sino en caso de absoluta necesidad, con el objeto de que puedan sacarse de él mas ampliamente en todo caso los gastos del funeral y misas por el alma del testador á que está afecto. Las presunciones referidas cesan cuando expresó su voluntad el testador de que la donacion simple se entendiera legitima anticipada ó mejora en solo el tercio ó quinto, ó que la causa se considerase como alguna de estas mejoras, siempre que no excedan de las facultades que le conceden las leyes. V. la 5, tit. 15, Part. 5, y la 10, tit. 6, lib. 10 Nov. Recop.

655. Respecto de la imputacion de las dotes ó donaciones que los padres hacen á las hijas por razon ó con objeto del casamiento de las mismas, no se sigue en toda su extension la regla expuesta sobre las donaciones causales, no obstante pertenecer á esta clase de donaciones, pues si bien deben imputarse en la legitima, cuando excedieren de esta son inoficiosas, sin que se atienda para librarse de la inoficiosidad, á si caben en el tercio ó

quinto de los bienes hereditarios, porque se halla dispuesto terminantemente por la pragmática de Madrid de 1554, que es la ley 6, tit. 3, lib. 10 de la Nov. Recop. que *ninguno pueda dar ni prometer por via de dote ni casamiento de hija tercio ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos.*

656. La prohibicion expuesta no se extiende á las mejoras que haga el padre respecto de sus hijas, por última voluntad, pues de esta suerte puede mejorarlas, aunque sea por razon de matrimonio, y aun puede confirmar por este medio la dote que resultase inoficiosa por haberla constituido por contrato, con tal que se hiciese sin sospecha de fraude de la ley, y mandar que la hija la llave íntegra en cuanto quepa en el tercio quinto y legitima. Así, que la validacion en testamento de la mejora hecha á favor de las hijas, se entienda con tal que en contrato no se haya estipulado ó precedido promesa de hacerlo, pues si precedió, y haciendo el testador mencion de la promesa en testamento, constituye la mejora, no valdrá, porque la conceptúa hecha en fraude de la ley y en consecuencia de la obligacion primera; y lo propio milita, aunque no haya precedido promesa de mejorar á la hija, si estaba tratado ya su matrimonio y por razon de este la mejora, ó hace donacion el padre en su testamento, pues como fraudulenta tampoco valdrá. Véanse Ayora, de *Partit.* part. 2, *quest.* 2, Gutierrez, de *juram. confirm.* Parte 1, cap. 59, núm. 16, y Baeza, de *non melior. filiab.*, cap. 15, número 15.

657. Acerca del tiempo á que deberá atenderse respecto de los bienes que tenia la persona de cuya sucesion se trata, para saber de la dote constituida por contrato es inoficiosa por no caber en la legitima, se hallan discordes los autores, pues si bien la ley 29 de Toro da á la hija expresamente la facultad de elegir que se haga el cómputo *en consideracion al valor de los bienes del que dió ó prometió dicha dote al tiempo que la dicha dote fue constituida ó mandada, ó al tiempo de la muerte del que dió la dicha dote ó la prometió, do mas quisiere escoger aquel á quien fue la dicha dote prometida ó mandada,* de suerte que si cupiere la dote en la legitima que toca á la hija de los bienes que tuviese el donante al tiempo en que la constituyó, no fuese inoficiosa, aunque al tiempo de la muerte del testador excediese del valor mencionado, la disposicion de la ley 6, tit. 3, lib. 10 de la Nov. inserta en el párrafo anterior, que prohíbe mejorar por razon de dote ó casamiento á las hijas tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, llamada comunmente la Pragmática de Madrid por haberse dado en las Cortes de Madrid de 1554 y 75, dió ocasion á dudar sobre si deberá considerarse como derogatoria de la facultad que concede á las hijas la ley 29 de Toro de elegir para reputar si es ó no la dote inoficiosa uno de los dos tiempos, ó el en que se da ó promete la dote, ó el de la muerte del testador.

Los autores que opinan porque la hija puede elegir el tiempo en que se constituyó la dote, ademas de el de la muerte, se fundan en que en la petition que se hizo á las Cortes de Madrid de 1554, se suplicó á S. M. que las

dotes que se diesen, no pudieran ser *mas de la legitima que le vendria á la dotada si entonces se partiesen los bienes del testador*; en que la Pragmática estableció por norma para la regulacion de las legitimas la renta que producian los bienes del padre al tiempo que entregaba ó prometia la dote; en que al modo que en el contrato porque se constituyen las arras, verificándose que la cantidad ofrecida por el novio á la novia tiene cabimiento en la décima parte de sus bienes cuando la casa se le abona, aunque no quepa en la de los que deja cuando fallece, del propio modo se debe abonar á la hija y no hacerle que restituya parte de la dote recibida; en que la eleccion de uno de dichos tiempos no es gracia del padre, ni es mejora, sino un derecho de tercero, esto es, del marido, der echo independiente de ella declarado en dicha ley 29, conservado intacto en la ley 6, tit. 5, lib. 10 de la Nov. Recop. prohibitoria de las mejoras por causa de dote, y al marido se le ha de cumplir lo que con arreglo á las leyes se le ofreció para llevar las cargas del matrimonio, pues lo contrario es constituir dotes de un valor eventual ó incierto, y empeorar la condicion de las mujeres para su establecimiento; y finalmente, en que aun cuando resulte que la hija eligiendo para sacar su legitima el tiempo en que fue dotada, saque mas de lo que le correspondia, atendido el valor de los bienes del padre al tiempo de su muerte, no se puede decir que sale mejorada, porque todo lo que lleva es meramente por razon de su legitima, teniendo consideracion al tiempo en que fue dotada, pues asi como antes de la Pragmática la hija podia elegir el tiempo en que se la dotó, para sacar su legitima y tercio y quinto de mejora, sin que la sirviese de obstáculo el que por haberse disminuido los bienes del padre, se verificase que la hija llevaba por su legitima doble cantidad que la que le correspondia, en consideracion á lo que valian los bienes del padre al tiempo de su muerte, sin que por esto se pudiese decir que llevaba dos legitimas ó mejoras, sino una sola, atendido el valor de los bienes del padre al tiempo que constituyó la dote, del mismo modo despues de la Pragmática se debe decir, que aunque lo que lleve la hija por su legitima, eligiendo el tiempo en que fue dotada, sea una cantidad tan considerable que equivalga á la mejora de tercio y quinto en consideracion al valor de los bienes del padre al tiempo de su muerte, no se contraviene á la decision de la Pragmática, porque lo que lleva la hija en este caso no es por razon de mejora, sino únicamente por su legitima con respecto al tiempo en que se la dotó. Véase Baeza, de *non mel.*, cap. 5, núm. 7; Aznar y Notario en su Febrero adicinado, prólogo, pág. 52; las razones alegadas por Febrero para rebatirlas en su part. 2, cap. 2, § 2, núm. 89; don Sancho Llamas y Molina en su comentario á la ley 29 de Toro, núm. 147, á pesar de que mas adelante definiendo y adopta la opinion contraria, y don Joaquin Escriche, Diccionario razonado de Legislacion y Jurisprudencia en los arts. Dote y Colacion de Bienes, pues en el impreso mas adelante sobre Mejoras adopta y sostiene la opinion contraria.

Los que opinan que la hija no tiene la facultad de elegir entre los dos tiempos, sino que debe atenderse á si cabia la dote en legitima que le cor-

respondia respecto de los bienes que dejara el dotante al tiempo de su muerte, opinion que es la mas general, se apoyan en que la dote se da y anticipa en cuenta de la legitima que puede tocar á la hija, y esta se debe considerar segun los bienes que tuviese el donante al tiempo de su muerte, que es cuando regularmente se dividen dichos bienes, despues de la cual ni se aumentan ni disminuyen; y asi como la hija puede pedir el complemento de su legitima, si se aumenta el patrimonio del padre, asi tambien si se disminuye dicho patrimonio, de suerte que no quepa en él la dote, debe sufrir esta disminucion y entenderse dotada entonces, pues si está á la utilidad, debe tambien estar á las pérdidas, y la constitucion de la dote debe entenderse condicional y no absoluta, y lleva embebida tácitamente la condicion, «con tal que quepa en su legitima cuando se dividan los bienes de su padre», que es cuando se la debe esta; en que de lo contrario se eludiria el objeto que se propuso la Pragmática de Madrid, cual fue que no se mejorase á las hijas por causa de dote por ninguna manera de contrato entre vivos, puesto que resultarían mejoradas, si habiendo elegido la época de la constitucion de la dote en que el patrimonio del padre era cuantioso, se minorase ó perdiese este patrimonio posteriormente, de suerte que apenas quedaran bienes para los demás hermanos, deducida la dote: esta última razon no pierde su fuerza por oponerse contra ella, que igual inconveniente se sigue de la disposicion de la Pragmática cuando lo que ha recibido la hija excede de lo que la correspondia por razon de su legitima, atendido el valor de los bienes del padre al tiempo de su muerte, pues á esto se contesta, que lo uno lo permite la ley que es la Pragmática, y lo otro lo prohíbe, habiendo derogado la disposicion de la ley de Toro; en que dicha Pragmática se estableció para que los demás hijos no fuesen defraudados en sus legitimas, haciéndose de peor condicion que la dotada, ni el padre se empobreciese por su prodigalidad, y si se permitiese la eleccion, se incidiria por un medio indirecto en los escollos y daños que ocasionaba la indiscrecion de los padres y el abuso de la facultad de la ley 29, que fue lo que quiso precaver y evitar en lo futuro la Pragmática y lo que solicitó el reino, y no habiendo distinguido en ella de casos, comprendió todos los que podian ocurrir de idéntica razon; en que no sirve alegar como razon de similitud lo que se practica respecto de las arras, porque hay notable diferencia en uno y otro caso, puesto que en el contrato de arras procede el novio arreglado á la ley y su promesa no cede en perjuicio de tercero, ni excede, ni debe exceder de la décima, y si ofrece cantidad determinada, no puede pretender mas la novia por muy opulento que el novio se haga durante su matrimonio, y asi su adquisicion es absoluta, perfecta é irrevocable; pero en el presente caso se infringe la ley prohibitiva, resulta perjuicio á los hermanos de la dotada, puede pedir esta el suplemento de su legitima, si toma incremento el caudal de su padre y la adquisicion y tradicion de la dote es condicional, pues depende de la circunstancia de aumentarse ó disminuirse el patrimonio del padre para acrecerse ó disminuirse respectivamente la dote; y respecto del exceso de esta, si su padre quiere que se quede con él; puede prevenirlo en su

testamento, y valdrá esta confirmacion en los casos y forma ya expuestos; en que aun cuando el ánimo del padre no haya sido mejorar á la hija, como de permitirse la eleccion se verifica serlo, se ocasiona el gravámen respecto de las legítimas de los hermanos, y la Pragmática no solo prohíbe que el padre la mejore, sino que manda no se entienda mejorada por razon de dote ni casamiento, tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos; en su consecuencia, aunque se pretendiera limitar el valor de la dote al de la legítima, sin comprender el exceso ó mejora de tercio y quinto, se incurriría (como observa Llamas y Molina en su comentario á la ley 29 de Toro, núm. 156) en el inconveniente de que si el valor de aquella con respecto al tiempo en que se dió la dote era mayor que el que correspondia al valor de los bienes del padre al tiempo de su muerte, la hija saldría mejorada por contrato entre vivos, á causa de que llevaba mas de lo que la correspondia por razon de legítima, lo cual está prohibido por la Pragmática; y finalmente, no sirve alegar que de tener que restituir el novio la parte de dote que excediese de la legítima, resultaria engañado, porque el que contrae con otro debe cerciorarse de su condicion, y es regla general que se presume saben todos el derecho. Solamente en dos casos conceden los autores que sostienen la opinion últimamente expuesta, el atender para calcular si es ó no la dote inoficiosa al tiempo de su constitucion, á saber: cuando cupiese la dote, al constituirse en la legítima completa, y la hija renunciase el aumento que pudiera tener por acrecerse el patrimonio del padre, obligándose bajo juramento á no pretender el suplemento de aquella; y cuando cupiere la dote en los bienes del padre al tiempo de constituirse y al de la muerte del mismo, y solo resultase excesiva por mejorar aquel á alguno de los otros hijos, pues no parece justo que esta disposicion paterna perjudique á la hija y la obligue á restituir lo que poseia legítimamente; V. Febrero, part. 2, lib. 2, cap. 2, § 2, núm. 90; Apologia del *Febrero* reformado por Gutierrez, escrita por el mismo reformador, núm. 215; Llamas, com. á la ley 29 de Toro, núm. 156; Febrero de Goyena, t. 1, número, 1206; Escriche, Diccionario, art. *Mejora*.

638. Aunque la generalidad de los autores sienta por regla que las mejoras no se traen á colacion, esto debe entenderse en el sentido en que no se traen á particion, esto es, para distribuir ó repartir con igualdad entre los herederos como legítima con lo demás de que consta la herencia, el importe, cantidad ó objeto que constituye la mejora propiamente dicha, esto es, que no excede en su valor de lo que importan el tercio y quinto de los bienes de la persona á quien se hereda y que hizo dichas mejoras, porque no considerándose el importe de estas como afectando la igualdad de las legítimas, lo lleva el mejorado ademas de lo que le corresponde por su legítima hereditaria; mas no debe entenderse que las mejoras no se traen á colacion en el sentido de que no deba agregarse á la masa comun que constituye la herencia, el valor ó importe de ellas para que pueda verse si exceden de la cantidad á que las circunscribe la ley y en caso de que excediesen para que se traiga á particion el exceso. «Supuesto que por las

leyes 26 y 29 de Toro (dice el Sr. Llamas en su Comentario á esta última, número 68) se debe traer á colacion el valor de la legítima ¿cómo puede conocerse y regularse el tanto á que asciende esta, sin saberse el importe y suma total de los bienes hereditarios? Ninguno por preocupado que esté dejará de conocer que para graduar y regular el valor de la legítima en los casos de que hubiera mejoras, es absolutamente necesario é indispensable se traigan en especie ó estimacion al acervo comun de la herencia los bienes donados, á fin de que formándose el cómputo de su capital ó valor, se fije el de las legítimas de cada uno de los hijos y el de las mejoras de tercio y quinto: esta acumulacion de los bienes donados al acervo comun de los hereditarios es y se llama por las leyes de Toro, colacion.

639. Las dotes ó donaciones *propter nuptias* que se pagasen del acervo comun de gananciales se traen á colacion por mitad á la muerte de cada uno de los cónyuges. V. la ley 55 de Toro y la 14, tit. 6, lib. 3 del Fuero real.

640. Respecto de las mejoras ó aumentos, ó de los menoscabos ó desmejoras que tuviesen los bienes colacionables, si aquellos fuesen efecto del tiempo, ó de otras circunstancias, y no obra del que recibió dichos bienes, deben estos colacionarse, con todo el valor que tuvieren al tiempo de hacerse la colacion, siempre que sean raices ó fincas cuyo aprecio no se hizo al tiempo de entregarlas al padre, pues si se hubieren apreciado con la estimacion que surte los efectos de venta (segun se dijo hablando de la dote) han de colacionarse por el valor que tenian cuando se entregaron, si al hacer la entrega no se pactase lo contrario. Siempre que la mejora ó aumento fuere debido á la industria del que recibió la finca, no se colacionará esta, sino solo el precio que tenia, cuando se le entregó apreciada; pero si la entrega se hubiere hecho sin aprecio, se colacionará la finca misma sin el valor de la mejora. Siendo los bienes muebles, semovientes, ó de los que consisten en número, peso ó medida, si se hubieren apreciado al tiempo de la entrega, se colacionarán por este mismo precio, aunque entonces valgan mas ó menos; porque habiéndose trasladado el dominio, es de cuenta del que los recibió su aumento ó deterioro; mas no habiéndose apreciado, se colacionarán por el valor que tengan al tiempo de la particion; porque en este caso se presume que son del difunto, y que existen como tales en su herencia.

Si se hubieren perdido ó destruido los bienes colacionables, en este caso la obligacion del que los recibió será la de traerlos á colacion por el valor que tenian al tiempo de la entrega, siempre que la pérdida ó destruccion de ellos fuese por culpa ó dolo suyo; pero habiendo sido obra del acaso, no deberán colacionarse.

641. En la computacion que se hace para deducir las mejoras de tercio y quinto, no se ha de incluir la *cuarta* que se debe á la mujer cuando quedase pobre y no tiene dote ú otros bienes con que alimentarse, ni se los legó para dicho objeto el marido, con tal que dicha cuarta no pase de cien libras de oro, aun cuando queden hijos de dicho matrimonio, conforme á la ley 7, tit. 15, Part. 6.

Esto se funda en que dicha cuarta es un débito resultante contra los bienes del marido, que ha de rebajarse de estos como las demás deudas, antes que se haga la deducción, según se dijo en su lugar.

*De los bienes reservables.*

642. Creemos conveniente para mayor ilustración de los contadores al hacer la partición de los bienes hereditarios, apuntar las ideas principales sobre los bienes reservables.

Cuando muere el marido, y la mujer que sobrevive contrae segundo matrimonio, tendrá que reservar para los hijos del primero todos los bienes que hubiere adquirido del consorte difunto por cualquier título que fuere, bien universal, como sucesión por testamento ó ab intestato, bien singular, como arras, donación ó cualquiera otra causa lucrativa; y asimismo los que hubiere heredado *ab intestato* de cualquiera de los hijos del primer matrimonio, se entiende habiéndolos este heredado antes de su padre, mas no si los hubo de otro pariente ó extraño, ó los adquirió de otro modo: ley 7, tit. 4, lib. 10, Nov. Recop. En la reserva expresada no se comprenden los bienes gananciales, pues el dominio absoluto de ellos corresponde al cónyuge que los adquirió; ley 6, tit. 4, lib. 10, Nov. Recop.

También estará obligada, según algunos jurisperitos, á reservar lo que la hubieren dado los parientes ó amigos del marido por consideración á este.

Asimismo debe reservar la viuda que pasa á segundas nupcias á favor de los hijos del primer matrimonio la propiedad de la cuarta marital, y gozará solo de su usufructo mientras viva, mas á falta de hijos, la hará suya enteramente.

El marido tiene la misma obligación de reservar que la mujer según dispone la ley 7, tit. 4, lib. 10 de la Nov. Recop., que es la 15 de Toro.

Cesa la obligación de reservar dichos bienes, 1.º siempre que el difunto marido hubiese concedido á la mujer licencia para volver á casarse, ó si estando ya viuda la obtuviere del rey, ó mediare consentimiento de los hijos para el segundo enlace: ley 5, tit. 12, Part. 4. 2.º Si el padre ó la madre hubiere heredado á algun hijo *por testamento*, solo estarán sujetas á reservación las dos terceras partes de esta herencia, que les corresponden por disposición de la ley como herederos forzosos, pues del otro tercio pudo el hijo disponer libremente, y en esta parte sucede el padre ó la madre por expresa voluntad de dicho hijo, como pudiera sucederle un extraño.

Los bienes reservados deben dividirse entre los hijos del anterior matrimonio, con igualdad, sin que pueda el padre ó la madre dar por este concepto mas á uno que á otro; bien que á pesar de esta división el consorte sobreviviente conservará toda su vida el usufructo de los bienes reservados, pues solo la propiedad es la que pertenece á los hijos.

DIVISION DE LA HERENCIA.

643. Hechas todas las deducciones del haber hereditario, que llevamos especificadas, según la diversidad de casos, para su liquidación, y aumentada la suma total que resulte líquida con los bienes colacionables, se procede á la división y distribución del mismo entre todos los herederos por partes iguales si fueren legítimos ó necesarios, puesto que ya se dedujeron las mejoras del tercio y quinto para aplicarlas al que fuese mejorado, además de aquella parte de la herencia que constituye su legítima. Para esta división deberán tenerse presentes las reglas que se han expuesto al tratar de la liquidación del haber hereditario, según los varios y mas principales casos que pueden ocurrir.

644. Si los herederos fuesen voluntarios, se distribuirá entre ellos la herencia, atendiendo á las partes que hubiese asignado el testador, bien fuesen fijas ó proporcionalmente á las mismas, según las siguientes reglas que como principales exponen los autores: 1.º Si el testador instituyese uno ó varios herederos, señalándoles cierta cosa ó cuota determinada de la herencia, y no dispusiese del resto de ella, llevarán aquellos lo que se les hubiese designado en los términos que quiso el testador, y el residuo pasará á los herederos *ab intestato*. No era así entre los romanos, pues una de sus leyes prevenia que ninguno pudiese morir en parte intestado y en parte con testamento, cuya disposición les obligó á admitir el derecho de acrecer en las herencias: por consiguiente el heredero nombrado en cierta cosa ó cuota de la herencia, como dos ó tres onzas, adquiría por necesidad los bienes restantes del testador, y esta misma doctrina tuvo lugar en España según la ley 14, tit. 3, Part. 6; pero corregida esta por la ley 1, tit. 18, lib. 10 de la Novísima Recopilación, solo se verificará el derecho de acrecer en las herencias, cuando conste ser esta la voluntad del testador, que ante todas cosas debe respetarse y seguirse. Por ejemplo, si llamó juntos á la herencia ó parte de ella á dos herederos, ha lugar el derecho de acrecer entre ellos en la parte ó cosa á que fueron llamados, como sucede en los legados ó mandas, cuando hay la misma unión ó conjunción entre los legatarios; pero no constandingo que sea esta la voluntad del testador, un heredero no llevará mas porción que la designada; y si otro no admitiese la suya, ó no dispusiese de ella el testador, pasará á los herederos *ab intestato*. 2.º Si el testador instituyere tres ó mas herederos en estos términos: Pedro sea mi heredero en la parte primera, Juan en la segunda y Pablo en la tercera, es claro que deberá dividirse la herencia en partes iguales, pues aquí solo se prescribe el orden en que han de suceder; mas nada se indica en cuanto á desigual distribución. 3.º Si los herederos fueren nombrados en esta forma: «instituyo á Pedro por mi heredero en la mitad de mis bienes, y á Juan en la otra mitad, y en la misma parte que instituyo á Juan sea heredero Diego.» Pedro llevará la mitad de la herencia, y Juan y Diego la otra mitad por partes iguales, pues según las palabras del testador, fue su voluntad que estos se reputasen como

una sola persona, y no deben percibir entre los dos mas parte que Pedro. 4.<sup>o</sup> Si en la institucion dijese el testador: «Nombro á Pedro, Diego y Juan por mis herederos, al primero, al segundo, al tercero y á cualquiera y cada uno de ellos en todos mis bienes,» se entiende que los instituyó con igualdad, y así cada uno llevará la tercera parte de la herencia. 5.<sup>o</sup> Si el testador repartiase su herencia entre tres, dejando al uno la mitad, al otro la tercera, y al otro la cuarta parte de ella, se dividirá del modo siguiente: Supongamos que la herencia importe doce mil reales, cuya mitad son seis mil, la tercera parte cuatro mil, y la cuarta tres mil, que en todo componen trece mil. Dividiendo la herencia en trece partes se verá que cada una de estas son novecientos veintitres reales y algunos maravedises; multiplicando esta cantidad por seis, que es la mitad correspondiente al primer heredero, le tocarán cinco mil quinientos treinta y ocho reales y pico de maravedí, haciendo luego la multiplicacion de la misma cantidad por cuatro, que es la tercera parte perteneciente al segundo, dará tres mil seiscientos noventa y dos reales y maravedises: últimamente multiplicándola por tres, que es la cuarta parte señalada al último, resultarán dos mil setecientos sesenta y nueve reales y el resto de maravedises, cuyas tres sumas componen los doce mil reales de la herencia. Lo mismo se practicará en otros casos semejantes en que el testador haya señalado diferentes porciones ó cuotas. 6.<sup>o</sup> Si el testador nombrase varios herederos señalando á unos sus respectivas partes y á otros no, aquellos llevarán las designadas, y estos percibirán el resto de la herencia por partes iguales. Suponiendo, pues, que hubiese instituido cuatro herederos, señalando al uno la mitad, al segundo otra mitad, y nada á los dos restantes, los primeros llevarán solo la mitad de toda la herencia, repartiéndola entre sí igualmente, y los otros dos la otra mitad por partes iguales. 7.<sup>o</sup> Si el testador no hubiese designado partes algunas, y fueren varios los herederos, se repartirán la herencia igualmente entre todos, como se indicó en el capítulo anterior. 8.<sup>o</sup> Instituyendo el testador varios herederos, aunque estos se hallen en grado distinto de parentesco, por ejemplo, si dijese: «nombro á Pedro mi amigo y á su hijo y nieto deberán heredarle todos al mismo tiempo, y no por orden sucesivo; dividiéndose la herencia de modo que el instituido con separacion ó por sí solo, lleve la mitad, y los que fueron nombrados colectivamente (como dichos hijo y nieto) la otra mitad, que repartirán entre sí igualmente, pues los conjuntos ó instituidos colectivamente se reputan una sola persona. 9.<sup>o</sup> En orden á cómo deberá hacerse la division cuando el testador deja alimentos á una mujer embarazada, diciendo que si pare hijo, lleve ocho partes de sus bienes el hijo y su madre cuatro, y si hija, lleve esta cuatro y su madre ocho, y luego nacen de aquel pacto dos gemelos, hijo ó hija, remite Febrero á Escobar, computacion 11, quien siguiendo á Moya, aritmética, lib. 5, cap. 5, y la regla de compañía sin tiempo, explica cómo se ha de girar la cuenta sin irrogar perjuicio á ninguno de los tres interesados.

La dificultad del caso expuesto consiste en saber si el hijo tiene derecho á las ocho partes de la herencia y la hija á las cuatro, habiéndose hecho

estos legados ó instituciones con especialidad, y siendo el de la mujer únicamente eventual, de suerte que consintiendo la herencia en 14,000 duros, se duda si el hijo deberá llevar 9,326 pesos y 12 rs., que son las ocho partes de dicha suma, y la hija los 4,666 duros y 6 rs. que es la cuarta parte.

Esta dificultad debe resolverse del modo siguiente: Por cuanto el caudal hereditario es 14.000 duros, y en el primer caso quiere el testador que las ocho partes sean para el hijo y las cuatro para la madre, y en el segundo, que las ocho sean para la madre y las cuatro para la hija, es claro que la voluntad del testador fue que el hijo llevase el duplo de la herencia de la madre, y esta el duplo de la de la hija, luego la dificultad consiste en averiguar la parte de la herencia de la hija que es la menor, porque sabida esta, el duplo de ella, que son dos partes, denotará la herencia de la madre, y el duplo de la herencia de esta, es decir, cuatro tantos de la de la hija, denotará la del hijo, cuyas tres herencias compuestas de siete partes y tomadas juntamente, deberán componer el caudal testamentario de los 14,000 duros. Así, pues, por cuanto la hija debe llevar una parte de la herencia, la madre dos y el hijo cuatro, que son siete partes, dividiendo los 14,000 duros por siete, tendremos el cociente 2,000 duros, que es la parte correspondiente á la hija; el duplo de esta cantidad que es 4,000 duros, será la herencia de la madre, y el duplo de esta cantidad que es 8,000 duros será la herencia del hijo, cuyas tres herencias reducidas á una suma, componen los enunciados 14,000 duros.

Puede consultarse sobre esta materia de division de herencias la copiosa doctrina que se expone en el Febrero reformado por los señores Goyena, Montalban y Aguirre, en el Manual de particiones del señor Tapia; y en el Diccionario de Jurisprudencia del señor Escriche.

645. Hecha la distribucion ó division de los bienes hereditarios entre los herederos, so procede á formar y consignar las diversas partidas de bienes ó cantidades que corresponden á cada uno de ellos por cualquier concepto, ya sea por título de legitima, de mejora de tercio y quinto, de legado, ó de dote, capital, etc. segun la diversidad de casos. Si tuviere que pagar cada uno de los herederos alguna deuda, ó parte de ella, se anotará tambien por separado la parte que le corresponde satisfacer. Dichas cantidades ó partidas deben consignarse una por una separadamente, sacándose al fin la suma total que es lo que forma el *total haber* de cada partícipe. Estas cantidades y suma constituyen una de las dos partes de que se compone la hijuela de cada uno de ellos, formando la segunda parte la adjudicacion de bienes, á que se procede en seguida.

#### ADJUDICACION DE BIENES HEREDITARIOS.

646. La adjudicacion es el acto porque se aplica á cada uno de los herederos bienes determinados en pago de su haber hereditario.

647. Segun el art. 478 de la ley de Enjuiciamiento civil, *antes de ha-*

cer los contadores las adjudicaciones, promoverán en los términos expuestos en el art. 475 ya explicando, esto es, recurriendo al juez para que la presida, la celebracion de otra junta á la que concurrirán los interesados con ellos. Esta junta tendrá por objeto obtener el acuerdo de estos respecto á la adjudicacion. Nada mas justo que contar con ellos sobre este particular puesto que asi se podrán satisfacer las afecciones que tenga cada uno á determinados bienes, y que se evitarán descontentos y litigios. El resultado de la junta se hará constar en un acta que firmarán los concurrentes, segun por analogia se deduce del contenido del art. 476.

Si hubiese conformidad, los contadores ejecutarán la adjudicacion en la forma que se haya convenido. Si no la hubiese la harán en la forma que procede con arreglo á derecho: art. 479 de la ley.

648. Las principales reglas que pueden sentarse sobre este punto, deducidas ya del texto expreso de nuestras leyes, ya del espíritu de las mismas y de lo que aconsejan la equidad y la justicia, son las que á continuacion exponemos y cuyo objeto y fundamento no es otro que el de que se observe la igualdad debida entre todos los partícipes y que se atienda á la utilidad de cada uno de ellos en cuanto no perjudique á la de los demás y al beneficio público. Sin embargo, cuando el testador señalase los bienes que han de adjudicarse, deberá estarse á su voluntad, no contraria á las disposiciones legales sobre las legítimas y de las que miran al bien público. En su consecuencia, deberá adjudicarse al mejorado los bienes que designare el testador con este objeto, sino excediese su valor del tercio y quinto; mas no si encargare el señalamiento á otra persona: leyes 5 y 4, tit. 6, lib. 10 de la Nov.

1.<sup>a</sup> Debe observar igualdad y proporcion asi en cuanto al número, cuota ó cantidad que corresponde á cada interesado, como en cuanto al valor y estimacion, cualidad y bondad de las cosas que le aplique; de modo que no dé á uno lo bueno y á otro lo malo, á uno lo redituable y fructífero, y á otro lo infructífero, sino á todos proporcionalmente, pudiendo ser de todas clases, y en cada una de bueno, mediano, ínfimo, fructífero, infructífero, aseQUIBLE, dudoso, incobable, mueble, raiz, somoviente, etc.; y si hay cosas ó géneros comerciables, guardar en ellos la misma proporcion, atendiendo á su buena, mediana ó poca salida, y no precisamente á su valor, informándose á este fin de prácticos en su comercio; y dividiéndolos en tres clases, pues con los de mayor consumo se hace mejor negocio, porque se compra y vende mas veces, y cuantas se emplea el dinero, mas se lucra. (Ayor., Part. 5, q. 6 y 7).

2.<sup>a</sup> Si en alguna de las líneas divisibles tiene parte uno de los herederos ó interesados, sea por haberla comprado antes, ó por habersele legado, donado ó adquiridola por otro título; debe preferirle el partidor á los coherederos en la adjudicacion de su total, pues debe ser asi por la mayor porcion que le toca; y si algunos tienen comunicacion en ella, debe ser preferido el que tenga mayor parte.

3.<sup>a</sup> Si los socios ó herederos hicieron algunos pactos permitidos acerca

de la division de la herencia ó bienes de la sociedad que contrajeron, los observará el partidor exactamente sin tergiversarlos ni alterarlos en todo ni en parte, mirando siempre á la utilidad comun de todos, y no á la de uno solamente. Lo mismo practicará cuanto los cónyuges hubieren hecho en los contratos nupciales.

4.<sup>a</sup> Si alguna cosa raiz de la herencia, ó sociedad que tiene cómoda division, se reparte entre todos los interesados ó entre algunos, no les consignará el partidor sus porciones separadas, v. gr., una al principio, otra al medio y otra al fin, sino unidas en cuanto sea posible.

5.<sup>a</sup> Si alguno de los partícipes posee un fundo junto á otro de la herencia, ó parte de él, le aplicará este, pues debe ser preferido á los demás. Lo propio milita cuando el difunto dejó muchos fundos juntos, pues se han de aplicar unidos á cada uno los que le quepan.

6.<sup>a</sup> Si fuere indispensable dividir entre muchos un fundo comun en que todos hayan de tener servidumbre, no se adjudicará á unos la de sus partes por las de los otros; pues ninguno de ellos está obligado á dar paso al otro para la suya, aunque no tenga entrada por otra parte, excepto que asi lo pacte espresamente, segun se ha de decir del vendedor respecto del comprador, sea rústico ó urbano el prédio. Mas esto no procede en no pudiendo hacerse la adjudicacion de otra suerte, como si tres hermanos poseen una casa compuesta de tres solares, y á cada uno se aplica su solar, porque asi lo quieren, y para usar del suyo el del superior, del mismo modo que cuando los poseía todos el padre comun, es preciso pasar por el del inferior, pues en este caso debe el partidor dejar reservada espresamente en las partes de todos las servidumbres para ellos, de modo, que ninguno pueda impedir al otro el tránsito, y lo tenga franco y espedito como si fuera único dueño y poseedor de todos tres.

7.<sup>a</sup> Debe aplicar á cada interesado las cosas ó fundos íntegros y separados, para evitar su discordia por causa de la comunion; bien que á veces se ha de permitir á todos el uso comun de alguna, si por algun motivo no se puede dividir, ni estimar ó apreciar de otro modo, ni los interesados quieren que se venda, como si dos de estos tienen dos casas contiguas y para entrar en ellas un portal del uso de ambas; pues no admitiendo este cómoda division, no habrá lugar á estimacion, porque uno de los dos, vendido el portal al otro, si le falta la entrada por él á la suya, se verá en la precision de venderla en bajo precio con grave perjuicio suyo: asi, debe quedar indiviso el portal.

8.<sup>a</sup> Si alguna cosa de la herencia no fuera susceptible de cómoda division, lo cual se entiende cuando hay dificultades físicas en dividirla, ó cuando por la indivision se hace valer mucho menos ó se arroga perjuicio á los interesados si alguno de estos la quisiera, se le adjudicará por entero; el cual pagará á los demás en dinero las porciones que les correspondan. Si ninguno la quisiera en estos términos, debe sortearse, si se convinieren en ello los interesados, y aquel á quien cayere debe tomarla bajo la condicion de indemnizar á los otros, si no le cabe toda en su haber. Si no quisieren echar suer-

tes, podrá venderse entre ellos, aplicándola á quien dé mayor precio, y deducida su parte, entregará el residuo en dinero, que se repartirá entre los demás. Si ninguno de ellos quisiere comprarla ó no diese su justo precio, se venderá á un extraño, y lo que se saque, se dividirá segun sus partes respectivas. Si un heredero pretendiese que se subaste la cosa no susceptible de division, y otro aprontare en dinero la parte líquida que á aquel corresponde, no debe accederse á que se haga la subasta, pues no puede obligarse al uno de los socios, sino á entregar al otro el importe de su porcion segun tasa justa. l. 10, tit. 15, Part. 6 y 2, tit. 4, lib. 3 del Fuero real.

9.<sup>a</sup> La valuacion ó aprecio que se haga de la cosa que no admite cómoda division, ha de ser de toda ella y no de la parte ó porcion que se asigne á cada partícipe separadamente, porque llegado el caso ó precision de venderse, mejor se vende á uno ó á muchos el todo que pedazo á pedazo; fuera de que unas partes por su calidad ó por otro motivo suelen ser mas útiles que las otras.

10. Si la cosa se tasó íntegra, como el precio de ella fue con atencion á lo bueno, mediano ó infimo, no se causa perjuicio; pues podria no haber quien tomase lo infimo y mediano, y no faltará comprador para el todo uno con otro; y si no se hubiera valuado así, debe unir el partidor todas las proporciones y aplique las á uno, de suerte que en él quede toda la cosa por el total de su valor, y no cabiéndole, observe lo explicado en la regla anterior.

11. No debe venderse la cosa mientras se pueda evitar; pues así como cuando no admite cómoda division se puede vender, por el contrario, admitiéndola, se ha de señalar en ella á cada partícipe su porcion y no se le podrá compeler á recibir contra su voluntad el importe de su valor.

12. En la division entre el cónyuge y los herederos del difunto, hará el partidor separacion de los bienes que consta llevaron á su matrimonio ó heredaron durante este, ó retragaron por derecho de sangre, ó trocaron por otros, ó compraron con su mismo dinero, ó con lo que produjeron los propios que vendieron para comprarlos, y si existen se los aplicará, y no al cónyuge ó consocio ni á sus herederos dándoles otros en su lugar; pues aunque durante la sociedad son comunes todos, y en todos y en cada cosa tienen todos el dominio pro indiviso para usufructuarlos, una vez que la particion debe hacerse con bondad, equidad y buena fe, exigen estas que cada uno goce y posea los que adquirieron sus causantes, ó se subrogaron en su lugar, ya porque conserva su dominio especial, ya porque no tenga el sentimiento de ver que las lleva y disfruta un extraño; y lo mismo debe hacer el partidor con los muebles del uso privativo del cónyuge y de los herederos por la propia razon.

13. Si las cosas mismas que uno de los cónyuges llevó al matrimonio no existen, y hay otras de igual especie, bondad y calidad, se les aplicará á él ó á sus herederos; pues habiéndolas, tiene derecho á recuperar en ellas el fondo que puso, como subrogadas en su lugar, y ninguno compete al consocio, porque no se le comunica su dominio; y es justo que se haga así,

para que no se les perjudique por beneficiar á su socio: bien que así como tiene derecho á que se le entreguen las existentes, no debe resistirse á tomarlas si se le aplican, aunque no le acomoden por el precio que entonces se les dé.

Lo propio milita cuando el marido con el dinero dotal y con voluntad de su mujer compró alguna finca, é igualmente entre hijos de dos ó más matrimonios cuando su padre ó madre dejó algunos bienes adquiridos constante el suyo, que se hallan pro indiviso, pues la parte que tocaba al muerto y llevaria si viviera, se les debe aplicar con su aumento intrínseco como que le representan y ocupan su lugar, y no á sus medios hermanos, padrastro ni madrastra, en la particion que se haga por muerte del viudo ó viuda. Pero lo espuesto no tendrá lugar si los interesados mayores de 25 años hacen algun pacto contrario, ó si hay motivo grave que obste para practicarlo así.

12. Si en la herencia hubiera derechos incorpóreos; como censos, juros jurisdiccion, servidumbre, etc., dividirá el partidor sus capitales y pensiones con la misma equidad y proporcion que se ha propuesto; y si los derechos no se pudiesen dividir, se dividiran sus frutos y pensiones ó edidos.

13. Tocante á las deudas en favor del caudal, ha de hacer el partidor su aplicacion y distribucion de modo, que á ningun heredero ó socio perjudique por beneficiar á otro; y ademas debe adjudicar á cada uno el débito entero, para que el deudor no sea vejado con muchos juicios siendo aquel uno solo, escepto que unas deudas sean de difícil exaccion y otras fallidas, pues de estas dos clases debe aplicar á todos su porcion respectiva en cada una para que sufran á prorata la pérdida y gastos de cobranza; bien que lo mas seguro y útil á todos, es que uno se encargue de su cobranza, ó que elijan un cobrador, y segun se cobren las repartan, con lo cual sufren todos el perjuicio y reciben la utilidad proporcionalmente.

Y en caso de que las adjudique á uno solo, debe reservarle su derecho para que lo repita á los demás, y dejar á estos obligados á la eviccion, para que le satisfagan las partes que le correspondan, así de lo que salga fallido como de los gastos de cobranza, acreditándolos del mismo modo que si le quitaran en juicio alguna cosa que se le hubiese aplicado como efectiva y segura: á no ser que pacte que ninguno ha de quedar obligado á dicha eviccion.

Pero debe tener presente el partidor, que si interviniere en la particion la viuda, ó quien la represente, y hubiese llevado á su matrimonio bienes dotedales ó parafernales, no se le ha de hacer pago de ellos con deudas adquiridas por contratos que celebró su marido estando casados, sino reintegrarla de su importe con otros bienes equivalentes ó dinero, y luego aplicarle por razon de gananciales la parte proporcional que le toque de ellos; pues así por haber llevado bienes efectivos como por haberse obligado su marido á su restitution en otros equivalentes ó en dinero, tiene accion para recuperarlos segun se los entregó, ó él se obligó, y no debe ser compeliada á recibirlos en deudas ó créditos habiendo alhajas y fincas con que satisfacerle.

Tambien debe tener presente, que si durante la comunión se cobran algunos créditos, los debe estimar como dinero, dividirlos como tal entre los partícipes, y ponerlos en este concepto por cuerpo del caudal, aunque estén inventariados como créditos.

Si hay deudas contra el caudal, y por no haberse satisfecho antes de la división se nombró por pagador de ellas á alguno de los interesados, hará á su favor el partidor de adjudicación ó hijuela de su total, y le aplicará dinero para su solución hasta en su importe, y no habiéndolo, bienes en cuya venta no tenga ningún dispendio, como es la plata y el oro por su peso é intrínseco valor, pues así como el desembolso ha de ser efectivo sin la mas leve disminución ni pérdida, deben serlo tambien los bienes que se adjudiquen al que lo haya de hacer, porque de lo contrario seria perjudicado; y puesto que están obligados proporcionalmente todos los partícipes en la herencia á la satisfacción de las deudas de esta, que es primero pagar que heredar, y que no hay herencia hasta que están satisfechas, deben sufrir del mismo modo el gravámen, obligarse á la evicción, privarse de llevar lo mejor, porque es de los acreedores, y contentarse con lo que les quede, bueno ó malo; pero si no hay plata, oro, ni otros bienes en cuya venta no puede haber pérdida, deben venderse antes los necesarios para el pago de deudas, y en su defecto obligarse los coherederos á satisfacer á prorata al pagador nombrado la pérdida y gastos que tenga en ella, bajada su parte, pues cada uno debe concurrir con los demás á proporcion de su haber, y así se expresará en las adjudicaciones, ó por declaración al final de la partición.

Lo mismo debe practicar si se le hace pagador de legajos, con la diferencia de que debe aplicarle los específicos para que los dé á sus dueños, y no dinero por ellos como cuando son genéricos. Por pagador de deudas, se debe nombrar al mas abonado, fiel y exacto, con obligación de acreditar á los coherederos la satisfacción de ellas para su resguardo.

14. Por ningún título alterará el partidor la tasación de los bienes, modificándola ó aumentándola, pues esto no es de su inspección sino de la de los tasadores.

15. En la adjudicación de una cosa que conste de varias piezas, como un aderezo, no ha de hacerse separación de estas, sino aplicarlas todas, como que unidas componen una completa, á un solo partícipe, porque de lo contrario pierde la estimación que tiene con la unión de todas; y si á ninguno cabe, se ha de vender, ó se han de convenir los interesados acerca de su aplicación.

16. Si se tarda en hacer la partición, y algunos bienes muebles ó semovientes padecieron decremento, deberán volverse á tasar para evitar perjuicio, lo cual hará presente á los interesados, para que los hagan valuar y no aleguen despues lesión en su adjudicación; excepto que no quieran hacer este nuevo gasto.

17. Los documentos y papeles relativos á las fincas divididas, se han de entregar al heredero á quien tocaron estas. Si interesara á todos ellos, se han

de depositar en poder del que lleve la mayor parte de la herencia con obligación de dar copias de ellos á los demás ó de exhibirles el original en caso necesario, ó bien al mas anciano y honrado prefiriendo los varones á las hembras, aunque aquellos sean inferiores en dignidad ó rango á la mujer ó bien al que le toque por suerte si las partes ó intereses que tuviere en ellos los herederos ó las circunstancias de estos, fueron iguales: ley 7, tit. 15, Part. 6.

18. Las cosas nocivas, como venenos y los libros, escritos ó pinturas imorales ó contra la religion ó buenas costumbres, no deben adjudicarse, pues ni aun han debido inventariarse, sino destruirse á no ser respecto de las primeras, que la persona á quien se suceda fuera comerciante en ellas ó farmacéutico: ley 2, tit. 15, Part. 6.

Conviene tambien que al hacerse la adjudicación de bienes se exprese la obligación que tienen los coherederos, mejorados y legatarios de parte alicuota ó de género, de salir á la evicción y saneamiento de los bienes que se les adjudicaron, indemnizándose respectivamente, de la parte ó total de ellos que tuvieran que restituir por haberseles movido pleito sobre los mismos.

649. Formada la hijuela de cada partícipe en que consten los bienes ó cantidades que le corresponden y que se le adjudican en pago, suele ponerse por ser conveniente, aunque no de absoluta necesidad, nota de lo que constituye el haber de cada interesado y de los bienes que se le adjudican, cuya suma se compara con la general del inventario, para ver si corresponden y está hecha la división con exactitud. Esta nota se llama *comprobación*.

650. Seguidamente se sientan, si fuere necesario, varias *declaraciones* ó *advertencias* para aclarar alguna de las partidas ó deducciones de la liquidación ó división, para que conste el motivo de alguna omisión ó para prever y determinar lo que deba practicarse en algun caso que pudiese ocurrir sobre la partición, segun se expondrá en el formulario.

651. Por último, se termina la partición expresando haberse ejecutado fiel y legalmente y se firma por los contadores. Si hubiese discordia entre estos sobre el modo de practicarse la división y adjudicaciones, formará cada uno la suya firmándola por separado y la pasará al juez, quien nombrará un tercero con las circunstancias y en la forma que expresan los artículos 471 al 475 para que efectúe otra en vista de las presentadas, si la discordia afectuase al total de la división ó partición, pues si solamente recayese sobre los puntos accesorios, se dirimirá la discordia antes de extenderse la partición, en la forma que en el caso expuesto en los artículos citados, haciendose constar en autos la opinion del tercero, y continuando los demás la partición, extendiéndola en forma sin que la firme aquel ó con su firma en caso necesario, pero sin formar otra distinta.

652. *Concluidas la liquidación y división, las presentarán los contadores al juzgado en papel comun* para evitar los gastos del sellado si no se aprobasen, y *autorizadas con su firma*: art. 480.

653. El juez mandará ponerlas de manifiesto en la escribanía por término de tercero día, haciéndolo saber á los interesados, segun dispone el artículo 481, para que puedan verlas y deliberar si deben oponerse á ellas.

654. Si pasase dicho término sin hacer oposicion, se entiende que la aprueban los interesados tácitamente por lo que, llevará el juez los autos á la vista, y aprobará la liquidacion y particion, mandando protocolizarlas con reintegro del papel sellado correspondiente. Si se apelase, se admitirá la apelacion solo en un efecto, esto es en el devolutivo, mas no en el suspensivo para evitar las dilaciones, puesto que el apelante no se opuso en el término legal. En tal caso no se hará la protocolizacion hasta que recaiga ejecutoria, pues que esta pudiera mandar reformar las particiones. La protocolizacion se hace de las diligencias de liquidacion y particion hasta el auto de aprobacion.

655. Si los interesados ó alguno de ellos pidieren dentro de los ocho dias, que se les entreguen con los autos la liquidacion y particion para examinarlas, lo decretará el juez por el término de quince dias para cada uno de los que la solicitaren, no de todos los interesados, pues que se les causarían dilaciones perjudiciales: art. 483.

656. Se comunican en este caso los autos, porque como ya se trata formalmente de hacer la oposicion, es necesario que los interesados puedan examinarlos detenidamente para reclamar con todo conocimiento de causa.

657. Pasado el término de quince dias, señalado en el artículo anterior, sin haberse hecho oposicion en forma, se procederá á aprobar la liquidacion y division de la manera prevenida en el art. 482, esto es, mandando protocolizarlas con reintegro del papel correspondiente: art. 484. Esta providencia es apelable en un solo efecto: art. 485; por la misma razon expuesta en el número 654.

658. Cuando en tiempo hábil, esto es, en el de los quince dias señalados en el art. 483, se hiciese oposicion á la liquidacion y particion, el juez convocará á junta á los interesados y contadores para que acuerden lo que mas convenga, oidas las explicaciones que se den mutuamente. Los contadores no deben concurrir á la junta á defender su opinion empeñándose en hacerla prevalecer, sino á ilustrar á los interesados exponiendo las razones que tuvieron para adoptarla. El juez debe limitarse á ilustrar á las partes sobre el medio mas ventajoso de avenirse. Esta junta se celebrará bajo la presidencia del juez y con autorizacion de escribano como las anteriores. Su objeto es, como el del juicio de conciliacion, evitar que se empeñen las partes en un litigio, cuando es posible su avenencia extrajudicial. De esta junta se extenderá en los autos la oportuna acta (art. 486) la cual se firmará por los concurrentes con arreglo á lo dispuesto en el art. 476.

659. Si hubiere conformidad de todos los interesados respecto á las cuestiones que se hubieren promovido, se ejecutará lo acordado y los contadores harán en la liquidacion y division las reformas convenidas por los interesados aunque fueren contrarias á su opinion, para lo que se les mandará por el juez devolver aquellas. Hechas las reformas convenientes y

extendidas nuevamente, se presentarán al juzgado para su aprobacion si se hicieron conforme á lo convenido ó para que las partes puedan oponerse de nuevo á ellas en cuanto se hubiese traspasado el convenio, procediéndose en todo conforme á los art. 480 al 485, pues aunque la ley nada dice sobre este punto, se deduce asi por identidad de razon.

660. Si no hubiese conformidad, se dará por concluida la junta, extendiéndose acta firmada por los concurrentes en que asi conste: art. 488. En el caso de que habla el artículo anterior, se dará conocimiento á los contadores de las reclamaciones formuladas para que por escrito informen sobre ellas lo que estimen conveniente: art. 489. Este informe no tiene por objeto que puedan hacer prevalecer los contadores su dictámen, pues que estos no son parte en dicho juicio, sino el ilustrar los puntos que motivaron la no conformidad de los interesados con el dictámen razonado de personas á quienes se supone imparciales por carecer de interés individual en la cuestion, y que han debido examinar el negocio con detenimiento: lo cual es tanto mas útil, cuanto que aquel puede servir de apoyo á las pretensiones de alguno de los interesados.

661. Evacuado este informe, se sustanciarán dichas reclamaciones considerándolas como una demanda con sujecion á los trámites prevenidos para el juicio ordinario, art. 490, tanto en primera como en ulterior instancia, por lo que la sentencia que recayere será apelable en ambos efectos cuando procediere conforme á derecho.

662. Acerca de la causas en que pueda fundarse la oposicion, no especificando nada la nueva ley, deberá estarse á las admitidas por la legislacion y la jurisprudencia anteriores. Tales eran segun expone el Febrero reformado por los Sres. Goyena, Montalban y Aguirre en los números. 2391 y siguientes: 1.<sup>a</sup> Por haberse hecho ante juez incompetente; 2.<sup>a</sup> Por defecto de citacion de los interesados; cualquiera de estas dos causas da accion á pedir la nulidad de las particiones. 3.<sup>a</sup> Por haber comprendido en la herencia personas que no eran partícipes de ella. En este caso puede pedirse que se reforme la particion, declarando la falta de derecho de aquella persona á la herencia, y que se distribuya entre los demás la parte que se le atribuyó. 4.<sup>a</sup> Por lesion en la sexta parte de lo que tocó al perjudicado, sin que baste que lo sea en la de una sola cosa, sino que ha de serlo en la de todo su legitimo haber, porque la lesion en una cosa podrá haberse compensado con la mayor estimacion de otra, si se tasó en efecto por menos de lo que valia; lo cual procede, ya provenga de la lesion de error sustancial sin fraude, ya se verifique por dolo ó ignorancia, ya los contadores causen agravio en el modo de liquidar y deducir, ya se origine de otro motivo. Asi, pues, esta causa comprende los casos en que se hubieren distribuido con desigualdad los bienes, adjudicándose, por ejemplo, á uno los mejores y á otros los peores. 5.<sup>a</sup> Por lesion enormísima, pues habiendo esta, se presume que hubo dolo, y asi se deben volver á practicar las particiones si el error ó la lesion son sustanciales y tan enormes que de otro modo no se puedan enmendar, porque pudiéndose, se deben reformar por ser lo mas equitativo

para evitar dispendios y dilaciones á los interesados. Si la lesion proviene de mero error de cálculo, como entonces no es sustancial ni perjudica á los interesados en sus derechos, sino puramente material en cuanto á la cuota, no se deben deshacer las particiones, sino las equivocaciones padecidas en la suma ó cantidad. 6.<sup>a</sup> Cuando por error, olvido, engaño ú ocultacion se dejó de colacionar ó dividir alguna cosa de la herencia, para que se colacione y divida entre los habientes derecho.

665. *Aprobadas definitivamente las particiones*, bien sea por no haberse opuesto á ellas los interesados, ó por haber recaído ejecutoria sobre la oposicion, *se procederá á ejecutarlas, entregando á cada cual de los interesados lo que en ellas le haya sido adjudicado*, á cuyo efecto expedirá el juez mandamiento contra el administrador de la herencia, y *asimismo los títulos de propiedad, poniéndose previamente en ellos por el escribano notas expresivas de adjudicacion*; esto es, de la persona á cuyo favor se hizo, y de la fecha. *Tambien se dará á todos los partícipes testimonio de su haber ó hijuela y adjudicacion respectivos.* art. 491.

664. De este testimonio debe tomarse razon en la oficina de hipotecas, abonando los derechos que establece la ley en los plazos marcados en el real decreto de 26 de noviembre de 1852; art. 8.<sup>o</sup> 9.<sup>o</sup> y 10.<sup>o</sup> Si la particion no se elevase á escritura pública se presentará el documento privado en que conste, segun lo prescrito en el art. 6.<sup>o</sup> del real decreto de 19 de agosto de 1853 derogatorio del art. 17 de 26 de noviembre de 1852. Véanse la real orden de 27 de agosto de 1854 que exime de pagar este derecho á los herederos necesarios, á los hijos legítimados por rescrito, y al Estado, y asimismo los reales decretos de 26 de noviembre y 19 de agosto de 1853 y la real orden de 27 de agosto de 1854. No se olvide, que por los artículos 13 y 25 del real decreto de 8 de agosto de 51 se impone á los jueces el deber de remitir cada seis meses á la administracion una relacion de las particiones en que interviniesen.

## § VI.

### *Reglas comunes á los tres períodos anteriores.*

665. No debiendo promoverse el juicio voluntario de testamentaria de oficio, sino á instancia de parte, segun lo expuesto en núm. 466, cuando alguna creyere seguirsele perjuicios de no intervenir en las testamentarias la autoridad judicial á causa de la mala fe, de exigencias desmesuradas, ó de la ignorancia que es de temer de parte de los demás interesados en la herencia, es consiguiente que la ley faculte á los que lo promovieron para separarse de dicho juicio aun despues de principiado, cuando dejaron de existir tales perjuicios, inconvenientes y temores, y lograron avenirse amistosamente. Por eso dispone en su art. 492, que *en cualquiera estado del juicio voluntario de testamentaria pueden los interesados separarse de su seguimiento, y adoptar los acuerdos que estimen convenientes.* En su con-

secuencia, conforme al art. 495 *cuando lo soliciten todos ellos*, pues basta que uno disienta para que no haya acuerdo, *deberá el juez sobreseer en el juicio, y poner á disposicion de los herederos los bienes, sin mas restriccion que la establecida respecto al juicio necesario de testamentaria, para el caso de haber herederos menores, ausentes é incapacitados.* El espíritu de esta disposicion se extiende al caso de que despues de haberse sobreseido en el juicio se solicitare de nuevo su continuacion.

666. La excepcion á favor de los menores ausentes é incapacitados, se funda en la especial proteccion que la ley dispensa constantemente á estas personas para evitar los perjuicios que pudieran ocasionársele por la mala fe, ó poco celo de sus tutores ó curadores que los representan. Asi es que no podrá sobreseerse en el juicio aun con el consentimiento de estos, sino acreditándose por medio de la informacion legal que requiere la ley en casos análogos, serles útil dicho sobreseimiento, y aun esto no bastará para que deje de hacerse judicialmente el inventario ni las demás diligencia que enumera el art. 499; y aun respecto del avaluo, liquidacion, division y adjudicaciones practicadas extrajudicialmente, deberán someterse á la aprobacion del juez, conforme se dispuso por real cédula de 20 de enero de 1792, que es la nota 10, al tit. 21, lib. 10, Nov. Recop., la cual no debe entenderse derogada por la nueva ley. Véase lo que exponemos al explicar el artículo 496. Dicha excepcion no se extiende á los legatarios de parte alicuota del caudal, ni á los acreedores, que no fueran menores, etc., no obstante, dispensarles la ley protecciones especiales en este juicio, porque consintiendo estos por si mismos, no están expuestos á los inconvenientes que aquellas personas; mas *á los menores ausentes é incapacitados les quedan á salvo los derechos que les conceden las leyes además de los que se les reconocen en las disposiciones que comprende este título:* art. 495. Estos beneficios son los expresados en las leyes civiles, como los de restitucion, etc., y podrán reclamarse bien se hubiere sobreseido en el juicio, bien se hubiese seguido este hasta su conclusion.

667. *Los incidentes que puedan ocurrir en el juicio de testamentarias se sustanciarán del modo prevenido para los que tengan lugar en el ordinario:* artículo 494. Esta disposicion es consiguiente al espíritu de los demás sobre testamentarias, puesto que en ellas se sujetan las contestaciones que por su naturaleza no tienen que regirse por la de este juicio universal, á la tramitacion del ordinario, como se ve en los arts. 457, 460 y 490, sobre el avaluo, liquidacion y division de bienes, y las meramente incidentales por lo comun á los trámites que rigen los incidentes de dicho juicio ordinario. Cuando convenga para mayor claridad en la sustanciacion de dichos incidentes, se formará pieza separada conforme prescribe el art. 579 respecto de los incidentes del juicio abintestato.

668. Mas las disposiciones que llevamos expuestas en la seccion segunda de este título, no tienen aplicacion respecto de los herederos extraños cuando se opone á ellas la voluntad del testador, conforme al art. 496, que previene, *que cuando los testadores hayan establecido otras reglas distintas*

para evitar dispendios y dilaciones á los interesados. Si la lesion proviene de mero error de cálculo, como entonces no es sustancial ni perjudica á los interesados en sus derechos, sino puramente material en cuanto á la cuota, no se deben deshacer las particiones, sino las equivocaciones padecidas en la suma ó cantidad. 6.<sup>a</sup> Cuando por error, olvido, engaño ú ocultacion se dejó de colacionar ó dividir alguna cosa de la herencia, para que se colacione y divida entre los habientes derecho.

665. *Aprobadas definitivamente las particiones*, bien sea por no haberse opuesto á ellas los interesados, ó por haber recaído ejecutoria sobre la oposicion, *se procederá á ejecutarlas, entregando á cada cual de los interesados lo que en ellas le haya sido adjudicado*, á cuyo efecto expedirá el juez mandamiento contra el administrador de la herencia, y *asimismo los títulos de propiedad, poniéndose previamente en ellos por el escribano notas expresivas de adjudicacion*; esto es, de la persona á cuyo favor se hizo, y de la fecha. *Tambien se dará á todos los partícipes testimonio de su haber ó hijuela y adjudicacion respectivos.* art. 491.

664. De este testimonio debe tomarse razon en la oficina de hipotecas, abonando los derechos que establece la ley en los plazos marcados en el real decreto de 26 de noviembre de 1852; art. 8.<sup>o</sup> 9.<sup>o</sup> y 10.<sup>o</sup> Si la particion no se elevase á escritura pública se presentará el documento privado en que conste, segun lo prescrito en el art. 6.<sup>o</sup> del real decreto de 19 de agosto de 1853 derogatorio del art. 17 de 26 de noviembre de 1852. Véanse la real orden de 27 de agosto de 1854 que exime de pagar este derecho á los herederos necesarios, á los hijos legítimados por rescrito, y al Estado, y asimismo los reales decretos de 26 de noviembre y 19 de agosto de 1853 y la real orden de 27 de agosto de 1854. No se olvide, que por los artículos 13 y 25 del real decreto de 8 de agosto de 51 se impone á los jueces el deber de remitir cada seis meses á la administracion una relacion de las particiones en que interviniesen.

## § VI.

### *Reglas comunes á los tres períodos anteriores.*

665. No debiendo promoverse el juicio voluntario de testamentaria de oficio, sino á instancia de parte, segun lo expuesto en núm. 466, cuando alguna creyere seguirsele perjuicios de no intervenir en las testamentarias la autoridad judicial á causa de la mala fe, de exigencias desmesuradas, ó de la ignorancia que es de temer de parte de los demás interesados en la herencia, es consiguiente que la ley faculte á los que lo promovieron para separarse de dicho juicio aun despues de principiado, cuando dejaron de existir tales perjuicios, inconvenientes y temores, y lograron avenirse amistosamente. Por eso dispone en su art. 492, que *en cualquiera estado del juicio voluntario de testamentaria pueden los interesados separarse de su seguimiento, y adoptar los acuerdos que estimen convenientes.* En su con-

secuencia, conforme al art. 495 *cuando lo soliciten todos ellos*, pues basta que uno disienta para que no haya acuerdo, *deberá el juez sobreseer en el juicio, y poner á disposicion de los herederos los bienes, sin mas restriccion que la establecida respecto al juicio necesario de testamentaria, para el caso de haber herederos menores, ausentes é incapacitados.* El espíritu de esta disposicion se extiende al caso de que despues de haberse sobreseido en el juicio se solicitare de nuevo su continuacion.

666. La excepcion á favor de los menores ausentes é incapacitados, se funda en la especial proteccion que la ley dispensa constantemente á estas personas para evitar los perjuicios que pudieran ocasionársele por la mala fe, ó poco celo de sus tutores ó curadores que los representan. Asi es que no podrá sobreseerse en el juicio aun con el consentimiento de estos, sino acreditándose por medio de la informacion legal que requiere la ley en casos análogos, serles útil dicho sobreseimiento, y aun esto no bastará para que deje de hacerse judicialmente el inventario ni las demás diligencia que enumera el art. 499; y aun respecto del avaluo, liquidacion, division y adjudicaciones practicadas extrajudicialmente, deberán someterse á la aprobacion del juez, conforme se dispuso por real cédula de 20 de enero de 1792, que es la nota 10, al tit. 21, lib. 10, Nov. Recop., la cual no debe entenderse derogada por la nueva ley. Véase lo que exponemos al explicar el artículo 496. Dicha excepcion no se extiende á los legatarios de parte alicuota del caudal, ni á los acreedores, que no fueran menores, etc., no obstante, dispensarles la ley protecciones especiales en este juicio, porque consintiendo estos por si mismos, no están expuestos á los inconvenientes que aquellas personas; mas *á los menores ausentes é incapacitados les quedan á salvo los derechos que les conceden las leyes además de los que se les reconocen en las disposiciones que comprende este título:* art. 495. Estos beneficios son los expresados en las leyes civiles, como los de restitucion, etc., y podrán reclamarse bien se hubiere sobreseido en el juicio, bien se hubiese seguido este hasta su conclusion.

667. *Los incidentes que puedan ocurrir en el juicio de testamentarias se sustanciarán del modo prevenido para los que tengan lugar en el ordinario:* artículo 494. Esta disposicion es consiguiente al espíritu de los demás sobre testamentarias, puesto que en ellas se sujetan las contestaciones que por su naturaleza no tienen que regirse por la de este juicio universal, á la tramitacion del ordinario, como se ve en los arts. 457, 460 y 490, sobre el avaluo, liquidacion y division de bienes, y las meramente incidentales por lo comun á los trámites que rigen los incidentes de dicho juicio ordinario. Cuando convenga para mayor claridad en la sustanciacion de dichos incidentes, se formará pieza separada conforme prescribe el art. 579 respecto de los incidentes del juicio abintestato.

668. Mas las disposiciones que llevamos expuestas en la seccion segunda de este título, no tienen aplicacion respecto de los herederos extraños cuando se opone á ellas la voluntad del testador, conforme al art. 496, que previene, *que cuando los testadores hayan establecido otras reglas distintas*

para el inventario, avaluo, liquidación y división de sus bienes, serán respetados por los herederos voluntarios que hayan instituido. Y en efecto, esta disposición no es mas que una consecuencia de los principios de derecho civil sobre la facultad de los testadores para imponer á esta clase de herederos las condiciones posibles y honestas que quisieran, y puesto que dejándoles la herencia ó parte de ella por su mera voluntad, no deben considerarse perjudicados en unos derechos que les confiere solamente el testador, porque este dicta las reglas que han de seguirse para la partición de la herencia, aunque no sean tan ventajosas á los herederos como las prescritas por la ley, porque se entiende que les instituyó herederos con tales condiciones. La disposición expuesta debe entenderse aplicable por identidad de razón respecto de los legatarios voluntarios, y aun tambien respecto de los herederos forzosos; pero solamente en cuanto no perjudique á sus legítimas, puesto que acerca de los demás bienes que les deje, es ley la voluntad del testador, mas no en lo que pudiera menoscabar á aquellas, que debiendo dejárselas íntegras y sin condicion ni gravámen, conforme á la ley 11, tit. 4, Part. 6, no pueden quedar afectas para su división y partición á reglas que considerasen dichos herederos menos protectoras que las de la ley. Solamente cuando estos se sometieren á ellas por su voluntad, podrán ser preferidas á estas, conforme al espíritu del art. 492. La disposición del art. 496 es conforme á la ley recopilada 10, tit. 21, lib. 10 de la Nov., y á la nota 10, título y libro citado, que facultaban á los testadores para designar los albaceas, tutores ó testamentarios que quisieran, para que formasen los inventarios, cuentas y particiones de sus bienes. Conforme á la doctrina expuesta, no podrán los herederos voluntarios ni aun promover el juicio voluntario de testamentaria cuando el testador se lo hubiera prohibido expresamente, pues en tal caso la voluntad de este era que se verificasen las particiones de un modo extrajudicial y amistoso; mas si los herederos fuesen necesarios, podrian promover dicho juicio, á pesar de aquella prohibicion, si por aquel medio se les perjudicaba en sus legítimas. Tambien puede el testador disponer que no se promueva el juicio necesario cuando los herederos son menores, ó están incapacitados, no obstante que por regla general en este caso ha lugar á la promoción de aquel juicio, pues les concede expresamente tal facultad el artículo 407, párrafo 2 de la ley de Enjuiciamiento.

669. El verificarse la partición conforme á las reglas prescritas por el testador no excusará su presentación al juez para que la apruebe, segun se prevenia por la nota 10, al tit. 21, lib. 10 de la Nov. en el caso de que el padre nombrara en su testamento contador y partidor extrajudicial, «quedando á salvo á la justicia, dice dicha nota, el acto de aprobacion de la cuenta y adjudicaciones que se practiquen por el comisionado, y el poder reparar entonces cualquier agravio que justamente se notase.» La aprobacion se practicará con arreglo á los arts. 481 y siguientes de la ley.

670. Teniendo por objeto el juicio de testamentaria la partición de la herencia entre los herederos, y no considerandose herencia sino lo que resta despues de pagadas las deudas contra la misma, es consiguiente que

la prosecucion de aquel juicio no suspenda el atender á las reclamaciones de los acreedores contra ella. Por esto previene el art. 497 de la ley, que *las testamentarias podrán ser declaradas en concurso en los casos en que proceda esta declaracion respecto á los particulares; y siéndolo, se sujetarán á las reglas establecidas para el juicio universal de concurso de acreedores.*

## SECCION III.

## DEL JUICIO NECESARIO DE TESTAMENTARIA.

671. El juicio de testamentaria se dice necesario cuando lo promueve de oficio el juez para vigilar por los intereses de los menores ausentes, ó incapacitados, ó para atender á las justas reclamaciones de los acreedores. Véase el núm. 458 del lib. 5.º de esta obra.

972. *Es, pues, necesario el juicio de testamentaria, segun el art. 407 de la ley:*

1.º *Cuando los herederos están ausentes, y no hay quien los represente legítimamente.* Esta representacion se entiende conforme á las reglas comunes expuestas en los núm. 59 y siguientes y 55 y sucesivos del libro 2.º de esta obra. Teniendo lugar el juicio necesario en este caso para evitar que se usurpen ó menocaben los bienes de los herederos que por su ausencia no pueden hacer valer sus derechos, cesará la intervencion judicial cuando estos compareciesen por si ó por representante, segun previene el art. 352 sobre abintestatos, si bien podrá cualquiera de ellos solicitar la intervencion judicial.

2.º *Cuando los herederos son menores ó incapacitados, bien se hallen ausentes ó presentes,* pues aquí la ley atiende principalmente á la falta ó debilidad de entendimiento de estas personas, la cual existe aunque se hallaren presentes, mientras no se recobrare la razón ó se saliere de la menor edad ó se supliere la incapacidad que dependiera del estado ó del sexo por la habilitacion judicial necesaria para litigar, como sucede respecto de la mujer casada, y del hijo de familia en los casos que marca el artículo 1551 de la ley. La ley, sin embargo, exceptúa de la precision de promover el juicio necesario en el caso referido *si el testador hubiere dispuesto lo contrario*, esto es, si hubiese nombrado contadores y dictado las disposiciones necesarias para que pueda hacerse la partición conforme á justicia entre los menores sin quedar abandonados á las usurpaciones del fraude y de la mala fe. Esta excepcion se funda en que nadie mejor que el testador que conoce la naturaleza de los bienes que deja y las necesidades y afectos de aquellos á quienes nombra herederos y asimismo la inteligencia de los á que nombra contadores, pueda dictar las medidas mas convenientes para que se partan los bienes con arreglo á equidad, ó no se cometan fraudes ni se menoscaben con perjuicio de las personas á quienes da una de las mayores pruebas de afecto, instituyendolas herederos. Esta

para el inventario, avaluo, liquidación y división de sus bienes, serán respetados por los herederos voluntarios que hayan instituido. Y en efecto, esta disposición no es mas que una consecuencia de los principios de derecho civil sobre la facultad de los testadores para imponer á esta clase de herederos las condiciones posibles y honestas que quisieran, y puesto que dejándoles la herencia ó parte de ella por su mera voluntad, no deben considerarse perjudicados en unos derechos que les confiere solamente el testador, porque este dicta las reglas que han de seguirse para la partición de la herencia, aunque no sean tan ventajosas á los herederos como las prescritas por la ley, porque se entiende que les instituyó herederos con tales condiciones. La disposición expuesta debe entenderse aplicable por identidad de razón respecto de los legatarios voluntarios, y aun tambien respecto de los herederos forzosos; pero solamente en cuanto no perjudique á sus legítimas, puesto que acerca de los demás bienes que les deje, es ley la voluntad del testador, mas no en lo que pudiera menoscabar á aquellas, que debiendo dejárselas íntegras y sin condicion ni gravámen, conforme á la ley 11, tit. 4, Part. 6, no pueden quedar afectas para su división y partición á reglas que considerasen dichos herederos menos protectoras que las de la ley. Solamente cuando estos se sometieren á ellas por su voluntad, podrán ser preferidas á estas, conforme al espíritu del art. 492. La disposición del art. 496 es conforme á la ley recopilada 10, tit. 21, lib. 10 de la Nov., y á la nota 10, título y libro citado, que facultaban á los testadores para designar los albaceas, tutores ó testamentarios que quisieran, para que formasen los inventarios, cuentas y particiones de sus bienes. Conforme á la doctrina expuesta, no podrán los herederos voluntarios ni aun promover el juicio voluntario de testamentaria cuando el testador se lo hubiera prohibido expresamente, pues en tal caso la voluntad de este era que se verificasen las particiones de un modo extrajudicial y amistoso; mas si los herederos fuesen necesarios, podrian promover dicho juicio, á pesar de aquella prohibición, si por aquel medio se les perjudicaba en sus legítimas. Tambien puede el testador disponer que no se promueva el juicio necesario cuando los herederos son menores, ó están incapacitados, no obstante que por regla general en este caso ha lugar á la promoción de aquel juicio, pues les concede expresamente tal facultad el artículo 407, párrafo 2 de la ley de Enjuiciamiento.

669. El verificarse la partición conforme á las reglas prescritas por el testador no excusará su presentación al juez para que la apruebe, segun se prevenia por la nota 10, al tit. 21, lib. 10 de la Nov. en el caso de que el padre nombrara en su testamento contador y partidor extrajudicial, «quedando á salvo á la justicia, dice dicha nota, el acto de aprobacion de la cuenta y adjudicaciones que se practiquen por el comisionado, y el poder reparar entonces cualquier agravio que justamente se notase.» La aprobacion se practicará con arreglo á los arts. 481 y siguientes de la ley.

670. Teniendo por objeto el juicio de testamentaria la partición de la herencia entre los herederos, y no considerandose herencia sino lo que resta despues de pagadas las deudas contra la misma, es consiguiente que

la prosecucion de aquel juicio no suspenda el atender á las reclamaciones de los acreedores contra ella. Por esto previene el art. 497 de la ley, que *las testamentarias podrán ser declaradas en concurso en los casos en que proceda esta declaracion respecto á los particulares; y siéndolo, se sujetarán á las reglas establecidas para el juicio universal de concurso de acreedores.*

## SECCION III.

## DEL JUICIO NECESARIO DE TESTAMENTARIA.

671. El juicio de testamentaria se dice necesario cuando lo promueve de oficio el juez para vigilar por los intereses de los menores ausentes, ó incapacitados, ó para atender á las justas reclamaciones de los acreedores. Véase el núm. 458 del lib. 5.º de esta obra.

972. *Es, pues, necesario el juicio de testamentaria, segun el art. 407 de la ley:*

1.º *Cuando los herederos están ausentes, y no hay quien los represente legítimamente.* Esta representacion se entiende conforme á las reglas comunes expuestas en los núm. 59 y siguientes y 55 y sucesivos del libro 2.º de esta obra. Teniendo lugar el juicio necesario en este caso para evitar que se usurpen ó menocaben los bienes de los herederos que por su ausencia no pueden hacer valer sus derechos, cesará la intervencion judicial cuando estos compareciesen por si ó por representante, segun previene el art. 352 sobre abintestatos, si bien podrá cualquiera de ellos solicitar la intervencion judicial.

2.º *Cuando los herederos son menores ó incapacitados, bien se hallen ausentes ó presentes,* pues aquí la ley atiende principalmente á la falta ó debilidad de entendimiento de estas personas, la cual existe aunque se hallaren presentes, mientas no se recobrare la razón ó se saliere de la menor edad ó se supliere la incapacidad que dependiera del estado ó del sexo por la habilitacion judicial necesaria para litigar, como sucede respecto de la mujer casada, y del hijo de familia en los casos que marca el artículo 1551 de la ley. La ley, sin embargo, exceptúa de la precision de promover el juicio necesario en el caso referido *si el testador hubiere dispuesto lo contrario,* esto es, si hubiese nombrado contadores y dictado las disposiciones necesarias para que pueda hacerse la partición conforme á justicia entre los menores sin quedar abandonados á las usurpaciones del fraude y de la mala fe. Esta excepcion se funda en que nadie mejor que el testador que conoce la naturaleza de los bienes que deja y las necesidades y afectos de aquellos á quienes nombra herederos y asimismo la inteligencia de los á que nombra contadores, pueda dictar las medidas mas convenientes para que se partan los bienes con arreglo á equidad, ó no se cometan fraudes ni se menoscaben con perjuicio de las personas á quienes da una de las mayores pruebas de afecto, instituyendolas herederos. Esta

excepcion se hallaba sancionada en nuestras leyes recopiladas diez titulo 21, lib. 10 y nota 10 á dicho titulo, en cuanto facultaban á los testadores para nombrar testamentarios que formasen los aprecio, cuentas y particiones de sus bienes extrajudicialmente, cuando hubiere menores ó ausentes, presentando despues las diligencias ante la justicia del pueblo para su aprobacion, que deberian protocolizarse en los oficios del juzgado, ó del juez ante quien se presentaran, por ser esto lo mas conforme á las leyes decia la nota 10, y á las amplias facultades que por ellas se conceden á los testadores, y señaladamente á los padres por efecto de la patria potestad tan recomendable por derecho. Si no fuesen menores ó incapacitados todos los herederos, sino que hubiese otros mayores y sin incapacidad que fueren herederos forzosos, no parece que bastará la voluntad del testador para que se practique la particion extrajudicialmente, si estos no se conviniere en ello y promovieren el juicio voluntario, sino que habra de seguirse este juicio, puesto que exige la conformidad de las partes en un caso análogo. la nota 10 citada. Solo cuando los herederos fuesen voluntarios podrian quedar sujetos á aquella disposicion, porque no pueden sufrir por ella perjuicio en sus legítimas como los necesarios. En la denominacion de herederos deben comprenderse, en nuestro juicio, en el caso presente, como en otros análogos, el cónyuge sobreviviente, y los legatarios de parte alicuota del caudal, por las razones expuestas en el núm. 467 de este libro.

3.º Cuando uno ó varios acreedores lo solicitaren. Esta disposicion se funda, en que teniendo los acreedores un derecho preferente al de los herederos para el cobro de sus créditos, puesto que no existe herencia sino en lo que resta despues de pagadas las deudas, conviene que la ley ofrezca á los acreedores todas las medidas de proteccion mas seguras que tiene adoptadas, para que puedan evitarse toda clase de fraudes y usurpaciones que pudieran estos experimentar en sus derechos. Por eso la ley no les obliga, á seguir precisamente y aun contra su voluntad este juicio, cuyas costas pudieran recaer sobre ellos, sino que les faculta para que puedan si quieren elegirlo al voluntario, y promoverlo como la medida mas segura y salvadora de sus derechos, cuando teman, atendidas las circunstancias, costumbres ó carácter especiales de los herederos, que no bastan los procedimientos del juicio voluntario para evitar que se les defraude. Mas para impedir que con vanos pretextos se promueva este juicio costoso, adopta la ley dos medidas convenientes. La primera es la del artículo 408, segun la cual es preciso para que á instancia de uno ó mas acreedores pueda promoverse el juicio, presente quien lo pida título que justifique cumplidamente su crédito, esto es, que dicho título constituya prueba plena, ó sea de aquellos que tengan fuerza ejecutiva, como una sentencia ejecutoria ó un vale reconocido en juicio. La segunda medida es la del art. 409, por el cual se previene que el derecho de los acreedores á promover el juicio de testamentaria caducará si por los herederos se les diese fianza bastante á responder de sus créditos independientemente de los bienes del finado, por-

que dada la fianza, se disipan los temores de ocultacion y fraudes de los bienes hereditarios.

675. Asi, pues, segun lo expuesto, y como dispone el art. 498 de la ley se prevendrá el juicio necesario de testamentaria en los casos determinados en el art. 407.

674. Practicadas las diligencias precisas para la seguridad de los bienes, libros y papeles que prescriben los artículos 412 y 413 explicados en el núm. 462 de este libro, se acomodará el juicio á los trámites establecidos para el voluntario con las modificaciones siguientes:

1.º Que los inventarios se formen siempre judicialmente, esto es, con la solemnidad y conforme á lo prescrito en el art. 429 expuesto en el número 482, sentándose los bienes conforme el art. 431 y observándose lo dispuesto en el 432, explicados en el núm. 489 y 490 de este libro.

2.º Que para los inventarios y avaluos se cite al acreedor ó acreedores que hayan promovido el juicio, y asimismo por identidad de razon, aunque no lo expresa la ley, á los herederos, al cónyuge que sobrevivía, y á los legatarios de parte alicuota del caudal.

3.º Que los acreedores puedan ser parte en los pleitos que susciten sobre inclusion ó exclusion de bienes en el inventario, porque les interesa que no se minore la herencia por la mayor seguridad que tienen en el cobro de sus créditos cuanto esta ascendiera á mas suma.

4.º Que los bienes se constituyan siempre en depósito, sin que pueda hacerse acuerdo ninguno en contrario, como puede verificarse en el juicio voluntario, conviniéndose los interesados en administrarlos por sí ó sin darse cuentas, etc., segun se deduce de lo prescrito en el art. 425; pero bien podrá celebrarse la junta en el juicio necesario que prescribe dicho artículo para nombrar de acuerdo el administrador del caudal, y el modo mejor de custodiarse este.

5.º Que el administrador en todo caso dé fianza de responder de lo que administra sin que pueda dispensársele de ella por los interesados, lo que tiene por objeto asegurar los bienes contra toda clase de menoscabo que pudieren experimentar por fraude ó ignorancia del que los administra, y que de esta suerte tengan los interesados mayor seguridad en la satisfaccion de sus créditos ó derechos.

6.º Que no se proceda en ningun caso á hacer entrega de todos ó parte de los bienes á ninguno de los interesados en el caudal, sin estar reintegrados ó garantidos á su satisfaccion los créditos de los acreedores que hayan promovido el juicio ó tomado parte en él; disposicion que se dirige á asegurar la satisfaccion de los derechos de todos segun su preferencia, pues si se hiciera la entrega de los bienes correspondientes á algun interesado, sin pagarse á los acreedores, como el derecho de estos es preferente, satisfaciéndose despues, podrian quedar los demás herederos desatendidos, si no restaban bienes suficientes para darles su haber hereditario.

## SECCION IV.

## DE LA ADMINISTRACION DE LAS TESTAMENTARIAS.

675. Tratamos en este lugar de la administracion de las testamentarias, por amoldarnos en lo posible al método de la ley, que tambien trata de ellas despues del juicio voluntario y necesario, fundada sin duda, en que son aplicables sus disposiciones tanto al primero como al segundo de estos juicios, cuando en aquel no se han convenido los interesados en que no se constituyan los bienes en depósito. No obstante, hubiera sido mas propio tratar de ellas al hacerlo del nombramiento del administrador en el juicio voluntario, puesto que segun el art. 499 son aplicables al necesario todas las disposiciones de aquel no modificadas por el artículo referido.

676. Para evitar toda confusion y para el mayor desembarazo y expedicion del procedimiento, se formará una pieza de autos que se llamará de administracion, en la cual, se actuará cuanto tenga relacion con ella; y aun se formarán en su caso, esto es, cuando así lo exigiere el volumen ó complicacion del expediente, los ramos separados necesarios, segun previene el art: 500 de la ley. Véase lo expuesto en el núm. 477 de este libro.

677. El nombramiento del administrador se verificará en la forma y modo que prescriben los artículos 423 y 424, expuestos en los números 473 y 476 de este libro.

678. Nombrado el administrador y prestada la fianza en el juicio necesario y tambien en el voluntario, si cómo puede hacerse en este no se releva de ella por mutuo acuerdo de los interesados, y aprobada por el juez cuando fuere suficiente, se le pondrá en posesion de su cargo dándole á conocer á las personas con quienes deba entenderse para su desempeño, esto es, á los arrendatarios, censatarios ó deudores de la herencia art. 502.

679. El administrador está obligado á ejercer este cargo con sujecion á las disposiciones comunes de derecho, y además á las particulares siguientes que para este caso especial requiere la ley.

680. Así, pues, segun el art. 503, todo lo concerniente á la administracion, enajenacion, subasta, reclamacion de fondos, correspondencia, recompensa del administrador y rendicion de cuentas, ordenado en el juicio de abintestato, y que exponemos al tratar de él, es aplicable á la administracion de testamentarias, sin otra diferencia que la de que además de las personas á cuya presencia debe abrirse la correspondencia por el juez, segun el art. 564, á saber, el administrador nombrado y el escribano, pueden concurrir los herederos, en cuya denominacion deben entenderse comprendidos el cónyuge, legatarios de parte alicuota y acreedores que intervienen en el juicio, y que asimismo, (debiera en nuestro concepto haber añadido este artículo) que la correspondencia que por no ser relativa al caudal, debe conservar el juez en su poder con arreglo al art. 400 para darla en

su dia el destino correspondiente, esto es, para entregarla á los que sean declarados herederos, la entregará en el juicio de testamentaria desde luego, á estos, puesto que ya son conocidos, si aquella les interesase y de su entrega no resultase perjuicio á los justos derechos de los demás.

681. Otra diferencia existe tambien entre la administracion de los testamentarios y de los abintestatos respecto de la correspondencia, y es la relativa á la dacion de cuentas mensuales y al modo de procederse á su aprobacion cuando se reclamare contra ellas. Y en efecto, en lugar de referirse la ley al art. 576 sobre este punto, prescribe en el 502, que en el último dia de cada mes el administrador rendirá una cuenta, la cual estará de manifiesto en la escribania y á disposicion de todos los interesados en el caudal, con el objeto de que puedan enterarse de ella, y reclamar oportunamente. El juez oirá todas las reclamaciones que sobre ellas formularen, dictando las providencias que en su virtud estime necesarias, para que con las menores dilaciones posibles, se enmienden las equivocaciones ó inexactitudes, ó se corrijan los abusos que se hubieren cometido. No haciéndose reclamacion ninguna, las aprobará el juez desde luego.

682. Tambien deberá dar el administrador una cuenta general de la administracion al finar el juicio, conforme á lo prescrito en el art. 402 sobre abintestatos, que en las testamentarias se rendirá á los herederos, cónyuge sobreviviente, legatarios de parte alicuota y acreedores que intervinieron en el juicio, para cuya aprobacion se observará lo prevenido en el art. 502 sobre las cuentas mensuales, y hasta que recaiga esta no se cancelará la fianza que tuviere prestada.

683. Aprobadas las cuentas de la administracion, mensuales y la general, se facilitará al que hubiere administrado el documento oportuno para hacerlo constar, con el objeto de que tenga el resguardo debido para librarse de toda reclamacion que pudiera hacerse si se extraviaran aquellas; y el administrador entregará á los herederos lo que les corresponda de lo que obre en su poder, esto es, de las rentas ó frutos y papeles relativos á la administracion que aun tuviese, puesto que respecto de las cantidades, bienes y efectos correspondientes al cuerpo de la herencia, se hizo ya entrega á cada interesado al aprobar las particiones. Tambien deberá dárse al administrador el correspondiente recibo de dichas rentas ó efectos.

## TITULO V.

## De los abintestatos.

## SECCION I.

## DEL JUICIO DE ABINTESTATOS.

## § I.

*De los abintestatos en general, su naturaleza, su objeto, diferentes clases y juez competente para conocer de ellos.*

683. Por *abintestato* se entiende lo mismo que sin testamento, como declara la ley 1, tit. 15, Part. 6, y se deduce de esta palabra, que no es otra que el adverbio latino *abintestato*. Se da, pues, el nombre de juicio *abintestato* á las diligencias que tienen por objeto adoptar las medidas indispensables para asegurar los bienes del que muere sin disposicion testamentaria cuando no deja parientes próximos y para indagar y declarar si existen parientes legítimos remotos y adjudicarles la herencia en tal caso, ó aplicarla, si no existiesen, en favor del Estado. Aunque la ley no califica de juicio á estas diligencias en el epigrafe del titulo en que trata de ellas, fundada sin duda en que no puede aplicárseles esta calificacion en su sentido estricto, porque no se ventilan en ellas las cuestiones que requieren un exámen detenido, sino que se sustancian por los trámites del juicio ordinario, debe reconocerse que merece el nombre de juicio, al menos en el sentido lato de esta palabra, si se atiende á que en ellas se oye, aunque sumariamente, las razones y opiniones de los interesados, y aun se discute su derecho á la herencia, segun expresa el art. 374; á que el juicio ordinario forma como un procedimiento anejo á este, y á que la misma ley le coloca en la parte que trata de la jurisdiccion contenciosa y aun le dá el nombre de juicio en alguno de sus artículos, como el 377.

684. Nuestras leyes anteriores contenian escasas y breves disposiciones sobre el procedimiento de *abintestato*, lo que ocasionó la introduccion de prácticas arbitrarias que dieron lugar á abusos y dilaciones perjudiciales á la herencia y á los herederos é interesados en ella. La nueva ley ha tratado de evitarlas dictando disposiciones acertadas en general y cuales reclamaba la necesidad y la justicia, segun vamos á exponer.

685. De la definicion que acabamos de dar de los *abintestatos* se deduce, que el objeto y la naturaleza de estos es análogo al de las testamentarias que expusimos en los números 431 y siguientes, y que en su

consecuencia, se rigen aquellos por los mismos principios y aun en alguno de sus períodos por las mismas disposiciones que estas; razon por la cual tratamos de los *abintestatos* despues que de las testamentarias, no obstante seguir la ley el orden inverso, con el fin de evitar repeticiones y de que se comprendan mas fácilmente las referencias que tendremos que hacer á las doctrinas expuestas sobre este último juicio.

686. Y en efecto, siendo uno de los objetos de los *abintestatos* dividir y adjudicar los bienes entre los herederos legítimos, como lo es tambien el de las testamentarias (V. el núm. 436), debe acomodarse aquel juicio, como expresamente declara el art. 376 de la ley, desde el momento que se declara quiénes son los herederos, á los trámites establecidos para estas. En su consecuencia, el juez deberá promover el juicio de *division*: de oficio y necesariamente, en el caso de que los herederos, aun cuando estuvieran en el grado que requiere en el art. 331, se hallasen ausentes y de no tener quién los represente, ó de ser menores ó incapaces, ó de solicitarlo alguno de los acreedores, como previene el art. 407, y fuera de estos casos, quedará su promocion á voluntad de los herederos, ó del cónyuge que sobreviva ó de los legatarios de parte alicuota del caudal, segun dispone el artículo 406.

687. No solamente podrá ser, respecto de este período, el juicio de *abintestato*, voluntario ó necesario, sino tambien respecto de las diligencias para prevenirlo y demás anteriores á dicho período, diligencias que puede decirse en rigor que constituyen el carácter especial de los *abintestatos*. De manera, que no solo deberá prevenirlos el juez de oficio y necesariamente en los casos que expresa el art. 331 que exponemos mas adelante, sino tambien en los casos que marca el art. 407, y asimismo deberá autorizarle cuando lo promoviesen voluntariamente los herederos próximos ó el cónyuge ó legatarios de parte alicuota, pudiendo estos, no obstante, separarse en cualquier estado del juicio, de su seguimiento, conforme al art. 492. Esta interpretacion se funda en razones de estricta analogía, pues prescribiendo el legislador la proteccion tutelar del juez, bien de oficio, cuando hay menores incapacitados ó ausentes, bien á peticion de parte, cuando esta lo juzgue útil ó necesaria para evitar la dilapidacion ú ocultaciones de los bienes hereditarios, en los casos en que por haber testamento, haya podido dictar el testador medidas previsoras que impidan estos abusos y que miren por los intereses de aquellas personas desvalidas, debe presumirse con mucha mas razon, que quiso tambien la intervencion de la autoridad judicial, bien de oficio ó á peticion de parte, en cada caso respectivamente, cuando la hace mas útil ó necesaria el no existir testamento en que se hubiera dispuesto sobre los derechos de cada interesado. Asi se deduce tambien del párrafo segundo del art. 333 que exponemos mas adelante.

688. Igualmente, á la manera que en el juicio de testamentarias, se requiere la intervencion del promotor fiscal para que represente á los herederos ausentes ó cuyo paradero se ignorase (art. 418), con el fin de que mire por sus intereses, se exige tambien la intervencion de dicho promotor en

el juicio de *abintestato* necesario, puesto que este juicio tiene lugar cuando quedasen parientes que por su parentesco romoto la suponen ignorados ó necesitados de la proteccion de la autoridad; ademas, de que en este juicio, necesita el Estado quien le represente, por el interés que tiene en las sucesiones intestadas, puesto que van á él las de los que no dejan descendientes, ascendientes ni colaterales hasta el décimo grado, conforme á la ley de 9 de mayo de 1855.

689. Finalmente, atendiéndose en este juicio á un tiempo mismo á diferentes acciones é intereses pertenecientes á distintas personas, tiene tambien el caracter de juicio *universal* como el de testamentarias.

690. En cuanto al juez competente para conocer del *abintestato*, el artículo 534, de la ley de Enjuiciamiento, declara tambien conforme con el 410 sobre testamentarias que lo es el del domicilio que tuviera el difunto, y si lo tenia en el extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, ó donde esté la mayor parte de sus bienes. Véanse los núms. 329 y 330 del lib. 1.º de esta obra, donde se exponen extensamente las razones filosóficas de esta disposicion. Acerca de su segunda parte, debe advertirse que se refiere al caso de que no hubiese perdido el español su nacionalidad, ó el carácter de español, como sucederia si se hubiera naturalizado en el extranjero; y que la competencia del juez del lugar donde está la mayor parte de los bienes, debe entenderse para el caso de que se ignore cuál fue el último domicilio del difunto si se ha de dar la importancia que parece debida al orden de colocacion y preferencia que respecto de ellos usa la ley. Esta competencia del juez se entiende, no solo para conocer de este juicio, sino tambien de las demandas que se deduzcan contra los herederos del difunto, despues de prevenido el mismo, y de las demás que son acumulables á él, segun los artículos 580 al 585 que expondremos mas adelante.

691. La ley omite en este juicio la disposicion del art. 414, correspondiente á las testamentarias sobre que los interesados puedan someterse tácita ó expresamente á otro juez ordinario.

La causa de esta omision consiste sin duda en que teniendo por objeto el juicio de *abintestato* necesario, averiguar si existen ó no herederos, y necesitáncose para la sumision á otro juez el consentimiento de todos los interesados, no puede verificarse la sumision por lo comun, como en las testamentarias en que aquellos son conocidos regularmente por el testamento; mas no por esto se ha de entender que la omision referida es opuesta á dicha sumision cuando todos los interesados son ya conocidos y consienten en efectuarla.

692. Asimismo, la competencia del juez del domicilio no obsta para que cuando el intestado fallece ó tiene bienes en otro lugar, se tomen por los jueces de este las medidas que reclaman los oficios de la piedad y los deberes morales de buena administracion, respecto de su cadáver, y para evitar que se distraigan ó menoscaben los bienes de la herencia yacente. Por esto dispone el art. 535 de la ley, que la competencia del juez del domi-

cilio se entiende sin perjuicio de que el juez del lugar del fallecimiento, aun cuando hubiese acaecido en el extranjero, en cuyo caso la palabra juez se debe entender refiriéndose á las autoridades consulares, adopte las medidas necesarias para el enterramiento del difunto, esto es, para que se dé tierra al cadáver, mas no para que se celebren funerales ni sufragios por su alma, pues esto es de cargo del albacea dativo segun el art. 539 que se expone mas adelante, y asimismo adoptar las medidas necesarias para la seguridad de los bienes que allí tuviere el finado. Igualmente cada juez, en su respectiva jurisdiccion debe adoptar medidas conducentes á la seguridad de los bienes existentes en ella. Mas como la obligacion de practicar estas diligencias solo se funda en la necesidad y conveniencia, y no atribuye jurisdiccion para seguir entendiendo en el juicio, y como al juez competente para conocer de él, le son necesarias las diligencias practicadas, continúa preceptuando el art. 535 en su párrafo tercero, que asegurados los bienes y dispuesto y ejecutado el enterramiento, dejarán todos los jueces expedita su jurisdiccion al que conozca ó deba conocer del *abintestato*, remitiéndole al efecto las diligencias que haya practicado, para que en su vista disponga lo que debe hacerse respecto de los bienes sobre que versan.

693. La obligacion de practicar las diligencias referidas se refiere, no solo á los jueces de primera instancia, sino en su defecto á los de paz, si bien con acuerdo de asesor, como prescribe el art. 537 que explicaremos mas adelante.

694. La competencia de la jurisdiccion ordinaria para conocer de los *abintestatos* comprende aun aquellos en que el finado fuese clérigo ó alguno de los herederos ó legatarios fuesen comunidad ó persona eclesiástica, segun la ley 6, tit. 18, y la 16, tit. 20, lib. 10, de la Nov. Recop., lo que se funda en que todos ocupan en este juicio el lugar de verdaderos actores, y no el de demandados, que es la circunstancia que da lugar al fuero ó que lo produce, y en que la herencia se compone de bienes temporales y profanos, los cuales son en general de la competencia del juez seglar; pero si se tratase de demandar á un clérigo la herencia que hubiese ya adquirido á titulo de *abintestato*, deberá acudir al juez eclesiástico, aunque fuese el finado seglar, pues así se atiende al fuero del demandado y este se presenta bajo su representacion propia de clérigo. Véase la ley 57, tit. 6, Part. 1, y la glosa de Gregorio Lopez.

El señor Covarrubias opina, no obstante, que los clérigos deben ser demandados ante el juez seglar cuando suceden a los legos; pero esta opinion no es fundada segun hemos expuesto extensamente en el Tratado sobre los tribunales eclesiásticos y sobre los procedimientos que se siguen en ellos, núm. 4.º-17, pág. 448. Puede verse tambien el núm. 41, 4.º, del lib. 10 de esta obra.

694. Asimismo, se extiende la competencia de la jurisdiccion ordinaria al conocimiento de los *abintestatos* en que intervienen militares, en los casos y forma que expresan la ley 21, tit. 4, lib. 6 de la Nov. Recop.; los artículos 5 y 14, tit. 11, Tratado 8 de las Ordenanzas del ejército; las rea-

les órdenes de 19 de julio de 1764, 31 de mayo de 1783 y 6 de noviembre de 1788; la real cédula de 18 de octubre de 1776, el art. 11, cap. 2 del reglamento del Monte Pio Militar de 20 de abril de 1761; las reales órdenes de 17 de enero de 1835 y de 21 de enero de 1847, y la sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo de Justicia en 8 de octubre de 1836.

## § II.

*De la prevención judicial de los abintestatos.*

693. Por prevención de los abintestatos se entiende, la adopción de las medidas necesarias para la ocupación y seguridad de los bienes y papeles del finado, con el objeto de evitar abusos y fraudes, para dar á los parientes ausentes el oportuno aviso de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata y para proceder al nombramiento de los tutores y curadores de los parientes menores de edad que no los tuviesen. Véanse los artículos 332, 335 y el 414 que expone lo que se entiende por prevención del juicio de testamentaria.

696. Siendo la prevención de los abintestatos, practicada de oficio, una protección tutelar que dispensa la ley cuando así lo requiere la necesidad ó la conveniencia de mirar por la conservación de la herencia yacente ó por el interés de personas que se hallan en posición que la reclama, debe circunscribirse á los casos en que esto se verifique y á las diligencias urgentes é indispensables, pues si de lo contrario, se ingiriera la autoridad judicial en la prevención de los abintestatos fuera de estos casos, lejos de ser beneficiosa su intervención, ocasionaría dilaciones perjudiciales. La antigua práctica daba lugar á abusos é inconvenientes sobre este punto, puesto que á veces se dejaban abandonados los bienes á merced del primer ocupante, y otras, se entrometían los funcionarios judiciales en el conocimiento de los abintestatos indebidamente y cuando no era necesaria su intervención. Sin embargo, existían prohibiciones y disposiciones acertadas sobre este punto en nuestros códigos. Y en efecto, en la pragmática publicada en Madrid por don Carlos III en 2 de febrero de 1766, que forma la ley 14, título 20, lib. 10 de la Nov. Recop., se desterró el abuso de las justicias seculares y eclesiásticas de mezclarse en hacer inventario de los bienes de los abintestatos bajo pretexto de averiguar si se cumplía la obligación impuesta por la ley 36 de Toro, á los parientes del intestado que no fueren hijos ni descendientes ó ascendientes legítimos, de disponer de la quinta parte de los tales bienes por el alma del intestado, debiendo la justicia compelerles á ello sino lo cumplían dentro de un año. Asimismo, la Instrucción de 26 de agosto de 1786, incluida en la ley 6, tit. 22, lib. 10 de la Nov., solo facultaba á la subdelegación general de Mostrencos, para conocer de los abintestatos cuando alguno muriese sin hacer testamento y no dejare parientes conocidos dentro del cuarto grado, en cuyo caso, el alguacil ó alguaciles ordinarios de la subdelegación ú otra cualquiera persona á

cuya noticia viniere, debían hacer la denuncia ante los jueces subdelegados, y ellos recibir información de como murió el difunto sin hacer testamento y que no se le conocían parientes dentro de dicho cuarto grado, y habida dicha información, los jueces debían poner tres edictos y pregonarlos, diciendo en ellos que si alguna persona tenía derecho á sucederle pareciera entre ellos dentro del término á lo menos de 30 días, y si pareciera mostrando su derecho, oírle y guardarle su justicia mandándole restituir los dichos bienes si dentro de los tres términos referidos pareciera, y sino recibiendo la causa á prueba, notificándose los autos en los estrados, ratificándose los testigos de la sumaria información y terminándose el expediente con arreglo á derecho. V. los números 7, 8, 9 y 10 de dicha Instrucción.

697. La nueva ley de Enjuiciamiento, para evitar los inconvenientes mencionados, ha venido á sancionar de nuevo las disposiciones referidas con las adiciones y reformas convenientes. Así, pues, dispone en su artículo 351, que para que pueda prevenirse el juicio de abintestato se necesita que concurran á un mismo tiempo las dos circunstancias expresadas en la Instrucción referida, á saber:

1.º *Que no conste la existencia de disposición testamentaria.* La ley no requiere, pues, para que pueda prevenirse el juicio, como lo exige mas adelante para su continuación, que se pruebe no existir disposición testamentaria, con el fin de evitar los abusos á que daría ocasión el abandono en que quedarían los bienes durante el tiempo necesario para practicar dicha prueba que á veces podría por de pronto ofrecer dificultades y dilaciones. La cláusula *disposición testamentaria* de que usa la ley debe entenderse aquí en sentido estricto, á saber: aquella en que hay institución de heredero, pues si no existiera, aun cuando hubiese nombrados legatarios, como entonces podrían quedar abandonados los bienes á merced del primer ocupante, es necesario la prevención del juicio para evitar esto. Lo mismo debe decirse cuando no se dispusiese de toda la herencia, aunque hubiese instituido heredero en parte de ella, puesto que la parte de que no se dispuso queda expuesta á igual inconveniente, por no saberse ó declararse los parientes á quienes correspondía; pero en este caso deberá limitarse el juez á ocupar la parte sobre que no se testó.

2.º *Que no deje el finado descendientes, ascendientes ó colaterales dentro del cuarto grado,* según la computación civil que es la que rige en materia de sucesiones: ley 3, tit. 6, Partida 4. El fundamento de esta disposición, de suma importancia para resolver las dudas que sobre ella pueden ocurrir, se halla expuesto por uno de los individuos que la redactaron, por el señor Gomez de Laserna, quien en sus *Motivos* sobre la misma, dice lo siguiente: «Cuando existen parientes colaterales que no están comprendidos dentro del cuarto grado debe prevenir la autoridad judicial el abintestato, porque conforme se alejan los grados de parentesco, se va este complicando, haciéndose de mas difícil aplicación y extendiéndose á mas personas, desconocidas frecuentemente en el pueblo en que se previene el juicio, y á

veces tambien para el mismo finado que ignoraba su existencia. » De este fundamento, y de las palabras con que se expone y que van señaladas de letra cursiva, se deduce en primer lugar, que la cláusula del art. 351, dentro del cuarto grado, solo se refiere á los parientes colaterales, y no á los descendientes ni ascendientes, de manera que aunque no existan de estos últimos en cuarto grado, sino en quinto, como puede acontecer, no deberá el juez prevenir el abintestato; porque el parentesco en línea recta ó directa es fácil de conocerse y no está expuesto á confundirse ó á que se ignore, como el de la línea colateral. Dedúcese asimismo del fundamento expuesto, y de no distinguir la ley entre parientes legítimos é ilegítimos, que su disposicion debe entenderse aplicable respecto de una y otra clase, de manera que el juez no deberá prevenir el abintestato cuando concurren descendientes ó ascendientes naturales con derecho á la sucesion del finado; v. gr. si se presentase á suceder al padre un hijo natural suyo, legitimado por rescripto, á falta de hijos legítimos ó legitimados por matrimonio, ó bien á suceder á la madre, un hijo natural, no habiéndolos legítimos ni legitimados, ó un hijo espúreo no habiendo descendientes legítimos, legitimados ni naturales, y no siendo de dañado y punible ayuntamiento ó habidos de clérigo de orden sagrado ó de fraile ó monja profesa, pues estos nunca tienen derecho á la sucesion de la madre, segun la ley 9 de Toro. Lo dicho sobre que no debe el juez prevenir el abintestato en el caso de que concurren los hijos naturales á la sucesion del padre, debe entenderse no solo cuando segun las leyes 8 y 9, tít. 15, Part. 6, suceden á falta de legítimos y legitimados en la sexta parte de la herencia que deben partir con su madre, sino tambien cuando habiendo sido legalmente reconocidos por su padre, concurren ellos ó sus descendientes á sucederle en toda la herencia, por no haber dejado este descendientes ni ascendientes legítimos dentro del cuarto grado, con arreglo á la ley de 16 de mayo de 1833, puesto que como ya hemos dicho, la sucesion directa es fácil de saberse y acreditarse y que aquí no hay aun que investigar si existen colaterales mas allá del cuarto grado, que es el caso en que el art. 351 faculta al juez para prevenir el abintestato. Lo mismo debe entenderse por iguales razones del caso en que por no haber descendientes, ascendientes ni colaterales hasta el cuarto grado, ni hijos naturales legalmente reconocidos, viniere á suceder al finado el cónyuge sobreviviente no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo de su fallecimiento, conforme á la ley de 16 de mayo citada, al menos cuando fuere notorio que no dejó el finado bienes raices de abolengo; mas cuando hubiese dejado bienes de esta clase, como entonces han de volver, á la muerte del cónyuge sobreviviente, á los colaterales, deberá intervenir el juez para disponer lo conveniente al efecto de que pueda cumplirse á su tiempo esta disposicion.

698. De la disposicion del art. 351 se deduce tambien á contrario sensu, que el juez no debe tampoco prevenir de oficio el abintestato si el finado deja descendientes, ascendientes ó parientes colaterales dentro del cuarto grado, aun cuando no constare la existencia de disposicion testa-

mentaria, á no ser, como dice el señor Laserna, para protegerlos en su ausencia, en su menor edad ó en la incapacidad que tengan para mirar por sus intereses, ó como expresa el art. 407 sobre testamentarias, aplicable á los abintestatos, por identidad de razon, segun dijimos en el § I de esta seccion, cuando los herederos están ausentes y no hay quien los represente legítimamente, ó cuando son menores ó están incapacitados, bien se hallen ausentes ó presentes, si el testador no hubiese dispuesto lo contrario, ó cuando uno ó varios acreedores lo solitaren.

699. Sin embargo, segun el art. 352, existiendo parientes de los expresados en el art. 351, esto es, descendientes, ascendientes ó colaterales dentro del cuarto grado, que esten ausentes, ya lo estuvieren todos ó alguno de ellos, se limitará el juez á adoptar las medidas mas indispensables para el enterramiento del difunto, esto es, para dar sepultura al cadáver segun la clase del finado, á cuyo efecto oficiará al cura de la parroquia de este; mas no deberá celebrar los funerales ni los sufragios por su alma, pues estos son de cargo del albacea dativo ó de los parientes que se presentaren. Asi mismo, deberá el juez tomar las medidas indispensables para la seguridad de los bienes, lo que podrá efectuarse, disponiendo se custodien ó depositen bajo llave ó sellos, pero sin necesidad de pasar al reconocimiento de papeles y libros, como se verifica mas adelante, puesto que no hay necesidad de entender en el juicio necesario ó de oficio, hasta que se vea que no comparecen en el plazo asignado los ausentes, ni en el juicio voluntario, hasta que habiendo estos comparecido, lo sollicitaren. Igualmente deberá el juez dar á los parientes oportuno aviso de la muerte de la persona á cuya sucesion se les crea llamados, lo cual se verificará sabiéndose su existencia y paradero, por orden ú oficio dirigidos al juez del lugar donde residan, para que les prevenga se presenten en el término que deberá señalarles, ó si se ignorase su residencia, por medio de edictos en la forma que prescribe el art. 368. Si no compareciesen convendrá repetir dicho aviso conforme á la disposicion del artículo 371, y seguirá el juez practicando las demás diligencias que marca la ley en sus artículos 389 y siguientes, y conociendo del abintestato, conforme á los trámites del juicio de testamentaria, pues tales son los que requiere el art. 407 en este caso, y notificándose los autos en los estrados segun la disposicion de la instruccion de 26 de agosto de 1786, ya expuesta. Mas compareciendo los parientes cesará la intervencion judicial en el abintestato, á no ser que alguno ó algunos de los interesados lo sollicitare. Estos son, los herederos, el cónyuge sobreviviente, los legatarios de parte alicuota (pues segun dijimos, puede haber legatarios, aunque no haya disposicion testamentaria propiamente dicha por falta de institucion de heredero) y asimismo, los acreedores. El juicio se acomodará á los trámites del voluntario ó necesario de testamentaria, segun la clase de interesados que pidieren su continuacion, con arreglo á los artículos 406 y 407.

700. Respecto de los parientes que fueren menores ó incapacitados, el juez les proveerá de tutor ó curador, si no lo tuvieran, lo cual se verificará

conforme á las disposiciones del tit. 3 de la ley de Enjuiciamiento, segunda parte, sobre la jurisdiccion voluntaria. Nada dispone aquí la ley para el caso de que el tutor ó curador de los menores ó incapacitados tuvieren interés en la herencia, como lo verifica en el art. 420 sobre testamentarias, cuyo artículo deberá entenderse aplicable al juicio abintestato, por lo que, en tal caso, le proveerá el juez con arreglo á derecho, de un curador especial para el juicio, ó hará que lo nombre el mismo menor ó incapacitado, si tuviese edad para ello. Es tambien aplicable á este caso lo dispuesto en el art. 421, sobre que la intervencion del curador dado para el juicio, se limitara solo á aquello en que el tutor ó curador para los bienes tengan incompatibilidad, y en todos los demás casos, estos serán los únicos representantes del menor ó del incapacitado.

701. Discernidos los cargos de tutor ó curador, deberá el juez continuar entendiendo en el juicio de abintestato, acomodándose á los trámites establecidos para el de testamentaria, segun previene por disposicion general el art. 576, luego que hayan sido declarados quiénes son los herederos. Estos trámites deberán ser los del juicio de testamentaria necesario, atendiendo á que así se declara en el art. 407 para el caso de que los herederos fueren menores ó estuvieren incapacitados, y que dichas disposiciones son aplicables al juicio de abintestato, segun se expuso en el § I de esta seccion.

702. Mas segun previene el art. 536 de la ley de Enjuiciamiento, *el juez que tuviere conocimiento, aunque fuese extrajudicialmente y no de un modo indubitable, de la muerte de alguno sin testar y sin dejar descendientes, ascendientes ó colaterales dentro del cuarto grado, ó bien dejando parientes de estos grados que fuesen menores ó incapacitados, ó que estando ausentes no hubieren comparecido, no se limitará á adoptar las medidas indispensables para la seguridad de los bienes, como en el caso de que constare que habia esta clase de parientes y que estaban ausentes, á quienes aun no se llamó, sino que procederá á ocupar sus bienes, libros, y papeles, esto es, sus bienes muebles de valor, como alhajas, pinturas, sus libros y papeles importantes, y especialmente los relativos á sus negocios ó tráfico, como cuentas, vales de crédito, papel del Estado, etc.* Esta ocupacion deberá practicarse cerrándolos á presencia del juez en lugar seguro bajo llave que deberá conservar en su poder, ó asegurándolos con sellos y extendiendo acta en que se especifique suficientemente, aunque no con la minuciosidad de un inventario, los objetos ocupados, para evitar ocultaciones, extravíos ó fraudes.

703. Todas las diligencias sobre prevencion del abintestato que llevamos expuestas, deben verificarse por regla general por los jueces de primera instancia donde los hubiere; mas como no en todos los pueblos hay de estos funcionarios, y como de dilatarse hasta que pudiera acudir á ellos ó practicarlos el juez del partido, podrian originarse perjuicios de consideracion á los interesados en la herencia, por la urgencia y perentoriedad que aquellas requieren, dispone el art. 557 de la ley que *en los pueblos donde no hubie-*

*re juez de primera instancia, practicará las diligencias prescritas en los artículos anteriores el juez de paz, y si no fuere letrado, lo hará con acuerdo de asesor:* disposicion que tiene por objeto asegurar por la pericia en el derecho, la exactitud y acierto en la práctica de las diligencias referidas, por su grande influencia respecto de la declaracion de los interesados en la sucesion. Ademas, la facultad de proveer y discernir los cargos de tutores y curadores, dicen los señores Laserna y Montalban, que á nuestro entender hubiera sido mejor reservar siempre á los jueces de primera instancia, exigen conocimientos de derecho. Algunos intérpretes opinan que la disposicion del art. 557 no se refiere al nombramiento de tutores y curadores de los menores ó incapacitados de que trata el art. 535, fundándose en que la regla primera del art. 1208 previene, que todos los actos de jurisdiccion voluntaria sean de la competencia de los jueces de primera instancia, en que el cargo de tutor ó curador no puede discernirse sin que preceda el otorgamiento de la correspondiente fianza por el interesado, cuyo importe debe determinarse y aprobarse oyendo al promotor fiscal, funcionario que no existe en los juzgados de paz, y finalmente, en que no es necesario conceder esta facultad á los jueces de paz en este caso, puesto que cuando los parientes llamados á la sucesion dentro del cuarto grado sean menores ó incapacitados, el juez ha de limitarse á adoptar las medidas mas indispensables para el enterramiento del difunto y la seguridad de sus bienes, y hecho esto, podrá remitir enseguida las diligencias al juez de primera instancia, y este acordar el nombramiento de tutor ó curador. Mas no obstante estas observaciones no pueden destruir la disposicion del art. 557 que se refiere á las de los artículos anteriores desde el 532 inclusive, y que es conforme tambien con lo dispuesto por la legislacion anterior y á la doctrina de los autores. Véase lo expuesto en el núm. 209 del lib. 4 de esta obra, la disposicion del art. 557 es una excepcion de la regla general consignada en el art. 1208; el nombramiento de tutores y curadores es uno de aquellos actos que, para valernos de la exacta expresion del real decreto de 22 de octubre de 1858, siendo originariamente de la competencia de los jueces de primera instancia, se encargan por disposicion de la ley á los de paz en casos especiales. Por último, la utilidad del pronto y urgente nombramiento de tutores y curadores respecto de los ausentes ó incapacitados, no se ha de considerar solo relativamente al procedimiento del juicio de abintestato, sino á los demás actos y contratos que fuera de este requieren para su validez la intervencion ó autorizacion de dichos tutores y curadores, y cuyo retardo puede originar á los menores perjuicios considerables. Ademas, las faltas que á pesar de haberse oído el acuerdo del asesor, hayan podido cometerse en dichos nombramientos, pueden rectificarse por el juez, dictando al efecto las providencias oportunas, segun la disposicion del art. 566 sobre un caso análogo y que creemos aplicable al presente.

704. Acerca de si en la práctica de dichas diligencias deberán valerse los jueces de paz de escribano ó del secretario de su juzgado, debe tenerse presente lo dispuesto en el art. 3 del real decreto de 22 de octubre de 1858,

á saber: que en los negocios propios de la competencia de los juzgados de paz, que son por ahora los juicios de conciliacion y los verbales, se valdrán los jueces de los secretarios de sus juzgados, y en las demás diligencias y actos que siendo originariamente de la competencia de los jueces de primera instancia se encargasen por disposicion de la ley á los de paz, se valdrán de escribano, siempre que se exija así por aquella para la validez del acto. En los pueblos en que no hubiere escribano, autorizarán las propias diligencias los secretarios, haciendo constar aquella circunstancia.

705. Las medidas que debe tomar el juez y que llevamos expuestas hasta ahora, se adoptan, segun hemos visto, por noticias fidedignas adquiridas sobre los hechos de haber fallecido una persona sin testar y sin dejar próximos parientes, mas sin detenerse el juez en la práctica de las diligencias necesarias para cerciorarse plenamente ó de una manera indubitable sobre estos extremos, por no permitir las dilaciones á que esto daria ocasion la perentoriedad y urgencia de aquellas medidas para evitar el extravío de los bienes y cumplir con los oficios de piedad. Mas una vez adoptadas estas medidas urgentísimas, es necesario completar las noticias adquiridas por medio de otras averiguaciones y diligencias en forma y con la fuerza legal suficiente para poder proceder con todo el rigor que es de justicia. Por esto previene el art. 558 de la ley, que *el juez de primera instancia y el de paz en su caso, practicadas las diligencias establecidas en los artículos precedentes, adoptarán las medidas que estimen mas conducentes para averiguar si la persona de cuya sucesion se trata, ha muerto con disposicion testamentaria ó sin ella, recibiendo, á falta de otros medios, informacion en que sean examinados los parientes, amigos ó vecinos del difunto: 1.º sobre el hecho de haber muerto abintestato. 2.º Sobre si tiene herederos de las clases que quedan designadas.* Esta disposicion se refiere á los casos en que no constaren los extremos mencionados por documentos públicos, como si no existiere testamento en los protocolos de los escribanos del lugar donde falleció la persona de cuya sucesion se trata ó no constare en los libros parroquiales la existencia de parientes del finado. La ley deja los medios que podrán adoptarse á la discrecion del juez, porque nadie mejor que él conocerá las mas seguras y menos dispendiosas segun la diversidad de casos. Por tanto, nos limitaremos á recordar lo que prevenia la Instruccion de 26 de agosto citada para que pueda servir de guía á estos funcionarios, á saber: que se procediera en estas causas con gran justificacion, recibiendo informacion clara respecto de la circunstancia de haber muerto la persona sin hacer testamento, y que esto constará á lo menos de voz y fama pública, como tambien haciendo que certifiquen el escribano ó escribanos que hubiere en el lugar ó cerca de él, de que ante ellos no se habia otorgado testamento.

706. Si de las diligencias ó justificaciones practicadas resultare que el finado hizo testamento y que existen herederos instituidos en él ó que, á pesar de no haber disposicion testamentaria, existiesen descendientes, ascendentes ó colaterales dentro del cuarto grado, se abstendrá el juez de

todo procedimiento por no haber lugar al juicio abintestato, ni al de testamentaria, á no que por ser los herederos menores ó incapacitados ó por estar ausentes, segun expresa el art. 407, ó por solicitarlo algun acreedor proceda el juicio de testamentaria ó de abintestato necesario, ó bien el voluntario por promoverlo las personas que expresa el art. 406. Si resultare solo que habia disposicion testamentaria, pero los herederos instituidos estuvieren ausentes, ó fueren menores, procederá el juez á dar aviso á los primeros y á lo demás que previenen los art. 552 y 553 ya expuestos.

707. *Si resultare haber fallecido con efecto sin testar y sin parientes de los comprendidos en el art. 551, procederá el juez segun previene el artículo 559 de la ley:*

1.º *A nombrar un albacea dativo que se encargue de disponer el entierro y de lo demás propio de este cargo con arreglo á las leyes.* El albacea dativo ó nombrado por el juez debe, pues, segun esta prescripcion; disponer el funeral ó exequias del finado, que es lo que debe entenderse aquí por la palabra entierro, puesto que este en su sentido estricto, ó en el de dar tierra ó sepultura al cadáver ha debido disponerlo el juez segun los art. 552 y 553. Asimismo, debe disponer las misas y demás sufragios que han de celebrarse por el alma del difunto como igualmente la satisfaccion de las mandas piadosas. Para evitar toda clase de abusos que pudiera cometer el albacea, bien haciendo gastos indebidos ó cercenando los que fueren necesarios, previene el art. 560, que *al albacea que se nombrare, se darán por el juez las oportunas instrucciones, segun la idea que se tenga del caudal del difunto y sus circunstancias para el desempeño de su cargo.* Así, pues, el juez deberá determinar la clase de exequias ó funeral que han de celebrarse, atendiendo á la condicion y circunstancias del finado y á la costumbre del país, y fijar la cantidad que debe emplearse en sufragios por su alma, conforme á lo prescrito por las leyes segun la clase de herederos que hubiese, pudiendo decretar la venta en pública subasta de los bienes necesarios para cubrir estas atenciones, conforme le faculta el art. 597, concordante con la ley 62, tit. 18, Part. 3 y la 1, tit. 12 lib. 10 Novísima Recopilacion. La persona á quien nombrase el juez albacea debe tener las circunstancias que requieren las leyes, esto es, ser mayor de diez y siete años y poder hacer testamento, ya sea varon ó hembra.

2.º *A inventariar y depositar los bienes en persona que ofrezca garantía suficiente, la cual se encargará tambien de su administracion.* §. 2 del art. 559. Esta disposicion tiene por objeto hacer constar, y evitar que se extravíen los bienes del abintestato. El inventario deberá hacerse en la forma y con las solemnidades que expusimos al tratar de las testamentarias, pudiendo el juez dar comision al escribano para su práctica, segun la disposicion del art. 429 que es aplicable al juicio de abintestato. En cuanto al depósito de los bienes, aunque esta palabra se refiere por lo comun á los bienes muebles, pues que los raíces se constituyen en secuestro, aquí debe entenderse que la ley se refiere á una y otra clase de bienes. Se encarga la administracion al mismo depositario para evitar complicaciones y la difi-

cultad de encontrar personas de la confianza que requieren estos cargos. Dicha persona debe ser, pues, capaz de contratar y obligarse, y en su eleccion deberá el juez seguir las reglas de preferencia que establece el artículo 424, núm. 3 y 4 sobre testamentarias y que expusimos en su lugar.

*La persona del depositario será amovible á voluntad del juez que conozca del abintestato segun dispone el núm. 2.º del art. 559; así que el juez podrá removerla desde el momento en que no le inspirase confianza por su ineptitud ó mala fe y sustituirla con otra, evitando de esta suerte los abusos que pudiera cometer y la responsabilidad en que el juez incurre con arreglo al art. 564, por no haber nombrado persona á propósito. Para asegurar, en cuanto cabe, la buena gestion de el depositario administrador de los bienes, previene el art. 564 de la ley, que prestara esta fianza proporcionada á lo que deba administrar, á satisfaccion y bajo la responsabilidad del juez que haya prevenido el abintestato. Es aplicable tambien á este juicio la disposicion del art. 501 sobre que, nombrado el administrador y prestada la fianza, se le pondrá en posesion de su encargo, dándole á reconocer á las personas con quienes deba entenderse para su desempeño.*

*Si se encontraren metálico ó alhajas, se depositarán en el establecimiento público señalado al efecto, debiendo el juez conservar en su poder el documento de depósito. De este documento se pondrá testimonio en los autos: art. 562. El establecimiento público á que alude esta disposicion es la Caja general de Depósitos de Madrid y las tesorerías de Hacienda pública en las provincias, respecto de los fondos en metálico y los efectos de la deuda pública y del Tesoro, por estar así mandado en varias disposiciones, entre ellas la real orden de 27 de enero de 1857 que las recuerda. En cuanto á las alhajas deberán depositarse en los Bancos públicos, y donde no los hubiese, en poder del depositario administrador, segun prescribe el artículo 424, núm. 2.º respecto de las testamentarias. Las depositarias que habia en algunos juzgados se han declarado caducadas por real orden de 4 de marzo de 1857.*

*Si hubiere frutos almacenados, se deberán sobrellevar los almacenes; y si pendientes ó se estuvieren recogiendo, se constituirán guardas ó interventores, segun mas convenga: art. 565. Esta disposicion se funda, segun exponen al Sr. Montalban y uno de los Señores individuos encargados de la redaccion de la ley, en su Tratado académico forense de procedimientos judiciales, en poner coto á los fraudes que podría cometer el depositario administrador, ya sustituyendo á frutos de buena calidad otros de inferior, ya haciendo aparecer el producto de las cosechas como menor al que habia sido en realidad. Sin embargo, opinan algunos intérpretes que este artículo debiera haberse colocado entre los en que se manda que tome el juez las medidas necesarias para la seguridad de los bienes; mas no despues de los que tratan del nombramiento de administrador y como teniendo relacion con este, puesto que mal podría el administrador, si se le entregasen los almacenes sobrellevados, cuidar de la conservacion de los frutos*

y proponer su venta cuando se presentaren circunstancias ventajosas, y porque los mismos abusos que respecto de estos bienes, podrian cometerse respecto de los otros. Mas á esto puede contestarse, que caben mas abusos en la clase de bienes á que se refiere el art. 563 que en la de los demás, pues estos se entregan al administrador inventariados y reseñados ó especificadas su especie, cantidad y calidad, y no así aquellos, especialmente los frutos pendientes, respecto de los cuales, si se dejara libremente á cargo de solo el administrador su recoleccion, podría este simular que habia sido menor su producto, puesto que no es fácil hacerlo constar. En cuanto á la necesidad de dar vista á los frutos almacenados para procurar su conservacion y venta, podrá acudir al juzgado, como se verifica para la enajenacion y arriendo de los bienes inventariados, conforme lo prevenido en los artículos 589 y 597, en esta administracion irregular y anómala.

3.º Procederá asimismo el juez cuando resultare que aquel de cuya sucesion se trata, falleció sin testar y sin parientes de los comprendidos en el artículo 551, á examinar los libros, papeles y correspondencia del difunto: para indagar los bienes de su propiedad, las deudas que dejó para tenerlas en cuenta, y los créditos á su favor para cobrarlos, lo que será de cargo del administrador. Este examen debe hacerlo el juez por sí mismo, sin cometerlo á persona alguna, ni aun al escribano, ya por la inteligencia, prudencia y sigilo que requiere dicha operacion, ya para evitar toda suplantacion ó falsificacion que pudiera hacerse de aquellos documentos, ya para impedir que se divulguen secretos de la familia ó de otros, que no fuere necesario revelar.

708. *El juez de primera instancia ó el de paz abrirán la correspondencia en presencia del administrador nombrado y del escribano, para evitar los fraudes y ocultaciones que pudieran cometerse, valiéndose de las noticias que ella arrojaré, y adoptarán en su consecuencia las medidas que su resultado exija para la seguridad de los bienes: art. 564. En los autos deberá ponerse diligencia de lo que resultare de interés y que no deba reservarse de esta correspondencia, la cual se depositará en la escribanía para que pueda consultarse en los casos necesarios.*

709. *Cuando previniere el abintestato un juez de paz, practicadas por él estas diligencias, las remitirá al de primera instancia con la debida seguridad, para que no se extravien, poniendo á su disposicion los bienes, libros y papeles intervenidos y la correspondencia remitida al pueblo y recibida en él, con el objeto de que dicho juez de primera instancia pueda, en vista de todo, dirigir el procedimiento que desde aquí se compone de diligencias mas importantes, pues el juez de paz no tiene ya facultad para practicar mas diligencias que aquellas para que expresamente le comisione el de primera instancia con arreglo á la ley. Esta remesa se verificará por medio de oficio en que se especifiquen las diligencias y documentos remitidos.*

710. *El juez de primera instancia, recibidas las diligencias, rectificará cualesquiera faltas que en ellas puedan haberse cometido, dictando al efecto*

las providencias que estime oportunas: art. 366. En estas faltas debe considerarse comprendido el nombramiento de depositario en persona que no inspire la debida fidelidad ó aptitud ó que no preste la fianza suficiente, por lo que podrá separarlo el juez ó exigirle fianza mayor. De esta suerte se salvan todos los inconvenientes á que pudiera dar ocasion la falta de inteligencia del juez de paz en la práctica de unas diligencias que á veces pueden exigir mayores conocimientos y que solo le confia la ley impulsada por la necesidad ó perentoriedad de las circunstancias.

## § III.

*Del procedimiento para averiguar y declarar si existen ó no herederos legítimos fuera del cuarto grado del intestado.*

710. Practicadas las diligencias que llevamos expuestas, que son las preventivas ó preliminares del juicio de abintestato, se entra ya en el procedimiento que constituye el carácter formal y especial de este juicio. Este procedimiento tiene por objeto averiguar si existen parientes legítimos fuera del cuarto grado del intestado y declarar si tienen ó no derecho á los bienes que este dejó, ó si pertenecen al Estado, por no haber parientes de difunto con derecho á la herencia dentro del décimo grado. Teniendo pues interés en estos juicios el Estado, puesto que es llamado á suceder á falta de los parientes referidos, y dirigiéndose el juicio á averiguar la existencia de parientes ausentes ó ignorados á los cuales debe y está interesada la sociedad en prestar su proteccion y defensa, previene el art. 367 de la ley, que luego que el juicio llegue á este estado, será parte en él el promotor fiscal en representacion de los que puedan tener derechos á la herencia. El promotor fiscal es parte en este juicio, no en el sentido de que tenga que defender absolutamente los derechos mas ó menos justos de alguno de dichos parientes del intestado para presentarse al juicio y ser declarado heredero, sino en el de sostener solamente los derechos que creyera justos y atendibles preferiblemente á los que alegan los demás. Asi se deduce de la última cláusula de la disposicion expuesta que le constituye parte en representacion de los que puedan tener derechos á la herencia, pues teniendo á veces un pariente pretensiones opuestas á otro, cuando los dos pretenden que se les declare herederos en igual grado, el promotor tendrá que apoyar á aquel cuyos derechos fueren mas justos. Asi se deduce tambien de lo dispuesto en el artículo 374 sobre que el promotor puede oponerse á la declaracion de herederos de los parientes en el caso que expresa.

Tampoco deberá este inclinarse ó atender al interés que tiene el Estado, en los abintestatos, con preferencia á los de dichos parientes. Su mision en este juicio es la de sostener con la mayor imparcialidad los derechos justos, segun su preferencia, y procurar que se conserve y administre debidamente el caudal hereditario, pues esto redundará en beneficio de todos. Y por eso dispone el art. 307 en su párrafo segundo, que será de su obligacion promover cuanto considere oportuno para la seguridad y buena administracion

de los bienes. Estas medidas las puede promover aun durante la prevencion del abintestato y asimismo puede velar aun durante las diligencias preventivas, porque este se promueva cuando procediere, segun lo que hemos expuesto, ó porque se rectifiquen las faltas que se hubieren cometido en las diligencias preventivas, pues el art. 367, solo prescribe la intervencion de este funcionario en el abintestato para despues de practicadas dichas diligencias, en cuanto á sus funciones como parte en el juicio, mas no como protector de las personas desvalidas y como vigilante de los bienes del abintestato y de los intereses sociales. Esta facultad, dice el señor Laserna en sus *Motivos*, la ley la da por supuesta y la considera como una de las representaciones inherentes al ministerio fiscal. La ley con la intervencion del promotor ha sustituido al funesto método antiguo del nombramiento de defensores de la herencia vacante, otro método mas en armonia con la organizacion moderna de nuestros juzgados, mas directo, mas eficaz, y no expuesto á iguales inconvenientes.

712. Practicadas en debida forma las diligencias preventivas, el juez mandará fijar edictos en los sitios públicos del pueblo del juicio, del en que hubiese fallecido el dueño de los bienes, y del de su naturaleza, anunciando su muerte sin testar, y llamando á los que se crean con derecho á heredarle para que comparezcan en el juzgado dentro del término que en los edictos se señalare. Estos edictos se insertarán en los periódicos oficiales de dichos tres pueblos, si los hubiere y en la Gaceta del Gobierno, cuando las circunstancias del caso lo exigieren á juicio del juez; esto es, cuando presumiere que puede haber parientes en puntos á donde no suelen llegar los periódicos oficiales de aquellos tres pueblos, ni las noticias de los edictos: art. 368.

713. El término de esta convocacion será el de treinta dias, contados desde la fecha de la fijacion de los edictos en el último de los pueblos en que se verifique: art. 369. Esta fecha deberá hacerse constar en autos.

Si el pueblo de la naturaleza del difunto estuviere fuera de la península, podrá el juez ampliar estos términos prudentemente habida consideracion á la distancia: art. 370, § 4.º

714. Lo mismo se podrá hacer, aunque el pueblo se halle dentro de la península, si la dificultad de las comunicaciones ú otras circunstancias extraordinarias lo exigieren: art. 370.

La ley deja en los casos que expresa este artículo, al arbitrio prudencial del juez el señalamiento del término, por ser aquel quien mejor podrá apreciar el que fuere necesario para que los interesados tengan un término proporcionado al de treinta dias que designa la ley para los casos ordinarios. Podrán, sin embargo, servir de guia é ilustracion al juez sobre este punto las disposiciones de los arts. 229 y 251.

715. Como podria suceder que no llegasen los edictos referidos á noticia de todos los herederos, ó que no pudieran estos presentarse por alguna justa causa en el juzgado en que se sigue el juicio, en el término designado en aquellos, dispone el art. 371 de la ley, que presentándose ó no herederos á

consecuencia de este llamamiento, se fijarán segundos edictos por término de veinte dias, contados en la forma antes establecida, esto es, en el artículo 369, y fijándose en los mismos puntos que prescribe el art. 368. De manera que aunque se presenten algunos herederos, como pudieran existir otros, deben fijarse nuevos edictos. El término señalado podrá ampliarse en los casos que expresa el art. 370 respecto de los primeros edictos, pues existiendo identidad de razon en cuanto á los segundos, cual es que puedan presentarse los herederos, debe entenderse aplicable aquella disposicion á este caso. *En estos edictos se expresarán los nombres de los presentados si los hubiere y sus parentescos: § 2.º del art. 371, lo que tiene por objeto que los demás herederos puedan evitarse los gastos y molestias de su presentacion, si vieren que los presentados tienen parentesco mas próximo y preferente al suyo, de suerte que les impida ser atendidos en su derecho á la sucesion.*

716. Los herederos que se presentaren deberán personarse por medio de procurador, presentando, segun se deduce del art. 378, solicitud firmada de letrado en que aleguen sus derechos á la herencia y el grado de parentesco con el finado que se les atribuye. *Pasados los dos términos de los edictos, no es necesario presentar con la solicitud los documentos en que se apoya, bien por las dificultades que pudieran ocurrir para practicarlos en el término que concede la ley, bien porque se suple esta falta ventajosamente con la justificacion que requiere el artículo 372. Segun este, pasado los dos términos de los edictos exigirá el juez, por medio del auto correspondiente, á los que se hayan personado, que con citacion reciproca, si fueran mas de uno y del promotor, justifiquen su parentesco dentro de un término que se les señale al efecto, que por punto general no deberá pasar de cuarenta dias, si bien deberá fijarse dentro de este el que creyese el juez suficiente y prorogarse hasta el máximo á petición de los interesados, segun las circunstancias del negocio, conforme previene el art. 262 respecto de la prueba del juicio ordinario. Cuando los que aspiren á la herencia hubieren nacido fuera de la peninsula, podrá el juez prorogar dicho término segun las circunstancias, esto es, la distancia del lugar, de donde hubiere de venir la prueba, en cuyo caso podrán servir de guía los términos marcados en el art. 264, § 2.º, del art. 372.*

Los medios de prueba de que podrá usarse y la forma de practicarla son los mismos que se expusieron en la seccion 5, tit. 6, lib. 2.º de esta obra.

717. *Hecha la justificacion del parentesco ó transcurrido el término concedido para hacerla, si fuere uno solo el presentado aspirando á la herencia, se dará vista de aquella al promotor por un término (que parece no debe exceder del de nueve dias que se concede para contestar la demanda en el juicio ordinario) con el objeto de que vea si el presentado justifica ó no hallarse en el grado de parentesco que indica el art. 354; y si el promotor conviniere en que se le declare heredero, lo que deberá hacer cuando viere que ha justificado el grado de parentesco requerido por la ley, mandará al juez traer los autos á la vista, pues no hay necesidad de oír á nadie mas, puesto*

que solo se presentó un pariente, y hará la declaracion de heredero, si la estima procedente: art. 375. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos preferentes de los demás parientes que se presenten con posterioridad. La sentencia del juez es apelable en ambos efectos, segun se deduce del artículo 374, por identidad de razon. Si se opusiere el promotor, se procederá, segun previene dicho artículo para un caso semejante.

718. *Si fueren mas de uno los presentados, aspirando á la herencia, la nueva ley, derogando la práctica anterior de dar traslado sucesivamente á cada uno de ellos, de las informaciones de los otros, lo que ofrecia el inconveniente de dilatar el juicio y complicar las cuestiones, previene en su artículo 374, que los convocará el juez á junta, en la que discutirán su derecho á la herencia; medio que ofrece las ventajas de poder en pocas horas aclararse los derechos de cada uno, reconociéndose mutuamente por los interesados, y convenirse estos sobre la forma y porciones en que ha de dividirse aquella, que son los dos extremos sobre que ha de versar la junta. Esta deberá ser presidida y dirigida por el juez, extendiéndose y autorizándose acta por el escribano, de las razones alegadas por las partes ó sus procuradores y de sus defensores que asistieren, y de los puntos sobre que versare el convenio.*

Dúdase por los intérpretes sobre si debe asistir á esta junta el promotor fiscal ó si deberá dársele traslado del acta. Lo mas conveniente en nuestro juicio seria que asistiese, por la mayor ilustracion que podría adquirir sobre el negocio, de las discusiones y de las razones alegadas por los interesados, y por la ventaja de poderse variar en el acto las bases del convenio si no le parecian á aquel aceptables. Esta conveniencia sube de punto cuando por haber menores ó incapacitados debe velar por sus intereses, atendida la proteccion que dispensa en general la ley á esta clase de personas, y á que conforme á los arts. 1402 y 1411 para la transaccion de derechos de menores ó incapacitados, ha de oírse al curador para pleitos del menor, si lo tuviere nombrado, y en su defecto al promotor fiscal. Sin embargo, no previniéndose por la ley expresamente la asistencia del promotor, y atendiendo á lo conveniente de no distraerle por mas tiempo del puramente indispensable del ejercicio de su cargo, podrá dársele traslado de la acta de la junta, para que en su vista dé su dictámen. Este deberá versar en general, respecto del derecho que aleguen asistirles á la herencia los presentados, sobre si estos se hallan ó no en el grado de parentesco que requiere la ley para que sucedan con preferencia al Estado, segun el art. 20 de la ley de 9 de mayo de 1855, que permite, en cuanto los parientes colaterales, esta sucesion preferente hasta el décimo grado inclusive, y á si existiendo parientes de uno de dichos grados y habiendo menores ó incapacitados se perjudica á estos en el grado de parentesco y de preferencia que se les atribuye; respecto de la forma y porciones en que ha de dividirse la herencia, examinará el promotor las bases del convenio, para ver si se ajusta á las prescripciones legales en cuanto limitan y restringen las transacciones de los particulares, ó cuando hubiese menores ó incapacitados, para evitarles toda clase de perjuicios, que con ellos pudieran interrogárseles.

719. *Si hubiere en la junta conformidad y conviniere el promotor en que se apruebe lo acordado, el juez declarará herederos á los concurrentes en la forma y porciones en que hayan convenido, si lo cree legal y procedente; esto es, si no se perjudica con ello á los menores ó incapacitados, ó á los que no asistieron, pues los acuerdos de la junta no pueden dañar á estos, ó si no se confieren derechos al que no los tuviera, ó si no es contrario á las prescripciones legales; pues si bien los particulares pueden renunciar ó limitar por su voluntad los derechos que les pertenecen, esto ha de ser sin perjudicar á tercero ni los intereses del Estado, ni traspasar las disposiciones de derecho que son de orden público. Cuando lo convenido adoleciere de estos defectos, el juez no deberá aprobarlo, aunque se hubiese avenido á ello el promotor.*

720. *Hechas por el juez las declaraciones mencionadas, en adelante se acomodará en su caso el juicio á las reglas establecidas para el de testamentaria, es decir, á las del juicio necesario ó á las establecidas en los artículos 498 y siguientes de la ley en los casos expresados en los artículos 407 y 408, ó á las de los arts. 514 y siguientes que versan sobre el juicio voluntario, en los casos del art. 406, pudiendo en estos últimos casos separarse los interesados del seguimiento del juicio y aun tambien dejar de promoverlo, solicitando, en cuanto se hicieren las declaraciones referidas, se les entreguen los bienes del intestado, á lo que deberá acceder el juez, conforme al espíritu del art. 495.*

*La sentencia en que el juez denegare ó otorgare la declaracion, es apetable en ambos efectos: art. 574, por los graves perjuicios que puede causar.*

721. *En cualquiera de los casos expresados en este artículo (y en el anterior, ha debido querer decir la ley, puesto que se refiere á casos en plural, y que el art. 574 solo contiene un caso, y atendiendo tambien á que hay paridad de razon entre los casos del art. 573 y 574) si el promotor se opusiere á la declaracion de heredero, á favor de todos ó de algunos de los que se presentaron solicitándola, se sustanciará en juicio ordinario el pleito á que la oposicion dá lugar: art. 574. Esta disposicion, conforme en parte con la del art. 19 de la ley de 9 de mayo de 1855, no hace mas que aplicar aquí el procedimiento que corresponde á la clase de acciones á cuyo ejercicio se refiere, puesto que por ellas se pide la propiedad y pleno goce de un derecho real. Asi, pues, si el promotor juzga que corresponden al Estado los bienes que dejó el interesado, deberá proponer la correspondiente demanda, y lo mismo los interesados que creyeran pertenecerles, debiendo hacerlo bajo una misma direccion y representados por un mismo procurador los que hagan causa comun, segun dispone el art. 475 para un caso análogo.*

722. *Sin embargo, el promotor fiscal, antes de proponer la demanda asi como antes de contestar la que contra él se propusiere, deberá atenerse á lo dispuesto por el real decreto de 26 de enero de 1844 y la instruccion de 25 de junio de 1852 sobre bienes mostrencos. El primer real decre-*

to, cuyo objeto fue evitar los errores perjudiciales al Estado que los promotores fiscales y los fiscales de rentas, á causa de hallarse autorizados para seguir libremente su opinion en el despacho de los negocios por árduos é importantes que fuesen, cometian en primera instancia, de difícil ó imposible reparacion en las ulteriores, dispuso en su art. 9, que en los pleitos sobre mostrencos y otros en que se interesase el Estado ó el patrimonio, los promotores fiscales y fiscales de Hacienda en su caso no podrán proponer demanda, ni contestarla sin consultarlo, al dictámen del fiscal en la audiencia respectiva, arreglándose puntualmente á sus instrucciones: si no se conformasen con ellas, le dirigirán las observaciones que juzgaren convenientes, y en el caso de insistir, le obedecerán cumplidamente y salvarán su responsabilidad dando cuenta al gobierno por conducto del ministerio de Gracia y Justicia y previniéndoselo con la anticipacion debida al fiscal.

La real instruccion citada, en su art. 15 previene, que cuando los gefes de la administracion provincial lo juzguen conveniente al ejercicio de alguna accion judicial por parte de la Hacienda, pasarán el expediente al promotor fiscal respectivo, para que informando, lo consulte con el fiscal de la audiencia; en los mismos términos lo hará este con la direccion general de lo contencioso, á fin de que acuerde lo que corresponda, pudiendo no obstante, proceder aquellos funcionarios, cuando el negocio sea leve, ó aunque grave esté bien calificada la urgencia, y sin perjuicio de dar en este caso, parte circunstanciado y sin demora al ministerio fiscal y direccion. El artículo 14 hace extensiva esta disposicion á la contestacion de las demandas.

723. *Si celebrada por los interesados la junta á que se refiere el artículo 575, no hubiere conformidad entre los presentados como herederos, queda á todos completamente á salvo su derecho. Las solicitudes que se deduzcan se sustanciarán en juicio ordinario, debiendo litigar bajo una misma direccion y representados por un mismo procurador los que hagan causa comun, para que puedan apoyarse mutuamente en sus pretensiones y se eviten gastos y traslados inútiles. Los promotores seguirán teniendo parte en estos juicios hasta que haya un heredero reconocido y declarado por ejecutoria, pues hasta entonces tiene interes el Estado en la herencia, puesto que puede resultar vacante por no reconocerse parientes dentro del décimo grado. Desde que lo hubiere, terminará su intervencion en ellos, por no tener ya interés el Estado, y todas las cuestiones pendientes ó que puedan promoverse se entenderán y sustanciarán con el declarado heredero: art. 576.*

724. *Terminados por sentencia ejecutoriada, estos pleitos, es decir, los promovidos sobre el derecho á la herencia, y declarados quiénes son los herederos, como en este caso tienen iguales derechos á la herencia que los herederos testamentarios, se acomodará el juicio á los trámites establecidos para el de testamentaria, siguiendo las reglas y disposiciones expuestas al explicar el art. 574, habida consideracion á cada caso.*

725. *Si no se presentare nadie reclamando la herencia, bien sea por no existir parientes, ó por no tener noticia del juicio, ó por otro motivo, ó no fuese reconocido el derecho de los presentados, esto es, el derecho á*

sucedir con preferencia al Estado, por no haberlo justificado debidamente, se considera aquella como vacante, y á instancia del promotor, se le dará el destino prevenido por las leyes, esto es, se adjudicará al Estado, que es á quien pertenece, conforme al art. 2.º de la ley de 9 de mayo de 1835. A este efecto, segun previene el artículo 9 de la misma, el representante del Estado podrá pedir la posesion de los bienes sin perjuicio de tercero, que se le dará en la forma ordinaria. Ultimamente, conviene tener presente que por real orden de 29 de marzo de 1848 se ha declarado, teniendo en consideracion lo prevenido en la ley de 9 de mayo de 1835 y demás disposiciones posteriores sobre bienes mostrencos, que las atribuciones de los juzgados tienen sus limites, y no deben extenderse á mas que á juzgar y fallar, haciendo las aclaraciones correspondientes, y que la ejecucion de esta con todas sus incidencias debe ser de la competencia de la administracion, puesto que está mandado en real orden de 7 de agosto de 1838, que los bienes mostrencos considerados como nacionales, se vendan en la forma prevenida en el real decreto de 19 de febrero de 1836 y disposiciones posteriores, debiendo por lo mismo conocer y decidir todas las cuestiones relativas á la enagenacion de estas fincas. Véase tambien lo expuesto en el núm. 75 del libro 1.º de esta obra.

726. *Sobre las solicitudes de los que se presentaren alegando derechos á la herencia, se formará una sola pieza separada, quedando la primitiva para tratar en ella de la administracion del abintestato y sus incidencias, sobre las cuales podrán formarse los ramos que se estimen necesarios para evitar confusiones:* art. 578. Tal era lo que venia observándose en la práctica anterior, y lo que aconseja el buen orden y método, para evitar toda complicacion y que no se involucren en una misma pieza cuestiones de distinta naturaleza, como son las que se refieren al derecho hereditario y las relativas á la administracion del intestado.

727. *Los incidentes que pueden ocurrir en este juicio se sustanciarán por los trámites prevenidos para los del juicio ordinario y en pieza separada cuando convenga para mayor claridad:* art. 579. Esto se estiende respecto de los incidentes que tienen relacion mas ó menos inmediata con el asunto principal, segun lo prescrito en el art. 557, y que no tengan marcada tramitacion especial por las disposiciones del juicio abintestato ó del de testamentaria aplicables al mismo, pues los que sean completamente ajenos al juicio los debe repeler el juez, conforme al art. 558, y los que opongan obstáculo á su seguimiento en lo principal, se sustanciarán en la misma pieza de autos, quedando entre tanto suspenso el curso de aquella, conforme al art. 579. La pieza separada se formará con los insertos que ambas partes señalen, y á costa del que los haya promovido: art. 540.

728. Como pueden promoverse por terceras personas bajo el concepto de acreedores del difunto ó dueños de los bienes hereditarios, contra aquel ó los herederos, cierta clase de acciones, que de sujetarse á la decision de otro juez distinto del que conoce de aquel juicio, podria darse ocasion á sentencias contradictorias, y aun poco acertadas por ignorarse las razones

y datos que puede arrojar dicho juicio, pasa la ley á declarar las demandas que deben acumularse al mismo, siguiendo la regla de que los juicios universales atraen á si los pleitos que se promuevan contra el caudal sobre que versan; y ya hemos dicho que el juicio *abintestato* es un juicio universal.

Asi, pues, segun el art. 580, que viene á ser un complemento de la regla 4 del art. 157, *el juez del abintestato será el único competente para conocer de las demandas que se deduzcan, sobre accion real, personal ó mixta, contra los herederos del difunto como tales, y en su consecuencia las que provengan de obligaciones de la herencia ó contra los bienes del difunto ó del abintestato, despues de prevenido el juicio, pero no las demandas contra las obligaciones de los herederos como particulares ó contra los bienes de estos de otra procedencia que el abintestato, pues estas deben seguirse ante el juez competente, atendiendo á las reglas generales que exponen los artículos 2, 3, 4 y 5 de la ley.*

729. *Lo será tambien para conocer de todas las demandas ejecutivas ú ordinarias por accion personal pendientes en primera instancia contra el difunto, y en su consecuencia entabladas antes del fallecimiento de la persona de cuyos bienes se trata; los autos en que se sigan se acumularán á los del juicio universal:* art. 581. Esta disposicion se funda en la suposicion de que la persona del difunto es responsable á las obligaciones que contrajo, y por consiguiente representa á la herencia con especialidad bajo este concepto. No se extiende la disposicion á las acciones que pendieren en segunda instancia, para evitar que se turbe el orden gradual de las jurisdicciones.

730. Respecto de los pleitos en que se haya ejercitado una accion real, contra la persona de cuyo abintestato se trata, antes de que muriese, previene el art. 582 por disposicion especial, puesto que no se han comprendido en la anterior, que *continuarán en el juzgado en que se hubieren promovido, si fuere el del lugar en que esté sita la cosa inmueble ó del en que se hubiere hallado la mueble sobre que se litigue.* En estos casos, la ley juzga conveniente no alterar la regla general del art. 5 sobre la competencia, atendiendo á la ventaja de poderse efectuar en dichos lugares el reconocimiento ó inspeccion de la cosa que se demanda, tan importante para la mejor aclaracion de los derechos de las partes. Mas cuando los pleitos de que se habla en el artículo anterior, no se sigan en los juzgados que en el mismo se expresan, deberán remitirse al que conozca del abintestato para su acumulacion, segun el art. 585. Asi sucederá si se promovieron en el lugar de la residencia del demandado, ó ante otro juez cuya competencia prorogan las partes, porque en estos casos no se siguen, de no acumularse, las ventajas mencionadas y si los inconvenientes ya dichos. Sin embargo, para que estos pleitos sean acumulables es necesario que se hallen en primera instancia, pues si estuvieren en segunda, no deberán serlo segun lo dispuesto en el art. 581, aplicable al presente por identidad de razon.

731. Aunque nada dice la ley respecto de los casos en que son ó no

acumulables las acciones mixtas, se regirán por las reglas expuestas para los reales y personales, según que puedan considerarse como participando mayormente de la naturaleza de unas u otras, para lo cual conviene consultar la doctrina expuesta en el núm. 321 del libro 1.º de esta obra.

752. El incidente de acumulacion deberá sustanciarse con arreglo á lo prescrito en los arts. 456 y siguientes de la ley, expuestos en los núms. 384 y sucesivos del libro 1.º de este tratado.

753. Las disposiciones de los arts. 381 al 385, sobre que no son acumulables los pleitos á que se refieren en los casos que mencionan, se entienden en cuanto que no deben sustanciarse por el juez del abintestato; pero no por eso deberá dejar de entender de la ejecucion del fallo en cuanto que á él le corresponde determinar el orden gradual en que deben satisfacerse las responsabilidades que gravitan sobre la herencia.

754. No es aplicable tampoco lo dispuesto en los artículos mencionados, á los pleitos ó acciones que se promovieren ó ejercitaren correspondientes al difunto, ó á los herederos, ó á nombre de estas personas, por no existir respecto de aquellos las razones alegadas, sino que deberán entablarse atendiendo al fuero del demandado, según las reglas generales del artículo 5.º

755. Siendo necesario para ejercitar las acciones referidas activas ó pasivas, en pro ó en contra de la herencia, una persona competente, y no teniendo ninguna de las que se presentan como herederos el carácter de tales, hasta que recaiga la declaracion judicial, ha sido necesario designar la que debiera presentarse como representante del abintestato para dicho efecto. Anteriormente se nombraba un defensor de la herencia que reasumia tambien los cargos que tiene en el día el promotor; mas la nueva ley lo ha reemplazado para el efecto referido con el administrador del abintestato que como encargado de todo lo referente á la gestion de los bienes y negocios, es el que mejor conoce lo mas conveniente á la sucesion.

Por esto dispone el art. 384 de la ley, que *el administrador de los bienes representará el abintestato en todos los pleitos que se promuevan ó que estén principados al prevenirse el juicio, y el mismo ejercitará tambien las acciones que pudieran corresponder al difunto, hasta que por ejecutoria haya heredero declarado: art. 384.* Sin embargo, el administrador, tanto para promover cualquier litigio como para determinarse á contestar los que se entablen contra el abintestato, deberá consultar al promotor y aun sujetarse á su dictámen, por los perjuicios que de lo contrario pudieran resultar á los herederos ó al Estado, y conforme se deduce del espíritu de las reales disposiciones expuestas al explicar el art. 374.

## SECCION II.

### DE LA ADMINISTRACION DEL ABINTESTATO.

756. La nueva ley de Enjuiciamiento contiene sobre esta importante materia numerosas disposiciones, tanto acerca de la seguridad de los bienes,

como del modo de administrarlos, con el objeto de desterrar los abusos á que daba ocasion la jurisprudencia anterior, por falta de disposiciones de nuestro derecho antiguo.

757. Asi, pues, respecto de las medidas convenientes para la seguridad de los bienes, despues de haber dispuesto en los arts. 359 y 361 que el juez debe al prevenir el abintestato, depositar los bienes inventariados en persona que ofrezca garantía suficiente, la cual se encargará tambien de su administracion, siendo amovible á voluntad del juez del abintestato, y que el depositario administrador de los bienes prestara fianza proporcionada á lo que deba administrar, á satisfaccion y bajo la responsabilidad de dicho juez, completa y amplía la ley estas disposiciones, previniendo en su art. 385, que *terminado y rectificado el inventario con arreglo á los arts. 435 al 439 sobre testamentaria aplicables á los abintestatos, el juez podrá exigir al administrador de los bienes mayor fianza que la que hubiere prestado en las primeras diligencias, si asi lo exigiere la verdadera entidad del caudal,* puesto que este puede aparecer mayor que al hacer simplemente el inventario, á consecuencia de la agregacion de bienes que aparezcan y de las rectificaciones que tengan lugar, ó no ofrecer ya la fianza prestada las seguridades ó valores que anteriormente. Este aumento de fianza puede decretarlo el juez de oficio, ó á instancia de los herederos ó á escitacion del fiscal. *El juez reemplazará con administrador que dé fianza cumplida al que no la hubiere dado ó no la diere suficiente; § 2 del art. 385: medida que la ley deja al buen juicio y prudencia judicial, por la responsabilidad á que le sujeta el art. 361, por lo que no tendrá obligacion de oír la oposicion que pudiere presentar el administrador á dicho aumento de la fianza.*

758. En cuanto al modo y forma de administrar los bienes, ademas de lo prescrito en el art. 378 sobre que se trate de la administracion del abintestato y sus incidencias en la pieza primitiva, separada de la en que se ventilan las solicitudes de los que se prentan á la herencia, previene en primer lugar la ley en su art. 386, que *el administrador nombrado, ó el que le reemplace, rendirá cuentas el día último de cada mes. Estas cuentas se unirán á los autos ó pieza primitiva en que según el art. 378 se trata de la administracion; medida que tiene por objeto evitar todo fraude por causa de extravío ó de olvido de las partidas consignadas.*

Como estas cuentas pudieran haberse rendido inexactamente con perjuicio de los interesados, determina la ley en su art. 386, que *el juez oirá sobre ellas al promotor, si no hubiere heredero declarado,* en cuyo caso se procede conforme al art. 388, debiendo asimismo dar traslado del dictámen fiscal para que conteste á él, *y las aprobará en su caso,* esto es, cuando las juzgare fieles y exactas, pues de lo contrario podrá disponer que se rectifiquen ó enmienden. Dicha aprobacion se hará *sin perjuicio,* esto es, sin que por ella dejen de mandarse rectificar cuando lo reclamaren los herederos á consecuencia de lo dispuesto en el art. 387. El juez *dispondrá el depósito del saldo que resultare, en el establecimiento público en que se hallen depositados los demás fondos del abintestato,* y que expresamos al explicar el ar-

acumulables las acciones mixtas, se regirán por las reglas expuestas para los reales y personales, según que puedan considerarse como participando mayormente de la naturaleza de unas u otras, para lo cual conviene consultar la doctrina expuesta en el núm. 321 del libro 1.º de esta obra.

752. El incidente de acumulacion deberá sustanciarse con arreglo á lo prescrito en los arts. 456 y siguientes de la ley, expuestos en los núms. 384 y sucesivos del libro 1.º de este tratado.

753. Las disposiciones de los arts. 381 al 385, sobre que no son acumulables los pleitos á que se refieren en los casos que mencionan, se entienden en cuanto que no deben sustanciarse por el juez del abintestato; pero no por eso deberá dejar de entender de la ejecucion del fallo en cuanto que á él le corresponde determinar el orden gradual en que deben satisfacerse las responsabilidades que gravitan sobre la herencia.

754. No es aplicable tampoco lo dispuesto en los artículos mencionados, á los pleitos ó acciones que se promovieren ó ejercitaren correspondientes al difunto, ó á los herederos, ó á nombre de estas personas, por no existir respecto de aquellos las razones alegadas, sino que deberán entablarse atendiendo al fuero del demandado, según las reglas generales del artículo 5.º

755. Siendo necesario para ejercitar las acciones referidas activas ó pasivas, en pro ó en contra de la herencia, una persona competente, y no teniendo ninguna de las que se presentan como herederos el carácter de tales, hasta que recaiga la declaracion judicial, ha sido necesario designar la que debiera presentarse como representante del abintestato para dicho efecto. Anteriormente se nombraba un defensor de la herencia que reasumia tambien los cargos que tiene en el día el promotor; mas la nueva ley lo ha reemplazado para el efecto referido con el administrador del abintestato que como encargado de todo lo referente á la gestion de los bienes y negocios, es el que mejor conoce lo mas conveniente á la sucesion.

Por esto dispone el art. 384 de la ley, que *el administrador de los bienes representará el abintestato en todos los pleitos que se promuevan ó que estén principados al prevenirse el juicio, y el mismo ejercitará tambien las acciones que pudieran corresponder al difunto, hasta que por ejecutoria haya heredero declarado: art. 384.* Sin embargo, el administrador, tanto para promover cualquier litigio como para determinarse á contestar los que se entablen contra el abintestato, deberá consultar al promotor y aun sujetarse á su dictámen, por los perjuicios que de lo contrario pudieran resultar á los herederos ó al Estado, y conforme se deduce del espíritu de las reales disposiciones expuestas al explicar el art. 374.

## SECCION II.

### DE LA ADMINISTRACION DEL ABINTESTATO.

756. La nueva ley de Enjuiciamiento contiene sobre esta importante materia numerosas disposiciones, tanto acerca de la seguridad de los bienes,

como del modo de administrarlos, con el objeto de desterrar los abusos á que daba ocasion la jurisprudencia anterior, por falta de disposiciones de nuestro derecho antiguo.

757. Asi, pues, respecto de las medidas convenientes para la seguridad de los bienes, despues de haber dispuesto en los arts. 359 y 361 que el juez debe al prevenir el abintestato, depositar los bienes inventariados en persona que ofrezca garantía suficiente, la cual se encargará tambien de su administracion, siendo amovible á voluntad del juez del abintestato, y que el depositario administrador de los bienes prestara fianza proporcionada á lo que deba administrar, á satisfaccion y bajo la responsabilidad de dicho juez, completa y amplía la ley estas disposiciones, previniendo en su art. 385, que *terminado y rectificado el inventario con arreglo á los arts. 435 al 439 sobre testamentaria aplicables á los abintestatos, el juez podrá exigir al administrador de los bienes mayor fianza que la que hubiere prestado en las primeras diligencias, si así lo exigiere la verdadera entidad del caudal,* puesto que este puede aparecer mayor que al hacer simplemente el inventario, á consecuencia de la agregacion de bienes que aparezcan y de las rectificaciones que tengan lugar, ó no ofrecer ya la fianza prestada las seguridades ó valores que anteriormente. Este aumento de fianza puede decretarlo el juez de oficio, ó á instancia de los herederos ó á escitacion del fiscal. *El juez reemplazará con administrador que dé fianza cumplida al que no la hubiere dado ó no la diere suficiente; § 2 del art. 385: medida que la ley deja al buen juicio y prudencia judicial, por la responsabilidad á que le sujeta el art. 361, por lo que no tendrá obligacion de oír la oposicion que pudiere presentar el administrador á dicho aumento de la fianza.*

758. En cuanto al modo y forma de administrar los bienes, ademas de lo prescrito en el art. 378 sobre que se trate de la administracion del abintestato y sus incidencias en la pieza primitiva, separada de la en que se ventilan las solicitudes de los que se prentan á la herencia, previene en primer lugar la ley en su art. 386, que *el administrador nombrado, ó el que le reemplace, rendirá cuentas el día último de cada mes. Estas cuentas se unirán á los autos ó pieza primitiva en que según el art. 378 se trata de la administracion; medida que tiene por objeto evitar todo fraude por causa de extravío ó de olvido de las partidas consignadas.*

Como estas cuentas pudieran haberse rendido inexactamente con perjuicio de los interesados, determina la ley en su art. 386, que *el juez oír sobre ellas al promotor, si no hubiere heredero declarado, en cuyo caso se procede conforme al art. 388, debiendo asimismo dar traslado del dictámen fiscal para que conteste á él, y las aprobará en su caso,* esto es, cuando las juzgare fieles y exactas, pues de lo contrario podrá disponer que se rectifiquen ó enmienden. Dicha aprobacion se hará *sin perjuicio*, esto es, sin que por ella dejen de mandarse rectificar cuando lo reclamaren los herederos á consecuencia de lo dispuesto en el art. 387. El juez *dispondrá el depósito del saldo que resultare, en el establecimiento público en que se hallen depositados los demás fondos del abintestato, y que expresamos al explicar el ar-*

titulo 562. Dichos fondos estarán á disposicion del juez, quien podrá echar mano de ellos para los gastos necesarios de la administracion del abintestato, segun previenen para un caso semejante los arts. 549 y 554 de la ley. El documento de depósito lo conservará el juez en su poder, poniendo testimonio de él en los autos, conforme á lo dispuesto en el art. 562; si bien deberá darse al administrador el correspondiente resguardo del dinero entregado, segun lo dispuesto por el art. 549, que llega á prevenir se entregue á los sindicos de un concurso el resguardo ó resguardos del depósito, bajo recibo que se extenderá en la pieza primera del concurso.

739. *Todas las actuaciones relativas á la administracion, estarán en la escribanía á disposicion de los que se hayan presentado alegando derecho á la herencia, y el juez deberá atender las reclamaciones justas que sobre ellas hicieren*, art. 587. Asi, pues, podrán examinarse las cuentas y reclamarse su rectificacion, no obstante haberse hecho su aprobacion, que solo fue condicional ó hecha *sin perjuicio* de estas, segun dice el art. 580. En tal caso deberá oirse al administrador, antes de resolver el juez lo conveniente, recibiendo prueba en caso necesario y siguiéndose los trámites de los incidentes, segun prescribe el art. 579.

740. *Reconocidos por ejecutoria como herederos uno ó mas de los parientes presentados alegando derecho á la herencia, se entenderá con ellos todo lo relativo al exámen y aprobacion de las cuentas, cesando completamente la intervencion del promotor*, art. 588. Esta disposicion es una consecuencia de la prescrita en el art. 575, y se apoya en los mismos fundamentos expuestos al explicar dicho artículo.

741. *Ademas, de las cuentas mensuales, el administrador estará obligado á rendir una cuenta geacral de su administracion á los herederos reconocidos ó al Estado en su caso. Hasta que se haya rendido y recaído la aprobacion de dichas cuentas por los hereceros ó el Estado, ó por el promotor fiscal en representacion de este respectivamente, á quienes se comunicarán aquellas para dicho objeto, y asimismo, la aprobacion judicial, no se cancelará la fianza que tenga prestada el administrador*: art. 402. Si los herederos ó el promotor se opusieren á su aprobacion, deberá sustanciarse aquella por los trámites de los incidentes del juicio ordinario, puesto que asi se dispone en el art. 579 respecto de los incidentes que ocurran, y que como tal debe considerarse dicha oposicion y por ser esto análogo á lo que se prescribe sobre las cuentas mensuales á que se refiere el art. 586.

*Arrendamientos de bienes.*

742. Para evitar toda clase de fraudes que pudieran cometerse en el arriendo de los bienes del abintestato, dispone la ley, en su art. 589, *que no se ejecutará arriendo alguno sino en pública subasta y previa la fijacion de un tipo mínimo, que será el término medio de los arrendamientos de los bienes objeto del remate, en los cinco años últimos*: Aunque en general se entiende por arrendamiento el contrato por que se da por cierto precio el

uso y disfrute de una sola cosa raiz, sino tambien el de algun mueble, y aun los trabajos ú obras corporales, y no solo por un largo espacio de tiempo, sino tambien por algunos dias y aun horas, aqui debe entenderse que la ley usa de dicha palabra en sentido estricto, esto es, refiriéndose solamente al disfrute de bienes raices, como campos, casas, pastos de montes, ó de productos de valor, como los de los ganados, cuyos arriendos se verifican generalmente por largo tiempo; y tal es la acepcion en que usan por lo comun de dicha palabra el tit. 3, lib. 4, del Fuero Viejo de Castilla, y la ley 1.<sup>a</sup>, tit. 8, Part. 5.<sup>a</sup>

De otra suerte, si se verificara á pública subasta la concesion del disfrute de cosas muebles, ó de obras ó habitaciones, por poco tiempo, á que generalmente se da el nombre de alquiler, se originarian gastos gravosos con los remates y demás diligencias, que á veces importarian mas que la cantidad retribuida por dicho goce. Asi se deduce tambien de referirse el art. 589 á arriendos que se verifican por un largo espacio de tiempo, como es el de mas de cinco años.

743. Acerca de la cantidad ó precio de arriendo á que deberá atenderse para fijar el tipo mínimo de la subasta cuando los bienes no hubieran estado arrendados en los cinco últimos años, sino menos tiempo, ó cuando no constase el precio del arriendo de cada año, por haberse señalado un precio por todos los en que se verificó, ó cuando no lo estuvo en ninguno por haberlos laboreado su propio dueño, ó dejádoslos incultos, ó por cualquiera otro motivo, deberá atenderse, para fijar el tipo mínimo de la subasta, siguiendo el espíritu del art. 589, en el primer caso, al término medio del precio de los años en que hubiesen estado arrendados, ó bien si lo estuvieron solo un año al de este; en el segundo caso, se distribuirá proporcionalmente el precio del arriendo entre los años en que este duró, tomándose por término medio los arriendos de los cinco últimos años, y en el caso tercero se fijará por peritos el arriendo que correspondia en los cinco últimos años, bien atendiendo á los mismos bienes, bien á los demás de igual clase que hubiese en la poblacion.

744. Siendo conveniente, con el objeto de falitar el pronto y buen resultado de la subasta, dar á los licitadores las noticias necesarias sobre las obligaciones y derechos que impone y confiere, para que puedan calcular si les es ó no ventajosa, ó las ofertas á que pueden extenderse, prescribe el art. 596, *que para toda subasta se formará un pliego de condiciones autorizado por el escribano, con el visto bueno del juez, que se pondrá de manifiesto á los licitadores en la escribanía del juzgado que conozca del juicio, y en la del pueblo en que estén los bienes objeto del remate*.

745. *Las subastas para los arrendamientos se anunciarán en los pueblos en que estuviere radicado el juicio y en el que se hallaren los bienes, verificándose la subasta en el primero*: art. 590.

746. *En los edictos que se fijarán en los sitios públicos de ambos pueblos, remitiéndose para el efecto de fijarlos en el lugar donde se hallen los bienes, al juez del mismo, el correspondiente exhorto con copia del pliego*

de condiciones, y se insertarán en los periódicos oficiales, si los hubiese, se anunciará el tipo señalado, expresándose el día, hora y sitio del remate (art. 591), y haciéndose la oportuna prevención de hallarse de manifiesto el pliego de condiciones en la subasta de escribanía: art. 596. El día para la subasta debe fijarse teniendo en cuenta el tiempo necesario para que lleguen y se fijen los edictos en el pueblo donde estén sitos los bienes, ó el tiempo necesario para anunciarlos en los periódicos, quedando un mes de término, puesto que según el art. 592, *el término de la subasta será de un mes, contado desde la inserción en los periódicos, ó si no los hubiese, desde su fijación, que se hará constar debidamente*; para lo cual se pondrá diligencia que exprese el día en que se fijaron los edictos, ó se unirá á los autos un ejemplar de los periódicos donde se insertaron.

147. Cuando hubiere que anunciar la subasta ó fijar los edictos en países muy remotos ó en el extranjero, el juez podrá señalar los plazos y dictar las demás medidas que prudencialmente juzgare oportunas, para que pueda aquella tener efecto de un modo conveniente, sin circunscribirse á la letra de las disposiciones anteriores, pero siguiendo su espíritu.

748. *En las subastas no se admitirá postura inferior al tipo señalado*, según prescribe el art. 595 de la ley: en su consecuencia, no se admitirán ni aun las posturas que cubran las dos terceras partes del tipo, á pesar de admitirse en los concursos y en las ejecuciones según los arts. 559 y 985, conforme se hacia anteriormente, pues en el abintestato no existen las causas de apremio y de perjuicio de tercero que aconsejan aquella medida en los juicios mencionados. Así, pues, *si no se presentara postura admisible ó no inferior al tipo señalado, se llamará á segunda subasta con iguales solemnidades que en la anterior, pero rebajando el tipo que haya servido para esta*, con el objeto de facilitar la realización de la subasta, puesto que no pudo efectuarse bajo el tipo primitivo; mas dicha rebaja no será la de una tercera parte de este tipo, sino la de un diez á un quince por ciento que fijará el juez discrecionalmente, teniendo en cuenta la entidad de las posturas que se hubiesen hecho: art. 594. *Si aun así no se lograre proposición admisible, el juez determinará lo que, según las circunstancias y oyendo á las partes, estime conveniente*: art. 596. El juez deberá, pues, mandar que se entreguen los autos á las partes, entre las que se comprende el promotor cuando interviniera como tal en el juicio, en representación del Estado, ó de los menores ó ausentes, debiendo estar ó no á aquello en que estos se convinieren, según que tuvieren lugar en el abintestato las circunstancias del juicio voluntario ó del necesario. En este último caso podrá considerarse, por ejemplo, como conveniente por el juez, celebrar nueva subasta, ó poner en administración por cuenta del mismo abintestato los bienes y bajo la inspección ó dirección del administrador de este, dando al juzgado la cuenta correspondiente.

749. Tales son las prudentes medidas que la ley de Enjuiciamiento establece para verificar el arrendamiento de los bienes del abintestato, por haber terminado el que celebró la persona de cuya sucesión se trata, ó por

existir alguna de las justas causas que el derecho derermina para remover el arrendatario, ó considerarse caducado el arriendo.

*Venta de los bienes del abintestato.*

750. Correspondiendo los bienes del abintestato á las personas á quienes se los defieren las leyes, y pudiendo consistir el principal valor de ellos en la estimación que les atribuyan las afecciones de familia, el juez no debe hallarse facultado para proceder á venderlos ó permutarlos, si se ha de respetar la voluntad y los derechos de los herederos. Por esto consigna el artículo 397 de la ley, que *durante la sustanciación del juicio de abintestato, no se podrán enagenar los bienes inventariados*.

751. Sin embargo, como uno de los principales objetos de este juicio es evitar la pérdida ó deterioro de dichos bienes, á cuyo fin puede y debe el juez tomar todas las medidas que juzgue necesarias, *exceptuándose de dicha regla aquellos bienes cuya enagenación requieren casos de necesidad ó de utilidad*. Tales son los siguientes que menciona el referido art. 397.

1.º *Los que puedan deteriorarse*; puesto que de no enagenarlos experimentalmente pérdidas innecesarias el abintestato y sus derecho-habientes. El deterioro á que se refiere la ley no es natural y de poca consideración que pueden experimentar los bienes durante el abintestato, v. g. el deterioro de una finca urbana que se halle en buen estado, sino el rápido y de importancia que pueden sufrir las cosas, ya por su propia naturaleza, como los frutos que no pueden conservarse, ya por amenazarles algún peligro inminente, ya por pasar las circunstancias que les dan su principal valor, como los trages de moda.

2.º *Los que sean de difícil ó costosa conservación*, como los que exigen gastos ó sustento continuado y de importancia, sin que por otra parte presenten servicios ú ofrezcan ganancia que los compense; v. g. los animales de mero lujo.

3.º *Los frutos para cuya enagenación se presente circunstancias que se estimen ventajosas*; esto es, cuando haya motivos racionales para presumir que no se ha de presentar otra ocasión mejor para su venta, como sucedería respecto de ciertos frutos agrícolas, cuando se presentase abundante la próxima cosecha, pues si por presentarse escasa, se previere mayor subida de precio de la que tuviese en un momento dado, aunque este fuere ventajoso, no parece que deberían enagenarse, si por otra parte no era de temer su deterioro, ni aparecía tampoco difícil y costosa su conservación.

4.º *Los que sean necesarios para cubrir las atenciones del abintestato*; tales como las de los censos impuestos sobre los bienes, las contribuciones, y en caso de vivir la viuda del difunto, los alimentos debidos á esta. Aunque nada dice la ley acerca de la clase de bienes que deberán preferirse para la venta en el caso expresado, es claro que habrán de ser aquellos cuya enagenación perjudique menos al abintestato, y en su consecuencia, que debe-

rá seguirse el orden que marca en general el art. 949 de la ley para ejecuciones, á menos que fuere mas ventajoso para el abintestato por sus circunstancias particulares, alterar este orden.

Así, pues, segun consigna el último párrafo del art. 397 de la ley, el juez podrá decretar la venta de cualesquiera de estos bienes, es decir, de los comprendidos en los cuatro números anteriores, porque en todos los casos á que se refieren, procede mirando por la utilidad de los herederos. Sin embargo, la ley, llevando su respeto á la voluntad de estos, hasta el punto que le es posible, prescribe que dicho decreto deberá darlo el juez, oyendo á los interesados, ó á los que se presentaron solicitando la herencia, para que expongan lo que juzgaran conveniente sobre la utilidad ó necesidad de la venta, y asimismo, sobre los bienes cuya enagenacion debe preferirse, ó que deben excluirse de ella. Dicha venta deberá verificarse en pública subasta, segun ha consignado la ley, respecto de los arriendos de los bienes del abintestato, con el fin de evitar los abusos que de otro modo pudieran cometerse, los cuales podrían ser de mucha mas trascendencia en la venta de dichos bienes. Asimismo, deberá preceder para esto, la tasacion correspondiente, previo avalúo por peritos, oyendo á los interesados, segun dice la ley en el art. 397.

752. Las subastas de que habla el artículo anterior, se verificarán con las mismas solemnidades y en los mismos términos establecidos para las de los arrendamientos, exceptuándose las de los frutos y bienes muebles ó semovientes, para las cuales los términos serán de diez dias: artículo 398; á no ser que la perentoriedad de las circunstancias requiera un termino mas breve, como si no pudieran conservarse durante aquel los géneros de cuya venta se trata, en cuyo caso podrá reducirlo el juez.

753. En cuanto á los efectos públicos, no están comprendidos en las reglas que establece el precedente artículo. Su enagenacion se hará por medio de agentes de bolsa ó corredor que nombre el juzgado: así lo establece el artículo 399, sujetándose á las reglas particulares que para estas enagenaciones, se hallan consignadas en las leyes mercantiles ó especiales por que se rigen dichos efectos.

754. Verificada la ventaja, el juez mandará depositar su producto en el establecimiento público en que lo estén los demás fondos del abintestato, y que espresamos ya al explicar el art. 362.

#### Correspondencia.

755. Los deberes del juez y del administrador, respecto de la correspondencia del abintestato, son sencillos y de fácil cumplimiento. Segun el art. 400 de la ley, consecuente con las prescripciones de los 359 y 364, el juez abrirá la correspondencia que venga dirigida al difunto en presencia del escribano actuario y del administrador del abintestato en los períodos que se señalen segun las circunstancias, esto es, atendiendo á

la profesion ó negocios mas ó menos numerosos, ó de mayor ó menor urgencia ó importancia que tuviera el difunto. El administrador recibirá de poder del juez, la que tenga relacion con el caudal, dejándose testimonio de ella en los autos, y el juez conservará la restante para darle en su dia el destino correspondiente.

756. Este destino no es otro que el que previene la ley se dé á todos los papeles del difunto. Segun el art. 405, los libros y papeles del difunto se entregarán á sus herederos reconocidos, si los hubiere. Si no se presentare nadie alegando derecho á la herencia, ó no fueren reconocidos los que se hubiesen presentado, y se declararen vacantes los bienes, se entregarán al Estado los libros y papeles que tengan relacion con ellos, esto es, se pasará comunicacion al gobernador de la provincia para que disponga su recibo, y los demás se archivarán con los autos del abintestato en un pliego cerrado y sellado, en cuya carpeta rubricarán el juez, promotor y escribano: lo que tiene por objeto que no se divulguen los secretos de familia, ó se perjudique á alguno revelándose las confianzas íntimas de la correspondencia privada.

#### Recompensa del administrador.

757. Llevando consigo el cargo de administrador de los bienes de abintestato, obligaciones y responsabilidades gravosas, nada mas equitativo que designarle una recompensa que guardase proporcion con aquellas.

La práctica anterior sobre este punto, no era conforme ni consignaba las reglas suficientes para establecer la debida proporcion é igualdad relativamente al trabajo de la administracion y á los rendimientos. La nueva ley ha tratado de salvar estos inconvenientes, fijando diversidad de reglas sobre estos extremos; pero si bien ha establecido mayor premio á los administradores por lo que administrasen que por lo que recaudaran ó enagenasen, para fomentar de esta suerte el celo de una buena gestion, y teniendo en cuenta que la administracion requiere mayor trabajo y cuidado que la cobranza, y esta mas que la venta de bienes, atendida al menos la forma en que se verifica en los abintestatos, todavía ha dejado en esto mucho que desear, en nuestro concepto, por fijar un tipo demasiado subido, respecto de estos últimos actos, puesto que en ellos el trabajo del administrador es por lo comun de muy poca importancia.

758. Así pues, segun el art. 401, el administrador no tiene derecho á otra recompensa que la que á continuación se espresa:

Sobre el producto líquido de la venta de frutos, bienes muebles ó semovientes el dos por ciento; por producto líquido se entiende lo que reste despues de satisfechos los gastos ó costas de la subasta, los derechos de escritura y de la Hacienda pública y demás expensas que son consecuencia de de dicha venta.

Sobre el producto líquido de la venta de bienes raices el uno por ciento: se asigna menor recompensa en este caso que en el anterior, por el menor

trabajo ó diligencias que emplea el administrador en la venta de unos bienes que en la de otros.

*Sobre la cobranza de valores de cualquiera especie, el uno por ciento:* la palabra cobranza parece indicar que cuando el que ha de hacer el pago lo efectuase por sí propio, no percibirá el administrador aquella cuota, á no ser que el pago fuera efecto de diligencias ó trabajos anteriores de parte de este, aunque no se refiriesen al acto de la cobranza: por la palabra valores deben entenderse las alhajas ú objetos de valor que no consisten en frutos ni rentas; las cantidades procedentes de créditos ó derechos del abintestato, aunque el art. 544 sobre concurso de acreedores, equipara estos valores con los efectos públicos, asignando por la realizacion de todos ellos el medio por ciento.

*Sobre el producto líquido de la venta de efectos públicos, el medio por ciento,* pues debiendo efectuarse esto por medio del agente de bolsa ó corredor que nombre el juez, con arreglo al art. 599, el administrador apenas pondrá trabajo alguno para su venta.

*Sobre el importe líquido de los demás ingresos que haya en la administracion por conceptos diversos de los expresados en los párrafos precedentes, el cinco por ciento:* tales serán las rentas y alquileres de las fincas urbanas ó rústicas, inmuebles ó muebles, que se hubieran arrendado ó alquilado, ó los frutos ó productos de los que se hubiesen puesto en administracion por cuenta del abintestato; las pensiones de los censos impuestos á favor de las mismas fincas y demás rendimientos de esta naturaleza.

Pero no deben considerarse como ingresos á que se refiere la disposicion que exponemos para el efecto de recompensar al administrador, aquellos que no provengan de actos propios de la administracion, ó de operaciones del finado sino de otros actos, como si habiéndose dejado á este una herencia, no hubiese tomado posesion de ella y lo hiciera despues el administrador en nombre del abintestato, como dicen exactamente los señores Laserna y Montalban en su tratado académico forense de procedimientos judiciales.

## TITULO VI.

## De los concursos de acreedores.

759. Por *concurso de acreedores* se entiende, el juicio universal que se promueve, bien por el deudor, ó á su instancia, ó bien por los acreedores, para adoptar reunidos los medios convenientes á fin de cobrar cada uno sus respectivos créditos de los bienes del deudor, ó la parte á que estos alcanzaren.

Antiguamente, por derecho romano, y en tiempo de la ley de las Doce Tablas, el deudor que no satisfacía á su acreedor los préstamos ó deudas que habia contraído, era adjudicado á este con sus bienes para que realizase el cobro utilizándose de sus servicios. El deudor adjudicado podia ser tratado rigurosamente y aun aprisionado y encadenado, para que por sí ó por medio de otra persona verificase el pago. En tiempo de los emperadores se templó algun tanto este rigor del derecho, estableciéndose un procedimiento nuevo. Los acreedores, podian pedir al pretor la posesion de los bienes del deudor, y la autorizacion para venderlos y cobrarse con su precio. En su virtud se ponian los bienes del deudor en pública subasta por término de 30 dias, si vivía este, y de 15, si habia muerto, estando obligados los acreedores, cuando eran muchos, á elegir una persona que se encargara de proteger sus intereses al tiempo de la venta y de que se adjudicaran al mejor postor. En un principio se vendian los bienes en masa, de suerte que todo el haber, pasivo y activo, se adjudicaba al que mas ofrecia, quien se hacia por esta compra sucesor universal del deudor, adquiriendo sus derechos y sus obligaciones y debiendo responder de las deudas hasta la concurrencia del precio por que se habia hecho la adjudicacion, pues el deudor antiguo quedaba enteramente libre de toda responsabilidad respecto de sus deudas. Esta venta cayó luego en desuso, permitiéndose á los acreedores proceder á la venta de los bienes del deudor por separado, para lo cual nombraban un curador de los bienes, que los administraba y enagenaba en favor de los acreedores, á quienes pagaba con el precio de la venta: en su consecuencia, no tuvo ya efecto la sucesion universal en los bienes del deudor, porque ninguno de los compradores parciales pudo subrogarse en el lugar del deudor universalmente, ni tampoco se subrogó con respecto á la parte de bienes que compraba; así es que quedó el deudor responsable de las antiguas deudas á que no alcanzaban los bienes, y en cuanto adquiria otros, podia ser reconvenido por los acreedores á quienes no se habia pagado íntegramente, y hasta que no se negaba al pago no podia reducirse á prision. Sin embargo, el deudor podia evitar la prision y el procedimiento contra su persona haciendo uso de la cesion de todos sus bienes á favor de sus acreedores, beneficio concedido por Julio César. También

trabajo ó diligencias que emplea el administrador en la venta de unos bienes que en la de otros.

*Sobre la cobranza de valores de cualquiera especie, el uno por ciento:* la palabra cobranza parece indicar que cuando el que ha de hacer el pago lo efectuase por sí propio, no percibirá el administrador aquella cuota, á no ser que el pago fuera efecto de diligencias ó trabajos anteriores de parte de este, aunque no se refiriesen al acto de la cobranza: por la palabra valores deben entenderse las alhajas ú objetos de valor que no consisten en frutos ni rentas; las cantidades procedentes de créditos ó derechos del abintestato, aunque el art. 544 sobre concurso de acreedores, equipara estos valores con los efectos públicos, asignando por la realizacion de todos ellos el medio por ciento.

*Sobre el producto líquido de la venta de efectos públicos, el medio por ciento,* pues debiendo efectuarse esto por medio del agente de bolsa ó corredor que nombre el juez, con arreglo al art. 599, el administrador apenas pondrá trabajo alguno para su venta.

*Sobre el importe líquido de los demás ingresos que haya en la administracion por conceptos diversos de los expresados en los párrafos precedentes, el cinco por ciento:* tales serán las rentas y alquileres de las fincas urbanas ó rústicas, inmuebles ó muebles, que se hubieran arrendado ó alquilado, ó los frutos ó productos de los que se hubiesen puesto en administracion por cuenta del abintestato; las pensiones de los censos impuestos á favor de las mismas fincas y demás rendimientos de esta naturaleza.

Pero no deben considerarse como ingresos á que se refiere la disposicion que exponemos para el efecto de recompensar al administrador, aquellos que no provengan de actos propios de la administracion, ó de operaciones del finado sino de otros actos, como si habiéndose dejado á este una herencia, no hubiese tomado posesion de ella y lo hiciera despues el administrador en nombre del abintestato, como dicen exactamente los señores Laserna y Montalban en su tratado académico forense de procedimientos judiciales.

## TITULO VI.

## De los concursos de acreedores.

759. Por *concurso de acreedores* se entiende, el juicio universal que se promueve, bien por el deudor, ó á su instancia, ó bien por los acreedores, para adoptar reunidos los medios convenientes á fin de cobrar cada uno sus respectivos créditos de los bienes del deudor, ó la parte á que estos alcanzaren.

Antiguamente, por derecho romano, y en tiempo de la ley de las Doce Tablas, el deudor que no satisfacía á su acreedor los préstamos ó deudas que habia contraído, era adjudicado á este con sus bienes para que realizase el cobro utilizándose de sus servicios. El deudor adjudicado podia ser tratado rigurosamente y aun aprisionado y encadenado, para que por sí ó por medio de otra persona verificase el pago. En tiempo de los emperadores se templó algun tanto este rigor del derecho, estableciéndose un procedimiento nuevo. Los acreedores, podian pedir al pretor la posesion de los bienes del deudor, y la autorizacion para venderlos y cobrarse con su precio. En su virtud se ponian los bienes del deudor en pública subasta por término de 30 dias, si vivía este, y de 15, si habia muerto, estando obligados los acreedores, cuando eran muchos, á elegir una persona que se encargara de proteger sus intereses al tiempo de la venta y de que se adjudicaran al mejor postor. En un principio se vendian los bienes en masa, de suerte que todo el haber, pasivo y activo, se adjudicaba al que mas ofrecia, quien se hacia por esta compra sucesor universal del deudor, adquiriendo sus derechos y sus obligaciones y debiendo responder de las deudas hasta la concurrencia del precio por que se habia hecho la adjudicacion, pues el deudor antiguo quedaba enteramente libre de toda responsabilidad respecto de sus deudas. Esta venta cayó luego en desuso, permitiéndose á los acreedores proceder á la venta de los bienes del deudor por separado, para lo cual nombraban un curador de los bienes, que los administraba y enagenaba en favor de los acreedores, á quienes pagaba con el precio de la venta: en su consecuencia, no tuvo ya efecto la sucesion universal en los bienes del deudor, porque ninguno de los compradores parciales pudo subrogarse en el lugar del deudor universalmente, ni tampoco se subrogó con respecto á la parte de bienes que compraba; así es que quedó el deudor responsable de las antiguas deudas á que no alcanzaban los bienes, y en cuanto adquiria otros, podia ser reconvenido por los acreedores á quienes no se habia pagado íntegramente, y hasta que no se negaba al pago no podia reducirse á prision. Sin embargo, el deudor podia evitar la prision y el procedimiento contra su persona haciendo uso de la cesion de todos sus bienes á favor de sus acreedores, beneficio concedido por Julio César. También

tenia el deudor el remedio, para impedir el concurso, de pedir un plazo durante el cual se impedía todo procedimiento contra él: este plazo podía pedirlo á los acreedores ó al príncipe, en cuyo caso se le daba el nombre de *moratorium*.

Abierto ó celebrado el concurso, todos los bienes activos y pasivos del deudor quedaban al cuidado y vigilancia del juez para formar y fijar la masa de bienes, la cual se ponía á cargo de un administrador y se procedía á su venta para hacer pago á los acreedores con arreglo á la prioridad y privilegio de sus créditos.

760. Nuestro derecho adoptó la mayor parte de estas disposiciones. Así la ley 5, tit. 6, lib. 5 del Fuero Juzgo, hacia al deudor siervo de sus acreedores á quienes no pagaba sus créditos. La ley 2, tit. 8 y 17, tit. 20, lib. 5 del Fuero Real, prevenia que si alguno de los acreedores pagaba á otro acreedor, se apoderase de los bienes del deudor, hasta el reintegro de lo que pagó, y si no bastaran los bienes, se apoderase del cuerpo de aquel, no obstante prohibir en general la ley 5, tit. 15, Part. 5, empeñar al hombre libre. Así, la ley 4, tit. 15, Part. 5, facultaba al juez para reducir á prision al deudor que no pagaba sus deudas á los acreedores, hasta que se las satisficiera ó hiciera á favor de ellos cesion de bienes, y la 16, tit. 52, lib. 11 de la Nov. Recop., disponia lo mismo, aun cuando el deudor hiciera cesion de bienes. Escetivo es el rigor con que las leyes 4, 5, 6, 7 y 8, lib. 5 de la Recop., trataban á los deudores. Por ellas se previene que al deudor preso lo mantenga el acreedor nueve dias, y si en ellos no puede pagarle, ni dar fiador, se entregue de su persona y reciba en cuenta de la deuda lo que ganase en el uso de su oficio, dándole de ello lo razonable para su sustento, y si no teniendo oficio quisiese mantenerlo en su poder, sírvase de él; que el deudor que hiciere cesion de bienes, esté en la cárcel nueve dias, en los que se pregone, cómo se halla en ella á petición de tal acreedor, el cual antes de ser entregado de él jure que lo recibe por su deudor sin fraude, y el juez limite tiempo en que le sirva, y fenecido, lo entregue á otro acreedor por su respectiva deuda; que el que hiciere la cesion hasta que se parta de ella ó dé fianza de pagar á sus acreedores, traiga al cuello una argolla de hierro gruesa como el dedo; y siendo hallado sin ella, sea puesto en la cárcel, se haga ejecucion en su persona y bienes, y no goce de la cesion de ellos, ni de la renuncia de la cadena; y los acreedores á cuyo pedimento se hicieren las tales ejecuciones sean preferidos para el cobro de sus deudas al que fue entregado cuando hizo la cesion: que el preso por deuda pague y cumpla su obligacion á los acreedores dentro de seis meses despues de liquidada; y no cumpliendo, sea obligado á renunciar la cadena, ó se le haya por renunciada; y la justicia, previas las diligencias de la ley, lo entregue al acreedor que primero deba ser pagado, para que le sirva por la deuda, y despues á los otros; que hecha la cesion de bienes, si el primer acreedor en derecho, dentro de seis dias despues de requerido, no hiciere echarle la argolla, para que la traiga como manda la ley, la justicia lo entregue al acreedor siguiente en grado,

y sucesivamente á los demás hasta que todos sean pagados de sus respectivas deudas.

Estas disposiciones, sin embargo, cayeron en desuso, y nuestra sabia legislacion fue moderando el rigor con que se trataba á los deudores, concediendo privilegios á muchas clases del Estado para que no se les pudiera prender por deudas civiles, lo que se extendió á cualquier persona que ejerciera arte ú oficio, de suerte que apenas podian ser presas otras personas que los vagos. Ultimamente, del espíritu de las disposiciones del art. 297 de la Constitucion de 1812 y del decreto de 11 de setiembre de 1820, restablecido por real decreto de 50 de agosto de 1856, se dedujo el principio de que en el dia nadie puede ser preso por deudas civiles, puesto que aquellas disposiciones previenen que no se proceda á la prision cuando no pueda recaer pena corporal, y que esta nunca puede tener lugar en el caso de deudas puramente civiles.

En cuanto á la cesion de bienes, la vemos autorizada principalmente por nuestros legisladores, en las leyes 1 á la 5, tit. 15, Part. 5, y en las 7, 8 y 9, tit. 52, lib. 11 de la Nov. Recop., y respecto de las esperas y moratorias, en las leyes 53, tit. 18 y 4, tit. 24, Part. 5 y 5, tit. 15, Part. 5 y en las del tit. 53, lib. 11 de la Nov. Recop., de todas las cuales nos hacemos cargo mas adelante.

Acerca del procedimiento del juicio de concurso eran muy escasas las disposiciones contenidas en nuestros Códigos, lo cual dió margen á que se establecieran prácticas diversas, y á la introduccion de dilaciones y abusos lamentables. La Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios de comercio, publicada en 24 de julio de 1850, vino á dar á luz y á servir de guia en la marcha que debia seguirse en estos juicios, pero refiriéndose sus disposiciones á los negocios comerciales, no siempre pudieron aplicarse á los civiles, y no siendo obligatorias para estos tribunales, no pudieron hacer desaparecer los abusos introducidos. La nueva ley de Enjuiciamiento civil, ha tratado de hacer desaparecer estos inconvenientes, ratificando de nuestra antigua legislacion, los principios y disposiciones conformes con los adelantos de la época, adoptando las prescripciones de la ley mercantil aplicables á los negocios del fuero comun, y estableciendo otras nuevas que aconsejaban la esperiencia y la práctica de muchos siglos.

761. Así, pues, la nueva ley ha reconocido las dos clases de concurso *voluntario* ó promovido á instancia del deudor, y *necesario*, esto es, promovido por los acreedores contra la voluntad de aquel. Asimismo ha comprendido en el voluntario la *cesion de bienes*, hecha por el deudor á favor de sus acreedores, pues aunque no se halla expresamente mencionada en los artículos de la nueva ley, se encuentra implícitamente contenida en los requisitos 1.º y 2.º que requiere en el art. 506 para presentarse en concurso voluntario, idénticos á los que requerian nuestras antiguas leyes para la cesion de bienes, y en la disposicion del art. 519. Por último, ha referido tambien, especialmente al concurso voluntario, la *espera* ó *plazo* concedido al deudor para el pago de sus deudas, y la *quita* ó remision de parte de estas;

porque si bien pueden tener lugar en el concurso necesario, puesto que en este caben toda clase de convenios que hagan los acreedores con el deudor sobre sus obligaciones y derechos respectivos, suele promoverse generalmente esta solicitud por el deudor, antes de dar lugar al concurso necesario ó de promover el voluntario. Los autores no consideran en general la espera y la quita como verdaderos concursos, por fundar la esencia de estos en la realización del pago de los créditos, pero si se atiende á que la palabra *concurso* se refiere en general á la *conurrencia* de los acreedores para tratar sobre el modo mas conveniente de cobrar sus créditos, se verá que no carece de exactitud el comprenderse la quita y la espera en los concursos, puesto que para su concesion ó negativa *concurren* los diversos acreedores y que tiene por objeto el mas fácil y ventajoso cobro de sus créditos.

## SECCION I.

## DEL CONCURSO VOLUNTARIO DE ACREEDORES EN GENERAL.

762. El concurso voluntario ó preventivo de acreedores es el juicio que promueve el mismo deudor, presentándose al juez espontáneamente, cuando no puede satisfacer á sus acreedores sus respectivos créditos, para librarse de sus reclamaciones, bien presentando ó haciendo cesion á favor de estos de todos los bienes que le pertenecen, para que judicialmente se les haga pago en cuanto alcance su importe, bien pidiendo espera ó quita de sus deudas para poder atenderles en cuanto le es posible.

Asi, pues, el concurso voluntario puede verificarse segun ya tenemos expresado, haciendo cesion de bienes, ó solicitando quita ó espera.

763. En cualquiera de estos casos *el que se presente en concurso voluntario debe acompañar á su solicitud*, segun el art. 506 de la nueva ley:

1.º *Relacion firmada de todos sus bienes hecha con individualidad y exactitud*, esto es, uno por uno, expresando en qué consisten, la designacion, valor y calidad, y si son inmuebles, su situacion, linderos, cabida, etc. El objeto de esta relacion es que se sepa los bienes que tiene el deudor para atender á sus deudas. La firma del deudor se requiere para evitar simulaciones, negativas y fraudes. Por la ley 1, tít. 15, Part. 5, solo se exceptuaban de la cesion de bienes que hacia el deudor su vestido ordinario; los autores, sin embargo, consideraron exceptuados tambien de la cesion los instrumentos de la profesion, arte ú oficio que el deudor ejerciera, y en general todos los objetos que las leyes exceptuaban de ejecucion; doctrina que sancionó la jurisprudencia y que ha ratificado la nueva ley de Enjuiciamiento, estableciendo, que *solo se exceptuarán* de dicha relacion, segun el mismo art. 506, *los bienes que con arreglo al artículo 951 no pueden ser objeto de ejecucion*, á saber, 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 primero pueda estar dedicado. Véase la esposicion que hacemos de este artículo al tratar del juicio ejecutivo.

764. Mas el rigor del art. 506 no es aplicable á las personas que gozan del beneficio de competencia, esto es, de no podérseles reconvenir por deuda puramente civil, en mas de lo que puedan satisfacer, despues de quedarles lo necesario para sus alimentos segun su estado y familia, á no ser que aquellas fueren en favor de la hacienda pública, asi como tampoco se entendia aplicable á ellas la disposicion de la ley 1, tít. 15, Part. 5. Estas personas son los ascendientes ó descendientes del acreedor, su marido ó mujer, patrono, hermano, socio, suegro ó yerno, ó donador reconvenido sobre la donacion, y aun el mismo que hizo cesion de bienes cuando no pudo satisfacer sus deudas por infortunios ó contratiempos inevitables, respecto de las que quedaron por pagar, y del caso de llegar á mayor fortuna, pues entonces solo está obligado á cubrir estas con la parte que no necesitare para vivir segun su estado. V. las leyes 52, tít. 11, Part. 4, 3, tít. 15, Part. 5, 4, tít. 4, 15, tít. 10, 1, tít. 15, Part. 5. Asimismo, el clérigo de orden sacro, bien sea deudor de otro clérigo ó de un lego, al clérigo de menores si tiene beneficio eclesiástico, á los títulos, militares ú otro empleado público, se ha dejado para sus alimentos una parte de los sueldos ó rentas que disfrutaban, destinándose el resto á la satisfaccion de la deuda hasta que queda enteramente cubierta. V. la ley 25, tít. 6, Part. 1, y el cap. 3 de *solution*.

765. Segun los artículos 1046 y 1098 del Código de Comercio, el comerciante que se ha visto en la necesidad de hacer quiebra poniéndolo en conocimiento del tribunal dentro de los tres dias siguientes á la cesacion de los pagos, tiene derecho á una asignacion alimenticia, proporcionada á su clase, al número de personas de su familia, al haber que resulte del balance general y á los caracteres que se presenten para la calificacion de la quiebra. Es sensible que la nueva ley no haya admitido esta disposicion en el derecho civil, aplicándola al deudor desgraciado que de buena fe desampara sus bienes.

2.º *Un estado de las deudas, con expresion de su procedencia y de los nombres y domicilios de los acreedores*. Dicho estado tiene por objeto que se pueda venir en conocimiento del pasivo del deudor, ó hasta donde alcanzan sus obligaciones, la clase y privilegio de los créditos de que provienen y las personas á cuyo favor están constituidos, para que pueda convocárseles al concurso.

3.º *Una memoria en que se consignen las causas que hayan motivado su presentacion en concurso*, esto es, las causas directas é inmediatas como dice mas espresamente el art. 1018 del código de comercio, de donde ha tomado la ley civil esta disposicion. El objeto de esta memoria es facilitar datos para que pueda formarse un juicio atinado sobre si proviene la promocion del concurso de desgracias sobrevenidas al deudor sin culpa suya, ó de negociaciones imprudentes, ó culpables manejos, para los efectos de la calificacion del concurso y demás disposiciones que comprende la pieza tercera de este juicio. V. los artículos 604 al 610. Tanto esta memoria como el estado deben ir firmadas por el deudor, pues de lo contrario carecerian de autoridad y eficacia. Debe considerarse aplicable á este caso por identidad de razon, lo dispuesto en el art. 1020 del Código de comercio, sobre

porque si bien pueden tener lugar en el concurso necesario, puesto que en este caben toda clase de convenios que hagan los acreedores con el deudor sobre sus obligaciones y derechos respectivos, suele promoverse generalmente esta solicitud por el deudor, antes de dar lugar al concurso necesario ó de promover el voluntario. Los autores no consideran en general la espera y la quita como verdaderos concursos, por fundar la esencia de estos en la realización del pago de los créditos, pero si se atiende á que la palabra *concurso* se refiere en general á la *conurrencia* de los acreedores para tratar sobre el modo mas conveniente de cobrar sus créditos, se verá que no carece de exactitud el comprenderse la quita y la espera en los concursos, puesto que para su concesion ó negativa *concurren* los diversos acreedores y que tiene por objeto el mas fácil y ventajoso cobro de sus créditos.

## SECCION I.

## DEL CONCURSO VOLUNTARIO DE ACREEDORES EN GENERAL.

762. El concurso voluntario ó preventivo de acreedores es el juicio que promueve el mismo deudor, presentándose al juez espontáneamente, cuando no puede satisfacer á sus acreedores sus respectivos créditos, para librarse de sus reclamaciones, bien presentando ó haciendo cesion á favor de estos de todos los bienes que le pertenecen, para que judicialmente se les haga pago en cuanto alcance su importe, bien pidiendo espera ó quita de sus deudas para poder atenderles en cuanto le es posible.

Asi, pues, el concurso voluntario puede verificarse segun ya tenemos expresado, haciendo cesion de bienes, ó solicitando quita ó espera.

763. En cualquiera de estos casos *el que se presente en concurso voluntario debe acompañar á su solicitud*, segun el art. 506 de la nueva ley:

1.º *Relacion firmada de todos sus bienes hecha con individualidad y exactitud*, esto es, uno por uno, expresando en qué consisten, la designacion, valor y calidad, y si son inmuebles, su situacion, linderos, cabida, etc. El objeto de esta relacion es que se sepa los bienes que tiene el deudor para atender á sus deudas. La firma del deudor se requiere para evitar simulaciones, negativas y fraudes. Por la ley 1, tít. 15, Part. 5, solo se exceptuaban de la cesion de bienes que hacia el deudor su vestido ordinario; los autores, sin embargo, consideraron exceptuados tambien de la cesion los instrumentos de la profesion, arte ú oficio que el deudor ejerciera, y en general todos los objetos que las leyes exceptuaban de ejecucion; doctrina que sancionó la jurisprudencia y que ha ratificado la nueva ley de Enjuiciamiento, estableciendo, que *solo se exceptuarán* de dicha relacion, segun el mismo art. 506, *los bienes que con arreglo al artículo 951 no pueden ser objeto de ejecucion*, á saber, 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 primero pueda estar dedicado. Véase la esposicion que hacemos de este artículo al tratar del juicio ejecutivo.

764. Mas el rigor del art. 506 no es aplicable á las personas que gozan del beneficio de competencia, esto es, de no podérseles reconvenir por deuda puramente civil, en mas de lo que puedan satisfacer, despues de quedarles lo necesario para sus alimentos segun su estado y familia, á no ser que aquellas fueren en favor de la hacienda pública, asi como tampoco se entendia aplicable á ellas la disposicion de la ley 1, tít. 15, Part. 5. Estas personas son los ascendientes ó descendientes del acreedor, su marido ó mujer, patrono, hermano, socio, suegro ó yerno, ó donador reconvenido sobre la donacion, y aun el mismo que hizo cesion de bienes cuando no pudo satisfacer sus deudas por infortunios ó contratiempos inevitables, respecto de las que quedaron por pagar, y del caso de llegar á mayor fortuna, pues entonces solo está obligado á cubrir estas con la parte que no necesitare para vivir segun su estado. V. las leyes 52, tít. 11, Part. 4, 3, tít. 15, Part. 5, 4, tít. 4, 15, tít. 10, 1, tít. 15, Part. 5. Asimismo, el clérigo de orden sacro, bien sea deudor de otro clérigo ó de un lego, al clérigo de menores si tiene beneficio eclesiástico, á los títulos, militares ú otro empleado público, se ha dejado para sus alimentos una parte de los sueldos ó rentas que disfrutaban, destinándose el resto á la satisfaccion de la deuda hasta que queda enteramente cubierta. V. la ley 25, tít. 6, Part. 1, y el cap. 3 de *solution*.

765. Segun los artículos 1046 y 1098 del Código de Comercio, el comerciante que se ha visto en la necesidad de hacer quiebra poniéndolo en conocimiento del tribunal dentro de los tres dias siguientes á la cesacion de los pagos, tiene derecho á una asignacion alimenticia, proporcionada á su clase, al número de personas de su familia, al haber que resulte del balance general y á los caractéres que se presenten para la calificacion de la quiebra. Es sensible que la nueva ley no haya admitido esta disposicion en el derecho civil, aplicándola al deudor desgraciado que de buena fe desampara sus bienes.

2.º *Un estado de las deudas, con expresion de su procedencia y de los nombres y domicilios de los acreedores*. Dicho estado tiene por objeto que se pueda venir en conocimiento del pasivo del deudor, ó hasta donde alcanzan sus obligaciones, la clase y privilegio de los créditos de que provienen y las personas á cuyo favor están constituidos, para que pueda convocárseles al concurso.

3.º *Una memoria en que se consignen las causas que hayan motivado su presentacion en concurso*, esto es, las causas directas é inmediatas como dice mas espresamente el art. 1018 del código de comercio, de donde ha tomado la ley civil esta disposicion. El objeto de esta memoria es facilitar datos para que pueda formarse un juicio atinado sobre si proviene la promocion del concurso de desgracias sobrevenidas al deudor sin culpa suya, ó de negociaciones imprudentes, ó culpables manejos, para los efectos de la calificacion del concurso y demás disposiciones que comprende la pieza tercera de este juicio. V. los artículos 604 al 610. Tanto esta memoria como el estado deben ir firmadas por el deudor, pues de lo contrario carecerian de autoridad y eficacia. Debe considerarse aplicable á este caso por identidad de razon, lo dispuesto en el art. 1020 del Código de comercio, sobre

que con la relacion de las causas de quiebra podrá el quebrado acompañar todos los documentos de comprobacion que tenga por conveniente.

Presentada esta solicitud con los tres documentos mencionados, deberá admitirla el juez procediendo segun que se pida simplemente la formacion del concurso, ó la quita ó espera, y que espondremos mas adelante, puesto que segun el párrafo final del art. 506, *sin estos documentos no se admitirá ninguna solicitud de concurso voluntario.*

766. *El juez competente para conocer de este juicio, es el del domicilio del que se presente en concurso voluntario, segun el art. 505.* La ley designa por juez competente al del domicilio, no obstante que algunas de las acciones que tuvieren que ejercitar los acreedores fuesen reales sobre bienes muebles, ó inmuebles, ó mixtas, derogando en parte lo prescrito por regla general en el art. 5.º, especialmente en su primera disposicion sobre que el juez competente para conocer de pleitos en que se ejerciten acciones reales sobre bienes inmuebles sea el del lugar en que esté la cosa litigiosa, por requerirlo así la conveniencia del deudor y de casi todos los acreedores, atendiendo á las razones especiales que militan en los concursos. En efecto, el conocimiento de este juicio por el juez del domicilio del deudor, debe facilitar el procedimiento, si se considera que en dicho domicilio se hallan por lo regular casi todos los acreedores, que en él se han celebrado la mayor parte de los contratos de que provienen sus créditos y practicándose las reclamaciones estrajudiciales y que él es el fuero comun de la mayor parte de los acreedores, puesto que los créditos provienen por lo comun de obligaciones meramente personales. V. lo dicho en el núm. 524 del lib. 1.º

767. Espuestas las disposiciones generales sobre el concurso voluntario, pasemos á hacernos cargo de las especiales, segun que la solicitud del acreedor se refiriese á la formacion del concurso por cesion de bienes, ó á la concesion de quita ó de espera.

### § I.

#### *De la cesion de bienes.*

768. La cesion de bienes es, segun ya hemos indicado, el abandono ó dejacion que hace de todos sus bienes ante el juez, el deudor que no puede pagar sus deudas, para que con el importe de su venta se satisfaga á sus acreedores hasta lo que alcanzaren. Este beneficio, concedido por nuestro antiguo derecho á los deudores de buena fé, reducidos á aquel extremo por sus desgracias, sin culpa suya, ademas de evitar al deudor las reclamaciones de sus acreedores por mas de lo que alcanzaban dichos bienes, y de conferirle el beneficio de competencia, respecto de los que adquiriese en lo sucesivo, le libraba de ser reducido á prision segun hemos dicho. De aquí era que al paso que no se le permitia renunciarlo, ni aun con juramento, por no considerarse autorizado á nadie para privarse de su libertad, y menos si tenia familia que experimentase los perjuicios de

esta renuncia, no se concedia á las personas que por su conducta criminal, mala fé, gravedad de sus responsabilidades ó por otras causas atendibles, no se consideraba conveniente suministrarlas este medio de librarse de sus acreedores ó del rigor que contra los deudores permitian en general las leyes. Abolida en el día de la prision por deudas puramente civiles, las disposiciones sobre las personas á quienes se permitia ó prohibia hacer la cesion de bienes, han debido sufrir algunas modificaciones.

769. Pueden, pues, hacer cesion de bienes, todos los deudores que se hallan en la imposibilidad de pagar sus deudas por desgracias que no provienen de hechos punibles. En su consecuencia podrán hacerla aun las corporaciones, los incapacitados y los menores, si bien estos deberán proceder con autorizacion de sus guardadores y justificando la necesidad y utilidad de aquella, para que la apruebe el juez, segun se requiere en el título 12 de la segunda parte de la ley de Enjuiciamiento, sobre jurisdiccion voluntaria para decretar la venta de bienes de menores é incapacitados, y lo prescribían nuestros antiguos espositores fundados en el espíritu de disposiciones análogas; pues como decia Gregorio Lopez en la ley 1.ª, tít. 15, Part. 5, el menor necesita para hacer cesion, decreto del juez, por ser esta una enagenacion universal.

770. Por el contrario, no se permite hacer cesion de bienes, por la deuda proveniente de condenas pecuniarias impuestas por delito, en lo relativo á la vindicta pública y al fisco, mas no en lo concerniente al interés del agraviado. Así se deducia de la ley 8, tít. 32, lib. 11 de la Novísima Recopilacion, segun la cual, cuando se ejecutare en las personas y condenados por hurtos que hayan hecho, la pena corporal en que incurrieron, y no tuvieren bienes con que pagar á la parte sus intereses, haciendo los susodichos cesion de bienes, los admitan conforme á la ley que en este caso habla, aunque la dicha deuda descienda de delito, segun y como há lugar por leyes de estos nuestros reinos en las otras deudas. Lo mismo debe entenderse respecto de la prision correccional que se impone por el art. 49 del Código penal, á razon de un duro por cada día de prision, en sustitucion y apremio de las responsabilidades pecuniarias que establece el art. 48 por reparacion del daño causado, indemnizacion de perjuicios y resarcimiento de los gastos ocasionados por el juicio, y la multa, que no pagase el sentenciado, si antes ó despues de constituido en prision presentase bienes con que satisfacerlas; pues deberá admitirse su cesion en cuanto alcanzare á pagar dichas responsabilidades, debiendo sufrir la pena corporal por lo que restare que satisfacer.

771. Tampoco podrán hacer cesion de bienes, los deudores que en fraude de sus acreedores enagenaron ó dilapidaron sus bienes en todo ó en parte, ó los ocultaron en sitio de donde no se pudieran recuperar, á no que diesen fianza de restituirlos á su anterior estado, y los que tomaron cantidades prestadas ó celebraron contratos de esta clase, alzándose con ellos para burlar á sus acreedores; prohibicion que se funda en la mala fe con que procedieron, y sin perjuicio de las penas á que se hayan hecho

responsables con arreglo á las prescripciones del Código penal. V. las leyes 4, tit. 15, Part. 3, y las 1 y 2, tit. 33, lib. 11 de la Novísima Recopilación.

772. Segun la ley 9, tit. 32, lib. 11 de la Nov. Recop., no se admite tampoco la cesion á los arrendadores y recaudadores de rentas reales, ni sus fiadores. Esta ley se funda en los abusos cometidos por dichas personas, cobrando y no pagando lo que debian de aquellas rentas, antes gastándolo y distribuyéndolo y haciendo cesion de bienes si los prendian; y en su consecuencia, disponia para evitar estos abusos, que debieran permanecer en prision hasta que la hacienda pública se reintegrara. Abolida en el día la prision por deudas, se cree por algunos que ha cesado esta prohibicion, y en su consecuencia que les es permitido á aquellas personas usar del beneficio de cesion de bienes. Mas no se ha considerado que produciendo la cesion otros beneficios, ademas del de librarse de la prision, no es lógico deducir que debe permitirse aquella á los arrendadores de rentas reales porque hayan quedado libres del mayor freno que se oponia á sus abusos, por efecto de una disposicion general sobre la que, en nada ha influido la mejora de su condicion ó su conducta, antes por el contrario, parece que debería abogarse porque aquel freno fuera sustituido para este caso con otro nuevo.

Por lo demás, la disposicion de la ley 9 no se ha hecho extensiva á los deudores del rey ó del fisco, por limitarse solamente á aquellos, y entenderse permitido lo que no prohíbe el derecho.

773. Por privilegio de clase creen algunos autores, que no debiendo el clérigo ser preso, por deuda que no proceda de delito ó de cuasi delito, sino que antes bien, gozando del beneficio de competencia, no se le ha de admitir la cesion de bienes que haga, procediéndose solamente á secuestrarle sus rentas para darle de ellas ó consignarle alimentos correspondientes á su estado y carácter, y repartir el residuo entre sus acreedores segun la graduacion que les corresponda legalmente, y cumpliendo en el caso de no tener rentas, con dar caucion juratoria de pagar cuando venga á mejor fortuna. Fundan esta opinion en el *cap. 5 de solutionibus* y en la ley 23, tit. 6, Part. 1.<sup>a</sup>; aunque en verdad esta no habla muy esplicitamente de semejante materia. Pero de todos modos, mas bien parece que se prohíbe tomar sus bienes al clérigo, no dejándole lo bastante para su decente manutencion, que no el que pueda hacerse concurso precedido de cesion en el resto de sus bienes.

774. Paz y Gregorio Lopez son tambien de opinion que no corresponde este beneficio al que usó ya del de espera. Gregorio Lopez, glos. 4, á la ley 5, tit. 15, Part. 5.<sup>a</sup>; y Paz, Prat. 1, tom. 4, p. c. 6, n. 6. Por nuestra parte juzgamos que el uno no escluye al otro, y que no estando establecido en las leyes semejante prohibicion no debe seguirse el parecer de aquellos autores. Solamente habiéndose prevalido el deudor de la espera para obrar en fraude de los acreedores, podria admitirse aquella doctrina.

775. La cesion de bienes produce los siguientes efectos:

1.º Que el cedente no puede ser ejecutado ni reconvenido judicialmente en particular por ninguno de los acreedores, mientras se resuelve sobre a cesion, teniendo todos ellos que acudir al juez que conoce de ella á deducir las pretensiones que tuvieren, y asimismo acumulándose á estos autos todos los principiados ante cualesquiera jueces ó que se formaren de nuevo, porque en virtud de la cesion se forma un juicio universal.

2.º Con la cesion, no solo quedan pagados los créditos á que alcanzó el precio de los bienes cedidos, sino que compete al cedente el beneficio de competencia ó escepcion de no estar obligado á responder en juicio á los acreedores que fueron citados y no pagados, aunque llegue á mejor fortuna, escepto que quedándole cógrua sustentacion le sobre algo; pues entonces lo estará solamente en cuanto pueda: ley 5, tit. 15, Part. 3, y si opone esta escepcion, impedirá la contestacion del pleito; pero su fiador no goza de este beneficio, porque es personal, y así deberá pagar por él lo que no alcanzaren á cubrir los bienes del deudor: ley 3 citada al fin.

3.º Hecha la cesion de bienes queda imposibilitado el deudor de su administracion y enagenacion, de suerte que no puede usar de ellos, ni mezclarse en cosa alguna, por no ser ya parte, habiéndose privado de todo espontáneamente y cuasi contraido con sus acreedores, entre los cuales tambien le está prohibido hacer la division. Estos tienen derecho para hacer que se vendan los bienes cedidos, y que se les paguen sus créditos con su precio. Sin embargo, no por eso pierde sus acciones ni su dominio ó propiedad hasta que se subastan ó distribuyen, de suerte que aun verificada la cesion, puede el deudor reclamar los bienes en que consiste, si aun no se hubieren vendido, protestando pagar á sus acreedores, y deberá ser oido, segun la ley 2, tit. 15, Part. 3.

4.º Tampoco tiene facultad despues de hecha la cesion para pagar á ninguno, y si lo hiciere se revocaria este acto, y tendria obligacion de restituir el dinero aquel que lo recibió. Pero si el deudor hubiera verificado el pago de algun crédito antes de hacer la cesion de sus bienes, ó de que los acreedores tomasen posesion de ellos, no podrá revocarle ninguno de estos, aunque sea igualmente privilegiado, y á pesar de que los demás bienes no alcancen para ellos. Ley 9, tit. 15, Part. 3. Y algunos autores juzgan que hay acreedores tan privilegiados que pueden reclamar la revocacion de lo satisfecho á otros, bien se haya realizado esto antes ó despues de la cesion. Mas creemos que semejante opinion no tiene apoyo en las palabras de la ley 9 citada, en las cuales ellos especialmente se fundan.

776. En cuanto á los trámites del concurso voluntario, previene el artículo 519 de la ley, que cuando se pide simplemente la formacion de concurso voluntario, esto es, cuando no se pide quita ni espera, casos de que se ha hecho cargo la ley en los artículos anteriores, y en su consecuencia, cuando el concurso se promueve haciendo cesion de bienes simplemente, se acomodará la sustanciacion á las reglas establecidas para el concurso necesario, esto es, á todas las que no se oponen á la naturaleza

especial del concurso voluntario, mas no á las que son propias exclusivamente del voluntario y que indicaremos al tratar de este juicio. Asi es, que presentada por el deudor al juez su solicitud acompañada de la relacion, estado y memoria requerida por el art. 306, tendrá por hecha la cesion dictando las medidas necesarias para el embargo y depósito de los bienes cedidos, ocupacion de sus libros y papeles y retencion de su correspondencia, segun previene el art. 124, continuándose el procedimiento conforme espodremos al tratar del concurso necesario.

777. *Los incidentes que en este juicio de concurso y sus piezas puedan ocurrir, se sustanciaron de la manera prevenida respecto á los que tengan lugar en el ordinario: art. 320.*

ALERE FLAMMAM  
VERITATIS

§ II.

*De la espera y de la quita.*

778. Por espera se entiende el término ó plazo que conceden los acreedores al deudor comun de buena fé que no puede satisfacerles en el acto sus créditos, para que arregle sus negocios y les pague en la época estipulada. Esta clase de convenios se permitia ya en derecho romano por la ley de las Doce Tablas; regularizóse mas ó menos en tiempo de Antonio Pio, de Marco Aurelio, de Sylla, estableciéndose como un beneficio permanente en tiempo de Augusto. Justiniano lo consignó en una de sus constituciones, segun la que, eran libres los acreedores de aceptar inmediatamente la cesion de bienes ó de conceder un plazo á su deudor; origen que ha debido influir tambien para que se aplique la espera especialmente al concurso voluntario, considerándose como una de sus diversas clases. Nuestros legisladores la autorizaron tambien espresamente en la ley 3, título 15, Part. 3.

779. Ademas de esta espera, hallábase consignada otra clase de espera, tanto en el derecho romano como en el pátrio: Véanse las leyes 33, título 18; 4, tit. 24, Part. 3; 15, tit. 7, lib. 5 y 1, tit. 33, lib. 11 de la Nov. Recop. Concedíase directamente á los deudores por el rey como fuente y origen de toda jurisdiccion y supremo administrador de la justicia, ó por su consejo, mas no por las audiencias ó jueces inferiores, para que durante el plazo otorgado no les molestaran sus acreedores y pudieran procurarse cómodamente las cantidades que debian cuando impetraban esta gracia, pues no se ampliaba á las deudas que contraian despues, segun dicha ley 33. Asimismo, por lo general, no se concedia sino oyendo antes á los acreedores, y dando el deudor fianza á satisfaccion de estos para la paga de sus créditos, finado el plazo señalado, y sin que se suspendiera durante él el curso de los censos é intereses. Esta espera, á que se daba el nombre de moratoria, tuvo tambien un objeto político en nuestra antigua monarquía, cual fue el evitar que se privase al Estado de los servicios que podian prestarle los deudores, que á veces eran de suma im-

portancia, especialmente si aquellos eran militares, puesto que de no concedérseles este respiro, tenian que atender á procurarse los medios de satisfacer sus deudas, ó eran reducidos á prision. Asi lo consigna espresamente la ley 33 de la Partida citada, que dice: «e porque *acaesce á las ve-gadas* que el rey ha menester su *servicio de estos atales en hueste ó de otra manera.*» Mas este beneficio no podia sostenerse desde que, erigido en principio en las nuevas constituciones que el soberano no interviene en los juicios, aunque emane de él la justicia y se administre en su nombre, determinadas las atribuciones del monarca y del poder judicial, abolidos en general toda clase de privilegios personales y suprimida la prision por deudas, se halló en pugna con estas doctrinas y como careciendo de su objeto principal. Asi fue que por real decreto de 21 de marzo de 1834, se mandó que no se diera curso á ninguna solicitud sobre moratoria para retardar ó suspender el pago de deudas.

780. En cuanto á la *quita*, es el beneficio concedido por los acreedores á su deudor, en virtud del cual le rebajan, remiten ó perdonan cada uno parte de su crédito, para que les satisfaga lo restante sin necesidad de reclamarlo en juicio, cuando á solicitud de aquel ven la imposibilidad en que se haya de pagarles su totalidad: ley 1, tit. 14, Part. 5. Este beneficio produce el efecto de quedar libre el deudor de toda reclamacion por la parte de sus deudas remitida, no solamente en la época que se le concede, sino posteriormente, aunque llegare á adquirir bienes con que poder pagar la parte perdonada, despues de quedarle lo bastante para vivir segun su clase. V. las leyes 54, tit. 14, y 6, tit. 15, Part. 5.

781. Como este beneficio afecta la esencia de los créditos, nunca ha podido concederlo nadie mas que los acreedores: asi es, que aun cuando lo concediera el rey á quien recurria el deudor, no era válido el rescripto, y el juez debia respetarlo y no cumplirlo, segun declaraba espresamente la ley 4, tit. 24, Part. 3 y la ley 32, tit. 18, Part. 3 que decia: «Ca tales (deudores) y há que le piden cartas en que les otorgue que el debdo que deben á otro, nunca sean tenudos de gelo dar; nin de les responder por ello; é porque tal carta como esta es contra el derecho natural, tenemos por bien, é mandamos que el juzgador ante quien paresciere, non consienta que sea creida, nin vala.» Por lo tanto, no se deben cumplimentar los rescriptos, cédulas y provisiones que son contra derecho, sino antes bien suspender su ejecucion, representando acerca de su contenido la verdad del hecho y el motivo de la suspension: leyes 30 y 31, tit. 13, Part. 5; y 2, 3 y 4, tit. 4, lib. 3, Nov. Recop.

782. En su consecuencia, en el dia solo puede concederse, tanto la espera como la quita, por los acreedores, pues á estos es únicamente á quienes debe competir la concesion de un beneficio que puede perjudicarles en el cobro de sus créditos.

783. Segun doctrina de los autores, para la validez de la espera es necesario que los créditos sean verdaderos y no simulados. Además es preciso que el deudor obre de buena fé, puesto que segun la ley 6, titu-

lo 52, lib. 11 de la Nov. Recop. «los que quebraren ó faltaren de sus créditos, y se ausentaren, aunque no conste haber alzado sus bienes ni sus libros, que las igualas, conciertos y otros cualesquier asientos que hicieren con sus acreedores, ora sea para remitirles ó soltarles parte de la deuda, ora por espera ó en dilacion de ella, ó en otra cualquier forma que sea en perjuicio y daño de los acreedores, no valgan y sean en sí ningunas y de ningun valor ni efecto.»

784. La ley 5, tit. 15, Part. 5, requería también para que se pudiera conceder espera, que se pidiese antes de hacer la cesion y no despues, mas esto debe entenderse cuando se hubiere aceptado la cesion y ocurrido al concurso por los acreedores; de lo contrario, considerándose aun la cesion íntegra, según Olea y Cancero, el acreedor puede arrepentirse de ella y pedir espera ó quita. Así, pues, como la concesion de estos beneficios depende de la voluntad de los acreedores, quienes pueden renunciar, ceder ó transigir sobre sus derechos, podrá concederse la espera ó la quita aunque se pida despues de dicha cesion, y aun despues de promovido el concurso necesario, y aun, según algunos autores, despues de dictada sentencia de graduacion.

785. Así pues, según el art. 507 de la ley, *si el deudor solicita quita y espera, ó cualquiera de las dos cosas*, lo que deberá hacer, si fuere antes de la formacion del concurso, presentando con la solicitud la relacion, estado y memoria que menciona el art. 506 ya espuesto, *el juez mandará inmediatamente convocar á junta de acreedores. Al efecto, señalará término bastante para que puedan concurrir todos los que residan en la Peninsula, por sí ó por apoderado, según espresa el art. 1062 del Código de Comercio, designando el día, hora y sitio en que deba verificarse la junta*, art. 507, disposicion análoga á la del art. 1062 del Código mercantil. Dicho sitio deberá estar en el lugar domicilio del deudor, conforme al espíritu del art. 505.

En cuanto al término de la convocacion, la ley lo deja al prudente arbitrio del juez, porque él solo podrá graduar el necesario, atendida la rapidéz de las comunicaciones establecidas y demás causas naturales de la época. Por lo demás, el cómputo del tiempo deberá hacerse, respecto de las comunicaciones por las vías comunes, según el tipo que marca el artículo 229, esto es, á razon de un día por cada seis leguas de distancia.

786. *La citacion, que será individual para los acreedores espresados en el estado de deudas*, puesto que sabiéndose su nombre por lo menos puede verificarse de esta suerte, *se hará en la forma que está prevenida en los artículos 228 y siguientes para los emplazamientos del juicio ordinario*: art. 508, esto es, por medio de cédula, exhortos ó edictos, según que se hallaren ó no en el domicilio del deudor, ó en otro punto mas ó menos distante, ó que se ignorase su residencia. La citacion de los acreedores que no consta en el estado de deudas, se hará también necesariamente por edictos, diferenciándose de la relativa á los que constaren en

dicho estado, en que en aquella no se espresan los nombres de los acreedores, puesto que se ignoran, y sí en esta.

*Se publicará además la citacion en los periódicos del pueblo en cuyo juzgado radicare el juicio, en el Boletín de la provincia, y cuando la importancia y circunstancias del concurso lo exigieran á juicio del juez*, en la Gaceta de Madrid: art. 509; disposicion análoga á la del art. 251 sobre el emplazamiento del demandado á juicio ordinario, y que se funda en las mismas razones que espusimos sobre esta.

787. Con el objeto de evitar que el deudor se confabulase con otras personas, á fin de que presentándose falsamente como acreedores, formarían una mayoría fraudulenta en perjuicio de los acreedores verdaderos, dispone el art. 510 de la ley, que *tanto en las cédulas de citacion como en los edictos, se prevendrá que los acreedores se presenten en la junta con el título de su crédito, bajo apercibimiento de no ser admitidos de lo contrario*. El juez deberá, pues, decretar su exclusion si no presentaren dicho título, ó si viere despues que hubiera examinado este, que era falso ó carecia de los requisitos requeridos por la ley para su legitimidad, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que incurrieren por la suposicion fraudulenta de créditos, conforme espresa el art. 1064 del Código de Comercio para un caso análogo, y con arreglo á lo dispuesto en el Código penal. No obstante la apreciacion del juez sobre la legitimidad y validez de los títulos, los acreedores podrán impugnarlos despues de la junta, en el caso y forma que espresa el art. 513 y que espondremos mas adelante.

788. *La junta se celebrará en el día señalado, sin que pueda trasladarse á otro, por los perjuicios que de ello pudieran ocasionarse á los interesados, bajo la presidencia del juez, para dirigirla debidamente haciendo que guarden en su celebracion el orden y las prescripciones legales, y con asistencia del escribano actuario, para que dé fe en el acta que debe estenderse, de lo resuelto en la junta y de los acreedores ó interesados que asistieron. Se dará principio á ella, reunidos que sean el deudor, si quiere concurrir, y los acreedores que hubieren concurrido por sí ó representados por otra persona autorizada con poder bastante que deberá presentar al juez, y que hubieren sido admitidos á la misma por considerar este legítimos los títulos de sus créditos ó poderes, por la lectura de los artículos de esta ley que se refieren al objeto de su convocacion, de la solicitud que la haya motivado y de la relacion, estado y memoria que la acompañen*. En seguida se pondrá á discusion, como dice el art. 622 en un caso análogo, el contenido de la solicitud, y de dicha relacion, estado y memoria, *y despues de haber hablado una sola vez dos acreedores en contra y dos en pro de aquellos, si se hubiese pedido la palabra en estos sentidos, por este número ó por mas, ó si no los que la hubieren pedido, y despues de haber hablado el deudor ó su representante, si concurren, las veces que consideren necesarias, pues dirigiéndose contra este todos los ataques y ocupando una posicion mas comprometida por poderse afectar en ella su honor y fortuna, debe darse toda la latitud posible á la defensa,*

podrá cerrarse el debate, acordándolo así la mayoría de asistentes (lo que indica que si dicha mayoría acordare que continúe, podrá decretarlo el juez, pero concediendo al deudor la palabra siempre que la pidiere), y en seguida el juez pondrá á votacion la espera ó la quita, formulando la cuestion que haya de votarse en términos claros y precisos, ya sobre la concesion de la espera ó la quita, ya sobre el plazo que se concede ó la cantidad que se perdona, para evitar de esta suerte todo género de dudas: § 1.º del art. 511. Por lo espuesto se ve, que no es requisito indispensable que concurra el deudor á esta junta, como se considera serlo en el convenio que se celebra en el concurso necesario, porque en la junta sobre espera ó quita se trata de una concesion benéfica, siempre al deudor, mas en el convenio que no versa sobre estos beneficios, se trata de contraer obligaciones recíprocas entre el deudor y los acreedores, cuya estension no se puede graduar debidamente sin la asistencia del deudor.

789. *Las votaciones serán siempre nominales y se consignarán en el acta que se estienda:* para que constando el número y clase de acreedores que votasen en pro ó en contra, puedan tener lugar los efectos que vamos á exponer: § 2 de dicho art.

*El voto de la mayoría formará el acuerdo:* § 5 de dicho art. Esta disposicion es una escepcion de la regla general, segun la cual, es cada uno juez de sus propios intereses. Además, si se exigiera la unanimidad, apenas habria caso de que resultara acuerdo alguno, bastando á veces para impedirlo la mala voluntad de un acreedor ó sus temores exagerados.

En cuanto á las reglas á que debe atenderse para considerar que hay mayoría sobre el acuerdo, la nueva ley se ha separado de las marcadas tanto por derecho romano como por nuestras leyes de Partida.

Segun estas disposiciones la mayoría se regulaba por las cantidades ó el montante de los créditos; y no por el número de acreedores; *mayorem esse partem pro modo debiti, non pro numero personarum placuit*, decia Papiniano en la ley 8, tit. 14, lib. 2 del Dig.: igual regla se consignaba en la ley 8, tit. 74, lib. 7 del Cód., en la cual se decia espresamente, que si el crédito de un solo deudor ascendia á mayor cantidad que el de todos los demás, fuera preferido su voto á los de estos, aunque todos ellos fuesen contrarios al suyo. Asimismo, cuando los créditos ofrecian de una y otra parte igual valor, se atendia á la votacion adoptada por mayor número de acreedores; si era igual por ambas partes el número de acreedores y el valor de sus créditos, se atendia á la dignidad de los votantes, y si tambien habia igualdad sobre este punto, se adoptaba la votacion mas favorable al deudor: V. las leyes 8, del Cód. cit. 7, § 19; 8 y 7 pr. § 17 y 2, Dig. de pactos.

La ley 5, tit. 15, Part. 5, adoptó estas disposiciones aunque sin apreciar en mas para aquel efecto la dignidad de las personas. Este sistema ofrecia desde luego el inconveniente de que dominara á veces en la junta la voluntad ó el interés de una sola persona ó del menor número contra los de todos los demás, prevaleciendo á veces el acuerdo menos equitativo, ya se

considerase absolutamente, puesto que era el adoptado por el menor número de inteligencias, ó bien si se mirase con relacion á los demás acreedores, puesto que podia formarse un acuerdo que al paso que apenas fuera sensible al acreedor poderoso, arruinase á los demás que no pudieran hacer iguales sacrificios.

Por estas consideraciones la nueva ley de Enjuiciamiento establece, atendiendo á reunir las dos mayorías de personas concurrentes y de créditos, que para que haya mayoría se necesita precisamente: 1.º que se reúnan las dos terceras partes de votos de los acreedores concurrentes á la junta y 2.º que los créditos de los que concurran con sus votos á formar la mayoría, importen cuando menos las tres quintas partes del total pasivo del concurso: § 4 del art. 511. Esta disposicion, copiada en su segunda parte del artículo 1153 del Código de Comercio, no se ha contentado con requerir una mayoría absoluta, ni aun respecto del número de acreedores, como se observaba en el art. 1153 citado, sino que ha requerido la de un tercio respecto de la de los acreedores y la de un quinto en cuanto al importe de los créditos. Hasta tal punto ha creído deber tomar la nueva ley precauciones para que el acuerdo de la junta sea efecto del mayor número de voluntades é intereses.

La mayoría en número de acreedores se computa, pues, atendiendo á los que concurrieron á la junta y no á los comprendidos en el estado de las deudas que presenta el deudor, por la conveniencia de facilitar los prontos acuerdos y resoluciones sobre la espera y la quita, y porque no es justo que se halle en suspenso la realizacion de los derechos de los acreedores que sufrieron las molestias y gastos consiguientes á su presentacion por la apatía de los que no quisieron concurrir.

Así, pues, el acuerdo tomado por aquellos obliga á los ausentes, segun se consignaba ya en el derecho romano, ley 10, tit. 14, lib. 2 del Dig. Además, si lo acordado no obligase á todos los acreedores, se causaria un perjuicio evidente á aquellos para quienes fuera obligatorio, porque si el deudor quedase obligado respecto de algunos mas allá de los límites de lo acordado, podria carecer de medios para cumplir con los demás conforme á lo que acordaron, calculando sobre la universalidad de sus recursos. Pero esta sujecion á lo acordado se entiende respecto de los acreedores que fueron debidamente citados y dejaron de concurrir voluntariamente, mas no en cuanto á los que por hallarse en el extranjero ó en Ultramar, no tuvieron el tiempo necesario para presentarse por sí ó por apoderados, segun lo dispuesto en el art. 507 y 626 que espondremos mas adelante.

Para la formacion de dicha mayoría numérica se atiende solo á las personas de los acreedores contra el deudor, y no al número de créditos que tengan estos en su favor; de manera que nunca tendrá mas de un voto cada acreedor aunque tuviera créditos distintos y ya sean estos anteriores ó posteriores á la solicitud de la espera ó la quita, pues nada importa para este efecto el origen de los créditos. Así se halla espresamente consinado en la ley 9, tit. 14, lib. 2 del Digesto, con aplicacion á los acreedores, lo que

se fuda en lo difícil de que un solo hombre haga las veces de dos, *nam difficile est ut unus homo duorum vicem sustineat*; así lo estableció también el tribunal de Casación de Francia por decisión de 24 de marzo de 1840, fundándose en que el derecho de votar en una junta es un derecho individual que solo puede ejercerse una vez por la misma persona, cualquiera que sea el número de títulos que le confieran el derecho de ejercerlo.

Recíprocamente si varias personas tuvieren juntamente una acción ó crédito contra el deudor, v. g., varios coestipulantes, no tendrán mas que un voto todas ellas: ley 9, tít. 14, lib. 2 del Dig.

Mas si un acreedor ha cedido sus créditos á varias personas, cada una de estas tendrá un voto, á no ser que por haberse hecho la cesion despues de la solicitud del deudor ó por otras causas, hubiere motivo fundado para presumir que la cesion se hizo en fraude de la ley para ganar votos con el nombre de acreedores supuestos. V. la ley 9, tít. 14, lib. 2 Dig.

Pero varios acreedores pueden nombrar un mismo apoderado que los represente, no obstante hallarse espresamente consignado por el art. 1066 del Código de Comercio, que no puedan llevar en las quiebras los apoderados mas que una sola representacion, pues no habiéndose adoptado esta prohibicion en la nueva ley de Enjuiciamiento, hay fundamento para creer que ha comprendido el legislador, que introducir restricciones sobre este punto seria quebrantar los principios de la libertad del mandato y poner trabas á los ausentes para la concurrencia á la junta. En tal caso, para combinar estos principios é intereses, opinan autores respetables, entre ellos Boulay-Paty, Renouard y Bedarride, en sus tratados de las quiebras, que el apoderado que represente á varios acreedores, tendrá tantos votos como sean aquellos en número.

790. No hay duda que la computacion de la mayoría de acreedores atendiendo solo á los concurrentes á la junta, puede ofrecer el inconveniente de sujetar á lo decidido por aquellos á la mayoría absoluta de acreedores si el número de los ausentes fuere bastante para constituir esta. Por tal razon quizá, no ha querido la ley que se atendiera para fijar la mayoría de las tres quintas partes de créditos á los que representaran dichos acreedores presentes, sino á los que compusieran el total pasivo del concurso, pues de esta suerte, aunque dicte la ley el menor número de creadores, por no haberse presentado los otros á la junta, se asegura á los ausentes contra los abusos de aquellos, paesto que no pueden sacrificarse los intereses de los primeros por los segundos, sin que sacrifiquen también estos los suyos, que son de mayor importancia. Para la computacion de dichos créditos se ha de atender también á los intereses, acumulándolos á cada uno, segun espresaba la ley 9, tít. 14, lib. 2 del Dig. al fin.

791. Como hay varios acreedores que por el privilegio de preferencia que disfrutan sus créditos ó por las hipotecas que están afectas á su pago pudieran, si se les obligaba á tomar parte en la votacion, dar su voto con poco interés, perjudicando á los demás acreedores, ha creído la ley conveniente dejarles en libertad de concurrir ó no á la votacion. Por eso disponen

en el párrafo 3 del art. 511, que *los acreedores por trabajo personal y alimentos, gastos del funeral, ordenacion de última voluntad y prevencion de testamentaria ó abintestato, así como los hipotecarios legales y por contrato, pueden abstenerse de tomar parte en la votacion*. La ley no prohíbe tampoco que concurren á votar, porque á pesar de la preferencia é hipoteca de sus créditos, puede no ofrecerles estas ventajas las seguridades suficientes para el cobro, ya por haber muchos acreedores igualmente privilegiados, ya por no ser bastante á cubrir el importe de este el valor de la hipoteca. Si, pues, *tomaren parte en la votacion, quedarán obligados como los demás acreedores á los resultados de la junta*, por la regla de *qui sentit commodum et incommodum sentire debet*, y porque como pueden concurrir á la votacion cuando su hipoteca ó privilegio les asegura lo suficiente el pago de su crédito, si no quedaran obligados á las esperas ó quitas que se acuerden, no arriesgarian en nada sus créditos y podrian entenderse con el deudor y consentir remisiones considerables y perjudiciales á los demás acreedores. *Si se abstuvieren, no quedan obligados á estar y pasar por lo acordado*, pero tampoco pueden perjudicar con su voto á los demás, respecto de los cuales tendrá eficacia el acuerdo, y en su consecuencia no deberán comprenderse aquellos en el número de los concurrentes para hacer la computacion de la mayoría de acreedores. Asimismo, atendiendo debidamente á la reciprocidad de derechos y á que se cumpla el objeto que se ha propuesto la ley al establecer aquella escepcion, no se atenderá en el caso de no tomar parte en la votacion los acreedores privilegiados ó hipotecarios, para formar la mayoría de créditos, al importe de los dichos acreedores, pues de lo contrario se pondrian trabas á los demás para formar esta mayoría. Pero aun cuando aquellos se abstuvieran de votar, pueden concurrir á la junta y á la discusion que en ella se entable para ilustrarse sobre el estado del deudor y enterarse de lo convenido, pero sin tomar parte ellos mismos en el debate, pues con esto no se hace mas que mirar por su interés sin perjudicar á los otros. Así se halla admitido generalmente por los autores extranjeros, entre ellos Renouard y Rogron. Es también opinion admitida que la doctrina espuesta ó los efectos de abstenerse de votar aquella clase de acreedores, deben observarse aunque por tener créditos comunes ó que no pertenecen á la clase de los enunciados, asistieren y votaren bajo este solo concepto. Sin embargo, en tal caso deberá el juez observar cuidadosamente si la votacion como acreedor comun, se hace simuladamente para influir con ella en la mayoría, librándose al mismo tiempo del acuerdo como acreedor privilegiado ó hipotecario, lo que será mas fácil de conocer por las razones que se espongan en la discusion.

792. *Si el acuerdo fuere denegatorio de la quita ó espera, queda concluido el juicio, y en libertad los interesados para hacer uso de los derechos que puedan corresponderles*: art. 512. Esto no ofrece duda cuando se deniega la espera ó la quita, por las dos terceras partes de acreedores concurrentes cuyos créditos importan las tres quintas partes del total pasivo del concurso. Mas, ¿qué deberá hacerse cuando no resultare acuerdo por no

haber esta mayoría que la ley requiere para constituirlo ó cuando solo hubiera mayoría de acreedores y no de créditos, ó al contrario? La ley nada resuelve. Los autores franceses opinan por que se celebren varias sesiones en el primer caso para que puedan avenirse los ánimos con la discusión, y si solo resultare una de las dos mayorías, permite el mismo legislador la celebración de una nueva junta en el término de ocho dias: art. 109 del Código de comercio francés. Si en esta segunda junta no se reúnen las dos mayorías, se considera desechada la solicitud, según decision del tribunal de Casacion de 9 de agosto de 1840. Y esto es lo que debe adoptarse tambien entre nosotros en el silencio de nuestra ley, quedando en su consecuencia, los acreedores y el deudor en el mismo estado que antes de presentarse la solicitud de quita ó espera.

795. *Si el acuerdo fuere favorable al deudor podrá ser impugnado dentro de los ocho dias siguientes al de la junta por cualquier acreedor que no haya concurrido, ó que haya disentido ó protestado contra el voto de la mayoría: art. 513.* Y en efecto, si se obliga á la minoría á pasar por el acuerdo de la mayoría, en que no consintió, es con la condicion, por lo menos, de que se habrán observado todas las formalidades prescritas, y que el juez habrá reconocido buena fe en el deudor: de aquí se deriva, pues, el derecho que tienen las partes interesadas, en ilustrar al juez sobre los vicios que pudiera presentar el acuerdo. Se designa el breve término de ocho dias, para que no se suspendan por mucho tiempo los efectos de este, si se juzga válido, y porque se considera á los acreedores dispuestos y preparados ya de antemano para su impugnacion, en el caso de ser favorable al deudor. Además, se ha tenido en cuenta para ello, como dice el señor Gomez de Laserna en sus Motivos de la ley, la conveniencia de no dejar á la cavilosidad y á las malas artes demasiado tiempo para preparar impugnaciones que no tuvieran su origen en causas ciertas.

La oposicion se permite tanto á los acreedores que no hubieren concurrido á la junta, como á los que hubieren disentido y además protestado contra el voto de la mayoría, pues sin esta protesta se entiende que se avienen con lo acordado. La razon en que se apoya la ley al permitir la oposicion á estas dos clases de acreedores, consiste en que á todos ellos puede perjudicar el acuerdo, por lo que, y en sentido inverso, no se permitirá á los acreedores privilegiados ó hipotecarios que menciona el art. 511, cuando se abstuvieron de tomar parte en la votacion, puesto que en tal caso no están obligados á pasar por lo resuelto.

794. Fundándose la oposicion, no ya en la esencia de lo acordado, pues que se supone haber consentido en ella, por el hecho de no concurrir á la junta, sino tan solamente en la presuncion de que los acreedores no querian consentir sino en un acuerdo verificado legalmente con las circunstancias que requiere el derecho, establece al art. 513 de la ley, que las únicas causas por que pueden ser impugnados los acuerdos sobre quita ó espera, son las siguientes:

1.º Defecto en las formas establecidas para la convocacion, celebracion

y deliberacion de la junta; tal seria, por ejemplo, si se hubiera omitido hacer la citacion á algun acreedor, ó no se le hubiera hecho en la forma que prescribe el art. 508, ó no se hubiera señalado término bastante para poder concurrir á la junta, ó se hubiera impedido el uso de la palabra á algun acreedor, cuando no la hubiesen reclamado mas de dos, etc. Habiendo podido influir estos defectos esencialmente en la validez del acto y en la adopcion del acuerdo, nada mas justo que permitirse su impugnacion.

2.º *Falta de personalidad ó representacion de alguno de los que hayan concurrido con su voto á formar la mayoría.* Habria falta de personalidad si se presentaran por ejemplo, menores ó incapacitados, por sí y no por medio de sus representantes ó de los que deban suplir su incapacidad con arreglo á derecho, como requiere la ley para presentarse en juicio y contraer obligaciones, puesto que por la concesion de la espera ó de la quita se verifican tales actos. Carece de representacion el que acude sin el documento que se la acredite. Pero no obstante estas faltas, no procederá la oposicion cuando aquel á quien afectan hubiere votado con la minoría, ó bien con la mayoría cuando ya estaba formada.

3.º *Inteligencia fraudulenta entre uno ó mas acreedores y el deudor para votar á favor de la quita ó espera,* porque tales maquinaciones suponen por lo menos la intencion de causar perjuicios á los demás, sujetándoles á un acuerdo que no es efecto de voluntades movidas únicamente por la buena fe, y la ley debe estar pronta á remediar tales abusos, invalidando los actos que son su consecuencia, y aun imponiendo la pena merecida por el perjuicio con ellos inferido.

4.º *Exageracion fraudulenta de créditos para procurar mayoría de cantidad;* como si se supusieran créditos ó se hiciera aparecer, v. gr., el que solo importa 4, como importando 6; pues tambien por este medio se trata de burlar y perjudicar á los acreedores: habrá, pues, lugar á oposicion por esta causa, aunque no se hubiera logrado formar por ella la mayoría.

795. Para que el acuerdo tenga la debida eficacia, es necesario que se haya homologado. Asi, pues, *pasados los ocho dias, sin haberse hecho oposicion, traerá el juez los autos á la vista y dictará providencia, mandando llevar á efecto el convenio y condenando á los interesados á estar y pasar por él. Dictará tambien para su ejecucion las providencias que correspondan, á instancia siempre de parte legítima: art. 514.* El derecho de provocar la homologacion pertenece á todas las partes interesadas, según declara el art. 513 del Código de comercio francés, es decir, al deudor y á sus acreedores, porque tambien éstos tienen interés en que surta efecto un acuerdo que han combinado del modo mas ventajoso para ellos, atendidas las circunstancias: asi es que el juez debe esperar, para llamar los autos á la vista y dictar sentencia, á que lo pida alguno de aquellos, pues cuando solo se trata de intereses de particulares, como sucede aquí, estos son los que dan movimiento al proceso.

796. *La providencia en que se mande llevar á efecto el convenio no es apelable por ninguno de los que hayan sido citados personalmente para la*

*junta, y no lo hayan impugnado en los términos prevenidos en el art. 515; pues habiendo quedado obligados al cumplimiento del convenio en el mero hecho de no impugnarlo por considerarse que lo aprobaron con su silencio, sería una inconsecuencia suministrarles un medio de oponerse á su ejecución, puesto que el juez en su sentencia no ha hecho mas que declarar la eficacia de aquel acuerdo, y que en su consecuencia nada puede alegarse directamente contra su fallo. Esto se entiende tanto de los acreedores que hubieren asistido á la junta, como de los que no hubieren concurrido, y aunque su asistencia hubiere sido por medio de procurador, pues en el mero hecho de haber sido citados personalmente, no pueden alegar ignorancia de su celebracion y de lo acordado en ella, aun cuando nada hubieren sabido por no hacer uso de su derecho, á pesar de haberseles atendido con todas las noticias necesarias para ello.*

Mas los acreedores que, aunque hubieren sido citados personalmente impugnaron el convenio en los términos prevenidos en el art. 515, podrán apelar de la sentencia en que se mande llevar este á efecto, segun se deduce á contrario sensu, del párrafo 1.º del art. 515, porque no habiendo aprobado el convenio, debe seguir su oposicion todos los grados permitidos por el derecho.

Por la razon inversa de poder alegar la ignorancia de la celebracion de la junta y de lo acordado en ella, dispone el art. 515 en su párrafo 2.º *quede á salvo su derecho para impugnar la providencia referida á los acreedores que no hayan sido convocados personalmente, y que en su consecuencia no hubieren asistido á la junta; porque no hay contradiccion en concederles que se opongan á los efectos de un convenio que no impugnaron antes por ignorarlo. Sin embargo, para evitar que permanezcan en suspenso indebidamente los derechos atribuidos por el convenio, se dispone en el § 3 del art. cit., que esto no obstante, si á instancia del deudor se les hubiese notificado el acuerdo, y no protestaren contra él en el acto ó dentro de los cinco dias siguientes á la notificacion, será obligatorio para ellos, del mismo modo que para los que han sido convocados personalmente y no han reclamado en debida forma. Y para evitar toda alegacion de ignorancia sobre estos extremos, que pudiera tener lugar si la notificacion se efectuara simplemente y en general como las demás, se previene en el art. 516, que, al hacer la notificacion de que habla el párrafo último de artículo anterior, se enterará al acreedor de lo que en él se dispone, haciéndolo constar en la misma diligencia, bajo pena de nulidad.*

797. Formulada la oposicion contra el acuerdo para que se anule, se sustanciará por la via ordinaria, por ser propia, la naturaleza de la accion de nulidad que se propone, de la tramitacion del juicio ordinario; § 1 del art. 517; sirviendo dicha oposicion de demanda.

Serán parte en ella como demandantes los que la hayan formulado y como demandados los acreedores que quisieren sostener el acuerdo de la junta. Tambien podrá ser parte el deudor, porque en efecto puede tener interés en que se sostenga el acuerdo, puesto que le es favorable: § 2 del artículo 517.

798. Aplicando espresamente la ley las disposiciones del juicio ordinario, á que sujeta la oposicion sobre el modo como debe sostenerse el juicio cuando varios litigantes abogan por unas mismas pretensiones, previene en el § 3 del art. 517, que *los acreedores que sostengan el acuerdo de la junta litigarán unidos bajo una misma direccion y representados por un solo procurador. Lo mismo harán los opositores, si fueren varios. Esta disposicion es extensiva al deudor si se presentare en el pleito, en cuyo caso litigará con los que sostengan sus mismas pretensiones.*

799. *La providencia que recayere es apelable en ambos efectos: art. 518; pues no existen acerca de ella ninguna de las causas de urgencia y demás que aconsejan conceder la apelacion tan solo en el efecto devolutivo, segun espondremos al tratar de las apelaciones.*

Véanse, para mayor ilustracion de esta materia, las disposiciones de la ley que tratan sobre el convenio en el juicio necesario de acreedores, que se esponen en la seccion tercera de este título.

## SECCION II.

## DEL CONCURSO NECESARIO.

## § I.

*Naturaleza de este juicio; declaracion del concurso y sus efectos.*

800. Se llama *concurso necesario* y tambien *pleito ú ocurrencia de acreedores*, el que estos mismos promueven sin que los convoque el deudor y aun contra su voluntad, cuando no aparecen bienes suficientes de este, para que se les satisfagan sus respectivos créditos, conforme á su graduacion, y en cuanto alcanzaren aquellos bienes.

801. Por esta definicion se comprenderá fácilmente, que el concurso necesario se diferencia del voluntario en cuanto á su origen, en que el primero se promueve á instancia de los acreedores y el segundo á la del deudor, y en su consecuencia, en que en este presenta el deudor desde luego relacion de sus deudas y acreedores, y en aquel, solo se le obliga á ello despues de ejecutoriada ó consentida la declaracion del concurso.

Diferénciase en sus efectos, en que en el voluntario, habiendo hecho cesion de bienes el deudor, goza del beneficio de competencia, segun dijimos en la seccion precedente, mas no en el necesario. En cuanto á la diferencia que existía antiguamente de librarse el deudor por el primero de la prision, no tiene lugar ya en el dia por no proceder la prision por deudas.

802. Dedúcese tambien de la definicion espuesta, que para que haya concurso es necesario que reclamen al mismo tiempo varios acreedores el pago de sus créditos y que no sean bastantes para satisfacerlos cumplidamente los bienes del deudor, pues si solo reclamase un acreedor no habria concurrencia ó concurso, ó si aunque reclamasen varios, hubiese bienes

*junta, y no lo hayan impugnado en los términos prevenidos en el art. 515; pues habiendo quedado obligados al cumplimiento del convenio en el mero hecho de no impugnarlo por considerarse que lo aprobaron con su silencio, sería una inconsecuencia suministrarles un medio de oponerse á su ejecución, puesto que el juez en su sentencia no ha hecho mas que declarar la eficacia de aquel acuerdo, y que en su consecuencia nada puede alegarse directamente contra su fallo. Esto se entiende tanto de los acreedores que hubieren asistido á la junta, como de los que no hubieren concurrido, y aunque su asistencia hubiere sido por medio de procurador, pues en el mero hecho de haber sido citados personalmente, no pueden alegar ignorancia de su celebracion y de lo acordado en ella, aun cuando nada hubieren sabido por no hacer uso de su derecho, á pesar de haberseles atendido con todas las noticias necesarias para ello.*

Mas los acreedores que, aunque hubieren sido citados personalmente impugnaron el convenio en los términos prevenidos en el art. 515, podrán apelar de la sentencia en que se mande llevar este á efecto, segun se deduce á contrario sensu, del párrafo 1.º del art. 515, porque no habiendo aprobado el convenio, debe seguir su oposicion todos los grados permitidos por el derecho.

Por la razon inversa de poder alegar la ignorancia de la celebracion de la junta y de lo acordado en ella, dispone el art. 515 en su párrafo 2.º *quede á salvo su derecho para impugnar la providencia referida á los acreedores que no hayan sido convocados personalmente, y que en su consecuencia no hubieren asistido á la junta; porque no hay contradiccion en concederles que se opongan á los efectos de un convenio que no impugnaron antes por ignorarlo. Sin embargo, para evitar que permanezcan en suspenso indebidamente los derechos atribuidos por el convenio, se dispone en el § 3 del art. cit., que esto no obstante, si á instancia del deudor se les hubiese notificado el acuerdo, y no protestaren contra él en el acto ó dentro de los cinco dias siguientes á la notificacion, será obligatorio para ellos, del mismo modo que para los que han sido convocados personalmente y no han reclamado en debida forma. Y para evitar toda alegacion de ignorancia sobre estos extremos, que pudiera tener lugar si la notificacion se efectuara simplemente y en general como las demás, se previene en el art. 516, que, al hacer la notificacion de que habla el párrafo último de artículo anterior, se enterará al acreedor de lo que en él se dispone, haciéndolo constar en la misma diligencia, bajo pena de nulidad.*

797. Formulada la oposicion contra el acuerdo para que se anule, se sustanciará por la via ordinaria, por ser propia, la naturaleza de la accion de nulidad que se propone, de la tramitacion del juicio ordinario; § 1 del art. 517; sirviendo dicha oposicion de demanda.

Serán parte en ella como demandantes los que la hayan formulado y como demandados los acreedores que quisieren sostener el acuerdo de la junta. Tambien podrá ser parte el deudor, porque en efecto puede tener interés en que se sostenga el acuerdo, puesto que le es favorable: § 2 del artículo 517.

798. Aplicando espresamente la ley las disposiciones del juicio ordinario, á que sujeta la oposicion sobre el modo como debe sostenerse el juicio cuando varios litigantes abogan por unas mismas pretensiones, previene en el § 3 del art. 517, que *los acreedores que sostengan el acuerdo de la junta litigarán unidos bajo una misma direccion y representados por un solo procurador. Lo mismo harán los opositores, si fueren varios. Esta disposicion es extensiva al deudor si se presentare en el pleito, en cuyo caso litigará con los que sostengan sus mismas pretensiones.*

799. *La providencia que recayere es apelable en ambos efectos: art. 518; pues no existen acerca de ella ninguna de las causas de urgencia y demás que aconsejan conceder la apelacion tan solo en el efecto devolutivo, segun espondremos al tratar de las apelaciones.*

Véanse, para mayor ilustracion de esta materia, las disposiciones de la ley que tratan sobre el convenio en el juicio necesario de acreedores, que se esponen en la seccion tercera de este título.

## SECCION II.

## DEL CONCURSO NECESARIO.

## § I.

*Naturaleza de este juicio; declaracion del concurso y sus efectos.*

800. Se llama *concurso necesario* y tambien *pleito ú ocurrencia de acreedores*, el que estos mismos promueven sin que los convoque el deudor y aun contra su voluntad, cuando no aparecen bienes suficientes de este, para que se les satisfagan sus respectivos créditos, conforme á su graduacion, y en cuanto alcanzaren aquellos bienes.

801. Por esta definicion se comprenderá fácilmente, que el concurso necesario se diferencia del voluntario en cuanto á su origen, en que el primero se promueve á instancia de los acreedores y el segundo á la del deudor, y en su consecuencia, en que en este presenta el deudor desde luego relacion de sus deudas y acreedores, y en aquel, solo se le obliga á ello despues de ejecutoriada ó consentida la declaracion del concurso.

Diferénciase en sus efectos, en que en el voluntario, habiendo hecho cesion de bienes el deudor, goza del beneficio de competencia, segun dijimos en la seccion precedente, mas no en el necesario. En cuanto á la diferencia que existía antiguamente de librarse el deudor por el primero de la prision, no tiene lugar ya en el dia por no proceder la prision por deudas.

802. Dedúcese tambien de la definicion espuesta, que para que haya concurso es necesario que reclamen al mismo tiempo varios acreedores el pago de sus créditos y que no sean bastantes para satisfacerlos cumplidamente los bienes del deudor, pues si solo reclamase un acreedor no habria concurrencia ó concurso, ó si aunque reclamasen varios, hubiese bienes

para pagar á todos, no habria necesidad de promover el juicio de concurso, sino uno ó varios juicios particulares independientes de los demás.

803. Así pues, conforme á esta doctrina, prescribe la ley de Enjuiciamiento en su art. 521 que *la formación del concurso necesario de acreedores solo podrá decretarse á instancia de parte legítima*, esto es, de alguno de los acreedores, para lo cual presentará pedimento, con el título que justifique su crédito, y con tal que se acrediten los dos extremos siguientes, sin que baste justificar uno solo.

1.º *Que haya dos ó mas ejecuciones pendientes contra un mismo deudor*, pues si bien antiguamente se requerían tres, la nueva ley las ha limitado á dos, porque estas bastan para que haya concurso ó concurrencia de acreedores: cuando hubiera una sola, se seguiria un juicio ejecutivo ú ordinario respecto de esta, segun fuera la naturaleza del crédito.

2.º *Que no se hayan encontrado en todas ó en alguna de ellas bienes libres de otra responsabilidad conocida bastante á cubrir la cantidad que se reclame*. No deben, pues, hacerse sobre los bienes del deudor para acreditar este extremo, inquisiciones ó averiguaciones minuciosas que podrian redundar en perjuicio ó descrédito suyo, sino que bastará la prudente apreciación del juez en vista de lo que resultase de las ejecuciones pendientes, de que deberá dar el acreedor cuenta en su escrito.

804. En cuanto al juez competente para declarar el concurso, lo es cualquiera de los que estén conociendo de las ejecuciones, porque puede decirse que en estos radica y se ha prevenido ya el juicio, puesto que están entendiendo de las reclamaciones de los acreedores, y porque teniendo ya noticia sobre ellas y habiendo practicado diligencias acerca de los bienes que tiene el deudor, les es mas fácil conocer del concurso que á otro juez enteramente extraño á aquellas reclamaciones, y se evitan de esta suerte gastos y dilaciones inútiles. Sin embargo, si alguno de dichos jueces fuera el del domicilio del deudor y este ó el mayor número de sus acreedores lo reclamasen, deberán remitirse los autos para la continuación del juicio, con preferencia á los demás jueces: art. 522; porque en tal caso á las ventajas anunciadas se agregan las que provienen de seguirse el juicio en el domicilio del deudor y que espusimos al explicar el art. 503 que señala por juez competente para conocer del concurso voluntario el de este lugar.

#### *Declaración del concurso.*

805. Presentado, pues, á uno de dichos jueces el escrito en que se solicita la declaración del concurso, si el juez viese que viene en forma, y que se hallan acreditados los dos extremos á que se refiere el art. 521, hará dicha declaración sin necesidad de oír al deudor para ello, con el objeto de evitar gastos y pérdida de tiempo, y de impedir toda clase de fraudes y ocultaciones por parte de este, á la manera que se procede en el juicio ejecutivo, que tiene tambien por objeto el pago de los acreedores. Mas declarado el concurso, se notificará al deudor, para que pueda oponerse á él, segun diremos mas adelante, y se oficiará á los jueces que conozcan de los demás

pleitos ejecutivos, á fin de que los remitan para su acumulación al juicio universal: art. 523. Esta disposición tiene por objeto que pueda graduarse la preferencia que corresponde á los créditos respectivos de los acreedores, y que no se divida la continencia de la causa, evitándose que se den providencias contradictorias, y que no pueda atenderse en la sentencia de graduación del juicio de concurso al crédito del que obtuviera sentencia favorable sobre su pago en otro juicio distinto, teniendo que seguir otro pleito sobre preferencia para el pago de su crédito con los demás acreedores ya satisfechos. El artículo de la ley requiere la acumulación solamente respecto de los pleitos ejecutivos, y no de los demás, porque en cuanto á estos la estableció ya en el art. 157, núm. 5.º de la ley, explicado en el tit. 5, libro 1.º de esta obra, como regla general, y mas particularmente en los artículos 380 al 385 inclusivos, sobre el juicio de abintestato, que especifican los casos en que procederá la acumulación, segun que los pleitos se hallaren ó no pendientes antes del juicio universal, y que las acciones fueren reales ó personales, cuyas disposiciones deben considerarse aplicables al presente juicio por identidad de razón.

806. En el juzgado en que se declare el concurso y sin perjuicio de que se oponga á esta declaración el deudor, segun puede hacerlo y se dirá mas adelante, dictará el juez las providencias necesarias para el embargo y depósito de todos los bienes del deudor, la ocupación de sus libros y papeles y la retención de su correspondencia: art. 524. Estas providencias tienen por objeto asegurar los bienes, evitando fraudes y ocultaciones por parte del deudor; así es que se adoptan aun cuando este se hubiese opuesto á la declaración del concurso.

807. En cuanto al embargo de los bienes, deben exceptuarse de él los que con arreglo al art. 951 no pueden ser objeto de ejecución, segun prescribe, respecto del concurso voluntario, el art. 506, núm. 1.º

808. El depositario deberá ser persona de crédito y responsabilidad, para la debida seguridad de los bienes, sin que obste que sea ó no acreedor del concursado: art. 525. Así lo establece el art. 1,049 del Código de Comercio, requiriendo tambien que antes de dar principio á sus funciones preste juramento de ejercer bien y fielmente su encargo. Aunque hubiera sido mas conveniente que recayera dicho nombramiento en un acreedor, porque hallándose interesado en el juicio, ejerceria las funciones de depositario mejor que un extraño; la ley no ha exigido esta circunstancia, porque pudiera suceder que el acreedor no inspirase confianza, así es que se ha fijado especialmente en la moralidad y aptitud de la persona.

Ademas de la custodia de bienes, será obligación del depositario:

1.º *Administrar los bienes del concurso* y en su consecuencia alquilarlos, arrendarlos y cuidar de su conservación y custodia. El art. 1,055 del Código de Comercio y el art. 210 de la ley de Enjuiciamiento Mercantil de 1850, facultan al depositario para que pueda hacer los gastos indispensables con este objeto, previo permiso del juez, que deberá acreditarse en providencia formal, lo que parece aplicable al caso presente por analogía.

2.º Cobrar cualquiera créditos que tuviese el deudor. Segun el art. 528, § 1.º, la cobranza de los créditos se hará obteniendo previamente la venia del juzgado que se consignará bajo la firma del juez y del escribano en los títulos de los mismos créditos, lo que tiene por objeto asegurar á los interesados en el concurso contra todo fraude sobre este particular. Los artículos 1,030, y 1,031, del Código de Comercio, establecen tambien, respecto del cobro de documentos de créditos vencidos en domicilio diferente, que se remitan por el depositario para su cobro á persona abonada, con prévia autorizacion del juez, y que será de cargo y responsabilidad del depositario practicar las diligencias necesarias con las letras que deban presentarse á la aceptacion ó protestarse por falta de esta ó de pago. Segun el art. 529 de la ley de Enjuiciamiento Civil, los fondos recaudados se depositarán en el establecimiento destinado al efecto, que designamos al explicar el art. 563 sobre abintestatos, y en la forma y por las razones allí espuestas.

3.º Proponer al juez la enagenacion de los efectos que no puedan conservarse para evitar con pérdida perjuicios al concurso. La ley limita á este caso la enagenacion de los bienes del concurso, á pesar de haber enumerado otras tres mas en el art. 997 sobre testamentarias, y que parece conveniente extender á aquella obligacion, por las razones espuestas al explicar dicho artículo, mucho mas si se atiende á que no pueden cometerse abusos por el depositario sobre este particular, puesto que segun el art. 528 de la ley, § 2.º, la venta se hará con las formalidades que se prevendrán para las que hayan de ejecutar los síndicos, esto es, si los bienes fueran alhajas, frutos, semovientes, muebles ó raices, en pública subasta, y si efectos públicos ó valores de otra cualquier clase, por medio de agente ó corredor nombrados al efecto por el juez.

Siendo el cargo del depositario trabajoso y molesto y sujeto á responsabilidad, nada mas justo que sea retribuido, ademas que de lo contrario no seria fácil hallar persona que se encargase de la administracion de los bienes con la fidelidad debida. Esta retribucion la ha graduado el legislador atendiendo al trabajo y á la responsabilidad de aquel cargo, fijándole un tanto por ciento de los productos y una cantidad fija, para que, como dice el Sr. Laserna, en sus *Motivos* de la ley, no quedarán desatendidos los servicios que aquel prestara respecto á los bienes que ninguna clase de frutos ó emolumentos producian. Por esto establece el art. 530 que el juez señalará dietas al depositario. Estas no podrán pasar de cincuenta reales diarios, teniendo para ello en consideracion la entidad y circunstancias de los bienes confiados á su custodia. Se le abonarán ademas: 1.º Medio por ciento sobre la cobranza de créditos; 2.º Uno por ciento sobre el producto líquido de la venta de frutos ó bienes muebles ó semovientes que se enagenen, 3.º cinco por ciento sobre los productos líquidos de la administracion que no procedan de las causas espresadas en los párrafos anteriores. Comparadas estas cuotas con las que señala el art. 401 á favor del administrador de los abintestatos, se advierte que á este se le asigna en uno por ciento mas sobre el producto líquido de la venta de frutos, bienes mue-

bles ó semovientes, y asimismo un uno por ciento sobre el producto líquido de la venta de bienes raices, y un medio por ciento de igual producto de la venta de efectos públicos, ninguna de cuyas cuotas se señalan al depositario de los bienes concursados; pero esta desigualdad desaparece al considerar que al administrador del abintestato no se le asigna dieta alguna fija.

809. Respecto de la correspondencia, atendiendo la ley á conciliar que no se divulguen secretos de familia ó ajenos á los intereses del concurso, y que no se hagan ocultaciones respecto de estos, dispone en el art. 527, que el deudor abrirá la correspondencia en presencia del juez y del escribano, y recibirá en el acto la que no se refiera á sus bienes ó negocios, reteniéndose hasta su día la que trate de ellos. Si por el resultado de la correspondencia fuese necesario adoptar alguna medida urgente para la seguridad de los bienes, lo hará el juez con conocimiento del deudor.

#### Oposicion del deudor á la declaracion del concurso.

810. Ya hemos dicho que las disposiciones anteriores se toman por el juez desde luego por su urgencia y perentoriedad, sin perjuicio de la oposicion del deudor á que se declare el concurso. El deudor puede, en efecto, oponerse á la declaracion del concurso, dentro de los tres días siguientes al en que le haya sido notificada, § 1.º del art. 531. Nada mas justo que esta disposicion, pues si bien la nueva ley ha juzgado conveniente facultar al juez para hacer dicha declaracion sin necesidad de oír al deudor para evitar ocultaciones y fraudes, esto es bajo el supuesto de que hubiera motivo legitimo para decretarla, justo es, pues, oír al deudor cuando han desaparecido aquellos inconvenientes con las diligencias practicadas para asegurar los bienes, sobre los errores, equivocaciones ó abusos que haya podido cometer la autoridad judicial con aquella medida. Sin embargo, el término para esta declaracion debia ser breve para que no se dilataran los efectos del juicio con dilaciones maliciosas. Por eso la ley señala tres días, declarando, que pasados estos sin oponerse, se estimará consentida la declaracion. § 2.º del art. 531, y se procederá segun previene el art. 538 que espondremos mas adelante.

811. Si el deudor formalizase oposicion, se sustanciará esta con el acreedor á cuya instancia se haya hecho la declaracion de concurso, puesto que él es quien lo sostiene, pudiendo considerársele como el demandante del deudor bajo este punto. Unidos al deudor y bajo una misma direccion y representados por el mismo procurador, litigarán los acreedores que se opusieran como él á la formacion del concurso: lo que tiene por objeto evitar gastos y dilaciones, y es conforme á lo dispuesto en el art. 253 y otros de la ley. En los propios términos litigarán unidos al acreedor ó acreedores, á cuya instancia se haya hecho la declaracion, los demás que quieran sostenerla; disposicion que tiene igual fundamento que la anterior: art. 532.

812. La sustancia de la oposicion á la declaracion del concurso se

acomodará á los trámites establecidos para el juicio ordinario, por ser este juicio declarativo el mas adecuado á este género de cuestiones. Pero como de seguirse en toda su plenitud estos trámites se causarían dilaciones perjudiciales á los interesados en el concurso, la ley ha establecido las siguientes modificaciones: 1.<sup>a</sup> Los traslados serán por tres dias improrogables. 2.<sup>a</sup> Solo habrá prueba por conformidad de los interesados ó en su defecto cuando el juez lo considere necesario, disposicion análoga á la de los artículos 237 y 343. 3.<sup>a</sup> El término de prueba será de diez dias improrogables. 4.<sup>a</sup> Publicadas las pruebas se dictará sentencia sin alegatos ni vista pública, como se establece en general respecto de los juicios sumarios cuyo carácter tiene este incidente. V. lo dicho en el núm. 1144 sobre los incidentes, libro 2.<sup>o</sup> de esta obra. 5.<sup>a</sup> Si se interpusiese apelacion, se admitirá en ambos efectos y sustanciará, del modo prevenido en los artículos 840 y siguientes de esta ley, y que pondremos en su lugar.

813. Si se hubiese interpuesto apelacion, fallados que sean los autos por el tribunal superior, se devolverán al juzgado de primera instancia con certificacion de la sentencia, sin ningun otro inserto, salvo el de la tasacion de costas, si hubiese habido condena: art. 555.

814. Mientras se sustancia y decide la oposicion, continuarán ejecutándose las medidas adoptadas para el embargo y depósito de los bienes, ocupacion de libros y papeles, detencion y exámen de la correspondencia: art. 555, por las razones que dejamos ya espuestas. Pero como estas diligencias pueden causar perjuicio al deudor, y seria injusto no concederle la debida reparacion cuando se procedió con dolo ó fraude, la ley dispone para el caso de que se declare la oposicion improcedente por sentencia ejecutoria, que queda su derecho á salvo al deudor para reclamar del acreedor á cuya instancia se haya declarado el concurso, la indemnizacion de daños y perjuicios ocasionados, si al ejecutarla se hubiera procedido con dolo ó falsedad: art. 557.

815. Asimismo, nada mas justo que reponer las cosas al estado que tenían antes de la declaracion del concurso, cuando se declara este improcedente. Por tanto, previene la ley en su art. 557, que si se revocase el auto de declaracion de concurso, se alzará la intervencion, y se hará entrega al deudor por el depositario y escribano de los fondos, bienes, libros, papeles y correspondencia retenida. El mismo depositario, si hubiese desempeñado actos de administracion, rendirá cuentas al deudor: art. 556. A dichas cuentas puede formarse impugnacion por este, asi como se establece relativamente á las de los síndicos en el art. 567.

Mas las consecuencias de la sentencia que revoca la declaracion del concurso se limitan á reponer al deudor en la administracion de sus bienes, de que se le privó por efecto de aquella declaracion, dejándole en el mismo estado en que se hallaba anteriormente, y privando á los acreedores de las ventajas del concurso, mas no por eso pierden estos el derecho de ejercitar sus acciones en el juicio ejecutivo ó demás que procediesen, continuando los que tenían incoado cuando se promovió el concurso.

*Disposiciones consiguientes á la declaracion del concurso.*

816. Consentido, por haber dejado pasar el término para la oposicion, ó ejecutoriada por el fallo confirmatorio de la superioridad, la declaracion del concurso, el juez mandará hacer saber al concursado, que en el término de segundo dia presente relacion de sus acreedores con la oportuna manifestacion de las causas de su estado: art. 558. Esta disposicion tiene por objeto poder convocar á aquellos y adquirir noticias para proceder debidamente y con todo conocimiento de causa. Teniendo, pues, esta medida los mismos fundamentos que la del art. 506, y requiriendo noticias análogas á las que segun este debe presentar el deudor cuando promueve el concurso voluntario, conviene que en las relaciones mencionadas se especifiquen los extremos que dirigimos al esplicar aquel artículo. El 558 no exige al deudor la relacion firmada de sus bienes que el 506, porque habiendo pendientes contra él dos ejecuciones por lo menos, es de suponer que no tendrá ó no dará noticia de mas bienes que los que presentó ó se le hallaron para hacer frente á estas.

Para evitar los perjuicios que podrian seguirse á los acreedores que no accedieron al concurso, por no tener noticia de este juicio, á causa de hallarse ausentes, y de no ser convocados por haberlos omitido el deudor en su relacion, mandará el juez también fijar edictos en los sitios públicos é insertarlos en los periódicos del pueblo, si los hubiere, en el Boletín de la provincia, y si lo creyere conveniente, atendidas su importancia y circunstancias del concurso en la Gaceta de Madrid, anunciándolo y llamando á los acreedores, á fin de que se presenten dentro de veinte dias con los títulos justificativos de sus créditos: art. 558. § 2.<sup>o</sup> Asi, pues, presentados estos títulos por los acreedores con el escrito en que comparecen al juicio, se habrán por presentados por el juez si le parecieren aquellos legítimos, pero sin entrar en el exámen de la certeza del crédito, pues esto se verifica mas adelante en la pieza de autos sobre el reconocimiento de créditos.

*Nombramiento de síndicos del concurso y su impugnacion.*

817. Transcurridos los veinte dias mencionados, convocará el juez á junta general de acreedores para el nombramiento de síndicos: art. 559.

818. La convocacion se hará por cédula á los acreedores que se hayan presentado, y á los demás por edictos que se publicarán en la forma antes establecida en el art. 509. En las cédulas y edictos se señalarán el dia y hora para la reunion, la cual no tendrá efecto hasta pasados veinte dias desde la fecha de la convocatoria, para que puedan concurrir los que aun no se presentaron, y adquirir todos noticia sobre el estado de los negocios del deudor, y prepararse para hacer valer sus derechos: art. 540.

819. En el dia señalado se procederá á celebrar la junta bajo la presidencia del juez, el cual debe dirigir la discusion, cuidar que se guarde el orden debido, y con asistencia del escribano, para que dé fé de lo que se acuerde

y resulte. Solo podrán concurrir á ella los acreedores que hayan presentado los títulos de sus créditos ó que los presenten en el acto (aun cuando no consten en la relacion que debe presentar el deudor), bien sea personalmente ó por medio de sus respectivos apoderados, pues sin acreditar una persona su cualidad, no puede gozar de los derechos concedidos á la misma. Así, pues, el juez examinará dichos títulos y poderes para ver si vienen ea regla, admitiendo en tal caso á los acreedores al concurso: art. 541.

820. Para que el juez pueda declarar constituida la junta es necesario que los acreedores que concurren, representen por lo menos las tres quintas partes del capital pasivo del concurso, puesto que segun el art. 511, al que se refiere el 541, para que haya mayoría en las votaciones de los acuerdos en general, es preciso que los créditos de los que voten importen dicha suma.

821. Principiará la sesion leyéndose por el escribano las disposiciones de esta ley que tienen relacion con el nombramiento de síndicos y su impugnacion, para que no pueda alegarse ignorancia por parte de los interesados y evitar errores y equivocaciones; continuará dándose cuenta de todos los antecedentes de las diligencias de ocupacion de bienes y papeles, y de cualesquiera otro incidente que hayan tenido lugar, como el de la oposicion del deudor á la declaracion del concurso: § 1.º del art. 541.

822. Aunque esta junta se celebra principalmente para el nombramiento de síndicos, podrá en ella, y antes de pasar mas adelante en este juicio, celebrarse entre los acreedores y el concursado los convenios de espera, quita y demás que creyeren convenientes, puesto que el art. 611 faculta á los acreedores y al concursado para hacer estos convenios en cualquier estado del juicio. Por eso convendrá que en dicha junta presente el depositario de ella, segun prescribe el art. 1,067 del Código de comercio, informe sobre el estado del concurso y nota de las recaudaciones y gastos hechos hasta el dia, para que pueda servir de ilustracion á los acreedores y proceder con todo conocimiento de causa segun mas conviene á sus intereses. Tambien deberán hacerse en el acto por el juez ó á instancia de cualesquiera de los interesados las comprobaciones que juzgaren convenientes con los documentos del concurso y los autos que se tendrán á la vista, segun lo dispuesto en el artículo citado del Código de comercio. Si se propusiera, ptes, convenio, procederá el juez con arreglo á los art. 613 y siguientes que esplicaremos mas adelante: No habiendo dicha proposicion se procederá del modo siguiente en la junta.

823. Leidas las disposiciones ya mencionadas, ó como se dice en el párrafo 4.º del art. 541, hecho esto, se procederá al nombramiento de síndicos, quedando elegidos los que lo hayan sido por la mayoría en la forma prevenida en el art. 511 sobre el concurso voluntario, esto es, los que reúnan dos terceras partes de votos de los concurrentes á la junta, siempre que los créditos de los que concurren con sus votos á formar la mayoría importen, cuando menos, las tres quintas partes del total pasivo del concurso. Véase lo que espusimos al esplicar dicho art. 511. Pero como pudiera suceder que no reuniera esta mayoría ninguno de los votados, sin

que dejaran de concurrir en estos por tal circunstancia, las cualidades que la ley requiere para desempeñar la sindicatura, siendo por otra parte conveniente su nombramiento á los interesados en el concurso, para que puedan estos ponerse de acuerdo sobre un individuo, haciendo el sacrificio tal vez de afecciones personales, previene la ley en los párrafos 5.º y 6.º del artículo 541 citado, que si en el primer escrutinio no reuniese ninguno las mayorías de número y cantidades, se procederá á nueva votacion entre los cuatro que se hayan acercado mas á una y otra mayoría, y cuando en este segundo escrutinio tampoco reuniese ningun acreedor dichas dos mayorías, quedará elegido el que haya sido designado por la mayoría relativa de votos, esto es, por la mitad mas uno de los concurrentes á la junta, y el que hubiera tenido en su favor la mayoría tambien relativa de cantidad, esto es, la mitad mas uno del total pasivo del concurso: así se evita la repeticion escesiva de votaciones que podría dilatar demasiado y aun ilimitadamente la eleccion con perjuicio de los mismos interesados.

824. Caso de que en el primer escrutinio hubiera reunido un acreedor las dos mayorías, se repetirá la votacion para el nombramiento del otro síndico; y si nadie las obtuviere, se entenderá nombrado el que habiendo tenido en su favor una de ellas, sea interesado personalmente por mayor número de votos; § 7 del art. 541; lo que se funda en la seguridad que inspira de que procederá el acreedor con celo y buena fe por el mayor interés que tiene en el concurso, unido á la circunstancia de haber obtenido una mayoría. Si no concurrieren en ninguno de los votados estas circunstancias, deberá procederse por identidad de razon conforme á lo dispuesto en los párrafos 5 y 6 del art. 541. Así pues, la ley requiere en primer lugar que se reúnan las dos mayorías absolutas de número y de cantidad; si no pudieren reunirse las dos mayorías, quiere que se entienda nombrado el que obtuviese una de ellas, si tiene mayor interés en el concurso que los otros, aun cuando obtuviere alguno de ellos una de dichas mayorías, y si esto no se verificare, se atiende á la mayoría relativa. En caso de empate, ó de sacar dos acreedores una mayoría cada uno, y tener igual interés en el concurso, debe en nuestro juicio decidir sobre la preferencia la suerte, ó el juez, si los acreedores convinieren en ello. Esto se entiende cuando solo faltare que nombrar un síndico, mas no cuando restasen que nombrar dos.

Y en efecto, conforme el art. 543 en cada concurso se nombrarán dos síndicos. Este número podrá aumentarse al de tres por acuerdo de dos terceras partes de los acreedores concurrentes á la junta; de suerte que para la votacion sobre si deben nombrarse dos ó tres síndicos, solo se atiende á la mayoría numérica y no á la de cantidad. La ley limita á tres el número de síndicos por considerarlo suficiente para administrar cualesquiera bienes por cuantiosos que sean, y para evitar que si se aumentaba, se diera lugar á dilaciones y deliberaciones que embarazasen la marcha de los negocios.

825. Mas para ser síndico se requieren ciertas condiciones especiales. Así dispone el art. 542, en primer lugar, que la eleccion ha de recaer ne-

cesariamente en acreedores, porque conviene que dichos cargos los desempeñen los que tienen interés en que el concurso se verifique con imparcialidad, orden y celo, y sin dar lugar á pérdida de tiempo y gastos perjudiciales á los interesados; además es necesario que dichos acreedores *se hallen presentes*, porque de lo contrario se originarian paralizaciones gravosas; lo es tambien que sean acreedores *por derecho propio y no en representacion de otro, y que no tengan conocida preferencia ó la pretendan*; circunstancias que tienen por objeto asegurar el interés, imparcialidad y celo en el desempeño de la sindicatura. Sin embargo, como de prescribir absolutamente estos dos últimos requisitos, se hubiera dificultado en ocasiones el nombramiento de los síndicos, segun se reconció en la real orden de 31 de enero de 1854, que relajó por esta razon lo prescrito por el art. 1070 del Código de Comercio, sobre que el nombramiento de síndicos de la quiebra no se hiciera en acreedores que lo fueran en representacion agena, prescribiendo dicha real orden, que á falta de aquellos, pudieran nombrarse por síndicos los representantes de acreedores ausentes, la ley de Enjuiciamiento civil da tambien esta facultad disponiendo, que *solo á falta de acreedores por derecho propio, podrán ser elegidos síndicos los representantes de otros*; y en cuanto á la última circunstancia, previene, que *si no hubiera mas que acreedores conocidamente preferentes, ó que sostengan serlo y representantes de otros comunes, la eleccion deberá recaer en estos*.

A la junta para el nombramiento de los síndicos convendrá citar al deudor, no obstante no decir nada la ley, porque puede coadyuvar con las noticias y datos que diera á la resolucion de las dudas que pudieran ofrecerse, pero no tendrá voto en dicho nombramiento, puesto que la mayoría se forma segun el art. 541 atendiendo al número de acreedores y á la cantidad que representan los créditos.

826. Con el objeto de evitar en lo posible las dilaciones y gastos que ocasiona la repeticion de juntas, es conveniente que deliberen los acreedores en esta, si se han de enagenar ó no los bienes concursados, si se han de admitir en las subastas posturas menores de las dos terceras partes del avalúo y los términos en que ha de hacerse la adjudicacion de los bienes á los acreedores por falta de posturas admisibles.

827. De la celebracion de la junta se estenderá una acta circunstanciada que se leerá antes de levantarse la sesion, y la firmará el juez, el escribano, los acreedores concurrentes y el deudor, segun previene el art. 19 de la ley mercantil, cuya disposicion en su espíritu es aplicable al presente caso, por identidad de razon.

828. Prestando los síndicos útiles servicios al concurso, y teniendo á su cargo la administracion de este, la ley les asigna una retribucion igual á la que señala en el art. 401 á los administradores de testamentarias. En su consecuencia dispone el art. 544, que *los síndicos tienen colectivamente derecho á la siguiente retribucion de sus servicios que dividirán entre sí por iguales partes, si no hubieren convenido cosa en contrario, como pueden hacerlo en todo lo que solo afecte á sus intereses privados*.

*Sobre la realizacion de cualesquiera efectos públicos, créditos ó derechos del concurso, medio por ciento.*

*Sobre el producto liquido de la venta de alhajas, frutos, muebles ó semovientes, dos por ciento.*

*Sobre el producto liquido de la venta de bienes raices, uno por ciento.*

*Sobre los productos liquidos de la administracion que no procedan de las causas espresadas en los párrafos anteriores, cinco por ciento.*

*Si con motivo del desempeño de su encargo tuvieran que hacer algun viaje, se les abonarán los gastos que les ocasionare, en virtud de providencia del juez y de mandamiento que se librará al efecto, para evitar de esta suerte toda clase de abusos que pudieran cometerse con aquel pretesto. Véase lo que dijimos al explicar el art. 401 de la ley.*

829. *La eleccion de los síndicos puede ser impugnada por los acreedores ó por el deudor, § 1 del art. 543.* Esta disposicion es análoga á la del art. 194 de la ley de Enjuiciamiento mercantil, segun la cual, el nombramiento de los síndicos hecho en la primera junta general de acreedores ó en otra posterior, podrá ser impugnado ante el Tribunal de comercio por tacha legal que obste á la persona nombrada para ejercer este encargo ó por haberse procedido contra derecho en el modo de su eleccion. Y estas serán tambien las causas por que pueda promoverse dicha oposicion en el concurso; por consiguiente, habrá lugar á ella cuando no se observe lo prescrito en los artículos 541 y 542 sobre estos particulares, es decir, cuando la eleccion recayere en acreedores que se hallen ausentes ó que lo sean en representacion agena, habiéndolos por derecho propio, ó que tengan conocida preferencia ó la pretendan, habiendo acreedores que no la tienen, ó bien cuando no se hubiese obtenido la mayoría que requiere la ley en los casos respectivos espresados en el art. 541, ó como dice el art. 543 sobre la oposicion al acuerdo de quita ó espera, por falta de personalidad ó representacion en alguno de los que hayan concurrido con su voto á formar la mayoría, ó por defecto esencial en las formas de convocacion, celebracion y deliberacion de la junta, pues en todos estos casos no tiene validez ni eficacia la eleccion de los síndicos.

830. En cuanto á los acreedores que pueden impugnar la eleccion de síndicos, se entiende que han de ser aquellos que no dieron á estos sus votos, pues lo contrario no seria lógico y envolveria contradiccion: asi lo establece el art. 543 de la ley sobre oposicion al convenio de quita ó espera diciendo, que puede hacerse por cualquier acreedor que no haya concurrido ó que haya discutido ó protestado contra el voto de la mayoría: tambien el art. 194 de la ley mercantil requiere para que sea admisible esta reclamacion, que haya procedido la protesta del reclamante contra el nombramiento ante la junta de acreedores, en el acto de publicarse este. Sin embargo, cuando la tacha personal hubiese ocurrido posteriormente, ó aunque anterior la ignorasen los acreedores, no parece que deba requerirse la protesta, porque la eleccion fue errónea, y no debe enten-

derse aprobada aunque no se proteste contra ella (doctrina que fundamos en las disposiciones de la ley sobre recusaciones); y asimismo en tal caso parece que podrán impugnar la elección los mismos interesados que dieron su voto al elegido.

851. La impugnación debe hacerse en el término de tres días, contados desde la celebración de la junta, pu esto que el art. 543 quiere que se sustancie esta oposición en la forma que la que se hiciere á la declaración del concurso, y que para formalizar esta, señala el art. 591 el término de tres días: el § 2 del art. 494 de la ley mercantil fija también este término.

852. Si fuere impugnada la elección, se formará pieza separada en la cual se sustanciará la oposición en los términos expresados en el art. 554 sobre la trasmisión que ha de seguirse en la oposición á la declaración del concurso, con la sola variación de que la apelación de la sentencia que recaiga se admitirá en un solo efecto: § 2 del art. 545. De manera, que si el juez no accede á la oposición ó á declarar sin efecto la elección, aunque se apele de esta providencia, permanecerá el síndico ejerciendo sus funciones de tal, hasta que recaiga sentencia revocatoria de la superioridad, lo cual se funda en la conveniencia de no poner obstáculos á la marcha de este juicio, y en que, la elección sobre que recae una sentencia judicial, tiene una presunción de legalidad que no destruye el mero hecho de interponerse la apelación, y debe sostenerse y tener efecto mientras no se declare lo contrario por la superioridad.

853. Conforme, pues, á lo dispuesto por el art. 554, sobre que se sigan en esta oposición los trámites que en la que se dirige contra la declaración del concurso, del escrito del deudor ó acreedores ó de unos y otros, en que se formalice, se dará traslado al síndico ó persona á quien se pretende escluir de este cargo, siguiéndose la oposición con él y con los acreedores que quisiesen sostener la elección, conforme á lo dispuesto en el art. 552, y continuará el procedimiento en los términos prescritos en el art. 554. Se formará asimismo pieza separada sobre la oposición para no embarazar con este incidente la marcha del juicio principal.

854. No se suspenderá la sustanciación del juicio del concurso por la oposición al nombramiento de los síndicos: art. 546, que es análogo al § segundo del 495 de la ley mercantil; según el cual, el procedimiento (de oposición), no estorbará que prévia la aceptación y juramento del demandado, se le oponga en el ejercicio de sus funciones. El fundamento de esta disposición consiste en la conveniencia de evitar los perjuicios que se causarían á los interesados de no disfrutar pronto de los efectos del concurso, si este juicio se paralizara por aquel incidente, que aunque se refiere al ejercicio de un cargo de importancia, versa sobre puntos que no son de la esencia del juicio de concurso.

855. Nombrados los síndicos, se les pondrá en posesión y dará á conocer donde fuere necesario, esto es, en todos los sitios ó puntos donde hubiese administradores, ó inquilinos, arrendatarios ú otras personas que tuvieren que entenderse con ellos en virtud del cargo que ejercen. Su

nombramiento se publicará además por edictos, é insertará en los periódicos oficiales en que se hubiese insertado la convocatoria para su nombramiento: art. 547; lo que tiene por objeto que llegue á noticia de todos los acreedores, puesto que la convocatoria se hizo en los puntos en que se suponía existir estos, y de las demás personas que se considere conveniente para que puedan dirigir á los síndicos las reclamaciones que son de su cargo atender, y entregarles los bienes del concurso, puesto que según previene el § 2 del art. citado 547, en estos edictos se prevendrá que se haga entrega á los síndicos de cuanto corresponda al contado, para que puedan encargarse de su administración y responder de ella al concurso.

*Formación de piezas del concurso.*

856. El juicio en adelante se seguirá en tres piezas, solamente, según dispone el párrafo 1.º del art. 548, desterrando la antigua práctica de formarse tantas piezas cuantas solicitaban los interesados, lo que producía tal confusión por la excesiva subdivisión de estas, que apenas podía marchar libremente ninguna de ellas por falta de los datos y documentos comprendidos en las demás, ó del retraso en la tramitación de algunas de estas. Dichas piezas son las mismas que se adoptaron y determinaron en el Código de Comercio. En cada una de ellas podrán formarse otras piezas separadas de los incidentes que en las mismas ocurran.

La primera pieza, que será la que contenga las actuaciones anteriores, se denominará de ADMINISTRACION DEL CONCURSO, pues que en efecto, las actuaciones que comprende son las referentes á la administración de este. En ella se sustanciarán los incidentes que se refieran á la misma administración.

La segunda se destinará al reconocimiento y graduación de créditos.

La tercera á la calificación del concurso.

Vamos, pues, á hacernos cargo en sus párrafos respectivos, del modo de formarse cada una de estas piezas y de las disposiciones de la ley referentes á las mismas.

§ II.

*De la administración del concurso ó pieza primera de este juicio.*

857. La pieza de administración comprende todo lo relativo á la entrega de bienes, libros y papeles á los síndicos, á la administración de los bienes del concurso, venta y arriendo de los mismos, al pago de los acreedores y rendición de cuentas, á la entrega al deudor de los bienes que restaren, ó la retención de los libros y papeles si por el contrario no alcanzaren los bienes para pagar á todos, y finalmente, á las diligencias que deben efectuarse á la conclusión del concurso. De aquí se deduce, que esta pieza principia con el escrito en que se promueve el juicio del concurso y demás diligencias que llevamos espuestas, y termina con las diligencias finales de

derse aprobada aunque no se proteste contra ella (doctrina que fundamos en las disposiciones de la ley sobre recusaciones); y asimismo en tal caso parece que podrán impugnar la elección los mismos interesados que dieron su voto al elegido.

851. La impugnación debe hacerse en el término de tres días, contados desde la celebración de la junta, pu esto que el art. 543 quiere que se sustancie esta oposición en la forma que la que se hiciere á la declaración del concurso, y que para formalizar esta, señala el art. 591 el término de tres días: el § 2 del art. 494 de la ley mercantil fija también este término.

852. Si fuere impugnada la elección, se formará pieza separada en la cual se sustanciará la oposición en los términos expresados en el art. 554 sobre la trasmisión que ha de seguirse en la oposición á la declaración del concurso, con la sola variación de que la apelación de la sentencia que recaiga se admitirá en un solo efecto: § 2 del art. 545. De manera, que si el juez no accede á la oposición ó á declarar sin efecto la elección, aunque se apele de esta providencia, permanecerá el síndico ejerciendo sus funciones de tal, hasta que recaiga sentencia revocatoria de la superioridad, lo cual se funda en la conveniencia de no poner obstáculos á la marcha de este juicio, y en que, la elección sobre que recae una sentencia judicial, tiene una presunción de legalidad que no destruye el mero hecho de interponerse la apelación, y debe sostenerse y tener efecto mientras no se declare lo contrario por la superioridad.

853. Conforme, pues, á lo dispuesto por el art. 554, sobre que se sigan en esta oposición los trámites que en la que se dirige contra la declaración del concurso, del escrito del deudor ó acreedores ó de unos y otros, en que se formalice, se dará traslado al síndico ó persona á quien se pretende escluir de este cargo, siguiéndose la oposición con él y con los acreedores que quisiesen sostener la elección, conforme á lo dispuesto en el art. 552, y continuará el procedimiento en los términos prescritos en el art. 554. Se formará asimismo pieza separada sobre la oposición para no embarazar con este incidente la marcha del juicio principal.

854. No se suspenderá la sustanciación del juicio del concurso por la oposición al nombramiento de los síndicos: art. 546, que es análogo al § segundo del 495 de la ley mercantil; según el cual, el procedimiento (de oposición), no estorbará que prévia la aceptación y juramento del demandado, se le oponga en el ejercicio de sus funciones. El fundamento de esta disposición consiste en la conveniencia de evitar los perjuicios que se causarían á los interesados de no disfrutar pronto de los efectos del concurso, si este juicio se paralizara por aquel incidente, que aunque se refiere al ejercicio de un cargo de importancia, versa sobre puntos que no son de la esencia del juicio de concurso.

855. Nombrados los síndicos, se les pondrá en posesión y dará á conocer donde fuere necesario, esto es, en todos los sitios ó puntos donde hubiese administradores, ó inquilinos, arrendatarios ú otras personas que tuvieren que entenderse con ellos en virtud del cargo que ejercen. Su

nombramiento se publicará además por edictos, é insertará en los periódicos oficiales en que se hubiese insertado la convocatoria para su nombramiento: art. 547; lo que tiene por objeto que llegue á noticia de todos los acreedores, puesto que la convocatoria se hizo en los puntos en que se suponía existir estos, y de las demás personas que se considere conveniente para que puedan dirigir á los síndicos las reclamaciones que son de su cargo atender, y entregarles los bienes del concurso, puesto que según previene el § 2 del art. citado 547, en estos edictos se prevendrá que se haga entrega á los síndicos de cuanto corresponda al contado, para que puedan encargarse de su administración y responder de ella al concurso.

*Formación de piezas del concurso.*

856. El juicio en adelante se seguirá en tres piezas, solamente, según dispone el párrafo 1.º del art. 548, desterrando la antigua práctica de formarse tantas piezas cuantas solicitaban los interesados, lo que producía tal confusión por la excesiva subdivisión de estas, que apenas podía marchar libremente ninguna de ellas por falta de los datos y documentos comprendidos en las demás, ó del retraso en la tramitación de algunas de estas. Dichas piezas son las mismas que se adoptaron y determinaron en el Código de Comercio. En cada una de ellas podrán formarse otras piezas separadas de los incidentes que en las mismas ocurran.

La primera pieza, que será la que contenga las actuaciones anteriores, se denominará de ADMINISTRACION DEL CONCURSO, pues que en efecto, las actuaciones que comprende son las referentes á la administración de este. En ella se sustanciarán los incidentes que se refieran á la misma administración.

La segunda se destinará al reconocimiento y graduación de créditos.

La tercera á la calificación del concurso.

Vamos, pues, á hacernos cargo en sus párrafos respectivos, del modo de formarse cada una de estas piezas y de las disposiciones de la ley referentes á las mismas.

§ II.

*De la administración del concurso ó pieza primera de este juicio.*

857. La pieza de administración comprende todo lo relativo á la entrega de bienes, libros y papeles á los síndicos, á la administración de los bienes del concurso, venta y arriendo de los mismos, al pago de los acreedores y rendición de cuentas, á la entrega al deudor de los bienes que restaren, ó la retención de los libros y papeles si por el contrario no alcanzaren los bienes para pagar á todos, y finalmente, á las diligencias que deben efectuarse á la conclusión del concurso. De aquí se deduce, que esta pieza principia con el escrito en que se promueve el juicio del concurso y demás diligencias que llevamos espuestas, y termina con las diligencias finales de

este, por lo cual puede considerarse como la cabeza del juicio y como el lazo de union ó correlacion de las otras piezas, y á que tiene á veces que acudir en consulta para enterarse del estado del concurso en lo relativo á los intereses, y para evitar que se cometan abusos, y en su consecuencia, poder calcular los acreedores lo que les conviene ó no practicar, ó las reclamaciones que les es útil entablar.

838. Atendiendo á esta última consideracion, prescribe el art. 551 de la ley, que *la pieza primera se hallará siempre en la escribanía á disposicion de los acreedores que quieran reconocerla*, y lo mismo del deudor, por identidad de razon. Como sea conveniente para el mejor orden de esta pieza y del juicio, que aparezca cada uno de los particulares que comprende separadamente, dispone el art. 572, que *la pieza de administracion se subdividirá en los ramos separados que sean necesarios para la claridad y mejor direccion del concurso*. Asi, pues, podrá formarse ramo separado sobre lo relativo á la venta de bienes del concurso, á la rendicion de cuentas de los síndicos, etc. Estos ramos forman siempre parte de la pieza de administracion, y van unidos á ella cuando es necesario comunicar dicha pieza, así como cuando se hallan terminados.

*Entrega de bienes, libros y papeles á los síndicos.*

839. *Publicado el nombramiento de los síndicos, se les hará entrega por inventario de los bienes, libros y papeles del concurso, como administradores que son del mismo; art. 547. El dinero que hubiere continuará depositado en el establecimiento destinado al efecto, y que se mencionó en la página 120 de este tomo, á disposicion del juez que comunica del juicio, entregándose á los síndicos el resguardo ó resguardos del depósito, bajo recibo que se estenderá en esta pieza; art. 549.* Esta disposicion en su última parte, es análoga á lo prescrito en 1094 del Código de Comercio, y á los artículos 362 y la 386 de la ley de Enjuiciamiento civil, y tiene por objeto evitar ocultaciones fraudulentas y tambien el abuso de que tratan los síndicos de dilatar ó embarazar el juicio, por el interés que pudieran tener en conservar en su poder dichos fondos. Sin embargo, el art. 553, previene, que *el juez podrá dejar en poder de los síndicos la suma que juzgue necesaria para los gastos del concurso, mandando en caso necesario extraerlo del depósito*. Estos gastos deberán limitarse, segun expresa el artículo 1089 del Código del Comercio, aplicable á dicho caso por analogia, á los de conservacion y beneficio de los efectos y bienes del concurso (porque los síndicos no tienen mas facultades que las de simples administradores, y solo en este concepto pueden disponer de los bienes), siendo preciso providencia del juez para hacer otros, y aun segun el art. 212 de la ley de Enjuiciamiento mercantil, que puede servir de ilustracion para el caso presente, las pretensiones de los síndicos para los gastos extraordinarios que ocurran, se calificarán inductivamente por el juez comisario, tomando los informes estrajudiciales que crea necesarios, y resolviendo en vista de ellos lo que estime mas conveniente á los intereses de la quiebra, cuando la can-

alidad que hubiere de invertirse no esceda de 1,000 reales, pues escediendo, es necesaria la autorizacion del tribunal, que recae con justificacion de la necesidad del gasto y de lo que en su razon informe el mismo juez comisario.

840. Para que tenga efecto la disposicion del art. 549, deberá dar el juez providencia en que mande que se formalice inventario y entregue el depositario los libros y documentos que en virtud de los artículos 524 y 525 tuviera en su poder, los que hubiera en la escribanía, y asimismo que se entreguen á los síndicos los resguardos del depósito, espidiéndose por el juez, como dice el art. 1081 del Código de Comercio, análogo al presente, los oficios convenientes para que se pongan á disposicion del síndico los bienes y efectos que se hallen en otros pueblos.

841. Segun el art. 1080 del Código de Comercio, el quebrado debe ser citado para la formacion del inventario, y podrá asistir á él por sí ó por medio de apoderado; disposicion que creemos aplicable con respecto al concursado, porque puede importar mucho á este hallarse presente á dicha operacion, para asegurarse de que se verifica conforme es debido; pero como su ausencia no entorpeceria la marcha del juicio, basta la simple citacion para que pueda hacerse el inventario.

842. Verificadas dichas entregas á los síndicos, debe el juez dictar providencia desde luego para la formacion de las otras dos piezas de este juicio, conforme á lo prescrito en los artículos 573 y 604, que espondremos mas adelante, pues que dichas piezas corren á un mismo tiempo desde que se dió á los síndicos posesion de los bienes concursados.

*Enagenacion de los bienes del concurso.*

843. Ya hemos dicho que *en esta pieza se actuará todo lo relativo á la enagenacion de los bienes del concurso. A esta enagenacion se procederá pues, inmediatamente*, que se haga á los síndicos la entrega de los bienes del concurso, ya sea á instancia de los acreedores ó de estos, disponiéndolo el juez, *si la mayoria de los acreedores, computada del modo espresado en el art. 511, no acordare lo contrario*: art. 554, pues que en este juicio se trata de cobrar cada acreedor su respectivo crédito, como en el ejecutivo, que por lo comun le dá origen y de cuya naturaleza participa. La deliberacion sobre si han de enagenarse ó no aquellos bienes, debe promoverse por el juez en la junta para el nombramiento de los síndicos, despues de efectuado este, pues así se evitan los gastos y dilaciones consiguientes á la celebracion de otra junta.

844. Si se reclamaren algunos bienes por derecho de dominio, no podrán enagenarse hasta que se decida si pertenecen al concursado, segun prescribe el art. 996, respecto del juicio ejecutivo.

845. *Si los bienes fueren alhajas, frutos, semovientes, muebles ó raices, la venta se hará en público remate. Si fueren efectos ó valores de otra cualquiera clase, por medio de agente ó corredor nombrados al efecto por el juez, art. 555, disposicion análoga á las de los artículos 398 y 399, y*

que tiene por objeto evitar fraudes, y procurar la mayor ventaja en la venta.

846. *A la subasta de los bienes comprendidos en el párrafo primero del artículo anterior, esto es, de los que consisten en alhajas, frutos, semovientes, muebles ó raices, precederá su avalúo por peritos nombrados, uno por los síndicos, otro por el deudor, y en caso de discordia, un tercero por el juez, para que sirva de tipo á las ofertas, y pueda graduarse si es postura admisible. Para la eleccion del tercero, se arreglará el juez á lo prevenido en el art. 503 de esta ley, espuesto en los números 901 y siguientes del libro 2.º de esta obra. Hecho el avalúo, se anunciará la subasta por edictos, que se fijarán en los sitios públicos ó insertarán en los periódicos oficiales, si los hubiere en el pueblo en que radique el juicio, y en que estuvieren situados los bienes, señalándose el día, sitio y hora del remate, para que llegüe á noticia de los que por conocer los bienes pudieran hacer mejores posturas que los que no los han visto.*

*En los casos en que el valor de alguno ó algunos bienes inmuebles lo requiera, se hará tambien el anuncio en la Gaceta de Madrid: art. 556, para que se propague mayormente la noticia de su venta: pero si los bienes fueren de poco valor, convendrá evitar en lo posible los gastos de anuncios multiplicados.*

847. *Entre el anuncio de la subasta y el remate deberán mediar al menos quince dias, si los bienes son alhajas, frutos, semovientes ó muebles, y treinta, si raices: art. 557. De suerte que el juez deberá graduar, para fijar el día del remate, el tiempo necesario para que pueda llegar el anuncio de la subasta á los puntos que requiere el art. 556, y para que puedan remitirse proposiciones al en que se celebre el remate, pues de lo contrario, sería inútil remitir dichos anuncios. Véanse para la debida ilustracion de este punto, las esplicaciones que hicimos en el juicio de abintestato de los artículos 569 y 570 que facultan al juez para ampliar términos análogos, cuando se han de hacer los anuncios en el extranjero ó en puntos donde hay dificultad en las comunicaciones.*

848. *Por el contrario, en casos urgentes y por circunstancias especiales, como si fuese muy difícil, costosa ó imposible la conservacion de los bienes, se podrán abreviar estos términos, de consentimiento de los síndicos y oyendo al deudor: art. 558; lo que se hará por término á lo mas de tres dias, segun el espíritu del art. 554.*

*En el acto del remate, que presidirá el juez, no se podrá admitir en las subastas postura inferior á las dos terceras partes del avalúo, sin el acuerdo de los síndicos y del deudor, disposicion conforme á lo prescrito por el derecho antiguo y por la práctica anterior, y á lo establecido por la ley de Enjuiciamiento respecto del juicio ejecutivo, y que tiene por objeto no perjudicar á los interesados en el concurso vendiendo los bienes á un precio bajo. Pero como cada uno puede renunciar el derecho introducido en su favor, declara la ley que estando conformes los síndicos y el deudor en que se admita la subasta por menor, será admitida; pero el juez convocará á*

*junta de acreedores para que decida sobre su aprobacion lo que estimen conveniente.*

*Esto no tendrá aplicacion cuando los síndicos estuvieren autorizados por la junta de acreedores para admitir proposiciones inferiores á las dos terceras partes del avalúo, en cuyo caso su conformidad y la del deudor bastarán para que sean aprobadas: art. 559.*

849. *Hecho y aprobado por el juez el remate por ser admisible la postura, se procederá en los casos en que corresponda á otorgar las oportunas escrituras en favor del remate, prévia la consignacion del precio.*

*Los síndicos suscribirán estas escritura, en representacion del dueño de los bienes: art. 560.*

850. *El precio de las ventas se constituirá en depósito de la manera antes prevenida: art. 561, esto es, en el establecimiento destinado al efecto, á disposicion del juez que conozca del juicio, para que en su día pague con él á los acreedores, entregándose á los síndicos los resguardos bajo recibo, segun lo prescribe el art. 549.*

851. *Si no hubiese postura admisible, se procederá á la rebaja de los bienes en la forma establecida para el primer avalúo, mas por menor precio que el fijado en la primera tasacion, para animar á los compradores que es de presumir no se presentaron en la primera subasta por parecerles subido el precio señalado. Esta doctrina se halla tambien autorizada por el art. 594 de la ley que prescribe la rebaja del 10 al 15 de la tasacion primitiva para la segunda subasta sobre arriendo de bienes de abintestato, y se repetirá la subasta en iguales términos que la anterior: art. 562.*

852. *Si en esta subasta no hubiere tampoco postura admisible, se convocará á junta de acreedores para que acuerden la manera en que los bienes hayan de adjudicarse, en pago á los mismos acreedores: art. 563, esto es, para que se pongan de acuerdo en la clase de bienes que convienen á cada uno, atendida su naturaleza, y el importe ó cantidad que representan los créditos respectivos, y asimismo, sobre el precio que debe darse para la adjudicacion á los bienes concursados. Sin embargo, sobre este punto no son árbitros esclusivos y absolutos los acreedores como sobre el primero, pues en tal caso podrían valuar los bienes de un modo desproporcionado al que representan. Necesitan, pues, convenirse con el deudor, á no ser que aquel representare las dos terceras partes de la última tasacion, que es lo que prescribe el art. 564 diciendo, que la adjudicacion se hará por las dos terceras partes del último avalúo, á no convenir en otra cosa los acreedores y el deudor.*

853. *Esta adjudicacion así como el pago de los respectivos créditos de los acreedores, no debe ni puede hacerse hasta que en la pieza segunda de este juicio se han calificado y graduado los créditos, pues hasta que se sabe la preferencia y privilegio de cada uno de ellos, no puede satisfacerse crédito alguno, para no esponerse á dejar desatendidos otros que pueden ser preferentes. El legislador traza al tratar de cada pieza de este juicio las disposiciones que son peculiares á la misma ó relativas á las diligencias que*

han de comprenderse en ella; pero esto no quiere decir que se proceda con toda independencia de las diligencias pertenecientes á las otras piezas, que son previas y necesarias para que pueda seguir el curso de la primera: con esto apenas se espermentarán dilaciones, puesto que se siguen á un mismo tiempo unas y otras.

854. En cuanto al arrendamiento de los bienes del concurso, el cual puede ser necesario efectuar cuando no hubiere postura admisible en las subastas para la venta de dichos bienes y durante el tiempo que se tarda en la calificación y graduación de los créditos, no determinando nada la ley en este título, deberán seguirse las reglas prescritas para la administración de los bienes del abintestato en los artículos 589 y siguientes:

855. Según el art. 1089 del Código de Comercio, los síndicos no pueden comprar bienes de la quiebra de cualquiera clase que sean, y si lo hicieren, en su nombre ó bajo el de algún otro, se confiscarán á beneficio de la misma quiebra los efectos que hubieren adquirido de ella, quedando obligados á satisfacer su precio, sino lo hubieren hecho. Esta disposición tiene por objeto, según dijimos en el *Código de Comercio explicado*, evitar que deseando hacer especulaciones los síndicos, cometiesen fraudes, dando á los compradores noticias desfavorables acerca de los bienes. Además el síndico está obligado á procurar la venta de los bienes al mas alto precio posible, y si se le permitiese hacer posturas, se pondría en oposición con su deber, lo que siempre debe evitarse.

Además, según el art. 215 de la ley de Enjuiciamiento mercantil, todos los acreedores de la quiebra, así como el mismo quebrado, son admitidos á ejercer dicha acción contra los síndicos que infrigen esta disposición, haciéndose las reclamaciones de esta especie en expediente separado, sustanciándose como una demanda ordinaria.

Nada dice la ley de Enjuiciamiento civil sobre este punto. Sin embargo, no deberán arriesgarse los síndicos á interesarse en la venta ni aun en los arriendos de los bienes concursados, porque pudieran considerarse comprendidas estas personas en la disposición del art. 524 del Código penal reformado, antes 515, que prohíbe interesarse directa ó indirectamente en cualquier clase de contrato u operación á los peritos, árbitros ó contadores particulares respecto de los bienes ó cosas en cuya tasación, adjudicación ó partición intervinieren, y á los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes á sus pupilos ó testamentarias.

*Cuentas de la administración del concurso.*

856. Siendo los síndicos, administradores del concurso, nada mas justo y razonable que la obligación en que les constituye la ley de rendir cuentas. Estas cuentas son parciales ó generales, como las que prescriben al administrador de un abintestato, los artículos 386 y 402.

Y en efecto, según el art. 550, *en el día último de cada mes presentarán los síndicos un estado ó cuenta de administración, la cual se*

*unirá á esta pieza, y el juez dispondrá bajo su responsabilidad que las existencias en metálico que resulten se depositen en la forma antes establecida, esto es, en el establecimiento destinado al efecto, y según prescribe el art. 549, ya explicado.*

857. Respecto de la cuenta general, dispone el art. 565, *que hecho el pago de todos los créditos, ó la parte de ellos, que los bienes del concurso alcanzaren á cubrir, los síndicos rendirán una cuenta general que estará de manifiesto en la escribanía durante quince días, á disposición del deudor y todos los acreedores, para que puedan examinar si se ha procedido en la administración con celo, fidelidad y exactitud, ó de lo contrario oponerse á su probación, en el término mencionado, pues según el art. 566, transcurridos los quince días, sin hacerse oposición, el juez aprobará la cuenta y mandará dar á los síndicos el oportuno finiquito, para que les sirva de resguardo: art. 566.*

858. *Las reclamaciones que se hicieren contra la cuenta se sustanciarán en vía ordinaria con los síndicos como demandados. En este juicio los que sostengan una misma causa, litigarán y bajo una misma dirección y representados por el mismo procurador, esto es, como previno ya el artículo 552, los acreedores y el deudor que se opusiesen á la cuenta, representarán una parte en el juicio y los demás acreedores y el deudor que en su caso sostuviesen la cuenta, formarán otra parte, unidos con los síndicos que la rindieron.*

Lo que acabamos de esponer sobre la oposición á la cuenta general y demás, debe entenderse aplicable respecto de las cuentas mensuales pues aunque nada dice la ley sobre estas, existe identidad de razón y además sería en extremo injusto que por no poder reclamar los interesados contra las cuentas mensuales, estuvieran sufriendo perjuicios que tal vez no podrían repararse con las reclamaciones contra las cuentas generales.

859. Favorece asimismo esta interpretación, la disposición general del art. 552 sobre que *el juez podrá por sí ó á instancia de los acreedores ó del deudor, corregir cualquier abuso, adoptando cuantas medidas considere necesarias al efecto, inclusa la de suspender al síndico ó síndicos que puedan haberlo cometido. En este último caso, convocará á junta de acreedores para que determinen lo que crean mas conveniente, y procedan en ella á nombrar otro síndico si opinaren por su remoción. Se faculta al juez para que suspenda al síndico antes de convocar la junta, porque suponiendo aquella medida abusos de gravedad, conviene tomarla sin dar tiempo á que se reproduzcan. La arbitrariedad que pudiera cometer el juez, pueden evitarla fácil y prontamente los acreedores, determinando que continúe el síndico en sus funciones.*

860. *Aprobada la cuenta de los síndicos, ó rectificada en su caso, se hará entrega al deudor de los bienes que hubieren quedado, después de pagar los créditos, y de sus libros y papeles: art. 568, pues nada mas justo que el que vuelva á tener el deudor en su poder documentos que puede necesitar, una vez cumplido el objeto para que se le privó de ellos. Sino*

hubieren sido pagados por enteros los créditos, se conservarán en la escribanta los libros y papeles unidos á los autos, á los efectos sucesivos, esto es, para que puedan servir de ilustracion ó apoyarse en ellos las reclamaciones á que hayan lugar, en el caso de que se descubran mas bienes del deudor ó que los adquiriera este nuevamente: art. 569.

*Conclucion del concurso.*

861. Luego que se halla concluido el concurso, con la satisfaccion y pago de los créditos y demás diligencias que acabamos de esponer, y que no pueden adoptarse sino despues de terminadas las tres piezas que constituyen los autos ó totalidad de aquel juicio, se notificará el resultado definitivo del concurso á los acreedores reconocidos por medio de cédula, que se haya publicado la declaracion del concurso: art. 570, para que llegue á su noticia y no presenten en él reclamaciones tardias. En el auto en que se ordene la publicacion del resultado definitivo del concurso, que deberá ser el mismo en que se declare por concluso el juicio y se mande notificar á los acreedores mencionados, se declarará la rehabilitacion del concursado, sin necesidad de instancia suya ni de audiencia de ningun género, en el caso de haber sido pagados por entero los créditos y de haberse declarado la inculpabilidad del mismo concursado: art. 571, pues nada mas justo que reintegrar en todo su crédito y buena fama á la persona contra quien pudieran inspirar desconfianza la publicacion de hallarse concursada y la ocupacion de sus bienes y papeles, por medio de una declaracion oficial y solemne hecha espontaneamente y sin causar al deudor el menor gasto ni molestia, de haber recobrado la administracion de sus bienes y hallarse en el pleno goce de sus derechos civiles.

Mas si no fueron pagados por entero los créditos, ó no se declara la inculpabilidad del concursado, no se declarará la rehabilitacion, pues que en tal caso no existen los motivos en que esta se funda. Sin embargo, sobre este punto deberá tener presente el juez lo dispuesto en el art. 1,173 del Código de Comercio, sobre que deberá declararse la rehabilitacion, no habiendo reparo justo para lo contrario, ó suspenderse esta declaracion si solo faltase algun requisito subsanable; pues no fuera justo en efecto, negar este beneficio, por existir alguna pequeña falta ó descuido fácil de repararse.

DIRECCIÓN GENERAL DE

*Del reconocimiento y graduacion de los créditos ó pieza segunda del concurso.*

*Exámen y reconocimiento de los créditos.*

862. La pieza segunda del concurso tiene por objeto el reconocimiento de los créditos, para asegurarse de su legitimidad para saber la cantidad que

representan y la graduacion ó preferencia que tienen respectivamente. Todas las diligencias dirigidas á dicho fin se sustancian al mismo tiempo que la primera y la tercera, segun ya hemos dicho, y se forman al mismo tiempo que esta, y en cuanto se han cumplimentado las disposiciones del art. 549, referentes á la pieza primera.

863. Asi, pues, segun el art. 573, puestos los síndicos en posesion de los bienes y hecha la entrega á los mismos, de los libros y papeles, conforme á lo mandado en el art. 549, se formará la pieza de reconocimiento y graduacion de los créditos. A ella se unirá testimonio literal del estado de las deudas presentado por el deudor, en virtud del art. 548. Formada que sea esta pieza, se dispondrá la convocacion de una junta general de los acreedores y del deudor, para el exámen de los créditos que se hubieren presentado y que se presentaren durante la celebracion de la junta: § 2 del art. 575.

Esta junta se convocará con sujecion á lo prevenido en los artículos 508 y 509 de esta ley, que se han espuesto en el número 786 de este libro; es decir, haciéndose la citacion individual para los acreedores espresados en el estado de deudas y en la forma que está prevenida en los artículos 228 y siguientes para los emplazamientos del juicio ordinario; y publicándose ademas en los periódicos del pueblo, en cuyo juzgado radique el juicio, en el Boletín Oficial de la provincia, y cuando la importancia y circunstancias del concurso lo exigieren, á juicio del juez, en la Gaceta de Madrid.

Tambien deberá convocarse la junta con sujecion á lo prescrito en el art. 507, § 2, esto es, designando dia, hora y sitio en que deba verificarse.

Entre la convocacion y la celebracion de la junta deberán mediar treinta dias; § 4 del art. 578 para que puedan concurrir los acreedores y presentar los títulos justificativos de sus créditos los que no lo hubiesen hecho, conforme lo previendo en el art. 1101 del Código de Comercio.

864. Los síndicos formarán, previo el exámen de los títulos presentados, para dar cuenta á la junta, un estado de todos los créditos, otro de los que en su opinion deban ser reconocidos por aparecer verdaderos y legítimos, y otro de los que no deban serlo: art. 574. Segun el art. 1105 del Código de Comercio aplicable en su espíritu á este caso, los síndicos deben estender informe individual sobre cada crédito, con arreglo á lo que resulte de los documentos presentados, cotejados con los libros y papeles de la quiebra y con las demás noticias que llegaren á su conocimiento.

865. Reunida la junta bajo la presidencia del juez, para que la dirija, y con asistencia del escribano, para que dé fe de lo que resultare en ella, y concurriendo el deudor y los acreedores que hubieren presentado ya los títulos de sus créditos, ó que los presentaren en el acto de celebrarse, si el juez los aprueba, pero no los demás acreedores que no los presentaron, conforme al § 2 del art. 541, se leerán los artículos de esta ley relativos al reconocimiento de créditos y á la manera de impugnar los acuerdos hechos sobre él, esto es, los artículos 573 al 591, y se dará cuenta de los estados á que se refiere el artículo anterior 574, los cuales se pondrán á discusion de los acreedores y del deudor, partida por partida: art. 575. Tambien

hubieren sido pagados por enteros los créditos, se conservarán en la escribanta los libros y papeles unidos á los autos, á los efectos sucesivos, esto es, para que puedan servir de ilustracion ó apoyarse en ellos las reclamaciones á que hayan lugar, en el caso de que se descubran mas bienes del deudor ó que los adquiriera este nuevamente: art. 569.

*Conclucion del concurso.*

861. Luego que se halla concluido el concurso, con la satisfaccion y pago de los créditos y demás diligencias que acabamos de esponer, y que no pueden adoptarse sino despues de terminadas las tres piezas que constituyen los autos ó totalidad de aquel juicio, se notificará el resultado definitivo del concurso á los acreedores reconocidos por medio de cédula, que se haya publicado la declaracion del concurso: art. 570, para que llegue á su noticia y no presenten en él reclamaciones tardias. En el auto en que se ordene la publicacion del resultado definitivo del concurso, que deberá ser el mismo en que se declare por concluso el juicio y se mande notificar á los acreedores mencionados, se declarará la rehabilitacion del concursado, sin necesidad de instancia suya ni de audiencia de ningun género, en el caso de haber sido pagados por entero los créditos y de haberse declarado la inculpabilidad del mismo concursado: art. 571, pues nada mas justo que reintegrar en todo su crédito y buena fama á la persona contra quien pudieran inspirar desconfianza la publicacion de hallarse concursada y la ocupacion de sus bienes y papeles, por medio de una declaracion oficial y solemne hecha espontaneamente y sin causar al deudor el menor gasto ni molestia, de haber recobrado la administracion de sus bienes y hallarse en el pleno goce de sus derechos civiles.

Mas si no fueron pagados por entero los créditos, ó no se declara la inculpabilidad del concursado, no se declarará la rehabilitacion, pues que en tal caso no existen los motivos en que esta se funda. Sin embargo, sobre este punto deberá tener presente el juez lo dispuesto en el art. 1,173 del Código de Comercio, sobre que deberá declararse la rehabilitacion, no habiendo reparo justo para lo contrario, ó suspenderse esta declaracion si solo faltase algun requisito subsanable; pues no fuera justo en efecto, negar este beneficio, por existir alguna pequeña falta ó descuido fácil de repararse.

DIRECCIÓN GENERAL DE

*Del reconocimiento y graduacion de los créditos ó pieza segunda del concurso.*

*Exámen y reconocimiento de los créditos.*

862. La pieza segunda del concurso tiene por objeto el reconocimiento de los créditos, para asegurarse de su legitimidad para saber la cantidad que

representan y la graduacion ó preferencia que tienen respectivamente. Todas las diligencias dirigidas á dicho fin se sustancian al mismo tiempo que la primera y la tercera, segun ya hemos dicho, y se forman al mismo tiempo que esta, y en cuanto se han cumplimentado las disposiciones del art. 549, referentes á la pieza primera.

863. Asi, pues, segun el art. 573, puestos los síndicos en posesion de los bienes y hecha la entrega á los mismos, de los libros y papeles, conforme á lo mandado en el art. 549, se formará la pieza de reconocimiento y graduacion de los créditos. A ella se unirá testimonio literal del estado de las deudas presentado por el deudor, en virtud del art. 548. Formada que sea esta pieza, se dispondrá la convocacion de una junta general de los acreedores y del deudor, para el exámen de los créditos que se hubieren presentado y que se presentaren durante la celebracion de la junta: § 2 del art. 573.

Esta junta se convocará con sujecion á lo prevenido en los artículos 508 y 509 de esta ley, que se han espuesto en el número 786 de este libro; es decir, haciéndose la citacion individual para los acreedores espresados en el estado de deudas y en la forma que está prevenida en los artículos 228 y siguientes para los emplazamientos del juicio ordinario; y publicándose ademas en los periódicos del pueblo, en cuyo juzgado radique el juicio, en el Boletín Oficial de la provincia, y cuando la importancia y circunstancias del concurso lo exigieren, á juicio del juez, en la Gaceta de Madrid.

Tambien deberá convocarse la junta con sujecion á lo prescrito en el art. 507, § 2, esto es, designando dia, hora y sitio en que deba verificarse.

Entre la convocacion y la celebracion de la junta deberán mediar treinta dias; § 4 del art. 578 para que puedan concurrir los acreedores y presentar los títulos justificativos de sus créditos los que no lo hubiesen hecho, conforme lo previendo en el art. 1101 del Código de Comercio.

864. Los síndicos formarán, previo el exámen de los títulos presentados, para dar cuenta á la junta, un estado de todos los créditos, otro de los que en su opinion deban ser reconocidos por aparecer verdaderos y legítimos, y otro de los que no deban serlo: art. 574. Segun el art. 1103 del Código de Comercio aplicable en su espíritu á este caso, los síndicos deben estender informe individual sobre cada crédito, con arreglo á lo que resulte de los documentos presentados, cotejados con los libros y papeles de la quiebra y con las demás noticias que llegaren á su conocimiento.

865. Reunida la junta bajo la presidencia del juez, para que la dirija, y con asistencia del escribano, para que dé fe de lo que resultare en ella, y concurriendo el deudor y los acreedores que hubieren presentado ya los títulos de sus créditos, ó que los presentaren en el acto de celebrarse, si el juez los aprueba, pero no los demás acreedores que no los presentaron, conforme al § 2 del art. 541, se leerán los artículos de esta ley relativos al reconocimiento de créditos y á la manera de impugnar los acuerdos hechos sobre él, esto es, los artículos 573 al 591, y se dará cuenta de los estados á que se refiere el artículo anterior 574, los cuales se pondrán á discusion de los acreedores y del deudor, partida por partida: art. 575. Tambien

deberán leerse los documentos en que se funden los créditos y el informe ú opinión de los síndicos, pudiendo hacer los acreedores y el concursado las observaciones que tuvieren por conveniente sobre cada partida y satisfaciendo á las de aquellos el deudor segun creyere convenirle: doctrina que establece sobre las quiebras el art. 1103 del Código de Comercio, y que es aplicable al juicio de concurso por identidad de razon.

866. *Sobre cada una de las partidas deberá votarse, quedando reconocidos ó excluidos los créditos por mayoría, que habrá de constituirse de la manera prefijada en el art. 511, espuesto en el número 788 de este libro, esto es, cuando se reúnan dos terceras partes de votos de los acreedores concurrentes á la junta, importando sus créditos las tres quintas partes del total pasivo del concurso; de suerte, que aunque puede asistir á esta junta el deudor para ilustrar con su dictámen y observaciones los puntos sobre que verse la discusion, no tendrá voto en la adopcion del acuerdo. V. el art. 1105 del Código de Comercio que establece disposiciones análogas.*

*Si no llegaren á reunirse las mayorías de votos y cantidades, el juez concluida la junta, llamará los autos á la vista y determinará lo que crea mas arreglado á derecho sobre el crédito á que se refiera la disidencia: § 2 del art. 575. En tal caso, deberá darse noticia á los acreedores y al deudor de la decision judicial para que puedan ver si están en el caso de oponerse á ella, como pueden hacerlo, asi como al acuerdo formado por la mayoría de acreedores, conforme les faculta el art. 596, que esplicaremos mas adelante.*

867. *Podrá acordarse en la junta dejar pendiente el reconocimiento de cualquier crédito que no se presente bastantemente justificado, lo que indica que deberá estarlo de modo que revela la buena fe del acreedor al presentarlo y que es posible que se justifique debidamente.*

*En este caso el interesado completará su justificacion en el tiempo que transeurra hasta junta en que se gradúen los créditos, esto es, en el de treinta dias, puesto que segun el art. 591, se conceden quince dias para la impugnacion de los acuerdos de las juntas de reconocimiento, pasados los cuales se ha de convocar á la junta de graduacion de los reconocidos, y que segun el art. 592, entre la citacion y la celebracion de esta junta deben mediar otros quince dias.*

868. *En dicha junta de exámen y reconocimiento de créditos, se deberá dar cuenta de la proposicion de convenio que se hubiera hecho antes de la celebracion, para evitar de esta suerte los gastos y dilaciones consiguientes ó la celebracion de otra junta, segun previene el art. 617 de la ley, procediéndose sobre este punto, segun diremos al tratar del convenio entre los acreedores y el deudor, y debiendo tener voto sobre el particular solamente los acreedores cuyos créditos fuesen reconocidos en ella, conforme previene el art. 618.*

869. *Concluida la junta, se estenderá por el escribano una acta de lo que en ella haya ocurrido. Esta acta deberá firmarse por el juez, por el escribano, por los acreedores concurrentes y por el deudor ó su represen-*

*tante si asistiere: art. 578; todo con objeto de que conste lo determinado y pueda procederse con arreglo á ello, á la impugnacion de la junta ó de alguno de los extremos determinados en ella, con arreglo á lo que prescribe el art. 585, y á la graduacion de los créditos reconocidos, conforme á los artículos 594 y siguientes.*

870. *La falta de presentacion al concurso de los acreedores que saben su celebracion, no solamente no debe entorpecer la marcha del juicio, sino que tampoco debe perjudicar á los demás en el derecho de preferencia de su crédito que se les ha declarado, ni en los dividendos ya efectuados. No sería en efecto justo que perjudicara á los acreedores exactos y diligentes en lo que ya hicieron suyo, la morosidad de los que no lo fueron. La falta de concurrencia de estos viene á considerarse como una renuncia tácita de aquellas ventajas. Sin embargo, al paso que la ley castiga la morosidad de los acreedores, atiende para la aplicacion de sus efectos, á las distancias en que se encontraron, puesto que cuanto mayores hubieren sido estas, debieron servirles de mayor obstáculo para presentarse al concurso ó es de presumir que este no llegó á su noticia.*

871. *Asi, pues, previene la ley que terminada la junta, los acreedores residentes en el territorio español de la Peninsula, en las posesiones españolas de Africa ó en las Islas Baleares, que hasta este momento no hayan comparecido en el juicio, se considerarán como morosos: art. 579.*

872. *Los efectos legales de la morosidad son:*

- 1.º *Que el que haya incurrido en ella costee el reconocimiento de su crédito, si lo solicita con posterioridad; pues nada mas natural que el que pague los gastos el que los ocasionó.*
- 2.º *Que pierda cualquiera prelacion que pueda corresponderle; porque no es justo que los demás pierdan lo que ya hicieron suyo.*
- 3.º *Que pierda la parte alicuota que pudiera haberle correspondido en cualesquiera dividendos hechos antes de su presentacion, no teniendo derecho á participar mas que de los que se ejecuten en adelante: art. 580; por la misma razon anterior.*

873. *Si entre la presentacion y el reconocimiento se repartiere algun dividendo, serán comprendidos en él, reteniendo en depósito las sumas que les correspondan; porque en este caso todavía no adquirieron los acreedores presentes el derecho á la percepcion de dividendo. Estas sumas serán entregadas á los tenedores de los créditos si son reconocidos: si no lo fueren, acrecerán á la masa del concurso: art. 581.*

874. *Los acreedores que residan en las Islas Canarias, cualquiera que sea la forma en que hayan sido convocados, no incurrirán en morosidad hasta despues de celebrada la junta de graduacion: á los que en adelante se presentaren, se aplicarán las disposiciones de los dos artículos que anteceden: art. 582; de manera que solo se aventaja á estos acreedores respecto de los anteriores, en cuanto que les da mas tiempo para comparecer, dilatándose los efectos de su morosidad hasta entonces.*

875. *Los acreedores residentes en las provincias de Ultramar ó en cua-*

lesquiera otros países, no incurrirán en pena alguna, aun después de celebrada la junta de graduación. Si se presentaren en adelante, deberán ser reconocidos sus créditos, si son legítimos, y graduados por providencia que se diere, oyendo á los síndicos y al concursado en ramo separado: conservarán la preferencia que pueda corresponder á sus créditos y serán reintegrados en el lugar que se les señale. Pero en ningún caso se podrá obligar á los demás acreedores á que devuelvan lo que tuvieron recibido: § 1.º del art. 585; de manera que cuando fuere el crédito de los que concurren posteriormente, preferente al de los que se presentaron con anterioridad á la junta, se les atenderá antes que á estos en el pago de lo que restare por repartir; pero en cuanto á lo ya repartido, lo retendrán los que se presentaron antes, aun cuando lo que quedare no alcanzase para pagar á los posteriores todo su crédito; mas si hubiere para satisfacer á estos y no á los anteriores, deberá atenderse antes á cubrir el crédito de aquellos, suponiendo que sea preferente, aun cuando los demás créditos quedaren sin satisfacer, total ó parcialmente.

Si fueren graduados sus créditos de comunes, se les igualará con todos los de la misma clase; y hecho esto, concurrirán á prorata con ellos á participar del haber del concurso, que esté aun por dividir: § 2 del art. 585; de suerte, que si no hubiese suficiente para pagar á todos con lo que resta por repartir, pero si para pagar á los que concurren posteriormente, iguales cantidades que las que se repartieron á los que acudieron antes de la junta, se verificará esta igualación, y dejarán de percibir tanto los primeros como los segundos las cantidades á que no alcanzaren los bienes concursados; pero no se echará mano de lo que percibieron los que se presentaron antes de la junta, para pagar á los que lo hicieron posteriormente parte alguna de su crédito. De manera, que la ventaja de los primeros consiste solo en haber asegurado lo que cobraron ya por razón de su crédito, sin tener que restituirlo en caso alguno: lo mas que puede sucederles con la presentación de otros acreedores, es dejar de percibir lo que restaba por repartir. Por lo demás, no bien se presentaren los acreedores morosos, se entiende que cesa su morosidad, y que entran á percibir el haber que aun no se hubiere repartido entonces, y que pueda corresponderles, si bien habrá que esperar á que se les reconozca y gradúe su crédito; por lo que debe dejarse depositada la cantidad que les perteneciere en su caso, hasta entonces.

876. A los acreedores reconocidos se dará un documento firmado por los síndicos, con el visto bueno del juez. Este documento espresará la importancia, origen ó título y reconocimiento del crédito.

A los acreedores cuyo crédito no haya sido reconocido, se comunicará por los síndicos la decision de la junta por medio de carta particular que el escribano pondrá por sí mismo en el correo.

Se estenderá en esta pieza la oportuna certificación de haberse hecho, y copia de la carta circular: art. 584. Dicha carta convendrá que vaya certificada para que conste su recibo, poniéndose en los autos nota en que así se acredite.

*Impugnacion al reconocimiento de los créditos.*

877. Los acuerdos de estas juntas y las determinaciones que el juez dictare en los casos en que no se reúnan las dos mayorías, pueden ser impugnados dentro de quince días por los acreedores no concurrentes á ella, ó por los que hayan disentido del voto de la mayoría y protestado en el acto que les quede su derecho á salvo para hacerlo: art. 585. Esta disposicion es análoga y tiene iguales fundamentos que la del art. 513, espuesta en el número 794 de este libro. Cuando la decision sobre el reconocimiento del crédito no fuese por la mayoría de los acreedores, sino por el juez, en virtud de la facultad que le concede el art. 576, la protesta se hará al notificarseles dicha providencia de reconocimiento. No puede hacer la impugnacion el acreedor cuyo crédito no fue reconocido, aunque anteriormente hubiera votado en contra: V. el art. 1105 del Código de Comercio. Pero puede hacer la impugnacion el deudor, segun el art. 1105 citado y el 590 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

878. Pasados los quince días sin que haya impugnacion, quedan firmes los informes, los acuerdos, ó determinaciones del juez, en su caso, y no se dará curso á ninguna reclamacion contra ellos: art. 586.

879. Sobre cada una de las impugnaciones que se intenten se formará ramo separado, que se sustanciará con los síndicos en vía ordinaria: artículo 587; porque cada uno de ellos forma una reclamacion sobre un hecho distinto, que tiene que discutirse y probarse por separado.

La ley no limita aquí las causas en que pueda fundarse la impugnacion al defecto en las formas, para la convocacion, celebracion y deliberacion de las juntas, y á la falta de personalidad ó representacion de los que hayan concurrido con su voto á formar la mayoría, como lo ha verificado respecto de los acuerdos de las juntas en que se concede quita ó espera al deudor, lo que da á entender que en el presente caso, como que el acuerdo no se funda en la renuncia ó modificacion de su derecho, que pueden hacer la mayoría de los interesados, sino en la apreciacion de los títulos presentados, y como esta puede ser equivocada por error, malicia ó falta de inteligencia, ó defectuosa por otras causas, podrá fundarse el acuerdo en la falta de las circunstancias que exigen las leyes para considerar un crédito legítimo, ó para que se le coloque en tal ó cual orden de graduacion, y en una palabra, en los defectos sustanciales que se advirtiesen tanto en las formas como en el fondo de la cuestion.

880. Los síndicos están en la obligacion de sostener lo acordado por la mayoría, aun cuando su voto haya sido contrario; art. 589. Esta disposicion, análoga á la del art. 1108 del Código de Comercio, se funda en que los síndicos son los representantes del concurso, y como en el caso presente se considera formado este por la mayoría de acreedores, no pueden menos de sostener el acuerdo por su carácter de síndicos. Sin embargo, como en el caso de que opinaran de distinto modo que la mayoría seria violento

obligarles á defender ideas é intereses contrarios á los suyos, pueden oponerse al acuerdo, renunciando al carácter que les sujeta á sostenerlo, esto es, al carácter de síndico, como dice el señor Laserna, en sus motivos de la ley, y se deduce de lo dispuesto en el art. 589, sobre que cesara de hecho en el ejercicio de sus funciones el síndico si impugnare en cualquier sentido alguno de los acuerdos de la junta: de manera que por este hecho puede entenderse que hace renuncia tácita de su cargo. El art. 4108 del Código de Comercio disponia también, que los síndicos sostuvieran por cuenta de la mesa la deliberacion de la junta, caso que fuese impugnado el juicio, pero esto se entendia únicamente cuando la impugnacion era sobre que se reconociesen créditos que la junta hubiese desechado, como decia espresamente el art. 258 de la ley de Enjuiciamiento mercantil en su párrafo primero; mas no respecto de la impugnacion ó demandas que se instruyesen por algun acreedor ó por el quebrado contra el reconocimiento de algun crédito, pues entonces quiere el § 2 del art. 258 citado, que se entienda la sustanciacion con el interesado en el crédito impugnado en la demanda, siendo toda la responsabilidad del juicio de cargo del demandante. Pero la Ley de Enjuiciamiento civil no ha hecho estas distinciones, fundada, sin duda, en que siendo tanto la exclusion como el reconocimiento de créditos, efecto del acuerdo de la mayoría de acreedores ó del concurso, es justo y conveniente que lo sostengan los síndicos como representantes de este.

881. Si el crédito de algun síndico no fuese reconocido, cesará de hecho en el ejercicio de sus funciones, porque segun el art. 542 se requiere para la sindicatura la cualidad de acreedor. Lo mismo sucederá si impugnare en cualquier sentido alguno de los acuerdos de la junta, por las razones ya dichas. En uno y otro caso se procederá á su reemplazo en la forma establecida en los artículos 559 y siguientes, que tratan de la convocacion y celebracion de la junta para el nombramiento de síndicos, é impugnacion de la eleccion y publicacion de dicho nombramiento.

882. El deudor puede ser parte en los ramos separados que se formen, porque puede tener interés en sostener ó en impugnar los acuerdos. Si sostuviere lo acordado, litigará en union con los síndicos; si lo impugnare, en union con el acreedor que lo haya hecho; y en ambos casos bajo la misma direccion: art. 590; disposiciones análogas á las del art. 552 ya espuesto y que tienen iguales fundamentos.

#### Graduacion de los créditos.

883. De nada sirviera el exámen y reconocimiento de los créditos y la declaracion de su legitimidad, si no se estableciese el orden en que debian ser pagados, y la preferencia que tenian unos sobre otros; pues dejado esto al arbitrio de los acreedores, se suscitarian mil contiendas perjudiciales, que tal vez serian espuestas, y quedarian sin cobrar sus créditos aquellas personas que debieran haber sido mas consideradas, ya por la antigüedad ó preferencia de los mismos. Por estas razones, la ley no ha podido menos

de establecer las disposiciones que se deben adoptar sobre este particular, y que vamos á esponer.

884. En su virtud dispone en primer lugar el art. 591, que *pasados los quince dias señalados para la impugnacion de los acuerdos de las juntas de reconocimiento, se convocará á otra de los acreedores cuyos créditos hayan sido reconocidos, para su graduacion, mas no de aquellos á quienes no se hubiese reconocido su crédito, porque se consideran como personas estrañas al concurso y no tienen ninguna de las facultades ni derechos de los acreedores. Pero si deben citarse á los acreedores cuyos créditos hubieren quedado pendientes de reconocimiento, segun se deduce, y para los efectos del § 2 del art. 592. Esta citacion se hará por cédulas, esto es, en la forma que previene el art. 228 para el emplazamiento del juicio ordinario. Se anunciará ademas el dia, hora y sitio en que la junta deba verificarse en los periódicos oficiales, ó de avisos, si los hubiere, y cuando el juez lo considere conveniente, en la Gaceta de Madrid, para que pueda llegar fácilmente á noticia de todos. Entre la citacion y la celebracion de la junta deberán mediar quince dias, para que tengan el tiempo suficiente de concurrir preparados á la junta con las noticias, datos y documentos que juzgaren convenientes.*

885. Los síndicos, dentro de los treinta dias mencionados, esto es, de los quince que señala el art. 585 para la impugnacion de los acuerdos, y de los quince que han de mediar entre la citacion para la junta y la celebracion de esta, formarán cinco estados, que comprenderán: *El primero, los acreedores por trabajo personal y por alimentos. Si se tratare de un abintestato ó testamentaria concursada, se colocarán en este lugar, y tendrán derecho preferente á cualquier otro, los acreedores por los gastos de funeral, proporcionado á la fortuna y circunstancias del finado, y por los ocasionados con motivo de la ordenacion de su última voluntad, y formacion de inventario y diligencias judiciales á que haya dado lugar la testamentaria abintestato.*

*El segundo, los hipotecarios legales, segun el orden establecido por derecho.*

*El tercero, los que lo sean por contrato, segun su antigüedad.*

*El cuarto, los escriturarios.*

*El quinto, los comunes: art. 592.*

*Ademas por separado formarán nota de los bienes de cualquiera clase que el concursado tuviere en su poder correspondientes á terceras personas, con espresion de los nombres de sus dueños.*

*Si los dueños se hubieren presentado reclamándolos, se les entregarán, conviniendo en ello los síndicos y el concursado. Si alguno no conviniere, se sustanciará la reclamacion en ramo separado y via ordinaria: art. 595.*

886. Estas disposiciones, análogas á las de los artículos 1125 y 1115 del Código de Comercio, tienen por objeto facilitar las deliberaciones de la junta de graduacion de créditos, presentando verificado previamente el difícil y complicado trabajo de la separacion y agrupamiento de los créditos en sus

clases respectivas, y de su antigüedad, orden y prelación, atendiendo á la cual debe satisfacer cada uno, con arreglo á lo dispuesto por el derecho civil que rige sobre la materia; trabajo á que por otra parte no tiene que someterse la junta para adoptar las resoluciones que constituyen la sentencia de graduación, puesto que segun el art. 594, § 4.º, se ha de someter á votación el dictámen de los individuos respecto de cada crédito.

887. Las prescripciones de los artículos 592 y 593 se refieren á las diferentes clases de acreedores que distinguen el derecho y los intérpretes, y si no descende á especificar el género de créditos ó los acreedores que pertenecen á cada clase, ha sido por hallarse ya las disposiciones concernientes á este punto en nuestro derecho civil con todo detenimiento, revestidas y fortificadas con la doctrina general sobre las instituciones ó la materia de que emanan. «Este punto gravísimo no podía considerarse aisladamente, dice el señor Laserna en sus Motivos de la ley: tiene que estar en relacion inmediata con la constitucion económica de la familia, con la constitucion de las tutelas y curadorías, con la organizacion de la propiedad, con el sistema de hipotecas y con el de comunicacion y transmision de los bienes. Por eso la comision debió partir de lo existente, aceptarlo tal como se hallaba constituido y darlo por supuesto como base de su obra.» Por nuestra parte no nos hallamos en el mismo caso; antes es deber nuestro completar esta importante materia, esponiendo las disposiciones de derecho civil referentes á la misma, con el objeto de que puedan servir de regla á los síndicos de los concursos para formar los estados á que se refiere el art. 592 y para lo prevenido en el 593, puesto que conviene que formen estos los estados enumerando los créditos por el orden de prelación que establece el derecho, y asimismo á los acreedores que concurren á la junta, y tambien al juez para la sentencia de graduación.

888. Dos reglas generales pueden sentarse sobre este punto:

1.ª Que debe atenderse en primer lugar la clase de crédito á que corresponde cada uno de los presentados, puesto que han de formarse los estados con arreglo á estas diversas clases, porque segun la mayor ó menor consideracion y fuerza que les otorga el derecho, deben satisfacerse los créditos con anterioridad á los demás, aunque el crédito de estos sea más antiguo, porque los privilegios, no tanto se estiman por el tiempo como por la causa: *privilegia non tempore aestimantur sed ex causa.*

2.ª Que respecto de los créditos de una misma clase debe atenderse á la fecha de la antigüedad de cada uno para la preferencia en el pago, segun la regla de derecho que rige en general sobre esta materia, á saber: el que es primero en tiempo, lo es tambien en derecho; *qui prior est tempore potior est jure.*

Hemos dicho que estas reglas se observan en general, porque padecen algunas escepciones, como se advierte, por ejemplo, en cuanto á la primera, respecto de algunos acreedores hipotecarios por contrato que son preferidos por su privilegio á otros hipotecarios legales, y en cuanto á la segunda regla, respecto de los acreedores llamados refaccionarios, entre los cuales se atiende

al posterior en tiempo primero que al anterior en derecho ó en antigüedad de crédito, y asimismo respecto á los acreedores singularmente privilegiados y á los quirografarios en papel comun, que son satisfechos á prorata y no por orden de antigüedad, segun vamos á esponer al enumerar las diferentes clases de acreedores.

889. Haremos esta enumeracion refiriendo ó aplicando las disposiciones de nuestras antiguas leyes y la doctrina de los intérpretes é cada uno de los cinco estados que menciona el art. 592, y guardando, en la numeracion de los diferentes créditos, el orden de preferencia que establece entre ellos el derecho, para evitar con este método repeticiones inútiles.

890. Nuestro derecho previene que se atienda en primer lugar á los llamados *acreedores de dominio ó propietarios*, que son los que tienen accion real para pedir alguna cosa, por gozar ó conservar en ella el derecho de dominio. Esta clase de acreedores son los que han de comprenderse en la nota de bienes á que se refiere el art. 593 de la ley de Enjuiciamiento civil, si bien no les da el dictado de acreedores de dominio, como hace el artículo 1123 del Código de Comercio, por haber tal vez creído impropio llamar acreedor al que realmente es dueño, segun sientan algunos autores, aunque si se atiende al origen de la palabra acreedor, derivada del verbo *credere*, creer, tener por verdadero, y á que el acreedor que se presenta reclamando una cosa, no hace mas que alegar una razon ó título para hacer creer que le pertenece, ya por ser suya en pleno dominio, ya por debérsele por obligacion ó contrato, no aparece tan impropia aquella calificacion. V. el Diccionario etimológico de Monlau, palabra *creer*. A esta clase de acreedores pertenecen:

1.º Los que hubiesen dado al concursado cualesquiera bienes y efectos en depósito, no siendo fungibles, administracion, arrendamiento, alquiler ó usufructo; leyes 2 y 9, tit. 3, 1, tit. 5, 1, tit. 8, 11 y 12, tit. 14, Part. 5 y 46, tit. 28, Part. 3, que son análogas á lo dispuesto en el art. 1114 del Código de Comercio, núm. 5. No transfiriéndose la propiedad de estos bienes al depositario, sino conservándose por el contrario en el depositante, nada más justo que el que se le devuelvan á este, probando haber hecho la entrega por aquellos títulos, con preferencia á los demás acreedores. Por esto se requiere respecto del depósito que no consista en cosas fungibles que son las que se consumen con el uso, ó que se dan por cuenta, peso ó medida, como los frutos, porque si así fuere, se transfiere la propiedad de los bienes en el depositario, por considerarse el depósito irregular, y se coloca al depositante entre la clase de acreedores personales privilegiados de que trataremos más adelante. Sin embargo, si el depósito consistiese en dinero y se entregase en sacos ó arcas cerradas y selladas, ó en otras cosas que pudieran entregarse de esta suerte, se podría reclamar bajo el título de dominio, probándose que tales cosas eran las depositadas. V. la ley 2, tit. 3, Part. 3, y la glosa 4.ª de Gregorio Lopez.

2.º El que reclama la cosa que vendió al concursado, á pagar de presente y no de fiado, y se suspendió ó no se hizo el pago por accidente ó

falta de voluntad del comprador, pues permanece el dominio de la cosa objeto de la venta en el vendedor, segun la ley 46, tit. 28, Part. 3, que dice: «Si el que oviese vendido su cosa á otro, se apoderase de ella, si el comprador non oviese pagado el precio, ó dado fiador, ó peños, ó tomado plazo para pagar, por tal apoderamiento como este no pasaria el señorío de la cosa fasta que el precio se pagase. V. el art. 1114, núm. 8, del Código de Comercio.

3.º La mujer por sus bienes dotales que hubiese aportado al matrimonio, y que se conserven en especie en poder del marido. Esto no ofrece duda cuando la dote se dió sin estimar ó apreciar, pues lo que en ella conserva la mujer su dominio, correspondiendo al marido solamente el usufructo y administración. Pero cuando la dote se entregó con estimacion que causa venta, niegan algunos intérpretes que tenga la mujer aquella preferencia de dominio, por considerarse que pasa este al marido; mas otros, á cuya opinion nos adherimos, conceden á la mujer aquel derecho, fundados en la razon que espone Hevia Bolaños, en su Curia Filípica, lib. 2, cap. 12, § 10, al consignar esta doctrina, en los términos siguientes: «Infiérese tener la dicha prelación de dominio la mujer por su dote en la misma cosa de que procede, aunque se haya dado y entregado apreciada, no teniendo el marido de qué pagar, porque aquella cosa al principio fue de la mujer y naturalmente en ella permaneció su dominio, hasta ser pagada, como se prueba en un texto y su glosa, á saber, en la ley *in rebus Cod. de jur. dot.*, y en la glosa á la palabra *Stigmaté*. Y lo mismo es en el precio de ella, segun otro texto, á saber, la ley *ita constante, Dig. de jur. dot.*» En la *Enciclopedia de derecho y administración*, art. *Acreedores*, se adopta asimismo esta doctrina, aun sin la limitacion de que no tuviere con que pagar el marido, V. la ley 17, tit. 11, Part. 4. Tambien es aplicable esta regla por identidad de razon respecto de los bienes parafernales que adquirió la mujer por herencia, legado ó donacion, ya se hayan conservado en la forma que los recibió, ó subrogádose en otros, segun espresamente dice el art. 1114, núm. 2, del Código de Comercio.

Tales son los bienes que deben comprenderse en la nota prescrita por el art. 595 para entregar á sus dueños que se presentaren reclamándolos, cuando dado traslado de esta reclamacion á los síndicos convinieren en ello, pues para esto no es necesario celebrar junta de acreedores, aunque deberán dar cuenta en la de graduacion, de dicha entrega.

891. Pasemos pues á enumerar los acreedores que deben comprenderse en cada uno de los cinco estados que manda formar el art. 592, segun las diferentes clases que reconoce nuestro derecho.

892. Colócanse en *primera clase los acreedores personalmente privilegiados*. Llámense asi porque la ley les concede por la calidad de su crédito la preferencia sobre todos los demás acreedores, aun sobre los que tienen hipoteca privilegiada. La razon de concederse tan singular privilegio á acreedores puramente personales, consiste, segun creemos, en que la hipoteca privilegiada se conceda por motivos esternos y menos graves, cual es

la correlacion que existe entre el crédito y los bienes que contituyen la hipoteca, al paso que para la concesion del privilegio de los acreedores personales se atiende á lo importante y sagrado de los gastos ó créditos sobre que recaen estos, con el objeto de evitar el grave inconveniente de que quedarán sin efectuarse por temor de no conseguir su cobro.

Esta clase de acreedores son los que deben comprenderse en el primer estado que han de formar los síndicos, y se espresan en los párrafos primero y segundo del art. 592. Deberán pues colocarse y ser atendidos por el orden siguiente:

1.º Los acreedores por gastos funerarios, esto es, por los gastos hechos con motivo del entierro del deudor, proporcionados á la clase y bienes del mismo, segun dice la ley 12, tit. 13, Part. 1.ª, con estas palabras: «con tal que aquestas despensas sean fechas mesuradamente estando la persona de aquel por quien son fechas,» y asi se espresa tambien en el párrafo tercero del art. 592. Deben incluirse asimismo en estos gastos el luto de la mujer y demás familia del difunto, segun la glosa 8 de Gregorio Lopez á esta ley.

Este privilegio se funda en lo digno que es favorecer los gastos hechos para rendir los últimos deberes religiosos al difunto, y en lo que interesa á la salubridad pública que se entierren los cadáveres. Por esta razon, tal clase de acreedores es atendida aun con preferencia á los que considera la ley como singularmente privilegiados, segun la cláusula de art. 592; *se colocarán en este lugar (en el primero) y tendrán derecho preferente á cualquiera otro*. Si la ley los menciona despues de los acreedores por trabajo personal y alimento, es por haber considerado su ocurrencia como caso especial de los abintestatos y testamentarias, porque, como dice el Sr. Laserna en sus Motivos de la ley, solo allí podrán presentarse. La ley 30, tit. 13, Part. 5.ª, dice que la deuda para enterrar á un muerto debe ser pagada antes de cualquiera otra que el difunto hubiere contraído en vida.

2.º Los acreedores por los gastos de justicia, que son segun espresa el § 3 del art. 592, los ocasionados con motivo de la ordenacion de la última voluntad del finado, formacion del inventario y diligencias judiciales á que haya dado lugar la testamentaria ó abintestato. El privilegio de estos gastos se funda en que redundan en beneficio de todos los acreedores, puesto que tienen por objeto la consignacion de sus derechos y la conservacion de los bienes hereditarios. ®

3.º Los acreedores por trabajo personal (como el criado ó jornalero por su salario ó jornal) y por alimentos ó por el sustento y vestido necesarios. Segun la antigua jurisprudencia y la doctrina de los intérpretes, se consideraban los acreedores por los gastos de la última enfermedad, con derecho preferente á los que lo eran por los gastos de justicia, y aun habia quien los colocaba en el mismo lugar que á los acreedores por los gastos funerarios, fundado, en que el derecho romano les equiparaba á estos (V. la ley 4, *Cod. de pet. hered.*), y en lo piadoso y urgente del objeto sobre que

versaban, puesto que con ellos se evitaba tal vez la falta de asistencia del que se hallaba postrado en el lecho del dolor, y tambien en impedir la inhumanidad de que, no concediéndose este privilegio, se exigieran al enfermo ó su familia, cuando no se hallaban en disposicion de atender á su pago. Mas en el dia, la circunstancia de no haber mencionado estos gastos la nueva ley espresamente, ha sido causa de que se consideren incluidos en los gastos por trabajo personal los referentes á servicios individuales, como los honorarios debidos al médico y cirujano, y los salarios ó derechos de los que asistieron al enfermo, y en los gastos por alimentos, los consistentes en medicinas y demás de este género. Asi lo dice el Sr. Laserna en sus *Motivos de la Ley* con estas palabras: «si no hizo espresion (la comision) de los gastos de la enfermedad postrimera fue porque los acreedores por razon de ella lo son por alimentos.» Sin embargo, en nuestro juicio, ya que no se coloquen estos gastos en el lugar que los del funeral, desatendiendo la grave autoridad del derecho romano, única legislativa sobre la materia, creemos que deberán gozar de preferencia sobre los demás créditos por trabajo personal ó por alimentos, por las razones que llevamos espuestas.

Como quiera que sea, por la última enfermedad se entiende aquella de que resultó el fallecimiento, de manera que si sanase el enfermo, no há lugar al privilegio por cesar una de las principales causas en que se funda, cual es la dificultad de cobrar dichos gastos en el lamentable estado de una enfermedad peligrosa. Por la misma razon, si la enfermedad fuese crónica, deberán los tribunales apreciar, desde cuándo principió el período grave y alarmante que pudo impedir ó dificultar la reclamacion de los gastos. Paredes y otros autores fijan el término de un año como el mayor por que debe durar el privilegio, bien en el caso de que la enfermedad continúe, bien en el de que se haya recobrado la salud.

Si los acreedores designados en los anteriores números contendieran sobre la preferencia de sus créditos, debe atenderseles por el orden en que van colocados; pero si la controversia fuere entre varios acreedores de los comprendidos en cada número ú orden, se les pagará, no por antigüedad, sino á prorata, porque siendo simultáneos sus privilegios, no prevalece ninguno contra el otro, sino que se consideran iguales entre sí.

893. La segunda clase de acreedores la constituyen los *acreedores legales hipotecarios privilegiados*, que son aquellos á cuyo favor por la calidad de su crédito ó de sus personas da la ley el beneficio de la hipoteca en todos ó algunos de los bienes del deudor, y en su consecuencia, el derecho de ser preferidos á los demás acreedores hipotecarios legales, aunque sean anteriores en tiempo, segun diremos mas adelante.

Los acreedores hipotecarios legales se distinguen en privilegiados y no privilegiados, segun que su hipoteca goza ó no de preferencia para el pago sobre los demás acreedores hipotecarios legales. Subdividense en acreedores que gozan de hipoteca legal convencional, ó para cuya concesion atiende la ley á la voluntad tácita de los contrayentes al efectuar el contrato á que concede la hipoteca, por juzgar que la intencion de las partes fue la de ase-

gurarse esta garantía especial, y en acreedores que gozan de hipoteca tácita legal, para cuya concesion atiende la ley á la conveniencia de asegurar con la hipoteca la conservacion de los bienes ó la satisfaccion de los derechos de ciertas personas que por su estado de menor edad, desamparo ú otras razones atendibles, podrian ser fácilmente víctimas de abusos ó fraudes. Los acreedores á quienes concede la ley hipoteca tácita en consideracion á su voluntad tácita son todos privilegiados, esto es, preferidos á los que tienen hipoteca tácita legal aun cuando sea privilegiada, escepto en algunos casos; y tales son los que se consignan en los núm. 1.º al 4.º inclusivos. Los que tienen la hipoteca tácita legal se distinguen en acreedores privilegiados y en no privilegiados, segun que gozan ó no sus créditos de preferencia respecto de los demás de su clase.

Aunque en este núm. 893, solo comprendemos los acreedores que gozan de hipoteca legal privilegiada, reservando para el próximo 894 la enumeracion de los que tienen hipoteca tácita legal sin privilegio, todas estas clases de acreedores deben comprenderse en el estado segundo de los á que se refiere el art. 592 de la ley. Son, pues, estos segun el orden de prelacion que les da el derecho.

1.º El dueño de una casa que la dió en arriendo al deudor, que tiene hipoteca legal para el cobro del alquiler y de los deterioros en las cosas que se hallaren en ella propias del inquilinato, y asimismo el dueño de las heredades que las dió en arriendo ó labranza, tiene dicha hipoteca, no solo en los frutos, sino tambien en las cosas introducidas en ellas con su noticia por el colono ó arrendatario, para cobrar su renta ó arriendo: leyes 6, título 11, lib. 10, Nov. Recop. y ley 3, tít. 8, Part. 3. Esto se funda respecto de los objetos introducidos en las fincas, en que la ocuparon, se conservaron en ellas y devengaron alquiler ó arriendo, y respecto de los frutos, en que se considera que conserva en ellos la propiedad el dueño del terreno, como accesorios de este, mientras no paga el arriendo el arrendatario.

Mas debe advertirse en cuanto á la hipoteca y prelacion que se adquiere por la reconduccion tácita de los arriendos, como observa Febrero, que no obra sus efectos desde el dia del primer contrato ó arriendo, sino desde el de la reconduccion, en que interviene el consentimiento tácito de los contrayentes, y la perseverancia del contrato primero en las cosa arrendada, por lo que concurriendo el arrendatario con los acreedores que contrajeron con el arrendador despues del arriendo primero y antes del tácito, ha de ser postpuesto ó postergado á llos por su reconduccion, á menos que la escritura de arriendo contenga la cláusula «de que por el año ó mas que el arrendatario permanezca en el arrendamiento, ha de pagar la propia cantidad y renta que por los pactos espresamente, y ha de poder ser ejecutado por la de cada uno en iguales términos, sin ser necesario hacer prévia liquidacion ni otra diligencia y entenderse comprendidos en el primer arrendamiento con la misma hipoteca, prelacion y seguridades, como si todo fuera especificado en él sin diferencia en cosa alguna; pues conte-

niendo esta cláusula, no la habrá entre el arrendamiento y tácita reconduccion.»

Por similitud de razon cuando con los acreedores hipotecarios concurre el que ha dado finca en enfiteusis al deudor, pues como al tiempo de su constitucion se reservó su dominio directo, tendrá preferencia en ella á los demás por el capital, laudemio ó réditos. Lo propio milita en el que da alguna cosa á censo reservativo al quitar, porque en la práctica se estima tenerla: bien que Carleval es de contraria opinion por varias razones que espone.

Cuando el censuario de censo vitalicio personal forma concurso de acreedores, y el censalista ó alimentario ocurre á él pretendiendo su pension anual, puede hacersele pago segun observan los autores, entre ellos Febrero, asi de la vencidad hasta entonces, como de las que corran en lo sucesivo, valiéndose de alguno de estos tres medios.

El primero es mandar se entreguen á otros acreedores de grado inferior bienes raices suficientes tasados, con la obligacion de pagar al censalista mientras viva los réditos anuales estipulados, y que despues queden libres del gravámen los bienes para los acreedores de mejor grado despues del censalista, por cuyo medio estos solamente padecen el retraso en el pago de sus créditos, y no los pierden.

El segundo es, que precedida audiencia formal de los acreedores que comparecieron en el curso, se pague al censalista lo que se estime por el valor del censo, atendiéndose al tiempo corrido desde su constitucion, el estado de su salud, y qué podrá vivir, lo cual se deja al prudente arbitrio del juez, quien si las partes se convinieren, y no de otra suerte, en el precio y estimacion cierta debe aprobar su convenio.

Y el tercer medio que nos parece mejor, es que se consigne al censalista cosa cierta fructifera tasada en lo justo por via de prenda y no en pago de su censo, para que durante su vida perciba sus frutos por réditos de este, vuelva despues de esta al caudal de concurso, y se aplique ella ó su valor al acreedor de mejor grado, siendo de advertir que respecto ser regular que al tiempo de la constitucion del censo hubiese hipotecado especialmente el censuario bienes ó fincas determinadas cuyo producto líquido cubra la pension anual, y que con ellas se haya contentado al censalista, se le pueden consignar para el pago de esta con obligacion de volver el sobrante, lo cual se entiende no hallándose en peor estado que cuando se hipotecaron.

2.º El que prestó dineros gratuitamente al deudor para cobrar alguna cosa, que efectivamente compró y al tiempo del préstamo y en la escritura de este se pactó espresamente que la misma cosa habia de quedar y quedaba hipotecada especialmente á la responsabilidad del dinero prestado; pues entonces será preferido igualmente en ella á los demás hipotecarios anteriores; mas si no se hizo el pacto tendrá solamente accion personal privilegiada: ley 30, tit. 13, Part. 5. Lo propio milita en el que presto dinero para comprar algun oficio, si se hizo el mismo pacto, porque hay la misma razón con hipoteca espresa y general, incluso la mujer por su dote y el oficio.

Este privilegio se funda en que el comprador adquirió la cosa gravada ya con la obligacion á responder del precio, é impide á los demás que adquieran sobre ella su hipoteca: no sucede asi respecto del caso que se espone en el siguiente núm. 4.º, porque la cosa rehecha ó reparada estaba ya bajo la hipoteca de la mujer ó del fisco. Véase la notable glosa 4.ª de Gregorio Lopez á dicha ley 30.

3.º El huérfano, en la cosa comprada con su dinero, respecto á otro hipotecario á quien la hubiese empeñado el que la compró por hipoteca general: lo que se funda en las mismas razones que el caso anterior. V. la ley 30 citada.

4.º El que prestó graciosamente al deudor alguna cantidad para reedificar nave, casa ú otro edificio, pagar el alquiler de aquella en que se halla la cosa hipotecada, trasportarla, ó para armar ó tripular una nave, y el que la suplió para alimentar ó pagar el trabajo de los marineros ú oficiales que trabajaron en ella, pues acreditando (porque no basta la mera confesion del deudor) haberla prestado para este efecto sin interés, empleándose en él, y existiendo la misma cosa beneficiada, ó mejorada, será preferido en ella como acreedor *refaccionario* á los demás acreedores hipotecarios aun anteriores que no lo sean de esta clase, escepto al fisco, dote y arras dadas á la mujer por aumento de su dote; pues concurriendo con estos ha de ser preferido el mas antiguo: leyes 26, al fin. 28 y 29, tit. 13, Partida 3. Pero debe tenerse presente que si concurren varios refaccionarios de la misma finca ó cosa, pretendiendo cada uno prelación en ella por su crédito, se han de graduar y pagar por el orden inverso ó contrario á los demás créditos; es decir, que el último que la benefició es el primero que debe ser pagado, porque la conservó, y asi retrocediendo á las anteriores por su orden; pues en estas deudas privilegiadas no se considera el tiempo, sino el privilegio ó causa de la preferencia, y aqui la causa del privilegio ó preferencia es la conservación, sin la cual no existiria la finca, ó bien habria padecido ruina ó detrimento considerable.

Llámanse estos acreedores refaccionarios; palabra tomada del verbo latino *reficere*, rehacer, porque rehacen ó reparan la cosa que sin su axilio se hubiera destruido. Fúndase su privilegio para que se le abone por lo menos lo que importaron las cantidades invertidas, en que contribuyendo con ellas á la conservación de la cosa en beneficio de todos los demás acreedores, es justo que sean atendidos con preferencia á estos.

Los acreedores mencionados en los cuatro números anteriores son los que gozan de la hipoteca legal, en consideracion á su voluntad tácita al efectuar el contrato en que aquella se funda, segun hemos indicado.

Los acreedores que vamos á enumerar á continuacion, gozan de hipoteca tácita legal tambien privilegiada, y son preferidos á los acreedores posteriores con hipoteca tácita legal ó espresa, y á los anteriores con hipoteca tácita legal, mas no si fuese legal convencional, cual es la que tienen los espresados en los números anteriores, respecto á los objetos ó bienes especiales en que aquella consiste, ni á los anteriores que tienen hipoteca espresa. Son, pues, los mencionados acreedores.

5.º La mujer, por razon de su dote, respecto de los bienes de su marido. Este privilegio tiene por objeto amparar á la mujer contra los abusos que pudiera cometer el marido por la autoridad que ejerce sobre ella y por la sujecion que imposibilita á esta obrar libremente. Estiéndese el privilegio á los descendientes de la mujer, mas no á sus herederos estraños, los cuales solo conservan el derecho de hipoteca. Principia á contarse desde el dia de la celebracion del matrimonio, y no antes aunque se hubiera prometido con anterioridad la dote, porque esta se da para ayudar á sostener las cargas del matrimonio, las cuales no existen hasta que se verifica el enlace, y asimismo procede aunque los bienes prometidos al marido, en dote, se le entregaran posteriormente; ley 33, tit. 13, Part. 3. Mas respecto de los bienes que se aumentaron á la dote durante el matrimonio, por sucesion ó donacion, los cuales gozan de igual privilegio que esta, se atenderá para la fecha de la hipoteca al dia en que los adquiere el marido. Cuando por haber contraido el padre segundas nupcias concurriesen los herederos de las dos mujeres reclamando el privilegio de la dote de su madre respectiva y no hubiere bienes suficientes para satisfacer las dos, serán preferidos los herederos de la primera, pero los bienes que existieren en especie pertenecientes á segunda mujer, deberán entregarse á los herederos de esta, por considerarse todavía como dueños y vencer la accion de dominio al privilegio; ley 33, título 13, Part. 3. En cuanto á los bienes parafernales que la mujer entregó al marido, no hay duda que gozan hipoteca tácita en los bienes de este, pero contienden los autores sobre si gozarán del privilegio de prelacion sobre los demás acreedores, opinando unos, por la afirmativa, fundados en que, perteneciendo la administracion de todos ellos al marido, sin que los pueda enagenar la mujer, deben considerarse con igual privilegio que los dotales; y sosteniendo otros la negativa, fundándose en que la ley 17, título 11, Part. 4.ª, solo les concede la hipoteca, y en la conveniencia de no hacer estensivos los privilegios á mas casos que los que la ley señala espresamente; V. la glosa 4 de Gregorio Lopez á dicha ley, y Febrero, Tapia, Escriche y la Enciclopedia de derecho. Las arras que se dieron por aumento de dote, gozan de la hipoteca y privilegio que esta; de lo contrario, solamente de la hipoteca: ley 29, tit. 13, P. 3 y glosa 2.ª de Gregorio Lopez.

6.º El fisco, esto es, el erario del Estado ó Hacienda pública, goza tambien en los bienes de sus deudores en general de hipoteca tácita legal privilegiada, con preferencia á los mismos acreedores que la mujer por razon de su dote, y por eso se dice que *dos et fiscus pari pasu ambulat*. Este privilegio no se estiende á mas casos ó acreedores, segun nuestra legislacion de Partida, ni aun respecto de las contribuciones ó tributos que se le debieran, de suerte que segun ella, son preferidos al fisco los acreedores que tienen hipoteca espresa anterior, los singularmente privilegiados y cualquiera de los que llevamos enumerados como teniendo hipoteca legal privilegiada fundada en convencion ó voluntad presunta; asi que en concurrencia con el que hizo los gastos del funeral ó del que dió dinero para reparar una casa gozan estos de derecho para cobrar sus créditos con preferencia al fisco. Mas hoy es

opinion, que el fisco es preferido á toda clase de acreedores, fundada en el artículo 65 del real decreto de 13 de junio de 1843, que declara gubernativos los procedimientos sobre la cobranza de contribuciones y que en ningun caso pedrán mezclarse en ellos los tribunales ó juzgados, mientras se trate del interés directo de Hacienda; en el real decreto de 23 de mayo de 1843 que faculta á la administracion para proceder á la venta y remate de bienes de los contribuyentes morosos por un sistema rápido y espedito: en el artículo 5 de la real orden de 20 de setiembre de 1852, segun el cual, los juzgados y tribunales del fuero comun no pueden entender en el remate y subasta de los bienes que se enagenen para hacer efectivo el reintegro de las contribuciones del Estado ó de los cargos municipales ó provinciales, cuya cobranza vaya unida á ellos, y en varias decisiones del consejo real, sobre competencias entre la autoridad judicial y la administrativa acerca de este particular, decidiendo á favor de la administracion. A estos fundamentos pudiera replicarse, que las leyes que marcan y deslindan los límites de las jurisdicciones, no son propias para alterar ni derogar las que pertenecen á la esencia del derecho civil; y que en su consecuencia pueden aquellas considerarse como limitándose á impedir que la autoridad judicial se intruse en el conocimiento de casos particulares y aislados sobre cobranza de contribuciones, como parece deducirse de las decisiones del consejo real, puesto que versan generalmente sobre ejecucion de bienes de dichos contribuyentes, mas no como impidiendo á los tribunales comunes la celebracion y conocimiento del juicio de concurso en que intervenga el fisco, graduando su crédito en la clase que le corresponda, segun nuestras antiguas leyes. «En caso de un concurso, ó de una quiebra, dicen los ilustrados redactores de la Enciclopedia de derecho y de administracion, en el artículo *Acreedores*, escrito cuando existian ya aquellas disposiciones legales, el fisco tiene necesidad de presentarse como los demás acreedores y esperar para cobrar su credito á que sean pagados antes los acreedores preferentes, que lo son sin duda alguna los singularmente privilegiados á quienes protege un motivo de humanidad y de piadosa conmiseracion.» Como quiera no parece conforme á equidad que sea preferido el fisco á acreedores tan privilegiados como los que tenian por objeto procurar los auxilios de la religion y los consuelos de la humanidad, ó la conservacion ó acrecimiento de bienes en que ha podido el fisco fundar sus derechos.

En concurrencia del fisco con la dote, no hay preferencia entre estos dos privilegios por la regla de que el privilegiado no usa de su privilegio contra otro igualmente privilegiado, sino que se preferirá el que tenga su crédito mas antiguo, y si por haberse contraido ambos en un dia, no se pudiere averiguar cuál fue el primero, se reputa la causa de la dote de mayor condicion que la del fisco: ley 33, tit. 13, Part. 3 y regla 85, tit. 17, lib. 30 del Dig.

894. A la tercera clase de acreedores, pertenecen aquellos á quienes la ley concede hipoteca tácita sobre ciertos bienes por razon de su estado ó por otras causas atendibles, pero sin privilegios ó derecho de ser preferidos á

los demás de su clase. Estos acreedores deben incluirse por los síndicos también en el estado segundo á que se refiere el art. 392. Tienen preferencia sobre los acreedores convencionales á no ser que siendo anteriores, tengan hipoteca expresa ó tácita y sobre los comunes, que espondremos mas adelante. Dichos acreedores son:

1.º Los pupilos y menores respecto de los bienes de sus guardadores y curadores, desde que estos recibieron el cargo hasta dar cuentas: ley 23, título 13, Part. 3.º; derecho que se estiende á los pródigos, locos y demás personar á quienes se priva de la administracion de sus bienes, por equipararse estas personas á los menores.

2.º El marido en los bienes del que le prometió dotar á su mujer, bien fuera esta ó un extraño, para cobrar dicha dote: ley 23, tit. cit.

3.º Los hijos en los bienes del padre que contrajo segundo enlace para seguridad de los que están obligados á reservarles en este caso: ley 26, título cit.

4.º Los hijos en los bienes del padre, administrador ó usufructuario del peculio adventicio, por razon de los bienes que hubiera enagenado el padre sin derecho: ley 24, tit. cit.

5.º Los hijos en los bienes de su madre, que siendo su guardadora pasa á segundo matrimonio, y en los de su padrastro, hasta que dé cuentas: ley 26, tit. 15, Part. 5.

6.º El legatario tiene también hipoteca tácita en los bienes del difunto, para el cobro de la manda que le dejó en su testamento, cuya hipoteca principia á contarse desde que falleciere el testador, de manera que habiendo varios legatarios, como la hipoteca tiene una misma fecha, todos concurrirán á percibir á prorata la parte que les corresponda, segun la cuantia del legado, de los bienes del testador; pero esta hipoteca no perjudica á los demás acreedores del difundo, pues son preferidos á ellos hasta los simplemente personales; lo que se funda en que no se considera herencia sino lo que resta despues de pagadas las deudas. Pero serán pospuestos á ellos los acreedores personales del heredero, y podrán aquellos reclamar los bienes hereditarios de cualquiera que los detentare.

895. Pertenecen á la cuarta clase de acreedores los hipotecarios ordinarios simples convencionales ó por contrato, y son los que han constituido espresamente con un deudor una hipoteca ó prenda para seguridad de su crédito, en escritura en forma. Estos acreedores deben ser comprendidos por los síndicos en el estado tercero que prescribe el art. 392. Para su preferencia en el pago se atiende á la antigüedad de su crédito. «Guisada cosa es, dice la ley 27, tit. 13, Part. 3, que el que rescibe primeramente la cosa en peños, que mayor derecho haya en ella quel otro que la rescibe despues.» Sin embargo, algunos de estos acreedores gozan de derechos preferentes, igualándose á los de las clases anteriores, y ya hemos designado los que gozan de hipoteca legal privilegiada, y son por lo tanto preferidos, no solo á los demás de su clase, sino aun á los hipotecarios legales y aun á la dote y al fisco, V. el núm. 5.º del párrafo 895. Si concurriesen

acreedores con hipoteca constituida en un mismo dia, se atenderá si es posible á la diferencia de horas. Algunos autores quieren que si en un mismo instrumento se hubiesen hipotecado los bienes á dos acreedores diferentes, primeramente al uno y despues al otro, se tenga por mas antiguo el que se encontrare nombrado primero; y asimismo, si se hubieren otorgado varias escrituras en un mismo dia sin saberse la hora, quieren que sea preferido el acreedor cuya escritura se colocó primero; pero esta doctrina es desechada por peligrosa, puesto que se abandonaria al capricho, al descuido ó á la indiferencia de un escribano la prioridad de los créditos. La regla mas segura es, pues, que no sabiéndose cual de los créditos hipotecarios es anterior ó posterior, se considerarán iguales en derecho, y ambos deberán pagarse á prorata: Curia filípica, lib. 2, Com. Ter. cap. 12, número 41.

La hipoteca constituida en condicion casual ó mista se prefiere á la hipoteca pura posterior, aunque se constituya esta antes de cumplirse la condicion, porque cumplida que sea, se retrotrae á la época en que se constituyó: ley 32, tit. 13, Part. 3. Asimismo, aunque no se hubiese cumplido el plazo de la deuda hipotecaria anterior, se preferirá esta á las posteriores que no tuviesen plazo, porque no se atiende al tiempo de la paga sino al de la fecha de la constitucion de la hipoteca.

La ley 51, tit. 13, Part. 3 daba la preferencia á la hipoteca constituida por escritura pública sobre la que lo era por escritura privada, pero en el dia no puede haber hipoteca privada, por estar dispuesto que no pueda constituirse la obligacion hipotecaria sin escritura pública, debiendo además registrarse en el oficio de hipotecas, conforme á la ley 5, tit. 16, libro 10 de la Novisima y al real decreto de 23 de mayo de 1845 para la cobranza y establecimiento de este derecho.

896. A la quinta clase pertenecen los *acreedores con privilegio personal*, y son los que por la calidad de su crédito tienen derecho de ser preferidos á los demás personales, aunque fueren anteriores. Tal es el que constituyó en poder del deudor un depósito irregular ó de cosas fungibles ó que se consumen con el uso, pues como en tal caso pierde el depositante el dominio de estas cosas que pasa al deponetario, no puede ocupar el lugar de los acreedores de dominio; mas la ley, atendiendo á que esta pérdida no fue enteramente voluntaria, sino consecuencia de la naturaleza peculiar del depósito, le da el privilegio de ser satisfecho despues de los acreedores hipotecarios y antes que los demás personales. Perteneciendo, pues, á esta clase de acreedores en su esencia, puesto que el depósito se convierte en mútuo, deberán los síndicos comprender este crédito al principio del estado de los acreedores personales escriturarios. V. la ley 12, tit. 14, Part. 3. Concurriendo dos acreedores de esta clase deben ser satisfechos á prorata y no por antigüedad, porque ambos gozan de igual privilegio.

897. El sexto lugar lo ocupan los meramente *acreedores personales escriturarios*, que son los que sin hipoteca ni privilegio que dé preferencia á sus créditos, acreditan estos por escritura ó por documento equivalente.

Llámanse *escriurarios* los que lo acreditan por escritura pública otorgada en forma, ó por tener fuerza de tal, por documento firmado por el deudor y tres testigos, ó por documento privado cuya certeza confiesa el acreedor á quien perjudica, ó por el reconocimiento de la deuda hecho judicialmente por el deudor. Leyes 33, tít. 13, Part. 5, y 4 y 5 tít. 28, lib. 11, Novísima Recopilación. También se refieren á esta clase los *quiografarios* que prueban su crédito con documento escrito en papel sellado. Todos ellos deberán comprenderse por los síndicos en el cuarto estado que espresa el artículo 592.

El acreedor escriturario es preferido al quiografario que prueba su crédito con documento escrito en papel sellado, según la ley 5, tít. 24, lib. 10 Novísima Recopilación; y en concurrencia de varios escriturarios es preferido aquel cuyo crédito fuese mas antiguo: así se deduce de la ley 5 citada que aplica á los quiografarios en papel sellado la regla general, según la que el que es primero en tiempo, es mejor en derecho «dándoles lugar entre sí mismos conforme á su antelación;» pues aunque no espresa lo mismo respecto á los acreedores por escritura pública, se cree que su espíritu ó intención fue que se observara igual regla en cuanto á ellos, porque no aparece razón alguna de diferencia, y antes bien, caso de haber alguna, sería para favorecer mas á los primeros.

Después de los acreedores escriturarios se atiende á los quiografarios que prueban su crédito por documento privado escrito en papel sellado correspondiente á su cantidad y calidad, y en concurrencia de varios de esta misma clase, se atiende según se ha dicho á la antigüedad de los créditos.

898. Ocupan el último lugar los acreedores *comunes* ó que prueban sus créditos con documento en papel comun, y también se refieren á esta clase los acreedores personales verbales, ó que habiendo verificado convenios de palabra, tienen que probarlos por medio de testigos ó por confesión del deudor, por falta de documento con que hacerlo. Esta clase de acreedores que deben incluirse por los síndicos en el estado quinto del art. 592, son satisfechos después de los que presentan documento en papel sellado, aunque su crédito fuese mas antiguo que el de estos, y cuando concurren varios de la misma clase, son pagados á prorrata, sin prelación alguna por razón de antigüedad, como los demás quiografarios. Así se deduce de la ley que no les da prioridad alguna respecto de ellos, y del temor que espresa la misma sobre que si se estableciera esta prioridad se cometerían fraudes por las antedatas y posdatas, á favor de las cuales podrían aparecer mas antiguos los créditos de lo que eran realmente; si bien este peligro es asimismo de temer en los créditos en papel sellado.

899. Reunida la junta en el día señalado bajo la presidencia del juez, para que la dirija, y con asistencia del escribano, para que dé fé de lo que se resolviere, se principiará la sesión por la lectura de todos los artículos de esta ley relativos á la graduación de los créditos y á la impugnación de los acreedores sobre este punto.

Hecho esto, se pasará á deliberar sobre el reconocimiento de los créditos que haya podido quedar pendiente, á causa de no haberse justificado lo bastante, según prescribe el art. 577, respecto á cuya justificación deberán los síndicos presentar dictámen por escrito, para que sirva de ilustración á los demás acreedores para poder resolver con acierto esta cuestión preliminar.

Se dará después cuenta de los estados de graduación que formaron los síndicos, y se pondrán á discusión los créditos que comprendan, esto es, se alegarán las razones en pró ó en contra del lugar gradual que les corresponde, atendiendo á la naturaleza y clase de cada crédito, comparados unos con otros.

Terminada esta discusión se someterá á votación el dictámen de los síndicos respecto á cada crédito, esto es, respecto al lugar que debe ocupar con relaciones á los demás, quedando aprobado lo que dictaren las mayorías de votos y cantidades combinadas en la forma establecida en el artículo 511, esto es, las dos terceras partes de votos de los acreedores concurrentes á la junta y cuyos créditos importen cuando menos las tres quintas partes del total pasivo del concurso: art. 594.

Si no se reuniesen las dos mayorías de votos y cantidades, llamará el juez los autos á la vista y determinará lo que crea conforme á derecho, sobre el crédito que haya dado lugar á la disidencia: art. 595, disposición casi idéntica á la del párrafo segundo del art. 576 y que se funda en las mismas razones que espusimos al hacernos cargo de este.

#### *Impugnación de los acuerdos ó determinaciones del juez.*

900. Pudiendo cometerse por la junta ó el juez errores ó abusos en la graduación de los créditos, lo mismo que en su reconocimiento, la ley deja abierta la puerta á las impugnaciones, contra dichos acuerdos.

Así, pues, previene que los acuerdos de estas juntas, como igualmente las determinaciones que los jueces dictaren en los casos en que no se reunieren las dos mayorías, pueden ser impugnados dentro de ocho días desde su fecha por los acreedores reconocidos no concurrentes á las mismas juntas, ó que hubieren disentido del voto de la mayoría y reservado su derecho para impugnarlo: art. 596.

Esta disposición tiene los mismos fundamentos que la del art. 585 de que es una copia, y que espusimos al explicar este último: solo se advierte diferencia en el término para la impugnación que en aquel caso es el de quince días, y aquí solo el de ocho.

901. Pasados los ocho días, no se dará curso á ninguna impugnación contra los acuerdos de la junta ó decisiones del juez: art. 597, prescripción análoga á la del art. 586.

902. Sobre cada una de las impugnaciones se formará ramo separado, si son diferentes los créditos impugnados. Se sustanciarán en vía ordinaria, y los síndicos deberán sostener el acuerdo de la junta: art. 598, como representantes que son del concurso.

903. Si un mismo acreedor impugnase varios acuerdos, ó varios acreedores un mismo acuerdo, se sustanciarán todas estas oposiciones en un mismo ramo, y siempre con los síndicos: art. 599. Así se evitan los gastos y la pérdida de tiempo que ocasionaria la formación de piezas distintas en estos casos, y al mismo tiempo pueden apreciarse mas fácilmente las razones alegadas, hallándose reunidas en una sola pieza. Lo mismo deberá hacerse cuando se tratare de la graduación de créditos en una clase ó lugar mas ó menos favorable de la designada por los acuerdos, y tuviera que examinarse dos créditos distintos para ver cuál era el mas preferente.

904. El acreedor cuyo crédito sea objeto de la impugnación, puede en unión de los síndicos y bajo una misma dirección, sostener lo acordado respecto á él: art. 600, porque como inmediatamente interesado en rebatir la impugnación, y conocedor mas que los síndicos de los documentos ó razones en que se funda la preferencia de su crédito, podrá oponer mejor defensa que estos.

905. En estos ramos separados no será el deudor admitido como parte: art. 601. Esta disposición establece una diferencia notable respecto de las prescripciones de la ley sobre el reconocimiento de los créditos, puesto que en las impugnaciones de estos permite que sea parte el deudor. La razón de esta diferencia consiste en que en el reconocimiento tiene un interés personal el deudor, porque de admitirse como legítimo un crédito que no lo es, crece el pasivo y no hay tantas probabilidades de pagar enteramente á los acreedores, y aun de que reste algo de los bienes, y si por el contrario, no se reconoce la deuda legítima, deuda de honor y de conciencia, es ponerse del lado del derecho. Además, obrando así el acreedor aleja de su persona la sospecha que pudiera recaer sobre él por haber incluido en el estado de deudas las que no consideran sus acreedores como legítimas. Mas cuando se trata solo de prelación de créditos, esta no es cuestión que directa ni indirectamente pueda aprovechar ni dañar al deudor: los acreedores son los solo y exclusivamente interesados, y ellos por lo tanto los únicos que deben ser parte en el mismo juicio. V. los Motivos de la ley de Enjuiciamiento por el Sr. Laserna.

906. Pasados los ocho días señalados para la impugnación de los acuerdos de las juntas de graduación, sin haber sido impugnados, se procederá al pago de los créditos por el orden establecido, y hasta en la cantidad que les correspondiere cuando fuere el crédito de los que se pagan á prorata y no hubiere bienes suficientes para pagarlos todos, espidiendo los oportunos mandamientos contra el depositario de los fondos para que se verifique, los cuales se entregan al acreedor á quien correspondan.

Al entregar estos mandamientos al acreedor se le recogerá el documento de reconocimiento que se le facilitara por los síndicos, en virtud de lo dispuesto en el art. 584, el cual con los títulos que haya presentado de su crédito, se unirá á esta pieza, estendiéndose nota espresiva de quedar cancelado á consecuencia del pago mandado hacer: art. 602.

Si hubiere impugnación á alguna ó á algunas graduaciones, se retendrá el importe de los créditos á que se refieran hasta que recaiga sobre ellas ejecutoria: y las sumas retenidas se aplicarán según su resultado: artículo 603.

Esta disposición es análoga á las de los arts. 1130 y 1131 del Código de Comercio, en los que se determina lo que debe hacerse en las dos alternativas que pueden ocurrir de que sean los acreedores los que reclamen por agravio en la graduación de sus créditos ó de que sean los demás acreedores los que impugnen la graduación de los créditos de otros.

Para el primer caso, dispone el art. 1130, que las cantidades que pudieran corresponder á los acreedores que tengan demanda pendiente contra la masa por agravio en el reconocimiento ó en la graduación de sus créditos, se incluirán en el estado de distribución de las que se repartan, conservándolas depositadas en el arca de la quiebra hasta la decisión del pleito que cause ejecutoria. El objeto de esta disposición así como el de la del art. 603 de la Ley de Enjuiciamiento, es no causar estorsión alguna en los repartimientos ya verificados; de manera, que si por sentencia judicial se declarasen legítimos aquellos créditos, se entregará á los acreedores á quienes pertenecen la cantidad depositada, y si fueren declarados ilegítimos, se aplicará dicha cantidad á los demás acreedores, porque hasta que no haya una prueba que acredite que no son ilegítimos, no debe entregarse la menor suma á aquellos.

Para el segundo caso, previene el art. 1131 del Código, que á los acreedores que teniendo sus créditos reconocidos y graduados por la junta, se les hiciera impugnación judicial por un acreedor particular, se les entregarán las cantidades que les correspondan, prestando fianza idónea á satisfacción de los síndicos, de cuya responsabilidad serán las resultas de su insuficiencia. Al contrario que en el caso anterior sucede en este. La junta ha declarado legítimos los créditos de tales acreedores, y hasta que no haya un acto que acredite lo contrario, debe abonárseles las cantidades que se les adeudan. Así los liberta en parte de los perjuicios que pudiera causarles un acreedor de mala fe que solo tuviese por objeto impedirles el goce de su derecho. No obstante, como la demanda que tienen entablada en contra suya establece en algun modo cierta prevención contra ellos, ó mejor, pone en duda la legitimidad de su crédito, la ley, que no debe despreciar los mas ligeros motivos que puedan influir en contra del interés de los legítimos acreedores y del quebrado, establece, que en tal caso presenten estos fianza de que volverán las sumas recibidas, si llegan á ser declarados ilegítimos sus créditos, precaución que asegura al quebrado y á los acreedores el recobro de las cantidades entregadas, y que en nada perjudica al acreedor demandado.

La Ley de Enjuiciamiento civil no adopta sin embargo la entrega de las cantidades bajo fianza, por lo que deberán en todo caso quedar depositadas hasta que recaiga ejecutoria, y entonces, si se aprueba lo acordado por la junta, se entregarán al acreedor á quien correspondieran, y si se reprueba,

acreecerán á la masa para distribuir las entre los demás acreedores que percibieron su haber á prorrata por no alcanzar los bienes á pagar íntegramente á todos, ó en caso de que hubieren alcanzado, para devolverlos como residuo al acreedor concursado.

Pero las reclamaciones entabladas bajo cualquiera de los conceptos mencionados, no serán causa suficiente para que se detenga el pago de los créditos que por no haber sido impugnados, se consideran claros y graduados debidamente, de manera que se entregarán desde luego las cantidades que por ellos les correspondan á los acreedores á quienes aquellos pertenecan. De otra suerte estaria en el arbitrio de un acreedor de mala fe el suspender los efectos del concurso, con solo promover la impugnacion del acuerdo de la junta acerca de cualquier crédito.

## § IV.

*De la calificación del concurso ó de la tercera pieza de este juicio.*

907. Esta tercera pieza tiene por objeto averiguar si ha habido fraude, ó dolo, ó falta, ó delito en el concurso por parte del concursado, para que declarando si es ó no fraudulento el concurso, pueda procederse contra aquel en el juicio criminal que corresponda, y en el que se impondrán al culpable las penas que marca el Código penal, segun la gravedad del fraude ó delito cometido. Esta pieza es, pues, de suma importancia porque se dirige á evitar que los deudores burlen á sus acreedores presentándose en concurso fraudulentamente. Asi se habia tambien establecido en el Código de Comercio y en la ley de Enjuiciamiento mercantil.

908. Esta pieza principia desde que se ha hecho el nombramiento de los síndicos y se les ha puesto en posesion de cuanto corresponda al concursado, con arreglo al art. 547, período del concurso en que se divide este juicio en las tres piezas que marca el art. 548. Para formar esta tercera pieza se le entregará la pieza primera de los autos donde se hallen las relaciones, estado y memorias presentados por el deudor, para que dentro de treinta dias y previo exámen de sus libros y papeles, manifiesten en esposicion razonada y documentada, el juicio que hayan formado del concurso y sus efectos: art. 604. Esta disposicion es análoga á la del art. 1158 del Código de Comercio; el cual espresa tambien que deberá atenderse á los méritos que ofrezcan las reclamaciones que en el progreso del procedimiento se hagan contra el quebrado y sus bienes. El juicio de los síndicos podrá versar sobre que se formó el concurso de buena fe por haberse visto reducido el deudor á aquel estado á causa de desgracias independientes de su voluntad, ó sobre ser fraudulento, ó culpable, por haberse alzado con los bienes, ó haber ocultado alguna cantidad de dinero, crédito, ú otra especie de bienes ó derechos, ó haber consumido para sus negocios propios fondos ó efectos ajenos que tenia en comision, depósito ó administracion, ó haber supuesto enagenaciones simuladas, ó haber anticipado en perjuicio de los acreedores,

pagos que no eran exigibles sino en época posterior á la declaracion del concurso, ó haber despues de esta percibido ó aplicado á usos personales dinero, efectos ó créditos de la masa, ó haber por cualquiera otro medio distraido de esta algunas de sus pertenencias, ó por otras causas análogas que se marcan en las secciones 1 y 2 del cap. 4.º, lib. 2.º, del Código penal. Véanse tambien las leyes 4, tit. 5, Part. 5, y 1 y 5, tit. 52, lib. 11, Nov. Recop., y los artículos 1005 al 1015 del Código de Comercio.

909. *Con testimonio literal de la relacion, estado y memoria presentados por el deudor. y la esposicion razonada de los síndicos original, se formará la pieza tercera, y acumulada á ella provisionalmente la primera, se pasará todo al promotor fiscal del juzgado para que si encontrare algun delito ó falta, los persiga con arreglo á las leyes: art. 605.*

Anteriormente no tenia el ministerio fiscal esta intervencion en los concursos, como tampoco se la conceden en las quiebras las leyes mercantiles, dándose con esto lugar, á que muchas veces quedaran impunes los delitos y fraudes cometidos por los deudores, pues si bien los acreedores y los síndicos podian reclamar contra ellos, solo atendian á cobrar prontamente y con las mayores ventajas posibles sus créditos por los procedimientos civiles, sin arrostrar la odiosidad y las dilaciones de los criminales. La nueva ley ha dado, pues, parte en estos juicios al ministerio fiscal para que no queden impunes aquellos fraudes, por requerirlo asi la ley de quien es representante, y la moral y la fe pública ultrajadas.

910. El dictámen del promotor puede ser: 1.º conforme al de los síndicos y favorable al concursado; 2.º diverso del de los síndicos y favorable tambien al concursado, y 3.º contrario al concursado.

*Si el dictámen del promotor fiscal fuere conforme al de los síndicos y favorable al concurso, el juez mandará traer los autos á la vista, y podrá, si asi lo estima, declarar la inculpabilidad del concursado, ó adoptar, si lo cree culpable, las determinaciones que estime convenientes á la administracion de justicia: art. 606.*

*Si el dictámen del promotor fuere diverso de el de los síndicos, y favorable al concursado, se dará audiencia á este para que conste á lo alegado en contra suya por los síndicos, y se seguirá un incidente, y con vista de todo, el juez procederá en los términos espresados en el artículo anterior; esto es, á declarar la inculpabilidad ó á determinar lo conveniente á justicia: artículo 607.*

*Si el dictámen del promotor fuere contrario al concursado, sea conforme ó distinto de el de los síndicos, se procederá con arreglo á derecho, esto es, al procedimiento á que hubiere lugar, y segun la indole del delito ó falta que se encontrare: art. 608; de manera que si hubiese que proceder por falta se remitirá al juez de paz que es el que debe conocer de esta clase de infracciones, el tanto de culpa necesario, y si sobre delito conocerá de el el mismo juez del concurso en juicio criminal.*

911. Como los acreedores se hallan inmediatamente interesados en que se persiga el fraude que les priva de sus derechos, y como por otra parte

acreecerán á la masa para distribuir las entre los demás acreedores que percibieron su haber á prorrata por no alcanzar los bienes á pagar íntegramente á todos, ó en caso de que hubieren alcanzado, para devolverlos como residuo al acreedor concursado.

Pero las reclamaciones entabladas bajo cualquiera de los conceptos mencionados, no serán causa suficiente para que se detenga el pago de los créditos que por no haber sido impugnados, se consideran claros y graduados debidamente, de manera que se entregarán desde luego las cantidades que por ellos les correspondan á los acreedores á quienes aquellos pertenecan. De otra suerte estaria en el arbitrio de un acreedor de mala fe el suspender los efectos del concurso, con solo promover la impugnacion del acuerdo de la junta acerca de cualquier crédito.

## § IV.

*De la calificación del concurso ó de la tercera pieza de este juicio.*

907. Esta tercera pieza tiene por objeto averiguar si ha habido fraude, ó dolo, ó falta, ó delito en el concurso por parte del concursado, para que declarando si es ó no fraudulento el concurso, pueda procederse contra aquel en el juicio criminal que corresponda, y en el que se impondrán al culpable las penas que marca el Código penal, segun la gravedad del fraude ó delito cometido. Esta pieza es, pues, de suma importancia porque se dirige á evitar que los deudores burlen á sus acreedores presentándose en concurso fraudulentamente. Asi se habia tambien establecido en el Código de Comercio y en la ley de Enjuiciamiento mercantil.

908. Esta pieza principia desde que se ha hecho el nombramiento de los síndicos y se les ha puesto en posesion de cuanto corresponda al concursado, con arreglo al art. 547, período del concurso en que se divide este juicio en las tres piezas que marca el art. 548. Para formar esta tercera pieza se le entregará la pieza primera de los autos donde se hallen las relaciones, estado y memorias presentados por el deudor, para que dentro de treinta dias y previo exámen de sus libros y papeles, manifiesten en esposicion razonada y documentada, el juicio que hayan formado del concurso y sus efectos: art. 604. Esta disposicion es análoga á la del art. 1158 del Código de Comercio; el cual espresa tambien que deberá atenderse á los méritos que ofrezcan las reclamaciones que en el progreso del procedimiento se hagan contra el quebrado y sus bienes. El juicio de los síndicos podrá versar sobre que se formó el concurso de buena fe por haberse visto reducido el deudor á aquel estado á causa de desgracias independientes de su voluntad, ó sobre ser fraudulento, ó culpable, por haberse alzado con los bienes, ó haber ocultado alguna cantidad de dinero, crédito, ú otra especie de bienes ó derechos, ó haber consumido para sus negocios propios fondos ó efectos ajenos que tenia en comision, depósito ó administracion, ó haber supuesto enagenaciones simuladas, ó haber anticipado en perjuicio de los acreedores,

pagos que no eran exigibles sino en época posterior á la declaracion del concurso, ó haber despues de esta percibido ó aplicado á usos personales dinero, efectos ó créditos de la masa, ó haber por cualquiera otro medio distraido de esta algunas de sus pertenencias, ó por otras causas análogas que se marcan en las secciones 1 y 2 del cap. 4.º, lib. 2.º, del Código penal. Véanse tambien las leyes 4, tit. 5, Part. 5, y 1 y 5, tit. 52, lib. 11, Nov. Recop., y los artículos 1005 al 1015 del Código de Comercio.

909. *Con testimonio literal de la relacion, estado y memoria presentados por el deudor. y la esposicion razonada de los síndicos original, se formará la pieza tercera, y acumulada á ella provisionalmente la primera, se pasará todo al promotor fiscal del juzgado para que si encontrare algun delito ó falta, los persiga con arreglo á las leyes: art. 605.*

Anteriormente no tenia el ministerio fiscal esta intervencion en los concursos, como tampoco se la conceden en las quiebras las leyes mercantiles, dándose con esto lugar, á que muchas veces quedaran impunes los delitos y fraudes cometidos por los deudores, pues si bien los acreedores y los síndicos podian reclamar contra ellos, solo atendian á cobrar prontamente y con las mayores ventajas posibles sus créditos por los procedimientos civiles, sin arrostrar la odiosidad y las dilaciones de los criminales. La nueva ley ha dado, pues, parte en estos juicios al ministerio fiscal para que no queden impunes aquellos fraudes, por requerirlo asi la ley de quien es representante, y la moral y la fe pública ultrajadas.

910. El dictámen del promotor puede ser: 1.º conforme al de los síndicos y favorable al concursado; 2.º diverso del de los síndicos y favorable tambien al concursado, y 3.º contrario al concursado.

*Si el dictámen del promotor fiscal fuere conforme al de los síndicos y favorable al concurso, el juez mandará traer los autos á la vista, y podrá, si asi lo estima, declarar la inculpabilidad del concursado, ó adoptar, si lo cree culpable, las determinaciones que estime convenientes á la administracion de justicia: art. 606.*

*Si el dictámen del promotor fuere diverso de el de los síndicos, y favorable al concursado, se dará audiencia á este para que conste á lo alegado en contra suya por los síndicos, y se seguirá un incidente, y con vista de todo, el juez procederá en los términos espresados en el artículo anterior; esto es, á declarar la inculpabilidad ó á determinar lo conveniente á justicia: artículo 607.*

*Si el dictámen del promotor fuere contrario al concursado, sea conforme ó distinto de el de los síndicos, se procederá con arreglo á derecho, esto es, al procedimiento á que hubiere lugar, y segun la indole del delito ó falta que se encontrare: art. 608; de manera que si hubiese que proceder por falta se remitirá al juez de paz que es el que debe conocer de esta clase de infracciones, el tanto de culpa necesario, y si sobre delito conocerá de el el mismo juez del concurso en juicio criminal.*

911. Como los acreedores se hallan inmediatamente interesados en que se persiga el fraude que les priva de sus derechos, y como por otra parte

pueden conocer ellos á veces mejor que los síndicos la causa, origen y extension de la falta ó delito, dispone el art. 609 que *todos los acreedores tienen derecho á personarse en esta pieza y perseguir al concursado; si alguno ó algunos lo hicieron y sus gestiones tuvieren igual objeto que las de los síndicos, deberán litigar unidos y bajo una misma direccion. Si fuere distinto el objeto de sus gestiones, como si por ejemplo, si fundasen la persecucion en distinto delito, v. gr., en el de ocultacion de bienes, cuando los síndicos la fundaban en simulacion de contrato, litigarán separadamente.*

912. *No se podrá imponer ninguna pena al concursado sin oirlo en forma, esto es, por el juez y en la manera ó por los trámites que prescribe el derecho, y desde el momento que estime el juez haber lugar á proceder contra él por cualquier clase de delito ó falta, se acomodará la sustanciacion de esta pieza al orden de proceder establecido para el juicio criminal: art. 610, porque el juicio de concurso no tiene por objeto el castigo de los delitos, sino solamente prepararlo, constituir la base del juicio criminal por la declaracion de que se procedió con fraude cuando así fuere. Al facultar este artículo al juez para proceder contra el concursado desde el momento que estime haber lugar á ello, quiere decir, que no necesita esperar á la formacion de esta pieza tercera para dicho efecto.*

## SECCION III.

## DEL CONVENIO.

913. La ley de Enjuiciamiento concede á los acreedores, á semejanza del Código de Comercio, art. 1147 y siguientes, la facultad de hacer convenios ó arreglos con el concursado, porque á veces proporcionan utilidad á unos y á otros; á los acreedores evitándoles las dilaciones que ocasionan los procedimientos judiciales, y que se gaste en ellos, con perjuicio suyo, parte de los bienes del concursado, y al deudor permitiéndole restablecer su crédito y su fortuna prosiguiendo en la gestion de sus negocios, y poniéndose de esta suerte en estado de satisfacer la totalidad de sus deudas.

Con el objeto, pues, de promover su realizacion y siguiendo el principio general de que cada uno puede renunciar el derecho introducido á su favor, y que los litigantes pueden transigir los pleitos civiles cuando lo juzgaren oportuno, dispone el art. 611 que *en cualquier estado del juicio de concurso, pueden hacer los acreedores y el concursado los convenios que estimen oportunos.*

Sin embargo, esta libertad para celebrar los convenios tiene una limitacion, basada en la moral y la justicia. Tal es la que establece el art. 614, sobre que *cundo en la pieza tercera se haya pedido por los síndicos, por el promotor ó por cualquier acreedor que se declare fraudulento el concurso, no podrá hacer el deudor convenio ninguno con sus acreedores, hasta que haya recaído ejecutoria desestimando dicha calificacion: art. 614; porque aqui se trata de un hecho que afecta á la moral pública y se halla*

bajo el dominio de la ley penal; por lo que no debe detenerse su persecucion y castigo por la accion individual. El art. 614 limita su prohibicion á la pieza tercera, porque en esta es donde se hace la calificacion del concurso.

914. En su consecuencia, no es árbitro el juez de poner obstáculos á su realizacion y por eso previene el art. 612 que *el juez accederá á toda solicitud que se le dirija por el deudor ó por cualquier acreedor para convocacion á junta que tenga por objeto el convenio, siempre que el que la dedujere pague los gastos á que dé lugar, para que no se hagan proposiciones de mala fe y no pague los gastos el que ninguna parte tuviere en ellas.*

El art. 1150 del Código de Comercio establece, en cuanto al quebrado, que el juez desiera á su solicitud de convenio, prestándose alguna persona á pagar por él los gastos, lo que se funda en que podria, si él los pagara, fallar con qué satisfacer á los acreedores.

*La convocacion de la junta para tratar de convenio lleva consigo la suspension del juicio de concurso, hasta que se delibere y acuerde sobre las proposiciones presentadas: art. 615, pues si se continuara el juicio y se celebraba convenio por los interesados, no tendrian efecto las diligencias practicadas, y se habrian ocasionado gastos inútiles.*

*La convocacion de la junta, para tratar del convenio, se hará por cédulas, que se dirigirán á los acreedores reconocidos, si tal fuere el estado del concurso, y por edictos que se fijarán en los sitios públicos é insertarán en los periódicos oficiales y de avisos del pueblo, si los hubiese, en el Boletín de la provincia, y si el juez lo creyere conveniente en la Gaceta de Madrid. En estas cédulas y anuncios se hará expresion del objeto de la junta y se señalarán el dia, hora y sitio en que haya de celebrarse, art. 615.*

915. *Entre la convocatoria y la celebracion de la junta deberán mediar á lo menos quince dias; pero el juez podrá ampliar este término hasta treinta, si las circunstancias del concurso lo exigieren; art. 616, ya por hallarse á largas distancias los acreedores, ó por ofrecer el concurso ó las proposiciones de convenio que se hubieren presentado complicaciones graves ó el exámen de documentos ó el estudio de cuestiones que no pudiere verificarse brevemente.*

Los anteriores artículos 615 y 616 suponen que la proposicion de convenio se hace despues de celebrada la junta de exámen de créditos. Para el caso que se hiciere antes de su celebracion, disponen los siguientes 617 y 618.

916. *Segun el 617, si la proposicion del convenio se hiciere antes de celebrarse la junta de exámen y reconocimiento de créditos, se dará cuenta de ella en la misma junta, sin necesidad de convocar ninguna otra: pues así se evitan los gastos, dotaciones é incomodidades consiguientes á la celebracion de otra junta.*

*Solo decidirán en esta junta, sobre la admision ó desestimacion de las proposiciones de convenio, los acreedores cuyos créditos sean en ella reconocidos, pues aquellos cuyos créditos hubieran sido desechados se consideran como estraños al concurso y no tienen ninguna de las facultades de*

pueden conocer ellos á veces mejor que los síndicos la causa, origen y extension de la falta ó delito, dispone el art. 609 que *todos los acreedores tienen derecho á personarse en esta pieza y perseguir al concursado; si alguno ó algunos lo hicieron y sus gestiones tuvieren igual objeto que las de los síndicos, deberán litigar unidos y bajo una misma direccion. Si fuere distinto el objeto de sus gestiones, como si por ejemplo, si fundasen la persecucion en distinto delito, v. gr., en el de ocultacion de bienes, cuando los síndicos la fundaban en simulacion de contrato, litigarán separadamente.*

912. *No se podrá imponer ninguna pena al concursado sin oirlo en forma, esto es, por el juez y en la manera ó por los trámites que prescribe el derecho, y desde el momento que estime el juez haber lugar á proceder contra él por cualquier clase de delito ó falta, se acomodará la sustanciacion de esta pieza al orden de proceder establecido para el juicio criminal: art. 610, porque el juicio de concurso no tiene por objeto el castigo de los delitos, sino solamente prepararlo, constituir la base del juicio criminal por la declaracion de que se procedió con fraude cuando así fuere. Al facultar este artículo al juez para proceder contra el concursado desde el momento que estime haber lugar á ello, quiere decir, que no necesita esperar á la formacion de esta pieza tercera para dicho efecto.*

## SECCION III.

## DEL CONVENIO.

913. La ley de Enjuiciamiento concede á los acreedores, á semejanza del Código de Comercio, art. 1147 y siguientes, la facultad de hacer convenios ó arreglos con el concursado, porque á veces proporcionan utilidad á unos y á otros; á los acreedores evitándoles las dilaciones que ocasionan los procedimientos judiciales, y que se gaste en ellos, con perjuicio suyo, parte de los bienes del concursado, y al deudor permitiéndole restablecer su crédito y su fortuna prosiguiendo en la gestion de sus negocios, y poniéndose de esta suerte en estado de satisfacer la totalidad de sus deudas.

Con el objeto, pues, de promover su realizacion y siguiendo el principio general de que cada uno puede renunciar el derecho introducido á su favor, y que los litigantes pueden transigir los pleitos civiles cuando lo juzgaren oportuno, dispone el art. 611 que *en cualquier estado del juicio de concurso, pueden hacer los acreedores y el concursado los convenios que estimen oportunos.*

Sin embargo, esta libertad para celebrar los convenios tiene una limitacion, basada en la moral y la justicia. Tal es la que establece el art. 614, sobre que *cundo en la pieza tercera se haya pedido por los síndicos, por el promotor ó por cualquier acreedor que se declare fraudulento el concurso, no podrá hacer el deudor convenio ninguno con sus acreedores, hasta que haya recaído ejecutoria desestimando dicha calificacion: art. 614; porque aqui se trata de un hecho que afecta á la moral pública y se halla*

bajo el dominio de la ley penal; por lo que no debe detenerse su persecucion y castigo por la accion individual. El art. 614 limita su prohibicion á la pieza tercera, porque en esta es donde se hace la calificacion del concurso.

914. En su consecuencia, no es árbitro el juez de poner obstáculos á su realizacion y por eso previene el art. 612 que *el juez accederá á toda solicitud que se le dirija por el deudor ó por cualquier acreedor para convocacion á junta que tenga por objeto el convenio, siempre que el que la dedujere pague los gastos á que dé lugar, para que no se hagan proposiciones de mala fe y no pague los gastos el que ninguna parte tuviere en ellas.*

El art. 1150 del Código de Comercio establece, en cuanto al quebrado, que el juez desiera á su solicitud de convenio, prestándose alguna persona á pagar por él los gastos, lo que se funda en que podria, si él los pagara, fallar con qué satisfacer á los acreedores.

*La convocacion de la junta para tratar de convenio lleva consigo la suspension del juicio de concurso, hasta que se delibere y acuerde sobre las proposiciones presentadas: art. 615, pues si se continuara el juicio y se celebraba convenio por los interesados, no tendrian efecto las diligencias practicadas, y se habrian ocasionado gastos inútiles.*

*La convocacion de la junta, para tratar del convenio, se hará por cédulas, que se dirigirán á los acreedores reconocidos, si tal fuere el estado del concurso, y por edictos que se fijarán en los sitios públicos é insertarán en los periódicos oficiales y de avisos del pueblo, si los hubiese, en el Boletín de la provincia, y si el juez lo creyere conveniente en la Gaceta de Madrid. En estas cédulas y anuncios se hará expresion del objeto de la junta y se señalarán el dia, hora y sitio en que haya de celebrarse, art. 615.*

915. *Entre la convocatoria y la celebracion de la junta deberán mediar á lo menos quince dias; pero el juez podrá ampliar este término hasta treinta, si las circunstancias del concurso lo exigieren; art. 616, ya por hallarse á largas distancias los acreedores, ó por ofrecer el concurso ó las proposiciones de convenio que se hubieren presentado complicaciones graves ó el exámen de documentos ó el estudio de cuestiones que no pudiere verificarse brevemente.*

Los anteriores artículos 615 y 616 suponen que la proposicion de convenio se hace despues de celebrada la junta de exámen de créditos. Para el caso que se hiciere antes de su celebracion, disponen los siguientes 617 y 618.

916. *Segun el 617, si la proposicion del convenio se hiciere antes de celebrarse la junta de exámen y reconocimiento de créditos, se dará cuenta de ella en la misma junta, sin necesidad de convocar ninguna otra: pues así se evitan los gastos, dotaciones é incomodidades consiguientes á la celebracion de otra junta.*

*Solo decidirán en esta junta, sobre la admision ó desestimacion de las proposiciones de convenio, los acreedores cuyos créditos sean en ella reconocidos, pues aquellos cuyos créditos hubieran sido desechados se consideran como estraños al concurso y no tienen ninguna de las facultades de*

los acreedores. De esta disposición se deduce que antes de decidirse sobre el convenio, se ha de proceder al exámen y reconocimiento de los créditos con arreglo á los art. 574 y siguientes:

917. *La mayoría que haya de decidir sobre el convenio se constituirá en la forma prevenida en el art. 511: art. 619.* Será, pues, preciso para ello que se reúnan dos terceras partes de votos de los acreedores concurrentes á la junta, y que los créditos de los que concurran con sus votos á formar la mayoría importen cuando menos las tres quintas partes del total pasivo del concurso. V. lo espuesto en el núm. 789 de este lib. 3.º

918. *No podrá tomar parte la mujer del concursado en la junta en que se trate de convenio.* Los fundamentos de este art. 620 se hallan hábilmente resumidos por el señor Laserna en sus Motivos de las variaciones principales de la ley. La dependencia que la mujer tiene del marido: la consideración de que son para toda la familia y especialmente para sus hijos las ventajas que el concursado saque del convenio, dice este autor, y la gran cantidad porque en los concursados figuran las mujeres por dote y parafernales hicieron temer con bastante razón que la mujer, subordinándose como con raras escepciones suele hacerlo, á complacer al marido, venciera con el peso de su crédito la votación á favor del convenio, en cuyo caso podrían verse perjudicados los acreedores. Hay además otra razón poderosísima que afecta al orden de la familia, á la paz del hogar doméstico, cual es el evitar que se pongan en pugna los intereses de la mujer con los del marido; cuando esto sucede, es el resultado inevitable, ó que la mujer haga abdicación de todos sus derechos y hasta de las más fundadas esperanzas á favor de sus hijos, ó que tenga que arrostrar las consecuencias de su conducta independiente, consecuencias que muchas veces son el odio, la venganza y los tratamientos inhumanos del marido. La disposición adoptada protege á las mujeres contra su misma debilidad; no las conduce á ser cómplices de sus maridos en la destrucción de su fortuna y de la de sus hijos, y las liberta de la mala posición en que por no doblegarse á exigencia injusta podrían verse comprometidas. Igual disposición se halla adoptada en el artículo 1154 del Código de comercio.

919. *Los dueños de cualesquiera bienes que tenga en su poder el concursado, y los acreedores que con arreglo á lo que queda determinado deban ser comprendidos en los estados primero, segundo y tercero de que habla el art. 592, esto es, los acreedores por trabajo personal y por alimentos, ó si se trata de un abintestato ó testamentaria por los gastos del funeral, de la ordenación de la última voluntad, formación de inventario y diligencias judiciales, y asimismo los hipotecarios legales y por contrato, no quedan ligados á lo convenido entre el deudor y sus acreedores, si se abstienen de tomar parte en la votación. Si no se abstienen, quedan sujetos como todos los demás; art. 621.* Esta disposición análoga á la del art. 511 á que sirvió de guía la del art. 1148 del Código de comercio, se funda en las mismas razones espuestas al explicar aquel artículo en el núm. 791 del libro 3.º de este tratado.

920. *Las juntas en que se trate de convenio se celebrarán bajo la presidencia del juez y con asistencia del escribano.*

*Principiarán por la lectura de todas las disposiciones de esta ley relativas al convenio entre el deudor y sus acreedores, y se dará despues cuenta de todos los antecedentes del concurso y de su estado, con inclusion del que tenga la pieza tercera, para poder calcular por lo que resultare si les es útil ó no verificar el convenio y en qué términos.*

*Se pondrán en seguida á discusión, y votarán nominalmente las proposiciones que se hubieren presentado, y hecha la votación, se estenderá un acta, que firmarán todos los concurrentes: art. 622.* Estas disposiciones tienen los mismos fundamentos que las del art. 511 espuestas en los números 788 y siguientes del lib. 3 de este tratado.

921. *Si las proposiciones fueren desestimadas, continuará el juicio de concurso: art. 625; porque ya recayó la deliberación que impide el convenio por cuya causa se suspendió el juicio de concurso, segun el art. 613, y porque adoptada aquella, no hay que temer se inutilicen las diligencias practicadas.*

922. *Si las proposiciones fueren aprobadas continúa en suspenso el concurso porque continúa tratándose del convenio, y se publicarán aquellas por edictos, que se fijarán en los sitios públicos é insertarán en los Diarios del pueblo, si los hubiere, ó en el Boletín de la provincia y en la Gaceta de Madrid, si en ella se hubiere publicado la convocatoria, para que lleguen á noticia de los acreedores y puedan aprobarlas tácita ó espresamente ó bien oponerse á ellas.*

*También se comunicará por circular de los síndicos, de que quedará copia en los autos, á todos los acreedores reconocidos que no hayan concurrido á la junta: art. 624.*

923. *Dentro de los veinte días siguientes al de la fecha de los edictos, podrá ser impugnada la decisión de la junta por los acreedores reconocidos, ó que tengan reclamación pendiente para su reconocimiento, que no hayan concurrido, ó por los que, concurriendo, se hubieren separado del voto de la mayoría y protestado que les quedara su derecho á salvo; art. 625.* Esta disposición, análoga á las demás espuestas sobre impugnaciones de los acuerdos de las juntas, tiene los mismos fundamentos que ya hemos mencionado al hacernos cargo de aquellas.

924. *Pasado el término referido, no podrá ser impugnada la decisión por ningún acreedor residente en el territorio de la Península, en las posesiones españolas de Africa ó en las Islas Baleares; § 1.º del art. 626.* Pero la ley teniendo en consideración las dificultades y obstáculos que para presentar la impugnación pueden originar las distancias del punto donde se hallaren los acreedores, dispone, prorogando por un duplo dicho plazo que los que residieren en las Islas Canarias, que no hayan estado presentes en la junta, podrán impugnarla dentro de cuarenta días, contados desde la fecha en que hayan sido publicadas las proposiciones del convenio; § 2.º del art. 626.

*Asimismo á los que residieren en las posesiones españolas de Ultramar*

ó en países extranjeros, que no hayan estado presentes en la junta, queda completamente á salvo su derecho é íntegro contra el deudor, no obstante, el convenio: § 3.º del 626. Esta disposición, análoga en su espíritu á la del artículo 583 se funda en las mismas razones que esta, á saber, en que pudiendo suceder que no haya llegado á noticia de los acreedores á quienes se refiere la decisión de la junta, y aun en caso de saberla, habiendo podido oponerse obstáculos insuperables á la presentación de su impugnación, no sería justo hacerles perder derechos sagrados por un convenio en que no consintieron ni les fue dable combatir. La graduación y pago de su crédito, deberá pues hacerse en la forma que prescribe el mencionado art. 583.

925. *Pasados los veinte ó cuarenta días respectivamente sin haberse formulado oposición, se mandará á instancia de parte legítima llevar á efecto lo convenido;* art. 627, disposición análoga á la del art. 514 expuesta en el núm. 795 y que debe entenderse completada con las de los art. 513 y 516, por existir entre ellas identidad de razón.

926. *Las únicas causas porque puede impugnarse el acuerdo de las juntas convocadas para tratar de convenio, son las señaladas en el art. 513, respecto á los acuerdos de quita ó espera;* art. 528. Esto se funda en que cualquiera que sea el convenio que se celebre, es de la misma naturaleza que los de quita y espera, y aun suele consistir en estas generalmente: véase el núm. 794 donde se esponen y esplican aquellas causas.

927. *La impugnación del convenio se sustanciará con el deudor y los síndicos en vía ordinaria, con las modificaciones espresadas en el art. 534 y litigando unidos y bajo una misma dirección los que sostengan las mismas pretensiones;* art. 629. V. los núms. 811 y 812 de este libro.

928. *Si fuere estimada la impugnación, y se declararen la nulidad ó ineficacia del convenio, continuará su marcha el juicio de concurso, conforme á lo prescrito en el art. 625 para el caso análogo de que se desestimasen las proposiciones del convenio:* art. 634. Así, pues, se retrocederá al estado que tenía el juicio de concurso cuando se suspendió y se continuará hasta su conclusión.

929. *Mas, si por el contrario, fuere desestimada la impugnación por ejecutoria, se procederá á llevar á efecto el convenio:* art. 630, lo que se funda en que quedó aprobado el convenio definitivamente, lo mismo que cuando se tiene por consentido, por no haberse impugnado en el término legal, según el art. 627, debiendo procederse, como se dice en este caso, á instancia de parte también en el del art. 630. Sobre este punto conviene tener presentes las disposiciones de los arts. 1160 y 1163 del Código de Comercio, que creemos aplicables á los concursos por identidad de razón. Según el artículo, 1160, aprobado el convenio, será obligatorio para todos los acreedores, y los síndicos ó el depositario en su caso, deberán hacer la entrega al quebrado, por ante el juez, de todos los bienes, libros ó papeles, rindiéndole la cuenta de su administración, siempre que al deudor se le concedan quitas ó esperas. Téngase también presente lo dispuesto en los arts. 568 y 571 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

Con arreglo al art. 1163, en virtud del convenio quedan estinguidas las acciones de los acreedores por la parte de sus créditos de que se haya hecho remisión al quebrado, aun cuando este venga á mejor fortuna, y le quede algun sobrante de la quiebra, á menos que se hubiere hecho pacto espreso en contrario; disposición que se ha de entender, cumpliendo el quebrado con lo convenido, pues si saltare á ello se destruirían los efectos que produjo.

930. *Los incidentes que ocurran en el juicio de concurso necesario se sustanciarán en la misma forma que los que tienen lugar en el juicio ordinario, y que se espusieron en la sección 7.ª, tít. 4, lib. 2.º de esta obra. Igual precepto contiene el artículo 520 con aplicación al concurso voluntario.*

## SECCION IV.

## DE LOS ALIMENTOS.

931. Cuando es de presumir fundadamente que los bienes concursados escuden á las deudas, ó el activo al pasivo, nada mas justo que conceder alimentos al concursado, puesto que á nadie se grava con atender al derecho sagrado que cada uno tiene de vivir de lo suyo; pero si apareciere claramente que los bienes del concurso no son suficientes ó bastan solo á pagar las deudas, no deben concederse alimentos al deudor, en perjuicio de los acreedores que no tienen obligación ninguna de dárselos, si no es en los casos en que aquel goza del beneficio de competencia, de que tratamos al principio de este título.

932. *Así, pues, si el concursado reclamare alimentos, el juez, atendidas las circunstancias, señalará los que crea necesarios solo en el caso de que á su juicio asciendan á mas los bienes que las deudas. La providencia concediendo ó negando alimentos solo tendrá el carácter de interina, y será inapelable:* art. 632; lo que se funda en la urgencia y perentoriedad de satisfacer aquella necesidad tan apremiante. La cantidad de los alimentos se graduará atendiendo á las circunstancias y familia del concursado y á lo que se creyere exceder el activo del concurso del pasivo.

933. *Del señalamiento hecho interinamente por el juez se dará cuenta en la primera junta de acreedores que se celebre, cualquiera que sea su objeto, pues lo que quiere la ley es que se participe cuanto antes á los acreedores el señalamiento del juez, la cual aprobará, modificará ó suprimirá los alimentos atendiendo á las circunstancias y necesidades del concursado. Pero no podrá dejar de concederlos cuando no aparezca claramente que los bienes no bastan á satisfacer las deudas:* art. 633; porque no asiste á los acreedores derecho para negar al deudor lo que se considera suyo: así es que no bastará la sola duda de que no lo es.

934. *Contra el acuerdo de la junta concediendo ó negando alimentos se oirá en juicio ordinario al deudor y á los acreedores que quieran impug-*

narlo, si deducen su accion dentro de los ocho dias despues del acuerdo: término suficiente para esta clase de impugnaciones.

No podrán hacer esta impugnacion los concurrentes á la junta, á no ser que hayan votado contra el acuerdo de las mayorías, y protestado que les quede su derecho á salvo, porque de lo contrario se presume que consienten en él.

El deudor y los que le apoyen tendrán un solo procurador y una misma direccion en el juicio, para evitar dilaciones y gastos.

Esto es aplicable á los que lo impugnen en un mismo sentido, pues si lo hicieran en diverso, podria ocasionar confusion el litigar unidos: artículo 654.

955. Mientras está pendiente el juicio de alimentos, no los tendrá el concursado, si el juez y la junta de acreedores hubieren estado conformes en negarlos, porque, como dice el señor Laserna en sus Motivos de la ley, la conformidad de resoluciones del juez y de la junta hace presumir la justicia de la denegacion, ó que no excede el activo al pasivo, y una vez concedidos, no sería fácil su devolucion y se perjudicaria irreparablemente á los acreedores; si el juez ó la junta los hubiesen concedido, los percibirá, porque en igualdad de opiniones, debe estarse por la mas favorable, y si hubiere diferencia entre la cantidad fijada por aquel y por esta, se estará por la que la junta hubiere designado, porque es justo que prevalezca en esta cuestion lo que decidan los acreedores, por ser los que salen perjudicados, y por otra parte, no es de temer que abusen de este derecho, cuando acaban de dar pruebas de su buena predisposicion á favor del deudor, concediéndole los alimentos.

## TITULO VII.

## Del juicio de desahucio.

## § I.

## Del juicio de desahucio en general.

956. Entiéndese por juicio de desahucio, palabra derivada del verbo antiguo desahuciar (hacer perder la fiducia ó esperanza) el procedimiento breve y sumario que se entabla contra el arrendatario ó inquilino de una finca, ó para que la deje libre á disposicion del dueño, á instancia de este y en virtud del desahucio ó despedida con que le requiere anteriormente en los casos que establece el derecho.

957. Estos casos son: el de haber cumplido el término del arriendo ó los de ocurrir alguna de las causas por que termina el arrendamiento sin que quede desocupada naturalmente la finca: art. 658 de la ley de Enjuiciamiento civil y 2.º del decreto de Cortes de 8 de junio de 1813, restablecido por decreto de 16 de setiembre de 1836.

958. El objeto de este juicio es, como hemos dicho, lanzar al arrendatario ó inquilino de la finca para que esta quede á libre disposicion de su dueño. No se trata, pues, en él de la satisfaccion del precio del arriendo ó de los alquileres que se debia al propietario, pues como dice espresamente uno de los redactores de la ley de Enjuiciamiento, el señor Gomez de Laserna en sus Motivos de las variaciones introducidas por la misma, si la comision no comprendió aquí los arrendamientos vencidos y no satisfechos no fue porque quisiera en lo mas mínimo privar de ellos al dueño, ni que fuera ineficaz la hipoteca legal tácita que tiene en la finca urbana, por lo en ello introducido y en la rústica por lo introducido y nacido en la misma, sino porque para conseguir estas deudas están, ya el juicio ejecutivo, ya el ordinario segun la diversa forma en que se haya celebrado el arrendamiento.

959. Anteriormente, apenas habia disposiciones legales fijas sobre este procedimiento, si bien la práctica habia adoptado una tramitacion breve y sencilla cuando el arrendatario ó inquilino no presentaban contradiccion formal que constituyese la cuestion contenciosa sobre el fondo ó las condiciones del contrato en que se fundaba el lanzamiento, en cuyo caso se ventilaba en juicio ordinario que es al que corresponde toda cuestion de este carácter. La nueva ley de Enjuiciamiento ha adoptado tambien en este juicio una sustanciacion mas ó menos breve, conforme al mayor ó menor exámen que requiere la causa en que aquel se funda, si bien siempre sumaria, como fundada en meros hechos, por lo comun de fácil prueba, y por reclamarlo asi el interés que tiene el propietario de que se le deje prontamente desembarazada

narlo, si deducen su accion dentro de los ocho dias despues del acuerdo: término suficiente para esta clase de impugnaciones.

No podrán hacer esta impugnacion los concurrentes á la junta, á no ser que hayan votado contra el acuerdo de las mayorías, y protestado que les quede su derecho á salvo, porque de lo contrario se presume que consienten en él.

El deudor y los que le apoyen tendrán un solo procurador y una misma direccion en el juicio, para evitar dilaciones y gastos.

Esto es aplicable á los que lo impugnen en un mismo sentido, pues si lo hicieran en diverso, podria ocasionar confusion el litigar unidos: artículo 654.

955. Mientras está pendiente el juicio de alimentos, no los tendrá el concursado, si el juez y la junta de acreedores hubieren estado conformes en negarlos, porque, como dice el señor Laserna en sus Motivos de la ley, la conformidad de resoluciones del juez y de la junta hace presumir la justicia de la denegacion, ó que no excede el activo al pasivo, y una vez concedidos, no sería fácil su devolucion y se perjudicaria irreparablemente á los acreedores; si el juez ó la junta los hubiesen concedido, los percibirá, porque en igualdad de opiniones, debe estarse por la mas favorable, y si hubiere diferencia entre la cantidad fijada por aquel y por esta, se estará por la que la junta hubiere designado, porque es justo que prevalezca en esta cuestion lo que decidan los acreedores, por ser los que salen perjudicados, y por otra parte, no es de temer que abusen de este derecho, cuando acaban de dar pruebas de su buena predisposicion á favor del deudor, concediéndole los alimentos.

## TITULO VII.

## Del juicio de desahucio.

## § I.

## Del juicio de desahucio en general.

956. Entiéndese por juicio de desahucio, palabra derivada del verbo antiguo desahuciar (hacer perder la fiducia ó esperanza) el procedimiento breve y sumario que se entabla contra el arrendatario ó inquilino de una finca, ó para que la deje libre á disposicion del dueño, á instancia de este y en virtud del desahucio ó despedida con que le requiere anteriormente en los casos que establece el derecho.

957. Estos casos son: el de haber cumplido el término del arriendo ó los de ocurrir alguna de las causas por que termina el arrendamiento sin que quede desocupada naturalmente la finca: art. 658 de la ley de Enjuiciamiento civil y 2.º del decreto de Cortes de 8 de junio de 1813, restablecido por decreto de 16 de setiembre de 1836.

958. El objeto de este juicio es, como hemos dicho, lanzar al arrendatario ó inquilino de la finca para que esta quede á libre disposicion de su dueño. No se trata, pues, en él de la satisfaccion del precio del arriendo ó de los alquileres que se debia al propietario, pues como dice espresamente uno de los redactores de la ley de Enjuiciamiento, el señor Gomez de Laserna en sus Motivos de las variaciones introducidas por la misma, si la comision no comprendió aquí los arrendamientos vencidos y no satisfechos no fue porque quisiera en lo mas mínimo privar de ellos al dueño, ni que fuera ineficaz la hipoteca legal tácita que tiene en la finca urbana, por lo en ello introducido y en la rústica por lo introducido y nacido en la misma, sino porque para conseguir estas deudas están, ya el juicio ejecutivo, ya el ordinario segun la diversa forma en que se haya celebrado el arrendamiento.

959. Anteriormente, apenas habia disposiciones legales fijas sobre este procedimiento, si bien la práctica habia adoptado una tramitacion breve y sencilla cuando el arrendatario ó inquilino no presentaban contradiccion formal que constituyese la cuestion contenciosa sobre el fondo ó las condiciones del contrato en que se fundaba el lanzamiento, en cuyo caso se ventilaba en juicio ordinario que es al que corresponde toda cuestion de este carácter. La nueva ley de Enjuiciamiento ha adoptado tambien en este juicio una sustanciacion mas ó menos breve, conforme al mayor ó menor exámen que requiere la causa en que aquel se funda, si bien siempre sumaria, como fundada en meros hechos, por lo comun de fácil prueba, y por reclamarlo asi el interés que tiene el propietario de que se le deje prontamente desembarazada

su finca, y ser asimismo conveniente para evitar desde luego que los colonos ó inquilinos se utilicen por mas tiempo de la finca desde que aparece que no tienen derecho á ello y que se nieguen á satisfacer al propietario el precio de aquel tiempo de disfrute.

940. *El conocimiento de las demandas de desahucio corresponde exclusivamente á la jurisdiccion ordinaria:* § 1 del art. 656 de la ley de Enjuiciamiento civil. Esta disposicion no es mas que una ratificacion de las reales órdenes de 28 de julio de 1815, de la de 10 de octubre de 1817 reiteradas por otra de 11 de febrero de 1820. Esto se entiende limitado al lanzamiento; pero si se tratase del pago de alquileres vencidos y no satisfechos, es propio su conocimiento de la jurisdiccion á que corresponde el individuo contra quien se entabla la reclamacion, segun se declaró por real orden de 17 de enero de 1828 con aplicacion á la jurisdiccion militar, y espusimos en el *Tratado de procedimientos en los juzgados militares*, parte primera, titulo 2.º, § 24, núm. 6, y en el *Tratado de los tribunales eclesiásticos*, titulo 1.º, número 17. Puede verse el texto de estas disposiciones legales en el *Nuevo Colon* por el Sr. Bacardi, lib. 1, tit. 1, cap. III, seccion II, núm. 10, notas 18 y 19.

Esto se funda en que el lanzamiento es un punto de policia, y el ejercicio de un derecho civil de naturaleza urgente que reclama medidas, á veces del momento, que no seria fácil adoptar á las demás jurisdicciones, cuyos juzgados están á veces distantes del lugar del juicio, y en que esta reclamacion versa sobre un hecho que puede comprometer el orden social, que el poder real tiene interés en calificar y decidir, y de que debe entender la jurisdiccion ordinaria que es la protectora del orden público, segun se dispone respecto de los interdictos con los que tiene el juicio de desahucio varios puntos de contacto. Véase el núm. 41 del libro 1 de esta obra. Nada de esto milita cuando se trata de la reclamacion de alquileres por ser una accion puramente personal contra el individuo aforado.

941. *Esta competencia alcanza á ejecutar las sentencias que recayeren sin necesidad de pedir ninguna clase de auxilio,* § 2 del art. 656 de la ley de Enjuiciamiento civil. Esta disposicion era absolutamente necesaria, para que no se inquietase á los jueces ordinarios en la ejecucion de la sentencia del juicio de desahucio, puesto que existian prescripciones terminantes que atribuian á jurisdicciones especiales la ejecucion de dichas sentencias. Asi se hallaba mandado con respecto á la militar, que en todos los casos en que el conocimiento de un negocio contra aforados correspondiese á otra jurisdiccion, competia á la militar llevar á efecto la sentencia, si versase sobre materia civil ó mercantil. Véase la real orden de 7 de marzo de 1790, que es la ley 25, tit. 4, lib. 6 de la Nov. Recop., y la de 8 de setiembre de 1850. Estas disposiciones deben entenderse derogadas en cuanto al juicio de desahucio por el art. 656 de la ley de Enjuiciamiento.

942. Respecto al juez correspondiente á la jurisdiccion ordinaria que debe conocer del juicio de desahucio, previene el art. 657, que *es juez competente en estos juicios, el del domicilio del demandado ó el en que estuviere*

*sita la cosa, á eleccion del demandante;* disposiciones que se fundan en el espíritu de las contenidas en el art. 5.º, y en preferir el lugar en que sea mas fácil obtener el desahucio. Y en efecto, dirigiéndose esta reclamacion contra el demandado para el cumplimiento de una obligacion, tiene el carácter de accion personal, y siendo el objeto de aquella que se deje libre la finca á su dueño, participa en cierto modo de la naturaleza de las acciones reales. Ahora bien, segun el art. 6, las acciones personales han de promoverse ante el juez del lugar en que deba cumplirse la obligacion y á falta de este en el del domicilio del demandado, y las reales sobre bienes inmuebles ante el del lugar donde estuviere sita la cosa, y en el caso presente, el lugar del cumplimiento del contrato, respecto del acto de dejar libre la finca, no puede ser otro que el en que se hallare situada esta. La ley permite al demandante elegir entre estos lugares, y en su consecuencia el del en que se hallare sita la finca con preferencia al del domicilio del demandado, ya porque todo lo que se ejecuta con el carácter de accion real ó de dominio es preferente á lo que se funda en accion personal, ya por la mayor facilidad de llevar á cumplimiento el desahucio en el lugar en que se halla la finca. Véase lo espuesto en el núm. 341 del libro 1.º de esta obra.

943. Sentadas la doctrina y reglas generales que rigen en el juicio de desahucio, pasemos á esponer en párrafos separados los trámites que establece la ley, segun la diversidad de los hechos en que se fundan las reclamaciones que se entablan en el mismo. Estas son tres clases: 1.ª la del desahucio, por cumplir el término del arrendamiento; 2.ª la del desahucio, por otras causas diferentes de esta porque termina el arriendo; 3.ª la reclamacion del colono sobre mejora ó beneficios hechos en la finca.

## § II.

### *Desahucio por cumplir el término del arriendo.*

944. Para comprender los casos en que tiene lugar el procedimiento que vamos á esponer, conviene tener presentes las disposiciones legales sobre los casos en que se entienden concluidos los arrendamientos de heredades y los inquilinos de casas. Segun la ley 20, tit. 8, Part. 5.ª, si el arrendatario de heredades por tiempo cierto y determinado, cumplido el tiempo de su arrendamiento, permanecia en ellas tres dias mas, debia satisfacer el importe del año sucesivo, porque se entendia renovado por un año mas. Pero si la cosa fuese casa ó edificio, solo debia pagar á prorata del tiempo que la habitase. La ley 5, tit. 10, lib. 10 de la Nov. Recop. disponia, que en los arrendamientos de tierras tuvieran obligacion el dueño y el colono de avisarse en el principio del año último para su continuacion ó despedida, como mútuo desahucio, de manera que faltando este aviso ó haciéndose al fin del año, se entendia seguir el año inmediato.

Mas posteriormente, en cuanto á los arrendamientos de fincas rústicas previno el decreto de córtes de 8 de junio de 1815, en sus artículos 5.º y 6.º, que los arrendamientos de tierras ó dehesas, ó de cualesquiera otros predios rústicos, por tiempo determinado fenezcan con este, sin necesidad de mútuo desahucio, y sin que el arrendatario de cualquiera clase pueda alegar posesion para continuar contra la voluntad del dueño, cualquiera que haya sido la duracion del contrato; pero si tres dias ó mas, despues de concluido el término, permaneciese el arrendatario en la finca, con aquiescencia del dueño, se entenderá arrendada por otro año con las mismas condiciones. Los arriendos sin tiempo determinado durarán á voluntad de las partes, pero cualquiera de ellas que quiera disolverlos podrá hacerlo así, avisando á la otra un año antes, y tampoco tendrá el arrendatario, aunque lo haya sido muchos años, derecho de posesion, una vez desahuciado por el dueño.

Y finalmente, en cuanto al alquiler de casas, dispuso la ley de 9 de abril de 1842 en su art. 2.º, que si en estos contratos se hubiese estipulado tiempo fijo para su duracion, fenecerá el arrendamiento, cumplido el plazo, sin necesidad de desahucio por una ni otra parte, mas 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 arrendatario ni éste dejar el predio, sin dar aviso á la otra parte con la anticipacion que se hallase adoptada por la costumbre general del pueblo, y otro caso, con la de cuarenta dias, debiendo entenderse que continúa el arriendo por la tácita reconduccion por los dias que dure el nuevo disfrute.

943. El que trate, pues, de promover el juicio de desahucio por haber terminado el tiempo del arriendo, deberá efectuarlo presentando al juez de primera instancia del domicilio del demandado ó del en que esté sita la cosa, la demanda competente, con los documentos correspondientes y numerados los hechos y fundamentos de derecho en que la apoye.

Si la demanda de desahucio, dice el art. 638 de la ley, se funda en el cumplimiento del término estipulado en el arrendamiento de una finca rústica ó urbana, el juez mandará convocar al actor y al demandado para un juicio verbal. Teniendo por objeto la ley en este juicio abreviar los procedimientos, evitando la pérdida de tiempo y gastos consiguientes á los traslados y escritos de contestacion, réplica, etc., nada mas conveniente que celebrar un juicio verbal en donde las partes puedan esponer sus pretensiones, contestando y replicando en el acto, y manifestando las razones y documentos en que las apoyan. Este mismo sistema lo adopta tambien la ley en otros negocios urgentes, como por ejemplo, en los interdictos, con los que ya hemos dicho tiene grande analogía el juicio de desahucio.

946. Este juicio verbal se celebrará dentro de los tres dias siguientes á la presentacion de la demanda: art. 639. La ley fija para la convocacion á juicio verbal este término, al parecer sobrado perentorio para el demandado, suponiendo que habrá preparado las razones y fundamentos de sus

pretensiones desde que terminado el tiempo del arriendo ó requerido de desahucio, puede prever la reclamacion judicial. Segun se deduce del artículo 641, la convocacion en este término tan breve se refiere al caso de que el demandado ó su representante se hallaren en el lugar donde se sigue el juicio, puesto que dicho art. 641 prescribe términos mas largos, para hacer la citacion en los diversos casos que puedan ocurrir de hallarse ausente ó de ignorarse su paradero, segun vamos á esponer.

947. Así, pues, la citacion se hará en su persona al demandado, segun prescribe el art. 21 de la ley para las notificaciones cuando se hallare presente en el lugar del juicio; si no pudiese ser habido despues de dos diligencias en busca verificadas con el intervalo de seis horas para dar tiempo á que pueda haber regresado á su domicilio, se le dejará en su casa cédula, citándole para el juicio, entregándola á su mujer, hijos, dependientes ó criados, si los tuviere, y no teniéndolos, al vecino mas inmediato, en la forma prevenida para las notificaciones en el art. 22 de la ley, cuya esplicacion puede verse en los números 579 y siguientes del lib. 2.º de esta obra. De manera, que á pesar de que para la citacion del juicio ordinario solo se practica una diligencia en busca, no obstante la estension de sus solemnidades, para la del juicio de desahucio, quiere la ley dos diligencias antes de entregar la cédula á la familia del demandado; lo que se funda en la conveniencia de que sepa este la citacion lo mas pronto posible, por la brevedad del tiempo que se le señala para prepararse á comparecer, la mayor parte del cual podria transcurrir sin tener noticia de aquella, si dejándose la cédula á los individuos de su familia, no fueran estos diligentes para entregársela.

948. En el caso de intentarse la demanda en el lugar en que exista la cosa y de no hallarse en él el demandado, se entenderá la citacion para el juicio, que deberá hacerse en la forma prescrita en el art. 640, con su representante, si lo tuviere, no solamente para que se la noticie á su representante, sino para que comparezca por este al juicio verbal. Caso de no tener representante constituido por medio de poder, se entenderá la citacion, con la persona que esté encargada en su nombre del cuidado de la finca, para que lo avise al que le dió este encargo, puesto que no teniendo el encargado poder competente, no puede presentarse en el juicio por aquel. La ley ha adoptado esta disposicion para este caso, siguiendo el espíritu de las que previenen, respecto de la citacion que se hace al que se hallare en el lugar del juicio, que se verifique, si no se le encontrase, dejando cédula á los criados ó vecinos, suponiendo que la persona encargada del cuidado de la finca tendrá tanto ó mas interés que estos en avisar al propietario, de la citacion para el juicio de lanzamiento. Algunos intérpretes opinan que el encargado de la finca puede presentarse en juicio por el arrendatario, pero esta interpretacion no es aceptable, si se atiende á que el art. 645 requiere que el demandado comparezca por sí ó por legítimo apoderado, cualidad que no puede atribuirse al encargado de la finca, el cual por lo comun no tendrá ni las noticias, ni aun las luces suficientes para oponerse al juicio de desahucio.

949. Si tampoco hubiere persona encargada, se librará el oportuno exhorto al juez del partido donde se hallare el arrendatario, ú orden al juez de paz del pueblo en que se hallare dentro del partido del de primera instancia que conoce del juicio, para citarlo al juez del pueblo de su domicilio ó residencia, § 1 del art. 644, debiendo hacerse la citacion por el juez exhortado segun lo prescrito en el art. 640.

950. En este último caso, el juez señalará el término suficiente, atendidas las distancias y dificultad de las comunicaciones, para la comparecencia al juicio verbal: este término no podrá exceder de un día por cada seis leguas: § 2 del art. 644. Aunque esta disposicion parece referirse solamente al caso de que no hubiere persona encargada del cuidado de la finca, deberá entenderse aplicable tambien al de que la hubiese, si no tuviera poder del arrendatario, porque de otra suerte no habria tiempo suficiente para avisarle y para que compareciera al juicio, y tendria que seguirse este sin citársele ni oírle, lo que es contrario á los principios de procedimiento. Asi, pues, no debe entenderse la cláusula en este último caso en todo el rigor de su sentido, si no se quiere que pueda aplicársele aquel principio, *summum sus summa injuria*.

951. Lo mismo se practicará, cuando se proponga la demanda en el lugar del domicilio, y no se encuentre en él el demandado: art. 642; porque existe identidad de razon, y segun aquel principio: *ubi ea dem est ratio, ibi eadem esse debet juris dispositio*.

952. Con el fin de evitar el abuso que pudiera cometer el demandado, no compareciendo al juicio, para entorpecerlo maliciosamente, disfrutando mientras tanto de las utilidades de la finca, dispone el art. 643 de la ley, que en los casos de que hablan los dos artículos precedentes, esto es, los 641 y 642, sobre citacion de los ausentes, se apercibirá al demandado, al hacerle la citacion, de que no compareciendo por sí ó por legitimo apoderado, esto es, por cualquiera persona particular á que hubiere dado poder en forma, aun cuando no fuese procurador, se declarará el desahucio, sin mas citarlo ni oírle: art. 643.

953. Cuando el demandado no tenga domicilio fijo y se ignore su paradero, pues si se supiere este, se le citará en la forma prescrita en el artículo 644, ó si tuviere domicilio, en la establecida en el art. 640 ó 644, se hará la citacion en los estrados del juzgado, que es donde se practica para el juicio en rebeldía, segun diremos al tratar de este. La ley deja en tal caso el término que debe señalarse para la comparecencia al prudente arbitrio del juez, quien deberá atender para ésto al ejercicio, arte ó profesion del demandado, puesto que por ellos puede calcularse el lugar donde se encuentra. Mas todo esto se hará bajo el apercibimiento explicado en el artículo anterior, 643; que se practica respecto de los ausentes, en cuya posicion se considera al que no tiene domicilio fijo, ignorándose su paradero.

954. Si el demandado que estuviere en el lugar del juicio no compareciere á la hora señalada, se le volverá á citar en la misma forma prescrita en el art. 640 para el día inmediato, apercibiéndole al practicar esta dili-

gencia, si fuese habido, y si no, en la cédula que se le dejare, con que de no concurrir al juicio se le tendrá por conforme con el desahucio, y procederá sin mas citarlo ni oírle á desalojarlo de la finca, lo que se funda en las razones espuestas al explicar el art. 645. § 1 del art. 643.

Esta segunda citacion no se hará á los ausentes, § 2 del art. 643, para evitar las dilaciones que con ella se originarian, por ser en los casos de ausencia los términos para hacerla mucho mas largos que en los de presencia.

955. El demandado citado en la forma espuesta puede no comparecer ó presentarse en el juicio. Si no comparece tiene lugar el siguiente procedimiento que establece la ley.

Si no compareciere el presente en el lugar del juicio despues de la segunda citacion, ni el ausente despues de la primera, el juez declarará inmediatamente haber lugar al desahucio, apercibiendo de lanzamiento al demandado si no desaloja la finca dentro de los términos que á continuacion se espresan: art. 646. La rapidez que se requiere en el procedimiento y la urgencia en resolver el punto sobre que versa este juicio, justifica esta disposicion que á veces podrá ser algun tanto rígida y severa, como en el caso de hacer la citacion al encargado de la finca. Fuera de estos casos, nada es tan justo como que, en pena de su morosidad ó malicia, sufra el arrendatario las consecuencias de seguirse el juicio, pues, de dilatarlo con nuevas citaciones, se perjudicaria al dueño de la heredad porque se veria privado de su goce y utilidades. Si no compareciese el arrendatario se considera ó presume que no tenia razones que oponer á la demanda. Mas si bien en este caso se le tiene por confeso tácitamente, esta confesion ficta no produce los mismos efectos que la espresa, segun espusimos en el número 855 del libro 2.º de esta obra: asi es que á pesar de ella el juez no podrá dictar la providencia de lanzamiento, si el demandante no probó su pretension en los documentos que acompañó á la demanda, porque la contumacia del demandado no puede atribuir á su adversario derechos que no tiene, segun espusimos en el núm. 25 y 21 del libro 3.º de esta obra. De aqui se sigue, que sea apelable la providencia del lanzamiento dada por el juez, segun se previene en el art. 299 de la ley sobre el juicio ordinario para un caso análogo, que espusimos en el núm. 855 del libro 2.º de este tratado, y aun deberán tener aplicacion en este punto los arts. 1187 y 1192 sobre el de rebeldía, que espondremos en su lugar. V. el núm. 21, libro 3.º de esta obra.

956. Los términos de que habla el artículo anterior 646 se han señalado por la ley, de mayor ó menor estension, atendiendo á la mayor ó menor dificultad que habrá en desalojar la finca ocupada y en hallar otra equivalente segun la diferente clase de aquella y los usos á que se ha destinado. Los ha marcado en todos los casos breves y reducidos por juzgar que no es acreedor á mayores consideraciones el que permanece en la finca despues de terminado el arriendo, y por suponerle avisado y preparado anticipadamente durante los dias transcurridos en las diligencias para el desahucio.

Estos términos son el de ocho días, si se trata de una casa de habitación y que habiten con efecto el demandado ó su familia; porque aquí solo se trata de la traslación del mueblaje de casa.

El de quince días, si de un establecimiento mercantil ó de tráfico; porque en este caso, la traslación de efectos es mas embarazosa, y mas difícil hallar casa á propósito.

El de veinte días, si de una hacienda, alquería cortijo, ú otra cualquiera finca rústica que tenga caserío y en la cual haya constantemente guardas, capataces ú otros sirvientes, por las mayores dificultades que ocurren en este caso respecto de los anteriores: art. 647.

Los términos en que habla el art. 647 son improrrogables, cualquiera que sea la causa que se alegue para pedir su próroga: art. 650.

Si el desahucio se hace de una finca rústica que no tuviere ninguna de las circunstancias espresadas en el último párrafo del art. 647, el lanzamiento se decretará en el acto: art. 648.

957. Para que el demandado pueda cumplir lo que se le ordena, dispone el art. 649, que la providencia declarando el desahucio y el lanzamiento en su caso, se hará saber al demandado en los mismos términos en que se le hizo la citación se estuviere en el lugar del juicio, esto es, según previene el art. 640.

En los demás casos, se notificará en estrados, parándole el mismo perjuicio que si se hiciere en su persona.

También se notificará al demandante para que esté á la mira de si el demandado desocupa la finca en el término prescrito, ó de lo contrario, para que pueda pedir su lanzamiento, pues que este debe verificarse á petición suya.

958. Pasados los términos prescritos en los artículos 647 y 648, sin haberse desalojado la finca, se procederá á lanzar al inquilino ó colono sin consideración de ningún género, esto es, sin atender á las excusas ó pretextos que alegare para continuar en la finca, pues por lo demás deberá procederse causándole las menores vejaciones que sea compatible con la recta administración de justicia. El lanzamiento se efectuará según lo requiera la clase de fincas de que se trate: si es una heredad, se intimará al colono que no la labre; si un edificio con efectos, se harán sacar estos de ella por el inquilino ó arrendatario, entregándose las llaves de la misma al demandante, y si estuviere destinada á la habitación, se hará salir de ella al inquilino sacando los efectos en igual forma. Este lanzamiento debe hacerse á costa del inquilino ó colono, puesto que dió lugar á él con su desobediencia ó morosidad, y con el fin de asegurar su pago se procederá según previene el art. 655 que vamos á esponer.

659. Si en la finca rústica hubiere labores ó plantío que el colono reclame como de su propiedad, ó que deban indemnizársele, así como también si hubiere hecho obras ó introducido ó agregado á la finca, bien sea rústica ó urbana, objetos que acrezcan indudablemente su valor, esto es, si hubiere hecho mejoras necesarias y aun útiles, se estenderá diligencia espresiva de

la clase, estension y estado de las cosas reclamadas: art. 652. V. el número 980.

No servirá esta reclamación de obstáculo para el lanzamiento, porque pudiera ocasionar al dueño mayores pérdidas que el valor de dichas mejoras. Para decidir sobre este punto establece la ley un procedimiento especial y breve en los artículos 656 y siguientes que esponemos mas adelante.

960. Al ejecutar el lanzamiento, se retendrán y constituirán en depósito los bienes mas realizables que se encuentren, suficientes á cubrir las costas de todas las diligencias espresadas: art. 655. El importe de las costas deberán por de pronto graduarse prudencialmente por el juez, sin perjuicio de que se verifique mas adelante su tasación, con arreglo al art. 78 de la ley. Inútil parece advertir que si el inquilino ó colono paga el valor de las costas, no se procederá á la retención de los efectos.

961. Prévia tasación de los bienes depositados, por peritos que nombre el juez, se procederá á su venta, si el demandado no pagare las costas en el acto: art. 654.

962. La enagenación se hará en la forma prevenida para el procedimiento de apremio del juicio ejecutivo: art. 655. Véase lo que esponemos al tratar de dicho juicio.

Hasta aquí el procedimiento que se sigue cuando no comparece al juicio verbal el demandado. Veamos ahora cómo se procede en el caso de comparecer.

965. Concurriendo al juicio verbal sobre el desahucio el demandado, oídas las partes y recibidas sus pruebas, el juez dictará sentencia: art. 661. Dicho juicio se celebrará con arreglo á lo dispuesto para los verbales en el tit. 24 de la ley, aunque con las modificaciones que requiere la naturaleza del presente. Así, pues, asistirán las partes por sí ó por apoderado legítimo, según el art. 645, pudiendo concurrir letrados, según el art. 1172. Después de las alegaciones de las partes podrán presentar estos en el acto toda clase de pruebas en confirmación de sus pretensiones. Si fuere por documentos se unirán estos á los autos, y si por testigos, se acompañará el interrogatorio de las preguntas á cuyo tenor han de ser examinados por el juez y á presencia de las partes, porque en los juicios verbales es pública la prueba. Concluida la comparecencia, se estenderá la oportuna acta que firmarán todos los concurrentes y testigos según el art. 1174. En cuanto al término que tiene el juez para dictar sentencia, el art. 1176 sobre juicios verbales previene, que sea al día siguiente de celebrada la comparecencia, y lo mismo dispone el 754 para la sentencia del interdicto de despojo, con el que tiene bastante analogía el juicio de desahucio.

964. Esta sentencia es apelable en ambos efectos. Si no se interpusiere la apelación, pasando el término de cinco días, que es el que señala la ley por regla general para los juicios, queda la sentencia consentida de derecho sin necesidad de ninguna declaración, ni de que lo pida ninguna de las partes: art. 662.

965. Una vez consentida la sentencia, se procederá á su ejecución en

la forma antes prevenida, si se hubiere declarado haber lugar al desahucio, esto es, con arreglo á lo prescrito para el caso de que no se presentare el demandado, porque los efectos del juicio son los mismos en ambos casos.

966. Si se apelare, se remitiran los autos al Tribunal Superior con citacion y emplazamiento de las partes: art. 664, para que puedan personarse en la superioridad.

967. La segunda instancia se sustanciará de la manera expresada en el art. 660, esto es, en los términos prevenidos para las apelaciones de las sentencias que recayeren en los interdictos y que expondremos al tratar de ella.

968. La sentencia confirmatoria contendrá siempre condena de costas: art. 666; porque habiéndose dado la sentencia de primera instancia contra el apelante, se supone que interpuso la apelacion temerariamente.

969. Dictada que sea la sentencia de vista, se devolverán para su cumplimiento los autos al juzgado de que procedan, con certificacion solo de ella y de la condena de costas, si la hubiere habido, como tendrá que suceder siempre que fuere confirmatoria de la de primera instancia, art. 667. La ley establece esta regla breve y sencilla, atendiendo á que la sentencia es ejecutiva y á la conveniencia de evitar los gastos que ocasionan las demás inserciones en la sentencia. Antes de volver los autos al juzgado, se hará la tasacion de costas con arreglo á los artículos 78 y siguientes de la ley, oyéndose sobre ellas brevemente al condenado.

970. Recibidos los autos por el juez de primera instancia, se procederá á cumplir la ejecutoria, si se hubiere declarado haber lugar al desahucio, acomodándose á los trámites que quedan establecidos, para el caso de que no se presenten al juicio el demandado: art. 668.

### § III.

#### Desahucio por causas diversas del cumplimiento del plazo pactado.

971. No solamente puede reclamar el dueño de la finca dada en arriendo ó alquiler, que el colono ó inquilino le deje libre por terminar el tiempo del arrendamiento, sino tambien por varias causas, tales como la de no pagar aquéllos la renta, tratar mal la finca ó faltar á las condiciones ó pactos estipulados en el contrato y asimismo por necesitar la finca su dueño para sí propio si fuera finca urbana, mas no si predio rústico, segun se previene en las leyes 18 y siguientes tit. 8, Part. 5. en el artículo 5.º del decreto de Cortes de ocho de junio de 1813 restablecido por real decreto de 16 de setiembre de 1836, y en la ley de 9 de abril de 1842. En tales casos, tiene tambien lugar el juicio de desahucio ó lanzamiento cuando el colono ó inquilino se negara á dejar la finca libre á disposicion de su dueño, pero como los hechos espuestos requieren mayor exámen y son de más difícil prueba que los consistentes en la terminacion del plazo estipulado, la nueva ley ha establecido para ellos una tramitacion diferente de la de estos, si bien siempre sencilla y sumaria.

972. Sin embargo, la ley adopta en este procedimiento la comparecencia á juicio verbal por la utilidad y conveniencia que ofrece. Asi, pues, segun el art. 669, si la causa porque se pidiere el desahucio no es el cumplimiento del plazo estipulado en el contrato, tambien se convocará á las partes á juicio verbal, de la manera prevenida en los art. 658 y siguientes.

973. En esta comparecencia puede resultar que el demandado convenga ó no en los hechos que motivan la reclamacion, por lo que deberá procederse de distinto modo en cada uno de estos casos.

874. Si compareciendo el demandado, conviniera con el demandante en los hechos, dictará el juez sentencia, declarando haber ó no lugar al desahucio segun lo que resultare de los hechos alegados. Si no compareciere el demandado, considerándose su silencio como confesion ficta, ó prueba de su conformidad con los hechos, segun hemos dicho, se le tendrá por conforme con los hechos espuestos en la demanda, en la forma y casos ya esplicados, y el juez dictará en su rebeldia sentencia, declarando haber lugar al desahucio, si así procediese de lo espuesto, ó no haber lugar á él si los hechos alegados no fueren de los que la ley marca para este efecto, ó si aun cuando lo fueran, no se hallaren suficientemente probados, art. 669.

975. Esta sentencia es apelable en ambos efectos. Si no se apelara queda de derecho consentida, sin necesidad de declaracion alguna de haberse por pasada en autoridad de cosa juzgada, etc., ni de que lo solicite aquel á cuyo favor se dió, y se procederá á su ejecucion y cumplimiento, esto es, como dice el art. 665, que debe entenderse complementario del presente, en la forma prevenida para cuando se hubiere declarado haber lugar al desahucio por los art. 649 y siguientes: art. 670, que no hace mas que adoptar en su primer parte la disposicion del 68, y en segunda, la de los 662 y 663.

976. Si se apelare, se remitirán los autos al tribunal superior para que se sustancie y decida la segunda instancia, con sujecion á los trámites antes determinados, esto es, en los términos prevenidos para las apelaciones de las sentencias que recayeren en los interdictos conforme establece el art. 660; para lo cual se citará y emplazará á las partes para ante dicho tribunal, y se procederá, dictada que sea la ejecutoria, á cumplirla, de la manera tambien establecida en los art. 666, 667 y 668. art. 671.

977. Si el demandado no conviniera en el juicio verbal en los hechos, dará el juez por terminado este acto y le conferirá traslado de la demanda, la cual le sustanciará en adelante con arreglo á los trámites del juicio ordinario; por ser este el juicio en que se ventilan toda clase de cuestiones que tienen por objeto declarar un derecho y que internan en las instituciones civiles, como sucede respecto de las que versan sobre cumplimiento de las condiciones del arriendo ó inquilinato, para apreciar el cual, es necesario examinar la estension y fuerza de las mismas, conforme á los complicados principios que rigen las obligaciones, y tambien á los pactos que pueden modificarlas y demás escepciones que alegue el demandado. No siendo estos hechos tan sencillos como los que consisten en haber ó no cumplido el término señalado en el arriendo, para apreciar los cuales bastará examinar la fecha

y término del contrato, ó recibir la informacion testifical sobre si se hizo el desahucio ó despedida en el tiempo que la ley requiere, previene este artículo que se dé desde luego traslado de la demanda para evitar la pérdida del tiempo necesario que de no hacerlo así habria de invertirse en entablar de nuevo la demanda en juicio ordinario; pero esto no impedirá que pueda desistir el demandante de sus pretensiones: tampoco será necesario intentar de nuevo juicio de conciliacion.

## § IV.

*Reclamacion por parte del demandado de las labores, plantíos ó mejoras hechas en la finca.*

978. Es un principio consignado en nuestras antiguas leyes, que el arrendatario tiene derecho á reclamar del arrendador ó dueño de la finca las labores, plantíos y mejoras que efectuare en ella. Mejoran á las vegadas, dice la ley 24, tit. 8 Part. 5, los arrendadores, los heredamientos é las otras cosas que tienen arrendadas, haciendo y labores ó cosas de nuevo, é plantando y árboles ó viña, porque la cosa vala mas de renta, á la sazón que la dejan, que cuando la tomaron; é por ende es derecho, que así como cuando hacen daño en la cosa arrendada que son tenudos de lo mejorar, bien así les debe ser conocido é gualardonado el mejoramiento que y ficiere. E por ende decimos que el señor tenudo es de dar las misiones que fizo en aquellas cosas que mejoró ó gelas descontar del arrendamiento. Fuera ende si en el pleito (contrato) del arrendamiento fuese puesto que ficiere de lo suyo tales labores é mejoras, como estas que de suso dijimos: ca estonce seria tenudo de guardar el pleito (contrato) segund que fue puesto.

La ley de Enjuiciamiento ha aplicado esta doctrina al juicio de desahucio. Así ha prevenido en el art. 652 ya espuesto, que coloca entre los que determinan lo que debe hacerse al ejecutar el lanzamiento, respecto de los efectos que se encontraren en la finca, que se estienda diligencia de las labores ó plantíos que reclamare el colono como de su propiedad, con el objeto de resolverse sobre su indemnizacion por un procedimiento breve y sencillo. Y el art. 656, dispone para este efecto, que *en los casos en que el demandado hubiese reclamado labores, plantío ú otra cualquiera cosa que haya quedado en la finca, por no poderse separar de ella, se procederá á su avalúo por peritos que nombren las partes y tercero, de oficio, caso de discordia.*

979. Dedúcese desde luego de estas disposiciones que la reclamacion de mejoras puede establecerse, tanto por el colono de una heredad rústica, coma por el inquilino de un edificio urbano, puesto que la ley de partida citada, se refiere no solo á los heredamientos, sino á las otras cosas que tiene arrendadas, y que el art. 656 de la ley habla del *demandado* sin especificar si es arrendatario ó inquilino, y se refiere á las reclamaciones tanto de labores ó plantíos como de *cualquier otra cosa* que haya quedado en la finca, y esto puede verificarse en una finca rústica del mismo modo que en una urbana.

980. Dedúcese tambien, que para que haya lugar á la reclamacion respecto de las cosas que quedaron en la finca, no han de poderse separar de ella, sin padecer menoscabo, pues si le padecieran, podrá llevárselas al arrendatario ó inquilino si quisiere y no se opusiera el propietario, segun la ley *sed addes* 19 § 1, *si inquilinus* 3, Dig. de *locat. cond.*; mas no conviniéndose las partes, ventilarán la cuestion en juicio ordinario de mayor ó de menor cuantía. En cuanto á las plantaciones y demás mejoras, solo podrá reclamar el arrendatario ó inquilino el valor de las mejoras ó gastos necesarios en todo caso, y el de las útiles cuando se hicieron por voluntad expresa ó tácita del arrendatario ó cuando no le fueren gravosas, si hemos de seguir la glosa de Gregorio Lopez á la ley de Partida citada, que se apoya en la ley *dominus horreorum*, 55 § in *conducto*, 1, y del mismo modo en las leyes 41, 42, 43 y 44, tit. 28 Part. 3, si bien aquí la ley de Enjuiciamiento no distingue de casos dando derecho al arrendatario para reclamar toda clase de plantíos, labores ó cosa que hayan quedado en la finca, sin poderse separar de ella.

981. *Practicada que sea la diligencia de avalúo, podrá el demandado reclamar el abono de la cantidad en que haya sido apreciado lo que creyere corresponderle:* art. 657. *Si formulare reclamacion, se convocará á juicio verbal, en el que oidas las partes y recibidas las pruebas, el juez dictará la providencia que estime de justicia:* art. 658. Respecto al modo de proceder á la citacion para este juicio, á su celebracion, recibimiento de la prueba y a término para dictar sentencia deberá atenderse á lo prescrito en el tit. 24 de la ley sobre juicios verbales, por cuyos trámites se rige el presente, con las modificaciones que hemos espuesto al explicar el art. 661 en el § anterior.

982. *La providencia que diere el juez es apelable en ambos efectos. Interpuesto el recurso, se remitirán los autos al tribunal superior con citacion y emplazamiento de las partes en la forma ordinaria:* art. 660.

983. *La segunda instancia se sustanciará en los términos prevenidos para las apelaciones de las sentencias que recayeren en los interdictos, á que se refieren los art. 760 y siguientes:* art. 660.

## TITULO VIII.

## Del juicio sobre retracto.

984. Por juicio de retracto se entiende el procedimiento breve y sencillo, promovido á instancia del que tiene por la ley derecho de adquirir ciertas cosas vendidas á otro, por el mismo precio en que este las compró, rescindiendo el contrato celebrado con él. Así lo indica la etimología de la palabra *retracto* que proviene del verbo *traho*, *trahis*, *trahere*, mover, atraer ó acercarse á sí una cosa, y de su frecuentativo *tractare*, tratar.

985. Hemos dicho que este juicio se refiere á los retractos concedidos por la ley, pues el convencional ó pacto de retroventa, que es el rescate de la cosa vendida, hecho por el vendedor en virtud de la reserva que hizo al tiempo del contrato, el cual es el único que existe además de aquellos en el día, es mas bien que un retracto una condicion de la compra venta que sujeta á los pactos y condiciones que establecen las partes en sus contratos, resolviéndose las dudas ó contestaciones que sobre ella se susciten en juicio ordinario. Sabido es que los retractos que concede la ley, son de tres especies: el llamado *gentilicio de sangre* ó de abolengo, que es el derecho que compete á los mas próximos parientes del vendedor, constituidos dentro del cuarto grado para retraer, en el término señalado por las leyes, los bienes inmuebles de sus abuelos, ó padres por el mismo precio en que aquel los enagenó; leyes 2, 4, 7 y 9, tit. 13, lib. 10, Nov. Recop.; el llamado de *comuneros* que corresponde á cada uno de los condueños socios ó comuneros de una cosa indivisa, para retraer la parte que alguno de ellos vendiere á un extraño: ley 53, tit. 5, Part. 5, y ley 9, tit. 13, lib. 10, Nov. Recop. y por último, el de *superficie* que compete al enfiteuta y superficiario, para retraer por el tanto el dominio directo que se vendiere á un extraño por el que goza de él, y asimismo al señor de este dominio para retraer el dominio útil que enagenaren el enfiteuta ó superficiario: ley 8, tit. 13, lib. 10, Nov. Recop.

986. Es juez competente para conocer de las demandas de retracto el del lugar en que esté situada la cosa que se pretende retraer ó el del demandante: art. 673. Esta disposicion se funda en la naturaleza de la accion de retracto propia de las conocidas en derecho romano con la calificación de *in rem scriptas* y que se asemeja á la de las acciones mixtas V. lo espuesto en el núm. 342 del lib. 1.º de esta obra.

El art. 32 del reglamento provisional facultaba á los alcaldes para conocer, á solicitud de parte, de las diligencias urgentísimas y que no dieran lugar á acudir á juez letrado, si no existia en el pueblo en que habian de practicarse, entre las que se calificaba la interposicion de un retracto. Mas segun el señor Laserna en sus Motivos de la ley, el art. 673 debe conside-

rarse como privando de esta facultad á los alcaldes, en el día á los jueces de paz, lo que se funda en lo delicado del ejercicio de aquel derecho, y en lo difícil que seria á dichos jueces apreciar la justificacion del título del retracto y los compromisos del retrayente. Sin embargo, en nuestro concepto la inteligencia del art. 673 con tanto rigorismo, puede ocasionar perjuicios á los particulares, asi como sucede muchas veces, no les es posible interponer el retracto en el angustioso término que señala la ley, ante el juez de primera instancia, por no haberlo en el pueblo donde ha de efectuarse. Mas consecuente hubiera sido en nuestro juicio, considerar á los jueces de paz con facultades para admitir dicha interposicion, para el hecho de hacer constar que se verificó en el término legal, dando inmediatamente parte de ello al juez de primera instancia del partido, quien podrá apreciar la justificacion del título y demás requisitos legales, como se practicaba anteriormente, y segun previene el art. 368 respecto de las primeras diligencias sobre prevencion de un *abintestato* que comete la ley á los jueces de paz, en los pueblos donde no hubiere juez de primera instancia. V. lo espuesto en el núm. 209 del lib. 1.º de esta obra. La ley no obstante, tratandó de evitar estos inconvenientes, ha concedido en su art. 673 al retrayente que residiere en otro pueblo distinto del en que se otorgare la escritura que dé causa al retracto, un día por cada diez leguas que distare de dicho pueblo el de su residencia, pero además de que esta disposicion es invasora de los límites asignados para el retracto por el derecho civil, dando acaso lugar á abusos por parte del retrayente, con ausencias maliciosas, no salva aquellas dificultades en todos los casos, porque puede suceder que no haya juez de primera instancia en dicho pueblo; á no que se adopte respecto de aquel artículo, la interpretacion algun tanto violenta de que el término que señala se refiere al pueblo donde estuviere constituido el juzgado, á cuyo partido perteneciera el lugar donde se otorgó la escritura. Todavía pudiera decirse, atendiendo estrictamente á la letra del art. 673, que este artículo faculta para interponer el retracto ante el juez de paz del lugar en que se otorgó la escritura si no lo hubiera de primera instancia, puesto que dispone en general que se verifique allí, sin distincion de casos.

987. Como de hacerse uso del derecho del retracto maliciosamente ó sin iguales condiciones que las de la venta que otorgó el dueño de la cosa, se coartaria la facultad natural que tiene este de enagenarla á la persona y con las condiciones que quisiera, lo que ocasionaria grave daño á la transmision del dominio, la nueva ley de Enjuiciamiento, en su art. 674, siguiendo en lo general lo prescrito por nuestras anteriores leyes, ha determinado los requisitos necesarios para que pueda darse curso á las demandas de retracto, y son los siguientes.

1.º Que se interponga en el juzgado competente, que es el designado en los artículos 673 y 675 ó aquel á que se sometieran las partes tácita ó expresamente, segun les facultan los art. 2, 3 y 4 de la ley, dentro de los nueve dias, contados desde el otorgamiento de la escritura de venta. Este mismo término concedian las leyes 13, tit. 10, lib. 5 del Fuero real y 1, 2, 3,

y 6, tít. 15, lib. 10, de la Nov. Recop. para el retracto de la finca patrimonial ó de abolengo, respecto de todos los parientes del vendedor, y no singularmente para cada uno de ellos, y asimismo la ley 75 de Toro, 9 del tít. 15, lib. 10, de la Nov. para el retracto de los comuneros, y la 74 de Toro, 8.º del tít. citado de la Nov. para el retracto de los dueños directo y superficiario. Anteriormente, suscitaban los intérpretes la duda de si debían principiar á contarse dichos nueve días, desde el siguiente al en que quedó perfeccionada la convencion por el mútuo acuerdo de las partes, ó desde la tradicion de la finca ó del dinero. Los que sostenían este último extremo, se fundaban en que hasta entonces no salen los bienes de la familia: pero á esto contestaban los que llevaban la opinion contraria que, teniendo desde el momento del convenio el comprador una accion personal para pedir aquellos bienes podían considerarse como no perteneciendo ya á la familia del vendedor y apoyaban su opinion sobre que debía contarse el término desde el mútuo convenio en que desde entonces queda perfeccionado el contrato de compra venta. Esta última opinion era la adoptada generalmente. La nueva ley ha resuelto esta cuestion, estableciendo que principie á contarse dicho término desde la fecha de la escritura, lo que facilita la prueba del día en que principia á correr, por hallarse consignada en un instrumento público.

Tambien contendian los intérpretes, sobre si debían contarse dichos días de momento á momento ó por días. Los que seguían esta última opinion, entre los que se cuentan Acebedo y Gomez, se fundaban en lo embarazoso que seria retener en la memoria, ó notar por escrito la justificacion de la hora en que tuvo afecto la convencion, lo que no es regular hacer ni lo quiso la ley, y en que las leyes 3 y 4, tít. 15, lib. 10, Nov. Recop., decían que debía contarse desde el día: sin embargo estos autores establecian que el término debía contarse incluyendo el primero y el postrer día, de suerte que acortaban el término del retracto mas que contando los días de momento á momento. La nueva ley no contiene disposicion especial sobre este punto, pero debiendo regirse este término por las demás que establece en general para todos los judiciales, y previniéndose en el art. 25 que estos principien á correr desde el día siguiente al en que se hubiere hecho el emplazamiento citacion ó notificacion, esto es, al siguiente del acto desde el cual principia á contarse el término, es consiguiente que se cuente en este caso desde el siguiente al otorgamiento de la escritura de venta, incluyéndose el del vencimiento, segun prescribe dicho art. 25; y disponiendo asimismo el art. 26 que en ningun término se contarán los días feriados en que no puedan tener lugar las actuaciones judiciales, lo mismo deberá entenderse en cuanto al término para retraer, de manera que si el en que vencen los nueve días fuera de esta clase, podrá interponerse el retracto al siguiente que no lo fuere, y disponiendo asimismo el art. 30, núm. 11, que se entiendan improrogables los términos, respecto á los cuales haya prevencion expresa y terminante de que pasados no se admita en juicio el derecho para que estuvieren concedidos, debe considerarse el término de los nueve días fatal é

improrogable, segun se declaraba en las leyes 1 y 2, tít. 15, lib. 10, de la Nov. Recop., puesto que en el art. 674 se fija dicho término, como el necesario para que se dé curso á las demandas de retracto, y si no se hace aquella prevencion espresa, es sin duda porque en los art. 675 y 676, se prorroga para los casos que en ellos mismos se espresan. Ultimamente, previniéndose en el art. 51 que los términos improrogables no puedan suspenderse ni abrirse despues de cumplidos por vía de restitution ni por otro motivo alguno, asi deberá entenderse respecto del señalado para el retracto, lo que es conforme á la ley 2, tít. 15, lib. 10, Nov. Recop., segun la cual debía correr el término contra pupilos, menores y ausentes, sin concedérseles restitution, cláusula que estendian los intérpretes respecto de los que ignoraban el retracto, fundados en que daña á estos la prescripcion á pesar de no perjudicarles á aquellos.

Sin embargo, respecto de los ausentes é ignorantes, hay que hacer algunas aclaraciones. Sobre los primeros, dispone el artículo 675 de la nueva ley, que *si el que intentare el retracto no reside en el pueblo donde se otorgó la escritura que dé causa á él, tendrá para educir la demanda, ademas de los nueve dias, uno por cada diez leguas que distare de dicho pueblo el de su residencia.* La concesion de este nuevo plazo tiene por objeto que disfrute el que se hallare ausente del mismo término para retraer que el que estuviera presente, pues no seria justo acortar á aquel el tiempo necesario para salvar la distancia que le separa del lugar donde ha de hacer uso de su derecho. La ley concede únicamente un día por cada diez leguas de distancia, para evitar los abusos que pudieran tener lugar con pretexto de la ausencia, y que fué lo que impulsó á la ley 2, tít. 15, lib. 10, Nov. Recop. á no prorogar los nueve días ni aun en este caso, puesto que como se espresa en la misma, acontecia que despues de haber comprado un extraño la heredad malvendiendo acaso sus bienes, y hecho mejoras y reparos en ella, se presentaba el que tenia derecho de retracto, viéndola mejorada á retraerla, bajo pretexto de ausencia, menor edad ú otro impedimento, haciendo uso del remedio de restitution y otros, y consignando el mismo precio por que se vendió «y con esto saca la heredad, dice la ley, que por ventura vale la mitad mas ó dos tercios que cuando la hubo el comprador, lo cual parece cosa muy inhumana y agrá y muy sujeta á fraude y pecado.»

Respecto de los ignorantes, dispone el artículo 676, que *si la venta se hubiese ocultado con malicia, el término de los nueve dias, no empezará á correr hasta el siguiente al en que se acreditare que el retrayente ha tenido conocimiento de ella.* La nueva ley no hace mas que consignar aqui una doctrina admitida por nuestros intérpretes y que se funda en el espíritu de toda legislacion equitativa y justa; puesto que á nadie deba favorecer su fraude, que no deben poder eludir los particulares con su malicia el efecto de las leyes, y que seria injusto dejar que el vendedor ó comprador extraño impidieran el ejercicio del derecho de retracto de esta suerte; sin embargo era necesaria esta declaracion para evitar toda duda, pues no faltaban escritores respetables, entre ellos Febrero, que opinaban deber correr el término

legal en tal caso, fundándose en que cuando la ley recopilada hablaba distinta, absoluta y claramente, no se debía distinguir, con especialidad siendo el retracto un derecho odioso, por oponerse á la libre facultad de los dueños para disponer de sus cosas. Para que se considere que hubo ocultacion maliciosa, será necesario que la escritura de venta se haya otorgado secreta y reservadamente, y cual no es uso ni costumbre verificarse, para impedir que llegue á noticia del retrayente, por lo que no bastaria alegar que no se dió á la escritura toda la publicidad que en algunos otros casos, y menos si en esto no hubo mala intencion.

La prueba de las circunstancias espresadas en los art. 675 y 676, corresponde al retrayente, bastando para que se admita la demanda del retracto en este caso, que se acompañe sobre dichos extremos alguna justificacion, aunque no fuera cumplida, segun se dispone para otra circunstancia en el número 5 del art. 674, dejando el complemento de dicha prueba para el término probatorio del juicio.

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.* Esta disposicion es conforme á las de nuestras leyes recopiladas. La 1.ª del tit. 13 citado, previene, que el pariente que quiere la heredad, dé el precio que costó, y la 9 que el comunero sea obligado á consignar el precio en el tiempo y término, y con las diligencias y solemnidades que el pariente; y Febrero al esponer estas leyes decia, que debía pagarse el mismo precio en que se efectuó la venta, sea grande ó pequeño, pues no basta ofrecerlo solamente; y si no se quisiere recibir, depositarlo judicialmente si puede ser á presencia del juez. En el caso de ignorarse el precio, contendian nuestros intérpretes si podia admitirse la demanda de retracto, llegando á opinar algunos, y entre ellos Febrero, por la negativa aun cuando esto no fuera por ocultacion de los contrayentes, lo que fundaban en las mismas razones ya espuestas sobre el caso de que se ignorase la venta, pero otros fundados en los buenos principios, sentaban que debía admitirse al pariente la correspondiente fianza al poner la demanda de retracto, y pidiendo la manifestacion del documento ó escritura de venta. V. el Febrero reformado por los Sres. Goyena, Aguirre y Montalvan. Fundábase tambien esta doctrina en una disposicion análoga de la ley 6, tit. 15, libro 10, Nov. Recop. para el caso de que la venta se hubiera hecho al fiado, pues en ella debe el comprador afianzar á satisfaccion del juez que satisfará su importe al tiempo estipulado por el comprador. La nueva ley no ha hecho, pues, mas que aplicar aquella doctrina á esta disposicion y al caso de que se ignore el precio de la venta. Tambien deberá pagar el retrayente los gastos que se hayan originado en la venta y en el otorgamiento de la escritura.

3.º *Que se acompañe alguna justificacion, aun cuando no sea cumplida, del título en que se funda el retracto,* esto es, del derecho del retrayente, á saber, que la finca vendida es de sus padres ó obuelos, y que es pariente del vendedor dentro del cuarto grado, si se tratase del retracto de sangre, ó que la finca que se vende pertenece en comun al retrayente y al vendedor, si del de sociedad, ó que tiene en ella el dominio directo ó el

útil. El objeto de la ley al prescribir esta circunstancia, ha sido evitar que se entorpeciera el cumplimiento y efecto del contrato de venta, inerpóniéndose maliciosamente el retracto por quien no tuviera derecho alguno á ello. No requiere la ley prueba plena desde luego, por lo difícil que sería ofrecerla en el breve término que se concede para la interposicion del retracto, asi es que reserva su complemento para el término probatorio del juicio. Podrán, pues, ofrecerse como medios de prueba, los que hemos dicho constituir semiplena probanza en la seccion 5, tit. 6, lib. 2 de esta obra, mas no creemos que baste la informacion de un solo testigo, porque segun dijimos en el lugar citado, un testimonio aislado carece de fuerza probatoria; *unus testis nullus testis*. Respecto de los documentos, bastará que se désigne que el archivo ó lugar donde se encontraren, sino los tuviere en su poder el retrayente, puesto que el art. 225 de la ley que prescribe se acompañen á la demanda ordinaria los documentos en que se funde, se contenta con aquella designacion.

4.º *Que se contraiga si el retracto es gentilicio, el compromiso de conservar la finca retraida á lo menos dos años, á no ser que alguna desgracia hiciese venir á menos fortuna al retrayente y le obligara á la venta.*

5.º *Que se comprometa el comunero á no vender la participacion del dominio que se retraiga durante cuatro años.*

6.º *Que se contraiga, si el retracto lo intenta el dueño directo ó el útil, el compromiso de no separar ambos dominios durante seis años.*

Esponemos seguidamente estas tres circunstancias por haber tenido la ley un mismo objeto al establecerlas. Tal ha sido el de asegurarse que se verifica el retracto por los motivos que ha tenido en cuenta la ley para concederlo, que en la esencia no son otros que atender con preferencia á un extraño para la adquisicion de la cosa que se vende á aquel que por ser descendiente de la persona á quien pertenecia, ó por poseerla en comun con otro, ó pertenecerle su dominio útil ó directo, tiene un interés mayor de afecto, estimacion ó material en su compra que aquel.

Ademas, esta preferencia coadyuva á estrechar los vínculos de las familias y á evitar la indivision tan contraria á la libre transmision del dominio y al beneficio de la propiedad. Ya anteriormente con igual objeto habia establecido la ley 15, tit. 10, lib. 5, del Fuero real, que el retrayente jurara que queria la cosa para sí y que no la retraia por otro engaño, esto es, para privar de ella al comprador, con el objeto de enagenarla á otra persona que no tuviese el derecho de retraer y á quien quisiera favorecer ó que le ofreciera por ella mayor precio que el que le costaba retrayéndola.

La nueva ley, atendiendo á lo mucho que se ha relajado, desgraciadamente en el dia, el vínculo del juramento, requiere que se contraiga el compromiso enunciado, y que se tome razon de él en el oficio de hi poteca, si se verifica el retracto, segun prescribe el art. 688, para que pueda evitarse toda enagenacion en fraude del primer comprador, que ademas se declara aulla, sino intervino el consentimiento prèvio de este.

Mas la obligacion de no enagenar la finca el retrayente no debia im-

nerse por mas tiempo del necesario para llenar el objeto espresado de la ley, sin producir por otra parte la estancacion de la propiedad tan contraria á los buenos principios económicos. Por esto la ley marcó á esta obligacion un término, y este mayor ó menor, segun que la enagenacion puede ser mas ó menos perjudicial al interés público, por resultar de ella la indivision de bienes comunes ó la separacion de los dominios directo y útil. Asimismo, como por regla general cesa el temor de que se ejecute un acto fraudulentamente cuando existe motivo que impela á ello, exceptúa la ley de la prohibicion de enagenar, dentro de los dos años, la finca retraida por el pariente en el caso de que viniese este á menos fortuna por alguna desgracia y se viese en la necesidad de efectuar la venta. No estiende la ley esta excepcion al comunero y al dueño directo y útil, porque supone que en tal caso podrán vender la parte del dominio que no retraieron, y porque la prohibicion de enagenar que les impone solo alcanza á la venta aislada de la parte retraida, mas no á la que se efectuase de toda finca, ó de los dominios directo y útil á la vez, segun se deduce de referirse aquella prohibicion á la *participacion* del dominio que retraiga, y á no *separar* ambos dominios directo y útil.

El retrayente gentilicio que se viera en la necesidad de enagenar la finca que retrajo acudirá al juez, haciéndoselo presente y ofreciendo la justificacion oportuna; este oirá al comprador, y si se conformase con la enagenacion, librárá mandamiento el juez al contador de hipotecas para que cancele la toma de razon del compromiso de no enagenar otorgado por el retrayente, y quede este en libertad de disponer de su dominio: si aquel se opusiese á la enagenacion, haciéndose contenciosa la cuestion, se entenderá de ella en juicio ordinario.

7.º *Que se acompañe copia de la demanda en papel comun*, disposicion análoga á la del art. 223, núm. 20, del juicio ordinario, y que tiene igual objeto y fundamentos. Dicha copia deberá ir firmada por el procurador para garantizar su fidelidad y exactitud, segun prescribe el art. 223.

Tales son los requisitos especiales que requiere la ley en la demanda sobre interposicion de retracto. Faltando alguno de ellos, el juez la repelerá de oficio, segun lo dispone el art. 226 sobre el juicio ordinario.

988. *Mas el juez habrá por presentada la demanda con los requisitos enunciados, y mandará hacer el depósito de la cantidad consignada, en el establecimiento público destinado al efecto, ó admitirá la fianza bajo su responsabilidad en los casos que proceda*, esto es, cuando se ignore el precio ó la venta fuere al fiado, *reservándose proveer sobre el fondo, presentada que sea la certificacion del acto de conciliacion*, art. 677. Segun este artículo no es necesario presentar con la demanda de retracto la certificacion de haberse intentado el acto conciliatorio para que el juez la admita y tome las medidas que se dirigen á asegurarse de la legalidad y buena fe con que procede el demandante. Igual disposicion se halla consignada en el art. 202 de la ley espuesto en el núm. 232 del lib. 2.º de esta obra.

Mas si como decia dicho artículo 202, hubiese de seguirse pleito, esto

es, con aplicacion al presente caso, viese el juez que es admisible la demanda y que ha lugar á oír al comprador, el cual puede oponerse y seguirse un litigio, se exigirá el acto de conciliacion ó la certificacion de haberse intentado sin efecto; lo que se funda en que en tal caso cesa la causa de la urgencia que dispensó de aquel requisito, y es conveniente intentar amigablemente la avenencia de los interesados. La antigua práctica avanzaba mas sobre este punto, puesto que no exigia el acto conciliatorio hasta que el comprador se oponia al retracto, pero esto ofrecia el inconveniente de que empeñada ya la oposicion se dificultara la avenencia.

La cláusula acerca de que el juez *se reserve proveer sobre el fondo* se refiere, no á la providencia definitiva sobre la cuestion sino al proveido para dar curso al fondo ó á la accion de la demanda, puesto que la admision del depósito y de la fianza se refieren á los requisitos prescritos para que pueda entrarse á entender en aquella, segun se deduce de lo dispuesto por el siguiente art. 678.

989. Presentada por el retrayente certificacion del *acto de conciliacion sin efecto, el juez dará traslado de la demanda al comprador, emplazándolo y entregándosele la copia de ella en la forma prevenida en el juicio ordinario*, esto es, en papel comun, y emplazándole segun prescriben los artículos 228 y siguientes de la ley.

990. *El demandado, dentro de los términos marcados para el juicio ordinario*, esto es, de nueve dias si no propusiere excepciones dilatorias, segun el art. 227 y de seis, si usare de ellas y fueren denegadas, segun el art. 231, *y con sujecion á las penas para él establecidas*, esto es, declarándose contestada la demanda y procediéndose á lo que corresponda, si acusada una rebeldía no contestare, recogiéndose en su consecuencia los autos de oficio, segun previene el art. 32, *contestará la demanda acompañando copia de la contestacion en papel simple*. Esta copia será entregada al demandante, para que se entere de las razones espuestas por el comprador ó demandado artículo 579. Tambien deberá acompañar los documentos en que funde su oposicion bajo la pena de no ser admitidos despues, sino en los casos y forma prescritas en el art. 223.

991. *En la contestacion manifestará el demandado si está conforme con los hechos en que la demanda se haya fundado, ó cuales son los en que no lo estuviere*: art. 680, para ver si es ó no necesario practicarse prueba.

992. *Habiendo absoluta conformidad en los hechos, el juez, como en tal caso es innecesaria la prueba por falta de objeto sobre que recaiga, y con venga evitar dilaciones y gastos que no sean precisos, citará á los interesados ó sus representantes á juicio verbal, y despues de oírlos, sobre los puntos de derecho en que fundan sus pretensiones, pues que en cuanto á los hechos no es necesario por hallarse conformes en ellos, pronunciará sin dilacion la sentencia*: art. 681. De la celebracion del juicio se estenderá el acta correspondiente que firmarán el juez y los interesados segun previene la ley para otros casos análogos.

993. *Si no hubiere conformidad en todos ó parte de los hechos lo que se*

entenderá cuando el demandado alegue otros nuevos opuestos á la pretension del demandante ó contradigere los que este hubiera espuesto, se recibirán los autos á prueba sobre aquellos en que no la hubiere por el menor término posible segun las circunstancias, y se practicará la que las partes propengan, con sujecion á las reglas establecidas para el juicio ordinario: artículo 682, por consiguiente, se admitirán todos los medios probatorios espuesto en la seccion 5.ª tit. 6.º lib. II de este tratado, puesto que son los que la ley ha creído necesarios para la averiguacion de la verdad que puede ofrecer iguales dificultades en este juicio.

994. Concluido el término que se otorgare y sus prórogas, se pondrán las pruebas de manifiesto á las partes por tres dias en la escribanía para que puedan examinarlas por sí ó sus defensores y alegar contra ellas lo que creyeren conveniente en el juicio que ha de celebrarse: art. 685.

995. Pasado este término convocará el juez á las partes á juicio verbal; las oirá ó á sus legítimos representantes ó defensores y al dia siguiente dictará sentencia: art. 684. Se fija al juez tan breve tiempo para la sentencia por la poca dificultad de las cuestiones que se presentan en estos juicios.

996. La sentencia que se pronunciare, bien cuando no se admitió prueba bien en el caso de no haberse admitido, es apelable en ambos efectos, pues nada compete á que se lleve á ejecucion.

997. Interpuesta la apelacion, se remitirán los autos á la audiencia en la forma prevenida para el juicio ordinario, esto es, como previene el artículo 535, sin sustanciacion alguna dentro de segundo dia, citando y emplazando á los procuradores de los litigantes para que comparezcan ante él, en el término de veinte dias segun prescribe en art. 536.

998. En estas apelaciones no se espresarán agravios por escrito para evitar gastos y dilaciones, y porque en este juicio se consideran innecesarios por la sencillez de las cuestiones sobre que versan, entregándose solo los autos para instruccion.

En todo lo demás se acomodarán á las reglas establecidas para las segundas instancias: art. 687.

999. Consentida ó ejecutoriada la sentencia en que se declare haber lugar al retracto, se tomará en la contaduría de hipotecas razon del compromiso de no enagenar la cosa objeto del retracto, que se haya contraído en cualquiera de los casos comprendidos en el art. 674. Se librá al efecto el oportuno mandamiento, exigiendo al contador que conteste quedar cumplido: art. 688. No se procede antes de declararse haber lugar al retracto á practicar estas diligencias por evitar los gastos que ocasionarian y que serian inútiles si desestimaba el retracto, puesto que aquel compromiso no puede principiar á tener efecto hasta que se entregó la finca al retrayente. Tambien mandará el juez que se otorgue la escritura de venta á favor del retrayente por el vendedor ó demandado y entregue á este el precio consignado.

1000. El comprador que haya sido vencido, puede en cualquier tiempo librar al retrayente del gravámen del compromiso: art. 689; pues como este

se requiere para que no se desfraude ó perjudique bajo pretexto de retracto al comprador segun hemos dicho, nada mas natural que autorizar á este para hacer una renuncia de su derecho.

1001. Cuando conviniere el comprador en ello y acudiere al juez participándosele ó pasados los plazos prevenidos en el art. 674, librá el juez despues de hacer ratificar al comprador en su escrito en el primer caso, otro mandamiento al contador de hipotecas para que se cancele la toma de razon del compromiso.

La enagenacion que se hiciere antes del vencimiento de los respectivos plazos, sin la conformidad del comprador, será nula, como efectuada en fraude de la ley: art. 69.

## TITULO VIII.

## De los interdictos.

1002. Las acciones posesorias eran desconocidas en los primeros tiempos de la legislación romana, admitiéndose únicamente la revindicación: tan solo el juez adjudicaba provisionalmente al poseedor el goce del objeto litigioso mientras duraba el pleito, para evitar desavenencias hasta que se juzgase con mas conocimiento de causa sobre la cuestión de propiedad. Mas introducido el sistema formulario, se separó la posesión de la propiedad, y se protegió esta desde luego breve y sumariamente por los llamados interdictos posesorios.

Nuestro derecho adoptó tambien estas últimas disposiciones, permitiendo entablar litigios sobre la posesión, con separación de la propiedad, bien en juicio plenario de posesión, bien por medio de los sumarios llamados interdictos.

1005. Antes de entrar á explicar la naturaleza de estos, es conveniente hacernos cargo de la cuestión que presenta la filosofía del derecho sobre si es ó no conveniente permitir que se separe en el procedimiento la posesión de la propiedad.

Los que opinan por la negativa se fundan, en que con esta separación se recorren los diversos grados de jurisdicción por dos veces, sosteniéndose dos litigios para el mismo objeto en último resultado, con doble pérdida de gastos y de tiempo, al paso que si se dejara desde luego la posesión al que la goza y se litigara sobre lo principal, se reduciría el procedimiento á un solo litigio, evitándose aquellos inconvenientes; y en el caso de que fuera útil tomar algunas medidas conservatorias, bien para impedir que se alterase ó modificase el estado de las cosas, bien para autorizar la continuación de una obra nueva, podría proveerse por medio de disposiciones sencillas y de fácil ejecución por el juez que conociera de la propiedad.

Pero á estas objeciones se ha contestado por los que sostienen la conveniencia de separar la posesión de la propiedad para el procedimiento, diciendo, que esta división relativa á la forma es una consecuencia de la distinción misma de las acciones reales en posesorias y petitorias que pertenece á la esencia y al fondo del derecho. La distinción de la posesión y de la propiedad es un principio del derecho civil, y bajo este respecto, la distinción de dos procedimientos para entablar estas dos clases de acciones, está calcada en el mismo derecho civil. ¿Quiere acaso decirse que esta distinción es una superfluidad y una complicación inútil, y que deben borrarse todos los principios relativos á la posesión, á este derecho, que segun los jurisconsultos ingleses, vale los nueve décimos de la propiedad? No seguramente. Si pues se considera la posesión como un derecho que tiene los

caractéres del *jus in re*, será preciso para la garantía de este derecho, para ponerlo en ejecución, una acción especial, la acción posesoria.

Ademas de la importancia que tiene la posesión en cuanto al fondo del derecho, tiene un efecto inmenso respecto del procedimiento. Ella es la que decide el papel que han de representar las partes en el drama judicial, quién ha de hacer de demandante y quién ha de permanecer en la defensiva, lo que es en extremo importante para el resultado del pleito. Es un principio de procedimiento que la carga de la prueba incumbe al que no posee; así pues, determinar quién debe probar, quién debe abrir el ataque, es pre-juzgar el litigio, cuando ambas partes solo tienen pruebas incompletas de sus alegaciones. Esto explica el interés capital de las acciones posesorias, como preliminares de las acciones petitorias, puesto que tienen por resultado determinar, cuál de las partes deberá cargar con el peso de la prueba en la cuestión de propiedad, si se suscita despues de la posesión. Fácil es pues de comprender que cuando ambas partes se hallan faltas de prueba sobre la propiedad, ha de sucumbir la que no posee, la cual será forzosamente demandante, segun decian los Institutas. *Is qui agit non possidet*; pues que la dispensa de la obligación de probar es uno de los beneficios mas señalados de la posesión. Y de aquí aquel espresivo dicho: *Qui possidet et contendit, Deum tentat et offendit*.

Por estas consideraciones, no se ha pretendido suprimir enteramente las acciones posesorias, sino que se ha propuesto dejar provisionalmente la posesión al que goza de ella, salvo el autorizar ciertas medidas por el juez que conoce de la propiedad. Pero el hecho de dejar la posesión al que goza de ella y de litigar desde luego sobre lo principal, está en oposición con las razones que acabamos de enumerar. *Spoliatus ante omnia restituendus*, decia el derecho canónico, mirando por el interés de la tranquilidad pública y de la seguridad debida á la propiedad. Y en efecto, las acciones posesorias no son útiles solamente para la decisión de los litigios que podrian suscitarse sobre la propiedad, sino que tienen una utilidad verdaderamente política. Para decidir las cuestiones de posesión que hubieran impulsado á los particulares á tomarse la justicia por sí mismos, siendo otras tantas ocasiones de violencias, imaginó el derecho romano los interdictos.

Y en efecto, entre los romanos el interdicto era una especie de edicto que daba el magistrado respecto de dos particulares, *inter duos dictum vel edictum*, á instancia de uno de ellos, para proscribir ó prohibir alguna cosa sobre intereses públicos ó privados y en que era necesaria la intervención del magistrado, para evitar luchas entre las partes, edicto que venia á ser para aquel á cuyo favor se habia espedido, el origen de un derecho verdadero que daba lugar á una acción, y de aquí la etimología de los interdictos de providencias interinas, *interim dicta*. Dictábanse, pues, estas órdenes, no solamente sobre la posesión, sino sobre hechos que reclamaban una medida urgente, y sobre materias colocadas especialmente bajo la protección de la autoridad, v. gr. para la conservación de las cosas de derecho religioso, como los templos, ó las cosas públicas, las comunes ó de universidad, como

la circulacion por los caminos, la navegacion de los rios, bien por merecer esta proteccion particular por la urgencia de resolver sobre las invasiones que se cometieran respecto de ellas, bien como dice M. Boujean, porque no daba sobre las mismas la ley acciones especiales, pues establecidas en favor de todos, no se consideraban como capaces de constituir un derecho propiamente dicho á favor de un particular. Los interdictos relativos á la posesion se distinguian en tres clases; unos que se daban para adquirir la que no se tenia, ni se habia tenido nunca; otros para conservar ó retener lo que se tenia, pero en la que se experimentaba perturbacion, y otros para recobrar aquella que se habia tenido y que se habia perdido por despojo. Al interdicto de retener la posesion se referia el de denuncia de nueva obra, y era el que se intentaba contra aquel que ejecutaba en su propio terreno una obra ó trabajos de que resultaba ó podia resultar un perjuicio al reclamante, y que por consiguiente le turbaba en la posesion de aquello de que gozaba y lo mismo la denuncia de obra vieja.

Nuestro derecho adoptó esta última clase de interdictos posesorios, y aun algunos de los que se referian á las cosas públicas, comunes y de universidad; pero mas adelante, deslindadas las atribuciones de la jurisdiccion administrativa y colocados bajo su proteccion los objetos sobre que versaban, han quedado escludidos de los procedimientos judiciales de la jurisdiccion ordinaria, habiéndose prohibido por diversas disposiciones á esta jurisdiccion admitir interdictos contra las providencias que dicten las autoridades administrativas, aunque afecten á intereses particulares dentro de sus atribuciones, aunque fuesen ilegales, injustas y arbitrarias, pues las reclamaciones contra ellas deben dirigirse al superior gerárquico en la línea de la administracion activa, ó á los tribunales administrativos en su caso. Estas disposiciones y las razones en que se fundan, se han espuesto estensamente en los números 72 y siguientes del lib. 1.º de esta obra.

1004. Esto mismo se halla consignado en la nueva ley de Enjuiciamiento, puesto que segun el art. 691, *los interdictos solo pueden interesarse: 1.º Para adquirir la posesion; 2.º para retenerla; 3.º para recobrarla; 4.º para impedir una nueva obra; 5.º para impedir que una obra vieja cause daño.*

1005. De lo espuesto se deduce, que los *interdictos* por su naturaleza son unas acciones extraordinarias de que se conoce en juicio sumarísimo para decidir sobre la posesion actual ó momentánea, ó que uno tiene ó debe tener en el acto ó momento, ó para evitar algun daño inminente. Asi, pues, aunque los interdictos versan sobre la posesion civil ó de derecho, no sobre la natural ó de hecho, trátase en ellos del mero hecho de la posesion, y no sobre el derecho ó sobre la posesion permanente ó perpétua, que uno tiene ó debe tener, pues esta es objeto de un juicio mas solemne, que por regla general es el civil ordinario. Decimos por regla general, teniendo presentes las nuevas disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil sobre esta materia, segun las cuales se ha introducido y colocado bajo el nombre y epigrafe del interdicto de adquirir, á continuacion del procedimiento rápi-

do y breve por que se conoce del hecho de la posesion momentánea, otro mas estenso para conocer del derecho de la posesion, no habiendo ya lugar á reclamacion alguna, segun dice el art. 701 contra ella, y quedando solo al que se crea perjudicado, la accion de propiedad. De manera, que los interdictos son unos juicios preliminares é interinos de otro juicio mas detenido, en que se conoce del derecho de la posesion, bien sea el adoptado bajo el mismo epigrafe de los interdictos, ó bien el ordinario; asi como el juicio posesorio plenario se considera como un preliminar del juicio petitorio. Esto no obsta, sin embargo, para que pueda acumularse la accion posesoria á la petitoria ó de propiedad, escepto el interdicto de despojo, ó para recobrar la posesion, segun dijimos en el núm. 381, 2.º del libro 2.º de esta obra, por las razones allí espuestas que pueden consultarse.

1006. Nuestra legislacion anterior habia derogado todo fuero en los interdictos de conservar y recobrar la posesion, segun se ve por el art. 44 del reglamento provisional para la administracion de justicia, atribuyendo su conocimiento á la jurisdiccion ordinaria, lo que se fundaba en que tratándose en estos juicios de un hecho y de cuestiones motivadas por hechos que pueden comprometer el órden social, y que el poder real tiene interés en calificar y decidir, la ley quiere que entienda de ellos la jurisdiccion ordinaria, que es la protectora del órden público, cualesquiera que fuesen las personas que intervinieran en la cuestion ó la naturaleza de las cosas sobre que recayera. No se estendia esta derogacion respecto de los interdictos de adquirir, por no tratarse en ellos de reprimir infracciones de ley ó atentados contra el órden, sino de examinar los títulos que producen los interesados y el derecho que respectivamente les asiste: mas la nueva ley de Enjuiciamiento ha hecho estensiva aquella derogacion á toda clase de interdictos, puesto que el art. 692 dispone que *el conocimiento de los interdictos corresponde esclusivamente á la jurisdiccion ordinaria, cualquiera que sea el fuero de los demandantes*: esto se funda en la conveniencia de evitar ó prevenir con la mayor urgencia los daños que amenazan respecto de los interdictos de obra nueva y de obra vieja, y en lo importante que es tambien dar cuanto antes la posesion de los bienes, respecto del interdicto de adquirir; y esto no seria fácil desde que fuese posible la promocion de competencias, ó que hubiera que recurrir á los juzgados especiales, por lo comun distantes del lugar donde está sita la finca de que se trata.

1007. Dentro de la jurisdiccion ordinaria, *son jueces competentes*, segun el art. 695, *en el interdicto de adquirir, el del domicilio del finado ó el del lugar en que radique su testamentaria ó abintestato, ó el en que estén sitos los bienes, á eleccion del demandante.* Esta disposicion en lo relativo al juez del lugar donde radique la testamentaria ó abintestato á que corresponde la cosa cuya posesion se reclama, se refiere al caso en que conoce de la testamentaria la jurisdiccion ordinaria; mas no al en que por ser las testamentarias ó abintestatos de los aforados de guerra deben conocer de ellas los juzgados militares, pues en este caso deberán entender

estas autoridades de los mencionados interdictos de adquirir: V. las reales órdenes de 17 de enero de 1835 y de 19 de abril de 1819, el núm. 464 del lib. 5 de esta obra, y los números 329 y 330 del lib. 4.º de la misma. Por lo demás, al dar la ley competencia para conocer de este interdicto á los jueces de los lugares mencionados, ha tenido presente la naturaleza especial de este interdicto, puesto que es una especie de peticion de herencia en cuanto á la posesion, y que esta accion se considera como mista, segun espusimos en la introduccion á la seccion 2.ª, tit. 1.º del formulario del juicio ordinario; pág. 548. Así, pues, se permite al reclamante acudir al lugar del domicilio del finado, por su cualidad de heredero, al lugar donde se halla sita la cosa, por el carácter de accion real de que goza la suya, y al donde radica la testamentaria, por la atraccion que ejercen estos juicios. En los demás interdictos es juez competente el del lugar en que está la cosa objeto de ellos; porque siendo aquellos en los que mas urge la determinacion judicial, y careciendo de los caractéres que el de adquirir, la ley atiende únicamente al lugar donde es mas fácil resolver con acierto y prontitud la cuestion y reparar los perjuicios causados ó prevenir el daño que amenaza por poder inspeccionar la cosa á que se refiere y haber personas oculares de los hechos sobre que versa.

En los interdictos, no es necesario celebrar el acto de conciliacion segun el art. 201 de la ley, espuesto en el núm. 251, 5.º del libro, 2.º de esta obra.

## SECCION I.

## DEL INTERDICTO DE ADQUIRIR.

1008. El interdicto de adquirir la posesion, *adipiscendæ vel acquirendæ possessionis*, segun decia el derecho romano, es aquel en el que se pide la posesion de una cosa que no es poseida por otro y á que cree tener derecho el reclamante.

Anteriormente, los prácticos dice Febrero, fundándose en la ley 3, título 54, lib. 11 de la Nov. Recop. que establece uno de los dos casos de interdictos de adquirir mencionados por nuestras leyes, consideraban al juicio que se instruye para poner en posesion de la herencia á los hijos nietos ó cualquiera otros parientes con derecho de heredar, como uno de los sumarísimos, porque segun la misma ley dice al final, «las justicias do esto acaesciere, mandamos, que luego informadas de la verdad, pongan en la posesion pacifica de los dichos bienes (de la herencia) despues de la muerte del difunto, á los dichos sus herederos, procediendo en todo sumariamente sin figura de juicio, y hagan ejecucion de la pena con costas y daños y menos cabos que sobre la dicha razon se recrescieren.» Cuya pena era la pérdida del derecho que les perteneciere en aquellos bienes, ó no teniendo tal derecho, la de volverlos con otros tales y tan buenos ó con su estimacion en su defecto. Mas esplicita la ley 2, tit. 24, Part. 6, continúa Febrero, establece el otro caso de interdicto de adquirir, disponiendo que presentando el heredero testamento en

el que haya sido nombrado siendo este legitimo y suficiente, y pidiendo que se le ponga en posesion de los bienes en que consista la herencia, debe accederse á su pretension, no obstante oposicion de un tercero, fundado en que el testamento es falso ó que el testador no podia testar, aunque si deberá oírsele despues, si quisiera probar la escepcion alegada.

Algunos prácticos opinaban con fundamento, que la doctrina de las dos leyes espuestas no significaba que siempre hubieran de ser sumarias las diligencias judiciales que habian de preceder para poner en posesion al heredero, sino que debia distinguirse entre el caso en que se alegase oposicion fundada en vicios del testamento y aquel en que se opusiera mejor derecho á la posesion, porque como en el primero no se disputaba la posesion realmente, ni se alegaba mejor derecho, sino que se le negaba al contrario, habia de ponerse en posesion al que la pedia con reserva de tratar la cuestion principal en juicio ordinario; mas en el segundo, puesto que se oponia el tercero derechamente á la demanda posesoria, era necesario ventilar en juicio el mejor derecho.

Del mismo modo que en el primer caso espresado, se podia decidir sumariamente la cuestion interina de posesion, toda vez que se presentaran dos solicitando esta y pudieran venir perjuicios graves de la tardanza en la decision. En tales circunstancias se oia á ambos contendientes, admitiéndoles sumaria informacion que acreditara el derecho de cada uno de los interesados é identificara sus personas, y con vista de estos el juez determinaba quién era el que habia de entrar en posesion, pero siempre con la cláusula de sin perjuicio de mejor derecho. Esta doctrina tiene lugar cuando el tercero que se oponia no estaba en posesion, porque estándolo y no peligrando la cosa litigiosa, habiendo duda en los derechos alegados, no se hacia novedad, y se ventilaban estos en juicio plenario.

1009. Hemos creido deber esponer la práctica que se seguia con anterioridad á la nueva ley, en el conocimiento del interdicto de adquirir y segun la espone Febrero, para que puedan apreciarse debidamente las innovaciones introducidas por aquella.

1010. La nueva ley divide el procedimiento del interdicto de adquirir en dos periodos. Por el primero se da la posesion al que presenta título por el que parece corresponderle y cuando ningun otro posee como dueño ó usufructuario, sin citar ni oír á los que puedan tener mejor derecho á ella. Su objeto es proveer á lo mucho que importa y urge que obtenga la posesion el que presenta título suficiente para considerarle como heredero presunto, evitándose los inconvenientes de que se halle vacua aquella ó mal administrada por quien tenga interés en esquilmarla, por no esperar permanecer en ella por falta de título. Este periodo es sumarísimo y tiene un carácter provisional y transitorio, sirviendo de preparacion al segundo periodo, que tiene por objeto dar la posesion al que alega ya un derecho ó título cual la ley requiere para que pueda causar estado sobre ella, quedando únicamente á salvo el juicio sobre la propiedad: la tramitacion de este periodo, aunque sumaria, ofrece las solemnidades suficientes para poder examinar, disculir

estas autoridades de los mencionados interdictos de adquirir: V. las reales órdenes de 17 de enero de 1835 y de 19 de abril de 1819, el núm. 464 del lib. 5 de esta obra, y los números 329 y 330 del lib. 4.º de la misma. Por lo demás, al dar la ley competencia para conocer de este interdicto á los jueces de los lugares mencionados, ha tenido presente la naturaleza especial de este interdicto, puesto que es una especie de peticion de herencia en cuanto á la posesion, y que esta accion se considera como mista, segun espusimos en la introduccion á la seccion 2.ª, tit. 1.º del formulario del juicio ordinario; pág. 548. Así, pues, se permite al reclamante acudir al lugar del domicilio del finado, por su cualidad de heredero, al lugar donde se halla sita la cosa, por el carácter de accion real de que goza la suya, y al donde radica la testamentaria, por la atraccion que ejercen estos juicios. En los demás interdictos es juez competente el del lugar en que está la cosa objeto de ellos; porque siendo aquellos en los que mas urge la determinacion judicial, y careciendo de los caractéres que el de adquirir, la ley atiende únicamente al lugar donde es mas fácil resolver con acierto y prontitud la cuestion y reparar los perjuicios causados ó prevenir el daño que amenaza por poder inspeccionar la cosa á que se refiere y haber personas oculares de los hechos sobre que versa.

En los interdictos, no es necesario celebrar el acto de conciliacion segun el art. 201 de la ley, espuesto en el núm. 251, 5.º del libro, 2.º de esta obra.

## SECCION I.

## DEL INTERDICTO DE ADQUIRIR.

1008. El interdicto de adquirir la posesion, *adipiscendæ vel acquirendæ possessionis*, segun decia el derecho romano, es aquel en el que se pide la posesion de una cosa que no es poseida por otro y á que cree tener derecho el reclamante.

Anteriormente, los prácticos dice Febrero, fundándose en la ley 3, título 54, lib. 11 de la Nov. Recop. que establece uno de los dos casos de interdictos de adquirir mencionados por nuestras leyes, consideraban al juicio que se instruye para poner en posesion de la herencia á los hijos nietos ó cualquiera otros parientes con derecho de heredar, como uno de los sumarísimos, porque segun la misma ley dice al final, «las justicias do esto acaesciere, mandamos, que luego informadas de la verdad, pongan en la posesion pacifica de los dichos bienes (de la herencia) despues de la muerte del difunto, á los dichos sus herederos, procediendo en todo sumariamente sin figura de juicio, y hagan ejecucion de la pena con costas y daños y menos cabos que sobre la dicha razon se recrescieren.» Cuya pena era la pérdida del derecho que les perteneciere en aquellos bienes, ó no teniendo tal derecho, la de volverlos con otros tales y tan buenos ó con su estimacion en su defecto. Mas esplicita la ley 2, tit. 24, Part. 6, continúa Febrero, establece el otro caso de interdicto de adquirir, disponiendo que presentando el heredero testamento en

el que haya sido nombrado siendo este legitimo y suficiente, y pidiendo que se le ponga en posesion de los bienes en que consista la herencia, debe accederse á su pretension, no obstante oposicion de un tercero, fundado en que el testamento es falso ó que el testador no podia testar, aunque si deberá oírsele despues, si quisiera probar la escepcion alegada.

Algunos prácticos opinaban con fundamento, que la doctrina de las dos leyes espuestas no significaba que siempre hubieran de ser sumarias las diligencias judiciales que habian de preceder para poner en posesion al heredero, sino que debia distinguirse entre el caso en que se alegase oposicion fundada en vicios del testamento y aquel en que se opusiera mejor derecho á la posesion, porque como en el primero no se disputaba la posesion realmente, ni se alegaba mejor derecho, sino que se le negaba al contrario, habia de ponerse en posesion al que la pedia con reserva de tratar la cuestion principal en juicio ordinario; mas en el segundo, puesto que se oponia el tercero derechamente á la demanda posesoria, era necesario ventilar en juicio el mejor derecho.

Del mismo modo que en el primer caso espresado, se podia decidir sumariamente la cuestion interina de posesion, toda vez que se presentaran dos solicitando esta y pudieran venir perjuicios graves de la tardanza en la decision. En tales circunstancias se oia á ambos contendientes, admitiéndoles sumaria informacion que acreditara el derecho de cada uno de los interesados é identificara sus personas, y con vista de estos el juez determinaba quién era el que habia de entrar en posesion, pero siempre con la cláusula de sin perjuicio de mejor derecho. Esta doctrina tiene lugar cuando el tercero que se oponia no estaba en posesion, porque estándolo y no peligrando la cosa litigiosa, habiendo duda en los derechos alegados, no se hacia novedad, y se ventilaban estos en juicio plenario.

1009. Hemos creido deber esponer la práctica que se seguia con anterioridad á la nueva ley, en el conocimiento del interdicto de adquirir y segun la espone Febrero, para que puedan apreciarse debidamente las innovaciones introducidas por aquella.

1010. La nueva ley divide el procedimiento del interdicto de adquirir en dos periodos. Por el primero se da la posesion al que presenta título por el que parece corresponderle y cuando ningun otro posee como dueño ó usufructuario, sin citar ni oír á los que puedan tener mejor derecho á ella. Su objeto es proveer á lo mucho que importa y urge que obtenga la posesion el que presenta título suficiente para considerarle como heredero presunto, evitándose los inconvenientes de que se halle vacua aquella ó mal administrada por quien tenga interés en esquilmarla, por no esperar permanecer en ella por falta de título. Este periodo es sumarísimo y tiene un carácter provisional y transitorio, sirviendo de preparacion al segundo periodo, que tiene por objeto dar la posesion al que alega ya un derecho ó título cual la ley requiere para que pueda causar estado sobre ella, quedando únicamente á salvo el juicio sobre la propiedad: la tramitacion de este periodo, aunque sumaria, ofrece las solemnidades suficientes para poder examinar, disculir

y decidir la cuestion con prendas de acierto, puesto que en él se cita y oye á los interesados que se presentan, controvertiéndose entre ellos y el primer reclamante el derecho sobre la posesion.

1011. *Para que proceda el interdicto de adquirir son requisitos indispensables; segun el art. 694, los siguientes:*

1.º *La presentacion de título suficiente para adquirir la posesion con arreglo á derecho:* tales son, el testamento en que se instituyó heredero al que reclama la posesion de los bienes de la herencia, y la partida de defuncion del testador, ó si fuere heredero *abintestato*, las partidas que acrediten ser pariente del testador y con derecho á heredarle y haber fallecido aquel intestado, ó la declaracion de heredero *abintestato* hecha judicialmente con arreglo á derecho.

2.º *Que nadie posea á título de dueño ó de usufructuario los bienes cuya posesion se pide.* El que posee á título de dueño, esto es, con un título por su naturaleza traslativo de dominio, como compra, venta, donacion, etc., no puede ser privado de la posesion por medio del interdicto; para ello deberá ser oido en el juicio plenario de posesion, cuyos trámites graves y solemnes permiten á las partes alegar las razones que les asisten en apoyo de su derecho y las pruebas en que se funda, y al juez apreciar debidamente de qué lado está la razon y la justicia. Lo mismo debe decirse respecto del usufructuario, puesto que gana la posesion de la cosa de que se usufructúa, como dice la ley 5, tit. 50, Part. 5; aquellos que han el usufructo de algun heredamiento si fuesen apoderados de él, ganan la posesion, pero en salvo finca su señorío á sus dueños. Mas no es aplicable esta doctrina á los arrendatarios, comodatarios, depositarios ni demás que tienen las cosas en nombre de sus dueños: V. la ley 5, tit. 50, Part. 5. Por eso dice el § 2.º del art. 694 de la ley: *el que los poseyere no puede ser privado de su posesion sin ser oido y vencido en juicio.* Segun el artículo mencionado, deberá acreditar el que interpone el interdicto, que nadie posee los bienes como dueño ó usufructuario, sin que baste, en nuestro concepto, como quieren algunos intérpretes, que lo asegure solamente para dársela posesion, privando de ella al que la tiene por aquellos conceptos, y no quedando á este otro remedio para recobrarla que el oponerse en el término de sesenta dias que marca el art. 701. No debiendo oirse al que detiene los bienes reclamados para dictar el auto en que se otorga la posesion al que propone el interdicto, segun el art. 695, es necesario que este acredite el requisito de que nadie los posee á título de dueño ó de usufructuario: este requisito es esencial, dice uno de los redactores de la ley, el Sr. Gomez de Laserna en sus Motivos, porque de otro modo se despojaría de la posesion al que en ella estaba constituido, sin saberse si su título era mas ó menos fuerte del que en su daño la pretendia. La presuncion que tiene el que posee por solo el hecho de poseer, no puede ser destruida por el que pide en concepto de sucesor de otra persona: todo lo que se le puede conceder es lo que se otorgaría al finado, si viviese; las acciones que le correspondan para que en el juicio competente puede conseguir la reparacion de su derecho violado. Este juicio

no es otro que el ordinario ó plenario de posesion. La tramitacion que señalan los artículos 701 y 702 es para los que saliesen oponiéndose á la posesion dada al reclamante de los bienes que ellos no poseian bajo ningun título ó con ninguno de los mencionados. De esta suerte se evita seguir unos trámites inútiles cuando el juez conoce desde luego que no hay motivos fundados para proceder por el interdicto.

1012. *Inventado el interdicto, el juez examinará el título en que se funde, para ver si es de los que requiere la ley para haber lugar al interdicto, y si se halla otorgado con las solemnidades de derecho para su validez, y sin dar traslado al que se hallase detentando los bienes, dictará auto motivado otorgando la posesion sin perjuicio de tercero, ó denegándola, segun que viere que se han llenado ó no los requisitos del artículo anterior: artículo 991.* Cuando se da la posesion se espresa que es *sin perjuicio de tercero*, porque como ya hemos dicho, el interdicto tiene un carácter de interinidad que no perjudica al que se presentase despues probando mejor derecho para la posesion ó que le pertenece la propiedad de los bienes.

1013. *Del auto en que se deniegue la posesion puede pedirse reposicion dentro de tercero dia, y si el juez no la otorgare, queda espedito el recurso de apelacion: art. 696.*

*La apelacion se admitirá en ambos efectos, remitiéndose en seguida los autos á la Audiencia con citacion solo del que los haya promovido, porque no hay ninguna otra parte ó interesado á quien se haya dado audiencia hasta este periodo.*

Por la misma razon de no haber contrario, no se concede apelacion del auto en que se otorgó la posesion al que la pidió, aun cuando alguno de los bienes á que esta se refiere y estuviera interesado en que no se otorgase, porque aun no ha llegado el periodo del juicio en que se oye la oposicion que se presentare.

Asi que, *pronunciado auto otorgando la posesion, se procederá á darla en cualquiera de los bienes de que se trate, en voz y nombre de los demás por alguacil, á quien se conferirá comision al efecto y ante escribano.*

*Se harán tambien las intimaciones necesarias por el escribano ó ante este, á los inquilinos ó colonos de los demás bienes, ó á los que puedan tener algunos bajo su custodia ó administracion, para que reconozcan al nuevo poseedor, librándose á este objeto los exhortos ú órdenes necesarios: art. 698.* En los autos se pondrá diligencia de haberse efectuado todo esto, debiéndose espresar que se dió la posesion sin contradiccion de nadie, si asi fuere, para que pueda hacerse constar la buena fe del poseedor para los efectos legales.

1014. *Al que haya obtenido la posesion, bien por la sentencia del juez de primera instancia ó por la del tribunal superior, deberá darse, si lo pidiere, testimonio del auto en que se le hubiere mandado dar, y de las diligencias practicadas para su cumplimiento: art. 699; para que pueda acreditar el acto de la posesion, y reclamar los arriendos y demás derechos que emanan de ella ó defenderse en juicio en caso necesario.*

Si se presentaren interponiendo el interdicto varios, acreditando tener igual derecho, como si fueran sucesores en igual grado de los bienes del que murió abintestato, se les mandará dar á todos la posesion *pro indiviso* ó á cada uno la parte en que se conviniere.

Aunque la ley designa solamente el plazo de sesenta dias contado desde la publicacion del auto en que se dió la posesion interina para oponerse á que se ampare en ella á aquel á cuyo favor se dió, parece que si se presentase alguno con título suficiente alegando su derecho á la posesion interina, deberá examinarlo el juez, y si viese que tiene mejor derecho que el primero, darle dicha posesion con preferencia á este, sin perjuicio de oír despues á entrambos por los trámites del art. 701, despues de ver si se presenta algun otro.

Aquí termina el primer periodo del interdicto de adquirir y principia el período segundo.

1015. Ya hemos visto que segun el art. 695, el auto otorgando la posesion en virtud de la solicitud sobre el interdicto, se da sin perjuicio de revocarlo, si se presenta otra persona que alegue mejor derecho que aquel al todo ó parte de la posesion. De apreciar, pues, este derecho, se trata en este segundo periodo.

1016. En su consecuencia, *dada la posesion, el juez dispondrá que el auto en que se haya mandado dar, se publique por edictos, que se fijarán en los sitios acostumbrados del pueblo en que residiere el juzgado, é insertarán en los periódicos de él, si los hubiere, y en el Boletín Oficial de la provincia: art. 700.* Esta disposicion tiene por objeto que llegue á noticia de los que se creyesen con derecho para reclamar la posesion de aquellos bienes, el acto de haberla dado interinamente al que la solicitó con título suficiente. El auto de publicacion debe dictarse de oficio, que su objeto es evitar que se perjudique á los que por hallarse ausentes ignorasen que se ha dado aquella, y puesto que tampoco habrá por lo regular parte contraria al que reclamó el interdicto, que pudiera solicitarlo.

1017. *Pasados sesenta dias desde la fecha en que se hubiere insertado el auto de posesion sin perjuicio en el Boletín Oficial de la provincia, sin que nadie se haya presentado á reclamar, se amparará en la posesion al que la hubiere obtenido, esto es, se confirmará la que se le dió, declarándola bien dada, á instancia suya, y no se admitirá reclamacion contra ella, sobre la posesion por medio de interdicto ni por el juicio plenario de posesion, segun la práctica anterior que se ha reformado por la nueva ley; de manera que esta posesion no se dá ya sin perjuicio, sino que atribuye al que la obtiene el carácter de poseedor en el sentido mas riguroso de esta palabra, y perjudica á los que no se opusieron al amparo dentro de los sesenta dias, porque ya no pueden hacerlo despues, respecto de la posesion. Quedará solo al que se crea perjudicado la accion de propiedad, durante cuyo juicio deberá conservarse en la posesion al que la haya adquirido: artículo 701.* Dicha accion de propiedad se ejercitará en el juicio ordinario petitorio.

Pero segun el art. 702, *si dentro de dicho término de sesenta dias se presentare alguno con escrito y otro título, suficiente como los mencionados al explicar el art. 694, reclamando contra la posesion, se comunicará la solicitud por tres dias al que la haya obtenido. De lo que espusiere este, se dará copia al reclamante; y mandará acto continuo el juez convocarlos á juicio verbal, al cual podrán asistir sus respectivos defensores para alegar sus derechos á poseer: en este juicio podrán presentarse documentos y testigos.* Se ve, pues, que este juicio verbal participa de la naturaleza del escrito en cuanto que antes de celebrarse ha habido un escrito por cada parte, el cual se les comunina para que se enteren de las pretensiones del contrario y puedan preparar las razones y pruebas en que apoyen las suyas. Tambien tiene el carácter de una vista, en cuanto pueden alegar los defensores las razones en que apoyen sus derechos sus defendidos. Debe señalarse para la celebracion del juicio el dia mas próximo posible, por la urgencia del negocio. Es facultativo en los interesados celebrar ó no el acto de conciliacion, segun el art. 201 espuesto en el núm. 251, 5.º del lib. 2.º de esta obra. Si la presentacion de otro interesado fuere antes de terminar los sesenta dias, si bien podrá comunicarse su solicitud al que se hallase poseyendo, no creemos deba celebrarse el juicio verbal hasta que pasen los sesenta dias, ni menos darse sentencia, porque de lo contrario, si se presentase otro, habria que duplicar los juicios y las sentencias, siendo inútil acaso lo alegado y decidido anteriormente.

*Se estenderá la oportuna acta de él, que suscribirán el juez, los interesados, los testigos que hubieren sido examinados, y el escribano, como se hace en los demás juicios verbales, con el objeto de que conste lo practicado en ellos.*

*Los documentos que se presenten se mirarán á los autos, para que consten los fundamentos de las solicitudes de las partes y la justicia del fallo.*

1018. *Concluido el juicio verbal, y dentro del dia siguiente, el juez dictará sentencia, la cual determinará amparar en la posesion al que la haya obtenido, ó darla al reclamante con todas sus consecuencias, esto es, respecto de la parte que le es favorable, con la rendicion de cuentas y entrega de frutos que debe hacer el contrario de lo que hubiere percibido indebidamente, y en cuanto á la parte adversa, estando á los resultados del juicio petitorio que puede promover el vencido en el de posesion, dejando sin efecto la dada anteriormente.*

*En este último caso, si resultare haber procedido dolosamente el que promovió el interdicto, v. gr., si hubiese interpuesto el interdicto, sabiendo que existia otro con mejor derecho que él, ó que poseia á título de dueño ó usufructuario, será condenado en costas y á la indemnizacion de daños y perjuicios: art. 705.* Para que haya lugar á dicha indemnizacion, deberá haberse solicitado por el oponente en su escrito de oposicion, puesto que las sentencias deben ser conformes á lo solicitado por las partes. La fijacion y prueba de los daños y perjuicios se practica despues, en el juicio

verbal á que se refiere el art. 707, y no en el del art. 702, para evitar pérdida de tiempo y gastos, y que se involucren las cuestiones con alegaciones que podrían ser inútiles, si se daba providencia amparando en la posesion al que la obtuvo.

1019. *La sentencia de que habla el artículo anterior 703, bien amparando en la posesion al que la obtuvo, ó dándola al que se opuso á este amparo, es apelable en ambos efectos. Interpuesta la apelacion, se remitirán los autos á la Audiencia con citacion de las partes:* art. 704, como en las demás apelaciones ordinarias.

1020. *Si no se apelare, queda la sentencia consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada sin necesidad de ninguna declaracion, y se procederá á ejecutarla inmediatamente:* art. 705. En su consecuencia, *si se hubiere mandado en ella dar la posesion al reclamante, se le dará sin pérdida de momento en los términos prevenidos en el art. 698:* esto es, en cualquiera de los bienes de que se trate, en voz y nombre de los demás, por alguacil, á quien se conferirá comision al efecto y ante escribano; y haciéndose las intimaciones necesarias á los inquilinos y colonos, ó á los que puedan tener algunos bienes bajo su custodia ó administracion, para que reconozcan al nuevo poseedor, librándose á este objeto los exhortos en órdenes necesarias.

1021. *Si hubiere condena de costas, se hará inmediatamente su tasacion. Si hubiere condena de frutos ó de daños y perjuicios, se fijará su importe en juicio verbal, en el cual con presencia de lo que las partes aleguen y de los documentos que produzcan, determinará el juez lo que deba abonarse.* Aunque la ley parece limitar la prueba á la documental, no creemos que deba entenderse escluida, cuando aquella no pueda practicarse, la de testigos, que es la más propia para esta clase de justificaciones y la más espedita. Así opina uno de los redactores de la ley, el Sr. Gomez de la Serna, en su Tratado académico forense de procedimientos judiciales. *Contra esta declaracion, no se dará ningun recurso, quedando á salvo á las partes su derecho para hacer en juicio ordinario las reclamaciones que les convengan:* art. 707, esto es, para pedir se minore la cantidad á cuyo pago se le ha condenado ó se declare no hallarse obligado á satisfacer cantidad alguna, condenando al contrario á la devolucion de lo que entregó bajo aquel concepto.

1022. A pesar de la reclamacion que se intentare en juicio ordinario sobre la cantidad fijada á título de daños y perjuicios, no deberá suspenderse su pago, sino que por el contrario deberá hacerse efectivo brevemente. Por esto ordena el art. 708, que, *conocido el importe de las costas, de los frutos ó daños y perjuicios, se procederá á hacerlo efectivo de la manera prevenida en el procedimiento de apremio despues del juicio ejecutivo:* art. 708.

## SECCION II.

## DEL INTERDICTO DE RETENER LA POSESION.

1023. El interdicto de retener la posesion es la accion ó juicio sumarísimo que tiene por objeto el amparo y retencion en la posesion que ya tenemos y en que se nos perturba por otro. Tiene tambien por objeto exigir la indemnizacion de daños y perjuicios causados por la perturbacion. Procede este interdicto no solo cuando la perturbacion se verifica por vías de hecho, sino tambien por palabras, pues como espresa Febrero, el que dice que el poseedor tiene la cosa sin derecho, le perjudica considerablemente, puesto que por esta causa se espone á no hallar inquilinos, compradores, etc.

1024. Se concede al que tiene la posesion civil de la cosa, esto es, al que es reputado por derecho civil, dueño de la cosa aunque no lo sea, como al que posee á título de dueño, y tambien al que tiene la posesion natural ó que se funda en el derecho natural, aunque las leyes civiles no la asistan para darle los efectos del dominio, como al usufructuario, pero no al mero detentador, ó que posee la cosa á nombre de otro, como el arrendatario, colono, depositario, comodatario ó predatario, pues estos poseen la cosa á nombre de sus dueños, segun declaran las leyes 5, tit. 30, Part. 3 y 41 y 45 tit. 10 Part. 7. Dichas personas solo pueden cuando mas implorar el noble oficio del juez contra los perturbadores.

1025. Para que la posesion civil ó natural atribuya derecho á este interdicto, es necesario que no sea viciosa, esto es, no tenerla en su adversario por fuerza, á ruegos, ni clandestinamente. Por consiguiente, si el juez conociese estos defectos por la informacion que se da, ó los acreditase el demandado en el juicio verbal que prescribe el art. 714, como que entonces se funda la demanda en un acto vicioso y criminal, lejos de merecer la proteccion de la ley, debe condenarse al demandante á restituir la cosa y á indemnizar los daños y perjuicios, y demás á que hubiere lugar segun los casos, á su dueño. Mas segun dice Febrero, en tal caso, aunque se desestime la demanda, no debe darse la posesion al perturbador, pues su escepcion se dirige á enervar la intencion del actor y no á probar su mejor derecho, además de que la ilegitimidad de la adquisicion del uno no es título que justifique la intrusion del otro. Mas anteriormente, si el demandado por el interdicto de manutencion ó amparo, escepcionaba con el de despojo ú ofrecia contra-informacion, pretendiendo que se le mantuviese y amparase en la posesion por su mejor derecho, se admitian las dos informaciones, y en su vista, se resolvía el mejor derecho para poseer. De aquí el considerarse este interdicto con el carácter de juicio doble, puesto que se entendía por el de dos acciones juntamente, la una para retener la posesion, y la otra para recobrar la pérdida. La práctica antigua creyó deber acumular aquí estos dos juicios para evitar los gastos y dilaciones consiguientes á tener que seguirse por separado, teniéndose que revocar á las veces una sentencia por

verbal á que se refiere el art. 707, y no en el del art. 702, para evitar pérdida de tiempo y gastos, y que se involucren las cuestiones con alegaciones que podrian ser inútiles, si se daba providencia amparando en la posesion al que la obtuvo.

1019. *La sentencia de que habla el artículo anterior 703, bien amparando en la posesion al que la obtuvo, ó dándola al que se opuso á este amparo, es apelable en ambos efectos. Interpuesta la apelacion, se remitirán los autos á la Audiencia con citacion de las partes:* art. 704, como en las demás apelaciones ordinarias.

1020. *Si no se apelare, queda la sentencia consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada sin necesidad de ninguna declaracion, y se procederá á ejecutarla inmediatamente:* art. 705. En su consecuencia, *si se hubiere mandado en ella dar la posesion al reclamante, se le dará sin pérdida de momento en los términos prevenidos en el art. 698:* esto es, en cualquiera de los bienes de que se trate, en voz y nombre de los demás, por alguacil, á quien se conferirá comision al efecto y ante escribano; y haciéndose las intimaciones necesarias á los inquilinos y colonos, ó á los que puedan tener algunos bienes bajo su custodia ó administracion, para que reconozcan al nuevo poseedor, librándose á este objeto los exhortos en órdenes necesarias.

1021. *Si hubiere condena de costas, se hará inmediatamente su tasacion. Si hubiere condena de frutos ó de daños y perjuicios, se fijará su importe en juicio verbal, en el cual con presencia de lo que las partes aleguen y de los documentos que produzcan, determinará el juez lo que deba abonarse.* Aunque la ley parece limitar la prueba á la documental, no creemos que deba entenderse escluida, cuando aquella no pueda practicarse, la de testigos, que es la más propia para esta clase de justificaciones y la más espedita. Asi opina uno de los redactores de la ley, el Sr. Gomez de la Serna, en su Tratado académico forense de procedimientos judiciales. *Contra esta declaracion, no se dará ningun recurso, quedando á salvo á las partes su derecho para hacer en juicio ordinario las reclamaciones que les convengan:* art. 707, esto es, para pedir se minore la cantidad á cuyo pago se le ha condenado ó se declare no hallarse obligado á satisfacer cantidad alguna, condenando al contrario á la devolucion de lo que entregó bajo aquel concepto.

1022. A pesar de la reclamacion que se intentare en juicio ordinario sobre la cantidad fijada á título de daños y perjuicios, no deberá suspenderse su pago, sino que por el contrario deberá hacerse efectivo brevemente. Por esto ordena el art. 708, que, *conocido el importe de las costas, de los frutos ó daños y perjuicios, se procederá á hacerlo efectivo de la manera prevenida en el procedimiento de apremio despues del juicio ejecutivo:* art. 708.

## SECCION II.

## DEL INTERDICTO DE RETENER LA POSESION.

1023. El interdicto de retener la posesion es la accion ó juicio sumarísimo que tiene por objeto el amparo y retencion en la posesion que ya tenemos y en que se nos perturba por otro. Tiene tambien por objeto exigir la indemnizacion de daños y perjuicios causados por la perturbacion. Procede este interdicto no solo cuando la perturbacion se verifica por vías de hecho, sino tambien por palabras, pues como espresa Febrero, el que dice que el poseedor tiene la cosa sin derecho, le perjudica considerablemente, puesto que por esta causa se espone á no hallar inquilinos, compradores, etc.

1024. Se concede al que tiene la posesion civil de la cosa, esto es, al que es reputado por derecho civil, dueño de la cosa aunque no lo sea, como al que posee á título de dueño, y tambien al que tiene la posesion natural ó que se funda en el derecho natural, aunque las leyes civiles no la asistan para darle los efectos del dominio, como al usufructuario, pero no al mero detentador, ó que posee la cosa á nombre de otro, como el arrendatario, colono, depositario, comodatario ó predatario, pues estos poseen la cosa á nombre de sus dueños, segun declaran las leyes 5, tit. 30, Part. 3 y 41 y 45 tit. 10 Part. 7. Dichas personas solo pueden cuando mas implorar el noble oficio del juez contra los perturbadores.

1025. Para que la posesion civil ó natural atribuya derecho á este interdicto, es necesario que no sea viciosa, esto es, no tenerla en su adversario por fuerza, á ruegos, ni clandestinamente. Por consiguiente, si el juez conociese estos defectos por la informacion que se da, ó los acreditase el demandado en el juicio verbal que prescribe el art. 714, como que entonces se funda la demanda en un acto vicioso y criminal, lejos de merecer la proteccion de la ley, debe condenarse al demandante á restituir la cosa y á indemnizar los daños y perjuicios, y demás á que hubiere lugar segun los casos, á su dueño. Mas segun dice Febrero, en tal caso, aunque se desestime la demanda, no debe darse la posesion al perturbador, pues su escepcion se dirige á enervar la intencion del actor y no á probar su mejor derecho, además de que la ilegitimidad de la adquisicion del uno no es título que justifique la intrusion del otro. Mas anteriormente, si el demandado por el interdicto de manutencion ó amparo, escepcionaba con el de despojo ú ofrecia contra-informacion, pretendiendo que se le mantuviese y amparase en la posesion por su mejor derecho, se admitian las dos informaciones, y en su vista, se resolvía el mejor derecho para poseer. De aquí el considerarse este interdicto con el carácter de juicio doble, puesto que se entendia por el de dos acciones juntamente, la una para retener la posesion, y la otra para recobrar la pérdida. La práctica antigua creyó deber acumular aquí estos dos juicios para evitar los gastos y dilaciones consiguientes á tener que seguirse por separado, teniéndose que revocar á las veces una sentencia por

otra. Sin embargo, la ley moderna en su art. 716 parece rechazar esta práctica y querer que el demandado interponga con separacion el interdicto de despojo en caso de que hubiese interpuesto anteriormente el de retener el despojador; cosa que ocasionara los inconvenientes que trató de evitar la práctica antigua.

1026. Dase dicho interdicto no solo contra los que tratan de ocupar la cosa como meros detentadores, sino tambien contra los que pretenden que les pertenece la posesion á título de mejor derecho. Asi es que en los juicios petitorios, se interponia en la antigua práctica, segun dice Febrero, muchas veces cuando los dos contendientes pretendian pertenecerles la posesion de la cosa, objeto del litigio, y que se les amparase en ella, y mientras tanto que se decidia sobre el amparo interino, se suspendia el juicio principal. Sin embargo, en este caso parece mas natural decidir la cuestion como un incidente de los trámites del mismo, puesto que ambos contendientes poseen, y lo mismo seria si ninguno poseyera y tambien cuando la perturbacion fuese por actos judiciales, porque, como dice un intérprete de la ley, el ejercicio de las acciones contra la autoridad judicial (como tal) no puede considerarse nunca como acto de perturbacion ó inquietamiento en la posesion legitimamente adquirida.

Epuestas las doctrinas anteriores de la antigua jurisprudencia sobre los interdictos aplicables á las prescripciones de la nueva ley, vamos á hacernos cargo de estas.

1027. *El interdicto de retener la posesion solo tiene lugar cuando ha habido conatos manifestados por algun acto exterior de turbar ó inquietar en ella al que la tuviere:* bien se manifestasen por medio de hechos ó de palabras, segun ya hemos indicado: art. 709.

1028. En su consecuencia, para que pueda apreciar el juez si há lugar á admitir esta accion.

*El que intente el interdicto de retener la posesion, al formular su demanda, ofrecerá informacion para acreditar:*

1.º *Que se halla en posesion actual aunque no fuese la de año y dia, y que esta posesion no es viciosa.*

2.º *Que se le ha tratado de inquietar en ella, espresando el acto que lo haya hecho temer,* para que el juez pueda apreciar si es de naturaleza tal, que amenace la posesion ó perjudique en ella al reclamante, pues pudiera suceder que la imaginacion acalorada de este le diera una importancia exagerada: art. 710. Nada dice la ley sobre que se espresé el nombre del perturbador, porque supone que para referir el acto de perturbacion ha tenido que nombrarse á este. En dicha demanda debe pedirse, que justificados los dos extremos de posesion y perturbacion, se condene al adversario á que no vuelva á molestar ni perturbar, y á la condenacion de daños y perjuicios.

1029. Antes se daba traslado de esta demanda al perturbador, mas hoy, admitida la demanda, el juez mandará recibir y recibirá la informacion ofrecida, de testigos, para ver si resultan ciertos los dos extremos alegados necesarios para proceder al interdicto: art. 711.

1030. *Si dada la informacion no resultaren acreditados los dos extremos referidos, declarará el juez no haber lugar al interdicto,* puesto que faltan las bases en que se funda; todo ello sin oír á la parte contraria: art. 712.

1031. *Esta providencia es apelable en ambos efectos. Interpuesto en tiempo el recurso, se remitirán los autos al tribunal, con citacion solo del que haya promovido el interdicto,* puesto que no se ha oído aun al contrario: art. 713.

1032. *Si de la informacion resultaren comprobados los dos extremos espresados en el art. 710,* esto es, de hallarse en posesion el demandante y de haber tratado de inquietarle en ella, *el juez convocará á juicio verbal al que haya entablado el interdicto y al que resulte haber intentado inquietarlo en la posesion;* lo que se verificará en un término breve, aunque no acto continuo, como dice el art. 702, respecto del juicio verbal para el interdicto de adquirir, atendiendo á que en el de retener no se ha oído al demandado como en aquel, y debe dársele el tiempo preciso para procurarse los documentos y demás pruebas necesarias para su defensa, con el objeto de que pueda enterarse de las alegaciones del actor, se pondrán de manifiesto los autos en la escribanía.

1033. *En el juicio verbal oír el juez á los interesados, y admitirá las pruebas que adujeren. De este juicio se estenderá un acta en que con claridad y precision se consignarán lo alegado por las partes, las pruebas aducidas y las manifestaciones de los testigos. Todos los presentes, incluso los testigos, firmarán el acta, y se unirán provisionalmente á los autos los documentos que se hayan producido:* art. 713. Se unen los documentos provisionalmente porque han de entregarse despues á las partes que lo solicitaren.

1034. *Solo son admisibles en este juicio las pruebas que tengan por objeto acreditar la posesion ó no posesion del que haya promovido el interdicto, y la verdad ó falsedad de los actos del demandado, que hayan podido revelar su propósito de inquietarlo en ella. Cualesquiera otras pruebas son inadmisibles, y si se adujeren no deberán ser tomadas en consideracion, sin perjuicio del derecho del que las haya traído, que podrá ejercitar en el juicio correspondiente:* art. 716. Las disposiciones de este artículo parecen dirigirse á prohibir la admision al demandado de la escepcion ó prueba de haber sido despojado anteriormente por el demandante, que se verificaba por la antigua práctica, segun dijimos en el número 1023; lo que tiene los inconvenientes que allí mencionamos. En las pruebas para acreditar la posesion se comprenden las que acreditan que esta fue ó no adquirida por fuerza, á ruegos ó clandestinamente. Cuando la posesion es civil, no se puede justificar la interrupcion en ella, esto es, la posesion en el acto de demandarla, por lo que bastará justificar la tenencia antigua y que el demandado no es poseedor, segun Febrero.

1035. *Concluido el juicio verbal, el juez dentro de las veinte y cuatro horas siguientes dictará sentencia, la cual deberá limitarse á una de las dos declaraciones siguientes: 1.º No haber lugar al interdicto. 2.º Haber lugar*

al interdicto y á mantener en la posesion al que lo haya solicitado, mandando hacer las consiguientes intimaciones al que resulte haberse propuesto turbarla: art. 717. Estas disposicion confirma lo espuesto sobre que no se admite en el dia en este interdicto la escepcion ó prueba del despojo al demandado. Cuando el actor acredite los extremos en que se apoya el interdicto entablado, dice Febrero, se le ha de declarar poseedor mandando se haga saber al reo que no le moleste ni perturbe en la posesion, conminándole al mismo tiempo con la multa que el juez estime proporcionada, y ademas se le condena en los daños y perjuicios, si los actos de intrusion fueren procedentes de dolo.

1036. Si la sentencia fuere otorgando el interdicto, se condenará en costas al demandado, en pena de haber atentado á la posesion agena.

Si fuere denegándolo, al actor, porque nada mas justo que pague los gastos judiciales el que los ocasionó con su malicia, exigencias ó cavilidades, art. 718.

1037. Segun la opinion de algunos autores, en el caso de probar que el demandante no posee al tiempo de la contestacion, ya que no se le pueda declarar poseedor, ni condenar al reo á que en lo sucesivo no le inquiete ni moleste en el goce ni aprovechamiento de la cosa litigiosa, al menos se le podrá hacer responsable de los daños y perjuicios que le causó por los actos de perturbacion; mas esta opinion carece de fundamento sólido, porque quien no tiene accion para pedir lo principal no cabe en el orden legal que la tenga para reclamar lo accesorio.

1038. Cualquiera que sea la sentencia, esto es, otorgando ó denegando el interdicto, se agregará siempre la fórmula sin perjuicio, y se reservará á los que por ella fueren condenados el ejercicio de la demanda de propiedad que pueda corresponderles con arreglo á derecho: art. 719. Dedúcese de este artículo que promovido el interdicto de retener no puede ya entablarse la accion posesoria en juicio plenario? La generalidad de los intérpretes opina por la afirmativa. No obstante, determinando la ley espresamente en la última cláusula de este artículo que se reserve á las partes el ejercicio de derecho de propiedad, la cláusula sin perjuicio, que debe contener segun el mismo artículo la sentencia, tiene que referirse al juicio plenario de posesion, pues si se refiriera al de propiedad, seria redundante. Algunos autores, sin embargo, refieren la cláusula sin perjuicio á los derechos que pueda tener un tercero respecto á la posesion. Pero ademas, puede fundarse la opinion sobre que há lugar al juicio plenario de posesion aun despues del interdicto, si se atiende á que el procedimiento de este no contiene mas que un período en que se conoce tan solamente del hecho de la posesion y de la perturbacion, mas no período alguno en que se controvierta y decida sobre el derecho que tengan en ella las partes, como sucede en el procedimiento del interdicto de adquirir. Así, pues, no creemos que la providencia judicial que aquí se dicta solo sobre el hecho de la posesion y con el carácter de interina, perjudique al vencido para entablar su demanda posesoria plenaria en juicio ordinario.

1039. Las sentencias declarando haber ó no lugar al interdicto son apelables en ambos efectos: art. 720. Esta disposicion es contraria á lo prescrito en el art. 49 del Reglamento Provisional, que solo concedia la apelacion de la sentencia pronunciada sobre interdictos, en el efecto devolutivo, mas no en el suspensivo, lo que era en nuestro concepto mas conforme á justicia y á la naturaleza de los interdictos con aplicacion al caso en que la sentencia hubiera sido favorable al actor. La generalidad de los intérpretes, sin embargo, defienden como justo lo dispuesto por la nueva ley, fundándose en que, bien se declare ó no el amparo en la posesion, nada se innova, ni se hace alteracion alguna respecto al que posee, ni en su consecuencia puede causarse perjuicio á los particulares ni al orden público con que se suspenda la ejecucion de dichas sentencias. Pero en nuestro concepto carecen de exactitud estas consideraciones, porque siendo el objeto y los efectos de la sentencia favorable al actor, evitar que se le perturbe en la posesion, que insista el demandado en los actos perturbatorios, admitir la apelacion en ambos efectos, esto es, en el devolutivo y en el suspensivo, es declarar que no produce la sentencia del inferior efecto alguno, y en su consecuencia, parece que se deja en libertad al demandado para continuar en sus actos perturbadores; y esto no hay duda que puede originar graves conflictos entre el que intenta despojar y el que recela ser despojado con alarma y daño de los particulares y del orden público.

1040. Interpuesta la apelacion, se remitirán los autos á la audiencia, con citacion de las partes: § 2.º del art. 720. Pero si no se apelare, la sentencia queda consentida y pasada de derecho en autoridad de cosa juzgada, sin necesidad de ninguna declaracion, ni de instancia de parte, procediéndose en la segunda á su ejecucion y cumplimiento: art. 721. Se procederá, pues, á la tasacion de costas en la forma que previenen los art. 78 y siguientes de la ley, pero con la brevedad y simplificacion en las diligencias que requiere la naturaleza sumarísima de este juicio, y tasadas las costas, se procederá por apremio, esto es, por la vía de apremio del juicio ejecutivo, á hacer efectivo su importe: art. 722.

1041. A las partes que lo solicitaren se les devolverán los documentos que hayan presentado, quedando en autos nota bastante, espresiva de los otorgantes, de su objeto, de su fecha, y si fueren públicos, del registro en que se hallen archivados: art. 725. Dicha nota debe autorizarse por el escribano. El objeto de esta disposicion es que consten en los autos los fundamentos en que apoyaron sus pretensiones los litigantes y de los lugares en que se encuentran, sin privar de ellos á las partes que pueden necesitarlos para el uso de sus derechos.

1042. Hemos reservado para esponer al final de este juicio dos cuestiones de importancia que se debaten entre los autores.

1043. La primera versa sobre si cuando ha sido absuelto el reo en juicio de retener, podrá entablar otra vez el actor el interdicto, si fuera nuevamente perturbado por aquel. En la divergencia de opiniones que se presentan, dice Febrero, parece la mas fundada la de que si la absolucion fue

efecto de no haber probado el actor la posesion, no podrá hacer uso del interdicho, salvo si acreditase que la habia adquirido con posterioridad á la sentencia absolutoria, por la sencilla razon de que el que no es poseedor, no puede pedir el amparo en un derecho que no tiene; pero si la sentencia fue perjudicial al actor en razon á que no acreditó los actos de perturbacion, podrá pedir, cuando esta exista, posteriormente á la sentencia, porque como la absolucion no fue procedente de que no tenia derecho para pedir, sino de que entonces no habia términos hábiles, cuando quiera que estos existan, hay motivo para reclamar.

1044. La segunda cuestion versa sobre las reglas á que deberá atender el juez para dictar su sentencia, cuando se entable el interdicho de poseer por dos ó mas personas, las unas con las otras, cuestion que se refiere al caso en que haya que decidirse sobre el derecho de posesion mas bien que sobre el hecho de esta.

Segun dice Febrero, para ello es preciso examinar con mucha reflexion y detenimiento los títulos de los unos y los otros, y las pruebas de hecho que presenten.

Si se presentasen dos en juicio, considerándose uno y otro dueños de una misma cosa, pretendiendo ambos que se les ampare en el derecho de poseer, habrán de seguirse las reglas siguientes para la decision.

1.<sup>a</sup> Si el uno de ellos prueba la posesion y el otro no, la sentencia mantendrá á aquel en ella.

2.<sup>a</sup> Si ambos la tienen, pero el uno prueba mejor, ó bien por el número de testigos, porque estos merezcan mas crédito por su condicion ó calidad, se le declarará á este poseedor, y se le amparará.

3.<sup>a</sup> Si uno y otro probasen igualmente, se mantendrá en la posesion al que la acredite mas antigua; puesto que la mas moderna no merece tanto crédito.

4.<sup>a</sup> Si las pruebas fuesen iguales por su calidad, y se refieren á posesiones de un mismo tiempo, se debe amparar al que tenga mejor derecho, por razon de los títulos que presenten.

Dalloz en su Repertorio de jurisprudencia propone esta cuestion y la decide en los siguientes términos. ¿Qué deberá decidirse cuando las dos partes hacen igualmente prueba de su posesion? Esta cuestion es muy delicada y ha dado lugar, como vamos á ver, á diversas soluciones.

Algunos autores han opinado que no probando el demandante su posesion, debia desecharse su accion. Pero esta seria una aplicacion falsa de la regla *actore non probante, reus absolvitur*, porque no solo se libraría al demandado de una demanda no justificada sino que se le atribuiría toda, ventaja de una posesion que se supone no obstante pertenecer á su adversario. De aqui resultaria que se favorecería á la parte que apoderándose por vias de hecho del terreno cuyo goce era comun hasta entonces (por ejemplo cerrándolo obligase con esto á la otra parte á presentarse como demandante. No es, pues, admisible una opinion cuya consecuencia seria alentar á las partes á hacerse justicia por sí mismas.

Otro sistema consiste en decir, que cuando es constante que las partes han tenido una posesion simultánea y cuando la paridad de actos de goce por ellas ejercido no permite considerarlas como habiendo poseido cada una *sub diverso respectu*, y en su consecuencia como pudiendo ser mantenidas una y otra en posesiones respectivas, por ejemplo, aquella en el goce del suelo y esta en el de los árboles que crecen en él, es necesario mantener á ambas á un mismo tiempo, declarar la igualdad de las posesiones y no sacrificar arbitrariamente una á otra, considerar á las partes como poseyendo *pro indiviso* el mismo inmueble, y decir, en fin, *uti possidetis ita possideatis*. Esta solucion conforme á la ley 5 *uti possidetis* D. nos parece la única conciliable con el espíritu de la legislacion actual. Desde que dos personas poseen *ex æquo*, la justicia quiere que se presuma son propietarias *pro indiviso*. Sin razon se objetaria, que manteniendo á entrambas en la posesion se deja realmente indecisa la cuestion posesoria; una cosa es abstenerse, como hace el juez en el sistema precedente de establecer sobre la posesion de una manera definitiva á razon de las dificultades que presenta el pleito, otra declarar por el contrario, que pertenece á la vez á entrambas partes. Asi el juez puede en este caso mandar que se destruyan los obstáculos que opone el demandado á la continuacion del goce comun. V. Dalloz *Repertoire: action possessoire*, sect. 10, art. 2, núm. 684 y sig.

Cuando ninguno de los dos prueban los actos caracterizados de goce de posesion, el juez debe desechar la accion del demandante á consecuencia de la máxima: *actore non probante reus absolvitur*.

## SECCION III.

## DEL INTERDICHITO DE RECOPRAR LA POSESION.

1045. El interdicho de recobrar la posesion es un juicio sumarísimo que tiene por objeto reintegrar y reponer inmediatamente en la posesion ó tenencia de una cosa al que gozaba de ella, y de que otro le ha despojado violenta ó clandestinamente por su propia autoridad.

Este interdicho se funda en el principio de eterna razon de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo sino recurriendo á las autoridades judiciales instituidas para administrarla á cada uno. Su objeto es evitar las luchas y vias de hecho á que recurriria el despojado para recobrar su posesion, sino tuviera un medio legal y expedito para ello. Introdújose, pues, principalmente contra los que se apoderaban de una cosa creyendo pertenecerles, si bien se aplicó asimismo á los que no se creian con derecho á ella, con el fin de evitar que gozaran por tiempo alguno indebidamente de su atentado, sin perjuicio de las acciones penales que daba la ley contra ellos.

1046. Asi que, el derecho romano concedió el interdicho *unde vi* (nombre que tomó de las primeras palabras de su fórmula *unde tu illum dejicis-*

efecto de no haber probado el actor la posesion, no podrá hacer uso del interdicho, salvo si acreditase que la habia adquirido con posterioridad á la sentencia absolutoria, por la sencilla razon de que el que no es poseedor, no puede pedir el amparo en un derecho que no tiene; pero si la sentencia fue perjudicial al actor en razon á que no acreditó los actos de perturbacion, podrá pedir, cuando esta exista, posteriormente á la sentencia, porque como la absolucion no fue procedente de que no tenia derecho para pedir, sino de que entonces no habia términos hábiles, cuando quiera que estos existan, hay motivo para reclamar.

1044. La segunda cuestion versa sobre las reglas á que deberá atender el juez para dictar su sentencia, cuando se entable el interdicho de poseer por dos ó mas personas, las unas con las otras, cuestion que se refiere al caso en que haya que decidirse sobre el derecho de posesion mas bien que sobre el hecho de esta.

Segun dice Febrero, para ello es preciso examinar con mucha reflexion y detenimiento los títulos de los unos y los otros, y las pruebas de hecho que presenten.

Si se presentasen dos en juicio, considerándose uno y otro dueños de una misma cosa, pretendiendo ambos que se les ampare en el derecho de poseer, habrán de seguirse las reglas siguientes para la decision.

1.<sup>a</sup> Si el uno de ellos prueba la posesion y el otro no, la sentencia mantendrá á aquel en ella.

2.<sup>a</sup> Si ambos la tienen, pero el uno prueba mejor, ó bien por el número de testigos, porque estos merezcan mas crédito por su condicion ó calidad, se le declarará á este poseedor, y se le amparará.

3.<sup>a</sup> Si uno y otro probasen igualmente, se mantendrá en la posesion al que la acredite mas antigua; puesto que la mas moderna no merece tanto crédito.

4.<sup>a</sup> Si las pruebas fuesen iguales por su calidad, y se refieren á posesiones de un mismo tiempo, se debe amparar al que tenga mejor derecho, por razon de los títulos que presenten.

Dalloz en su Repertorio de jurisprudencia propone esta cuestion y la decide en los siguientes términos. ¿Qué deberá decidirse cuando las dos partes hacen igualmente prueba de su posesion? Esta cuestion es muy delicada y ha dado lugar, como vamos á ver, á diversas soluciones.

Algunos autores han opinado que no probando el demandante su posesion, debía desecharse su accion. Pero esta seria una aplicacion falsa de la regla *actore non probante, reus absolvitur*, porque no solo se libraría al demandado de una demanda no justificada sino que se le atribuiría toda, ventaja de una posesion que se supone no obstante pertenecer á su adversario. De aqui resultaria que se favoreceria á la parte que apoderándose por vias de hecho del terreno cuyo goce era comun hasta entonces (por ejemplo cerrándolo obligase con esto á la otra parte á presentarse como demandante. No es, pues, admisible una opinion cuya consecuencia seria alentar á las partes á hacerse justicia por sí mismas.

Otro sistema consiste en decir, que cuando es constante que las partes han tenido una posesion simultánea y cuando la paridad de actos de goce por ellas ejercido no permite considerarlas como habiendo poseido cada una *sub diverso respectu*, y en su consecuencia como pudiendo ser mantenidas una y otra en posesiones respectivas, por ejemplo, aquella en el goce del suelo y esta en el de los árboles que crecen en él, es necesario mantener á ambas á un mismo tiempo, declarar la igualdad de las posesiones y no sacrificar arbitrariamente una á otra, considerar á las partes como poseyendo *pro indiviso* el mismo inmueble, y decir, en fin, *uti possidetis ita possideatis*. Esta solucion conforme á la ley 5 *uti possidetis* D. nos parece la única conciliable con el espíritu de la legislacion actual. Desde que dos personas poseen *ex æquo*, la justicia quiere que se presuma son propietarias *pro indiviso*. Sin razon se objetaria, que manteniendo á entrambas en la posesion se deja realmente indecisa la cuestion posesoria; una cosa es abstenerse, como hace el juez en el sistema precedente de establecer sobre la posesion de una manera definitiva á razon de las dificultades que presenta el pleito, otra declarar por el contrario, que pertenece á la vez á entrambas partes. Asi el juez puede en este caso mandar que se destruyan los obstáculos que opone el demandado á la continuacion del goce comun. V. Dalloz *Repertoire: action possessoire*, sect. 10, art. 2, núm. 684 y sig.

Cuando ninguno de los dos prueban los actos caracterizados de goce de posesion, el juez debe desechar la accion del demandante á consecuencia de la máxima: *actore non probante reus absolvitur*.

## SECCION III.

## DEL INTERDICHITO DE RECOPRAR LA POSESION.

1045. El interdicho de recobrar la posesion es un juicio sumarísimo que tiene por objeto reintegrar y reponer inmediatamente en la posesion ó tenencia de una cosa al que gozaba de ella, y de que otro le ha despojado violenta ó clandestinamente por su propia autoridad.

Este interdicho se funda en el principio de eterna razon de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo sino recurriendo á las autoridades judiciales instituidas para administrarla á cada uno. Su objeto es evitar las luchas y vias de hecho á que recurriria el despojado para recobrar su posesion, sino tuviera un medio legal y espedito para ello. Introdújose, pues, principalmente contra los que se apoderaban de una cosa creyendo pertenecerles, si bien se aplicó asimismo á los que no se creian con derecho á ella, con el fin de evitar que gozaran por tiempo alguno indebidamente de su atentado, sin perjuicio de las acciones penales que daba la ley contra ellos.

1046. Asi que, el derecho romano concedió el interdicho *unde vi* (nombre que tomó de las primeras palabras de su fórmula *unde tu illum dejicis-*

ti; l. 1, Dig. de *vi et vi armata*) al despojado de una cosa inmueble contra el despojante, aunque aquel la hubiese adquirido violenta, clandestina ó precariamente del que le despojó; al paso que las constituciones de Valentiniano, Teodosio y Arcadio establecieron que el que emplease violencia para apoderarse de una cosa mueble ó inmueble perdiera su propiedad si le pertenecía, y de no pertenecerle, restituyese la cosa y abonase su estimación, además de quedar sujeto á las acusaciones públicas y penas marcadas por la ley Julia de *vi publica*. No se concedía, pues, el interdicto por el despojo de bienes muebles por creerse suficiente reprimido con las acciones de hurto y robo y *ad exhibendum*.

1047. El derecho canónico en su anhelo por dar la mayor estension posible á los medios y procedimientos mas suaves y pacíficos para conseguir la reparacion del perjuicio causado, adoptó el interdicto *unde vi* con el nombre de *interdicto de despojo*, concediéndolo aun para el recobro de las cosas muebles y derechos, y contra cualquiera que las detentase, aunque no fuera el mismo despojante, y prescribiendo que no se admitiera escepcion alguna al demandado, sino que se reintegrara inmediatamente al despojado en la posesion ó tenencia de aquello de que se le despojó; siendo desde entonces máxima en el foro, *spoliatus ante omnia restituendus*: véase la decretal de Inocencio III de 1216, *can. 5, causa 5, quest. 1 y cap. 18 de rest. spol.*

Este interdicto como mas ventajoso que el de *unde vi*, se adoptó en nuestras antiguas leyes y prevaleció en la práctica (V. las leyes 2, tit. 1.º libro 8 del Fuero Juzgo, 1 tit. 4, lib. 4 del Fuero Real y 50, tit. 2, Partida 5), al paso que se consignaron tambien las disposiciones de las constituciones imperiales romanas en las leyes 5, tit. 7, lib. 5 del Fuero Juzgo, 4, tit. 4, lib. 4 del Fuero Real, 10, tit. 10, Part. 7 y la 1, tit. 54, lib. 11 de la Nov. Recop. Las leyes modernas han consignado tambien disposiciones análogas. Asi el Código penal de 1848 castiga con varias penas el acto de ocupar una cosa mueble ó inmueble, ó de usurpar derechos reales de agena pertenencia, bien sea con ánimo de ganar su posesion ó su propiedad, bien con el de hacerse pago con ella, bien el acto se ejecute con ó sin violencia. V. los artículos 440 al 442, el 421, 437. Y por último, la nueva ley de Enjuiciamiento civil, en su art. 724 y siguientes establece el interdicto de recobrar, adoptando las disposiciones del derecho romano y del canónico mas convenientes, y conciliándolas y supliéndolas con otras nuevas que reclamaba la esperiencia. Asi, pues, cuando la cosa cuya posesion ó propiedad se ocupa ó usurpa es de agena pertenencia, además del interdicto de despojo ó de la accion civil posesoria ó de dominio para demandarlas en los juicios civiles correspondientes, podrá el que fue privado de ellas perseguir al despojante en juicio criminal por medio de las acciones penales que da el derecho, y aun el mismo juez, cuando por el procedimiento civil viese que aparecia delito público, deberá proceder de oficio contra el delincuente. Mas segun se ve por lo espuesto, no siempre que hay lugar al juicio civil de despojo ó posesorio ó petitorio, lo hay al juicio criminal; para

esto es necesario que se usurpe ó ocupe la posesion ó propiedad de otro de mala fé, sabiendo que es agena: es necesario el ánimo de defraudar, la mala intencion que ha de concurrir en todo acto para que se considere ilícito y criminal. El interdicto de despojo, dice Mr. Dalloz en su Repertorio, palabra accion posesoria, es un remedio contra una multitud de vías de hecho que quedan fuera de la represion de la ley penal y de cuyos resultados seria deplorable se aprovecharan sus autores

1048. El despojo, dice Febrero conforme con Gomez á la ley 49 de Toro y otros autores, puede estar acompañado de injuria real, en cuyo caso es permitido al despojado repeler *incontinenti* al despojador; porque como se conserva todavia la posesion, tanto de derecho como de hecho, sin que pueda calificarse de violencia real, podrá repelerse la fuerza con la fuerza. Pero si se hubiera dejado pasar algun tiempo, ya no se tolera la repulsion, porque si fuese admisible, la proteccion que se dispensaba al despojado, se convertiria en una arma de desórden. Sin duda, dice Belime, puede todo poseedor rechazar la fuerza con la fuerza, con tal que sea sin desamparar la posesion; pero si se ha retirado ante su adversario, si ha dejado á este establecerse en la cosa, no tiene derecho para despojarle de ella, escusándose con que se habia empleado un medio semejante contra él: el órden público no permite estas pretendidas compensaciones de delitos.

La calificacion de si la repulsion fue ó no *incontinenti*, corresponde al juez, quien con vista de los antecedentes decidirá si hubo uno ó dos despojos.

La accion de despojo puede usarse por término de un año útil; pero la escepcion dura veinte años para oponerse á las acciones reales, y treinta para las personales.

1049. Este interdicto se da no solamente al que se halla en la posesion de la cosa de que se le despojó, como el propietario, sino aun al que se halla en la tenencia ó mera ocupacion de la misma que no constituye la posesion legal, como los depositarios comodatarios ó prendarios, y en su consecuencia aunque no sea señor de la cosa, y asimismo, aun cuando la posesion ó tenencia fuere viciosa, esto es, se hubiese adquirido *vi, clam, vel precario*, ó por fuerza, clandestinamente ó por encargo del dueño, como, la de los colonos ó inquilinos del despojado. Esto se funda en que en este interdicto se trata de reponer las cosas al estado que tenian antes del despojo, para que no tengan efecto alguno los actos violentos ó clandestinidad del despojante, en castigo de su exceso y sin prejuzgarse sobre el mejor derecho de los contendientes respecto de la posesion de la cosa, el cual les queda á salvo para alegarlo despues en el juicio correspondiente. Dáse tambien á los herederos por el despojo hecho á su antecesor ó *causante* que se hallaba en la posesion ó tenencia de la cosa, como dice el art. 724 de la ley, bien fuese por titulo singular ó universal, porque perteneciendo á aquellos la posesion civil tienen interés inmediato en el pronto recobro de la posesion perdida.

1050. La ley 10, tit. 10, Part. 7 niega la accion de despojo á los

hijos contra sus padres por creerla injuriosa, á causa de la pena á que puede dar lugar, por lo que opina Febrero que aquellos podrán entablar solo la accion posesoria en juicio plenario ó la accion real de dominio; mas esto no deberá entenderse cuando el acto del despojo no diese motivo á accion penal alguna.

1051. De lo dicho se deduce, que compete el interdicto restitutorio no solo al que tiene posesion real sobre cosas corporales, sino tambien al cuasi poseedor de derechos ó cosas incorporales. Por tanto, todo el que tenga á su favor servidumbres de cualquiera especie, podrá pedir en juicio la reposicion, toda vez que pruebe que las perdió violenta ó clandestinamente; porque aunque las leyes no han creído que el señor dominante tiene posesion, han reconocido la cuasi-posesion, que goza en el derecho de los mismos efectos que aquella.

1052. Se concede el interdicto de despojo contra todo aquel que violenta ó clandestinamente ha despojado á otro de una cosa de que se hallaba en posesion, aunque sea el verdadero dueño, pues en este interdicto no se trata del mejor derecho de los contendientes. Se concede tambien contra el que mandó hacer el despojo y contra el tercer poseedor que recibió la cosa sabiendo que habia sido quitada por fuerza: ley 50, tit. 2, Part. 3.

1053. «Tiene tambien lugar, dice Febrero, contra los herederos del despojador; pero respecto á ellos no siempre produce los mismos efectos, porque refiriéndose á la restitucion y á la reparacion de perjuicios, en cuanto á la primera, no hay duda que están obligados efectivamente, mas relativamente á la segunda, es necesario distinguir si pasaron á los herederos aquellas cosas en que consiste el daño ó no; si lo primero, serán responsables de lo que hubiesen percibido; pero no si acaece lo segundo, porque la condenacion en daños y perjuicios es una pena, y esta no puede pasar á los herederos, sino solo en la restitucion que es producto de aquella.

1054. En la duda de si tendrá el interdicto de recuperar la calidad de personal ó real, se disputa, dice Febrero entre los prácticos, si se dará ó no contra los poseedores que no cometieron el despojo. La mayor parte de comentaristas convienen, en que los interdictos de alcanzar ó retener pertenecen á la clase de acciones que llamaron los romanos *in rem scriptas*, que aunque no con este nombre en los efectos, tambien reconoce nuestro derecho, puesto que algunas acciones personales en su origen y esencia gozan de las propiedades de las reales; mas el despojo opinan que produce una accion ó interdicto meramente personal, siempre que el despojador pueda satisfacer. La razon en que funda esta opinion consiste, en que las leyes que tratan del interdicto *unde vi* le consideran como personal, puesto que la violencia es la causa ocasional de aquel, y por tanto solo debe ser responsable el que lo cometió.

No nos parece suficientemente fundada esta doctrina, porque aunque si es justo que no se haga responsable de hechos ajenos á ninguno en la parte penal, tambien es una verdad que la enagenacion hecha sin derecho, no

puede ni debe estorbar el uso de un recurso útil y justo en su origen y en su esencia.

1055. El derecho canónico tratando del interdicto de despojo, distinto del de *unde vi* que ha establecido la ley civil, y la práctica de los juzgados que ha admitido sus disposiciones, ha determinado que en el caso de que el tercero sea poseedor de buena fé, no pueda usarse contra él el interdicto; pero si cuando posea de mala fé, porque en este caso su ciencia le hace deudor con la misma responsabilidad que su antecesor. (Cap. *Soepe de restit. spoliat.*)

1056. Tambien puede entablarse el interdicto contra aquel que ignorando de quién es la cosa, se mete en ella de su voluntad, porque la ignorancia acerca del dueño, ni es causa para creer que es propia, ni dá derecho legitimo para adquirir, porque es inconcebible que aquel que sabe que una cosa no es suya, usándola, obre de buena fé.

1057. Conforme á la ley 2, tit. 54 lib. 11 de la Nov. Recop. podia dirigirse el interdicto de despojo aun contra el juez que abusando de su autoridad quitaba á alguno que no era el despojante la posesion de una cosa sin oírle ni ser vencido y condenado en juicio á su devolucion, interponiéndolo ante otro juez; pero la práctica estableció como mas conforme á la gerarquía judicial que se apelara del auto de despojo, ó se recurriera en queja ante el superior inmediato.

1058. Asi pues, debiendo acreditarse los extremos espuestos para que tenga lugar el interdicto, dispone el art. 721 de la nueva ley que *el que solicite que se le restituya la posesion de que haya sido despojado, debe, en el escrito ó demanda que presente con arreglo á lo prescrito para la demanda del juicio ordinario, ofrecer informacion sobre los hechos siguientes:*

1.º *Hallarse él ó su causante en posesion ó tenencia de la cosa de que haya sido despojado.*

2.º *Haber sido despojado de esta posesion ó tenencia, designando al autor del despojo, para poder proceder contra él, para el acto de la restitucion, pues aun cuando hubiese sido mandado por otro, esto le servirá para eximirse de las responsabilidades de indemnizacion de perjuicios y costas que recaerán sobre el mandante, si alegare y probare aquel esta escepcion ó defensa.*

Anteriormente se declaraba el despojo, admitida y dada la informacion testifical, sin audiencia contraria, reservándose al condenado á la restitucion el derecho de pedir en juicio ordinario, doctrina que se fundaba en que la determinacion final de este juicio no causa estado, y en la conveniencia de que sea inmediatamente restituido aquel que ha sido despojado, segun la regla del derecho canónico. Pero como á veces sucedia que daba dicha informacion el que no tenia derecho para interponer el interdicto, por no hallarse verdaderamente en la tenencia de la cosa, causando estorsiones y perjuicios considerables al poseedor ó tenedor verdadero, la nueva ley ha dejado al que lo entabla en libertad de pedir la reposicion con ó sin au-

diencia de aquel contra quien se dirige, obligándole en el primer caso á dar fianza para responder de aquellos perjuicios.

Por esto se previene en el artículo mencionado, que el que interpone el interdicto *deberá además espresar en la demanda si se conforma con que se dé audiencia al que se llame despojante, ó si quiere que sin ella el juez falle sobre el despojo.*

*En el último caso, al mismo tiempo que se solicite la informacion, propondrá fianza á satisfaccion del juez para responder de cualesquiera perjuicios que puedan resultar de la restitucion.*

*Procedimiento cuando se da fianza y no se oye al despojante.*

1059. *Presentada la demanda, el juez, si viese que no está en forma ó que no se ofrece dicha informacion, deberá repelerla de oficio, mas si se presentare con arreglo á derecho mandará, esto es, dará auto mandando, recibir y recibirá por sí mismo la informacion. Esta deberá ser por lo menos de tres testigos, para asegurar mas la veracidad de los hechos sobre que recae: art. 725.*

1060. *Dada que sea la informacion, y resultando comprobados los dos extremos referidos de hallarse el actor en la posesion ó tenencia de la cosa y de haber sido despojado de ella el juez, si se hubiere ofrecido fianza á su satisfaccion, á consecuencia de haber el actor optado porque se le restituya desde luego en la posesion ó tenencia de la cosa, sin dar audiencia al contrario, y previo el otorgamiento de ella en forma, se decretará la restitucion con todas sus consecuencias, esto es, con la condena de costas, devolucion de frutos é indemnizacion de perjuicios que se impondrán al despojante, sin perjuicio de hacer valer sus derechos á la posesion ó propiedad de la cosa en juicio ordinario.*

*La fianza podrá ser de cualquiera de las clases conocidas, con tal que el juez la estime suficiente: art. 726. Si no la estime suficiente, podrá ampliarla el actor, á su satisfaccion.*

1061. *Decretada la restitucion se verificará inmediatamente, haciendo al que resulte despojante las prevenciones y apercibimientos correspondientes: art. 726; esto es, de que no moleste de nuevo al despojado en su posesion, bajo apercibimiento de proceder á lo que hubiere lugar.*

1062. *Si el juez denegare la restitucion, como deberá hacer cuando no se acreditaren por la informacion la posesion ó tenencia del actor y el acto del despojo, la sentencia en que lo hiciere es apelable en ambos efectos, porque no habiendo que restituir al demandante en la posesion que solicita, no hay nada que ejecutar.*

Esta disposicion reforma debidamente lo dispuesto en el art. 49 del reglamento provisional, sobre que fuese siempre ejecutiva la sentencia.

*Interpuesta la apelacion, se remitirán los autos al tribunal superior con citacion solo del actor, puesto que no forma parte en este juicio el demandado, y que no le daña la sentencia: art. 728.*

1063. *De la providencia en que se otorgare la restitucion puede apelar el despojante, porque aunque no forma parte en el juicio, siendole perjudicial la sentencia, tiene interés en atacarla para que se revoque.*

1064. *Segun el art. 49 del reglamento provisional, la apelacion de la sentencia era ejecutiva en todo caso, é interpuesta y admitida la apelacion, debía hacer el juez que á eleccion del apelante se remitiesen los autos en compulsa á costa de este ó se aguardase á remitir los originales á que fuese plenamente ejecutada la sentencia. La nueva ley establece que sea ejecutiva la sentencia en lo principal y mas urgente que es la restitucion de la cosa, y prevenciones y apercibimientos consiguientes al despojante para que no intente nuevamente el despojo; pues de no ejecutarse la sentencia en esta parte, podria darse ocasion á reyertas y vias de hecho, con alteracion del orden público: mas no concede la ley el efecto ejecutivo respecto de los accesorios de la sentencia y sobre los que no hay que temer aquellos inconvenientes. Por eso dispone el § 2 del art. 729, que interpuesta la apelacion, se remitirán los autos al Tribunal superior con citacion de ambas partes, despues que sea ejecutada la providencia, menos en la condena de costas, devolucion de frutos é indemnizacion de perjuicios.*

1065. *Si la providencia denegatoria fuese revocada, se ejecutará con las prevenciones y apercibimientos consiguientes, la restitucion, devueltos que sean los autos, y harán efectivas las condenas que se impongan al despojante sobre costas, devolucion de frutos é indemnizacion de perjuicios, quedándole reservado su derecho en juicio ordinario: art. 730.*

1066. *Si la sentencia en que se otorgare la restitucion fuere confirmada, se procederá, devueltos que sean los autos, á hacer efectivas la condena de costas, la indemnizacion de perjuicios y la devolucion de frutos, puesto que la restitucion ya se hizo antes de remitir los autos á la superioridad para que entendiera de la apelacion, quedando al despojante á salvo su derecho que podrá ejercitar en el juicio ordinario: art. 731.*

1067. *Segun dispone el art. 732, las costas se tasarán previamente en la forma ordinaria que previenen los artículos 78 y siguientes, oyendo brevemente al que ha de pagarlas.*

El importe de los perjuicios y de los frutos lo fijará el juez de la manera prevenida en el art. 707, esto es, en juicio verbal.

Contra la providencia que sobre esto dictare, no habrá lugar á recurso alguno, con la misma reserva establecida en el citado art. 707, esto es, quedando salvo á las partes su derecho para hacer en juicio ordinario las reclamaciones que les convengan sobre la posesion ó propiedad de la cosa, objeto del interdicto. Asimismo, segun previene el art. 708, conocido el importe de las costas, de los frutos ó daños y perjuicios, se procederá á hacerlo efectivo de la manera prevenida en el procedimiento de apremio despues del juicio ejecutivo.

1068. *Si la sentencia en que se hubiere otorgado la restitucion fuere revocada, se cumplirá inmediatamente lo que se mande por el Tribunal superior, quedando á ambos interesados su derecho á salvo en juicio ordi-*

nario, para reclamar la posesion ó propiedad de la cosa que fue objeto del interdicto.

A este efecto, si debieran exigirse del actor costas, devolucion de frutos ó indemnizacion de perjuicios, se procederá *préviamente* á determinar su importe en la forma que queda prevenida en el artículo anterior: art. 753.

*Procedimiento sin dar fianza y oyendo al despojante.*

1069. Si al intentar el interdicto no se ofreciese fianza, dada informacion por el actor, convocará el juez á ambas partes á juicio verbal. A este acto podrán asistir los respectivos defensores, y con presencia de sus alegaciones y de las pruebas que adujeren, pronunciará sentencia dentro de las veinte y cuatro horas: art. 754. Las pruebas deberán limitarse á acreditar que el despojado se hallaba en la posesion ó tenencia de la cosa, y el acto del despojo por el demandado; mas no deberán referirse á la propiedad, porque este juicio no versa sobre ella. En su consecuencia, no se admitirán escepciones ni pruebas para acreditar el dominio ó mejor derecho del despojante, pues no pueden estos suspender el curso ordinario de la accion del despojo. Sin embargo, los autores esceptúan los casos siguientes:

1.º Cuando el demandante tolere el uso de estas escepciones, porque estando introducido á su favor el beneficio de la restitution, puede renunciarlo.

2.º Cuando fuese notorio que la cosa objeto del despojo pertenecía al despojante y no al despojado, pues en tal caso es considerado aquel como doloso.

3.º Cuando el despojado renunció libremente antes del despojo el dominio de la cosa quitada.

4.º Cuando el despojado pactó con el despojante, despues del despojo, que no haria uso de su accion para reclamar la cosa en juicio posesorio.

5.º Cuando el despojado acumulare la accion reivindicatoria al interdicto; pues entonces el despojante se defiende en el mismo terreno en que se le ataca.

6.º Cuando la restitution no puede hacerse sino con grande esposicion y daño irreparable.

Parece que la doctrina de las leyes 27, tit. 2, Part. 7, y la final tit. 40, Part. 7, están en abierta contradiccion, respecto á este punto, porque segun la primera, la escepcion del dominio ofrecida probar en el momento, debe admitirse, y por la segunda en ningun caso. Pero examinados sus testos con escrupuloso detenimiento, aunque no con toda claridad, parece que la primera trata del caso antes escepcionado, en que se usan el interdicto y la accion vindicatoria acumulada, y la del tit. 40, del en que se entabla el interdicto solo. Asi lo convence tambien la razon inductiva del despojo.

Los medios de prueba de que puede usarse son los mismos que se expresan en el juicio ordinario. Cuando la sentencia declarase haber lugar á la restitution, se condenará en costas al despojante.

1070. Del juicio verbal se estenderá la oportuna acta, que firmarán el juez, el escribano, los interesados y los testigos si se hubieren examinado. Los documentos presentados se unirán á los autos: disposiciones análogas á las del art. 745 ya explicado. Si la sentencia fuere denegatoria de la restitution, es apelable en ambos efectos. Interpuesta la apelacion, se remitirán los autos al Tribunal superior con citacion de ambas partes: porque aquí ya fue parte en los autos el demandado ó despojante: art. 755.

1071. Si se accediere en ella á la restitution podrá apelar el despojante; no obstante la interposicion de este recurso, se llevará á efecto la restitution, aplazando la ejecucion de los extremos de la sentencia relativos á costas, devolucion de frutos é indemnizacion de perjuicios para despues de ejecutoriada; conforme se dispone para el caso del art. 751 que es igual á este.

Verificada la restitution, se remitirán los autos al Tribunal superior con citacion de ambas partes: art. 756.

1072. Confirmada ó revocada la sentencia, se procederá en el primer caso á ejecutarla en los extremos en que no estuviere cumplida, en la forma prevenida por los artículos 707 y 708; y en el segundo, á llevar á efecto lo que el Tribunal superior hubiere ordenado: art. 757 segun se espuso al explicar los artículos 751 y 755, que versan sobre los casos semejantes á este.

#### SECCION IV.

##### DEL INTERDICTO DE OBRA NUEVA.

1073. El interdicto de obra nueva, llamado antes *denuncia de obra nueva* es el que entabla quien se cree perjudicado en sus propiedades ó derechos con la construccion de una obra nueva para que se suspenda su continuacion.

1074. Este interdicto pertenece á los llamados prohibitorios, porque su objeto es prohibir, por de pronto, que continúe la obra que causa el perjuicio.

1075. Por obra nueva para los efectos de este interdicto se entiende, no solo la que se hace enteramente de nueva planta, sino tambien la que se verifica sobre edificio antiguo añadiéndole, quitándole ó dándole una forma distinta, ley 4, tit. 32, Part. 5. Mas para que haya lugar al interdicto es necesario que con la obra nueva experimente el estado de las cosas ó derechos del tercero algun cambio perjudicial, por lo que no se dará cuando la obra se limitase á simples reparos ó mejoras que no causen perjuicio ageno, ó cuando la suspension de la obra fuere contraria á la salud pública, ó causase graves perjuicios al denunciado y leves al denunciador; pues en este último caso basta indemnizar al denunciador. Véanse las leyes 7 y 18, Part. 5 y Antonio Gomez en la ley 46 de Toro.

nario, para reclamar la posesion ó propiedad de la cosa que fue objeto del interdicto.

A este efecto, si debieran exigirse del actor costas, devolucion de frutos ó indemnizacion de perjuicios, se procederá *préviamente* á determinar su importe en la forma que queda prevenida en el artículo anterior: art. 753.

*Procedimiento sin dar fianza y oyendo al despojante.*

1069. Si al intentar el interdicto no se ofreciese fianza, dada informacion por el actor, convocará el juez á ambas partes á juicio verbal. A este acto podrán asistir los respectivos defensores, y con presencia de sus alegaciones y de las pruebas que adujeren, pronunciará sentencia dentro de las veinte y cuatro horas: art. 754. Las pruebas deberán limitarse á acreditar que el despojado se hallaba en la posesion ó tenencia de la cosa, y el acto del despojo por el demandado; mas no deberán referirse á la propiedad, porque este juicio no versa sobre ella. En su consecuencia, no se admitirán escepciones ni pruebas para acreditar el dominio ó mejor derecho del despojante, pues no pueden estos suspender el curso ordinario de la accion del despojo. Sin embargo, los autores esceptúan los casos siguientes:

1.º Cuando el demandante tolere el uso de estas escepciones, porque estando introducido á su favor el beneficio de la restitution, puede renunciarlo.

2.º Cuando fuese notorio que la cosa objeto del despojo pertenecía al despojante y no al despojado, pues en tal caso es considerado aquel como doloso.

3.º Cuando el despojado renunció libremente antes del despojo el dominio de la cosa quitada.

4.º Cuando el despojado pactó con el despojante, despues del despojo, que no haria uso de su accion para reclamar la cosa en juicio posesorio.

5.º Cuando el despojado acumulare la accion reivindicatoria al interdicto; pues entonces el despojante se defiende en el mismo terreno en que se le ataca.

6.º Cuando la restitution no puede hacerse sino con grande esposicion y daño irreparable.

Parece que la doctrina de las leyes 27, tit. 2, Part. 7, y la final tit. 40, Part. 7, están en abierta contradiccion, respecto á este punto, porque segun la primera, la escepcion del dominio ofrecida probar en el momento, debe admitirse, y por la segunda en ningun caso. Pero examinados sus testos con escrupuloso detenimiento, aunque no con toda claridad, parece que la primera trata del caso antes escepcionado, en que se usan el interdicto y la accion vindicatoria acumulada, y la del tit. 40, del en que se entabla el interdicto solo. Asi lo convence tambien la razon inductiva del despojo.

Los medios de prueba de que puede usarse son los mismos que se expresan en el juicio ordinario. Cuando la sentencia declarase haber lugar á la restitution, se condenará en costas al despojante.

1070. Del juicio verbal se estenderá la oportuna acta, que firmarán el juez, el escribano, los interesados y los testigos si se hubieren examinado. Los documentos presentados se unirán á los autos: disposiciones análogas á las del art. 745 ya explicado. Si la sentencia fuere denegatoria de la restitution, es apelable en ambos efectos. Interpuesta la apelacion, se remitirán los autos al Tribunal superior con citacion de ambas partes: porque aquí ya fue parte en los autos el demandado ó despojante: art. 755.

1071. Si se accediere en ella á la restitution podrá apelar el despojante; no obstante la interposicion de este recurso, se llevará á efecto la restitution, aplazando la ejecucion de los extremos de la sentencia relativos á costas, devolucion de frutos é indemnizacion de perjuicios para despues de ejecutoriada; conforme se dispone para el caso del art. 751 que es igual á este.

Verificada la restitution, se remitirán los autos al Tribunal superior con citacion de ambas partes: art. 756.

1072. Confirmada ó revocada la sentencia, se procederá en el primer caso á ejecutarla en los extremos en que no estuviere cumplida, en la forma prevenida por los artículos 707 y 708; y en el segundo, á llevar á efecto lo que el Tribunal superior hubiere ordenado: art. 757 segun se espuso al explicar los artículos 751 y 755, que versan sobre los casos semejantes á este.

#### SECCION IV.

##### DEL INTERDICTO DE OBRA NUEVA.

1073. El interdicto de obra nueva, llamado antes *denuncia de obra nueva* es el que entabla quien se cree perjudicado en sus propiedades ó derechos con la construccion de una obra nueva para que se suspenda su continuacion.

1074. Este interdicto pertenece á los llamados prohibitorios, porque su objeto es prohibir, por de pronto, que continúe la obra que causa el perjuicio.

1075. Por obra nueva para los efectos de este interdicto se entiende, no solo la que se hace enteramente de nueva planta, sino tambien la que se verifica sobre edificio antiguo añadiéndole, quitándole ó dándole una forma distinta, ley 4, tit. 32, Part. 5. Mas para que haya lugar al interdicto es necesario que con la obra nueva experimente el estado de las cosas ó derechos del tercero algun cambio perjudicial, por lo que no se dará cuando la obra se limite á simples reparos ó mejoras que no causen perjuicio ageno, ó cuando la suspension de la obra fuere contraria á la salud pública, ó causase graves perjuicios al denunciado y leves al denunciador; pues en este último caso basta indemnizar al denunciador. Véanse las leyes 7 y 18, Part. 5 y Antonio Gomez en la ley 46 de Toro.

1076. Segun nuestras leyes de Partida la denuncia de obra nueva se verifica para la conservacion de derechos privados ó del público. De aquí que la accion para denunciar sea privada en el primer caso y popular en el segundo. La accion privada puede entablarla el que se cree perjudicado con la obra, bien por sí propio, ó por medio de sus hijos, procurador ó mayordomo, ó los guardadores de los huérfanos en nombre de ellos sus amigos; pero debiendo segun dice la ley 1, tit. 52, Part. 3. darse *recabdo* por aquellos en cuyo nombre se hizo el vedamiento que lo habrán por firme. Tambien puede entablarlo el que tuviese algun derecho sobre la finca donde se hace la obra, como el hipotecario, censatario, y tambien el usufructuario, á no que el que hiciere la obra fuese el propietario, pues entonces solo podrá reclamar el resarcimiento del menoscabo que se le cause, y por fin aquel á quien se debiese alguna servidumbre que por razon de la obra quedase embrazada: leyes 1, 3, 4 y 5, tit. 52, Part. 3.

1077. La denuncia debe hacerse al dueño de la obra ó su representante: ley 1, tit. 52, Part. 3. Si fueren muchos los dueños, hasta denunciar á cualquiera de ellos, porque cada uno perjudica por la parte que en ella tiene, mas si por el contrario son muchos los perjudicados, cada uno debe denunciar por sí ó en union de los demás.

1078. Respecto de los perjuicios que causan á los particulares las autoridades administrativas con sus providencias, mandando hacer alguna obra nueva en el círculo de sus atribuciones, ya hemos dicho que no pueden proponerse interdictos de ninguna especie, y que la autoridad judicial no puede admitirlos. Véanse los números 74 y siguientes del libro 1 de este tratado. Solo cuando las obras las efectuaren aquellas autoridades como particulares ó como personas jurídicas respecto de bienes privados, v. gr. ayuntamientos ó diputaciones provinciales, podrá proponerse el interdicto de nueva obra ante las autoridades judiciales contra aquellas.

1079. En cuanto á la accion popular que segun la ley 3, tit. 32, Partida 3, tiene cualquiera del pueblo que no sea menor de catorce años ó mujer para que se suspenda la obra nueva que se ejecute en sitio que perjudique al vecindario, bien estorbando el paso, bien, como dice Febrero, dejando las fachadas desiguales de manera que puedan ocultar malhechores, bien fuese por los particulares, bien por las autoridades administrativas como particulares ó dictando cualesquiera providencia en cumplimiento de sus deberes de procurar el ornato, comodidad y salubridad de las poblaciones y de proteger la seguridad y la integridad de las propiedades, accion que segun la legislación anterior se interponia ante las autoridades judiciales á causa de resumir estas la jurisdiccion administrativa, tendrá, en la actualidad que se halla confiada aquella jurisdiccion á los funcionarios administrativos, que deducirse ante las mismas por la via gubernativa ó contenciosa segun la diversidad de casos, por medio de las reclamaciones correspondientes, mas no por medio de interdictos. Véanse la estension y límites de la jurisdiccion administrativa en los números 77 y siguientes del libro primero de esta obra. Lo mas comun es que ejercite dicha accion el síndico

del ayuntamiento como encargados de defender los derechos del pueblo.

1080. La ley 1, tit. 32, Part. 3, reconocia tres modos de denunciar la obra nueva: los dos primeros extrajudiciales; el tercero judicial. Consistia el primero en requerir al edificante que no continuase edificando y deshiciere lo hecho: el segundo en hacer esta misma manifestacion verbalmente, pero yendo además al sitio de la obra y arrojando una piedra, y el tercero presentando un pedimento al juez del lugar donde se edifica, pretendiendo mande al dueño de la obra que no continúe los trabajos. La nueva ley de Enjuiciamiento solo sanciona el tercer medio, siguiendo en esto la práctica anterior que habia desechado los dos primeros.

1081. *Presentada que sea demanda*, en debida forma, por medio de procurador y firmada por letrado, pero sin necesidad de presentar informacion sumaria, ni los documentos en que se funde, pues la ley solo requiere su presentacion en el juicio verbal, *para la suspension de cualquiera obra nueva, la decretará el juez provisionalmente* por medio de auto en que mande hacer los requerimientos necesarios para la suspension de la obra á su dueño, ó si este no se hallase presente á los oficiales que trabajen, segun espresa la ley 1, tit. 32, Part. 3, *dejando en el sitio en que estuviere haciéndose un dependiente del juzgado para que cuide de que sea cumplida la suspension. Desde entonces, y mientras esté pendiente el interdicto, nada podrá hacerse en la obra, mas que lo que sea absolutamente indispensable para que no se destruya lo edificado, y esto con autorizacion del juez*, para evitar al dueño de la obra los perjuicios que pudieran ocasionársele si no quedaba seguro lo ya edificado, y se decretaba no haber lugar á la demolicion, y la pérdida de lo obrado innecesariamente en caso de decretarse aquella. Segun la ley 8, tit. 32, Part. 3, si el dueño hacia ver que la demolicion de la obra le causaba un grave perjuicio, se le permitia la continuacion, dando fianza de demoler á su costa, si era condenado.

*En el mismo auto de la suspension se convocará á juicio verbal al denunciante y al denunciado, previniéndoles que traigan los documentos en que respectivamente funden sus pretensiones y demás pruebas de que quieren valerse. A este juicio podrán concurrir los defensores de los interesados: art. 738.* En el juicio verbal se procederá segun se dijo al esponer los artículos 715 y 723 que son aplicables á este interdicto.

1082. *El juez, si lo estimare necesrio, podrá de oficio ó á instancia de parte trasladarse, antes de dictar sentencia, al lugar de la obra para decidir con mas acierto*, en vista de ella.

*Tambien podrá nombrar para que lo acompañe á la inspeccion, perito cuyo dictámen se estenderá en los autos.*

*A esta diligencia podrán concurrir las partes, si lo solicitaren, sus defensores y los peritos que ellas mismas designen: art. 739.* Para la ejecucion de estas disposiciones deberán tenerse presentes los artículos 303 al 305, pertenecientes al juicio ordinario, sobre nombramiento de peritos y modo de efectuarse el reconocimiento judicial.

1083. Tanto del juicio como de la diligencia de inspeccion se extenderán las oportunas actas en que se consignen sus resultados. Estas actas deberán ser firmadas por los que á ellas hayan concurrido: art. 740; todo con el objeto de que conste en debida forma su resultado evitando negativas infundadas.

1084. Entre el juicio y la diligencia de inspeccion no podrán mediar mas que tres dias, á no exigir mayor dilacion alguna causa extraordinaria é insuperable: art. 741; como un temporal ó imposibilidad de asistir el juez por enfermedad del momento, etc.

1085. Dentro de los tres dias siguientes al en que la diligencia de inspeccion haya tenido lugar, ó de la celebracion del juicio si no hubiere habido inspeccion, el juez dictará sentencia: art. 741, § 2.

Si no se ratificare la suspension de la obra, que se decretó provisionalmente en vista de la simple demanda, procederá la apelacion en ambos efectos. Interpuesta la apelacion, se remitirán los autos al tribunal superior con citacion de ambas partes: art. 742.

Si se ratificare la suspension de la obra, se procederá á ejecutarla ante escribano por alguacil que se comisione al efecto, estendiéndose en los autos la oportuna diligencia del estado, altura y circunstancias de la obra, y apercibiendo al que la estuviere ejecutando con la demolicion á su costa de lo que de allí en adelante se edificare: art. 743.

La sentencia en que se ratificare la suspension es apelable solo en un efecto. Interpuesto el recurso, y ejecutada que sea la suspension, se remitirán los autos á la Audiencia citadas las partes. Si no se apelare, queda de derecho consentida la sentencia sin necesidad de declaracion alguna: art. 744.

Si se consintiere la sentencia, ó apelada se confirmare, tendrá derecho el dueño de la obra suspendida á pedir autorizacion para continuarla. El juez accederá á esta solicitud si de la suspension de la obra se siguieren grandes perjuicios, con tal que el que la hubiere formulado dé fianza suficiente á su juicio para responder de la demolicion y de la indemnizacion de los perjuicios, que de continuarse puedan seguirse, si así se mandare por ejecutoria: art. 745. Disposicion conforme con la de la ley 8, tit. 32, Part. 3 que ya hemos espuesto.

1086. Esta disposicion se refiere al caso de que formase ejecutoria la sentencia de suspension de la obra. La fianza para responder de la demolicion, que se llama demolitoria, y de la indemnizacion de perjuicios que de continuar esta puedan seguirse al que propuso el interdicto, puede ser cualquiera de las que admite el derecho. Ademas de dar dicha fianza el dueño de la obra debe acompañar al escrito en que pide la autorizacion la oportuna demanda para que se declare el derecho de continuar la obra, pues segun previene el art. 747, no se podrá conceder autorizacion para continuar ninguna obra suspendida sin que al tiempo de pedirse se deduzca la oportuna demanda para que se declare el derecho á continuarla; demanda que, otorgada la autorizacion, seguirá los trámites del juicio ordinario.

Tambien deberá acompañar los documentos en que se funde. Estas solicitudes se deciden por los trámites del juicio ordinario, la demanda sobre el derecho de continuar la obra por sus trámites solemnes, y la solicitud de autorizacion, por los de los incidentes del mismo.

En su consecuencia, el juez dará traslado del escrito pidiendo la autorizacion al coligante por término de seis dias, facilitándose copia al contrario de lo que espusiere y procediéndose á recibir las pruebas sobre el hecho de seguirse ó no al dueño de la obra grandes perjuicios de su suspension, y á pronunciar sentencia en los términos que previenen los artículos 343 al 348 de la ley, bien denegando la autorizacion, ó concediéndola segun que se siguieren ó no aquellos al dueño de la obra; todo sin perjuicio de lo que se resolviere en el juicio ordinario sobre el derecho de las partes ó sobre la continuacion ó suspension de la obra. Creemos, no obstante, que el juez podrá y aun deberá abreviar los trámites de este incidente, segun los perjuicios que pudieren resultar de dilatarse mas ó menos la continuacion de la obra.

1087. La providencia que recayere sobre el incidente de autorizacion es apelable en ambos efectos, bien fuera denegándola ó concediéndola para evitar los perjuicios que en este caso se ocasionarian al dueño de la obra, si se denegaban en segunda instancia. Interpuesta la apelacion se remitirán los autos á la audiencia, citadas las partes: art. 747; sustanciándose la apelacion por los trámites que establece la ley para las sentencias interlocutorias. Confirmada la autorizacion, se seguirá el juicio ordinario sobre el derecho á continuar la obra.

1088. Por identidad de razon con la facultad que concede la ley al dueño de la obra para deducir la correspondiente demanda sobre su derecho á continuarla, á pesar de habersele mandado suspender por la sentencia sobre el interdicto, deberá entenderse que el denunciante puede tambien pretender, en juicio ordinario, la suspension de la obra ó demolicion de lo edificado, cuando se le hubiese negado en el interdicto. Al presentar ambas demandas deberá acompañarse la certificacion de haberse intentado sin efecto el acto de conciliacion, puesto que se ventilan por el juicio plenario declarativo.

## SECCION V.

## DEL INTERDICTO DE OBRA VIEJA.

1089. El interdicto de obra vieja, llamado anteriormente denuncia de obra vieja, y en el derecho romano, de *damno infecto*, ó daño no hecho por temido, es el que se entabla para que se repare ó demuela un edificio ó construccion que amenaza arruinarse ó caer con perjuicio de nuestras propiedades, personas ó intereses, ó del ejercicio de nuestro derecho. Procede tambien este interdicto por similitud de razon para pedir que se corten ó derriben los árboles que amenazan caer sobre nuestras heredades ó causarnos algun daño, y asimismo para que se cierren ó cubran zanjas ó

1083. Tanto del juicio como de la diligencia de inspeccion se estenderán las oportunas actas en que se consignen sus resultados. Estas actas deberán ser firmadas por los que á ellas hayan concurrido: art. 740; todo con el objeto de que conste en debida forma su resultado evitando negativas infundadas.

1084. Entre el juicio y la diligencia de inspeccion no podrán mediar mas que tres dias, á no exigir mayor dilacion alguna causa extraordinaria é insuperable: art. 741; como un temporal ó imposibilidad de asistir el juez por enfermedad del momento, etc.

1085. Dentro de los tres dias siguientes al en que la diligencia de inspeccion haya tenido lugar, ó de la celebracion del juicio si no hubiere habido inspeccion, el juez dictará sentencia: art. 741, § 2.

Si no se ratificare la suspension de la obra, que se decretó provisionalmente en vista de la simple demanda, procederá la apelacion en ambos efectos. Interpuesta la apelacion, se remitirán los autos al tribunal superior con citacion de ambas partes: art. 742.

Si se ratificare la suspension de la obra, se procederá á ejecutarla ante escribano por alguacil que se comisione al efecto, estendiéndose en los autos la oportuna diligencia del estado, altura y circunstancias de la obra, y apercibiendo al que la estuviere ejecutando con la demolicion á su costa de lo que de allí en adelante se edificare: art. 743.

La sentencia en que se ratificare la suspension es apelable solo en un efecto. Interpuesto el recurso, y ejecutada que sea la suspension, se remitirán los autos á la Audiencia citadas las partes. Si no se apelare, queda de derecho consentida la sentencia sin necesidad de declaracion alguna: art. 744.

Si se consintiere la sentencia, ó apelada se confirmare, tendrá derecho el dueño de la obra suspendida á pedir autorizacion para continuarla. El juez accederá á esta solicitud si de la suspension de la obra se siguieren grandes perjuicios, con tal que el que la hubiere formulado dé fianza suficiente á su juicio para responder de la demolicion y de la indemnizacion de los perjuicios, que de continuarse puedan seguirse, si así se mandare por ejecutoria: art. 745. Disposicion conforme con la de la ley 8, tit. 32, Part. 3 que ya hemos espuesto.

1086. Esta disposicion se refiere al caso de que formase ejecutoria la sentencia de suspension de la obra. La fianza para responder de la demolicion, que se llama demolitoria, y de la indemnizacion de perjuicios que de continuar esta puedan seguirse al que propuso el interdicto, puede ser cualquiera de las que admite el derecho. Ademas de dar dicha fianza el dueño de la obra debe acompañar al escrito en que pide la autorizacion la oportuna demanda para que se declare el derecho de continuar la obra, pues segun previene el art. 747, no se podrá conceder autorizacion para continuar ninguna obra suspendida sin que al tiempo de pedirse se deduzca la oportuna demanda para que se declare el derecho á continuarla; demanda que, otorgada la autorizacion, seguirá los trámites del juicio ordinario.

Tambien deberá acompañar los documentos en que se funde. Estas solicitudes se deciden por los trámites del juicio ordinario, la demanda sobre el derecho de continuar la obra por sus trámites solemnes, y la solicitud de autorizacion, por los de los incidentes del mismo.

En su consecuencia, el juez dará traslado del escrito pidiendo la autorizacion al coligante por término de seis dias, facilitándose copia al contrario de lo que espusiere y procediéndose á recibir las pruebas sobre el hecho de seguirse ó no al dueño de la obra grandes perjuicios de su suspension, y á pronunciar sentencia en los términos que previenen los artículos 343 al 348 de la ley, bien denegando la autorizacion, ó concediéndola segun que se siguieren ó no aquellos al dueño de la obra; todo sin perjuicio de lo que se resolviere en el juicio ordinario sobre el derecho de las partes ó sobre la continuacion ó suspension de la obra. Creemos, no obstante, que el juez podrá y aun deberá abreviar los trámites de este incidente, segun los perjuicios que pudieren resultar de dilatarse mas ó menos la continuacion de la obra.

1087. La providencia que recayere sobre el incidente de autorizacion es apelable en ambos efectos, bien fuera denegándola ó concediéndola para evitar los perjuicios que en este caso se ocasionarian al dueño de la obra, si se denegaban en segunda instancia. Interpuesta la apelacion se remitirán los autos á la audiencia, citadas las partes: art. 747; sustanciándose la apelacion por los trámites que establece la ley para las sentencias interlocutorias. Confirmada la autorizacion, se seguirá el juicio ordinario sobre el derecho á continuar la obra.

1088. Por identidad de razon con la facultad que concede la ley al dueño de la obra para deducir la correspondiente demanda sobre su derecho á continuarla, á pesar de habersele mandado suspender por la sentencia sobre el interdicto, deberá entenderse que el denunciante puede tambien pretender, en juicio ordinario, la suspension de la obra ó demolicion de lo edificado, cuando se le hubiese negado en el interdicto. Al presentar ambas demandas deberá acompañarse la certificacion de haberse intentado sin efecto el acto de conciliacion, puesto que se ventilan por el juicio plenario declarativo.

## SECCION V.

## DEL INTERDICTO DE OBRA VIEJA.

1089. El interdicto de obra vieja, llamado anteriormente denuncia de obra vieja, y en el derecho romano, de *damno infecto*, ó daño no hecho por temido, es el que se entabla para que se repare ó demuela un edificio ó construccion que amenaza arruinarse ó caer con perjuicio de nuestras propiedades, personas ó intereses, ó del ejercicio de nuestro derecho. Procede tambien este interdicto por similitud de razon para pedir que se corten ó derriben los árboles que amenazan caer sobre nuestras heredades ó causarnos algun daño, y asimismo para que se cierren ó cubran zanjas ó

pozos que puedan causar daño á personas ó ganados: véanse las leyes 12 y 15, tit. 52, Part. 3.

1090. Los dos mencionados objetos de reparar ó demoler lo que amenaza daño se consignan en las leyes de Partida y en la de Enjuiciamiento. Abrense á las veces las labores nuevas, dice la ley 10, tit. 52, Part. 3, porque se fienden de los cimientos ó porque fueron fechas falsamente ó por flaqueza de la labor. Otrósi los edificios antiguos fallecen é quiérense derribar por vejez. Sobre tal razon como esta decimos que el juez del lugar puede é debe mandar á los señores de aquellos edificios que los enderecen ó los derriben.

Y el art. 748 de la ley de Enjuiciamiento civil declara que el interdicto de obra vieja puede tener dos objetos: 1.º La adopcion de medidas urgentes para evitar los riesgos, que el mal estado de cualquier construccion pueda ofrecer. 2.º Obtener su demolicion. El interdicto puede, pues, deducirse desde luego con cualquiera de estos dos objetos si hubiere motivo para ellos, sin que obste el haberse denegado el que se dedujo con el segundo para que se entable otro con el primero. Tambien podia entablarse con los dos objetos á un tiempo mismo, espresando que si no basta el primero para evitar el daño que amenaza, se adopte el segundo, en cuyo caso el juez dará la tramitacion que corresponda al que creyere mas conveniente.

1091. Solo podrán intentar el interdicto de obra vieja:

1.º Los que tengan alguna propiedad contigua ó inmediata, que pueda resentirse ó padecer por la ruina. 2.º Los que tengan necesidad de pasar por las inmediaciones del edificio ó construccion que amenazare ruina: art. 740.

Se entiende por necesidad para los efectos del anterior artículo la que no puede dejar de satisfacerse sin quedar privado el denunciante del ejercicio de un derecho, ó sin que se le siga conocido perjuicio en sus intereses, ó grave molestia á juicio del juez, cuya apreciacion deja la ley al arbitrio del mismo: art. 750.

1092. Estas disposiciones se refieren, segun se ve, á los perjuicios que experimentan los particulares en sus intereses ó derechos privados ó civiles, que son los casos en que se puede acudir á la autoridad judicial por medio del interdicto, pues cuando la obra ruinosa amenazase causar daño á sitios públicos, si bien compete á cualquiera del pueblo accion popular para que se repare ó demuela, esta se propone ante las autoridades administrativas que son las que tienen á su cargo la adopcion de las medidas convenientes para la seguridad de las personas y propiedades colectivamente, recurriéndose, en caso de que desatendieren la reclamacion, al superior inmediato del orden administrativo por la via contenciosa ó activa, segun el caso, estando prohibido á la autoridad judicial admitir interdicto alguno contra las providencias que dictan las autoridades administrativas en el circulo de sus atribuciones, segun ya espusimos en la introduccion sobre el interdicto de obra nueva.

*Trámites del interdicto para adoptar medidas urgentes de precaucion.*

1095. Deducido el interdicto para la adopcion de medidas urgentes de precaucion, el juez previa inspeccion que hará por sí de la obra, acompañado de perito que nombrará al efecto, decretará las medidas oportunas para procurar provisional é interinamente la debida seguridad. Y para evitar dilaciones perjudiciales á la ejecucion de estas medidas serán compelidos el dueño, su administrador ó apoderado, por lo que tuvieren de su principal, el inquilino por cuenta de alquileres devengados y en defecto de todos estos se ejecutará á costa del actor, reservándole su derecho para reclamar del dueño de la obra los gastos que se le ocasionen: art. 751.

1094. El juez podrá denegar las medidas de precaucion solicitadas si de la inspeccion que haga con el perito no resulta la urgencia. art. 752, esto es, si no amenazase la obra daño ó perjuicios, de suerte que pueda seguirse un juicio ordinario sobre el derecho á hacer verificar ó no los reparos.

Las providencias que el juez dictare otorgando ó denegando las medidas urgentes de precaucion no son apelables: art. 755, quedando solo á las partes el juicio ordinario para hacer valer su derecho.

*Trámites del interdicto que tiene por objeto la demolicion.*

1095. Si el interdicto tuviere por objeto la demolicion de algun edificio, deducida que sea la demanda, el juez convocará á las partes á juicio verbal, pues en este caso por la gravedad é importancia de la medida debe oirse al dueño del edificio, al que podrán asistir sus respectivos defensores: oirá sus alegaciones y sus testigos, y examinará los documentos que presenten. De este juicio se estenderá la oportuna acta, que suscribirán los que á él hayan concurrido. Los documentos presentados se unirán á los autos (art. 754) y se devolverán á las partes ejecutoriada que fuese la providencia, segun dispone el art. 725. V. los arts. 758 al 740.

1096. Si por el resultado del juicio el juez lo creyese necesario, podrá practicar por sí mismo una inspeccion de la obra, acompañado de perito que nombre al efecto; los interesados concurrirán si quieren á esta diligencia acompañados de sus defensores y peritos de su nombramiento, que podrán esponer lo que creyeran conducente á sus pretensiones. De ella se estenderá la oportuna acta que suscribirán todos los que hayan concurrido: art. 758. Estas disposiciones son análogas á las de los artículos 759 y 740. Creemos tambien aplicable á este caso lo dispuesto en el art. 741, sobre que entre el juicio y la diligencia de suspension no medien mas de tres dias, á no exigir mayor dilacion alguna causa extraordinaria é insuperable.

Dentro de los tres dias siguientes al en que hubieren terminado el juicio verbal, ó la práctica de la diligencia de inspeccion, si esta hubiere tenido lugar, dictará el juez sentencia: art. 756; disposicion análoga al § 2, del art. 741 y tiene iguales fundamentos.

1097. Cualquiera que sea la sentencia, es apelable en ambos efectos;

de suerte que aunque se decrete la demolición deberá esta suspenderse hasta que recaiga la ejecutoria. *Interpuesta la apelación, se remitirán los autos á la audiencia con citación de las partes, y aplazamiento de las mismas para que se presenten á usar de su derecho en el término que marcan los artículos 536: art. 757.*

1098. *En el caso de ordenarse la demolición y de resultar del juicio y diligencia de inspección, en el caso de verificarse, la urgencia de ella, deberá el juez, antes de remitir los autos á la audiencia, decretar y hacer que se ejecuten las medidas de precaución que estime necesarias, en la forma que queda indicada al tratar del interdicto que tiene por objeto la adopción de ellas: art. 758. Este artículo se refiere á lo dispuesto en el 751.*

1099. *Devueltos los autos por la audiencia, se llevará á efecto lo determinado en la ejecutoria; en los términos que se espresa en el título que trata de la ejecución de las sentencias: art. 759.*

1100. De la segunda instancia de los interdictos trataremos en el título sobre las apelaciones.

## TITULO IX.

## Del juicio ejecutivo.

## SECCION I.

## DEFINICION, ORIGEN Y NATURALEZA DE ESTE JUICIO.

1101. El juicio ejecutivo es un procedimiento sumario por el que se trata de llevar á efecto por embargo y venta de bienes el cobro de créditos que constan por algun título que tiene fuerza suficiente para constituir por sí mismo plena probanza.

1102. No se dirige, pues, este juicio á declarar derechos dudosos ó controvertidos, sino á llevar á efecto los que se hallan reconocidos por actos ó en títulos de tal fuerza que constituyen una vehemente presunción de que el derecho del actor es legítimo y está suficientemente probado para que sea desde luego atendido.

En su consecuencia, el objeto de la ley en este procedimiento es evitar á los acreedores que se hallan en este caso los dispendios y dilaciones de la via ordinaria y las vejaciones y molestias que les ocasionarian los deudores morosos, y el tener que distraerse innecesariamente del desempeño de sus respectivos deberes y obligaciones, segun espresa la ley 1, tit. 28, lib. 11 de la Nov. Recop.

1103. Siendo, pues, tan justo y razonable el objeto de este procedimiento, no es de admirar que se encuentre establecido desde las primeras disposiciones legales de toda legislacion equitativa. Así en el derecho romano se halla consignado desde las leyes de las Doce Tablas, segun aquella que decia: *Aris confessi rebusque jure judicatis XXX dies sunti sunt*, y el Código y el Digesto abundan de numerosos y variados procedimientos rápidos y sencillos para asegurar á los deudores el pronto cobro de sus créditos, Véanse el tit. 72, lib. 7 del primero, y el 42, lib. 5 del segundo. Respecto de nuestra legislacion se hallan disposiciones de este género desde nuestro primitivo Código el Fuero Juzgo hasta la Nov. Recop. Véase la ley 23, tit. 1, lib. 2 del F. J., la 5, tit. 13, lib. 2 del Fuero Real, la ley 7, tit. 9 y el tit. 27, Part. 5 y el 28, lib. 11, Nov. Recop.

1104. Consecuencia de la naturaleza de este juicio es que se cierre la puerta todo lo posible á la oposicion de la parte contraria, dirigiéndose rápidamente á dar cumplido efecto al derecho que se reclamá, sin dar lugar á controversias propias solo de un juicio declarativo. De aquí el haber algunos juzgado impropia de este procedimiento la denominacion de *juicio*, hasta el punto de haberse limitado en la ley de Enjuiciamiento mercantil á llamarle *procedimiento ejecutivo*: mas la nueva ley de Enjuiciamiento ci-

de suerte que aunque se decrete la demolición deberá esta suspenderse hasta que recaiga la ejecutoria. *Interpuesta la apelación, se remitirán los autos á la audiencia con citación de las partes, y aplazamiento de las mismas para que se presenten á usar de su derecho en el término que marcan los artículos 536: art. 757.*

1098. *En el caso de ordenarse la demolición y de resultar del juicio y diligencia de inspección, en el caso de verificarse, la urgencia de ella, deberá el juez, antes de remitir los autos á la audiencia, decretar y hacer que se ejecuten las medidas de precaución que estime necesarias, en la forma que queda indicada al tratar del interdicto que tiene por objeto la adopción de ellas: art. 758. Este artículo se refiere á lo dispuesto en el 751.*

1099. *Devueltos los autos por la audiencia, se llevará á efecto lo determinado en la ejecutoria; en los términos que se espresa en el título que trata de la ejecución de las sentencias: art. 759.*

1100. De la segunda instancia de los interdictos trataremos en el título sobre las apelaciones.

## TITULO IX.

## Del juicio ejecutivo.

## SECCION I.

## DEFINICION, ORIGEN Y NATURALEZA DE ESTE JUICIO.

1101. El juicio ejecutivo es un procedimiento sumario por el que se trata de llevar á efecto por embargo y venta de bienes el cobro de créditos que constan por algun título que tiene fuerza suficiente para constituir por sí mismo plena probanza.

1102. No se dirige, pues, este juicio á declarar derechos dudosos ó controvertidos, sino á llevar á efecto los que se hallan reconocidos por actos ó en títulos de tal fuerza que constituyen una vehemente presunción de que el derecho del actor es legítimo y está suficientemente probado para que sea desde luego atendido.

En su consecuencia, el objeto de la ley en este procedimiento es evitar á los acreedores que se hallan en este caso los dispendios y dilaciones de la vía ordinaria y las vejaciones y molestias que les ocasionarian los deudores morosos, y el tener que distraerse innecesariamente del desempeño de sus respectivos deberes y obligaciones, segun espresa la ley 1, tit. 28, lib. 11 de la Nov. Recop.

1103. Siendo, pues, tan justo y razonable el objeto de este procedimiento, no es de admirar que se encuentre establecido desde las primeras disposiciones legales de toda legislación equitativa. Así en el derecho romano se halla consignado desde las leyes de las Doce Tablas, segun aquella que decia: *Aris confessi rebusque jure judicatis XXX dies sunti sunt*, y el Código y el Digesto abundan de numerosos y variados procedimientos rápidos y sencillos para asegurar á los deudores el pronto cobro de sus créditos, Véanse el tit. 72, lib. 7 del primero, y el 42, lib. 5 del segundo. Respecto de nuestra legislación se hallan disposiciones de este género desde nuestro primitivo Código el Fuero Juzgo hasta la Nov. Recop. Véase la ley 23, tit. 1, lib. 2 del F. J., la 5, tit. 13, lib. 2 del Fuero Real, la ley 7, tit. 9 y el tit. 27, Part. 5 y el 28, lib. 11, Nov. Recop.

1104. Consecuencia de la naturaleza de este juicio es que se cierre la puerta todo lo posible á la oposición de la parte contraria, dirigiéndose rápidamente á dar cumplido efecto al derecho que se reclamá, sin dar lugar á controversias propias solo de un juicio declarativo. De aquí el haber algunos juzgado impropia de este procedimiento la denominación de *juicio*, hasta el punto de haberse limitado en la ley de Enjuiciamiento mercantil á llamarle *procedimiento ejecutivo*: mas la nueva ley de Enjuiciamiento ci-

vil, ha creído deber conservar aquella denominacion consignada en nuestras leyes anteriores, atendiendo á que hay casos en que puede existir oposicion de parte, y en su consecuencia, la controversia necesaria para constituir juicio.

1105. Controvierten los autores sobre si el acreedor que hubiere ejecutado al deudor ante un juez podrá, á pesar de la litispendencia, ejecutarle nuevamente ante otro y abandonar la ejecucion comenzada sobre la misma cantidad. Febrero, siguiendo á Paz, Carleval y Hevia Bolaños, sostiene la afirmativa, fundándose en que la via ejecutiva no puede causar instancia, por procederse en ella sumariamente, y en que en este juicio solo se considera la cobranza del crédito.

Mas contra esta opinion se declaran Gatiérrez, Escriche y otros autores respetables, fundándose en que seria contrario en equidad y justicia vejar á un deudor por una misma deuda con repetidos procedimientos y en diversos lugares, á todos los cuales no podria tal vez acudir á un tiempo mismo, y en que no habia ley que apoyara la opinion contraria. Sin embargo del hecho de haber omitido la nueva ley de Enjuiciamiento esta escepcion entre las que enumera en el artículo 965 con exclusion de otra alguna, puede deducirse un argumento á favor de la primera opinion, y contra la segunda, que por lo demás creemos mas equitativa. Pero de ninguna manera deberá estenderse esta doctrina al caso de haberse sentenciado la causa de remate y satisfecho el crédito sobre que versaba la ejecucion, pues entonces existe la escepcion de cosa juzgada y puede alegarse por estar comprendida en el art. 965 citado.

1106. Mas aunque causa estado este juicio en cuanto al derecho y escepciones en él alegados y sobre que recayó sentencia en el mismo, no causa escepcion de cosa juzgada respecto de dichas escepciones y derechos, para el efecto de poder, tanto el actor como el reo, aun despues de pronunciada la sentencia de remate, controvertir de nuevo su derecho por los trámites ámplios y solemnes del juicio ordinario, segun terminantemente se declara en el art. 971 de la ley de Enjuiciamiento civil.

1107. Acerca de si el acreedor que intentó la via ordinaria, podrá dejarla y pasar á la ejecutiva, hé aquí la doctrina que esponen Febrero.

«Por falta de decision legal están discordes los actores sobre este punto. Algunos opinan por la afirmativa, con tal que el acreedor pague al reo los gastos y costas que hizo en la via ordinaria; pero Carleval, con cuyo dictámen se conforma Febrero, pone dos casos:

1.º Cuando el acreedor pudiendo usar de via ejecutiva, eligió la ordinaria, y despues deja esta para pedir por la primera; en cuyo caso resuelve con mas de treinta autores que cita, que no puede hacerlo y que le obsta la escepcion de litispendencia, á menos que el deudor se conforme; lo uno, porque eligiendo la ordinaria cuando estaba en su mano intentar la ejecutiva, dió á entender que renunciaba esta: lo otro, porque carece de facultad para eludir el juicio que principió y se halla ya travado con el deudor, sin que este lo consienta; pues por la contestacion pasó á cuasi con-

trato, y tambien porque lo que se principia solemnemente, se debe terminar con la misma solemnidad por la sentencia.

2.º Cuando el reo, temiendo ser demandado por el actor, previene á este en via ordinaria con el pedimento que llaman de *jactancia*, alegando tener escepcion contra el instrumento ó sentencia que trae aparejada la ejecucion; y pretendiendo por el juez lo declare asi.

En este caso opina Carleval que la via ordinaria no impide la ejecutiva, y que por lo tanto puede seguirse esta sin que obste la escepcion de pleito pendiente porque ningun derecho autoriza al deudor para defraudar al acreedor y quitarle el remedio ejecutivo que por virtud del instrumento ó sentencia le concede la ley, especialmente habiendo intervenido en el otorgamiento de aquel su voluntad y consentimiento.

1108. Amplia Carleval su opinion y doctrina aun al caso de haberse principiado la via ordinaria ante un juez eclesiástico, esponiendo ser ilícito y usurario el contrato; ó ante un juez secular y la ejecutiva ante otro; y lo limita cuando la escepcion resulta manifestamente del mismo instrumento, ó esté contenida en él, pues entonces habrá lugar á admitirla, y obstará para pedir la ejecucion; porque asi como la accion que compete en su virtud es cuarentigia, tambien lo es la escepcion que incluye; y como tiene igual fuerza, se debe seguir y concluir el juicio del reo, como preventivo, antes que el pretendido despues por el actor.

1109. Si el acreedor intenta primero la via ejecutiva, y luego pasa á la ordinaria, de cuyo caso no trata Carleval, podrá dejar la segunda, y volverse á la primera pagando al deudor las costas causadas en la ordinaria que nuevamente intentó, porque estas aunque diversas, no son contrarias; la ejecutiva está introducida en su favor, y por el uso posterior de la ordinaria, no es visto haberla renunciado á menos que lo espresase asi; ademas, ningun perjuicio causa con esto al reo, pues que le paga las costas ocasionadas por el cambio.

Procede lo mismo cuando el deudor autorizó en el instrumento al acreedor para mudar los juicios, y cuando el segundo intentó la via ordinaria con la protesta de volver á la ejecutiva cuando bien le pareciese.

1110. El juicio ejecutivo se divide en dos períodos ó partes: la primera contiene el procedimiento sobre embargo, depósito y traba de los bienes del deudor, oposicion y escepciones de este, recepcion de pruebas y sentencia de remate: la segunda contiene los trámites precisos y sumarísimos para la venta y adjudicacion de bienes ó para la ejecucion y cumplimiento de dicha sentencia. Esta segunda parte tiene el nombre especial de *via de apremio* por la rapidez con que en ella se procede, y se aplica á veces sola y aisladamente para la realizacion ó cumplimiento de obligaciones declaradas y robustecidas por sentencia ejecutoria ó que constan de títulos á que la ley da igual fuerza y eficacia que á estas, segun vamos á esponer en la seccion siguiente.

## SECCION II.

## DE LOS TITULOS QUE TRAEN APAREJADA EJECUCION.

1111. Traen aparejada ejecucion para procederse segun los trámites del juicio ejecutivo en sus dos períodos ó partes los siguientes títulos.

1.º Los instrumentos públicos otorgados con las solemnidades y requisitos que exigen las leyes: leyes 114, tit. 18, Part. 5; 1.ª y 3.ª, tit. 28, lib. 11, Nov. Recop., y art. 941 de la ley de Enjuiciamiento civil.

2.º *Cualquier documento privado que haya sido reconocido bajo juramento ante la autoridad judicial:* leyes 119, tit. 18, Part. 5, 4 y 5, tit. 28, lib. 11, Nov. Recop., y art. 941, núm. 2.º y 492 de la ley de Enjuiciamiento.

3.º Los libros y cuentas estrajudiciales hechas por las partes ó por los contadores que eligen, si ellas las reconocen y consienten en juicio del modo ya dicho, ó en instrumento público: doctrina que se deduce de las leyes citadas.

4.º *La confesion de la deuda hecha ante juez competente* por el deudor ó quien le represente: leyes 7, tit. 5, 2, tit. 15, Part. 5; 4, tit. 28, lib. 11, Nov. Recop., y art. 941, núm. 5 de la de Enjuiciamiento.

5.º La liquidacion ó instrumento simple líquido en cantidad, daños é intereses, siendo reconocido y consentido por la parte con juramento segun se dirá mas adelante: doctrina que sientan los autores y que se deduce de los arts. 944 y demás citados de la ley de Enjuiciamiento civil.

1112. Los títulos que se consideran con fuerza ejecutiva suficiente para procederse á hacer efectiva desde luego, por la via de apremio, la obligacion que contienen, son las siguientes:

1.º La sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ó ejecutoriada, aunque fuera de árbitros ó de amigables componedores: leyes de tit. 27, Part. 5; 1 y 3, tit. 17; 5, tit. 28, lib. 11, Nov. Recop.; art. 281 de la Constitucion, y 818, 856 y 891 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Tales títulos se llevarán á efecto por los trámites que establece la nueva ley para la ejecucion de las sentencias y que espondremos en el título que trata de estas.

2.º Lo convenido en el acto de conciliacion, pues segun el art. 218 de la ley de Enjuiciamiento se llevará á efecto por el juez de paz si no escediere de la cantidad prefijada para los juicios verbales, y si escediera, por el juez de primera instancia, de la manera y en la forma prevenida para la ejecucion de las sentencias.

3.º La transacion hecha entre partes por ante escribano público y el parecer uniforme de contadores que las mismas nombraren, ó en su rebel-día el juez, aprobados por el mismo, quedando ejecutoriada la sentencia aprobatoria, pues tiene la misma fuerza que la cosa juzgada: leyes 4 y 5, tit. 17, lib. 11, Nov. Recop.

4.º Los juros y libranzas espedidas por las autoridades competentes contra sus tesoreros, cobradores ó administradores de las rentas públicas: leyes 14, tit. 7 y 9, tit. 16, lib. 9 de la Recop.

5.º Las certificaciones de los contadores de la hacienda nacional y demás funcionarios que tienen á su cargo el cobro de rentas públicas contra los deudores á dichos fondos: art. 25 de la Int. de 6 de junio de 1828, 216 de la ley de 5 de enero de 1829, y 1.º de la real orden de 29 de noviembre de 1829.

Este título y el anterior se llevan á efecto por las autoridades administrativas en la forma que espondremos al tratar de la persona que puede ser ejecutada por deudas.

6.º Anteriormente era doctrina admitida fundada, entre otras disposiciones, en los artículos 192, 219 y 220 de las ordenanzas de las audiencias, ser procedente la ejecucion por la via de apremio, respecto de los honorarios y derechos de los jueces, abogados y curiales; mas en el día se cree improcedente este procedimiento para obtener el cobro de dichos derechos, fundándose en el silencio de la nueva ley sobre este punto al tratar del juicio ejecutivo. Sin embargo, disponiéndose en los artículos 78 y siguientes de la ley, el procedimiento que se ha de seguir para regularse dichos honorarios y sobre el que ha de recaer sentencia judicial, creemos aplicable en tal caso para el cobro de aquellos honorarios el procedimiento que establece la ley en su tit. 18, seccion 1.ª para la ejecucion de las sentencias, y en su consecuencia la via de apremio, puesto que se trata de llevar á efecto en este caso una sentencia judicial. Esta doctrina se deduce especialmente del artículo 81 que dice, que el tribunal ó juez de primera instancia con presencia de lo que las partes hubieran espuesto y de los informes reunidos sobre honorarios aprobará la tasacion ó mandará hacer en ella las alteraciones que estime justas, sin ulterior recurso. A este caso se referia tambien el art. 192 de las ordenanzas de las audiencias, puesto que disponia que si la parte se quejase del abogado por esceso en los honorarios, la sala en que pendiese ó se hallase el negocio respectivo hará la regulacion, oyendo á aquel, y lo que ella determinare *se ejecutara sin ulterior recurso.*

7.º Las cédulas, provisiones, privilegios y rescriptos reales: leyes 28 y siguientes, tit. 18, Part. 5. Aunque en el día no será fácil que ocurran casos de esta especie por no ser propio del nuevo régimen la espedicion de dichos rescriptos, pueden presentarse esta clase de títulos espedidos durante el régimen antiguo, en cuyo caso tendrian que aplicarse las disposiciones de nuestras antiguas leyes sobre esta materia, sobre su cumplimiento por la via de apremio.

Acerca de los requisitos que segun dichas leyes debian concurrir en estos títulos para que tuvieran fuerza ejecutiva, hé aquí la doctrina que es-pone Febrero.

1113. Los rescriptos, privilegios, cédulas y provisiones reales que no irrogan perjuicio á tercero ni al público, ni han sido dados con el vicio de obrepcion ó subrepcion, ni se oponen al derecho divino, natural ó positivo,

y por consiguiente son justos, deben ser obedecidos y traen aparejada la ejecucion: leyes 2, 3, 4 y 5, tít. 4, lib. 3. Novísima Recopilacion y 20, 29, 30, 31, 36 y 39, tít. 18, Part. 3; pero si envuelven perjuicio de tercero, no se han de ejecutar hasta despues de oírle y proveer sobre ello, aunque contengan cláusulas derogatorias, segun las mismas leyes citadas y otras.

Si fueren únicamente contra derecho positivo, y contuvieren cláusulas especialmente derogatorias de este, habiéndose espedido con las de *motu proprio, cierta ciencia y poderio real absoluto, se debia ejecutar en otro tiempo*, mas no, careciendo de ellas.

Mas esta doctrina no puede tener hoy uso alguno en tela de juicio y artículos de justicia, porque el rey y sus ministros nada proveen ni pueden proveer en aquel sagrado circulo; tal vez ocurra algun caso en puntos de gobierno y administracion; pero tampoco en estos pueden infringir ni derogar las leyes vigentes.

No vale el rescripto dado contra otro, á menos que en aquel se haga mencion específica de este, derogándole, ó que no se le oponga la excepcion al primero: ley 36, tít. 18, Part. 3; y si este contiene cláusulas derogatorias de los que puedan darse despues, y la parte adquirió derecho en la cosa que se le concedió por él, es ineficaz el segundo cuando carece de ellas; pues para derogar al primero es necesario que las contenga, por cuanto se presume que el rey á nadie quiere privar sin justa causa del derecho adquirido.

Tampoco vale ni hace fe el espedido contra el estilo acostumbrado en el tiempo en que se espidió, porque se presume falso (ley 4, tít. 20, Part. 3); ni el obtenido sin poder de la parte que suena, en materias de justicia, aunque sí en las de gracia. V. las leyes 29 á la 32, 36, 52 y 55, tít. 18, Part. 3, 5 y 6, tít. 4, lib. de la Nov. Recop.

1114. Pasemos ahora á esponer con el debido detenimiento las circunstancias y requisitos que deben concurrir en los títulos reseñados en el número 1111 segun nuestras leyes de Partida y recopiladas y la nueva ley de Enjuiciamiento, en virtud de las cuales puede procederse contra el deudor por los trámites que constituyen el juicio ejecutivo en sus dos partes ó períodos mencionados.

*Instrumento ó escritura pública.*

1115. La nueva ley de Enjuiciamiento, despues de consignar en su artículo 941 la doctrina que llevamos espuesta sobre que *para que el juicio ejecutivo pueda tener lugar, se necesita un título que traiga aparejada ejecución, designa en primer lugar; la escritura pública con tal que sea primera copia ó si es segunda, está dada en virtud de mandamiento judicial y con citacion de la persona á quien deba perjudicar, ó de su causante*. Esta disposicion no hace mas que consignarlas de leyes 10 y 11, tít. 19 y 114, tít. 18, Part. 3 y 9, tít. 28, lib. 11 de la Nov., consignadas tambien en la ley de Enjuiciamiento mercantil, art. 506, núm. 2.º y que espusimos estensamente en los números 765 y siguientes y especialmente en 778 y 779 del

libro 2.º de este tratado. Las leyes se han limitado á dar fuerza ejecutiva á la escritura original ó de primera saca y á la segunda copia, por la autoridad de que gozan sobre su autenticidad y exactitud, en virtud de las solemnidades que para su estension y copia requiere el derecho, y especialmente por hallarse presente el deudor, cuyo consentimiento viene á ser como una confesion de la obligacion que en ellas se contiene. Por falta de estas solemnidades y circunstancias no da la ley fuerza ejecutiva á las demás copias, si bien harán fe para reclamarse el cumplimiento de la obligacion que contienen por los trámites del juicio ordinario, segun se espuso al tratar de este. Aunque la nueva ley usa de la palabra *escritura*, tambien deben entenderse ejecutivos los documentos auténticos que reconociere el que los da, y en contra suya, segun espusimos en el núm. 762; lo que se funda en las razones ya espuestas.

1116. Hé aquí la doctrina que espone Febrero en este lugar sobre las circunstancias que deben concurrir en la escritura pública para que pueda producir ejecucion, aplicable á lo dispuesto por la nueva ley.

1117. Trae aparejada la ejecucion el instrumento público original otorgado ante escribano público, ó notario real ó numerario, que hace fe por tener todos los requisitos legales, con tal que esté claro y se pueda entender su contesto. Siendo tal su estado, nada importa que el pago del débito sea puro, condicional ó á dia cierto, si este llegó y se cumplió la condicion, ni que el acreedor no estuviese presente á su otorgamiento: escusado es decir que no hay necesidad de que el deudor le reconozca previamente, como la hay en los vales y papeles privados. No es tampoco necesario que tenga el instrumento la cláusula *cuarentigia* por la que confieren los otorgantes poder á los jueces para que les apremien á su cumplimiento, como si tuviese fuerza de cosa juzgada, pues el instrumento adquiere la fuerza ejecutiva de las formalidades con que le reviste la ley.

Pero debe tenerse muy presente, que si el instrumento es de aquellos de que el escribano no puede dar al interesado mas copias que la primera, llamada *original*, esta solo goza de fuerza ejecutiva, no la segunda, á menos que haya sido sacada del protocolo con las solemnidades legales, porque en este caso se subroga en lugar de la primera y surte todos sus efectos.

Llámase esta copia *original*, porque el escribano, bajo pena de perder el oficio y responder de los perjuicios, no puede dar mas que una, por mas que el acreedor ó interesado solicite la segunda, con pretexto de habersele perdido la primera ó con otro cualquiera; de consiguiente no puede suceder que haya otras originales, y el escribano debe poner en el protocolo nota de haberla dado, para que así conste en todo tiempo.

Las escrituras de que el escribano no puede dar de propia autoridad sino la primera copia, son aquellas en cuya virtud se puede pedir la deuda tantas veces cuantas parezca la original; como las de obligacion de dar, pagar ó hacer alguna cosa, las de imposicion de censo, arrendamiento, etc., ó las que pueden perjudicar á contrario. Deberá, sin embargo, darse segunda, precediendo lo siguiente:

El acreedor ha de acudir al juez del pueblo en que se otorgó la escritura jurando que sin culpa ni malicia suya se perdió ó quemó la copia original, y que no está reintegrado de su crédito; pedirá por lo tanto que mande darle otra copia, obligándose tambien con juramento á devolver la primera, en caso de encontrarla, para que el escribano la rompa y cancele.

El juez mandará hacer saber esta solicitud al deudor, y si este dentro de tercero dia confiesa la deuda ó no se opone, se mandará dar la copia, que el escribano estenderá á continuacion del pedimento, auto y citacion, no separadamente.

Si el deudor comparece alegando que pagó la deuda, y contradice por lo mismo la dacion de la segunda copia, le concederá el juez término suficiente para probarlo; no probándolo el deudor dentro del tiempo señalado, se mandará dar la copia; así como se denegará si justifica que se le remitió la deuda, ó que por haberla satisfecho se le entregó la copia original, que existe en su poder.

Si el juez despues de citado y oido el deudor, manda dar segunda copia, debe el escribano en cumplimiento de su obligacion poner nota en el protocolo con relacion de todo para que conste en lo sucesivo haberse dado, á fin de que el acreedor no pueda cobrar dos veces su crédito, si parece la primera, y se eviten pleitos y perjuicios al deudor.

Debe tambien tenerse presente en los instrumentos de que vamos hablando, que si la copia está dada por «concuera con el protocolo» ó con otra palabra equivalente, aunque sea en el mismo dia del otorgamiento, si no está suscrita por el escribano (segun debe este hacerlo con arreglo á la ley 54, tit. 19, Part. 5), no se tendrá por la original y primera, que es la que tiene la virtud ejecutiva; ya porque le falta la suscripcion que pone por forma dicha ley diciendo, *debe*, cuya palabra denota necesidad y obligacion de hacer alguna cosa; y ya porque con omitir la suscripcion da á entender el escribano que ha dado otra copia y que por esto le pone el *concuera*, aunque le está prohibido dar por sí sin la espresada solemnidad mas que una de las de esta clase.

Conviene por lo tanto, que el escribano ponga el mayor cuidado en no dejar de suscribir la primera copia, para no causar por su omision perjuicios al acreedor; y de todos modos el juez no debe despachar la ejecucion cuando la copia no esté suscrita, pues ha habido casos en que aquella se ha declarado nula por habersele opuesto la dicha escepcion.

Procede la ejecucion respecto del instrumento y obligacion condicional, cuando haya existido la condicion, bien sea espresa ó tácita; como la promesa de dote, que lleva envuelta la condicion de efectuarse el matrimonio, por lo que para pedir ejecutivamente el marido el cumplimiento ó entrega de aquella, necesita probar haberse celebrado el matrimonio, á no ser notorio; bien que si se despacha la ejecucion y el reo no apela, valdrá el proceso siempre que se cumpla la condicion en el discurso de aquella.

Ademas, para producir ejecucion el instrumento hecho ante escribano, ha de ser este numerario, porque si pasó ante el real no tendrá esta fuerza,

escepto que no lo haya numerario en el pueblo donde se otorgó, ó que habiéndolo, se haya otorgado con su consentimiento para su protocolo, ó en la córte; pues segun la ley 7, tit. 23, lib. 10, Nov. Recop., pueden actuar en ella los reales aun habiéndolos numerarios; ó que sea instrumento concerniente á las comisiones para las que suelen disputarse los reales; ó donde hay costumbre de que estos autoricen instrumentos para sus registros, aun cuando los haya numerarios.

Debe por último advertirse que aunque el instrumento haya sido autorizado por escribano numerario, si este le hizo como persona y en forma privada sin signarle ó sellarle, no trae aparejada ejecucion, porque sin el signo no hace fe, mediante á que la ley 54, tit. 18, Part. 5, lo prescribe tambien por forma, mandando que ponga en él su signo, firma y suscripcion; y en el título que se espide á los escribanos se dice: «que siendo puesto en los instrumentos el signo que el rey les da (el cual se figura en el mismo título), hagan fe y pruebe:» de que se deduce por el contrario que si falta el signo, no hacen fe.

Opina Febrero que puede procederse ejecutivamente á virtud de un instrumento otorgado fuera de estos reinos en pueblo donde no es ejecutivo, siempre que tenga los requisitos necesarios para serlo aquí; porque en todo lo concerniente al orden del juicio se debe atender y atiende siempre al lugar en que se sigue, y no á aquel en que se formalizó el contrato ó instrumento, aunque en lo sustancial de este se debe mirar al en que se celebró; pero no creemos arreglada á justicia esta doctrina, porque esto seria contra voluntad de las partes, que en este reino y en todos debe respetarse como la base y fondo de las obligaciones: la via ejecutiva es mas rígida y gravosa al deudor; si no quiso sujetarse á ella en otro reino, ¿cómo por la misma escritura se ha de hacer peor su condicion en este?

Trae asimismo aparejada ejecucion el instrumento en lo que contiene tácitamente, siendo conjunto de lo que está espreso en él. Así, aunque en la obligacion dotal ó instrumento de la deuda no se hable de la restitution de la primera y pago de la segunda, se tienen por espresos, y se puede proceder ejecutivamente en su virtud. Lo propio sucede en lo que se compra en almoneda, pues no es menester pactar su satisfaccion porque se tiene por espreso, mayormente cuando es de la naturaleza de este contrato la solicitud de lo comprado.

No trae aparejada ejecucion el instrumento novado, pues con la novacion se acaba la primera obligacion y se constituye otra nueva; de consiguiente pierde toda su fuerza el instrumento.

Tampoco la trae el instrumento de arriendo por el tácito del año siguiente al en que espiró el arriendo espreso; pues sin embargo de que segun la ley 20, tit. 8, Part. 5 (y el decreto de Cortes de 8 de junio de 1815, restablecido en 6 de setiembre de 1856) por el derecho de permanecer el arrendatario en la finca tres dias ó mas con aquiescencia del dueño, se entiende arrendada por otro año con las mismas condiciones, hipotecas, aprecio y seguridades anteriores por ser accesorias al contrato principal (aunque

no en lo tocante al fiador, si no se renueva la fianza), no se comprende en el dicho arriendo tácito la escritura ó instrumento para el efecto de ser ejecutivo, escepto que se pacte en él y proceda liquidacion y confesion llana del débito.

Por lo mismo en los contratos de arrendamiento conviene se ponga la condicion «de que por el año ó años mas que el arrendatario permanezca en el arriendo, ha de pagar la propia cantidad y renta que por los pactados espresamente, y ha de poder ser ejecutado por la de cada uno en iguales términos, sin ser necesario hacer prévia liquidacion ni otra diligencia, y entenderse comprendidos en el primer arriendo con la misma hipoteca, prelación y seguridades, como si todo fuera especificado en él, sin diferencia alguna.»

1118. No es ejecutivo ni aun hace prueba el instrumento público ó privado, cuya firma se reconoció en juicio que se remite á otro, sin que conste primero de este, sea por estar inserto en él como debe estarlo, ó por manifestarse separado; en cuya atencion deben presentarse ambos, y siendo privados, reconocerse por el deudor: si no se presentan, debe el juez darle traslado liso y llano, mas no despachar la ejecucion porque será nula, denegar al acreedor lo que pretenda, mandándole que pida con arreglo á derecho: Curia filipica, part. 2, § 5, números 2 y 5.

Pero lo espuesto en este número debe entenderse del caso en que el instrumento referente nada dispone, ó la remision es condicional, porque si esta es casual y aquel contiene disposicion en si mismo, y el otorgante se obliga en él, de modo que si en el relato consta claramente lo que se pretende en el referente, hace ya prueba y se puede á su virtud proceder ejecutivamente, como sucede en el en que el fiador se obliga á pagar la deuda que consta en otro, aunque este no se exhiba. En la sentencia, pues, la dada en otro juicio perjudica al fiador para que se proceda contra él ejecutivamente, sin necesidad de nuevo proceso. En la obligacion que se hace por la cosa vendida refiriéndose á la venta. En el reconocimiento de censo, sea enfiteútico ó reservativo, sin que se produzca la escritura de imposicion; especialmente si en esta se pactó asi; y en otros casos semejantes, siendo de notar que si la cosa debida pereció por culpa del deudor, se puede proceder ejecutivamente contra él por su importe en virtud de instrumento público; pero esto debe entenderse que ha de ser, fijándose cantidad cierta y líquida del valor de la cosa y de los perjuicios.

1119. Segun la ley 22, tit. 1.º, lib. 10 de la Novísima no era ejecutiva la escritura de obligacion en que hubiere intereses, si faltaba el juramento de su importe que debian hacer acreedor y deudor: el deudor, dice la ley, al tiempo que otorgare cualquier escritura ó cédula en que se obligue á pagar alguna cantidad, declare en ella con juramento si hay intereses y lo que montan, y el escribano dé fe de tal juramento, y el acreedor para usar de la escritura ó cédula hecha en su favor haga el mismo juramento; y sin lo uno y sin lo otro no se pueda ejecutar ningun instrumento ni cédula, aunque esté reconocida, ni admitirle las justicias en ningun tribunal, ni en

juicio ó fuera de él, ni haga fe ni probanza para ningun caso ni efecto, porque queremos que lo susodicho sea tenido por forma sustancial de cualesquiera obligaciones ó contratos que se hicieren ó celebraren por escrito; y faltando en ellos la dicha forma, los declaramos nulos, como si no se hubiesen hecho ni otorgado, y no obstante el dicho juramento de entrambas partes, siempre que se probase lo contrario, se procederá contra ellos, como usurarios y logreros conforme á derecho. Mas en el dia debe considerarse derogada esta disposicion por la ley de 14 de marzo de 1836 que deja á los prestamistas en libertad de exigir el interés que hubieren creído conveniente estipular.

Finalmente, no es ejecutivo el instrumento que carece de las formalidades legales y que no está estendido en el papel sellado correspondiente á la calidad y cantidad del contrato con arreglo al real decreto de 8 de agosto y real instruccion de 1.º de octubre de 1851.

Tampoco es ejecutiva la obligacion de satisfacer lo que se perdió en el juego, aunque sea de los permitidos; ni la de pagar las mercaderías que los mercaderes, plateros y otros negociantes fian á los novios para casarse; ni la que constituyen los hijos de familia de pagar cuando se casen, heredem á sus padres ó sucedan en mayorazgo, ó para cuando tuvieren mas renta ó hacienda, á menos que lo permitan sus padres; ni la que contrae la mujer casada sin licencia de su marido, y en una palabra ninguna que contenga obligaciones prohibidas por las leyes, como que por esto mismo son nulas.

1120. Cuando el título ó escritura no tuviese fuerza ejecutiva por carecer de alguna de las condiciones espuestas como necesarias para ello, podrá prepararse la ejecucion segun vamos á decir en el párrafo siguiente.

*Documentos privados.*

1121. El art. 941 de la ley de Enjuiciamiento civil dispone que tiene aparejada ejecucion cualquier documento privado que haya sido reconocido bajo juramento ante la autoridad judicial. No es, pues, necesario que el reconocimiento se haya verificado ante juez competente como se entendia con anterioridad á la nueva ley, de suerte que aunque se declarase la incompetencia de este para conocer del juicio, el documento reconocido ante él tendrá fuerza ejecutiva, y lo mismo cuando se verificase el reconocimiento ante el juez de paz en juicio de conciliacion, porque aqui la ley atiende solo á si la persona ante quien se verifica se halla adornada de los conocimientos y autoridad suficientes para recibirlo y acreditarlo en forma. Cuando el deudor hubiese firmado el documento, bastará que reconozca la firma, aunque niegue la deuda, para que se despache la ejecucion en virtud de dicho documento, si bien podrá esceptionar en el curso del juicio el ejecutado, la falsedad del título ejecutivo, segun le faculta el art. 965 de la ley de Enjuiciamiento. Así se deduce de lo dispuesto en los artículos 942 y 945 sobre el modo de preparar la accion ejecutiva cuando un título ó escritura no

tuviere por sí solo fuerza ejecutiva y se necesitare con dicho objeto el reconocimiento de la firma por el mismo deudor, á saber, que podrá pedirse y deberá ordenarse que declare bajo juramento indecisorio, y que reconocida la firma quedará preparada la ejecucion, aunque se niegue la deuda: y si no se reconociere, el acreedor podrá usar de su derecho en juicio ordinario.

1122. Para verificarse el reconocimiento ó declaracion espuestas, deberá presentar el acreedor escrito al juez, pidiendo se reconozca ó declare por el deudor bajo juramento, el contenido ó la firma del documento, en su caso: el juez mandará comparecer al deudor, y verificado el reconocimiento, pasará lo actuado al demandante para que pueda promover el juicio ejecutivo, ó demandar, si no se verificó, en juicio ordinario. Este procedimiento deberá sujetarse á las disposiciones de los artículos 293 y siguientes. Sin embargo, no tendrá aquí aplicacion lo prescrito en los mismos sobre el apercibimiento de tener al deudor por confeso y sobre declarársele tal, si sus respuestas no fueren categóricas, así como tampoco habrá lugar á haberle por confeso cuando citado no se presentare al reconocimiento ó declaracion, pues estas disposiciones sobre el juicio ordinario no tienen aplicacion respecto del ejecutivo, por ser cada uno de estos juicios de distinta naturaleza, puesto que aquel tiene por objeto declarar derechos dudosos y este llevar á debido efecto los ya reconocidos, declarados ó consignados en títulos que constituyen prueba plena, y asimismo por ser demasiado duro y riguroso dar á la confesion ficta la fuerza de un título ejecutivo. Véase el núm. 876 y siguientes del 2.º libro de esta obra.

1123. En lo demás es aplicable, respecto de estos reconocimientos, lo dispuesto en nuestra legislacion anterior y la doctrina que con arreglo á ella esponen los autores, y segun Febrero es lo siguiente.

Los vales ó papeles de obligacion; ya sean á favor de persona determinada, ya digan solamente: «vale que pagaré á quien este me entregare, etc., que se llaman vales ciegos;» las cartas en que alguno confiesa la deuda ó pide á otro le preste cierta cantidad, diciéndole en ellas que le sirvan de resguardo, y los demás papeles simples que la ley llama y comprende en el nombre de *conocimientos*, si son reconocidos paladinamente por el deudor que los firmó, procedido juramento ante el juez, traen aparejada ejecucion en cuanto á lo líquido confesado, tengan ó no fecha.

Lo mismo sucede, aunque no los haya escrito íntegramente el que los reconoce, si los firmó y reconoce su firma: porque el firmante de un papel aprueba todo su contenido y está en el mismo caso que si lo hubiera escrito todo de su puño: y cuando no lo haya escrito ni firmado por no saber ó no poder, si lo reconoce en la forma espuesta, sucederá lo mismo, porque la obligacion es suya y no del que en su nombre ó de su orden lo escribió y firmó: leyes 4 y 5, tit. 28; lib. 11, Nov. Recop.

Si el heredero del deudor reconociese llanamente el vale hecho por este, se puede despachar ejecucion contra él por su importe; mas no puede ser compelido á hacer el reconocimiento, si no quiere; porque es cosa incua

obligar al sucesor á que jure sobre lo que no ha visto escribir y firmar, y sobre un hecho de que tal vez no tiene noticia; á lo que se agrega que el vale puede ser supuesto, habiendo como hay tan diestros y consumados imitadores de letras. Así que, no reconociéndole en la forma espuesta, deberá el acreedor seguir la via ordinaria para reintegrarse de su crédito.

Si el deudor niega la deuda, y tambien su firma, no se debe despachar ejecucion contra él, aunque los testigos que presenciaron la estension de los papeles referidos y los que los firmaron á su ruego ó de su orden, los reconozcan, porque la ley recopilada (4, tit. 28, lib. 11, exige que sean reconocidos por los mismos deudores, como lo evidencian estas palabras: «los conocimientos reconocidos por las partes ante el juez que manda ejecutar;» y faltando este requisito indispensable, aun cuando el deudor pacte y consienta que se estimen por escrituras públicas y que no sea necesario su reconocimiento, de nada aprovechará este pacto, ni el papel tendrá fuerza de instrumento público para despacharse en su virtud la ejecucion, porque el derecho público, al que pertenecen las formas y solemnidades de los instrumentos y el orden de los juicios, no puede alterarse por la voluntad de los particulares.

Ni para proceder ejecutivamente basta el cotejo ó comparacion de letras con otras indubitadas del deudor, porque esta hace á lo mas semi-plena probanza, y aun para la via ordinaria debe arreglarse el juez á lo prevenido en las leyes 114, 117, 118 y 119, tit. 18, Part. 5, de las que se ha hablado en el juicio ordinario, y así como no basta para despachar la ejecucion, tampoco para eludirla, aunque el deudor presente el papel y se coteje en el término de los diez dias: por lo que se debe sentenciar la causa de remate y reservar al ejecutado su derecho para que, hecho el pago bajo fianza, use de él en juicio ordinario.

Tampoco bastan las deposiciones de los testigos, aunque digan uniformemente que vieron al deudor firmar el papel, reconozcan la firma de este y las suyas, y afirmen la certeza del débito; ni otra prueba alguna, por clara y líquida que sea, la trae aparejada, porque esto es bueno solamente para que hagan fe en juicio y se pueda proceder en via ordinaria á la condenacion, mas no para despachar la ejecucion.

Queda ya dicho que el reconocimiento ó confesion presunta que induce la ley en pena de contumacia, no trae aparejada ejecucion; por lo que no deberá despacharse contra el deudor que no quiere reconocer el vale ó huye; y así lo practican los jurisperitos.

Escepcionando el deudor en el mismo acto de su confesion y reconocimiento, como puede hacerlo, que no se le entregó la cantidad ó cosa que se pide (pues la ley 9, tit. 1, Part. 5 no se limita al dinero, y se estiende á otras cosas por identidad de razon), cuya escepcion se llama del dinero no entregado, si no han pasado los dos años que prefiere dicha ley para oponerla, contados desde la fecha del vale ó desde que se hizo el préstamo ó contrajo la obligacion, no se debe despachar la ejecucion en virtud de este reconocimiento, porque la cualidad ó escepcion propuesta es conjunta,

individua ó inseparable de él; y por lo mismo no puede producir mérito en lo ejecutivo, aunque el vale se halle autorizado y corroborado con la solemnidad del juramento.

Pero si han corrido los dos años contados desde la fecha del vale, se ha de despachar la ejecucion, aunque en el acto del reconocimiento oponga la referida escepcion, pues la circunstancia agravante del trascurso de los dos años sin oponerla ó pedir la devolucion del vale ó entrega del dinero, produce el efecto de incumbir al reo la prueba de no habersele entregado, en pena de su descuido y silencio por el dicho tiempo: y aun á pesar de esta prueba juzgan muchos que debe despacharse, atendiendo á lo establecido por la ley 9 que acabamos de citar.

Lo mismo procede cuando confesó llanamente, y la opone despues del reconocimiento, porque es inconexa y distinta de este, y contra la confesion pura no se admite escepcion que impida despachar la ejecucion; como tambien cuando la renunció espresamente en el mismo vale, ó en otro papel diverso, aunque le reconozca antes de los dos años; lo cual dice Febrero haber visto declarado en el Consejo, pues ninguna ley establece que pueda renunciarse únicamente en escritura pública, ni prohíbe practicarlo en la privada: bien que para que la causa no se sentencie de remate, puede probarla en el término legal; y si no pudiese dar esta prueba deberá hacer el pago, oyéndosele despues en vía ordinaria, donde en caso de probarse tendrá el acreedor que restituir lo percibido.

Si dentro de los diez años contados desde la fecha del vale pide el acreedor su reconocimiento (para lo cual basta pedir que reconozca la firma, sin ser necesario espresar que declare si debe ó no la cantidad, porque esta ya lo dice), y el deudor declara que la firma es suya, pero niega la deuda alegando que está pagada ó que no la contrajo, ú oponiendo otra escepcion semejante, se debe á pesar de esto despachar la ejecucion; porque del mismo hecho de haber firmado el vale se deduce haber él contraído la deuda, recibido el dinero ó cosa que se le pide, y quedado obligado al pago ó entrega, y que por consiguiente es maliciosa la escepcion: fuera de que el hallarse el vale en poder del acreedor, persuade que no se le satisfizo ni él la remitió, pues de lo contrario lo hubiera recogido el deudor, ó al menos algun resguardo en que así constase: por lo tanto debe justificar la escepcion en el término del encargado para enervar la intencion del acreedor; pero el ejecutado podrá probar en término legal la suplantacion ó falsedad del documento. V. las leyes 119, tit. 18, Part. 3, 4 y 5, tit. 28 lib. 11, Nov. Recop.

Lo mismo deberá practicarse aunque excepciones que tiene cuentas pendientes con el acreedor, porque lo líquido no se debe retardar por lo ilíquido, y las cuentas exigen mas prolijo exámen del que puede hacerse en la vía ejecutiva: de manera que debe pagar, y luego usará de su derecho en la ordinaria.

Aunque en virtud del reconocimiento puro de escritura privada hecha por el deudor puede sin otros adminiculos ni pruebas despacharse ejecucion

contra él, no perjudicará esto á los demás acreedores suyos que tengan escrituras públicas hipotecarias anteriores al reconocimiento de la privada, y por lo tanto serán preferidos al quirografario; debiendo perjudicarles mucho menos despues de formado el concurso, porque en tal caso se presume hecho el reconocimiento con la intencion fraudulenta de privarlos de su derecho: ley 51, tit. 15, Part. 5. Lo mismo debe decirse de la confesion del deudor hecha en los términos que el espresado reconocimiento.

Tampoco perjudican al reconocimiento y confesion del tutor contra el menor, á no ser que en el poder tenga derecho especial para ello.

*Libros y cuentas estrajudiciales.*

1124. En cuanto á las cuentas estrajudiciales (formalizadas por las partes ó alguna de ellas (dice Febrero), ó por los contadores que nombran, bien sean de administraciones y gastos de pleitos, bien de otras cosas y negocios, debe distinguirse de casos.

Si las da un administrador ó encargado de negocios, suele haber algunos de estos en que se hacen gastos secretos, de los cuales no se puede sacar ni se debe pedir recibo, sino estar al dicho ó buena fé del comisionado, ó no haberse fiado de él; hay tambien otros como gastos en pleitos y ciertas menudencias de que no se estila dar recibo, por lo que ha de estarse á la relacion jurada y puntual del que da la cuenta, mientras no se pruebe lo contrario.

Pero si las da sin justificar los pagos de los gastos ó partidas que exigen documentos para su abono, ha de pretenderse para mayor brevedad que el administrador ó encargado reconozca las cuentas y presente los documentos justificativos de la data; y que en virtud del reconocimiento, produzcalos ó no en el término prefijado, liquide el escribano con citacion suya ante todo las partidas no justificadas, y que con la propia citacion y audiencia se apruebe la liquidacion y pase en autoridad de cosa juzgada; y aprobada, debe pedirse que por lo que no resulte justificado ó documentado, se espida mandamiento de ejecucion contra el administrador ó encargado como alcance líquido, sea que saque ó no alguno en la cuenta contra sí.

Fúndase esto en que el cargo es confesion de lo recibido con obligacion de responder de ello, y cierto é indubitado por estar además corroborado con juramento, que es una segunda confesion; y en que no debe darse el crédito á la data ó partidas que debiendo venir documentadas ó justificadas, no vienen en esta forma; de suerte que es lo mismo que si no aparecieran en la cuenta, y el cargo viene á quedar líquido en su importe.

Por lo tanto, no pudiéndose dudar del cargo por la confesion ó reconocimiento jurado, no estando por otra parte justificada la data en debida forma, y habiendo sido contumaz el reo en no producir los documentos sin embargo de habersele mandado, se ha de despachar la ejecucion, no solo por el alcance que ya sacaba contra sí el dador de las cuentas, sino tambien por

lo que carezca de justificacion en la data, pues que esto se presume puesto con el único fin de cubrir el cargo, y así no merece aprecio.

De nada sirve alegar que la confesion y reconocimiento de la cuenta va unido con el cargo y data; porque ni el de esta como hecho en favor suyo debe aprovecharle, ni el reconocimiento, aunque hecho juntamente ó á un mismo tiempo, es individuo é inseparable por recaer sobre hechos diversos y acaecidos en diversos tiempos, de los que el uno puede existir sin el otro, pues que puede haber cargo sin data y aun data sin cargo, cuando todo se suplió y nada se percibió. Así la data no justificada cuando debe estarlo, no es data legitima, sino una suposicion de partidas con el objeto de cubrir el cargo.

Mas cuando el administrador documenta su cuenta y la jura, y aun en el caso de reconocerla despues judicialmente, no debe despacharse la ejecucion so color de que pueden ser suplantados los documentos justificativos; porque estos y el juramento inducen á su favor la presuncion de ser legitimos y verdaderos mientras no se acredite la suplantacion ó falsedad, y sobre esta, como que exige discusion y exámen mas prolijo, debe ser oido en vía ordinaria.

1125. Si las cuentas se aprueban y reconocen judicialmente con la solemnidad legal, y aquel contra quien resulta alcance lo consiente, traen aparejada ejecucion, pero no, faltándoles este requisito, aun cuando el que las formó por orden de los interesados sea hombre timorato, inteligente y fidedigno, y aunque jure que están exactas y arregladas á verdad; por lo que se han de liquidar, examinar y deshacer primero los agravios que contengan hasta quedar justificadas.

1126. Lo espuesto en el número anterior procede aunque el dueño se haya obligado en instrumento público á pasar por la cuenta jurada que le diese su administrador ó apoderado, y á satisfacerle el alcance que saque en ella á su favor, pues sin embargo de que por esta obligacion parezca aprobar la cuenta, confesar por líquido el alcance, y remitirle el importe de los agravios, dado caso de que los contenga, hay en contrario las poderosas razones siguientes:

Las cuentas pueden estar erradas, y ser escesivas ó dolosas algunas de sus partidas; en tal caso, como en todos, el error quita el consentimiento, lo escetivo debe ser reducido á lo justo, y el dolo futuro no se puede remitir ni renunciar por pacto; la aprobacion debe recaer sobre cosa cierta pasada y no sobre la futura, que no tiene existencia; la confesion ha de ser de cosa que no admita duda, y la ejecucion debe tambien ser de lo que no se pueda debilitar por medio alguno; el juramento anticipado del dueño no es decisivo del pleito, porque para hacerle no concurrieron las circunstancias que prescribe el derecho, la obligacion solo induce una mera confianza del dueño, pero escluyendo siempre el dolo que pueda cometer el administrador abusando de ella.

Por estas razones en el caso propuesto, procede únicamente darse mandato de pagar contra el dueño, conminándole en la tercera providencia con

la ejecucion, y si á pesar de esto es contumaz y no acude á pedir los autos, despacharla; mas si acude, se le deben entregar y oírle en vía ordinaria sobre los agravios que oponga á la cuenta.

En el caso de haberse obligado al dueño bajo juramento á pagar á su administrador el alcance referido, y dádole facultad en el mismo instrumento para que por su importe procediese ejecutivamente contra él sin otro requisito, diligencia ni liquidacion, se podrá despachar la ejecucion, porque el juramento ha de observarse siempre que se pueda; y hecho el pago bajo de fianza, usará de su derecho en vía ordinaria por los agravios que halle en la cuenta; porque con el juramento no es visto haber perdonado ni aprobado el dolo ni error ignorados, mientras no lo espese clara y específicamente. Este es mi parecer, dice Febrero, en estos casos que no he visto tratados en niágun autor. Los señores Aguirre, Montalban y Goyena creen que tales casos serán rarísimos, y probarian poco menos que locura de parte del dueño, y encuentran la doctrina de este número, poco en armonía con la del anterior; que les parece mas fundada.

Finalmente, si un administrador tiene aprobadas sus cuentas hasta cierto tiempo, en las que alcanza al dueño, y otras posteriores sin aprobar, y este pretende que las dé nuevamente de todo el tiempo de su administracion, debe el primero resistirlo, porque allanándose á ello, se perjudica en la accion ejecutiva que á virtud de la aprobacion, siendo antes reconocida judicialmente, puede intentar por el alcance líquido: y así las dará solamente del tiempo posterior, pedirá reconocimiento de las precedentes, y en su virtud la ejecucion, y el dueño ó principal, que es el deudor, justificará sus escepciones en el término legal, ó si no las justifica, pagará, reservándole su derecho para la vía ordinaria, en la que hará cada uno su probanza, segun le convenga, sobre todas las cuentas despues de pagar lo líquido, aprobado y reconocido.

Si alguno solicita que otro le dé cuentas, teniendo obligacion de dárselas, se las manda dar el juez y para hacerlas cada interesado nombra contador, ó el juez en defecto del que no le nombrase, como asimismo tercero en caso de discordia. Los contadores, precediendo su juramento hacen las cuentas y las presentan al juez, quien da traslado de ellas á las partes para que las vean y adicionen en el término que les señala, con apercibimiento de que, pasado, las aprobará y mandará ejecutar. Si las adicionan en dicho término, las aprueba el juez, señalando un breve plazo para que se satisfaga el alcance; y si no se hace, se despacha en cuanto á este la ejecucion, no obstante cualquiera apelacion ó contradiccion.

Mas si se adicionan las cuentas en el término señalado, se da traslado de las adiciones á la parte, se sigue un juicio ordinario y se decide por el juez, confirmando ó revocando las cuentas, segun le parezca justo; de cuya sentencia há lugar á apelacion, escepto en lo que los contadores ó su mayor parte estuvieren conformes, si lo confirma el juez, pues en este caso trae aparejada ejecucion, y ha de ejecutarse, sin embargo, de apelacion dándose fianzas de volver lo que se recibiese, en caso de revocarse, con

frutos y segun se mandase (Hevia Bolaños, citado por el reformador de Febrero).

Los libros de cuentas que alguno tiene en su casa y en los que sienta lo que dice estarle debiendo varias personas, no deben ser creidos en esto: ley final, tit. 18, Part. 3, porque la confesion que se hace en los libros es contra tercero, y esta no vale.

Si las cuentras son de bienes del rey, iglesia ó concejo, y sus repartimientos, se han de ejecutar, sin embargo de apelacion por su alcance: siendo reconocido en la forma propuesta y aprobándolas el juez, no en otros términos: ley 6, tit. 17, lib. 7, Nov. Recop.

No debe procederse ejecutivamente contra el obligado á dar cuentas antes de darlas, aunque se advierta y se sepa que ha de resultar alcanzado en ellas, porque hasta entonces no hay cantidad líquida y cierta, mas por los bienes que constan inventariados y por el capital puesto en la sociedad, bien se puede despachar la ejecucion, con tal que se haya pactado asi en instrumento público, porque siendo en este caso indubitados, no se les puede oponer el reparo de ilíquidos y errados.

Una vez dadas las cuentas, no se deben volver á pedir al que las dió, á menos que por su causa haya lesion, dolo ó error en ellas, en cuyo caso, especificándolo señaladamente el que las pide, puede ser compelido el otro á reiterarlas; y debe tambien tenerse presente, que quien pide por todo lo que contiene el libro, debe estar, no solo á las partidas que consta haber recibido el ejecutado, sino igualmente á las que este haya anotado como entregadas al ejecutante, porque se reputan mas bien conjuntas que separadas, y la confesion del ejecutado no puede dividirse.

*Confesion judicial.*

1127. Para que la confesion tenga fuerza ejecutiva es necesario que se haga ante juez competente, segun espresamente dispone el art. 941 de la ley de Enjuiciamiento en su párrafo 3.º, concordante con nuestras antiguas leyes. Por juez competente se entiende aqui, no solamente el que lo fuese para conocer del juicio ejecutivo, sino tambien el que lo fuese segun los artículos 2 al 6 de la ley para conocer de las obligaciones ó de los hechos sobre que aquella versa. Asi lo dice espresamente la ley 4, tit. 28, lib. 11 de la Nov. Recop., tomada de las leyes 1 y 4, tit. 7, lib. 2 del Fuero real, en los siguientes términos: «Ordenamos y mandamos que de aqui adelante los conocimientos reconocidos por las partes ante el juez que manda ejecutar ó las confesiones claras fechas ante juez competente traigan aparejada ejecucion.»

1128. Esta confesion deberá hacerse y tomarse con arreglo á lo prescrito en los artículos 292 al 296 y en el 278 y 292 espuestos al tratar del juicio ordinario, por medio de manifestacion esplicita y categórica y en la forma que allí se espresa; pero no tendrán aplicacion al juicio ejecutivo las disposiciones de los párrafos 2.º y 3.º del art. 295 y del 297 sobre aperci-

bir y declarar el juez confeso al que no compareciere á declarar á la segunda citacion sin justa causa ó se negare á declarar ó persistiese en no responder afirmativa ó negativamente, porque lo dispuesto sobre el juicio ordinario no es aplicable al ejecutivo sino solo en aquello á que espresamente se refiere la ley; lo que se funda en el distinto carácter y naturaleza de ambos juicios, y además en el caso de que se trata, en la regla de que la interpretacion debe ser restrictiva en todo lo que es odioso ó desfavorable. Véase además lo espuesto en los números 852 y 876 del libro 2.º de este tratado sobre los efectos de la confesion ficta en el juicio ordinario. Véase tambien lo dicho en el núm. 327 de aquel libro 2.º, donde se sienta que la negativa de prestar la confesion en el acto conciliatorio no se considera como confesion ficta ni aun para producir efectos con relacion al juicio ordinario, por considerarse aquella como una negativa á la proposicion de conciliacion. Febrero dice tambien, en el juicio ejecutivo, que «la confesion ficta ó presunta que induce la ley en pena de la continuacion no es ejecutiva, aunque algunos dicen que sí porque se tiene por confeso al contumaz siempre que se le cite para que la haga. Lo mismo sienta el Sr. Rodriguez en sus *Instituciones prácticas*, fundándose en que el deudor en realidad nada ha dicho. Y en efecto, el art. 941 de la ley se refiere á la *confesion*, y esta palabra usada en general y sin calificacion alguna, supone una declaracion espresa. La ley de la Nov. citada, usaba tambien de la frase *confesiones claras*, la cual no podia aplicarse á la confesion ficta. Asi, pues, las negativas enunciadas solo surtirán los efectos de confesion ficta para reclamar por la via ordinaria, asi como en el caso de que se negare la deuda, puede hacer el autor uso de su derecho en dicho juicio. Esto último se halla declarado espresamente por la nueva ley en sus artículos 942 y 943, al decir que *para preparar la accion ejecutiva puede pedirse confesion judicial al deudor*, puesto que añade en el art. 943 *que si se niega la deuda, en tal caso, el acreedor podrá hacer uso de su derecho en el juicio ordinario*. Para preparar el juicio ejecutivo por confesion judicial, se procederá en la misma forma ya dicha que para prepararlo por medio del reconocimiento de la firma del documento privado.

1129. Resta advertir sobre este punto, que aunque anteriormente tenia fuerza ejecutiva la confesion que tomaba el escribano en virtud de mandato escrito del juez, en el dia no tendrá aquella, si no la recibe el mismo juez, puesto que segun el art. 55 de la nueva ley, los jueces y ministros ponentes en los tribunales colegiados, recibirán por sí las declaraciones y presidirán todos los actos de la prueba.

1130. Por lo demás, respecto de la confesion judicial, rige la misma doctrina deducida de nuestras antiguas leyes que espone Febrero en los términos siguientes.

Para que la confesion recaiga aparejada ejecucion debe ser clara y pura, ó simple, y hacerse ante juez competente, reconociendo el deudor que está debiendo en aquel acto lo que se le pide, en la forma que se espuso al tratar de ella en el juicio ordinario; leyes 4 y 5, tit. 28, lib. 11, Nov. Recop.: lo cual

procede en cualquier tiempo que se haga la confesion, porque las leyes hablan indistintamente sin limitacion alguna, y donde ellas no distinguen no debemos nosotros distinguir.

Entiéndese por confesion clara, no solo cuando el deudor dice paladinamente que está debiendo lo que se le pide, sino tambien cuando espresa que cree deberlo, pues la confesion de *creencia* le perjudica igualmente que la de certeza, y cuando dice que lo debe sobre poco mas ó menos: asi pues se despachará en estos casos la ejecucion por el todo, y en el término legal justificará el deudor, si quiere y puede, lo que deba de menos.

Sobre las diferencias entre la confesion cuando el acreedor la pide como preliminar á su demanda y antes de formalizarla, y la que se hace despues de contestada la demanda respondiendo á las posiciones ó en el mismo acto de la contestacion, puede verse al señor conde de la Cañada, part. 4, cap. 4, números 14 al 19.

Pero cuando la confesion es ambigua, calificada ó condicional y consta de la condicion, ó se limita á cierto plazo no cumplido, no trae aparejada ejecucion, ni debe esta despacharse ni hacerse embargo de bienes al deudor, hasta que se verifique la condicion ó se cumpla el plazo.

De la declaracion que haga el deudor confesando ó negando, se debe dar traslado al ejecutante ó acreedor, aunque no lo solicite, para que en su vista pida la ejecucion ó lo que le convenga, asi como en el juicio ordinario, sin diferencia.

Aunque el deudor al tiempo que confiese haber contraido la deuda alegue ó escepcone remision, pago ó promesa de no pedírsela, se ha de despachar ejecucion contra él en virtud de su confesion y asegurarse la deuda con el embargo de sus bienes, pues le perjudica lo que confiesa y no le aprovecha la escepcon para impedir que se espida el mandamiento ejecutivo, porque debe probarla en el término legal, y hasta que llegue el caso de encargarse este, no se ha de admitir prueba ni dar término para ella; y asi se observa.

Puede ser la confesion *individua* y *dividua*. Si al hacerla añade el interrogado un hecho ó circunstancia inseparable de lo que se pregunta, y que le hace mudar de naturaleza, la confesion se llama *individua*, y el interrogante debe probar ser falsa la modificacion que su contrario ha hecho; pero si la circunstancia añadida es tal, que si bien destruye la obligacion que produce el hecho interrogado, es sin embargo inseparable de él, y no le hace variar de naturaleza, se llama la confesion *dividua*, y tendrá toda la eficacia de una confesion simple, produciendo fuerza ejecutiva. Un ejemplo aclarará mas esta materia. Si se pregunta á uno si ha recibido cierta cantidad y responde que sí, pero que ha sido en pago de una deuda anterior, debe probar el interrogante que esto era falso, y si no lo probare, no se puede librar ejecucion contra el interrogado; pero si respondiese que la habia recibido, añadiendo que inmediatamente la restituyó ó pagó, se podrá librar la ejecucion contra el confitente.

Remitiéndose el ejecutado en su confesion á algun instrumento, se ha-

de despachar la ejecucion solamente por lo que resulte de este como líquido; y lo mismo procede cuando se remite á carta ú otro papel que no tiene contradicion, en el cual se pide alguna cosa, por ser confesion geminada ó duplicada que tiene mayor eficacia para obligar.

La confesion segunda que es contraria á la primera, no produce accion ejecutiva, porque ninguno puede ir contra la confesion que una vez hizo; tampoco la produce la hecha estrajudicialmente: leyes 4 y última, título 15 Par. 5 y art. 944 de la ley de Enjuiciamiento civil; la dicha confesion servirá solamente para condenarle en via ordinaria, si su contrario la acepta, que es lo que se practica.

La confesion que hace el testador en su última disposicion de que es deudor ó alguno, mejorando ó haciendo algun legado, produce accion ejecutiva contra los herederos estraños y forzosos en lo que no grave sus legítimas, si el testamento se otorgó con las solemnidades que requiere el derecho y no se contradijo su autenticidad, pues que tiene la fuerza de una escritura pública. No es necesario, pues, como opinan algunos autores, para que adquiera fuerza ejecutiva, que el heredero reconozca la cláusula que le perjudica ni que el testador declare que se puede pedir ejecutivamente lo debido ó legado. Mas si se perjudicare á las legítimas, tiene que valerse el legatario de otros medios de prueba para cobrar su crédito, puesto que carece de fuerza de confesion como hecha en perjuicio de tercero. De aqui se deduce que la reclamacion por este título no podrá entablarse sino despues de liquidado el haber del testador que falleció, para ver si tiene cabida lo legado en la parte de que puede disponer el testador. Curia Filipica, partida 2.<sup>a</sup>, § 7, núm. 2.

Finalmente, no es ejecutiva la confesion oscura, pues para traer aparejada ejecucion ha de ser clara, espresa y de cantidad cierta, como se prueba por las leyes 7, tit. 15; 4, tit. 15, Part.; y 4, tit. 28, lib. 11, Novísima Recop., ni la alternativa, como si uno dice que debe á Pedro ó á Juan, si no es que conste por ella á quién y lo que debe; ú otras confesiones semejantes, por ejemplo cuando dice que corrió tanto tiempo con los negocios del que pide: y que le es deudor, sin espresar de cuánto; en cuyos casos se debe liquidar con su audiencia el débito, y confesándolo, se le podrá ejecutar por él, mas no de otra manera.

El juramento judicial *decisorio del pleito*, que tambien se llama *voluntario*, trae aparejada ejecucion porque es confesion verdadera hecha á presencia y con aprobacion del juez, por lo que tiene fuerza de transaccion y sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; pero no la trae el *necesario ó supletorio*, porque se manda hacer ó prestar en defecto de prueba bastante, y asi puede retraerse por nuevos instrumentos que se hallen, lo cual no sucede en el decisorio (leyes 5 y 15, tit. 11, Part. 5), y es menester que recaiga sentencia y se consienta ó ejecutorie para que se pueda despachar en virtud de él la ejecucion. En este caso no se despachará á virtud del juramento sino de sentencia, en la forma que se dirá al tratar de la ejecucion de estas.

*De la liquidacion ó instrumento liquido.*

1151. Segun el art. 944 de la ley de Enjuiciamiento civil, la *ejecucion no puede despacharse sino por cantidad liquida*. Esta disposicion es conforme á nuestra legislacion anterior y al art. 207 de la ley de Enjuiciamiento mercantil, segun el cual, el procedimiento ejecutivo no puede recaer sino sobre cantidad numeraria, determinada y liquida. Esto se funda en que no constando la cantidad fija que se reclama, no puede mandarse embargar ni hacerse el embargo, ni apreciarse las escepciones debidamente, puesto que podria verificarse por mas ó menos de lo que se adeudaba, perjudicándose en el primer caso al deudor y en el segundo al acreedor, que tendria que seguir dos ó mas juicios para obtener el cobro de su crédito: ademas de que, no sabiéndose la cantidad determinada en que este consistia, se debilitaba en cierto modo la fuerza de la obligacion, puesto que podrá ser esta sumamente limitada ó reducida y aun ilusoria.

1152. Respecto de esta materia, es aplicable en el dia de la doctrina deducida de nuestras antiguas leyes por los autores y que esponemos á continuacion, siguiendo á Febrero. No obstante, debe tenerse presente los trámites que establece en los artículos 989 y siguientes y 910 y sucesivos la nueva ley de Enjuiciamiento para la liquidacion de la sentencia que condenare al pago de cantidad ilíquida procedente de frutos y de la procedente de perjuicios, puesto que habrá otros casos á que sean aplicables esta tramitacion sin necesidad de sujetarse á los trámites y dilaciones del juicio ordinario, á que se refiere Febrero en su doctrina, que es la siguiente.

El instrumento liquido ó la liquidacion que consta por instrumento público ó por confesion y reconocimiento judicial de la parte hecho en la forma legal (sea de tutela, compañía fenecida, intereses, daños ó de otra cualquiera clase de deuda) trae aparejada ejecucion; mas no cuando no es liquido, y asi para proceder en su virtud ejecutivamente, será necesario que antes se liquide ó se proceda á la liquidacion, es decir, á un juicio ordinario en sus trámites y conocimiento. (Véase al señor conde de la Cañada, capítulo 2 Part. 5, desde el número 8 en adelante.)

Si el instrumento contiene cantidad cierta de trigo, vino, aceite ú otra especie semejante, puede despacharse ejecucion por la cuota de la especie, antes que se liquide el valor de esta, porque la incertidumbre de precio no hace incierto el crédito.

Si es de tutela, luego que el tutor dé cuenta de ella y no antes; y si ofreciendo darla con pago, se le ejecutare primero que la dé, será nula la ejecucion y se impedirá su progreso oponiéndose esta escepcion.

Si es de compañía tendrá lugar la ejecucion, liquidadas que sean las cuentas de esta, á menos que se haya pactado en la escritura que se pueda ejecutar por el capital luego que se disuelva la compañía y antes de liquidarse las cuentas, pues entonces habrá lugar, á la ejecucion hasta el importe del mismo, puesto que es liquido.

Por alimentos ó intereses de dote retardada se puede proceder ejecutivamente, sin necesidad de hacer liquidacion, porque la obligacion de los alimentos la trae aparejada, y los intereses de la dote se deben por derecho, como se permite llevarlos, y se dan para ayudar y sostener las cargas del matrimonio.

Pidiéndose ejecucion en virtud de un instrumento por lo liquido y lo ilíquido, debe despacharse por lo primero, aunque el deudor ofrezca, depósito ó dé fianza; porque la ejecucion de lo liquido no se debe retardar por lo no ilíquido, ni se impide sino con la paga, y el depósito y fianza no lo son. Esceptúase sin embargo el caso en que lo liquido é ilíquido están de tal suerte unidos que por la circunstancia venga á reputarse ilíquida toda la cantidad, pues entonces debe preceder la liquidacion de todo para que pueda despacharse la ejecucion.

Lo espuesto acontece cuando el deudor recibe prestada cierta cantidad de dinero á cuyo pago se obliga por escritura, y para que su acreedor se reintegre de ella, le cede las rentas de varios bienes, dándole poder para administrarlos, y las cobra en efecto por algunos años. En este caso, aunque la cantidad espresada en la escritura sea liquida, lo no liquido percibido de las rentas del deudor la hace liquida, y de consiguiente no debe despacharse ejecucion por el todo ni por parte de ella hasta que se liquide y apruebe lo que el acreedor percibió en pago de su crédito.

Pero si lo liquido se puede separar de lo que no lo está, el deudor no podrá evitar que se continúe para ello la ejecucion, sino consignándolo y consintiendo que se entregue al acreedor, ofreciendo pagar lo ilíquido luego que se liquide; con lo cual cesará la ejecucion.

Recordamos la doctrina del señor conde de la Cañada sobre la naturaleza y trámites del juicio de liquidacion.

Para que el instrumento no liquido sea ejecutivo, se requiere una de dos cosas: ó estimacion cierta de la cantidad, daños, espensas ó intereses segun la costumbre indubitada del pueblo, y que convengan en ella las partes, si no se espresó su importe en el mismo instrumento, ó que el obligado la difiera en el juramento y declaracion del actor, en cuyo caso siendo escesiva la regulacion del que jura, la ha de reducir el juez á lo justo, si asi lo pide el reo, y se ejecurá por lo reducido.

La liquidacion del instrumento no liquido puede hacerse por escritura, testigos, contadores ó juramento decisorio, ó el que se llama en el pleito *in litem*, segun lo exija la cosa controvertida, con audiencia de las partes y conocimiento sumario; y por lo que el juez declarare y se liquidare y aprobaren aquellas, se ha de despachar la ejecucion. Haciéndose la liquidacion por testigos ó árbitros que discuerdan en la cantidad, ha de regular el juez á su arbitrio la que parezca mas justa y moderada; y por su importe ha de despacharse tambien la ejecucion sin embargo de apelacion.

Aunque la liquidacion se haga á presencia de escribano y de las partes procediendo para ella auto dado á instancias de la una, y aunque ambas la afirmen, debe el que resulta alcanzado reconocerla despues ó ratificarse

en ella bajo de juramento: sin esta diligencia no podrá despacharse ejecución por el alcance, porque el reconocimiento jurado ante el juez y escribano es el requisito legal é indispensable para la fuerza ejecutiva en los instrumentos privados, como en este caso será la liquidación, y no importa que se haya hecho ante escribano, porque este no le presta toda la autoridad que al instrumento que se otorga ante él, ni para hacerla, concurre la solemnidad de testigos que en el otorgamiento de este, ni la corrobora con el signo ó carácter real, para que no se pueda dudar de su contenido, lo cual observan los jueces letrados como arreglado al espíritu de las leyes, y el practicar lo contrario es un error clásico.

Por lo tanto, si alguno pide ejecución en virtud de esta liquidación, debe proveer el juez: «No ha lugar por ahora á la ejecución que esta parte pretende; pida conforme á derecho;» es decir, pretenda el reconocimiento y ratificación primero, y hecha llanamente, pida la ejecución, y se despachará. Véase el núm. 4127 y lo que decimos en el título sobre la ejecución de las sentencias al esponder los artículos 896, 898 y siguientes que establecen los trámites para hacer la liquidación de los frutos ó perjuicios en cantidad ilícita á que condenare la sentencia.

### SECCION III.

PERSONAS QUE PUEDEN PEDIR EJECUCION Y PERSONAS CONTRA CUYOS BIENES PUEDE SOLICITARSE.

1133. La nueva ley de Enjuiciamiento civil no enumera esta clase de personas, refiriéndose á lo prescrito por nuestras anteriores leyes, por lo que espondremos sus disposiciones y la doctrina que de ellas deducen los autores, y que reseña Febrero en los términos siguientes.

#### § I.

*Personas que pueden pedir ejecución.*

1134. En virtud de cualquiera de los documentos ejecutivos de que se ha tratado en la sección anterior, puede pedir ejecución toda persona hábil para comparecer en juicio, aun cuando no esté nombrada en el instrumento, con tal que en este caso se trate de su interés, que le compete acción por el mismo, y que al tiempo de pedirla legitime su persona, pues no haciéndolo puede el juez repelerle de oficio, y no debe despachar la ejecución.

Así, puede pretenderla el socio por los créditos de la compañía, aunque no tenga poder ni cesión de sus consocios (ley 2, tít. 52, Part. 5; y 6, título 10, Part. 5); porque estos pueden defenderse judicialmente sin él, dando la fianza de la ley 10, tít. 5, Part. 5; como también el marido por la dote que se le prometió y no entregó, bien sea constante el matrimonio

ó despues de disuelto, por cuanto la hace suya en virtud de la responsabilidad que contrajo á su restitución (leyes 1 y 7, tít. 11, Part. 4; y asimismo puede pedirla por los bienes parafernales como conjunto y á nombre de su mujer, mas no cobrarlos sin poder suyo, porque no adquiere dominio en ellos como en los dotales, y así no es responsable de su importe, y únicamente tiene su administración, no pactando con ella lo contrario al tiempo de casarse.

El heredero del acreedor, justificando serlo, por lo menos al tiempo de la oposición, puede pedir ejecución contra el deudor de este, y si hay dos ó mas herederos, cada uno por sola su parte, á no ser que tenga poder ó cesión de los demás coherederos antes de presentarse en juicio, ó que pendiente este, se le dén ratificando lo actuado; mas para ser admitido, debe ante todas cosas legitimar su persona: por lo que luego el juez podrá repelerles de oficio y no debe despachar la ejecución, segun se ha dicho arriba, si el heredero la pide por lo que toca á los otros co-herederos sin poder ó cesión de los mismos.

Puede también pedirla el comprador de la herencia contra los deudores de esta, y el testamentario universal, á quien el testador autorizó para distribuir sus bienes, porque se tiene en lugar de heredero, y se le trasfieren todas las acciones que aquel tenia (leyes 2 y 4, tít. 10, Part. 6); y el legatario y fideicomisario, sin ser necesaria la cesión del heredero, contra aquel en cuyo poder se encuentra la cosa que les fue legada.

Si el difunto debia alguna cantidad á su heredero, de que consta por instrumento ejecutivo, puede hacerse pago por sí mismo; pero si no tiene tal instrumento, se ha de nombrar defensor á la herencia, poner la demanda, citar á los acreedores de la misma, y probarse el crédito, pero esta doctrina á lo mas podrá ser aplicable al caso en que el heredero haya admitido la herencia á beneficio del inventario.

Puede también pedir ejecución el fiador contra el deudor principal en lo que pagó por este, sea voluntariamente ó apremiado despues de cumplido el plazo, y presentando la escritura de obligación principal con la cesión ó lasto del acreedor, aunque el deudor no haya otorgado escritura de indemnidad á favor del fiador. Pero si el acreedor no le cediere sus acciones, ni hubiese escritura de indemnidad, solo podrá intentar contra el deudor la acción de mandato que le compete por haber hecho el negocio del mismo; leyes 11, 16 y 21, tít. 12, Part. 5, para reintegrarse de su desembolso en via ordinaria; la razon de esta diferencia es, que en el caso propuesto no resulta obligación ejecutiva del deudor á favor del fiador, y faltan la cesión é indemnidad que traen aparejada ejecución.

Puede igualmente pedirla el fiador contra sus compañeros de fianza por lo que pagó por estos, á prorata de la obligación en que cada uno se constituyó; mas ha de prestar el lasto del acreedor, pues sin él no se da acción al fiador contra los co-fiadores, ni al mancomunado contra sus otros compañeros; y nada importa que el lasto se formalice con fe de entrega del dinero, ó confesando su anterior recibo y renunciando la escepcion del dinero

en ella bajo de juramento: sin esta diligencia no podrá despacharse ejecución por el alcance, porque el reconocimiento jurado ante el juez y escribano es el requisito legal é indispensable para la fuerza ejecutiva en los instrumentos privados, como en este caso será la liquidación, y no importa que se haya hecho ante escribano, porque este no le presta toda la autoridad que al instrumento que se otorga ante él, ni para hacerla, concurre la solemnidad de testigos que en el otorgamiento de este, ni la corrobora con el signo ó carácter real, para que no se pueda dudar de su contenido, lo cual observan los jueces letrados como arreglado al espíritu de las leyes, y el practicar lo contrario es un error clásico.

Por lo tanto, si alguno pide ejecución en virtud de esta liquidación, debe proveer el juez: «No ha lugar por ahora á la ejecución que esta parte pretende; pida conforme á derecho;» es decir, pretenda el reconocimiento y ratificación primero, y hecha llanamente, pida la ejecución, y se despachará. Véase el núm. 4127 y lo que decimos en el título sobre la ejecución de las sentencias al esponder los artículos 896, 898 y siguientes que establecen los trámites para hacer la liquidación de los frutos ó perjuicios en cantidad ilícita á que condenare la sentencia.

### SECCION III.

PERSONAS QUE PUEDEN PEDIR EJECUCION Y PERSONAS CONTRA CUYOS BIENES PUEDE SOLICITARSE.

1133. La nueva ley de Enjuiciamiento civil no enumera esta clase de personas, refiriéndose á lo prescrito por nuestras anteriores leyes, por lo que espondremos sus disposiciones y la doctrina que de ellas deducen los autores, y que reseña Febrero en los términos siguientes.

#### § I.

*Personas que pueden pedir ejecución.*

1134. En virtud de cualquiera de los documentos ejecutivos de que se ha tratado en la sección anterior, puede pedir ejecución toda persona hábil para comparecer en juicio, aun cuando no esté nombrada en el instrumento, con tal que en este caso se trate de su interés, que le compete acción por el mismo, y que al tiempo de pedirla legitime su persona, pues no haciéndolo puede el juez repelerle de oficio, y no debe despachar la ejecución.

Así, puede pretenderla el socio por los créditos de la compañía, aunque no tenga poder ni cesión de sus consocios (ley 2, tít. 52, Part. 5; y 6, título 10, Part. 5); porque estos pueden defenderse judicialmente sin él, dando la fianza de la ley 10, tít. 5, Part. 5; como también el marido por la dote que se le prometió y no entregó, bien sea constante el matrimonio

ó después de disuelto, por cuanto la hace suya en virtud de la responsabilidad que contrajo á su restitución (leyes 1 y 7, tít. 11, Part. 4; y asimismo puede pedirla por los bienes parafernales como conjunto y á nombre de su mujer, más no cobrarlos sin poder suyo, porque no adquiere dominio en ellos como en los dotales, y así no es responsable de su importe, y únicamente tiene su administración, no pactando con ella lo contrario al tiempo de casarse.

El heredero del acreedor, justificando serlo, por lo menos al tiempo de la oposición, puede pedir ejecución contra el deudor de este, y si hay dos ó más herederos, cada uno por sola su parte, á no ser que tenga poder ó cesión de los demás coherederos antes de presentarse en juicio, ó que pendiente este, se le den ratificando lo actuado; mas para ser admitido, debe ante todas cosas legitimar su persona: por lo que luego el juez podrá repelerles de oficio y no debe despachar la ejecución, según se ha dicho arriba, si el heredero la pide por lo que toca á los otros coherederos sin poder ó cesión de los mismos.

Puede también pedirla el comprador de la herencia contra los deudores de esta, y el testamentario universal, á quien el testador autorizó para distribuir sus bienes, porque se tiene en lugar de heredero, y se le transfieren todas las acciones que aquel tenía (leyes 2 y 4, tít. 10, Part. 6); y el legatario y fideicomisario, sin ser necesaria la cesión del heredero, contra aquel en cuyo poder se encuentra la cosa que les fue legada.

Si el difunto debía alguna cantidad á su heredero, de que consta por instrumento ejecutivo, puede hacerse pago por sí mismo; pero si no tiene tal instrumento, se ha de nombrar defensor á la herencia, poner la demanda, citar á los acreedores de la misma, y probarse el crédito, pero esta doctrina á lo más podrá ser aplicable al caso en que el heredero haya admitido la herencia á beneficio del inventario.

Puede también pedir ejecución el fiador contra el deudor principal en lo que pagó por este, sea voluntariamente ó apremiado después de cumplido el plazo, y presentando la escritura de obligación principal con la cesión ó lasto del acreedor, aunque el deudor no haya otorgado escritura de indemnidad á favor del fiador. Pero si el acreedor no le cedere sus acciones, ni hubiese escritura de indemnidad, solo podrá intentar contra el deudor la acción de mandato que le compete por haber hecho el negocio del mismo; leyes 11, 16 y 21, tít. 12, Part. 5, para reintegrarse de su desembolso en vía ordinaria; la razón de esta diferencia es, que en el caso propuesto no resulta obligación ejecutiva del deudor á favor del fiador, y faltan la cesión é indemnidad que traen aparejada ejecución.

Puede igualmente pedirla el fiador contra sus compañeros de fianza por lo que pagó por estos, á prorata de la obligación en que cada uno se constituyó; mas ha de prestar el lasto del acreedor, pues sin él no se da acción al fiador contra los co-fiadores, ni al mancomunado contra sus otros compañeros; y nada importa que el lasto se formalice con fe de entrega del dinero, ó confesando su anterior recibo y renunciando la escepcion del dinero

no entregado; pues basta que en él confiese el acreedor haberle pagado el fiador por sí y por los demás co-fiadores, no mandando, como no manda, ninguna ley, que intervenga la fe de entrega, ni privándose por falta de ella al fiador del beneficio de la cesion de acciones, puesto que en este caso la confesion y cesion del acreedor no pueden ser sospechosas.

Para que los fiadores y mancomunados no esperimenten perjuicio, se halla dispuesto en derecho, que hasta que el acreedor les dé el lasto no pueda compelerlos al pago.

Si el negocio toca principalmente en todo ó en parte al fiador ó mancomunado, no le compete acción contra los demás, porque hizo su negocio propio y no el de ellos.

Si renuncian la escepcion de la cesion de accion y la fianza es solidaria, puede el acreedor reconvenir á todos á prorata, ó por el todo á uno solo, y pagandole este, quedan libres los demás; pero si contrajeron la fianza ú obligacion por ciertas y determinadas cantidades, como si uno se obligó por veinte, otro por cuarenta, etc., y alguno de ellos viene á estado de insolvencia, no están obligados los demás á pagar la parte de este: lo contrario se dirá cuando se contrajo siplemente, y se dividirá entre ellos á proporcion la parte del fallido, porque es visto haberse obligado así, y constituidose responsable de su insolvencia. Véanse las leyes 8, á la 12 y 21, tit. 12, Partida 5 y la 10, tit. 1.º lib. 10, Nov. Recop.

La mujer, disuelto ya el matrimonio, puede pedir ejecucion contra los herederos de su marido por la dote que este recibió y por las arras que le prometió, como tambien por la dote ofrecida y no entregada contra aquel que la ofreció.

Lo mismo procede en cuanto á su mitad de gananciales contra los deudores de su marido, sin ser necesaria la cesion de los herederos de este, mas para esto es necesario que se haya hecho la liquidacion de los bienes que dejó el marido difunto, para saber á cuánto importaron aquellos derechos y los bienes con que se cuenta para atender á ellos. V. las leyes 7 y 31, tit. 11, Part. 4.

El procurador ó apoderado, sea que tenga poder especial para ejecutar, ó general para pleitos, puede á virtud de él pedir ejecucion: ley 7, tit. 14, Part. 5; mas no cobrar la deuda, á menos que en el mismo poder ó en otro conste esta facultad, y únicamente podrá pretender que se asegure hasta que el principal acuda á cobrarla: ley 9, tit. 9, Part. 7, tit. 14, Part. 5 y artículos 15 y 18 de la ley de Enjuiciamiento civil.

La cesion de derecho y acciones puede ser de dos maneras; una *traslativa* y otra *estintiva* ó *abdicativa*.

La primera es aquella por la que el cedente se priva de su derecho, trasfiriéndolo al sugeto en cuyo favor hace la cesion.

Por la segunda se estingue absolutamente el derecho de quien la hace sin pagar á otra persona, de suerte que es una privacion ó renuncia mas que cesion.

Puede hacerse la cesion por comodidad del cedente ó del cesionario;

la comodidad se ha de decidir por el peligro del crédito: la cesion se entiende hecha en comunidad de aquel á quien toca lo segundo, bien que á veces suele hacerse por utilidad del cedente y con riesgo del cesionario ó vice-versa.

Esto supuesto, si la cesion se hizo por hacer alguna paga ó por otro motivo útil al cedente, podrá todavía este transigir despues su crédito, confesar su paga, remitirlo ó parecer en juicio, y exigirlo del deudor ejecutiva ú ordinariamente.

Si la cesion se hizo por comodidad del cesionario, sin conservar derecho alguno el cedente, nada de lo dicho podrá este practicar, y si lo practicare, podrá repelérsele por la escepcion de cesion de acciones, que es legitima y admisible.

Asi como el cedente, aun despues de hecha la cesion, puede pedir ejecucion por lo que todavía se le debe, puede tambien pedirla el cesionario por el importe de lo que se le ha cedido, sea á título de donacion ó de venta, aunque en este segundo caso no podrá pedir mas de lo que dió al cedente.

(Esta doctrina ha sido tomada del derecho romano, en el que fue introducida por los emperadores Anastasio y Justiniano para cortar los torpes manejos y usurario tráfico de las compras de créditos y pleitos. El abuso debia ser sin duda grande y escandaloso, pues que el comprador de la accion ó pleito no podia reclamar del deudor mas de lo que realmente se habia dado al vendedor, aunque el contrato sonase en parte venta y en parte donacion: en este solo caso estada prohibida la reunion de estos dos títulos ó conceptos. En realidad de verdad, esto equivalia á la absoluta prohibicion de tales ventas, porque ¿quién desembolsa de presente con la seguridad de no haber de cobrar nunca mas, y con la contingencia de perderlo? Como nuestras leyes no hablan de tales compras y cesiones, será preciso consultar sobre esta materia al derecho romano y sus intérpretes).

Cuando la cesion es por título oneroso, se ha de hacer al tiempo que el cesionario entrega el importe de la deuda, pues mediando intervalo, de nada servirá, como que el acreedor nada tiene que ceder, una vez que esté reintegrado: asi, cuando no parece el dinero al tiempo de la cesion, no ha de decirse que está hecho el pago, sino que se hará.

Tambien es de advertir que para pedir el cesionario ejecucion contra el deudor, si la cesion le fue hecha por escritura, debe presentar esta y el documento del crédito ó deuda al tiempo de pedir la ejecucion, y si es cesionario en virtud de endoso de algun vale ú otro papel simple, no solo ha de pedir y hacer que le reconozca el mismo deudor que le hizo, sino tambien que el endosante ó cedente confiese su endoso, pues sin este requisito no acredita ser dueño y verdadero cesionario, ni por consiguiente parte legitima para repetir, porque ha podido ocurrir que otro haya sustraído el vale ó papel, y endosádolo bajo nombre de otro.

Hay variedad de opiniones sobre si es ó no preciso que el cesionario haga constar préviamente la justa causa con que se le hizo la cesion, y parece

mas fundada la negativa; porque no es de la inspeccion del deudor que la causa de la cesion sea ó no justa, gratuita ú onerosa, el que la haya habido ó no para hacerla, sino el pagar cuando pasado el plazo, se le demande en virtud de ella, á lo que puede ser compelido por el mismo cedente ó su legítimo cesionario, y solamente podrá oponer que la cesion es reprobada por derecho (caso de serlo), que fue hecha á persona caudalosa ó mas poderosa por su empleo que el cedente, á causa de que en esto pudo haberse cometido dolo.

## § II.

*De las personas contra cuyos bienes puede pedirse ejecucion.*

1155. Puede ser ejecutado el heredero del que contrajo la obligacion, acreditándose que lo es, no de otra suerte; y no basta probar que aquel á quien se trata de ejecutar, es hijo ó pariente del deudor del difunto; aunque si compareciese en juicio como heredero ó hiciese algun otro acto como tal, se tendrá esto por suficiente prueba.

Pero si el heredero aceptó la herencia á beneficio de inventario, y acredita haberlo hecho en debida forma, se le ha de ejecutar únicamente hasta donde alcance aquella; si la aceptó sin esta cualidad, podrá ser ejecutado en sus bienes propios; así como en los hereditarios: leyes 10, 11 y 12, tít. 6 y 7, tít. 19, Part. 6.

Si el heredero del deudor reconociese llanamente el vale hecho por este, puede despacharse ejecucion contra él; mas no debe ser compelido á hacer el reconocimiento, si no quiere, porque seria injusto obligar al sucesor á que jure sobre lo que no ha visto escribir ni firmar, y sobre un hecho de que tal vez no tiene noticia: á mas de que el vale puede ser supuesto, atendidas la gran facilidad y destreza que hay en imitar y suplantar las letras. Por tanto, no reconociéndole el heredero en la forma espuesta, deberá el acreedor seguir la vía ordinaria para reintegrarse de su crédito.

Habiendo dos ó mas herederos del deudor, ha de ser ejecutado cada uno á prorata de su haber ó porcion hereditaria, y no mas; porque la obligacion de su causante se dividió proporcionalmente entre todos; de modo que, aunque este hubiese obligado á todos, y alguno de ellos no tenga para pagar su parte, no debe exigirse de los co-herederos, á menos que el acreedor proceda por accion hipotecaria, pues entonces, como la obligacion sigue á la hipoteca, y es individual é inseparable de ella hasta su estension, puede proceder *in solidum* contra el poseedor de la misma, bien sea heredero ó sucesor singular, quedándole el derecho de repetir contra los co-herederos, con el lasto del acreedor lo que satisfaga por ellos.

Lo propio ha de observarse en la enfitéusis y censo consignativo por los réditos vencidos, y así es corriente en la práctica.

Tambien puede ejecutarse al hijo mejorado en tercio y quinto por las deudas de la herencia paterna, materna ó abounga á prorata de lo que

conste haberle tocado en ella, bien se sepa al tiempo de la particion ó despues cuáles son, y háyase hecho la mejora en cosa cierta ó incierta de los bienes del mejorante: ley 5, tít. 6, lib. 10, Nov. Recop. Lo dicho ha de practicarse en los tres casos siguientes:

1.º Cuando el hijo acepta la herencia, y se le adjudican esta y la mejora.

2.º Cuando repudia la herencia y acepta la mejora, pues entonces se reputa heredero, y puede ser reconvenido á prorata sin que proceda escusion en los verdaderos herederos: dicha ley 5.

3.º Cuando se pide á un tiempo la ejecucion contra los herederos y el mejorado.

El poseedor del mayorazgo puede ser ejecutado por la deuda á cuya seguridad están obligados sus bienes, bien provenga esta de la misma fundacion, bien se haya impuesto el censo ó gravámen sobre ellos con facultad real, y aunque el poseedor no sea heredero del fundador.

No solo pueden ser ejecutados los herederos instituidos espresamente, sino tambien los que bajo el mismo concepto poseen la herencia del deudor, y se llaman herederos *anómalos*: tales son,

1.º El fideicomisario universal.

2.º El legatario de todos los bienes.

3.º El fisco, cuando sucede en los bienes del que falleció sin dejar parientes.

Tambien corresponderán á esta clase los que escluyen al fisco ó Estado segun la ley de 16 de mayo de 1833.

4.º Los testamentarios universales, á quienes autorizó el difunto para distribuir todos sus bienes en sufragios por su alma ó en otros fines, pues que estos hacen veces de herederos y están obligados á las deudas de aquel, cuya herencia poseen, como que es responsable á ellas.

Puede procederse ejecutivamente contra el poseedor de la cosa litigiosa, bien se haya adquirido pendiente ya el pleito sobre accion real ó personal; y aun cuando se haya enagenado á clérigo despues de empezado el litigio, puede el juez secular proceder contra aquel, y ejecutar la sentencia en ella hasta realizarse el pago, porque á cualquiera parte ó persona que pase, lleva consigo el gravámen ó afeccion á que está sujeta.

La mujer casada puede ser ejecutada por la mitad de las deudas que, durante el matrimonio, contrajo á una con su marido, ó bien este solo en cuanto alcance su mitad de gananciales; y si ambos se obligaron por el todo *in solidum*, se podrá pedir á ella toda la deuda hasta donde alcance dicha mitad, mas no si las renunció al tiempo ó antes de casarse, y aun despues de casada: leyes 14, tít. 20, lib. 5 del Fuero Real; y 9 tít. 4, libro 10, Nov. Recop.

Pero se exceptúa el caso en que el marido se constituyó fiador por otro, y tuvo al fin que pagar por él, pues no quedando la mujer obligada á la fianza, tampoco lo estará su mitad de gananciales.

Habiéndose despachado ejecutoria contra la mujer antes de casarse,

puede continuarse la ejecucion durante el matrimonio, hasta en los bienes dotales, si carece de otros; pero con citacion de su marido, porque no pudo haber entregado á este en dote el importe de lo que debia, como que no era suyo.

Igualmente debe ser ejecutada en sus propios bienes por el alcance de la tutela de sus hijos habidos en su primero ó anterior matrimonio, por estar aquellos hipotecados tácita ó legalmente al pago, como tambien los de su actual marido: leyes 25 y 26, tít. 13, Part. 5, y 5 al fin, tít. 16, Part. 6.

Del mismo modo puede procederse ejecutivamente contra el sócio obligado por las deudas de la sociedad, el cual podrá pagarlas de los bienes de la misma, y luego con el lasto del acreedor sacar del fondo comun lo que satisfizo por sus compañeros; mas no si las contrajo en su privativa utilidad, porque de estas responde únicamente con sus bienes propios: ley 16, tít. 10, Part. 5.

El deudor del deudor principal puede ser ejecutado por el acreedor de este, con tal que concurren tres circunstancias.

1.ª Que el deudor del deudor principal confiese su deuda, ó conste por otro medio que es tal deudor.

2.ª Que el deudor principal haya sido condenado al pago.

3.ª Que á consecuencia de todo proceda escusion en los bienes del deudor principal, y este no los tenga, ó no alcancen para el pago total de la deuda.

Se entiende que el documento en que conste la deuda del deudor del deudor principal, ha de traer aparejada ejecucion: V. la Curia Filipica, parte 2, § 10, núm. 14 y Salgado y Noguero.

Si el deudor verdadero y principal no puede ser fácilmente reconvenido por razon de su persona, lugar ó privilegio, y cuando el fiador se obligó con juramento á satisfacer la deuda consintiendo en que se le reconvenga antes que al obligado principal, se puede dirigir la accion ejecutiva contra el mismo fiador sin hacer escusion en los bienes del deudor.

Esto mismo puede practicarse, cuando el fiador es cambiante público, pues no goza del beneficio de la escusion por consideraciones de utilidad general, y por la confianza y buena fe tan necesarias en el desempeño de su oficio; como igualmente cuando el deudor tiene bienes, pero no puede hallarse comprador sino con dificultad y consiguiente perjuicio del acreedor; en cuyo caso se tiene primero por insolvente, y no se halla obligado el segundo á esperar ni á recibir en pago de los bienes por su tasacion.

No há lugar á la ejecucion contra el comprador de la herencia, sino cuando el acreedor no pueda cobrar su crédito del vendedor; ni contra el donatario, escepto que el donante no haya dejado ningun otro heredero, pues entonces se reputa donatario universal.

Tampoco há lugar á la ejecucion contra el usufructuario singular, pero

si contra el universal, y se ha de pedir contra los bienes y el heredero propietario, con el cual y con el usufructuario se ha de seguir y sustanciar por tratarse del perjuicio de ambos: si bien Salgado dice, con otros muchos que cita, que los acreedores no tienen accion contra el usufructuario, sino contra el heredero, á quien pasan todas las acciones activas y pasivas de testador como sucesor universal suyo en los derechos y cargas. Si el usufructuario satisface la deuda para evitar que se vendan los bienes hereditarios, podrá, acabado el usufructo, retenerlos hasta que se le pague.

Cuando el tutor se obliga bajo este concepto por las de su menor, no puede despacharse ejecucion contra él ni contra sus bienes, á menos que no manifieste los de dicho menor; pues ofreciendo dar cuenta con pago, como de ordinario se hace en semejantes contratos, ha de procederse contra él en via ordinaria, porque con su oferta escluye é impide el uso de la ejecutiva, hasta que conste el alcance líquido, escepto que se haya obligado en su propio nombre: ley 17, tít. 15, Part. 6.

Si el menor no tuviere curador, debe dársele para seguir el pleito, nombrándose él mismo en caso de haber llegado ya á la pubertad, ó bien el juez cuando el menor se resistiere á nombrarle, ó el nombrado no admitiere el cargo por escusa legitima que le asista.

Pero acabada la tutela, no habrá lugar á la ejecucion contra los fiadores del tutor por las cosas que este de su espontánea voluntad administró pertenecientes á su menor, porque es negocio y obligacion nueva, de que no se constituyeron responsables. Lo mismo procede respecto de los administradores, factores y procuradores; así no puede procederse contra ellos mas que durante su encargo, y no despues, porque al momento de cesar en él, espiró su obligacion, y continúa solamente la de sus principales.

Regularmente hablando, no tiene lugar la ejecucion contra el tercer poseedor de los bienes obligados; esto es, contra el que los hubo por título de venta, donacion ú otro singular, bien se pretenda aquella por instrumento que la traiga aparejada y sea anterior al del tercero, bien se proceda por accion real ó personal, pues primero se ha de dirigir contra el principal y sus fiadores, haciéndose escusion en sus bienes, y luego ha de seguirse con el tercero en via ordinaria, hasta que por ejecutoria se anule el título con que posee, revocándose la enagenacion hecha en él: leyes 1, 7, 14 y 58, tít. 15, Part. 5.

Se ha dicho *regularmente hablando*, porque hay varios casos en que se puede proceder ejecutivamente contra el tercer poseedor, citándole previamente para todas las diligencias ejecutivas por tratarse de su interés: tales son:

1.º Cuando la cosa poseida por este se halla hipotecada especialmente á la deuda. Febrero opina que en este caso puede entablarse ejecucion contra el tercer poseedor sin hacer escusion en los bienes del deudor principal pero la ley 14, tít. 15, Part. 5 exige que se le haga dicha escusion y que no tenga con qué pagar. Solamente no será necesaria la escusion cuando la deuda proceda de censos ó en el caso siguiente.

2.º Cuando el deudor se obliga á no enagenar cosa, sino con el gravámen del débito, hipotecándole tambien á la observancia de este pacto, y sin embargo la enagenó sin el dicho gravámen puede ejecutarse al tercer poseedor sin hacer escusion en los bienes del principal; pues como la obligacion es nula, en virtud de la obligacion constituida, se considera que permanece su dominio en el deudor; mas no si faltó el pacto porque entonces debe proceder la escusion en los bienes del principal obligado, y despues seguirse via ordinaria contra el tercero: ley final, tit. 3, Part. 3.

3.º Cuando el título del tercer poseedor es evidentemente nulo, en cuyo caso y no en otro se admite la escepcion de nulidad, como notoria, para poder seguir ejecución.

4.º Cuando el título proviene de contrato simulado, pues que es nulo *ipso jure*, pero no siendo fraudulento, porque en este segundo caso no es nulo sino que se ha de rescindir, ó bien suplir el justo precio por la lesion que hubo en él, y esto ha de hacerse en via ordinaria.

5.º Cuando el deudor no ha entregado aun los bienes enagenados, pues antes de su entrega verdadera ó fingida, se puede trabar en ellos la ejecución, porque hasta que se entregan al tercero, no se hace dueño ni verdadero poseedor; ley 14, tit. 15, Part. 3; esceptuándose las deudas y acciones, pues con solo el título y enagenacion se trasfiere el dominio de ellas.

6.º Cuando el tercero tiene en mútuo, comodato ó depósito la cosa hipotecada, porque no es verdadero poseedor, como que posee en nombre del deudor y no en el suyo, y asi la sentencia condenatoria del deudor se ha de ejecutar con citacion de este en la cosa contra su nudo y material tenedor. Lo mismo procede en los simple arriendos; pues que ni el acreedor está obligado á pasar por ellos, ni la accion personal del arrendatario impide que el dueño pueda enagenar la cosa arrendada, aunque los frutos pendientes son del arrendatario. Pero si en la escritura del arrendatario anterior á la obligacion hipotecada se pactase que, durante aquel, no se ha de poder gravar ni enagenar la finca, y si la hipoteca, á la observancia de este pacto, aunque tenga lugar la ejecución en aquella y en sus rentas, no podrá ser despojado el arrendatario hasta que espire el arriendo.

7.º Cuando la mujer contrajo la deuda antes de casarse; pues como se ha dicho antes, podrá procederse por su importe contra sus bienes dotales y contra su marido que los posee en nombre de ella, subsidiariamente y á falta de parafernales, porque su matrimonio posterior no debe perjudicar á sus acreedores.

8.º Cuando el deudor enagenó la finca, habiendo sido ya ejecutada, porque en este caso la enagenacion es dolosa, y de consiguiente puede continuarse en ella la ejecución.

9.º Cuando el tercero adquirió la cosa despues de emplazado el deudor sobre su dominio ó cuasi-dominio, ó por accion personal despues de la contestacion por haber sido tambien dolosa la enagenacion; lo cual se presume de haberse hecho á conjunta persona, ó de no haberse recibido el dinero, ó de no constar su paga sino por confesion del enagenante, ó de haber enage-

nado el deudor todos ó la mayor parte de sus bienes, pendiente el pleito, de suerte que no le quedó con qué pagar.

10. Cuando el acreedor tiene accion real, y el deudor hizo cesion de bienes, ó él ó estos se hallan fuera de aquella jurisdiccion; ó aunque se hallen dentro, no puede ser reconvenido el deudor, ó es notorio que no puede pagar. En todos estos casos basta acreditar la escusion respecto del principal para repetir contra el tercero, aunque no haya dolo ni fraude; pero si únicamente compete accion personal contra él, es menester no solo hacer escusion en los bienes del principal, sino probar además que fue dolosa la enagenacion.

11. Cuando el deudor entregó al acreedor la prenda ó hipoteca, ó le dió su posesion real ó fingida, constituyéndose poseedor precario de ella en su nombre: ley 14, tit. 15, Part. 3.

12. Cuando el acreedor dirija su accion contra la deuda de su deudor obligada por la seguridad del pago, pues no necesita hacer escusion en los demás bienes de su deudor para ejecutar al que lo es de este.

13. Por deudas á favor de la Hacienda pública, pues aunque el tercero no sea sucesor universal ó heredero del deudor de aquella, sino que posea por título particular de compra, donacion ú otro, los bienes de este, puede la Hacienda usar contra él, como tal poseedor, de la via ejecutiva, á pesar de que el deudor los haya adquirido despues de celebrado el asiento ó contrato de arriendo con la Hacienda, y que estén especial ó generalmente hipotecados; lo cual se prueba del cap. 11, ley 27, tit. 11, lib. 9, Recop., donde se lee: «El derecho de la via ejecutiva que se tiene contra los bienes que obligan, es mi voluntad que pase contra los terceros que sucedieren en los bienes obligados por compra, donacion ó herencia, ó por otro cualquier título;» pero segun Noguero no se amplía esta disposicion á otros casos fuera del arriendo. Véase sobre el procedimiento que debe seguirse en este caso lo que esponemos mas adelante en el núm. 1136.

1136. Para que el acreedor pueda proceder ejecutivamente contra el tercer poseedor, es preciso que este derive su título del deudor contra quien competia principalmente á dicho acreedor el derecho de ejecutar.

Y se dirá que el tercer poseedor tiene ó deriva su título del deudor, no solo cuando hubo la cosa del mismo, sino tambien cuando la adquiere de otro ú otros que la hubieron de él; por lo que acreditándose que el deudor la poseia al tiempo de contraer la obligacion, se presume que el tercero tiene el título ó causa de aquel, y puede procederse contra el segundo, aunque se hayan pasado muchos años y mediado diversos poseedores.

Quando ha lugar contra tercer poseedor, no puede este oponer bajo dicho concepto otras escepciones, que las que competian al deudor principal, en cuyo lugar se subrogó; porque es constante en derecho, que el sucesor de uno, sea singular ó universal, no puede tener mas que aquel de quien tiene su título ó causa: sin embargo, el tercer poseedor podrá auxiliarse de las escepciones que le correspondan por su propia persona ó por otra.

Si el acreedor ignora que hay otro poseedor mas que el deudor, no ne

cesita litigar con el tercero, especialmente siendo clérigo, y basta citar solamente al deudor.

*Modo de proceder por deudas contra ayuntamientos, diputaciones provinciales y Hacienda Pública.*

1137. También há lugar á proceder brevemente y aun por ejecucion contra los ayuntamientos por las deudas que contrajeron estas corporaciones ó los concejales en nombre de ellas, si se convirtieron en utilidad pública, en cuyo caso se procede contra los bienes de dichas corporaciones que constituyan lugares ó edificios públicos, y si estos no bastaren, se hará una derrama ó impuesto vecinal por el ayuntamiento con autorizacion del gobernador, pues para dicho cobro se procede formando un espediente gubernativo, dirigiéndose las reclamaciones á las diputaciones provinciales y con arreglo á la ley de 3 de febrero de 1823 y decretos de 29 de julio de 1841 y 2 de abril de 1845 y demás disposiciones que vamos á esponer. Si la deuda no se convirtió en utilidad pública ó la contrajeron los concejales como particulares, se procederá contra los bienes de estos. V. la Curia Filípica de Hevia Bolaños, parte 2, § 10, núm. 11.

Conviene advertir también que para el cobro de créditos contra ayuntamientos que no están declarados por una ejecutoria, no se procede por el juicio ejecutivo y via de apremio, sino que su pago debe perseguirse en la forma que prescriben las leyes especiales de la administracion y por las vías administrativas, de los cuales creemos conveniente esponer las disposiciones que marcan los límites para proceder administrativa ó judicialmente. Estas leyes especiales traen su origen de las 18 y 46, tit. 16, lib. 7, de la Nov. Recop., y son la real orden de 6 de febrero de 1823, la ley de 8 de enero de 1845, y el real decreto de 12 de marzo de 1847. Por los artículos 28 al 52 de la real orden de 3 de febrero de 1823, restablecida en 1856, se sujetó á los ayuntamientos para cubrir los gastos municipales, y en su consecuencia para pagar las deudas de los pueblos, á un presupuesto anual de gastos y de ingresos, aprobado por la diputacion de provincia, etc. Sancionada la necesidad de dicho presupuesto, consideróse como ilegítima la ejecucion contra los bienes de los pueblos por deudas de los mismos, pues si estas no se hallaban comprendidas en el presupuesto, no habia derecho para exigir las, despues de haberse ocasionado gastos y pérdida de tiempo considerables, y si se hallaban comprendidos en él y no se satisfacian, incurria el ayuntamiento en responsabilidad que debia exigirle la autoridad superior administrativa, ó tenian que satisfacerse desatendiendo otros créditos que se hallaban atendidos en el mismo. Fundóse, pues, el procedimiento especial administrativo en la necesidad de atender con la debida regularidad á las cargas públicas. Dehacerse el pago ejecutivamente á favor de un interesado, por providencia de un tribunal, dice la real orden de 28 de febrero de 1844, vendria á seguirse que aquel estaria facultado para pedir, y los tribunales para otorgar el total aniquilamiento de los intereses del Estado, y de aquí resultaria, que en beneficio de algunos parti-

culares, y por sentencias de los tribunales de justicia, serian desatendidas y abandonadas las atribuciones públicas mas previligiadas y perentorias, y que las leyes quedarian sin valor ni fuerza por acuerdo de unos cuerpos que reciben su poder y sus facultades de ellas mismas.

Asi, pues, segun el real decreto de 12 de marzo de 1847, cuando las deudas de los ayuntamientos no se hallen declaradas por una ejecutoria, toca á la administracion examinarlas á fin de determinar si han de incluirse ó no, segun que fuere clara ó dudosa su legitimidad, en el presupuesto ordinario, ó en el adicional correspondiente: art. 1.º El ayuntamiento resolverá bajo su responsabilidad en el preciso término de un mes, contado desde el dia en que se presentase la solicitud por el interesado á quien en el acto de la presentacion se dará el correspondiente recibo por el secretario de la corporacion: art. 2.º En los diez dias inmediatos siguientes al en que espire el término, se elevará el espediente con una esposicion razonada al gobernador de la provincia, dando desde luego el oportuno conocimiento al interesado: art. 3.º El gobernador, y en su caso el gobierno resolverán á la mayor brevedad lo que estime justo. Cuando se aprobase la resolucion en que el ayuntamiento haya desestimado ó se desapruébe la en que haya admitido como legítimo el crédito reclamado, se autorizará al mismo tiempo á aquella corporacion para comparecer en el juicio que á consecuencia de ello promueva el interesado: art. 4.º (El juicio que parece debe seguirse será el correspondiente segun que el documento en que se funde la acción sea ordinario ó ejecutivo.) Declarada la legitimidad de la deuda por una ejecutoria, la incluirá el ayuntamiento bajo su responsabilidad en el presupuesto municipal dentro de los diez dias siguientes al en que presentase aquel documento el acreedor á quien en el acto se le dará el oportuno recibo: art. 5.º Si aplicadas las disposiciones que en semejantes casos deben observarse, con arreglo á la citada ley de 8 de enero de 1848, resultase que algun pueblo no tiene medios ni recursos para pagar todas sus deudas, el ayuntamiento propondrá á su acreedor ó acreedores el arreglo que estime oportuno. Puestos de acuerdo, el ayuntamiento y los interesados, ó negándose estos á admitir la propuesta de aquel, se remitirá el espediente al gobierno ó al gobernador de provincia, segun lo que corresponda, conforme á la regla contenida en el art. 3.º de este decreto para que resuelvan lo que estimen justo: art. 6.º La decision de las cuestiones concernientes al arreglo de que se trata en el artículo anterior como el arreglo mismo, toca esclusivamente á la administracion, esceptuando la de aquellas que sean relativas á la legitimidad y antelacion de los créditos, las cuales se llevarán á los tribunales competentes: art. 7.º Lo espuestos sobre que no tiene lugar la via ejecutiva para cobrar las deudas de los pueblos, contra ayuntamientos, se aplica respecto de las diputaciones provinciales por deudas de las provincias, pues siendo idéntico el sistema de contabilidad que establece la ley respecto de ellas, existe la misma razon de incompatibilidad entre la via ejecutiva y el modo de hacer efectivos los créditos por aquel sistema, que es en lo que se funda aquella prohibicion.

Tambien deben observarse dichas disposiciones prohibitorias del despacho de ejecucion, respecto de las reclamaciones de créditos á favor de la Hacienda pública, ó contra ella: véase la real orden de 22 de setiembre de 1843.

Asimismo, segun la ley de 20 de febrero de 1830, ningun tribunal puede despachar mandamiento de ejecucion, ni dictar providencias de embargo contra las rentas ó caudales del Estado. Los que fueren competentes para conocer sobre reclamacion de créditos á cargo de la Hacienda pública, y en favor de particulares, dictarán sus fallos declaratorios del derecho de las partes, y podrán mandar que se cumplan cuando hubieren causado ejecutoria; pero este cumplimiento tocará esclusivamente á los agentes de la administracion, quienes con autorizacion del gobierno, acordarán y verificarán el pago en la forma y dentro de los límites que señalan las leyes de presupuestos y las reglas establecidas por el de las obligaciones del Estado. Asi, pues, los procedimientos para la cobranza de créditos definitivamente liquidados á favor de la Hacienda pública, corresponden á la administracion y son forzosamente administrativos, no pudiendo hacerse contenciosos mientras no se realice el pago ó la consignacion de lo liquidado en las cajas del Tesoro público. Los procedimientos para el reintegro de la Hacienda pública en los casos de alcances, malversacion de fondos ó desfalcos, cualquiera que sea su naturaleza, serán administrativos, y se seguirán por la via de apremio, mientras solo se dirijan contra empleados alcanzados á sus bienes, ó contra los fiadores ó personas responsables, ya por razon de obligaciones contraidas en las fianzas, ya por su intervencion oficial en las diligencias y aprobacion de estas, ó ya por razon de actos administrativos que hubieren ejercido como funcionarios públicos. Cuando contra estos procedimientos se opusieren demandas por terceras personas, que ninguna responsabilidad tenga para con la Hacienda pública por obligacion ó gestion propia ó transmitida, el incidente se ventilará por trámites de justicia ante los tribunales competentes. Acerca del modo de procederse en el apremio y de la apelacion que tienen los créditos de la Hacienda, así como del procedimiento de la administracion en los casos de los párrafos anteriores, véase la ley citada de 20 de febrero.

### SECCION III.

#### DE LOS BIENES EN QUE PUEDE Ó NO TRABARSE LA EJECUCION.

1138. Teniendo por objeto el juicio ejecutivo el embargo y venta de bienes del deudor para satisfacer con su importe al acreedor. Cuando aquel no pagare en virtud de la notificacion del auto en que en vista del título ejecutivo se le manda verificar el pago, creemos conveniente indicar cómo hace Febrero y la generosidad de los autores, antes de pasar á esponer el procedimiento del juicio ejecutivo, la clase de bienes en que segun las leyes puede ó no trabarse la ejecucion.

1139. Por regla general puede trabarse la ejecucion en todos los bienes del deudor, hallense ú no especialmente hipotecados al pago de la deuda que es objeto del juicio ejecutivo, y tenga en ellos ó no pleno dominio, si bien en este caso se limitará la traba á solo el derecho que tuviere el deudor, segun espone Febrero en los siguientes párrafos. V. las leyes 3, tit. 27, Part. 3 y 3, tit. 15, Part. 5.

«Puede hacerse la ejecucion en la finca enfitéutica, dejando salvo al señor del dominio directo su pension anual. Pero cuando se concedió ó constituyó la enfitéusis, no para el enfitauta y sus herederos sino para sus hijos y nietos como tales, no puede embargarse el dominio útil para pagar á los acreedores del enfitauta, porque este no es dueño absoluto de él, sino únicamente por su vida, y la venta perjudicaria á sus hijos y nietos favorecidos y llamados por el señor directo; aunque bien podrán secuestrarse los frutos para el mencionado pago, puesto que pertenecen al enfitauta mientras viva.

»Puede hacerse ejecucion en la finca afecta ó servidumbre y venderse esta, y en los frutos, rentas y beneficios que sobre ella correspondan al usufructuario: leyes 8, 20 y 21, tit. 31, Part. 3.

»Igualmente puede hacerse por deuda procedente de contrato ó débito en los bienes castrenses y cuasi-castrenses del hijo que está bajo la patria potestad, y en los adventicios cuando no toca al padre su usufructo; pero no si le toca, á menos que sea por deuda del mismo padre.

»Puede asimismo hacerse en los oficios públicos renunciables y vendibles compeliendo al deudor á que manifieste sus títulos y precedida licencia real, la renuncia á favor del comprador; en términos que no queriendo hacer la renuncia la ha de dar el juez por hecha, pues estos oficios se venden, ceden, hipotecan, se dan en pago á los acreedores y se aplican á los herederos del dueño en la participacion de los bienes. Pero si no son renunciables, y se acaban con la muerte del que los tiene, no puede hacerse ejecucion, á menos que sea por vida del mismo, pues entonces puede trabarse en los emolumentos y frutos que produzcan.»

1140. La regla general espuesta sobre que puede trabarse la ejecucion en toda clase de bienes del deudor, padece importantes escepciones, que se han introducido atendiendo, ya á motivos de utilidad pública, ya á la conveniencia de favorecer la agricultura, las ciencias y la industria, en lo que tambien se atiende á la utilidad pública, ya en reclamar la equidad que no se deje al deudor en un estado en que no pueda atender á sus subsistencia.

1141. Las cosas esceptuadas de ejecucion por nuestras leyes anteriores á la de Enjuiciamiento, segun las espone Febrero, eran las siguientes:

1.º Las cosas sagradas y religiosas destinadas al culto divino, porque no estando en el comercio de los hombres, no pueden aplicarse por deudas de ninguno: ley 3, tit. 15, Part. 5, y 3 tit. 3, lib. 1 Nov. Recop.

2.º Está esceptuado de la ejecucion el derecho de usufructuar, porque es personal y no puede transmitirse á otro, pero puede ejecutarse la percep-

Tambien deben observarse dichas disposiciones prohibitorias del despacho de ejecucion, respecto de las reclamaciones de créditos á favor de la Hacienda pública, ó contra ella: véase la real orden de 22 de setiembre de 1843.

Asimismo, segun la ley de 20 de febrero de 1830, ningun tribunal puede despachar mandamiento de ejecucion, ni dictar providencias de embargo contra las rentas ó caudales del Estado. Los que fueren competentes para conocer sobre reclamacion de créditos á cargo de la Hacienda pública, y en favor de particulares, dictarán sus fallos declaratorios del derecho de las partes, y podrán mandar que se cumplan cuando hubieren causado ejecutoria; pero este cumplimiento tocará esclusivamente á los agentes de la administracion, quienes con autorizacion del gobierno, acordarán y verificarán el pago en la forma y dentro de los límites que señalan las leyes de presupuestos y las reglas establecidas por el de las obligaciones del Estado. Asi, pues, los procedimientos para la cobranza de créditos definitivamente liquidados á favor de la Hacienda pública, corresponden á la administracion y son forzosamente administrativos, no pudiendo hacerse contenciosos mientras no se realice el pago ó la consignacion de lo liquidado en las cajas del Tesoro público. Los procedimientos para el reintegro de la Hacienda pública en los casos de alcances, malversacion de fondos ó desfalcos, cualquiera que sea su naturaleza, serán administrativos, y se seguirán por la via de apremio, mientras solo se dirijan contra empleados alcanzados á sus bienes, ó contra los fiadores ó personas responsables, ya por razon de obligaciones contraidas en las fianzas, ya por su intervencion oficial en las diligencias y aprobacion de estas, ó ya por razon de actos administrativos que hubieren ejercido como funcionarios públicos. Cuando contra estos procedimientos se opusieren demandas por terceras personas, que ninguna responsabilidad tenga para con la Hacienda pública por obligacion ó gestion propia ó transmitida, el incidente se ventilará por trámites de justicia ante los tribunales competentes. Acerca del modo de procederse en el apremio y de la apelacion que tienen los créditos de la Hacienda, así como del procedimiento de la administracion en los casos de los párrafos anteriores, véase la ley citada de 20 de febrero.

### SECCION III.

#### DE LOS BIENES EN QUE PUEDE Ó NO TRABARSE LA EJECUCION.

1138. Teniendo por objeto el juicio ejecutivo el embargo y venta de bienes del deudor para satisfacer con su importe al acreedor. Cuando aquel no pagare en virtud de la notificacion del auto en que en vista del título ejecutivo se le manda verificar el pago, creemos conveniente indicar cómo hace Febrero y la generosidad de los autores, antes de pasar á esponer el procedimiento del juicio ejecutivo, la clase de bienes en que segun las leyes puede ó no trabarse la ejecucion.

1139. Por regla general puede trabarse la ejecucion en todos los bienes del deudor, hallense ú no especialmente hipotecados al pago de la deuda que es objeto del juicio ejecutivo, y tenga en ellos ó no pleno dominio, si bien en este caso se limitará la traba á solo el derecho que tuviere el deudor, segun espone Febrero en los siguientes párrafos. V. las leyes 3, tit. 27, Part. 3 y 3, tit. 15, Part. 5.

«Puede hacerse la ejecucion en la finca enfitéutica, dejando salvo al señor del dominio directo su pension anual. Pero cuando se concedió ó constituyó la enfitéusis, no para el enfitauta y sus herederos sino para sus hijos y nietos como tales, no puede embargarse el dominio útil para pagar á los acreedores del enfitauta, porque este no es dueño absoluto de él, sino únicamente por su vida, y la venta perjudicaria á sus hijos y nietos favorecidos y llamados por el señor directo; aunque bien podrán secuestrarse los frutos para el mencionado pago, puesto que pertenecen al enfitauta mientras viva.

»Puede hacerse ejecucion en la finca afecta ó servidumbre y venderse esta, y en los frutos, rentas y beneficios que sobre ella correspondan al usufructuario: leyes 8, 20 y 21, tit. 31, Part. 3.

»Igualmente puede hacerse por deuda procedente de contrato ó débito en los bienes castrenses y cuasi-castrenses del hijo que está bajo la patria potestad, y en los adventicios cuando no toca al padre su usufructo; pero no si le toca, á menos que sea por deuda del mismo padre.

»Puede asimismo hacerse en los oficios públicos renunciables y vendibles compeliendo al deudor á que manifieste sus títulos y precedida licencia real, la renuncia á favor del comprador; en términos que no queriendo hacer la renuncia la ha de dar el juez por hecha, pues estos oficios se venden, ceden, hipotecan, se dan en pago á los acreedores y se aplican á los herederos del dueño en la participacion de los bienes. Pero si no son renunciables, y se acaban con la muerte del que los tiene, no puede hacerse ejecucion, á menos que sea por vida del mismo, pues entonces puede trabarse en los emolumentos y frutos que produzcan.»

1140. La regla general espuesta sobre que puede trabarse la ejecucion en toda clase de bienes del deudor, padece importantes escepciones, que se han introducido atendiendo, ya á motivos de utilidad pública, ya á la conveniencia de favorecer la agricultura, las ciencias y la industria, en lo que tambien se atiende á la utilidad pública, ya en reclamar la equidad que no se deje al deudor en un estado en que no pueda atender á sus subsistencia.

1141. Las cosas esceptuadas de ejecucion por nuestras leyes anteriores á la de Enjuiciamiento, segun las espone Febrero, eran las siguientes:

1.º Las cosas sagradas y religiosas destinadas al culto divino, porque no estando en el comercio de los hombres, no pueden aplicarse por deudas de ninguno: ley 3, tit. 15, Part. 5, y 3 tit. 3, lib. 1 Nov. Recop.

2.º Está esceptuado de la ejecucion el derecho de usufructuar, porque es personal y no puede transmitirse á otro, pero puede ejecutarse la percep-

cion de los frutos y rentas en que consiste el usufructo, mientras el usufructuario conservase su derecho. Lo mismo y por la misma razon debe decirse cuando el deudor tiene el mero uso; leyes 20 y 24, tít. 31, Part. 3. Mas si el uso absorviese todos los frutos de la cosa en que está constituido, puede ser objeto de ejecucion la percepcion de estos frutos en la forma que la de los frutos del usufructo, y asimismo el ejercicio del derecho de habitacion asi como el de usufructo porque puede arrendarse. V. Escribe, artículo *Juicio ejecutivo*.

3.º Los mármoles, columnas y otras cosas puestas en los edificios para su adorno (á menos que se haga igualmente en estos la ejecucion), porque son parte suya, y quitándolos se deformaria el aspecto público; y las servidumbres reales, á menos que se haga juntamente en las mismas fincas á que están afectas, y de las que no pueden separarse: ley 12, tít. 31, Part. 3.

4.º Se hallaban esentas de ejecucion, á menos de procederse por deudas á favor de la Hacienda pública, la casa morada, armas, caballos y mulas de montar, que los caballeros é hijos-dalgo tuvieren para su propio uso; leyes 1, 2, 9, 15 y 15, tít. 2, lib. 6 y 15, tít. 31, lib. 11, Nov. Recop.

Los libros de los estudiantes y abogados, jueces, magistrados, médicos y demás que los necesitan para ejercer su profesion, arte ú oficio, estando dichas personas dedicadas á la sazón á ellos: leyes 23, tít. 21, Part. 3 y tít. 27, Part. 3 y tít. 15, Part. 3.

5.º Las yeguas de vientre, sus crias, y caballos que tuviesen los criadores, pues no deben contarse en la valuacion y aprecio de sus haciendas para este efecto: leyes 2 y 3, tít. 29, lib. 7, Nov. Recop. y real decreto de 17 de febrero de 1834, que dispone no puedan ejecutarse los caballos padres y yeguas cerriles y los potros atados en los meses de doma, á menos que el deudor no tenga otros bienes.

6.º Los bueyes y aperos de labor, ni los sembrados y barbechos, á no ser por deudas á la Hacienda pública, por rentas de las tierras arrendadas por el dueño de aquellos al propietario de estas, ó por crédito del que prestó dinero ó granos para la siembra y que no tuviera el deudor otros bienes; pero en tales casos se habia de dejar al ejecutado una yunta con sus correspondientes aparejos: leyes 15 y 16, tít. 31, lib. 11, Nov. Recop.

7.º Las mieses existentes en la era ó en los rastrojos, mas para conciliar la proteccion que merecen los labradores con la legítima accion del acreedor, se podia poner interventor en ellas, si el deudor no tuviese arraigo ó no diese fianza suficiente: art. 10 del decreto de Cortes de 8 de junio de 1815 restablecido en 6 de setiembre de 1836 y ley 16 citada.

8.º No podian ejecutarse cien cabezas de ganado lanar que tuviesen los labradores para fertilizar las tierras que labran, á no ser por lo que se debiese del sustento del mismo ganado: ley 13, tít. 31, lib. 11, Novísima recopilacion.

9.º No debian ser ejecutados el estipendio, sueldo ó salario del oficial público, militar ó togado sino á falta de otros bienes, ni el de los profes-

sores que enseñan públicamente, ni el de los clérigos: ley 3, tít. 27, Part. 3: á fin de que no se distrajeran del ministerio público, regio ó eclesiástico por faltarles de que mantenerse, ni tuvieran que mendigar en mengua y oprobio del Estado, oficio ó empleo; y tambien por la reverencia debida á la Iglesia, al rey y á la república, mayormente cuando de lo contrario serian de peor condicion que los menestrales. Por lo tanto, habia de dejárseles su cógrua sustentacion á arbitrio del juez segun su clase, estipendio y obligaciones precisas de familia: en esta córte se acostumbraba embargarles la tercera parte del sueldo, escepto cuando era tan crecido que con la mitad podia mantenerse el deudor, ó que este le debiera al acreedor. De las dos terceras partes que se les dejaba para mantenerse, habian de pagar el alquiler de casa, criados y demás cosas parecidas, porque son parte de los alimentos; y la tercera era para los acreedores de otra clase, si no es que alcanzase para todos.

10. En los instrumentos con que los menestrales y artesanos ejercen sus respectivos artes, oficios ó manufacturas ó en los libros de los estudiantes, jueces, etc., no debia trabarse ejecucion, porque eran precisos para adquirir el alimento diario. Solo se ejecutaban por deudas del fisco ó por los provenientes de débito ó cuasi-débito en que hubiera habido fraude, falsedad ú otro esceso que mereciere pena corporal: leyes 18 y 19, tít. 31, lib. 11, Nov. Recop.

11. No debia trabarse ejecucion en el vestido diario, camas y otras cosas indispensables para el uso cotidiano de cualquiera persona, porque no vienen comprendidas en la obligacion general del deudor, y por dictarlo asi la humanidad: debia, pues, dejárseles, á menos que se procediese por débitos á favor de la Hacienda: leyes 3, tít. 27, Part. 3, 3, tít. 13, Part. 3 y 20, tít. 38, lib. 12, Nov. Recop. Pero si el deudor tuviera, por ejemplo, cuatro colchones y otras cosas duplicadas, y que de consiguiente no le fuesen precisas todas para su uso diario, podian embargársele dos colchones, y asi de las demás, dejándole las necesarias, aunque fuese por deuda á favor del Estado.

12. No debia trabarse ejecucion en los bienes del mayorazgo, ú otros sujetos á restitution, pero sí en sus rentas, como pertenecientes al deudor, dejándole lo necesario para su decente manutencion, caso que estuviere aneja al mayorazgo alguna dignidad ó la tuviera su poseedor: esceptuábase el caso en que el gravámen hubiera sido impuesto por el mismo fundador ó por sus sucesores con real licencia, pues entonces se podian embargar y vender.

13. No debia hacerse ejecucion en el derecho que uno tiene á ser alimentado por otro, porque es personal, y de consiguiente irrenunciable é intrasmisible; podia hacerse ejecucion por alimentos pasados, con tal que no los debiera el alimentario, porque no habia urgencia de presente. Tambien puede el alimentario, ceder y traspasar por su vida, y no mas, la comodidad ó frutos que le corresponden, como tambien el hijo los alimentos que tiene devengados. V. la Curia Filípa, Part. 2, § 16; y Escribe, Diccionario.

14. Tampoco debia hacerse ejecucion en el pan ó trigo del pósito, sino por las deudas del pueblo: ley 2, tit. 20, lib. 7, Nov. Recop.

15. Por las deudas del concejo no deben ser ejecutados los bienes de sus vecinos ni las casas de ayuntamiento, pósitos ó alhóndigas, teatros ni demás lugares públicos, y solo debe proceder contra los propios y demás bienes que tenga; careciendo de ellos, deben contribuir los vecinos del pueblo por repartimiento segun el caudal de cada uno. Leyes 2, tit. 2, lib. 7 y 9, título 11, Nov. Recop.

16. Las naves extranjeras que atraen á estos reinos mercaderías ó bastimentos, no deben ser ejecutadas por deudas de sus dueños á no ser que estos las consignen para su pago, ley 3, tit. 31, lib. 1, Nov. Recop. y artículo 596 del Código de Comercio.

17. Tampoco se puede librar ejecucion contra las minas y los efectos necesarios para su avío, pero sí sobre los productos líquidos en especie; art. 57 de la ley de minas de 11 de abril de 1849.

18. Los bienes sujetos á restitution, porque no son del que los tiene sino de aquel á quien se han de restituir; pero podrán ejecutarse sus frutos y rentas, que pertenezcan al deudor mientras los posea. Febrero propone este caso diciendo que no procede la ejecucion por deudas personales; del poseedor en los bienes que se le mandan ó renuncian á su favor con la condicion de haberlos de distribuir entre sus hijos porque no son de aquel sino de estos que los adquirieron del testador ó renunciante.

Tales son las cosas cuya ejecucion se hallaba prohibida por las leyes anteriores á la nueva de Enjuiciamiento Civil.

1142. Mas esta solo espresa en el primer párrafo del art. 951, que *no se causarán nunca embargos en el lecho cotidiano del deudor, su mujer é hijos: en las ropas del preciso uso de los mismos, ni en los instrumentos necesarios para el arte ú oficio á que el primero pueda estar dedicado.* Y en el párrafo segundo del mismo, dice que *ningunos otros bienes se considerarán esceptuados.* Asimismo en su art. 952 dispone, que *en los casos en que deba procederse contra los sueldos ó pensiones, solo se embargará la cuarta parte de ellos, si no llegaren á ocho mil reales en cada año; desde ocho mil á diez y ocho mil, la tercera, y desde diez y ocho mil en adelante, la mitad.*

Al consignar estas disposiciones los autores de la ley de Enjuiciamiento ¿han querido derogar todas las demás prohibiciones de las anteriores leyes sobre embargo de otra clase de bienes ó de cosas? Antes de sentar nuestra opinion sobre esta cuestion importante, creemos en extremo conveniente esponer las consideraciones que sobre los referidos artículos de la nueva ley ha emitido uno de sus mas ilustrados redactores. El Sr. Laserna, en sus *Motivos* sobre las variaciones y reformas introducidas en la misma, dice lo siguiente: «Numerosas eran las escepciones que nuestras leyes hacian respecto á los bienes sujetos á embargo. La comision que en casi todas ellas no vió mas que medios de eludir el pago de deudas legítimas, no dudó en limitarlas. Prescindiendo de que alguna no era acomodada al principio de

igualdad, una de las bases de nuestra ley fundamental, influyó por mucho en su acuerdo la consideracion importante de que no tenia ya lugar la prision por deudas: cuanto mas suave sea el derecho respecto á la persona de los deudores, mas riguroso debe ser relativamente á los bienes, que son el único medio que tiene el acreedor para reembolsarse. Y se abstuvo de propósito de tratar de la cuestion de prision por deudas, porque cualquiera que fuese la opinion individual de los que componian la comision, estaban todos de comun acuerdo en que no habia su restablecimiento dentro de los limites que fijó la ley al otorgar al gobierno la autorizacion para la compilacion y arreglo de la ley de Enjuiciamiento Civil. Estas son las razones porque no reprodujo los privilegios concedidos en otros tiempos á los labradores, criadores de ganado caballar, fabricantes y mineros. Ante la ley que protege á todos por igual, deben desaparecer los privilegios concedidos á clases determinadas; sálvese del embargo lo que sea absolutamente necesario para que el hombre emplee su actividad y trabajo personal con objeto de procurarse la subsistencia, pero todo lo que se presente como capital acumulado, mas ó menos considerable, responda á los acreedores. Absurdo, seria que se dejaran al deudor bienes que pudiera enagenar en el momento mismo en que los libertaba del embargo. Esto equivaldria á que la ley patrocinara un fraude cometido esclusivamente á su sombra. Por estas consideraciones, la comision limitó la esencion del embargo al lecho cotidiano del deudor, de su mujer y de sus hijos, á las ropas del primero de los mismos, á los instrumentos ó herramientas necesarias para el arte ú oficio del deudor, y á los bienes sujetos á restitution. De este modo concilió la piedad con la justicia.

1145. Segun esta doctrina, deberian desde luego considerarse sujetos á embargo en el dia los bienes ú objetos designados en los números 5, 6, 10 y 18, puesto que se refieren á los labradores, criadores de ganado caballar, fabricantes y mineros, y que estas personas se hallaban anteriormente libres de ser presas por deudas conforme á la pragmática de 27 de mayo de 1786 y á otras varias disposiciones. Sin embargo, la prohibicion impuesta por las leyes 18 y 19, tit. 31, lib. 11, Nov. Recop. de embargar los tornos, telares y demás instrumentos precisos á los fabricantes de seda y los destinados á las respectivas labores, oficios ó manufacturas de los operarios de todas las fabricas, artes y oficios, debe entenderse renovada en la disposicion del art. 951 de la nueva ley que prohíbe embargar los *instrumentos necesarios para el arte ú oficio á que el deudor pueda estar dedicado*, y asimismo deben considerarse comprendidos en la misma las armas de los militares y libros de los jueces y demás personas, sobre la ciencia á que se dedican por su carga. Véase la Práctica general forense del Sr. Ortiz de Zúñiga, tomo 2, pág. 84 y la Práctica forense del Sr. Rodriguez, tomo 2, pág. 96. En el espíritu de la disposicion citada del artículo 951 podrian tambien considerarse comprendidos, no obstante la doctrina espuesta de la obra sobre los *Motivos* de la ley de Enjuiciamiento, las exenciones de embargo indicadas en los números 6 y 17, respecto de

Los bueyes, mulas y bestias de arar, mientras estuviesen dedicados á las faenas del campo, de los aperos, pertrechos y aparejos destinados al mismo objeto, y los efectos necesarios para el avío de las minas, puesto que dichos objetos son indispensables para el cultivo de la agricultura y para el ejercicio de la industria á que se refieren, y no sería justo que mientras se atendía á la justicia y conveniencia de no dejar en la imposibilidad de ejercer su oficio y de procurarse los medios de mantenerse y de pagar sus deudas al deudor, dedicado á oficios ó artes mecánicas, se desatendiera y dejara en el desamparo y la miseria al que se dedica á la industria mas benéfica y fecunda, á la par que mas laboriosa, cual es la de hacer germinar y arrancar á la madre tierra sus frutos y tesoros. Acerca de si se hallan ó no comprendidas estas últimas exenciones en la nueva ley de Enjuiciamiento, dice con razon el Sr. Ortiz Zuñiga en el lugar citado, «habrán de ofrecerse graves cuestiones que no nos atrevemos á resolver por nuestro propio juicio.» Todavía creemos que podría sostenerse como comprendida en el art. 951 la exension del núm. 5.º sobre caballos padres y yeguas de vientre, por militar respecto de ella, razones análogas á las de las exenciones anteriores.

En cuanto á las demás exenciones establecidas por nuestra anterior legislacion, deben considerarse tambien subsistentes, la relativa á las cosas santas y religiosas, la cual no ha enumerado sin duda la nueva ley por no creerlo necesario, atendiendo á que el derecho público las declara fuera del comercio de los hombres, la de los números 14 y 15, sobre pósitos y edificios y lugares destinados al servicio del público y uso necesario de los vecinos del pueblo en comun, porque son cosas públicas que no deben estar afectas á deudas particulares; la del núm. 3 sobre mármoles y servidumbres reales, cuando no se embargan con los edificios ó fincas á que están unidas ó sobre que gravitan, porque de lo contrario se arruinarían los edificios, ó se perjudicaría al dueño de la heredad sirviente, que no debe experimentar perjuicio por deuda ajena; la del núm. 16, sobre naves extranjeras por ser una exencion establecida por la legislacion especial mercantil á que no afectan las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento Civil; la de los números 10 y 11 acerca del vestido y lecho del deudor, su mujer é hijos, por hallarse espresamente mencionada en el art. 951 de la nueva ley; las de los números 9 y 15, por estar igualmente comprendidas en la disposicion del art. 952 sobre la parte que debe embargarse respecto de los sueldos ó pensiones; y las de los números 2, 15 y 18 sobre el usufructo, uso, alimentos y bienes sujetos á restitution, porque son consecuencias naturales de los principios y doctrinas del derecho civil sobre la materia á que se refieren. Asi, pues, de todas las exenciones establecidas por la anterior legislacion, creemos que solo deben entenderse suprimidas por la nueva ley, las de los números 4 y 12 sobre las casas y armas de los nobles y bienes de mayorazgo, por referirse á privilegios personales de clase, abolidos ya en el día; la del núm. 7 sobre las mieses que se hallaren en las eras, por ser una exencion que sin duda tuvo por objeto evitar que se perdieran las mieses, si que-

daban, por causa del embargo, sin limpiar ni recoger, temor que ha desaparecido con las disposiciones administrativas sancionadas posteriormente; y la del núm. 8 sobre las cien cabezas de ganado lanar que habian de dejarse á los labradores para abonar sus tierras; pues aunque esta exencion tenia igual objeto que la del núm. 6, llevaba mas adelante de lo que permitia el espíritu del art. 952 de la nueva ley la proteccion y auxilios dispensados al deudor, para que pudiera continuar dedicándose á su arte ó industria.

1144. Otra exencion ó beneficio se halla establecido por nuestras leyes á favor de ciertas personas, en consideracion á la clase á que pertenecen ó á las relaciones ó estado en que se encuentran con respecto á su acreedor: tal es el beneficio de competencia, el cual creemos vigente en el día, á pesar de que la nueva ley no contiene disposicion ninguna sobre este particular, y fundados precisamente en este silencio, puesto que con él indica que se refiere y deja subsistentes las disposiciones del derecho civil sobre esta materia. Hé aqui las personas que gozan de este beneficio y la doctrina que sobre el mismo espone Febrero al tratar del juicio ejecutivo.

1145. Los que gozan de este beneficio, no pueden ser reconvenidos en mas de su posibilidad por deuda puramente civil, no siendo á favor de la Hacienda pública, y debe dejárseles una cógrua sustentacion segun su estado y familia: de consiguiente no pueden ser presos, ni están obligados á dar fianza de saneamiento. Gozan pues; del enunciado beneficio los sujetos ó personas siguientes:

1.º El clérigo de orden sacro, bien sea deudor de otro clérigo ó de un lego.

2.º El clérigo de menores órdenes, si tiene beneficio eclesiástico y no de otra suerte: ley 53, tit. 6, Part. 1, cap. 5, de *solution*, *ib.*

3.º El socio por la deuda de su compañía singular ó universal, á menos que renuncie este beneficio: leyes 15, tit. 10; y 1, tit. 15, Part. 5. La razon de esto, al menos por las leyes romanas, es que la compañía viene á ser una especie de hermandad, y los socios son entre sí como hermanos; pero se da mas valor y favor á la ficcion que á la realidad; pues que los verdaderos hermanos no gozan de tal beneficio.

4.º El ascendiente, descendiente, suegro, yerno, marido y mujer, por la deuda de unos contra otros (dicha ley 1); y aunque la madre y la abuela salgan alcanzadas en la tutela de sus hijos y nietos, y hayan renunciado el auxilio concedido á las mujeres y este beneficio de competencia, no deben ser presas por el alcance, pues que esta exencion se funda en la reverencia que aquellos deben tenerles. En el día nadie puede ser preso por deuda puramente civil, segun ya hemos dicho, al tratar de los concursos de acreedores.

5.º El marido por la dote de su mujer ó por deuda de la misma, aunque haya renunciado este beneficio y pactado que puede ser reconvenido por el todo (leyes última, tit. 11, Part. 4; y 1, tit. 15, Part. 5); debién-

dose advertir que gozan igualmente de este privilegio los hijos y padres del marido, pero no los herederos estraños de este, ni el suegro que ofrece dote á su yerno, sabiendo que no puede pagarla, porque la malicia no debe ser favorecida.

6.º El que vino á estado de insolvencia por algun infortunio accidental é inculpable, como guerra, naufragio, incendio, etc.

7.º El juez residenciado. (Nótese que los casos 5 y 6 no están apoyados por ley alguna patria, ni aun romana).

8.º El donador por la donacion que hizo, porque de lo contrario le seria demasiado gravosa su liberalidad: leyes 4, tit. 6; y 1, tit. 15, Part. 5.

9.º El que con la pureza legal hizo cesion de sus bienes ó concurso de acreedores por la deuda de alguno de estos, á cuya satisfaccion no alcanzaron los que tenian; pues aunque vengan á mejor fortuna, se le ha de dejar con qué subsistir decentemente, de lo que adquiriera despues de la cesion (ley 5, tit. 15, Part. 5); porque este y los demás hasta aquí mencionados pueden pedir alimentos de sus propios bienes, á no ser que tenga arte, oficio, ú otro medio con qué mantenerse, ó que el mismo acreedor sea tan pobre que no tenga de qué subsistir, en cuyos casos deben pagar toda la deuda: ley 15 al fin, tit. 10, Part. 5. Véase lo que dijimos sobre esta materia al tratar de los concursos de acreedores.

Lo mismo se observa en los duques, condes y marqueses si forman concurso de acreedores, pues por costumbre inconcusa de estos reinos, se les señalan alimentos de las rentas de sus Estados concursados, con preferencia á sus acreedores, para evitar que se vean precisados á mendigar, ó á ocuparse en cosas que rebajen su prestigio y dignidad; pero no en los poseedores de mayorazgo simple, á que no está aneja ninguna dignidad pública de título.

(Este privilegio podria sostenerse ahora con dificultad atendido el diferente espíritu de nuestra legislacion).

Litigando entre si los privilegiados, de que llevamos hecha mencion, si uno de ellos trata solamente de evitar su daño, y el otro de adquirir utilidad, cesará en este el beneficio ó privilegio de no poder ser reconvenido en mas de lo que buena y decentemente pueda; como tambien el que le tiene genérico, si otro le tiene específico; y cesa igualmente en los fiadores, por ser personal y peculiar de los deudores principales.

1146. Aunque puede trabarse la ejecucion en la clase de bienes no comprendidos entre los esceptuados, no puede verificarse en cualquiera de aquellos indistintamente, sino que ha de efectuarse en los de una clase antes que en los de otra, guardándose el orden y las solemnidades que requiere la ley y que espondremos en la siguiente seccion.

#### SECCION IV.

##### DE LOS PROCEDIMIENTOS EJECUTIVOS.

1147. Los autores dividen generalmente el procedimiento ejecutivo en

tres partes: la primera que comprende la demanda y diligencias para el embargo, depósito y traba de bienes y en que no se da audiencia al deudor; la segunda que versa sobre la citacion de remate al deudor su oposicion y remate de bienes, y la tercera que comprende el procedimiento sumarísimo para la venta de bienes ó la via de apremio; método que adoptamos desde luego por juzgarlo filosófico.

#### § I.

*De la demanda ejecutiva, despacho de ejecucion, embargo de los bienes del deudor, orden en que debe hacerse, y depósito y traba de los mismos.*

1148. Segun el art. 945 de la ley, *la demanda ejecutiva se formulará en los mismos términos que la ordinaria, y contendrá ademas la protesta de abonar pagos legítimos.* El deudor pues, que no haya conseguido estra-judicialmente el cobro de su crédito, presentará escrito en que esponga sucintamente y numerados los hechos y los fundamentos de derecho, fijando con precision lo que pida, segun prescribe el art. 224 sobre el juicio ordinario, esto es, pidiendo se despache mandamiento de ejecucion contra los bienes, rentas ó sueldos del deudor por la cantidad líquida que espresa. Ha de contener ademas la demanda, como requisito propio, y especial de su carácter ejecutivo, la protesta de adquirir en cuenta, justos y legítimos pagos, cláusula que tiene por objeto evitar el incurrir en la pena de la *plus petition* en el caso de que el deudor acreditase que habia pagado algunas cantidades á cuenta del crédito que se le reclamaba. Dicha pena consiste, segun las leyes 22, tit. 1, lib. 10, Nov. Recop. y 42, tit. 2, Part. 3, cuando se pidió mas por dolo, en la condena de costas y en la pérdida de la deuda principal, y cuando no hubo dolo, sino error, en pagar las costas y perjuicios causados por razon del exceso al ejecutado. Véase, no obstante, lo espuesto en el núm. 446 del lib. 2.º de este tratado. Si el acreedor sabe con certeza, dice Febrero, qué cantidad cobró, no queda libre de la pena por la protesta de recibir en cuenta justos pagos, pero sí quedará libre, si no supiera á punto fijo cuánto fue lo cobrado.

La ley 6, tit. 28, lib. 11, Nov. Recop. imponia al ejecutante la obligacion de jurar en su demanda, la certeza de la deuda, esto es, que aun existia por no haberse satisfecho, y su legitimidad, lo que se efectuaba con la cláusula *juro la deuda*; pero no requiriéndose este requisito por la nueva ley de Enjuiciamiento, á pesar de haberse prevenido en el art. 515 de la de Enjuiciamiento Mercantil, así como tampoco requiere la ley civil, respecto de la demanda ordinaria, la cláusula de *juro lo necesario*, que se insertaba anteriormente, debe entenderse que ha querido suprimir aquella cláusula, como dijimos respecto de esta, fundados en las graves consideraciones que espusimos en los números 472 y siguientes del lib. 2.º de este Tratado.

dose advertir que gozan igualmente de este privilegio los hijos y padres del marido, pero no los herederos estraños de este, ni el suegro que ofrece dote á su yerno, sabiendo que no puede pagarla, porque la malicia no debe ser favorecida.

6.º El que vino á estado de insolvencia por algun infortunio accidental é inculpable, como guerra, naufragio, incendio, etc.

7.º El juez residenciado. (Nótese que los casos 5 y 6 no están apoyados por ley alguna patria, ni aun romana).

8.º El donador por la donacion que hizo, porque de lo contrario le seria demasiado gravosa su liberalidad: leyes 4, tit. 6; y 1, tit. 15, Part. 5.

9.º El que con la pureza legal hizo cesion de sus bienes ó concurso de acreedores por la deuda de alguno de estos, á cuya satisfaccion no alcanzaron los que tenian; pues aunque vengan á mejor fortuna, se le ha de dejar con qué subsistir decentemente, de lo que adquiriera despues de la cesion (ley 5, tit. 15, Part. 5); porque este y los demás hasta aquí mencionados pueden pedir alimentos de sus propios bienes, á no ser que tenga arte, oficio, ú otro medio con qué mantenerse, ó que el mismo acreedor sea tan pobre que no tenga de qué subsistir, en cuyos casos deben pagar toda la deuda: ley 15 al fin, tit. 10, Part. 5. Véase lo que dijimos sobre esta materia al tratar de los concursos de acreedores.

Lo mismo se observa en los duques, condes y marqueses si forman concurso de acreedores, pues por costumbre inconcusa de estos reinos, se les señalan alimentos de las rentas de sus Estados concursados, con preferencia á sus acreedores, para evitar que se vean precisados á mendigar, ó á ocuparse en cosas que rebajen su prestigio y dignidad; pero no en los poseedores de mayorazgo simple, á que no está aneja ninguna dignidad pública de título.

(Este privilegio podria sostenerse ahora con dificultad atendido el diferente espíritu de nuestra legislacion).

Litigando entre si los privilegiados, de que llevamos hecha mencion, si uno de ellos trata solamente de evitar su daño, y el otro de adquirir utilidad, cesará en este el beneficio ó privilegio de no poder ser reconvenido en mas de lo que buena y decentemente pueda; como tambien el que le tiene genérico, si otro le tiene específico; y cesa igualmente en los fiadores, por ser personal y peculiar de los deudores principales.

1146. Aunque puede trabarse la ejecucion en la clase de bienes no comprendidos entre los esceptuados, no puede verificarse en cualquiera de aquellos indistintamente, sino que ha de efectuarse en los de una clase antes que en los de otra, guardándose el orden y las solemnidades que requiere la ley y que espondremos en la siguiente seccion.

#### SECCION IV.

##### DE LOS PROCEDIMIENTOS EJECUTIVOS.

1147. Los autores dividen generalmente el procedimiento ejecutivo en

tres partes: la primera que comprende la demanda y diligencias para el embargo, depósito y traba de bienes y en que no se da audiencia al deudor; la segunda que versa sobre la citacion de remate al deudor su oposicion y remate de bienes, y la tercera que comprende el procedimiento sumarísimo para la venta de bienes ó la via de apremio; método que adoptamos desde luego por juzgarlo filosófico.

#### § I.

*De la demanda ejecutiva, despacho de ejecucion, embargo de los bienes del deudor, orden en que debe hacerse, y depósito y traba de los mismos.*

1148. Segun el art. 945 de la ley, *la demanda ejecutiva se formulará en los mismos términos que la ordinaria, y contendrá ademas la protesta de abonar pagos legítimos.* El deudor pues, que no haya conseguido estra-judicialmente el cobro de su crédito, presentará escrito en que esponga sucintamente y numerados los hechos y los fundamentos de derecho, fijando con precision lo que pida, segun prescribe el art. 224 sobre el juicio ordinario, esto es, pidiendo se despache mandamiento de ejecucion contra los bienes, rentas ó sueldos del deudor por la cantidad líquida que espresa. Ha de contener ademas la demanda, como requisito propio, y especial de su carácter ejecutivo, la protesta de adquirir en cuenta, justos y legítimos pagos, cláusula que tiene por objeto evitar el incurrir en la pena de la *plus petition* en el caso de que el deudor acreditase que habia pagado algunas cantidades á cuenta del crédito que se le reclamaba. Dicha pena consiste, segun las leyes 22, tit. 1, lib. 10, Nov. Recop. y 42, tit. 2, Part. 3, cuando se pidió mas por dolo, en la condena de costas y en la pérdida de la deuda principal, y cuando no hubo dolo, sino error, en pagar las costas y perjuicios causados por razon del exceso al ejecutado. Véase, no obstante, lo espuesto en el núm. 446 del lib. 2.º de este tratado. Si el acreedor sabe con certeza, dice Febrero, qué cantidad cobró, no queda libre de la pena por la protesta de recibir en cuenta justos pagos, pero sí quedará libre, si no supiera á punto fijo cuánto fue lo cobrado.

La ley 6, tit. 28, lib. 11, Nov. Recop. imponia al ejecutante la obligacion de jurar en su demanda, la certeza de la deuda, esto es, que aun existia por no haberse satisfecho, y su legitimidad, lo que se efectuaba con la cláusula *juró la deuda*; pero no requiriéndose este requisito por la nueva ley de Enjuiciamiento, á pesar de haberse prevenido en el art. 515 de la de Enjuiciamiento Mercantil, así como tampoco requiere la ley civil, respecto de la demanda ordinaria, la cláusula de *juró lo necesario*, que se insertaba anteriormente, debe entenderse que ha querido suprimir aquella cláusula, como dijimos respecto de esta, fundados en las graves consideraciones que espusimos en los números 472 y siguientes del lib. 2.º de este Tratado.

1149. A la demanda ejecutiva deberá acompañarse el documento en que funde su derecho el ejecutante, según previene el art. 225 sobre el juicio ordinario, que aquí será el título ejecutivo, bien lo fuese antes de principiar el juicio, bien por haberse preparado este verificando las diligencias prescritas en el art. 945 ya espuesto; asimismo deberá acompañarse la copia en papel común de la demanda ejecutiva suscrita por el procurador por inferirse así de lo prescrito en el art. 945, que no solo se refiere al artículo 224 del juicio ordinario, sino al 225, y porque también es conveniente esta copia para que pueda enterarse de la demanda ejecutiva al ejecutado. Debe también acompañarse el poder que acredite la personalidad del procurador y el documento ó documentos que acrediten la personalidad con que se presenta en juicio al demandante en el caso de tener representación legal de alguna persona ó corporación, ó cuando el derecho que reclame provenga de habérselo otro transmitido, todo con arreglo á las disposiciones generales prescritas en el art. 18 de la ley. Pero no tiene aplicación necesariamente á este juicio lo dispuesto en el artículo citado, y en el 202 de la misma ley, sobre que se acompañe á toda demanda la certificación del acto de conciliación ó de haberse intentado sin efecto, por no ser necesario este requisito para entablar la demanda ejecutiva, según se espresa en la excepción del art. 201, lo que se funda en las consideraciones espuestas en el núm. 251, 2.º del libro 2.º de este Tratado.

1150. Ultimamente debemos advertir que deberá entablarse el juicio ejecutivo y no el de menor cuantía, aun cuando el interés de la acción ejecutiva en que se fundare la demanda no excediere de tres mil reales, según terminantemente se prescribe en el art. 1154 de la ley, diciendo, que lo dispuesto en el art. 1153 sobre que toda contestación entre partes cuyo interés no exceda de tres mil reales se decida en juicio de menor cuantía, se entiende sin perjuicio de la acción ejecutiva de la cual podrá usarse cualquiera que sea la cantidad de que se trate, en los casos en que proceda con arreglo á derecho; disposición que se apoya en las consideraciones espuestas latamente en los números 180 y siguientes del libro 2.º de este Tratado.

1151. Presentada la demanda ejecutiva con los requisitos y documentos enunciados, y dada cuenta de ella al juez, mandará este traer los autos á la vista, para examinar si procede ó no la ejecución, pues si la despachase indebidamente y se declarase nula, sería condenado en costas, según espresamente declara el art. 971 que espondremos más adelante.

1152. Hé aquí como resume Febrero los siguientes requisitos que deben concurrir en la demanda para que pueda despacharse la ejecución.

«Para que se pueda proceder ejecutivamente, han de concurrir seis circunstancias, que no debe el juez perder de vista:

1.º Que el ejecutante sea persona legítima para pedir la ejecución, y no tenga prohibición de comparecer en juicio, lo cual ha de hacer constar como requisito esencial al mismo tiempo que la pide, sea que lo haga por sí propio ó en nombre de otro, y que si es cesionario á virtud de escritura,

la presente, ó si por endoso de algun vale, letra ó libranza, reconozca su firma el endosante ó cedente, pues si no la reconoce primero, ó no la confiesa el deudor, se anulará la ejecución, oponiéndose por este la excepción de ilegitimidad de persona, no por acreditar que sea cierta la cesión y hecha por quien podía hacerla, como más de una vez se ha declarado,

2.º Que si el acreedor se obligó á hacer antes por sí alguna cosa la haga; pues conteniéndose cosa tal en el instrumento, no ha de despacharse la ejecución hasta que el acreedor la cumpla, porque siempre debe preceder el cumplimiento por parte del actor.

3.º Que si se pide en virtud de confesión, sea esta clara y de cantidad líquida, porque habiendo la más leve duda acerca de esta, no debe despacharse, y que si se pide á virtud de instrumento público, la traiga aparejada, y no sea falso, ni esté roto, cancelado ni sospechoso en parte sustancial, ni se haya prescrito el tiempo señalado por la ley 65 de Toro (3, tit. 8, lib. 11, Nov. Recop.) para pedir ejecutivamente, ni contenga vicio ó defecto esencial; por ejemplo, ser traslado sacado sin citación por escribano ante quien no se otorgó, y no la copia original, ó no hallarse esta suscrita, como debe estarlo, por el que la hizo, sino dada por concuerda con el protocolo, etc., en cuyos casos hasta que se purifique y subsane el vicio ó defecto no debe despacharse la ejecución, y si se despacha, es nula.

4.º Que si el instrumento contiene plazo ó condición, se haya cumplido, pues si antes de cumplirse pide el acreedor la ejecución, á más de que no ha de ser oído, debe el juez condenarle en costas y prorogar ó dar al deudor otro tanto tiempo más que el que faltaba, pues lo mismo es no poder ser todavía demandado, que no ser deudor: leyes 25, tit. 2, Part. 3; y 1, tit. 28, lib. 11, Nov. Recop. De consiguiente debe el juez reconocer las escrituras para cerciorarse por sí mismo si son ó no ejecutivas, sin fiarse de escribanos poco inteligentes, pues si por haber despachado indebidamente la ejecución, cualquiera que fuese el motivo se diere por nula, ha de satisfacer y restituir en pena los derechos que llevare, con las costas á las partes (leyes 12, tit. 4, 24 y 25, tit. 22, Part. 3; 8, título 28, y 11, título 30, lib. 11, Nov. Recop.) no pudiendo condenar en las dichas costas al ejecutante, como lo hacen algunos, imputándole la culpa que ellos tienen por no examinar debidamente las escrituras, ó por no saber su oficio.

5.º Que el juez, antes de entregar el mandamiento al acreedor, le reciba juramento de cuanto es lo que verdaderamente se le está debiendo y de que no pide la ejecución con malicia, según se manda en la ley 6, tit. 28, lib. 11, Nov. Recop.; ó que el mismo acreedor lo jure en el pedimento, que es lo que se practica, y surte el propio efecto; á menos que el que pide sea heredero del acreedor, pues nadie está obligado á jurar sobre hecho ajeno, y de que tal vez no tiene noticia: más por omitirse el juramento no se vicia la ejecución, pues la ley no lo exige por forma, sino por solemnidad.

dad, como dicen algunos autores, aunque otros sienten lo contrario. (Esta última doctrina de Febrero sobre que no es necesario el juramento, es la que se deduce del silencio de la nueva ley sobre este punto segun ya hemos espuesto.)

6.º Que para incurrir en la pena de otro tanto del importe del esceso ó demasia que impone la dicha ley recopilada al acreedor, por pedir mas que lo que legítimamente se le debe, ponga en el pedimento esta cláusula; «y protesto admitir en cuenta legítimas y justas pagas;» pues muchos acreedores, sin embargo de haber percibido algo á cuenta de sus créditos, piden el todo con malicia ó por olvido, á causa de no haber sentado lo que percibieron.

1153. Anteriormente, cuando el juez, despues de examinado el título ejecutivo, creía que no era procedente la ejecucion, mandaba al actor que pidiera conforme á derecho, ó bien comunicaba traslado liso y llano al reo ó deudor, ó le prevenia que pagara dentro de tercero dia, añadiendo, que si tuviera razón para no pagar, la dedujera dentro del propio término, lo que equivalia á denegar la via ejecutiva y se seguia el pleito en juicio ordinario, sino se reponia este auto como podia pedir el actor, ó no se revocaba en virtud de apelacion que podia interponer el mismo, ó el juez no atendia á la reposicion.

Igualmente algunos jueces por cierto espíritu de indulgencia y á fin de que el deudor tuviera mas tiempo para buscar dinero con que pagar y no se le causara estorsion, solian mandar que se le notificara pagara dentro de tercero dia con aperebimiento de ejecucion; y asimismo cuando dudaban sobre la calidad ejecutiva del título, con el fin de adquirir mas datos oyendo al deudor, para salir de la duda, mandaban darle por un breve término traslado sin perjuicio con lo que se queria decir que no se trataba por este traslado de negar la accion ejecutiva que podia competir al acreedor: el deudor tomaba los autos y esponia las razones que creia procedentes para que no se despachara la ejecucion, y el juez en su vista decretaba haber ó no lugar á ella. Estas prácticas eran indudablemente perjudiciales al deudor é impropias del juicio ejecutivo por lo que fueron combatidas por acreditados autores, entre ellos Febrero. Asi es que la nueva ley de Enjuiciamiento las ha desterrado absolutamente, disponiendo en su art. 946, que el juez, examinado el título ejecutivo, despachara ó denegara la ejecucion sin prestar audiencia nunca al demandado.

1154. Pero como esta providencia puede causar graves perjuicios al actor, previene el art. 947, que del auto en que se denegare la ejecucion, puede pedirse reposicion dentro de tres dias, y apelarse dentro de los cinco siguientes, si esta fuere denegada, es decir, la reposicion; lo cual es conforme á la doctrina general sancionada en el art. 63, con la diferencia de que allí se conceden solo tres dias para la apelacion y aquí cinco que es el término general para las apelaciones que señala el art. 67; favor que se funda en la importancia de esta providencia y en la distinta naturaleza de la á que se refiere el art. 65.

1155. Esta apelacion procede libremente, esto es, en ambos efectos, devolutivo y suspensivo, puesto que nada hay que ejecutar, y una vez admitida se remitirán los autos al tribunal superior con citacion solo del apelante; puesto que no es parte todavía en el juicio el reo ó deudor á cuyo favor se dió aquel auto. Se sustanciará en los mismos términos que la de la sentencia definitiva ó de remate de este juicio menos la entrega de autos al deudor mediante no ser parte aun en ellos: art. 948. Si no se interpusiere apelacion ó se confirmare el auto, llegando á constituir ejecutoria, el actor no podrá reclamar por la via ejecutiva sino por la ordinaria.

Si se diese auto despachándose la ejecucion en vista de la demanda, no ha lugar á apelar de ella, por no haber quien lo haga, puesto que solo vendria verificarlo al deudor y este no ha sido citado.

1156. Despachada la ejecucion, bien en vista de la demanda, bien por haberse revocado la providencia en que se denegó aquella, se entregará el mandamiento que se espida en su virtud, y que deberá firmar el juez y el escribano, al actor: art. 948. Esta disposicion es conforme á la ley 10, título 28, lib. 11 de la Novísima, que mandaba entregar el mandamiento al acreedor y no al alguacil bajo pena de nulidad, si bien la práctica era entregarlo al escribano y al alguacil de consentimiento verbal suyo, de cuya manera no se anulaba la ejecucion, pues con su consentimiento cesaba la razon de la prohibicion legal. El art. 948 de la nueva ley previene tambien que con dicho mandamiento, esto es, enseñándoselo, se requerirá al deudor al pago por alguacil y escribano de juzgado. Si el deudor satisface la deuda, se hará constar por diligencia en los autos, dando cuenta al juez, quien mandará entregar su importe al actor ó acreedor, dando por terminado el juicio. Si manifestare el deudor recibo de haber pagado, no han de suspender estos la traba ni demás diligencias, pues no les incumbe conocer si es ó no legítimo el recibo, por lo que ha de producirlo el deudor á su tiempo en juicio, para lo efectos legales. Lo mismo se observará si opusiese cualquier otra excepcion; pero el escribano pondrá diligencia de haberla alegado el deudor. Anteriormente, segun la ley 13, tit. 30, lib. 11 de la Nov. Recop. pagando el deudor la deuda antes de las veinticuatro horas contadas desde el requerimiento, se libraba de los derechos de ejecucion; pero la nueva ley ha prevenido en su art. 954, que aunque pague el deudor dentro de las veinticuatro horas posteriores al requerimiento y aun en el acto de este, serán de su cargo las costas causadas en el juicio. Si el deudor no verificase el pago en el acto, se procederá á embargar bienes suficientes á cubrir la cantidad porque se proceda y las costas, por el orden que diremos mas adelante: art. 948.

1157. Para evitar los perjuicios y fraudes á que pudieran dar lugar los deudores, ausentándose ú ocultándose con el objeto de eludir el embargo de bienes, dispone la nueva ley, conforme en la parte esencial con las prescripciones de las leyes 14 y 17, tit. 30, lib. 4, de la Nov. y con el art. 3.º de la ley de 4 de junio de 1837, que si el deudor no fuere habido despues de haberle buscado dos veces en su domicilio con intervalo de seis horas, se le hará requerimiento por cédula que se dejará por su orden á su mujer,

hijos mayores de 14 años, dependientes ó criados, y á falta de ellos á los vecinos; art. 953. Véase lo espuesto sobre el art. 228, que trata del emplazamiento por cédula en el juicio ordinario con el que tiene grande analogía el presente.

*Sino se supiere su paradero, ni tuviere casa, se hará el requerimiento por cédula al alcalde del pueblo de su domicilio, y si no lo tuviere conocido, al alcalde de su última residencia; publicándose además por edictos, que se insertarán en los periódicos del pueblo si los hubiere, y si no, se fijarán en las puertas del juzgado; art. 956.* El objeto de la ley al prescribir estas diligencias es que llegue á noticia del deudor el requerimiento. Véase tambien lo espuesto en el art. 228.

1158. *Verificado el requerimiento de cualquiera de estos modos, se procederá seguidamente al embargo de bienes en la forma establecida, por la ley y que mas adelante espondremos; art. 955.*

1159. Si el alguacil y escribano hallasen cerrada la puerta del domicilio del deudor y no se les abriera espontáneamente, no pueden allanarla con violencia sin espresa orden del juez, por prohibirlo el art. 7 de la Constitución, y la real orden de 27 de febrero de 1850. En tal caso previene la ley 11, tít. 29, lib. 11, Nov. Recop. que den aviso el alguacil y escribano al juez, dejando guardas de vista, el cual mandará abrir la puerta por peritos y ante testigos idoneos. Si el deudor, su familia ó vecinos hiciesen resistencia, se acudirá al celador de seguridad pública ó al alcalde para que les auxilie, y si aun así no consiguieren su objeto, pondrán por diligencia lo ocurrido, y el juez dispondrá que les acompañe la fuerza armada que juzgue necesaria, ó mandará proceder á la formación de causa si hubiere motivo para ello.

1160. Teniendo por objeto el embargo de bienes, asegurar el pago del crédito del acreedor, contra el deudor, no es necesario embargar todos los bienes de este, sino aquellos que se considerasen suficientes para cubrir el crédito, porque se despachare la ejecucion y las costas del juicio, sin perjuicio de mejorar la traba, esto es, de proceder á nuevo embargo, á instancia del acreedor, si viere que no eran aquellos suficientes, así como tambien podrá el deudor en caso de exceso, pedir el desembargo de la parte que sobrase. Véase el art. 957 de la ley.

1161. Así, pues, acerca del orden con que debe procederse el embargo de bienes ó de los que deben embargarse con preferencia á otros, tanto nuestro antiguo derecho como el moderno, han establecido las reglas que se han juzgado mas convenientes, ya para no aumentar la afliccion y la penuria del deudor, con la venta de los bienes cuya conservacion pudiera serle mas útil, ya para asegurar al acreedor el pago de su crédito, con el embargo de los que tienen mas fácil salida.

1162. Segun nuestra antigua práctica y disposiciones legales, cuando el deudor se hallaba ausente ó no queria señalar bienes estando presente, podia designarlos el acreedor en los que se encontraren en la casa ó constase que eran del deudor, pero debia empezarse la traba precisamente en los

bienes muebles, en los que segun la ley 10, tít. 55, Part. 7, se comprendian los semovientes, aunque la ley 6, tít. 28 lib. 11, de la Nov. Recop. no hacia mencion de estos: no habiendo bienes muebles, debia trabarse la ejecucion en los raices, y á falta de todos, en los créditos y derechos del deudor, no habiéndose pactado lo contrario en el contrato. Véanse las leyes 12, tít. 18 libro 11, Nov. Recop. y tít. 27, Part. 3.<sup>a</sup>

1163. La nueva ley de Enjuiciamiento siguiendo el espíritu de estas disposiciones ha prescrito en su art. 949, que el orden que se guardará para los embargos es el siguiente:

1.º *Dinero metálico si se encontrare, bien se halle en poder del deudor ó depositado en poder de otro.*

2.º *Alhajas de plata, oro ó pedrería, si las hubiese.*

3.º *Frutos y rentas de toda especie; esto es, ya sean naturales, industriales ó civiles.*

4.º *Bienes semovientes.*

5.º *Bienes inmuebles, considerándose como tales los objetos que se separan de los inmuebles ó raices á que les estaban unidos si no se trata de volverlos á fijar en ellos, como los árboles caidos, las piedras arrancadas de las canteras, y los ladrillos, tejas y demas materiales separados de un edificio. Véase las leyes 28, á la 51, tít. 5, Part. 5.*

6.º *Bienes raices.* En estos se cuentan todos los objetos, que aunque muebles por su naturaleza se hallan unidos á los inmuebles, y por tanto formando parte de estos. Tambien se consideran inmuebles los frutos no separados de sus raices ó pendientes de los árboles, y por fin el usufruto ó uso de inmueble, derecho de habitacion, servidumbres reales, censos impuestos sobre las fincas y los oficios de propiedad particular. Véanse las leyes 28, á la 51, tít. 5, Part. 5.

7.º *Sueldos ó pensiones.*

Así, pues, existiendo de la primera clase de bienes, solamente deberá hacerse la traba respecto de ellos; si no fueren bastantes, se pasará á embargar los de la segunda clase y así sucesivamente.

1164. La nueva ley de Enjuiciamiento en su artículo 956, dice espresamente, que *el acreedor puede concurrir á los embargos y designar los bienes del deudor en que hayan de causarse, con sujecion al orden establecido, esto es, limitando su designacion á los diversos bienes de una misma especie, mas no podrá invertir al orden gradual que marca la ley sobre cada una de estas.* Nada dice, sin embargo, la nueva ley, sobre si el deudor tendrá tambien la facultad de hacer dicha designacion como se hallaba establecido anteriormente. Mas del espíritu del art. 956, debe deducirse la afirmativa, puesto que es tanto ó mas digno de consideracion que el acreedor el deudor como persona mas oprimida. Así, pues, no creemos, por lo menos, que pueda hacer aquella designacion el acreedor, contra la voluntad del deudor.

La necesidad del mútuo acuerdo de ambos, respecto del orden que deba guardarse para el embargo de bienes de las diferentes clases que enumera

la ley, alterando su orden, es en nuestro juicio necesario, por la consideracion ya indicada de haberse establecido aquel orden, tanto en beneficio del deudor, como del acreedor, por lo que ninguno de ellos puede renunciarlo por sí solo.

El orden legal de hacer la traba, puede no obstante alterarse por el actor, aun respecto de las diversas clases enunciadas, *si hubiese bienes dados en prenda ó hipotecados*, pues segun previene el art. 930 de la ley, *se podrá proceder contra ellos antes que contra ningunos otros, si el actor lo solicitare*. Esta doctrina, consecuencia de los principios del derecho sobre la accion hipotecaria, se funda en que hallándose afectos al pago por voluntad de ambas partes espresada con anterioridad en el contrato, el acreedor está en su derecho pidiendo el cumplimiento estricto de aquel. Aun cuando el artículo 930 de la ley, parece requerir la solicitud del actor para hacer la traba en los bienes dados en prenda ó hipotecados, con preferencia á los demás, creemos que deberá proceder el juez por este orden, aun cuando no mediare aquella solicitud, ya porque se presume que los bienes hipotecados especialmente son bastantes para el pago, ya porque por el hecho de haberse contentado con ellos el acreedor para su seguridad, es cierto haber querido que se trabase la ejecucion en los mismos, ya porque de lo contrario se podria causar perjuicio (que por equidad se debe evitar) á otro acreedor de inferior grado á quien no esten especialmente obligados, ó al tercero que los posea, á mas de que debe observarse el orden prescrito en la misma obligacion. Esta doctrina se halla establecida por nuestros antiguos autores, aun con relacion al caso en que el acreedor tuviere hipoteca general ademas de la especial. «El acreedor, dice Febrero, al tratar de las obligaciones y contratos en general que tiene hipoteca especial y general en los bienes de su deudor, puede trabar ejecucion en los que mas bien le parezcan, sin necesidad de hacer previa escusion en los obligados especialmente, con particularidad si la escritura en que se obligaron, contiene la cláusula de que la obligacion general no se entienda derogar á la especial, ni esta á aquella, pues de ambas ha de poder usar el acreedor á su eleccion.... Pero no obstante, añade Febrero, se practica en los tribunales hacer primero la ejecucion en las hipotecas especiales, y se funda en las razones que hemos alegado.»

La ley de Enjuiciamiento mercantil en su art. 318, sancionó espresamente la doctrina espuesta, diciendo, que cuando el título de la ejecucion contenga hipoteca especial de algun inmueble, se trabará siempre la ejecucion sobre este, sin perjuicio de que si contuviere ademas la obligacion general de los bienes del deudor, se embargarán los muebles por el orden prescrito en el art. 317. Esta prevencion debe haberse hecho en el auto y mandamiento de ejecucion, y no dejarse á la calificacion del ejecutor.

Cuando no hubiere hipoteca general unida á la especial, opina Febrero que aun cuando el acreedor pida la ejecucion contra todos y cualesquiera bienes de su deudor, y se despache asi, debe trabarse en los especialmente hipotecados, y se funda en las consideraciones ya enunciadas; mas el señor Escribano, sienta en su diccionario, palabra, Juicio ejecutivo, que despachán-

dose contra todos los bienes el mandamiento ejecutivo, y en particular contra los especialmente hipotecados, no se anulará, porque lo que abunda no daña. Del art. 930 de la nueva ley se deduce tambien la doctrina de que la responsabilidad especial no disminuye la general que pesa sobre todos y cada uno de los bienes, hasta que quede del todo completo el pago, y así lo consigna el señor Laserna en sus motivos de la ley.

1165. El fiador contra quien se despache ejecucion por la deuda que fió, puede señalar para que se embarguen antes que sus bienes, todos los que el deudor principal tuviese, y sobre que no se hizo escusion, como debe hacerse antes de procederse contra el fiador. Esto se entiende cuando la fianza se constituyó simplemente, mas si fuese mancomunada con el deudor, no puede el fiador señalar aquellos bienes, por quedar obligado él al todo de la deuda, como aquel, y no competirle el beneficio de escusion. Véase la ley 3, título 27, Part. 3.

1166. Si la ejecucion se dirige contra un tercer poseedor, que no es heredero ni trae causa del que contrajo la obligacion hipotecaria, (como el del mayorazgo afecto á un censo impuesto por otro de diversa linea) dice Febrero, se ha de trabar en la finca gravada, y no en los bienes libres propios del tercero, ni en los de otro mayorazgo que posea y no esten obligados, ni en sus rentas; y no haciendose de esta forma, será nula la ejecucion por el vicio con que se trabó, de suerte que, opuesto este, volverá aquella al estado primitivo que tenia antes de trabarse. Pero si se trabase á un mismo tiempo en los bienes libres ó no obligados y en la misma hipoteca, no se anulará, porque lo util no se vicia por lo inútil; y así quedará secuestrada la hipoteca y los demás bienes se embargarán tan pronto como se pida.

1167. Cuando no señalaren los bienes en que ha de trabarse la ejecucion, el deudor ó acreedor, suele ponerse la cláusula de que la traba se hace *por cuenta y riesgo del deudor*, con lo que se evita la responsabilidad de los que practican el embargo, para el caso de que lo efectuasen en bienes que aunque estuvieran en la casa del deudor, fueran ajenos, y lo ignorasen, si bien no creemos necesaria esta cláusula en el día, pudiendo determinarse aquel caso por las reglas generales sobre la responsabilidad en que incurre el que de mala fe causa perjuicios á otro indebidamente. De todos modos, no bastará para suspender el embargo que se presente un tercero diciendo que son suyos los bienes que se están embargando, á no que constase la verdad de este aserto, quedándole solamente el derecho de proponer la terceria en el período correspondiente del juicio.

1168. Anteriormente solia ejecutarse la traba en una sola cosa del deudor á nombre de las demás, práctica que si bien no estaba prohibida por la ley, era peligrosa y abusiva, por dar ocasion á que el deudor ocultara ó sustrajera sus bienes mientras se sustanciaba el juicio, y á que no pudiera darse la sentencia de remate ó fuese ilusoria, por no haber bienes suficientes que rematar. Por esta razon, y no habiendo sancionado semejante práctica la nueva ley de Enjuiciamiento, deberá desecharse, procediéndose á embargar los bienes que se creyeren suficientes, señalándolos uno por uno, con espe-

cificación, en diligencia en forma, que se estenderá en los autos para que conste cuáles fueron y que no puedan ocultarse ni substituirse por otros.

1169. Estos bienes *deberán depositarse con arreglo á derecho*, segun espresa el art. 948 de la nueva ley. Asi, pues, conforme á nuestro derecho y jurisprudencia anteriores, cuando los bienes son muebles, deben depositarse en presencia de tres testigos en persona legal, sana y abonada del pueblo, sin que el alguacil pueda tenerlos en su poder ni dejarlos en el del deudor; ley 1, tit. 30, lib. 44, de la Nov. Recop. Sin embargo, á veces se practica, cuando no se encuentra persona abonada, dejar dichos bienes en la casa misma del deudor, pero en habitaciones, cuyas puertas se cierran y sellan.

1170. El alguacil puede apremiar á toda persona en que concurren las dichas calidades, á que reciba en depósito los bienes embargados, entregándoselos sin perjuicio de su derecho, caso que por custodiárselos se le cause alguno, y obligándose con sus bienes á conservarlos á disposicion del juzgado, porque el ser depositario judicial es carga comun que todos deben sufrir por el beneficio público, pues de lo contrario se quedarían los acreedores sin poder cobrar sus créditos, y los deudores consumirían los bienes embargados.

Dicho depósito se espresa en diligencia que podrá ser la misma del embargo, firmándola el alguacil, deudor, depositario y escribano.

1171. Si son bienes raices, ó juros, censos, ú otros efectos redituables, no hay para qué hacer depósito formal, á no ser de los frutos que tengan pendientes, ó réditos que devenguen; y lo que se debe practicar es requerir á los arrendatarios y demás que deben acudir con sus rentas al deudor para que las entreguen al depositario ó las retengan á la ley de depósito y á disposicion del juez que conoce de la causa, ú otro competente, y no las entreguen á persona alguna sin su mandato, bajo la pena de volverlas á pagar no cumpliéndolo. Los requeridos han de firmar, si saben, este requerimiento, y acreditar con recibos lo que pagan y están debiendo, y el escribano ha de espresarlo en la diligencia; de modo que viene á trabarse la ejecucion en la finca, y á mejorarse en sus alquileres, réditos y pensiones. Tanto á los dichos arrendatarios y demás, como al depositario de los muebles, debe darse testimonio espresivo é individual del embargo, sin necesidad del auto judicial, para que les sirva de resguardo, caso que lo pidieren. Sino estuvieran arrendadas las fincas, se hace el embargo, noticiándolo al deudor para que no disponga de ellas. Si estuvieren administradas por el mismo deudor, se pone interventor que asista á la recoleccion de frutos y los tenga en depósito, ó se nombra administrador.

1172. Si el alguacil no halla depositario de las calidades referidas, puede (puesto que ninguna ley lo prohíbe) entregar al acreedor los bienes embargados, no como tal acreedor, sino en calidad de depósito y otorgándole á disposicion del juez: si no toma este partido, hará que el mismo acreedor busque de su cuenta y riesgo quien lo sea; lo cual ha de espresar el escribano en la diligencia, haciendo que la firme para que sepa que le nombró, y portándose en esto de modo que ni él ni el alguacil queden en descubierto, pues ambos á dos pueden quedarlo en estas y otras diligencias.

1175. Manifestando la mujer del deudor, dice Febrero, carta legítima de su dote, que iguale ó esceda al crédito del ejecutante, como que goza de preferencia se la ha de nombrar depositaria de los bienes ejecutados, con obligacion de responder de ellos y tenerlos á disposicion del juez de la causa, no haciéndole la estorsion de sacarlos de su poder, puesto que en juicio contradictorio ha de ser pagada de ellos antes que el ejecutante: lo cual se entiende, aunque no esté amparada, segun es práctica de esta córte, porque el amparo no da vigor alguno ni apelacion, y solo sirve para que los ejecutores no toquen á los bienes conocidos de la mujer, que consten en el instrumento dotal y existan.

Pero no siendo legítima la dote, y aunque lo sea, si la mujer, está obligada con el marido en el contrato ejecutivo, ó si el crédito resultante de este, debe ser preferido al dotal, no se la ha de constituir depositaria de ellos; ni tampoco cuando manifestó, otro instrumento, por ejemplo, una hipoteca ó adjudicacion en que constan los bienes que adquirió despues de casada, porque estos no son privilegiados como los dotales, y tal vez el acreedor será preferido á ella por su crédito.

Difícil es que un simple alguacil ó escribano pueda decidir estos puntos de derecho, por lo cual debe ponerlo en conocimiento del juez.

1174. Cuando el embargo consiste en dinero, se interviene y se deposita en el banco de San Fernando ó en sus comisionados en las provincias: reales órdenes de 30 de mayo, de 18 y 23 de octubre de 1834, y de 8 de marzo de 1844.

1175. Como el embargo de bienes es á veces, y mucho mas en el juicio ejecutivo, un preliminar de su enagenacion, para hacer pago con ellos al acreedor que promovió el juicio, previene la ley para evitar las enagenaciones y gravámenes fraudulentos que se hicieran sobre los mismos con perjuicio de otras personas que ignorasen el embargo, *que de todo embargo de bienes raices, se tomará razon en la contaduría de hipotecas del partido, librando al efecto el oportuno mandamiento por duplicado; uno de ellos despues de diligenciado se unirá á los autos, y el otro quedará en la espresada contaduría*. Esta disposicion ha venido á suplir la razon que se tomaba anteriormente en la contaduría de hipotecas, de la *traba* de ejecucion que se consignaba en diligencia y que venia á ser una consignacion de la hipoteca judicial en que quedaban constituidos para el pago de la deuda y costas, los bienes embargados: diligencia que no deberá practicarse en el día, por no requerirla la ley de Enjuiciamiento.

1176. Nada dice esta sobre si el alguacil y escribano que ejecutan el embargo indebidamente ó alterando el orden que establece el derecho, deberán incurrir en responsabilidad, á pesar de hallarse asi consignado en la ley de Enjuiciamiento mercantil cuyo art. 347, previene que el alguacil ejecutor será responsable de cualquier esceso que cometa en la ejecucion y perjuicio que cause por no haberse arreglado á derecho: sienda esta disposicion una consecuencia de los principios generales de derecho sobre indemnizacion de daños y perjuicios causados á sabiendas é indebidamente, la

creemos aplicable al Enjuiciamiento civil, tanto mas cuanto que anteriormente facultaba la práctica para pedir la reparacion de perjuicios.

1177. Como puede suceder que los bienes embargados en un principio y que se crean suficientes para el pago de la deuda y costas del juicio, no lo sean, por no tener el valor que aparentaban ó por aparecer que no eran del deudor ó por cualquiera causa, la ley faculta al acreedor para ampliar la ejecucion á otros bienes ó mejorar el embargo. Para asegurar esta mejora se ha acostumbrado poner en la diligencia de embargo la protesta de mejorar la ejecucion ó ampliarla en cualquiera estado del juicio; la cual si bien es prudente incluir, no lo juzgamos indispensable para que no pueda aquel efectuarse.

1178. En su consecuencia el art. 957 de la ley previene que *tambien puede pedir la mejora de ejecucion al deudor en el curso del juicio, y deberá decretarse si se pudiese dudar siquiera de la suficiencia de los embargados á cubrir principal y costas.* No será pues necesario justificar cumplidamente aquella insuficiencia, para que el juez conceda la mejora, sino que bastará alegar razones que puedan enjendrar duda sobre ella.

1179. Asimismo, *si durante el juicio ejecutivo, y antes de pronunciarse sentencia, venciese algun nuevo plazo de la obligacion en cuya virtud se proceda, como sucede cuando por ejemplo, se reclaman réditos de censos ó cobro de pensiones, puede, si lo pidiese el actor, puesto que á él es á quien interesa y que el juez debe limitarse á administrar justicia solamente sobre aquello que se reclama en negocios de interés privado, ampliarse la ejecucion por su importe, puesto que forma la cantidad del plazo vencido, una parte de la obligacion reclamada, sin necesidad de retroceder en el juicio, y sin que en su consecuencia sea necesario volver á requerir al deudor para que pague la nueva suma, y considerándose comunes á la ampliacion los trámites que la hayan precedido.* De manera que en virtud de esto, la *sentencia definitiva ó de remate del juicio deberá ser extensiva á ella tambien;* art. 958. Esta disposicion ha resuelto la duda que solia suscitarse anteriormente sobre si en el caso espuesto debia volver á principiarse el juicio respecto de la cantidad nuevamente vencida.

1180. Anteriormente, además de la traba y depósito de bienes del deudor, se procedia, á la prision de este á petición del acreedor, sino gozaba del privilegio de no poder ser preso por deudas, y no daba la *fianza de saneamiento*, esto es, sino presentaba fiador que respondiera con sus bienes de que los embargados pertenecian al deudor y eran suficientes para el pago de la deuda y costas y que en su defecto se obligaba á satisfacerlo todo ó lo que faltare con los suyos, hecha antes escusion en los del deudor. Esta fianza debia darse aun cuando el deudor presentara testigos que asegurasen ser suyos los bienes, ó aunque diera la fianza de la haz ó de estar á derecho. Véase la ley 12, tít. 28, lib. 11, de la Nov. Recop. Para ello se requería al deudor antes ó despues de notificársele el estado de la ejecucion. Pero en el día deberá entenderse derogada esta parte de nuestra legislacion por no requerir la nueva ley de Enjuiciamiento la prestacion de dicha fianza

por falta de objeto, pues que ya nadie puede ser preso por deudas puramente civiles, segun se deduce del art. 297 de la constitucion de 1812 y del decreto de córtes 11 de diciembre de 1812, que aunque al prohibir la prision por deuda se refieren á materia criminal, puesto que dice que no proceda la prision cuando no puede recaer pena corporal, como esta nunca puede tener lugar por deudas puramente civiles, se sigue que tampoco puede verificarse por ellas la prision.

Y en efecto, la prision por deudas civiles, dicen los señores Goyena, Aguirre y Montalban en su Febrero reformado, envuelve una lucha entre la propiedad del acreedor y la libertad del deudor; ¿cuál de las dos debe ser mas favorocida ó respetada por las leyes?

«A primera vista parece que en los gobiernos absolutos lo será la primera y en los libres la segunda. Sin embargo, es bien conocido de todos el rigor, y hablando mas propiamente la barbarie de los antiguos romanos contra sus deudores, aun en los mas bellos tiempos de la república; la esclavitud y á veces la muerte, éi ha de estarse á la letra de la ley, era la triste suerte de los insolventes: y solo en el caso de la libertad se les concedió por la ley Julia el miserable consuelo de poder libertarse con la cesion de bienes.

»La Inglaterra era poco menos rigurosa que Roma, y se miró como muy favorable á la libertad de los deudores el estatuto de Jorge III, mandando que por toda deuda que no esciediera de veinte chelines (cinco duros) no pudiera tenerse en prision al deudor mas de veinte dias y cuarenta por la que no esciediera de cuarenta chelines (diez duros); pero escediendo de esta cantidad, el inglés, al que su miseria no permite pagar, puede ser privado de su libertad por toda su vida.

»El código francés determina exacta y minuciosamente los casos en que ha lugar á la prision por deudas puramente civiles, aunque no se haya pactado asi; los en que puede pactarse; la cantidad á que ha de ascender la deuda, y las personas contra las que nunca puede decretarse.»

Nuestro derecho se ha inclinado segun ya hemos dicho, por la libertad del deudor, aun en nuestras leyes antiguas, puesto que aun antes de la constitucion de 1812, eran tantas las personas que gozaban del privilegio de no poder ser presas por deudas, bastando para ello ejercer alguna profesion ú oficio, que apenas habia alguna contra que no pudiera aplicarse aquel rigor, á no ser que fuera un vagabundo. Véanse las leyes 3, tít. 10, 8, título 31, Part. 2, 3, 6 y 7, y 10, tít. 6, Part. 6, 4, tít. 3, Part. 3, 2 y 10, título 2, lib. 6, Recop. 14 y 15, tít. 18, lib. 6, 10 tít. 4, lib. 11, tít. 29, libro 7, 3, tít. 8, lib. 3 y 20, 21, 22 y 23, tít. 38, lib. 11, Nov. Recop.

Sin embargo, aunque en el día nadie pueda ser preso por deudas civiles todavia puede ser útil la mencionada fianza, y en su consecuencia exigirle á petición del actor cuando, como dice el señor Rodriguez en sus Instituciones prácticas, el deudor no tuviese arraigo y sacase los bienes muebles en que ha de hacerse el embargo, por haber en tal caso presuncion fundada de que los bienes designados no son suyos. Asi se deduce tambien del artículo 934 sobre embargos provisionales, de la nueva ley que faculta para ve-

rificar este, cuando aquel contra quien se pida no tuviese domicilio conocido, ó caso de tenerlo, exista motivo racional para creer que ocultará sus bienes.

1181. También se notificaba anteriormente, hecha la traba el estado de la ejecución al deudor, apercibiéndole que si dentro de setenta y dos horas no satisfacía la deuda, incurria en la pena de pagar, además de las costas, la décima parte de aquella donde se usaba; así como se libraba de pagar las costas, si satisfacía la deuda á las veinte y cuatro horas después del requerimiento para el pago; pero en el día ha cesado la necesidad de aquella notificación por hallarse suprimida la exacción de la décima por disposiciones recientes, en atención á lo odioso que era que estuvieran obligados á pagarla pueblos determinados, mientras otros se hallaban libres de este gravámen, y por lo duro que aparecía que pesara sobre el que se hallaba falto de recursos y asimismo por hallarse mandado en el art. 954 de la nueva ley, que *aunque el acreedor pague dentro de las veinte y cuatro horas posteriores al requerimiento y aun en el acto de este, serán de su cargo las costas causadas en el juicio.* Así se ha simplificado el procedimiento, desapareciendo el pedimento del actor, la providencia judicial y la notificación.

1182. Igualmente, según nuestro derecho anterior, hecha la notificación de estado, debía mandar el juez á petición del actor, que para proceder á la venta pública de los bienes embargados, se dieran tres pregones en el espacio de nueve días, si los bienes ejecutados eran muebles, y de veinte y seis si raíces, lo que solo tenía lugar si el deudor no los había renunciado, y cuando la traba no se hacía en dinero ó en especie determinada. Pero este procedimiento ofrecía los inconvenientes de ocasionar dilaciones en el juicio y el de hacer aparecer en público, como deudor y como insolvente al ejecutado, cuando á veces no era así, puesto que pudo negarse á pagar lo que se le pedía, fundado en sus excepciones legítimas que podía proponer mas adelante, consiguiendo sentencia á su favor, y además, la de no procurar los pregones ventaja atendible, por no poderse verificar la venta de los bienes embargados en este estado del juicio. Por estas consideraciones, ha suprimido este procedimiento la nueva ley.

## § II.

*De la citación de remate, oposición del ejecutado, excepciones, pruebas y sentencia.*

1185. *Hecho el embargo, se citará de remate al deudor,* según previene el art. 959 de la ley de Enjuiciamiento civil.

La citación de remate tiene dos fines, según dice Febrero: 1.º que el deudor pueda oponerse á la ejecución y excepcionar contra ella, ó bien hacer el pago, según se expresa en el art. 522 de la ley de Enjuiciamiento mercantil. 2.º Que pueda procederse, si así no lo hiciere, á la sentencia de remate y venta de los bienes ejecutados.

El escribano deberá, pues, al hacer esta citación conforme prescribían las leyes 12 y 17, tit. 28, lib. 12 de la Nov. Recop, apercibir al deudor que si dentro del término legal que es el de tres días, según el art. 960 que mas adelante espondremos, no comparece en juicio á mostrar alguna excepción que impida el remate, se procederá al de los bienes ejecutados sin mas citación y plazo, sentenciando la causa de remate por el importe de la deuda y costas causadas y que se causaren hasta el efectivo pago.

1184. Anteriormente, para verificar esta citación, se entregaban los autos al acreedor para que la pidiera, y en su consecuencia daba el juez providencia decretándola. Y tal es la práctica que deberá seguirse en el día en nuestro juicio, no obstante haber intérpretes que opinan deber hacerse dicha citación sin necesidad de petición de la parte actora ni de providencia del juez, fundados en la conveniencia de evitar dilaciones y en que el artículo 959 de la ley no dice que el juez mande citar, como hacía la ley 18, tit. 28, lib. 11 de la Nov. Recop., sino que se cite de remate al deudor. Fundamos nuestra opinión no solo en que la nueva ley se expresa también en impersonal, respecto de otras diligencias á que debe y quiere que preceda providencia del juez, sino también en que en el caso de que tratamos, es mas conforme la opinión que sostenemos á los principios del procedimiento, porque el escribano no puede practicar sin que preceda auto del juez, diligencia alguna sustancial, como es la presente, en la que se hace al deudor una intimación y se marca un trámite del juicio designado por la ley, y asimismo porque el juez no puede providenciar de oficio diligencia alguna, que por no ser consecuencia inmediata de lo solicitado por las partes, pueda dejar de tener lugar, por haberse estas convenido en desistir de sus pretensiones ó en transigir sus diferencias, cortando el juicio.

1185. Idénticas razones alegaba Febrero al sostener esta opinión contra los que sentaban la contraria. Fundamos nuestra opinión, decía:

1.º En que la ley 14, tit. 4, lib. 11, Nov. Recop., dice: «Y mandamos que de aquí adelante ningún escribano ni portero, ni pregonero, ni emplazador, ni oficial que tenga cargo de emplazar, no sea osado de emplazar ni emplace á persona alguna, sin que primeramente le sea espresamente mandado por nuestras justicias.

2.º En que esta citación no es consecuencia forzosa de la traba.

3.º En que puede ocurrir que en el entre tanto se haya convenido el acreedor con el deudor, y así debe hacerse á instancia de este y en virtud de nuevo mandato judicial, ó que haya sido puesto en el mismo mandamiento ejecutivo.

1186. La citación de remate debe hacerse al deudor en persona por ser la primera que se hace al demandado para que se persone en los autos á defenderse y como tal equivalente al emplazamiento en los juicios ordinarios, y por medio de cédula, si no fuera habido en la forma que queda prevenido para el requerimiento en el art. 955 de la ley, esto es, dejando dicha cédula á su mujer, hijos mayores de catorce años, dependientes ó criados, si los tuviere, por su orden, y á falta de ellos á los vecinos. Si no se supiere su pa-

radero, ni tuviere casa, se hará la citacion de remate por cédula al alcalde del pueblo de su domicilio, si no lo tuviere conocido, del de su última residencia; publicándola además por edictos, que se insertarán en los periódicos del pueblo, si los hubiere, y si no, se fijarán en las puertas del juzgado.

1187. Habiéndose trabado la ejecucion, dice Febrero y Escriche, en réditos de censos ó en deudas, derechos y acciones pertenecientes al ejecutado, convendrá citar á los deudores, como si tambien estuvieran ejecutados, para que dentro del mismo término aleguen lo que les convenga sobre lo que debían satisfacer, y no haya que seguir con ellos nuevos autos.

1188. Cuando los bienes en que se trabó la ejecucion, están poseidos por terceros ó acreedores conocidos, dicen tambien estos autores, debe asimismo citarse á estos en sus personas pudiendo ser hallados; si se ignora su paradero ó son inciertos y el ejecutante lo acredita por informacion sumaria en el juicio, se les ha de hacer la citacion por edictos y pregones. Esta doctrina es conforme con lo dispuesto en el art. 958 de la ley de Enjuiciamiento sobre embargos provisionales, segun el cual, si el embargo se hubiese hecho en bienes existentes en poder de un tercero, se pondrá en el mismo día en conocimiento de la persona contra quien se hubiese decretado, y si no fuere hallada, se le hará saber por medio de cédula.

1189. Si el ejecutado comparece por sí en juicio ó se opone antes que se le cite de remate, es ociosa ya la citacion, y no debe darse auto ni mandamiento para hacerla, como se ordenaba en la ley 15, tít. 28, lib. 11, Nov. Recop., por estas palabras: «y que si oviere oposicion despues de ella no se dé otro mandamiento para el dicho remate.» Fúndase esto en que por la comparecencia del deudor es visto, que sabe se le ha de citar; y se entregarán los autos al ejecutado para que alegue lo que le convenga.

1190. Si el pleito se ha tenido suspenso en estado de citacion ú otro por un año ó mas, se ha de citar de nuevo al deudor, ó hacersele saber el que á la sazón tenga, sin cuyo requisito de ningun modo han de proseguirse las demás diligencias, porque tal es el efecto que produce la omision del actor, tanto en este juicio como en el ordinario. V. Febrero en el juicio ejecutivo.

1191. Dentro de los tres dias siguientes á la citacion dice el art. 960 de la ley, sin contar el en que se verifique, ni los en que no pueden tener lugar actuaciones judiciales, pero si el del vencimiento, conforme con las disposiciones generales del art. 25 de la ley, podrá oponerse el deudor á la ejecucion, esto es, presentará un escrito por medio de un procurador, en que diga en general que se opone á la ejecucion por hallarse asistido de excepciones contra ella, pero sin necesidad de espresar estas, lo que se reserva para el escrito de oposicion en forma, que ha de presentarse en el nuevo plazo designado por la ley en el art. 962, pero pidiendo se le entreguen los autos para ello.

1192. Si no lo hiciere, esto es, si no se opusiese á la ejecucion, pasados los tres dias y acusada una rebeldía por el actor, mandará el juez traer los autos á la vista, pues aunque no ha habido oposicion, puede resultar de

ellos alguna nulidad, y tener que arreglar la sentencia segun lo prescrito en los artículos 970 y 971. Asi, pues, la sentencia que dictare el juez no será precisamente mandando proceder á la venta de los bienes embargados y que de ellos se haga pago al acreedor, como se lee en el art. 324 de la ley de Enjuiciamiento mercantil sino que podrá decretarse no haber lugar á la ejecucion, si no fuera suficiente para ello el título ejecutivo, ó la nulidad de aquella. El juez, en vista de los autos, pronunciará sentencia de remate con citacion de solo el actor, lo que sin duda se funda en la falta de términos hábiles para citar á la vista al ejecutado, por no haberse presentado á oponerse, y en imponerle una pena por su falta de presentacion. Por lo demás, deben tenerse presentes las disposiciones de la ley sobre los juicios en rebeldía en general contenidas en los arts. 1181 al 1206 y en especial las de los arts. 1192 al 1196.

1193. Nada dice la ley de Enjuiciamiento civil sobre lo que deberá hacerse cuando se presentare en el término mencionado el deudor á realizar el pago. La del Enjuiciamiento mercantil previene, que en tal caso, se tasarán las costas que deberá tambien satisfacer, y se sobreseerá el procedimiento. Y esto es lo que deberá practicarse, segun dijimos que debia hacerse cuando pagara el deudor al requerirle al pago, antes de proceder á la traba.

1194. Si el ejecutado se opusiera á la ejecucion, se entregarán los autos á su procurador por término de cuatro dias, en lugar de los diez que se concedian antes por la ley 12, tít. 28, lib. 11 de la Nov. Recop., para que dentro de ellos precisamente, esto es, sin que pueda prorogarse el plazo, alegue sus excepciones y proponga la prueba que estime conveniente; la cual se practica dentro de diez dias, segun dispone el art. 966 que mas adelante espondremos: art. 962.

Este escrito se llama de oposicion en forma, porque en él espresa el demandado su pretension y los fundamentos ó excepciones en que la apoya, proponiendo la prueba, que podrá consistir en los mismos medios probatorios que se dijo al tratar del juicio ordinario.

1195. Pasados estos dias, sin necesidad de apremio, se recogerán los autos de poder del procurador, estrechándolo á que los entregue, sin consideracion de ningun género, esto es, sin concederle mas plazo ni oírle escusa alguna para retenerlos por mas tiempo; disposicion con que la ley trata de evitar toda clase de dilaciones.

1196. Acerca de las excepciones que pueden oponerse en el juicio ejecutivo, anteriormente se hallaban divididas y encontradas las opiniones de los intérpretes.

Segun Hevia Bolaños en su Curia Filílica, fundado en las leyes 1, 2 y 19, tít. 21, lib. 4, Nov. Recop. (que son las 1, 9 y 12, tít. 28, lib. 11, Nov. Recop.) esplicadas por Acevedo y en la autoridad de Olea Salgado y Carleval, podia proponer el ejecutado cualquiera excepcion legítima que tuviera, para eludir la via ejecutiva é impedir la sentencia de remate, y debian admitírsele toda clase de excepciones sin distincion ni especialidad alguna como en la via ordinaria. La ley 3, tít. 28, del lib. 11, Nov. Recop.,

disponia que no fuese admitida ninguna otra escepcion ni defension, salvo *paga del deudor ó promision ó pacto de no pedir, ó escepcion de falsedad ó escepcion de usura, ó temor ó fuerza y tal que de derecho se deba recibir*, y si otra cualquiera escepcion se alegare, no fuese recibida, ni el que la opusiere fuera oido. Los autores arriba citados, entendian que la cláusula de la ley, y tal que de derecho se deba recibir, hacia referencia á escepcion como si dijera, y tal otra escepcion que de derecho se deba recibir, y asimismo se fundaban para sostener su opinion en la cláusula de la ley 1.<sup>a</sup> que decia: *si mostrase tal paga ó legítima escepcion sin alongamiento de malicia*. Otros autores, entendiendo que la cláusula de la ley 5.<sup>a</sup> y tal que de derecho se deba recibir, hacia relacion al miedo ó fuerza, como si dijera, temor ó fuerza que sea tal que de derecho se deba recibir, opinaban que no debia admitirse ninguna otra escepcion que las que se espresaban en la ley; y otros entendiendo la ley 3.<sup>a</sup>, como los primeros, aunque no tan latamente, creian admisibles las demás escepciones que pueden reducirse á las seis que en la ley se enumeran, tales como la compensacion, que es como una paga, la espera ó plazo, que es como un plazo de no pedir la prescripcion, transaccion, novacion, la *non numerata pecuniæ* y otras semejantes; opinion que parecia la mas razonable, si bien en la práctica solia seguirse la primera, por juzgarla mas equitativa.

A consecuencia de esta doctrina se distinguieron las escepciones para el efecto de admitirse ó no en el juicio ejecutivo, en *directas*, que eran las espresadas en la ley 3.<sup>a</sup>: en *útiles* que eran las que, aunque no se hallaban espresadas en dicha ley, se colegian de su espíritu ó contenido y de otras leyes, y tales eran la compensacion, reconvenccion, transaccion, novacion; nulidad del contrato ó instrumento; simulacion del mismo; omision de la causa de la obligacion; prescripcion; compromiso pendiente sobre lo que se pide; falta de personalidad en el ejecutante; incompetencia de fuero; escepcion de *non numerata pecuniæ*; faltas ó defectos que tuviere para ser ejecutivo el instrumento, y nulidades cometidas en el procedimiento; y finalmente, llamaban escepciones de *largo exámen* las que por su naturaleza exigian mayor y mas escrupuloso exámen y conocimiento y se colegian de las leyes citadas, por lo que no podian admitirse en este juicio, excepto que se probaran y liquidaran incontinenti, esto es, en el término legal; y tales eran, la escepcion del dolo ó engaño que intervino en el contrato; la de lesion en mas de la mitad del justo precio que en ciertos contratos compete al perjudicado, la del error en mas ó menos del valor de la cosa objeto del litigio y la restitucion *in integrum* por lesion ó por menor edad.

1197. La nueva ley de Enjuiciamiento civil, con el objeto de evitar aquellas dudas y estas diferentes calificaciones que parecian aumentar ó disminuir la fuerza de las escepciones alegadas, oscureciendo la doctrina y disposiciones legales que á ellas se referian, ha creido conveniente espresar cada una de las escepciones que son admisibles en el juicio ejecutivo, siguiendo en esto el ejemplo dado en la ley de Enjuiciamiento mercantil, art. 377, que ha copiado casi al pié de la letra.

1198. Segun el art. 965, *las únicas escepciones admisibles en el juicio ejecutivo, son:*

*Falsedad del título ejecutivo.*

*Prescripcion.*

*Fuerza ó miedo de los que con arreglo á la ley hacen nulo el consentimiento.*

*Falta de personalidad en el ejecutante.*

*Pago, ó compensacion de crédito liquido, que resulte de documento, que tenga fuerza ejecutiva.*

*Quita, espera, y pacto ó promesa de no pedir.*

*Novacion.*

*Transacion ó compromiso.*

*Ninguna otra escepcion podrá estorbar el pronunciamiento de la sentencia de remate.*

La ley ha limitado las escepciones que pueden oponerse en el juicio ejecutivo á las mencionadas, considerando que son las que tienen la fuerza y eficacia necesarias para destruir la que reviste al título ejecutivo, y que su prueba puede practicarse de un modo breve y espedito, sin embarazar el procedimiento de este juicio, cuya rapidez es tan conveniente para que no se eluda ó haga ilusorio su objeto. Las demás escepciones, aunque no podrán oponerse en este procedimiento por no considerarlas la ley como impedimento legítimo contra la ejecucion, por su falta de fuerza ó por exigir mayor conocimiento y exámen del que permite la naturaleza del juicio ejecutivo, no quedan enteramente desatendidas por la ley, puesto que pueden alegarse y probarse en el juicio ordinario, á que puede haber lugar despues del ejecutivo, pues en aquel no pueden ocasionar perjuicio alguno al actor en el pronto cobro de su crédito, la solemnidad y lentitud de los trámites necesarios para justificarlas.

Asi, pues, en el dia no podrá oponerse en el juicio ejecutivo, en virtud de la exclusion terminante del artículo 965, contra el instrumento público la escepcion de *lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio* que en los contratos de venta, arrendamiento y otros semejantes, competen al perjudicado por la ley 2, tít. 1, lib. 10 de la Nov. Recop., no obstante admitirse anteriormente, segun dice Febrero, si se liquidaba y probaba en el término señalado en dicho juicio. Tampoco se admitirá la de *error de cálculo ó número* que recaiga sobre la cosa, como cuando los apreciadores y partidores aprueban lo que deben reprobar, ó al contrario, ó lo estiman en mas ó menos de lo que vale, porque requiere mayor conocimiento del á que há lugar en el juicio ejecutivo, y no puede liquidarse en el término señalado en él: V. la ley 19, tít. 22, Part. 5; mas cuando el error de cálculo ó de número es material y puramente numérico, v. gr., si en lugar de decirse que la deuda era de ciento, se dijere que era de doscientos, se admitia anteriormente la escepcion, por no ser justo ni conveniente dar lugar á los trámites largos y costosos de un juicio ordinario, cuando puede deshacerse aquel error de un modo fácil y espedito, sin embarazar el procedimiento

ejecutivo; doctrina que parece debe tener aplicacion en el dia. Tampoco deberá admitirse la escepcion de la division de la deuda entre los mancomunados, aun cuando se les demandase por mas de lo que importase su obligacion, á no que se probase por alguna de las escepciones mencionadas en el art. 965, dando asi lugar á los efectos de la *plus petition* ya espuestos. Cuando se hubieren obligado dos ó mas de mancomun y por el todo, si el acreedor ejecutase á cualquiera de ellos, no podrá escepcionar el ejecutado que la ejecucion debe dirigirse contra el otro, por haberse refundido en él toda la obligacion del contrato, y deber seguirse contra el mismo, por su cuenta y á sus espensas, porque el acreedor, supuesta la obligacion referida, usa de su derecho legalmente, y no es de su inspeccion, ni le daña el convenio hecho por los deudores entre sí, el cual servirá solo para que pagando el ejecutado al acreedor, use de su derecho con el lasto del mismo y reclame del con-socio ó co-reo, segun le convenga. V. Febrero al tratar de las escepciones en el juicio ejecutivo.

Anteriormente estaban discordes los autores sobre sí en este juicio se habia de admitir ó no la escepcion de restitucion á causa de lesion ó de menor edad; Febrero opinaba que lo mas cierto y seguro era que oponiéndola el menor por razon de su edad, debia admitirse, fundándose en que en la exclusion general del beneficio de restitucion, no se entendia comprendido el que competia por la menor edad, y si se oponia contra el título ejecutivo que constaba en autos ser lesivo, ó podia probarse en el término legal que lo era, debia tambien admitirse la escepcion, y no el caso contrario. Sin embargo, en el dia viene á fortificar la opinion contraria, de que dicho beneficio no debe alegarse en el juicio ejecutivo, reservándose para el ordinario, la circunstancia de haberse omitido por la ley esta escepcion en su art. 965, y la de no ser dicha ley favorable en su generalidad á aquel beneficio como lo indica la disposicion del art. 31 que prohíbe suspender ni abrir, despues de cumplidos, los términos improrogables *por via de restitucion* ni por otro motivo alguno.

¿Pero podrá oponerse actualmente como escepcion para suspender la sentencia de remate la de nulidad de la ejecucion? Antes de resolver esta cuestion conviene advertir, que esta nulidad puede verificarse por defecto del título ejecutivo, y por infraccion de los trámites sustanciales de este juicio. Consistiendo el documento ejecutivo segun el art. 941 en escritura pública que sea primera copia, ó segunda dada con los requisitos de derecho que indica dicho artículo ó en documento privado reconocido bajo juramento ante la autoridad judicial, ó en confesion hecha ante juez competente, habrá lugar á la nulidad por vicio del título ejecutivo, respecto de la escritura pública cuando no se observasen en su otorgamiento las solemnidades esenciales que requiere la ley, ó por carecer de las cláusulas que constituyen la validez de la obligacion segun derecho; v. g., cuando se otorgare por ante escribano que no es competente, ó por quienes no tenian capacidad ó personalidad para obligarse ó si no fuese la primera copia, ó siendo la segunda, no se hubiese dado en virtud de mandamiento judicial y con citacion de la per-

sona á quien debe perjudicar ó de su causante, ó hubiese simulacion de contrato que anulase la obligacion y por otros defectos semejantes. Respecto del documento privado si se reconoció sin juramento ó solo ante escribano, ó sino se reconociese la firma ó no se espresase la causa de deber, etc., y en cuanto á la confesion judicial, si se hizo sin juramento, ó sin estar presente el juez, ó sin observarse los demás requisitos esenciales que se espresan en los artículos 292 y siguientes de la ley. Ha lugar á la nulidad por defecto de los trámites esenciales del juicio cuando no requiriese al deudor para el pago ó no se le citase de remate, ó no se recibiese la causa ó prueba ó no se citase para alguna diligencia de prueba que haya podido producir indefension ó se denegare alguna diligencia de prueba de esta imporrancia ó por incompetencia de jurisdiccion, ó por omision de cualquiera otro trámite que la ley espresa producir nulidad. V. el art. 1015 sobre las omisiones en el procedimiento que dan lugar al recurso de casacion.

Cualquiera de estas causas de nulidad puede oponerse contra la ejecucion, segun se deduce de la facultad que da al juez el art. 970 de la ley para declarar dicha nulidad en la sentencia, pues esto supone, no solo que puede hacerlo de oficio, sino en virtud de alegacion de parte. En cuanto á si debe oponerse la nulidad como escepcion ó como recurso aparte y separado, opinamos por el primer extremo, al menos respecto de la nulidad que se funda en el defecto del título ejecutivo. Para esto nos fundamos en la disposicion mencionada del art. 970, puesto que si ha de tener en cuenta el juez el vicio del título para pronunciar la sentencia, ha de alegarse con anterioridad á esta y formando parte de la cuestion que en ella se discute y va á decidirse. Nos fundamos asimismo, en que el art. 965 admite la escepcion de *falsedad del título ejecutivo*, en la cual debe comprenderse la de nulidad del mismo, por identidad de razon, puesto que ocasionan ambos vicios el mismo efecto, segun espondremos al hacernos cargo de aquella escepcion, lo cual debe entenderse en el caso de que sea posible probar la nulidad en término designado en el juicio ejecutivo; y finalmente, en que de no ser asi, no dándose lugar al recurso de casacion en los juicios ejecutivos, por ser las sentencias contrarias á ley ó doctrina legal, que es el caso en que podria hallarse comprendida dicha nulidad, habria que promover un juicio ordinario, ocasionando gastos y dilaciones á las partes, para entender de vicios del título ejecutivo que á veces serian de mas fácil y espedita prueba que la falsedad del mismo.

Esta doctrina era la recibida con anterioridad á la nueva ley. «Admitese igualmente en la via ejecutiva, se lee en el Febrero reformado por los señores García Goyena, Aguirre y Montalban, la escepcion de nulidad del contrato, sentencia ó instrumento, en cuya virtud se espidió la ejecucion, pues el que es nulo, no debe ejecutarse, bien lo sea por falta de facultad del que lo otorgó, bien de la solemnidad prescrita por la ley ó por otra causa. Esto se entiende, aunque la nulidad se oponga por incidencia, de suerte que constando de ella notoriamente en el mismo instrumento ó en el proceso ejecutivo, basta alegarla como de derecho y el juez puede repeler de oficio al actor, y aunque no conste en la manera dicha, si se prueba dentro de los

diez dias (que era el término concedido para probar las escepciones en el juicio ejecutivo) impide sentenciar la causa de remate, pero no pudiendo probarse en ellos por ser necesario mayor exámen, ha de llevarse á debido efecto la ejecucion.»

En cuanto á la nulidad por omision de los trámites esenciales del procedimiento, dándose por esta causa el recurso de casacion en el juicio ejecutivo, y no refiriéndose al título porque pidió el autor la ejecucion, no es propio ni tan necesario como la anterior el proponerla como escepcion, sino como medio ó recurso legal contra la ejecucion. Sin embargo, militando respecto de esta nulidad las demás razones alegadas acerca de la que se funda en vicio del título ejecutivo, mucho mas si la nulidad puede probarse fácilmente en el término de prueba que se señala en aquel juicio, puede y aun debe proponerse y formalizarse en los términos y forma en que se hace la oposicion á la ejecucion decretada. V. la Práctica general forense del señor Ortiz de Zúñiga tomo. II, pág. 442.

Sin embargo, respecto de la nulidad que se funda en incompetencia de jurisdiccion debe advertirse, que cuando se promueve la cuestion de competencia por declinatoria, la cual aunque la ley no la enumera entre las escepciones de este juicio como hace respecto del ordinario, puede proponerse en el juicio ejecutivo por hallarse consiguado este remedio en general en el título 2.º de la ley de Enjuiciamiento civil, y por estar espresada en el art. 527 de la de Enjuiciamiento mercantil que trata de las escepciones que pueden oponerse á aquel juicio, ley que ha servido de guia á aquella en gran parte de las disposiciones referentes al mismo, conviene proponer la declinatoria antes del período de la oposicion al juicio, para que no se entienda prorogada la jurisdiccion del juez. Asi, pues, el deudor deberá manifestar que no consiente el procedimiento por carecer el juez de competencia, al hacersele el requerimiento para el pago, al ejecutarse el embargo, y al oponerse á la ejecucion, si aquellas protestas no fueren suficientes. Si el juez entendiese del juicio no obstante estas protestas habrá todavía lugar á reclamar de nulidad por incompetencia.

1199. Enumeradas las escepciones y remedios que pueden oponerse contra la ejecucion, pasemos á esplicar las escepciones que se espresan en el artículo 963 de la ley, si bien limitándonos á lo concerniente al juicio ejecutivo, sin entrar á esponer la naturaleza y requisitos generales que deben concurrir en cada una de ellas para que produzcan efecto, porque esto nos haria estender demasiado y por ser mas propio de unas instituciones civiles. Véase el Febrero reformado por los señores García Goyena, Aguirre y Montalban, lib. 2, tit. 58 y siguientes.

1200. *Falsedad de título ejecutivo.* Para que esta escepcion pueda admitirse en la via ejecutiva, ha de recaer sobre lo sustancial del título, pues no basta que se refiera á alguna cosa ó circunstancia accesoria, debiendo en este caso ser objeto de un juicio ordinario. Asi, por ejemplo, podrá alegarse en el juicio ejecutivo bajo aquel concepto, la escepcion que consista en que el título presentado es obra solo del que lo produjo, siendo supuestas las so-

lemnidades que en él figuran, como si fuera una escritura sin el signo del escribano, ó aunque la escritura no fuese fingida, faltara la cláusula que acredita el derecho que se reclama, etc., mas no si faltare la cláusula que tratase de la hipoteca, porque pudo despacharse la ejecucion contra los demás bienes. V. la ley 411, tit. 18, Part. 3, que espresa las causas porque se invalidan los instrumentos. En esta escepcion de falsedad deben comprenderse tambien los defectos ú omisiones porque se anula ó no merece crédito el título que se presenta ó por los que, aunque sea válido, carece de fuerza ejecutiva, segun acabamos de esponer al examinar si podrá oponerse en este juicio la nulidad de la ejecucion por vicio del título por las razones allí manifestadas. Además, en cuanto á los defectos ú omisiones que impiden que el título tenga fuerza ejecutiva nos suministra la ley una nueva razon en apoyo de que deben comprenderse en la escepcion de falsedad, y es la de no haberse limitado la ley civil á espresar, como la de Enjuiciamiento mercantil, que la escepcion ha de consistir en la falsedad del título, sino el haber añadido, del título ejecutivo, pues esto da á entender que bastará para que se considere falso el carecer del carácter ejecutivo por no contenerse en él las solemnidades que la ley requiere para que se halle revestido de aquella fuerza. Esta doctrina era la recibida con anterioridad á la nueva ley, con la sola escepcion á veces, de los casos en que no pudieran probarse aquellos defectos en el término señalado en el juicio ejecutivo, por requerirse mas detenida exámen, pues como entonces se hubiera paralizado el procedimiento ejecutivo, con perjuicio del actor, se proponian en el juicio ordinario aquellos defectos. Creemos importante trasladar aquí la doctrina de Febrero sobre este punto.

«Otra de las escepciones que pueden oponerse en el juicio ejecutivo dice este acreditado escritor es la *simulacion* del contrato; y especificada con claridad y justificada dentro de los diez dias de la ley, impedirá sentenciar la causa del remate.

»La simulacion se comete de dos modos:

1.º Cuando los contrayentes pactan que han de celebrar tal contrato, pero que ha de sonar y aparecer otro: por ejemplo, Pedro pide á Juan que le preste cierta cantidad, ofreciéndole hipotecar para seguridad de ella tal finca fructifera, y Juan le responde que se la prestará, pero que hasta que se verifique el pago, ha de percibir los frutos de ella, y para que no suene usura (ya dijimos en su lugar que en el dia se ha declarado libre el interés del dinero) ni se le obligue en juicio á compensar aquellos con la cantidad principal (como debe hacerlo), ha de otorgar á su favor escritura de venta de la misma cosa.

»En el caso anterior, el que alega y escepciona esta simulacion debe probar no sólo que su ánimo fue celebrar el contrato pignoraticio y no otro alguno, y que asi se pactó entre los dos, sino que por la resistencia y sugerencias del otro, y estrechado de la necesidad, convino en que se fingiese el de venta, como tambien que este se formalizó incontinenti, sin haberse estipulado otra cosa, ni por consiguiente haberse él apartado del primer convenio.

2.º Cuando se finge un contrato que real y verdaderamente no lo hay, porque el ánimo de los contrayentes no es de celebrarle, pero conviene á sus intereses que suene celebrado.

»En estos casos, aunque el contrayente perjudicado manifieste su delito de haber tenido parte en la simulacion, puede alegarla, no para fundar su intencion, sino para coadyuvarla contra su cómplice en ella, porque el primero trata de evitar su daño, y el segundo de enriquecerse con detrimento ajeno: á los herederos asiste el mismo derecho en aquel y en estos, si el contrato ha sido en perjuicio del fisco ó de tercero. Pero si el ejecutado confiesa que tuvo ánimo de quedar obligado y ambos contrayentes fingieron un contrato por otro, no debe ser admitida la escepcion de simulacion.

»El tit. 22, libro 4 del Código Romano (dicen los ilustrados reformadores del Febrero á continuacion de estos párrafos) trata del vicio de la simulacion y lleva por epigrafe, *plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*: nuestras leyes guardan silencio sobre este punto, pero como en él se ataca la esencia de los contratos, ó lo que es lo mismo, la verdadera voluntad de los contrayentes, debe regir entre nosotros sin género alguno de duda la doctrina romana ó la recta y sencilla razon. Dudamos sin embargo que pueda aprovechar mucho en la via ejecutiva, porque sobre ser casi siempre de difícil prueba, aun en via ordinaria, requiere mas detenido exámen y tiempo del que permite la ejecutiva: en las causas célebres tomo 20, hay una muy curiosa ó instructiva sobre la materia de simulacion.

»Impídese tambien la ejecucion (continua diciendo Febrero) por la escepcion de que el instrumento en cuya virtud se pide *no continúe la causa de deber*, aunque el obligado jure el contrato; pues para estimarse que uno queda obligado por pacto ó promesa se requiere expresion de la causa de la obligacion; lo cual procede hasta en la confesion de la deuda, cuando se hace sin espresar la causa, como se prueba de la ley final, tit. 15, Part. 3. «Otro si demos que si algunos conocen fuera de juicio que deben dar diez maravedís ú otra cosa á otro, é non dicen señalada razon porque deben dar aquello que conocen, tal conocimiento como este non empece á lo hacer, ni son tenudos de pagar aquella debda, si non quisieren. Fuera de ende si aquel á quien ficieron la conocencia, probase guisada razon porque gelo deben dar. Y si la obligacion proviene de mercaderías, deben especificarse pormenor estas y su precio, de suerte que se entienda qué es lo que se vende y la cantidad que se da por ellas; ley 2, tit. 12, lib. 10, de la Nov. Recop.

»Puede tambien oponerse, y obsta á la ejecucion, la escepcion de que el instrumento, en cuya virtud se espidió no es público, ni auténtico, ni el original, y que está sacado sin citacion por escribano ante quien no fue otorgado, por lo que se redarguye de falso civilmente. En tal caso hasta que se compruebe con la matriz, prévia citacion del reo, no hace fe, ni es asequible; y no comprobándose dentro del término legal por el que le produce, no podrá sentenciarse la causa de remate: bien que si se halla autorizado por el mismo escribano ante quien se otorgó, viene á ser como si fuera la copia original, y aunque se haya dado sin mandato del juez, hará fe en juicio.

»Siendo la escritura censual ú otra en que se hipoteque especialmente alguna finca (pues el hipotecar solamente sus frutos ó réditos mas bien es consignacion de paga en ellos que hipoteca, y asi no hay que registrarla), si el acreedor antes de entablar el juicio no hizo tomar razon de ella en el oficio de hipotecas de la cabeza del partido, donde se halla sita, no se debe despachar la ejecucion en virtud de tal escritura ni juzgarse por ella, puesto que no hace fe para el efecto de perseguir la finca.

»Aun en el caso de que se haya tomado razon de la escritura en el respectivo oficio de hipotecas, si el deudor se halla fuera de la jurisdiccion del juez ejecutante, y en la requisitoria de ejecucion no va inserta ó incorporada la nota de estarlo en la escritura original (que es la que se debe registrar á menos que se pierda ó destruya, y por esta razon se saque otra con la solemnidad legal, segun se ha dicho en otra parte, puede el juez requerido negarle el cumplimiento, porque no se le hace constar que la escritura es ejecutiva.

»Pero esto no obstante, mas de una vez se ha entregado al actor la escritura para tomar razon de ella, pendiente la ejecucion, á fin de que al tiempo de sentenciar la causa de remate, estuviere subsanado el defecto, pues que debe procederse atendida la verdad y no detenerse en meras sutilezas de derecho; é igualmente ha sido postergado un acreedor hipotecario especial anterior en tiempo á otro tambien especial en las mismas hipotecas, y posterior, por haber este registrado su escritura antes que el otro.

»A veces sucede que por la distancia de las fincas y por no tener el acreedor de quien valerse para registrar la escritura ó por otros motivos omite la toma de razon, y por este defecto no se puede despachar la ejecutoria contra el deudor. A fin, pues, de que por esta causa no sufra perjuicio el acreedor, será muy útil poner en la escritura la cláusula siguiente: «Y de esta escritura se ha de tomar razon en la oficina de hipotecas del partido en que radiquen los bienes afectos y gravados especialmente á la responsabilidad de dichos tantos mil reales, antes de proceder en su virtud señaladamente contra ellos, segun lo ordenado por las leyes que rigen esta materia dentro del término y bajo la pena que las mismas imponen; pero sin embargo de que no esté tomada, es la voluntad del otorgante que no por eso deje el acreedor de dirigir su accion ejecutiva contra él, y contra todos sus bienes en fuerza de la hipoteca y obligacion general; que se trabe la ejecucion indistintamente en ellos; que se embarguen y vendan á su arbitrio los que le parezca, hasta que se haga efectivo pago del principal, décima costas, y que mientras no se tome la razon, se entiendan y estimen obligados generalmente los que lo quedan especialmente, para que este defecto no sirva de obstáculo á la expedicion de la ejecucion contra todos, pasado que haya sido el plazo; y tomada que sea, no ha de perjudicar la obligacion especial á la general, ni esta á aquella, y el acreedor ha de usar á su eleccion de ambas segun le convenga.» Con esta cautela no hay motivo para dejar de despachar la ejecucion, porque viene á quedar la obligacion en la clase de hipotecaria general, de la que no es preciso tomar la razon, segun las leyes arriba insinuadas,

El señor Gutierrez, reformador del Febrero, dice lo siguiente sobre la doctrina de este autor de haberse alguna vez entregado al acreedor la escritura para hacer tomar la razon de ella pendiente la ejecucion, y aprobarse esta práctica por deberse proceder atendida la verdad sin detenerse en sutilezas legales, lo siguiente: «Con este pretesto se pueden violar á cada paso las mismas leyes, como en los casos referidos por Febrero se violó la pragmática de 51 de Enero de 1768: ley 5, tit. 16, lib. 40, Nov. Recop., pues en ella se leen estas palabras: «Espresando al fin de ellos (los instrumentos) que no han de hacer fe contra las hipotecas, ni usar las partes judicialmente para perseguirlas, sin que preceda dicho requisito y toma de razon dentro del término prevenido en la ley con las declaraciones de la instruccion.» Asi que no basta para que la hipoteca se entienda constituida y pueda procederse contra ella, que esté tomada su razon al tiempo de entablarse el juicio, ni mucho menos al tiempo de sentenciarse la causa de remate, sino que se ha de haber tomado precisamente dentro del término prefinido en dicha pragmática; esto es, dentro de los seis dias siguientes al de la fecha de la escritura ó instrumento, si se otorgó en la capital del partido, y dentro de un mes si fue otorgada en algun pueblo de su distrito ó jurisdiccion. Si las formalidades prescritas por las leyes son supérfluas, no procedió bien el legislador en prescribirlas, y deberian abrogarse; si son útiles, se han de observar en vez de condenarse como sutilezas legales.» «Conviniendo en lo testual de la ley, reponen á esto los señores Goyena y Aguirre, disintimos sin embargo de reformador, quien nos parece escesivamente riguroso, pues á valer sus argumentos, nunca podria tomarse la razon pasados los seis dias ó un mes según los respectivos casos; y lo que prueba demasiado, no prueba nada. Cuando quiera que se tome la razon, ningun perjuicio siente por esto el deudor, pues no se hace mas que cumplir con su voluntad y obligacion; ni se perjudica á los que hayan adquirido algun derecho real en la misma finca hipotecada despues de la omision ó descuido de la toma de razon por el primer acreedor.»

Por nuestra parte, cúmplenos tambien advertir, sobre estas últimas observaciones de los ilustrados reformadores de Febrero, que por decreto de 23 de mayo de 1845, se ha mandado que de todos los actos sujetos al pago de derecho de hipotecas ha de tomarse razon en la oficina del registro de partido en que se hallen las fincas, presentándose al efecto por los interesados en el término de ocho dias, copias autorizadas de los contratos, cuando estos se hayan celebrado en el mismo pueblo en que existe la oficina, y en el de un mes, cuando lo hayan sido en otros, y que todas las escrituras destinadas á formalizar cualquiera de los contratos especificados en este real decreto, contendrán la cláusula de nulidad, si dentro de los plazos fijados no se presentan al registro las copias autorizadas: artículos 18 y 20. Véanse las disposiciones sobre registro de hipotecas espuestas en el título 54 lib. 2 del Febrero reformado por los señores Goyena, Aguirre y Montalban.

Cuando se alegare la falsedad del título ejecutivo, entablado accion criminal en descubrimiento del delito y de sus autores, parece que debe sus-

penderse el juicio en el estado en que se hallaba hasta que recaiga ejecutoria en la causa criminal, según se dispone en el art. 291 respecto del juicio ordinario, por militar igual razon con aplicacion al juicio ejecutivo.

1201. *Prescripcion.* Puede alegarse en el juicio ejecutivo la prescripcion, bien de la accion ejecutiva ó del derecho de ejecutar por obligacion que se halle revestida de esta fuerza, bien del título ó causa intrínseca de la obligacion.

1202. Según la ley 65 de Toro, que es la 5, tit. 18, lib. 41, de la Novísima Recop. el derecho de ejecutar por obligacion personal se prescribe por diez años, de suerte que pasados estos, podrá alegarse legítimamente dicha escepcion, por no poder promoverse el juicio ejecutivo respecto de la accion ó de la obligacion que tienen la cualidad ejecutiva, aun cuando la prescripcion para no poder proponerlas en la via ordinaria, no se cumpliera hasta un plazo mas largo, como si siendo accion real, no se hubieren pasado los treinta años que requiere dicha ley de Toro para su prescripcion, ó si siendo accion personal no hubiesen transcurrido los veinte años que en la misma se exigen, pues la circunstancia de no haber pasado estos últimos términos solo servirá al actor para entablar dichas acciones en juicio ordinario, por no haberles quedado fuerza mas que para ejercitarlas en esta via. Mas cuando la prescripcion de la accion ó título ó causa intrínseca de la obligacion se prescribe por menos años de los diez que en general se exige para la prescripcion de la cualidad ejecutiva, como sucede respecto de la accion que tienen los criados para pedir sus salarios y otras acciones de igual naturaleza que se prescriben por tres años, bastará que hayan transcurrido estos sin entablarse el juicio ejecutivo para que pueda alegarse en él la escepcion de prescripcion, pues la cualidad ejecutiva no puede durar mas que la obligacion que constituye la accion, porque carece de objeto sobre que fundarse.

1203. La prescripcion tiene lugar, bien proceda la accion ó derecho de ejecutar de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, bien de ejecutoria dada por tribunal superior, bien de instrumento público, puro, condicional ó á dia cierto.

1204. Los diez años porque se prescribe el derecho de ejecutar empiezan á contarse, en el derecho ejecutivo que nace con la accion, desde el tiempo del nacimiento de aquel. Asi, pues, dichos diez años se cuentan en esta forma:

Si la *sentencia* no es ejecutoria, desde el dia en que se declaró por pasada en autoridad de cosa juzgada:

Si es *ejecutoria*, desde el dia en que se dió:

Si *instrumento puro*, desde el de su otorgamiento:

Si *instrumento condicional ó á dia cierto*, desde el dia en que se cumplió el plazo, ó existió la condicion, porque desde entonces, y no antes, compete accion al acreedor para pedir ejecutivamente, y el deudor está obligado á pagar, so pena de ser ejecutado no lo haciendo.

Pero si el instrumento es de censo, ó de satisfacer en su virtud legado, réditos ó pensiones anuales, prescribe el derecho de pedir ejecutivamente

los caídos, así que haya espirado el término de los diez años, y el acreedor tendrá que reclamarlos en la vía ordinaria; pues como la obligación de pagarlos nace todos los años, nace entonces la acción ejecutiva de pedirlos, por ser tantas las obligaciones de satisfacerlos, y no poder prescribirse lo que todavía no ha existido: lo cual no sucede en los demás instrumentos que contienen una sola obligación, y por consecuencia una sola acción para pedir ejecutiva ú ordinariamente, según los casos respectivos.

Por tanto, en las obligaciones anuales, bien provengan de contrato, bien de última voluntad, no debe computarse el tiempo para la prescripción desde el principio en que fueron constituidas, sino desde el de cualquier año; y así se observa en los tribunales, á pesar de que en sentir de algunos autores, si el acreedor deja pasar los diez años, pierde el derecho de pedir ejecutivamente no solo las pensiones caídas en ellos, sino también las sucesivas.

1205. Acerca del tiempo en que principian á contarse dichos diez años para prescribir el derecho de ejecutar en los casos en que este derecho sobreviene y se une á la acción, como por ejemplo, en el vale reconocido ante juez competente, y en la confesión que hace en juicio el demandado, contienden los autores sobre si deberán principiar á contarse desde el día en que existe la acción, ó la obligación; v. g., desde el día del vencimiento del vale, ó desde el en que se verifica el reconocimiento ó la confesión.

1206. En apoyo de la primera opinión esponen los autores, principalmente Acevedo y Larrea, 1.º; que limitando la ley á solo diez años el derecho de ejecutar si se contase desde el día del reconocimiento, podría el acreedor, dilatando este, prolongar el derecho ejecutivo, verificándose á veces el absurdo de que prescribiéndose la acción personal por veinte años, permaneciese el derecho de ejecutar hasta los veinticinco, si se pidiera el reconocimiento pasados quince años de contraída la obligación; pero á esto contestan los autores que siguen la opinión segunda, entre ellos el señor Llamas y Molina en sus *Comentarios* á la ley 63 de Toro, que el derecho de ejecutar dura en el un caso lo mismo que en el otro, sin mas diferencia que la de empezar á contarse el decenio antes ó despues, y no puede verificarse el absurdo mencionado, porque por el hecho de pedirse el reconocimiento, se interrumpe la prescripción de la acción principal; 2.º que sería de mejor condición el papel privado que la escritura pública porque en esta principia á correr el decenio para usar del derecho ejecutivo desde su otorgamiento, y en aquel desde los quince años de nacida la obligación principal, si entonces se pedia y hacia el reconocimiento; razón que se rebate diciendo, que del mismo hecho de nacer inmediatamente el derecho de ejecutar de la escritura pública, sin necesidad del reconocimiento del deudor, se convence que es esta de mejor condición que el papel privado, que no produce derecho ejecutivo por sí, sino cooperando el deudor con su reconocimiento, lo cual es contingente y condicional de la voluntad del deudor. Pueden verse las demás razones que alegan los autores en favor de la primera opinión y las con que se rebaten aquellas en los comentarios de don Sancho Llamas y Molina á la ley 63 de Toro, números 26 y siguientes.

1207. El fundamento de la opinión contraria, sobre que los diez años que requieren las leyes para prescribir el derecho de ejecutar deben empezar á contarse desde el día del reconocimiento ó de la confesión, consiste en que el derecho de ejecutar no puede principiar á prescribirse antes de existir, y este no existe hasta que se verifica el reconocimiento ó la confesión de la obligación, contraída en papel privado ó de otra suerte que no tenga fuerza ejecutiva, pues solo entonces se agrega el derecho de ejecutar al que existia por efecto de la obligación para entablar la acción en la vía ordinaria, como se ve por las leyes 9 y 10, tít. 11, lib. 10 de la Novísima Recopilación que tratan de dicho reconocimiento y esponen Gutierrez, Vela, Llamas, Molina, y Febrero, entre otros, por lo que sienta este último por regla, que el tiempo porque se prescribe el derecho de ejecutar por obligación personal, en los casos en que el citado derecho sobreviene y se une á la acción, debe empezar á contarse desde el momento en que sobreviene y no antes, lo que aquí se verifica desde el día del reconocimiento ó de la confesión.

1208. Si el deudor reconoce el vale pasados los diez años de haberse hecho, distingue y afirma con corriente en la práctica Olea, según cita el mismo Febrero, que aunque reconozca simplemente el papel, si niega la deuda y jura estar pagada, no tiene lugar la vía ejecutiva, porque el reconocimiento que hace del papel, y por consiguiente de la obligación constituida en él, es con su causa y se presume pagada la deuda, por haber mediado tanto tiempo, sin pedirse aquel, en cuya atención es preciso que el acreedor recurra á la vía ordinaria. Pero si lo reconoce y al mismo tiempo confiesa la deuda (lo cual ha de pedir el acreedor cauto), se le debe ejecutar en virtud de la confesión pura, sea por el todo, si nada pagó, ó por el resto que está sin satisfacer (á cuyo dictamen me inclino, dice Febrero), porque aunque el vale y la acción para pedir ejecutivamente en virtud de él se hallen prescritos, no están la deuda ni la confesión de ella; y así en virtud de esta que es del día, se debe pedir el mandamiento ejecutivo lo mismo que si se hiciese la tal confesión sin haber vale, pues en cualquiera tiempo que se haga, trae aparejada ejecución, lo cual he visto practicar como legal y justo.

1209. Sin embargo, esta doctrina de Olea requiere algunas observaciones por no poder administrarse en todas sus partes.

Desde luego en cuanto á la primera parte, observa el Sr. Llamas en su *Comentario* á la ley 63 de Toro, números 71 y siguientes, que siendo exacto que el reconocimiento dentro de los diez años produce el derecho ejecutivo sin retrotraerlo á la fecha de la obligación, según es doctrina admitida por el mismo Olea, no estando señalado tiempo alguno para pedirlo, siempre que este se verifique antes de estar prescrita la obligación principal, deberá producir el mismo efecto. En cuanto á lo que dice Olea sobre que en el caso de la primera cláusula, se entiende verificada la prescripción, si se refiere á la obligación principal se engaña, porque la obligación personal no se prescribe por menos tiempo que el de veinte años, y si por deuda pres-

crita pretende entender el derecho ejecutivo, comete un error, porque el derecho ejecutivo nace y dimana como efecto de su causa del reconocimiento, y negándole á este la virtud de producirlo en el caso de que habla, se incurriría en el absurdo de pretender que antes de que naciese el derecho ejecutivo, obrase contra él la prescripción, y lo que no ha llegado á existir no puede destruirse. El que por el trascurso del decenio adquiere el deudor alguna presunción que impida el rigor de la vía ejecutiva, no tiene fundamento sólido, porque ó dicha presunción es de prescripción ó de solución de la deuda: la primera no puede tener lugar, porque, ó el vale tiene fecha ó no; si la tiene, cesa toda presunción, porque la fecha manifiestamente la excluye; si no la tiene, por lo mismo que carece de fecha se ha de suponer que no está prescrita la deuda, mayormente teniendo á su favor el acreedor el reconocimiento del deudor, á quien no debe aprovecharle la escepcion de prescripción aunque la alegue, si no la aprueba, porque contra una acción directa no se admite escepcion alguna que no se acredite por el que la propone. Y si la presunción es de solución de la deuda, tampoco debe aprovecharle al deudor para impedir el uso de la vía ejecutiva en el acreedor, por ser opinión constante entre los autores, que la escepcion de paga propuesta por el deudor al tiempo de reconocer el vale dentro de los diez primeros años, no impida el que se despache mandamiento de ejecución, reservando al deudor su derecho para que lo acredite en el término del encargado. No impidiendo el mandamiento de ejecución una escepcion de solución espresamente propuesta por el deudor, mal se podrá pretender que le aproveche la tácita ó presunta, á lo que se aumenta, que el hecho de conservar en su poder el acreedor el vale ofrece una vehemente presunción de que la deuda no está satisfecha.

1210. En cuanto á la opinión de Olea sobre que verificada la confesión de la deuda al reconocer el vale, adquiere el acreedor, en virtud de esta, confesión el derecho ejecutivo, aunque se hayan pasado los diez años primeros de la fecha del vale cuando se hizo, observa el Sr. Llamas que el reconocimiento del vale envuelve en sí la confesión virtual de la deuda, pues á no ser así, no dispondría la ley se despachase ejecución en su virtud. El art. 943 de la ley de Enjuiciamiento civil, dice espresamente, que *reconocida la firma, quedará preparada la ejecución aunque se niegue la deuda*. Que esto supuesto, no es admisible que la confesión espresa produzca el derecho de ejecutar, aunque hayan pasado los diez años y se niegue esta virtud á la confesión virtual despues de dicho tiempo, que implícitamente se contiene en el reconocimiento del vale. (Sin embargo, no debe olvidarse que Olea no se refiere aquí, solo al caso en que se reconozca la firma del vale, sino al en que además se niegue espresamente la deuda y alegue su pago, escepcion que puede sin duda oponerse y que segun el mismo señor Llamas podrá probar en el término del encargado.)

1211. Cuando está prescrita la acción principal por el trascurso de veinte años, no produce mérito por la vía ejecutiva el reconocimiento del vale, despues de los veinte años de nacida la acción personal, pues como

dicen Gutiérrez y Vela, la cualidad sin sugeto no puede existir y dicho reconocimiento no produce nueva obligación, sino que suponen que la hubo, refiriéndose únicamente al mismo instrumento cuya acción está prescrita. De lo contrario dice Acevedo, entre otros, se verificaría el absurdo de que prescrita la acción personal empezase á correr el derecho ejecutivo apoyado y fundado en una acción que ya no existía. No sucede lo mismo cuando por haberse reconocido el vale despues de los diez ú once años que nació la acción personal, continua el derecho ejecutivo en su duración aun despues de prescrita esta, porque esto se justifica considerando, que el derecho de ejecutar tuvo principio cuando aun existía la acción personal, cuando había aun un germen que podía producirlo. El señor Llamas, no obstante, observa sobre la doctrina de Acevedo, que no se verificaría dicho absurdo, porque la prescripción de la acción personal no se presume por el trascurso de veinte años, sino se prueba la buena fe del deudor, lo que se hace muy difícil, porque de un hecho propio ó de su omisión no se presume ignorancia, y así dicen Villadiego y Vela, que la cédula ó vale reconocido se deben reputar válidos, aunque no tengan fecha del día mes y año, citando en su comprobación las leyes 4 y 5, tit. 28, lib. 11 de la Nov. Recop., y no teniendo fecha el instrumental, mal puede conocerse si ha pasado ó no el tiempo necesario para la prescripción, lo que como se ha dicho, no se presume si no se prueba, por la razón indicada. Sin embargo, no faltan autores, entre ellos los reformadores de Febrero, que sientan que lo dispuesto sobre la buena ó mala fe para la prescripción del dominio por la posesión, no debe entenderse para la prescripción de las acciones, tanto en la vía ordinaria como en la ejecutiva, doctrina con que no estamos de acuerdo. Véase la Curia filípica, Parte 2.<sup>a</sup>, § 4, núm. 8, y Llamas com. á la ley 65 de Toro, núms. 109 y siguientes y lo que decimos en el núm. 1219.

1212. Acevedo Avendaño, Hevia Bolaños y otros autores opinan, que la doctrina sobre el reconocimiento del vale, que acabamos de esponer tomada de Olea y Vela, ha de aplicarse á la confesión de la deuda, sentando el último autor, que prescrito el derecho de ejecutar, que segun él principia á conocer desde que se puede pedir la obligación, no se vuelve á suscitar aunque el deudor confiese la deuda, fundándose en que la confesión no produce nueva obligación, sino solo supone la hubo ya prescrita, pero segun esponen Llamas y Gutiérrez, cuya doctrina creemos mas fundada, cuando la confesión de la deuda es simple y pura, sin añadir ninguna otra cualidad ó circunstancia, no solo nace el derecho ejecutivo dentro de los diez primeros años de la celebración del contrato, sin retrotraerse al tiempo de la obligación, sino que produce igualmente el derecho ejecutivo, aunque hayan transcurrido los veinte años que se señalan para la prescripción de la acción personal, y la razón es incontrastable; porque si el deudor confiesa la deuda, manifiesta que ni la ha satisfecho ni la ha prescrito, y no habiéndose verificado ninguno de estos extremos, permanece la obligación natural, la que manifestada por medio de la confesión, hace nacer el derecho ejecutivo, segun la ley 4, tit. 17, lib. 11, Nov. Recop. Si el

deudor confiesa la deuda, dice Gutierrez, aun despues de haber pasado el tiempo suficiente para prescribirla tendrá lugar la ejecucion en virtud de la confesion.

1213. Cuando el fiador que ha sido ejecutado y que ha pagado por el deudor, dice Febrero, intente contra este la via ejecutiva con el lasto del acreedor, no corren contra aquel los diez años desde que el deudor contrajo la obligacion ó reconoció el vale, sino desde que el acreedor cedió al fiador sus acciones, ya porque este estuvo imposibilitado de pedir y al impedido no corre término ni prescripcion, y ya porque se interrumpió la prescripcion de los primeros diez años por haber usado el acreedor de su derecho ejecutivo. La verdadera razon de esto consiste, dicen los ilustrados reformadores de Febrero, en que el deudor principal no viene á ser deudor del fiador hasta que este haya pagado al acreedor, y asi hasta dicho tiempo no pueden principiar á correr los diez años.

1214. La prescripcion del derecho ejecutivo procede aunque no intervenga en ella la buena fe del deudor á causa de que por ella no se prescribe la deuda sino únicamente el medio ó modo de pedir su satisfaccion por el rigor de la via ejecutiva, como castigo de la negligencia del deudor en haber dejado pasar el término legal sin hacer uso de este derecho, pero le queda espedita la via ordinaria para pedir en ella el pago de su crédito. Gregorio Lopez glosa á la ley 9, tit. 22, Part. 5, y Paradorio; *Rer. Quot.*, cap. 8, § 12, 4 y § 13 núm. 44, y Llamas y Hevia Bolaños en los lugares citados.

1215. Por iguales razones corre la prescripcion del derecho ejecutivo no solo contra legos, sino tambien contra Iglesias y personas eclesiásticas y corporaciones: Gregorio Lopez en la glosa citada y cap. 2, 3, 4 y 6 de *Prescrip.* Pero no contra los hijos de familia sino en los casos en que pueden parecer en juicio sin licencia de su padre, y compelerle á que se la de; ni contra la mujer casada en los asuntos en que es representada por su marido; ni contra los menores de veinticinco años, sino es que empezó á correr contra otros que no lo eran á quienes sucedieron. Pero dichos menores pueden ser restituidos del tiempo corrido de la minoría, pidiéndolo dentro de ella y hasta cuatro años despues. Igual restitucion tienen contra esta prescripcion las iglesias, concejos y corporaciones, pidiéndola dentro de cuatro años de cumplida. Curia filípica Part. 2, § 1, núm. 10, y leyes 7, tit. 29, Part. 5, y 7 y 10, tit. 49, Part. 6.

1216. No procede esta prescripcion ejecutiva contra el deudor que compensa la deuda porque fue ejecutado, y asi la puede compensar con otra aunque haya pasado el término señalado para la prescripcion del derecho de ejecutar, con tal que lo haga mientras durase la accion, porque lo que es temporal para pedir es perpétuo para defenderse y satisfacer, como se dice en el derecho. Hevia Bolaños, Curia filípica, Par. 2, § 1, núm. 11.

1217. Cuando llega á interrumpirse la prescripcion de la via ejecutiva, es preciso que empiece á correr de nuevo. Interrúmpese por siete actos:

1.º Por la comparecencia del acreedor en juicio, pidiendo la ejecucion antes de haberse prescrito, y despachándola el juez, aunque no se encuen-

tren bienes del deudor en que trabarla, y este no quiera contestarla, y por su citacion ó cuasi citacion que tiene fuerza de contestacion; y segun la opinion mas segura, debe concurrir todo esto á la vez, y no lo uno sin lo otro; pero concurriendo todo, se verificará la interrupcion, aunque la ejecucion haya sido mal despachada, porque el defecto de un juez ignorante no debe perjudicar al acreedor que usó judicialmente de su derecho en tiempo hábil.

2.º Por la captura del reo, que es verdaderamente citacion real.

3.º Por oponerse el deudor á la ejecucion, ó proponer sus escepciones en el juicio, pues la comparecencia de aquel en este, vale tanto y mas que la citacion.

4.º Por haber satisfecho el deudor dentro de los diez años parte de la deuda (bien conste el pago al dorso del instrumento, bien por otro medio) ó sus intereses por retardacion de la suerte principal; ley 29, tit. 29, Part. 5. Pero si en este caso el deudor niega la deuda y opone esta escepcion, aunque el acreedor muestre carta de pago, hecha dentro del término de la prescripcion, de lo que dice haber cobrado de aquel á cuenta del principal ó por intereses, no se interrumpirá la prescripcion, á menos que el mismo deudor haya firmado tambien la carta de pago, ó que el acreedor lo justifique por otro medio, pues como á actor le incumbe probar el fundamento de su intencion.

5.º Por haber dado el deudor fianza ó hipoteca al acreedor para su seguridad.

6.º Por haber renovado espontáneamente la obligacion sin restringirla.

7.º Por haberle pedido el acreedor el pago de la deuda delante de amigos mediadores. (Lo mismo será que se la haya pedido por escrito: en una palabra, la demanda estrajudicial surte en esta materia los mismos efectos que la judicial.)

En estos siete casos se interrumpe la prescripcion, y empieza á correr de nuevo desde el dia en que ocurrió alguno de ellos.

1218. De todo lo anteriormente espuesto dice Febrero, se infiere que, si el acreedor pide la ejecucion despues de los diez años, no se debe despachar, sino antes bien dar traslado simple al deudor como de una demanda ordinaria; y por lo mismo, para conseguir judicialmente el cobro de sus créditos le será necesaria la via ordinaria que en las acciones personales puede intentarse por veinte años, salvas aquellas que prescriben por menos tiempo, segun hemos dicho.

1219. Cuando el actor pide la ejecucion dentro de los diez años por los réditos de un censo vencidos en su intermedio, y el reo se opone escepcionando contra la legitimidad del crédito, y de consiguiente contra el instrumento en cuya virtud se espidió por esta razon, se convierte la via ejecutiva en ordinaria, y si por sentencia dada en ella y ejecutoriada se declara legítimo y válido el instrumento, mandándosele que pague, podrá despacharse la ejecucion no solo por los réditos caidos en los diez años, sino tambien por los posteriores hasta la ejecutoria, sin necesidad de seguir otro juicio ordinario, por las razones siguientes:

1.<sup>a</sup> Porque habiendo acudido el acreedor á usar de su derecho en tiempo oportuno, no hubo prescripcion, ni se le debe imponer la pena que la ley ha establecido para los morosos ó negligentes.

2.<sup>a</sup> Porque la sentencia condenatoria removió el obstáculo opuesto por el reo al instrumento ejecutivo, ó por mejor decir, declaró que no lo tenia.

3.<sup>a</sup> Porque habiéndole impedido el deudor con su escepcion maliciosa continuar el juicio ejecutivo incoado, é intentar otro en los años sucesivos, y por consiguiente, cobrar los réditos posteriores vencidos en ellos, debe despacharse la ejecucion por el importe de todos, aun cuando pasen mil años despues de contestado el juicio hasta su conclusion, pues que el deudor no debe sacar partido de su mala fe, ni ceder esta en detrimento del acreedor.

1220. *Fuerza ó miedo de los que con arreglo á la ley hacen nulo el consentimiento.* Esta escepcion se admitia tambien espresamente por la ley 3, tit. 28, lib. 11, de la Nov. Recop. con estas palabras, *temor ó fuerza y tal que de derecho se deba recibir.* Esta ley se referia pues á las de Partida y demás que especifican la clase de fuerza ó miedo que anula el contrato. Tal era segun la ley 7, tit. 53, Part. 6 y la 56, tit. 5 Part. 5.<sup>a</sup> el miedo de muerte, pérdida de miembro, tormento del cuerpo ó de deshonra que deja infamado. La fuerza dice la ley 13, tit. 2, Part. 4, se debe entender de esta manera; cuando á alguno aducen contra su voluntad ó le prenden ó ligan; é otrosí el miedo se entiende cuando es fecho en tal manera que todo ome, magüer fuesse de gran corazon, se temiesse del; como si viesse armas ú otras cosas con quel quisiesen ferir ó matar ó le quisiesen dar algunas penas. Véanse las leyes 13, tit. 2, Part. 4, y 28, tit. 11, Part. 5 y el lib. 2, tit. 58, seccion 4.<sup>a</sup> del Febrero reformado. La ley de Enjuiciamiento mercantil en su art. 327, admite como escepcion la fuerza con daño grave inminente en la persona para obligar al consentimiento ó suscripcion de la obligacion, ó si con el mismo objeto y sin causa legal hubiera sido aprisionado aquel á quien se infiere. El juez pues, deberá apreciar si la fuerza y el miedo que se alegan son de los que hacen nulo el consentimiento, debiendo para ello tener en cuenta, especialmente respecto del miedo, la edad, sexo y condicion de las personas.

1221. *Falta de personalidad en el ejecutante.* Con iguales términos consigna esta escepcion la ley de Enjuiciamiento mercantil, art. 327; las leyes recopiladas no la espresaron, al tratar de las escepciones del juicio ejecutivo, pero se hallaban consignadas en general al tratar de las demandas y circunstancias que debian concurrir en el que las interponia. Asi pues, podrá escepcionarse si el ejecutante es menor, ó mujer casada, ó hijo de familias y no manifiesta la licencia ó habilitacion que requiere el derecho ó no concurre el tutor ó curador, ó fuesen falsas dichas licencias ó los títulos que presentaron para fundar su personalidad. Véase lo que hemos espuesto en el libro 2, seccion 2, § 2 de esta obra al tratar de los litigantes en general, y lo dicho en este título al tratar del ejecutante.

1222. *Pago ó compensacion de crédito liquido, que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva.* La escepcion de pago se hallaba espresada en las

leyes 1 y 3 del tit. 28, Nov. Recop. y en el art. 327 de la de Enjuiciamiento mercantil que tambien espresa la de compensacion, si bien en cláusula separada. No nos detendremos aquí á esponer la naturaleza y estension de estas escepciones para no dar demasiada latitud á esta obra. Pueden verse sin embargo, en el Febrero reformado, lib. 3 tit. 58, seccion 1 y tit. 60.

1223. La circunstancia de haber comprendido la nueva ley de Enjuiciamiento civil en un solo período estas dos escepciones y la generalidad que ofrecen sus dos últimas cláusulas: *que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva*, han dado motivo á que entiendan algunos intérpretes, que estas se refieren, tanto á la compensacion como á la escepcion de pago, sentando en su consecuencia, que este carece de fuerza si no se prueba con un documento que tenga fuerza ejecutiva. «La única circunstancia que debe tenerse presente al oponer esta escepcion, dice uno de estos ilustrados intérpretes, es que el pago ó la compensacion del crédito liquido se haya de justificar, ó resulte de documento que tenga aparejada ejecucion; de modo que se ha de hacer constar precisamente por medio de escritura pública, original ó traída en virtud de mandamiento y con citacion, por algun vale ó documento privado, reconocido judicialmente bajo juramento ó confesion hecha ante juez competente: si el vale, pagaré, carta ó documento privado no está reconocido, ni el crédito compensable compensado, puede pedirse su reconocimiento ó la confesion judicial por medio de declaracion bajo de juramento indecisorio y producir su efecto legal respecto de la escepcion alegada.» Esta doctrina es aplicable perfecta y completamente á la escepcion de compensacion, pues debiendo ser igual la condicion de los litigantes, y estableciéndose que para ejecutar el acreedor haya de hacerlo mediante documento ejecutivo, nada mas justo y lógico que el exigir á su vez al deudor, para probar su escepcion, un documento de igual naturaleza y fuerza para poder destruir ó contrarestar el que presentó el acreedor. Pero dicha doctrina no es aplicable á la escepcion de pago, por no existir términos hábiles para ello. Trátándose de la escepcion de pago, es imposible justificarlo con documento ejecutivo, porque el que en su caso podria presentar el deudor, seria una carta pública de pago autorizada en forma por escribano, y un documento semejante, si bien se halla revestido de las mismas solemnidades que una escritura pública de obligacion, es incapaz por su naturaleza de servir para ejecucion alguna, puesto que este documento se da, no para justificar la existencia de una obligacion y compeler ejecutoriamente al obligado á cumplirla, sino para acreditar la liberacion de aquel á cuyo favor se otorgó, mediante haberse extinguido la obligacion que tenia contra sí.

1224. Estas consideraciones debieron, sin duda tenerse presentes por los redactores de nuestras leyes recopiladas y de la de Enjuiciamiento mercantil, pues en ninguna de ellas requirieron que la paga resultase de documento que tenga fuerza ejecutiva. V. las leyes 1 y 3, tit. 28, lib. 11, de la Nov. Recop. y el art. 227 de la de Enjuiciamiento mercantil. Antes por el contrario, al tratar de la escepcion de paga en el juicio ejecutivo, faculta la ley 1 citada de la Nov. Recop. para probarla por testigos: «y para probar la tal paga y

escepcion, si por testigos la hubiese de probar, es nuestra merced que el deudor nombre luego los testigos, etc.» Esta misma doctrina debe entenderse consignada en el art. 963 de la ley de Enjuiciamiento civil, ya que no expresa, al menos implícitamente. Así se deduce de espresarse en dicho artículo como escepciones legítimas la prescripción y la fuerza y medio, las cuales no pueden probarse con escrituras ó documentos ejecutivos, sino por la justificación testifical.

1225. Esta doctrina ha sido consignada y autorizada por sentencia que pronunció la audiencia de Madrid con fecha 17 de marzo de 1857, en un pleito en que se alegó por el deudor contra la ejecución la escepcion de pago, pretendiendo probarla por medio de testigos, á lo que se oponía el ejecutante pretendiendo que según el art. 963 de la ley de Enjuiciamiento no podía resultar dicho pago sino de documento que tuviera fuerza ejecutiva. Hé aquí el texto literal de los considerandos doctrinales de esta importante sentencia. Considerando que por punto general en todo juicio están admitidas las diferentes clases de pruebas reconocidas por derecho, á no ser que por regla especial se escluya espresamente alguna de ellas. Considerando que no existe tal exclusion espresa respecto á la de testigos en el juicio ejecutivo. Considerando que el art. 963 de la ley de Enjuiciamiento civil, al hablar en su número 5.º del documento que tenga fuerza ejecutiva se refiere á la escepcion de compensacion y no á la de pago, ni al documento con que este haya de probarse, el cual nunca podría tener fuerza ejecutiva, porque el pago concluye con la accion lejos de producirla; fallamos que debemos confirmar y confirmamos con las costas la sentencia apelada de 18 de setiembre último, en la cual el juez de primera instancia dijo, que debía declarar y declaraba no haber lugar á sentenciar de remate los autos, y condenaba en todas las costas al actor (por haberse probado la escepcion de pago por medio de testigos).

1226. En vista de lo espuesto, no es pues necesario que la escepcion de pago se haya de justificar ó resultar por documento que traiga aparejada ejecución, como pretenden aquellos intérpretes, fundados en la cláusula final del párrafo 5 del art. 963 de la ley, la cual solo se refiere á la compensacion. Pero ni aun respecto de esta requiere la ley en dicha cláusula lo que se pretende, sino que el documento *tenga fuerza ejecutiva*; de suerte que con tal que concurra en él esta circunstancia, aun cuando no traiga aparejada ejecución, ó lo que es lo mismo, aunque no pueda promoverse en su virtud el juicio ejecutivo, podrá proponerse la compensacion de crédito líquido. Así sucederá cuando resultare de sentencia ejecutoria ó de laudo compromisario, pues si bien no traen aparejada ejecución estos títulos para promoverse el juicio ejecutivo, tienen fuerza ejecutiva para proceder por los trámites designados en los arts. 897 y siguientes de la ley, por cierto mucho mas breves y expeditos que los de aquel juicio, puesto que vienen á resolverse en la via de apremio. V. los arts. 895 y 896 de la ley de Enjuiciamiento civil. En su consecuencia solo y á lo mas podría interpretarse la cláusula final del párrafo 5 del art. 963 como referente al pago, cuando la prueba de esta escepcion se verificase por

escritura, confesion ó alguno de los otros títulos en que pueden concurrir los requisitos que marca la ley para adquirir fuerza ejecutiva, entendiéndose que en tales casos, el título de que resultase el pago debiera hallarse revestido de aquellas solemnidades para que pudiera producir efecto dicha escepcion. Pero aun limitada hasta este punto la cláusula referida, no la creemos aplicable á la escepcion de pago, puesto que la ley no exige que tenga fuerza ejecutiva el título en que se funden las demás escepciones de quita, espera, pacto de no pedir, novacion, etc., no obstante que si bien la mayor parte de ellas no pueden producir accion ejecutiva porque se dirigen á extinguir modificar ó suspender la obligacion cuyo cumplimiento se reclama en el juicio ejecutivo, algunas de ellas, como la novacion y transacion, pueden producir aquella accion. La razon fundamental en nuestro concepto, porque la ley exige tan solo aquel requisito respecto de la compensacion, consiste, no solamente en que esta escepcion encierra una obligacion que puede ser ejecutiva, sino en especial, en que debiendo ser las condiciones esenciales de esta escepcion iguales en lo posible á las de la accion contra la cual se opone, no puede menos de requerirse aquella circunstancia respecto de uno de los requisitos mas importantes cual es el de su fuerza ejecutiva. Así se deduce con solo atender al origen y etimología de la palabra compensacion, puesto que proviene de los verbos *compensare*, contrapesar, ó *pensare cum ó simul pensare*, pesar juntamente, usados entre los antiguos para indicar la solucion que se hacia á un tiempo de dos deudas, pesando en una misma balanza el trozo de metal de que se servían para esto y en que consistía cada una de ellas. Despues que se ha admitido el verificar la compensacion por medio de obligaciones ó derechos recíprocos, se ha requerido, conservando el espíritu del modo de efectuarse la compensacion antigua, que la obligacion que se opone para compensar tenga igual fuerza que aquella cuyo cumplimiento se reclama. Para la justificación de las demás escepciones basta proponer los medios de prueba que requiere el derecho en general, para constituir prueba plena, pues siendo los grados de certidumbre sobre el hecho que estas abrazan los mismos, absolutamente considerados, que sobre otro, no deben requerirse respecto del juicio ejecutivo mas numerosos ni de mas eficacia que para el juicio ordinario.

1227. Cuando la cantidad que se propone como compensacion es mayor que aquella porque se procede ejecutivamente, se providenciará no haber lugar á sentenciar la causa de remate, reservando al ejecutor todo su derecho para reclamar el esceso; si fuere menor, se mandará seguir la ejecución por la cantidad que faltare hasta el total importe de la pagada ó compensada. V. el título 50 del lib. 3 del Febrero reformado y el § 5, seccion 3 del lib. 2.º de esta obra.

1228. A la escepcion de compensacion se reduce la reconvention, pues es coctrina y práctica admitida que debe proponerse esta como compensacion según dijimos en el número 712 del lib. 2.º de este Tratado. He aquí como espone Febrero esta cuestion.

«Tambien impedirá la continuacion de los procedimientos ejecutivos la

escepcion de *reconvencion*, si pendiente el juicio se liquida y hace constar por otro instrumento que traiga aparejada ejecucion, ó si el ejecutante confiesa de plano ser cierto y líquido el crédito, y que ninguna defensa tiene contra el ejecutado: pues fuera de estos dos casos, no se admitirá la tal escepcion por ser necesario mayor exámen y conocimiento.

»En los juicios ejecutivos se han ofrecido graves dificultades para dar entrada á la reconvencion ó mútua peticion; unos aseguran que debe admitirse y correr por los mismos términos de la ejecucion siempre que dentro de ellos pueda liquidarse y probarse, y si requiriese mas alto exámen, dicen que no se ha de suspender ni perder su curso la via ejecutiva, reservándose continuar la reconvencion en juicio separado ante el propio juez. Otros autores defienden lo contrario, estableciendo por regla constante que en los juicios ejecutivos no tiene lugar la reconvencion. Yo admito por mas segura ó á lo menos por mas probable esta opinion, y para ello procedo con otras razones que me parecen mas sólidas y calificadas en las leyes y en la práctica y observancia de los tribunales, que las alegadas por dichos autores.»

«En los treinta y dos años que he asistido á los tribunales de la córte defendiendo y determinando negocios, no he visto ni aun oido, que se haya introducido una reconvencion ó mútua peticion para detener ó eludir la via ejecutiva, y cuando el no uso de este remedio no manifestase en lo general el no hallarse recibido, á lo menos indica que es poco útil, y que hay otros medios mas seguros y espeditos, por donde puedan los interesados aprovecharse de la accion ó escepcion que habian de producir en forma de reconvencion ó mútua peticion.»

«Cita luego y esplica para fundar su opinion la ley 3, tít. 28, lib. 11, Novísima Recop. que determina las escepciones que han de ser admitidas en el juicio ejecutivo, y prueba despues concluyentemente que, si se intentase y admitiese la reconvencion ó mútua peticion, seria preciso despachar dos ejecuciones con notable embarazo de las diligencias judiciales y mayores gastos ociosos, á cuyo remedio se atiende mas seguramente usando el reo de su accion en forma de compensacion, que es lo que se practica y observa en todos los juicios ejecutivos; (señor conde de la Cañada, par. 1, cap. 6, números 33 y siguientes donde trata este punto con la mayor estension).

1229. *Quita, espera y pacto ó promesa de no pedir.* La ley 3, tít. 28, libro 11, de la Nov. Recop. espresa la escepcion de promision ó pacto de no pedir, y el art. 327 de la ley mercantil el quitamiento ó espera. Proviendo la quita y espera por lo comun del acuerdo de la mayor parte de los acreedores que se reúnen para remitir ó perdonar parte de la deuda á su deudor, ó para señalarle un plazo en que verificar el pago, deberá presentarse el documento en que constase el acuerdo, ó testimonio de haberse verificado este ó de haberse obligado á pasar el acreedor ejecutante por lo que determinase la mayoría. V. la ley 5, tít. 15 Part. 3 y los art. 507 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil.

La promesa de no pedir es por lo comun un contrato verificado privada-

mente entre el acreedor y el deudor; por lo que bastará presentar este para justificar dicha escepcion. Acerca de la naturaleza y carácter de estas escepciones pueden verse la ley 5, tít. 15, los art. 507 y siguientes de la ley, y la seccion 1, tít. 61 del lib. 3 del Febrero reformado.

1250. *Novacion*, esto es, del contrato que da motivo á pedir la ejecucion, como se añade oportunamente en el art. 327 de la ley de Enjuiciamiento mercantil. La novacion se verifica sustituyendo ó modificando una obligacion con otra ó variando su forma ó la persona del acreedor ó del deudor. La subrogacion de un nuevo acreedor puede hacerse sin el consentimiento del deudor, mas para la del acreedor en necesario el consentimiento de este y para variar la obligacion ó sus formas el del acreedor y el del deudor. Concurriendo estas circunstancias, no hay duda que no puede reclamarse ya el cumplimiento de la obligacion primera, sino el de la segunda con que fue sustituida; asi pues, si esta no tuviere carácter ó fuerza ejecutiva, aunque lo tuviere la primera, la escepcion de novacion dará lugar á providenciar que no siga la ejecucion adelante, y si tuviere tambien la segunda fuerza ejecutiva, habrá que ajustar la demanda de la primera á esta obligacion nueva para que proceda el juicio ejecutivo. V. la seccion 6, tít. 61, lib. 3 del Febrero reformado.

1251. *Transaccion ó compromiso*, sobre los mismo que se pide. La misma escepcion consigna con iguales palabras el art. 327 de la ley de Enjuiciamiento mercantil. Siendo la transaccion un convenio que hacen dos personas sobre un punto dudoso ó litigioso, dando ó remitiendo algo la una á la otra, modifica las obligaciones en que aquel se fundaba y sobre las que ha recaído esta. En su consecuencia, cuando alguno de los que transigieron promueve el juicio ejecutivo, fundado en alguna de las dichas obligaciones ó derechos, puede el otro oponerse escepcionando contra la fuerza de la transaccion posterior porque quedó destruida ó modificada. En lo mismo se funda la escepcion de haber verificado compromiso ó convenio las partes, sometiendo á árbitros ó amigables componedores la decision sobre el crédito que es objeto de la ejecucion, pues aunque no haya recaído aquella modificando el derecho del ejecutante, está aceptada previamente y sometidas las partes á su resultado. Es tan eficaz esta escepcion que como dice Febrero, por el hecho de verificar las partes el compromiso, aunque la una de ellas haya obtenido sentencia favorable posteriormente, cesan los efectos de esta, por ser visto haberse apartado del derecho que en su virtud le competia, y asi no debe ejecutarse.

Ya hemos dicho al tratar de la paga y de la compensacion las razones porque sin duda no requiere la ley que estas escepciones asi como tampoco las designadas en los párrafos 1, 2 y 3, del art. 963 resulten de documento que tenga fuerza ejecutiva.

1252. Acerca del último párrafo del art. 963 sobre la prohibicion de la nueva ley de que ninguna otra escepcion prodrá estorbar el pronunciamiento de la sentencia de remate, ya nos hicimos cargo al esponer la totalidad de este artículo. Creemos, no obstante, conveniente copiar aquí la doctrina de

Febrero sobre algunas otras escepciones que anteriormente tenian lugar en el juicio ejecutivo y que podrán á veces ser admisibles aun en el dia, si pueden probarse en el término concedido por la ley para la prueba en este juicio.

«Es escepcion legítima, dice Febrero con referencia á la antigua práctica, la del *juramento* hecho por el lego en las obligaciones en que le está prohibido hacerlo, á causa de no requerirlo para su validacion y por otras consideraciones; debiéndose observar lo mismo cuando se somete al juez eclesiástico en lo que no debe, pues las tales obligaciones son nulas segun la ley 6, tít. 1, lib. 10, Nov. Recop. (Asi, pues, acerca de esta escepcion militará la doctrina espuesta al tratar de la *falsedad del titulo ejecutivo* sobre las que se refieren á la nulidad del contrato).

»Hay dos opiniones contrarias, continua Febrero, sobre si es ó no admisible en la via ejecutiva la escepcion de *dinero no entregado*, pero debe seguirse la afirmativa, como verdadera y conveniente observada en la práctica, siempre que se pruebe en el término legal.»

1235. *De la oposicion hecha por el ejecutado*, esto es, del escrito de oposicion, escepciones y pruebas que propusiere, *se dará traslado al actor por cuatro dias, para que conteste* por medio de otro escrito rebatiendo lo alegado por el deudor, *y proponga prueba por su parte, pasados los cuales, se recogerán los autos en los términos indicados al hablar del deudor*; esto es, pasados los cuatro dias, sin necesidad de apremio, se recogerán los autos de poder del procurador, estrechándole á que los entregue, sin consideracion de ningun género, es decir, sin más escusas ni delaciones; art. 964.

1234. *De la contestacion del actor se dará copia al demandado*, para su inteligencia, la cual comprenderá tambien la prueba que hubiese propuesto; artículo 965. La entrega de esta copia, que deberá verificarse en un plazo breve y que convendrá designe el juez, tiene por objeto suplir la entrega de los autos. *Entregada dicha copia, se recibirán los autos á prueba por diez dias, dictándose al efecto la oportuna providencia que se notificará el mismo dia de su fecha*; art. 966. Esta disposicion resuelve la duda que se suscitaba anteriormente sobre si el término de los diez dias se habia de contar desde la oposicion, como opinaban algunos, fundados en las leyes 1 y 2 del tít. 28, libro 4 de la Novísima, que decian, declaramos y mandamos que los dichos diez dias corran desde el en que se opusiera á la tal ejecucion en adelante sin reparar que estas leyes se referian al caso en que no ocurriera imposibilidad ni fraude alguno, ó desde el dia en que se hacia la notificacion, como habrá adoptado la práctica en general, conforme á lo practicado en el juicio ordinario, determinacion adoptada por la nueva ley y la más justa y equitativa en efecto, pues como decia Febrero, seria cosa dura y aun inicua que por no poder ó no querer el escribano dar cuenta de la oposicion al juez ó notificar el término, ó por haberse imposibilitado el mismo juez quedase indefenso el ejecutado y fuera condenado sin ser oido. Asi, pues, si por olvido, se hace la notificacion tan solo á una parte, continúa este autor, no debe correr el término y se han de repener los autos y diligencias posterior-

res al estado que tenian cuando ó recibieron los autos á prueba, como se ha verificado muchas veces para evitar nulidad en las actuaciones: y debe tenerse presente que las notificaciones se han de hacer á costa del reo tan pronto como se forme la providencia aunque no lo solicite porque se dió á su instancia.

1235. *Durante estos diez dias se harán las pruebas propuestas por ambas partes, y podrán poner y ejecutar cuales quiera otras que estimen convenientes*, siendo arregladas á derecho, como dice el art. 531 de la ley de Enjuiciamiento mercantil que contiene una disposicion análoga; art. 966. *Tanto unas pruebas como otras, deberán acomodarse á las disposiciones establecidas para las pruebas en el juicio ordinario*, las cuales espusimos y esplicamos ya al tratar de dicho juicio; art. 966.

Conviene sin embargo advertir, segun dice Febrero, doctrina que tiene aplicacion en el dia; que aunque haya espirado el término del art. 966, puede el deudor pretender que el acreedor de posiciones en cualquier estado del juicio, con tal que sea antes de la sentencia de remate, por disponerlo asi la ley 22, tít. 4, lib 5, de la Nov. Recop. conforme con el art. 292, sobre el juicio ordinario, que obliga al litigante á declarar bajo juramento en cualquiera estado del juicio contestada que sea la demanda hasta sentencia definitiva, cuando asi lo exigiere el contrario. Ademas, la confesion de parte no es propiamente prueba, si no más bien relevacion de ella, por lo que puede hacerse fuera del término fijado por la ley para aquella. Esto procede tambien, dice el mismo autor cuando el deudor pide que el acreedor reconozca algun papel; mas si pretende que en el caso de negativa, se coteje con otros indubitados del mismo acreedor no se debe diferir al cotejo, por ser pasado el término.

Los testigos que presente el reo, no solo han de ser juramentados antes de deponer, sino tambien examinados dentro del referido término, pues si aquel ha espirado, no se les deben recibir sus declaraciones, aun cuando hayan sido juramentados, y si asi no se hace, será ineficaz la prueba; lo mismo debe observarse en el cotejo de papeles simples no reconocidos, porque los peritos son como testigos cuyo dicho es un mero parecer, y por sí solo no hace prueba.

Cuando por omision ó imposibilidad del juez ó escribano se pasa el término sin hacer prueba, como en estos casos no hay culpa por parte de los litigantes, tampoco deben sentir su perjuicio y les será muy útil protestar preventivamente en el pedimento de oposicion que no les perjudique la tal omision ó imposibilidad, con cuya cautela aunque espire dicho término, podrán ser examinados despues los testigos, con tal que hayan sido juramentados dentro de él. V. Febrero reformado por los señores Goyena, Aguirre y Montalban.

1236. No será pues, necesario que las pruebas practicadas tengan fuerza ejecutiva, aunque se refieran á las escepciones, no obstante que para que haya lugar al juicio ejecutivo requiera la ley que el actor funde su derecho en un título que tenga aparejada ejecucion porque aquí solo se trata de sa-

ber la verdad y certeza de las escepciones para lo cual vastan los grados de certidumbre requeridos en general respecto de los demás juicios. Asi lo consignaba tambien Febrero al referirse á la práctica anterior, diciendo; «las partes pueden hacer sus probanzas por testigos, instrumentos y demás medios legales, aunque la ejecucion haya sido despachada en virtud de instrumento público, porque la ley 1, tit. 28, lib. 11, de la Nov. Recop. habla disyuntivamente y no ordena como de necesidad que se hayan de probar las escepciones por otro instrumento tambien público.» Solamente, respecto de la escepcion de compensacion debe tenerse presente que ha de resultar de documento que tenga fuerza ejecutiva; mas para probar que este documento reune tales circunstancias, podrán proponerse todos los medios de prueba generales.

1237. Anteriormente era opinion admitida, segun espone Febrero, que el término de prueba podia prorogarse á instancia del acreedor, mas no á la del deudor, lo que se fundaba en que ningun perjuicio sentia este, y antes bien comodidad, en tener mas tiempo para preparar y hacer su defensa ó buscar dinero con que pagar la deuda, y en que habiéndose fijado un término breve en utilidad del acreedor para que no se retardase mas la cobranza de su crédito, y en pena del deudor para que fuese mas puntual en pagar, podia renunciar el acreedor legitimamente este beneficio y pedir todo el término que quisiera, pues de lo contrario, se convertiria en detrimento suyo lo que se estableció para su provecho, pero esta doctrina se fundaba en presunciones que se destruian en el mero hecho de no conformarse el deudor con la próroga; ademas de que tambien existen acreedores maliciosos que entablan ejecuciones solo por molestar á los que suponen sus deudores y ser regla general de deber observarse igualdad en los juicios, sin permitirse al ejecutante lo que se prohíbe al ejecutado, sobre este punto, debiendo haber correlacion entre ambos. En su consecuencia la nueva ley ha determinado en su art. 967, que *el término de prueba no puede suspenderse ni prorogarse, sino de conformidad de ambos litigantes, ó cuando por deber hacerse toda ó parte de la que se propusiere á distancia de lugar del juicio, el juez lo creyere necesario. Si asi fuere, lo podrá prorogar ó suspender en auto motivado y bajo su responsabilidad, por los dias que tarde el correo desde el pueblo en que se siga el juicio al mas distante en que hubiere de practicarse alguna diligencia y nada mas.*

Para que tenga lugar la suspension ó la próroga deberá solicitarse antes de cumplirse el primer término, segun prescribe el art. 262 sobre el juicio ordinario y era práctica antigua, como asimismo, no deberán las partes haber visto la prueba del contrario para evitar que sobornen otros testigos. Véanse las leyes 34, tit. 16, Part. 3 y 9, tit. 11, Nov. Recop.

1238. Tanto el término de prueba como las prórogas son comunes á ambas partes y por dichas prórogas no se convierte el pleito en ordinario, ni se muda la naturaleza del juicio, porque se entienden hechas con la misma calidad que el término prorogado.

Sin embargo, cuando se diese algun traslado ó se mandase practicar

alguna diligencia propia del juicio ordinario, se espresará en las providencias la cláusula *sin perjuicio*, para indicar que sigue el juicio ejecutivo y no degenera por ello en ordinario.

1239. *Concluido el término de prueba y sus prórogas, si las hubo, á instancia de una de las partes, se agregarán en virtud de providencia judicial las pruebas hechas á los autos, y se entregarán estos por término de tres dias á cada una de ellas para sustraccion de las practicadas por lo contrario y primero al actor que al reo, aunque al señalar los diez dias de la ley para probar se entreguen primero al ejecutado; pasados dichos tres dias, se recogerán en la forma que queda prevenido, esto es, sin necesidad de apremio estrechando á su entrega sin consideracion de ningun género, señalándose en seguida dia para la vista; art. 968. No pueden, pues, en el dia alegar las partes de bien probado como se hacia anteriormente, á semejanza del juicio ordinario.*

1240. *Si las partes ó una de ellas lo pidieren, podrán asistir sus defensores á informar de su justicia y derecho, si no pidieren, podrá el juez sin informes ni vista pública pronunciar sentencia pasado un dia útil desde el en que se hubiese notificado el auto de señalamiento; art. 969.*

1241. *La sentencia de remate deberá dictarse dentro de tres dias siguientes al de la vista, y no podrá determinarse en ella sino una de estas tres cosas:*

1.º *Seguir la ejecucion adelante, sentenciando en su consecuencia los autos de remate, condenando al ejecutado; lo cual procederá cuando este no hubiese destruido la fuerza ejecutiva de la accion ó no hubiera probado las escepciones que la impiden, ó la satisfaccion de su obligacion. Tambien procederá esta providencia segun espresa el art. 338 de la ley de Enjuiciamiento mercantil, cuando, aunque aparezca legitima la escepcion del ejecutado no se hubiere probado esta suficientemente en el término del encargado, en cuyo caso, no se dará lugar á nuevas pruebas, quedando salvo el derecho del ejecutado para que lo use en el juicio ordinario.*

2.º *Declarar su nulidad, cuando resulte vicio del título ú otra de las causas que anulan la ejecucion.*

3.º *No haber lugar á pronunciar sentencia de remate; cuando el ejecutado haya destruido la accion ejecutiva del actor, ó probase haber satisfecho su obligacion; art. 970.*

*En el primer caso; se impondrán las costas al ejecutado, puesto que dió lugar al juicio ejecutivo por negarse á cumplir su obligacion; en el segundo, al juez ó funcionario que haya dado causa á ello, puesto que él fue quien dió causa al procedimiento mandando proceder á la ejecucion indebidamente por no examinar con cuidado si esta procedia; en el tercero, al actor ejecutante, porque se supone que pidió la ejecucion sin derecho, y con malicia. Tambien se deberá mandar alzar los embargos hechos, y que los bienes embargados se entreguen al ejecutor, cuando segun lo espuesto y probado por este se revocase la ejecucion, segun previene el art. 337 de la ley de Enjuiciamiento mercantil.*

Por el contrario, en el primer caso deberá prevenir el juez que se proceda á la venta de los bienes embargados para pagar con su importe la cantidad reclamada y las costas, asimismo, cuando se declare la nulidad por defecto esencial en el procedimiento, se mandará reponer lo actuado al estado que tenían los autos antes de cometerle aquel defecto.

1242. Depositando el reo el todo ó parte de la cantidad que se le reclama para que se entregue al acreedor, dice Febrero, si ópimo y probo en el segundo caso la escepcion de haber satisfecho el resto, no hay para que sentenciar el pleito de remate, porque este ha de ser de bienes para convertir su valor en dinero y no del mismo dinero que no se vende. Por lo tanto, se declara en este caso, no haber lugar á sentenciar la causa de remate mandando entregar el depósito al acreedor; con las costas causadas hasta entonces. V. Febrero reformado, lib. III, tít. 20, núm. 891.

1243. *Cualquiera que sea la sentencia que pusiese término á este juicio queda lo mismo al actor que al reo su derecho á salvo para promover el ordinario*, art. 972; pues segun ya dijimos el juicio ejecutivo no produce escepcion de cosa juzgada respecto del ordinario, puesto que la accion solo se ha considerado bajo el aspecto de su fuerza ejecutiva. En su consecuencia, si se determina que debe seguir la ejecucion, el ejecutado puede entablar accion ordinaria para que se le devuelva lo que pagó en virtud de aquel juicio por capital y costas, y si se declara no haber lugar á la sentencia de remate puede el ejecutante pedir por los trámites solemnes del juicio ordinario que se le pague la cantidad que reclamaba. En ambos casos, deberá intentarse previamente el acto de conciliacion si ya se verificó para entablar el juicio ejecutivo, puesto que segun el art. 201 de la ley es facultativo la celebracion de este acto en el juicio ejecutivo. V. el núm. 251 del lib. II de esta obra.

1244. *La sentencia de remate, esto es, aquella en que se manda seguir la ejecucion adelante, es apelable en ambos efectos, devolutivo y suspensivo, no pudiendo en su consecuencia llevarse á debido cumplimiento y ejecucion hasta que recaiga el fallo de la superioridad. Sin embargo, solo será apelable en el efecto devolutivo, mas no en el suspensivo, debiendo en su consecuencia pasarse al procedimiento de apremio para hacer pago inmediatamente al acreedor de principal y costas, cuando el actor diere fianza bastante á responder de lo que siguiendo el procedimiento de apremio y la alzada á su vez pueda percibir y condenársele á devolver revocándose la sentencia. Esta fianza será calificada por el juez escesivamente, y podrá ser de cualquiera de las clases que reconoce el derecho, esto es, por medio de fiador, prenda ó hipoteca, etc., con tal que fuese suficiente lo que se apreciará atendiendo á la responsabilidad de la persona que sale fiador, ó á la clase de bienes con que se afianza para el objeto con que se exige, esto es, para responder de la cantidad que comprende la sentencia, si en el caso de revocarse por el tribunal superior tuviera el actor que devolver lo percibido; art. 973 de la ley.*

1245. Esta disposicion ha venido á sancionar con algunas modificaciones

nuestro derecho y jurisprudencia anteriores. Segun las leyes 2 y 12, tít. 28, libro 11, Nov. Recop. para poderse ejecutar la sentencia de remate de primera instancia de que se habia apelado debia darse por el actor la fianza llamada de la ley de Toledo, por la que se obligaba el fiador por escritura pública á que si se revocaba ó modificaba la sentencia con motivo de la apelacion, la superioridad volveria el ejecutante ó acreedor al deudor ó ejecutado la cantidad que percibió en virtud de la misma, y no verificándolo, hecha escusion en sus bienes lo realizará el fiador como tal. Se ve, pues, que por la nueva ley no es necesario que se de la fianza por medio de fiador ó de persona que responda de aquella obligacion.

1246. Sin embargo, segun las leyes 4 y 5, tít. 17, lib. 11, Nov. Recopilacion, en los casos en que dimanase la ejecucion de sentencia arbitral, de transaccion hecha por ante escribano público y de sentencia confirmatoria de parecer de contadores nombrados por las partes ó de oficio por la justicia en rebeldía de alguna de ellas, no procedia la fianza de la ley de Toledo, sino la llamada de la ley de Madrid, que contenia igual obligacion que la anterior, con la diferencia de obligarse por la de Madrid á devolver ademas de lo percibido los frutos y rentas, cuando por la de Toledo se devolvía lo cobrado, pues si bien se requería asimismo la restitucion del duplo por pena en nombre de intereses, no estaba ya en uso esta pena. Mas en el día debiendo ejecutarse las providencias mencionadas en la misma forma que las de los demás juicios, deberá darse la fianza que previene el art. 973, cualquiera que sea el título de que provenga la ejecucion.

1247. Así, pues, *si se apelare de dicha sentencia de remate, por el actor, y no se presenta la fianza dentro de los seis dias siguientes al en que se interpusiese este recurso se remitirán los autos al tribunal superior con citacion de ambas partes*, pues como no hay nada que ejecutar en el inferior, no hacen falta en él dichos autos; art. 974. Mas, *si se diese la fianza, se remitirán tambien los autos, pero quedando en el juzgado testimonio de lo necesario para la ejecucion de la sentencia*: art. 975.

Es tan precisa esta fianza, dice con razon Febrero, para ejecutar la sentencia de remate de primera instancia que no dándose, aunque el actor sea rico y el ejecutado no la pida ni se oponga, no se puede llevar á debido efecto; porque la ley la requiere por la forma sustancial, siempre que el acreedor quiera tomar el dinero antes de ejecutoriarse la sentencia, y así el juez debe mandarles dar de oficio, pues en otro caso será responsable de los perjuicios que puedan resultar.

1248. Anteriormente, contendian los intérpretes sobre si debería hacerse estensivo el requisito de la fianza para poder ejecutar la sentencia de la superioridad confirmatoria de la de remate de primera instancia, cuando se promovía el juicio ordinario. Los que opinaban por la afirmativa se fundaban en que de no ser así, se esponía el ejecutado á perder la cantidad entregada aunque por la sentencia del ordinario se mandase al ejecutante su restitucion, si se negaba á ello por no tener bienes ó por ocultarlos maliciosamente. Los que estaban por la negativa, se apoyaban en que la ley solo habia re-

querido la fianza para que pudiera ejecutarse la sentencia de primera instancia sin perjuicio del deudor y asegurar á este solo del que pudiere experimentar en el juicio ejecutivo, pues respecto del ordinario, podia pedir la intervencion ó el embargo provisional de los bienes del contrario que fueren suficientes para cubrir aquella responsabilidad. Y en efecto, en este sentido ha resuelto esta duda la nueva ley declarando en su art. 976, que la fianza en ningun caso es estensiva al juicio ordinario asi es que confirmada la sentencia por el superior, queda de derecho cancelada. Esta disposicion se funda tambien en considerar el legislador que las dos sentencias de primera y segunda instancia á favor del ejecutante ofrecen suficiente garantia acerca del derecho que le asiste, y en su consecuencia que es probable de otro resultado el juicio ordinario y haya lugar á los inconvenientes espuestos.

1249. Tambien se ejecutará la sentencia de remate condenatoria, cuando apelare de ella el ejecutado y no el ejecutante, pero si se adhiera este á la apelacion dando la fianza mencionada por militar en este caso la misma razon que en el de apelar el actor.

1250. Pero no habrá necesidad de prestar la fianza mencionada cuando notificada la sentencia de remate al ejecutado (como deberá hacerse en el dia con arreglo á la nueva ley que ha abolido la antigua práctica de no notificarse dicha sentencia al ejecutado) déjase este pasar el término que se concede para la apelacion sin hacer uso de ella quedando la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada por no haber apelado tampoco el actor, pues entonces es ejecutiva por su naturaleza. Esta doctrina sentada ya por los autores como escepcion del requisito de la fianza, se halla sancionada en el artículo 977 de la nueva ley, segun el cual, si no se apelare, quedará de derecho consentida la sentencia, sin necesidad de hacer declaracion alguna, y se ejecutará sin exigir fianza.

1251. Ha de ejecutarse la sentencia de remate dando dicha fianza el ejecutante aunque interponga el ejecutado contra ella cualquier recurso de apelacion ó de nulidad, segun sienta la mayoría de los autores, entre ellos Gutierrez, el reformador de Febrero, no obstante decir este último autor que procede lo contrario cuando la sentencia es evidentemente injusta y consta asi de los mismos autos, pues no constando de ellos, no debe ser oido el apelante aunque quiera probarla, antes de hacer la paga, sino que debe pagar y luego usar de su derecho. Gutierrez se apoya en la razon que dan las leyes 2 y 3 del tit. 28, lib. 11 de la Nov. para sentar aquella doctrina, á saber, la de «escusar malicias de los deudores que alegan contra los acreedores escepciones y razones no verdaderas, para alargar las pagas por no pagar lo que verdaderamente deben.» Dichas leyes, continúa este autor, quisieron sin duda que no impidiese la ejecucion de la sentencia ninguna apelacion ni nulidad para ocurrir ó frustrar las cavilidades de los deudores, quienes por retardar ó no hacer los pagos no dejarían de prestar la nulidad ó injusticia si estas impidiesen dicha ejecucion.

1252. Esta opinion es tambien la adoptada por el señor Escriche en su Diccionario, palabra *hincso ejecutivo*, núm. 36. En su consecuencia se ad-

mitirá la apelacion ó recurso de nulidad, pero sin suspender la sentencia de remate. Sin embargo, un ilustrado intérprete de la nueva ley, el señor Ortiz de Zúñiga, opina que cuando se reclama la nulidad, (no de la ejecucion despachada por vicio del título, pues esta la ha tenido ya presente el juez) sino del procedimiento ejecutivo por haberse faltado á algun acto ó actuacion esencial parece razonable y arreglado á derecho que si el juez encuentra fundada la reclamacion del reo ejecutado declara la nulidad, y manda reponer lo actuado al estado que tenian los autos antes del vicio ó defecto cometido, cuya providencia debe ser apelable en ambos efectos, y si por el contrario, no estima justa la declaracion de nulidad y reposicion del proceso, no debe admitirse mas que un efecto.

1253. Respecto de la nulidad decretada por el juez por sí en vista de los autos, dispone el art. 988 de la ley que *la sentencia en que se declare la nulidad de la ejecucion ó no haber lugar á la de remate, es apelable en ambos efectos. Para la admision y sustanciacion de este recurso se seguirán los trámites que para la apelacion de la sentencia de remate, menos los que se refieren á la fianza, esto es, se remitirán los autos al tribunal superior con citacion de ambas partes, segun lo prescrito en el art. 974. De manera que aun cuando el ejecutante ó el ejecutado reclamen contra la sentencia de nulidad, no se repondrán los autos al estado que tenian cuando se infringió la nulidad, hasta que recaiga sentencia de la superioridad revocatoria de la de primera instancia; y aunque se apele de la sentencia que declare no haber lugar á pronunciar la de remate no podrá alzarse el embargo de bienes ni entregarse estos al ejecutado como se hacia anteriormente; lo que tiene por objeto evitar que si se revoca dicha sentencia por la superioridad, y hubiese consumido aquel dichos bienes queda sin cobrar su deuda el ejecutado.*

1254. Si no se apela de la sentencia en que se declaró la nulidad de la ejecucion ó no haber lugar á la sentencia de remate, ó si habiéndose apelado de aquellas, se confirmasen por la superioridad, ó si apelada la sentencia de remate, fue revocada, termina el juicio, alzándose el embargo y depósito y cancelándose la fianza, no habiendo en su consecuencia lugar al procedimiento de apremio como en los demás casos, segun vamos á espresar.

## SECCION V.

## DEL PROCEDIMIENTO DE APREMIO.

1255. El procedimiento ó la via de apremio comprende las breves y rápidas diligencias que tienen por objeto ejecutar la sentencia de remate, ó cualquiera otra definitiva consentida ó ejecutoriada, aunque se pronunciasen por arbitros ó arbitradores, si bien en ellas se procede con las modificaciones que se espresan al tratar de la ejecucion de las sentencias. V. los arts. 856, 891 y 979.

1256. Anteriormente, dada la fianza, para poder ejecutar la sentencia

querido la fianza para que pudiera ejecutarse la sentencia de primera instancia sin perjuicio del deudor y asegurar á este solo del que pudiere experimentar en el juicio ejecutivo, pues respecto del ordinario, podia pedir la intervencion ó el embargo provisional de los bienes del contrario que fueren suficientes para cubrir aquella responsabilidad. Y en efecto, en este sentido ha resuelto esta duda la nueva ley declarando en su art. 976, que la fianza en ningun caso es estensiva al juicio ordinario asi es que confirmada la sentencia por el superior, queda de derecho cancelada. Esta disposicion se funda tambien en considerar el legislador que las dos sentencias de primera y segunda instancia á favor del ejecutante ofrecen suficiente garantia acerca del derecho que le asiste, y en su consecuencia que es probable de otro resultado el juicio ordinario y haya lugar á los inconvenientes espuestos.

1249. Tambien se ejecutará la sentencia de remate condenatoria, cuando apelare de ella el ejecutado y no el ejecutante, pero si se adhiera este á la apelacion dando la fianza mencionada por militar en este caso la misma razon que en el de apelar el actor.

1250. Pero no habrá necesidad de prestar la fianza mencionada cuando notificada la sentencia de remate al ejecutado (como deberá hacerse en el dia con arreglo á la nueva ley que ha abolido la antigua práctica de no notificarse dicha sentencia al ejecutado) déjase este pasar el término que se concede para la apelacion sin hacer uso de ella quedando la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada por no haber apelado tampoco el actor, pues entonces es ejecutiva por su naturaleza. Esta doctrina sentada ya por los autores como escepcion del requisito de la fianza, se halla sancionada en el artículo 977 de la nueva ley, segun el cual, si no se apelare, quedará de derecho consentida la sentencia, sin necesidad de hacer declaracion alguna, y se ejecutará sin exigir fianza.

1251. Ha de ejecutarse la sentencia de remate dando dicha fianza el ejecutante aunque interponga el ejecutado contra ella cualquier recurso de apelacion ó de nulidad, segun sienta la mayoría de los autores, entre ellos Gutierrez, el reformador de Febrero, no obstante decir este último autor que procede lo contrario cuando la sentencia es evidentemente injusta y consta asi de los mismos autos, pues no constando de ellos, no debe ser oido el apelante aunque quiera probarla, antes de hacer la paga, sino que debe pagar y luego usar de su derecho. Gutierrez se apoya en la razon que dan las leyes 2 y 3 del tit. 28, lib. 11 de la Nov. para sentar aquella doctrina, á saber, la de «escusar malicias de los deudores que alegan contra los acreedores escepciones y razones no verdaderas, para alargar las pagas por no pagar lo que verdaderamente deben.» Dichas leyes, continúa este autor, quisieron sin duda que no impidiese la ejecucion de la sentencia ninguna apelacion ni nulidad para ocurrir ó frustrar las cavilidades de los deudores, quienes por retardar ó no hacer los pagos no dejarían de prestar la nulidad ó injusticia si estas impidiesen dicha ejecucion.

1252. Esta opinion es tambien la adoptada por el señor Escriche en su Diccionario, palabra *hincso ejecutivo*, núm. 36. En su consecuencia se ad-

mitirá la apelacion ó recurso de nulidad, pero sin suspender la sentencia de remate. Sin embargo, un ilustrado intérprete de la nueva ley, el señor Ortiz de Zúñiga, opina que cuando se reclama la nulidad, (no de la ejecucion despachada por vicio del título, pues esta la ha tenido ya presente el juez) sino del procedimiento ejecutivo por haberse faltado á algun acto ó actuacion esencial parece razonable y arreglado á derecho que si el juez encuentra fundada la reclamacion del reo ejecutado declara la nulidad, y manda reponer lo actuado al estado que tenian los autos antes del vicio ó defecto cometido, cuya providencia debe ser apelable en ambos efectos, y si por el contrario, no estima justa la declaracion de nulidad y reposicion del proceso, no debe admitirse mas que un efecto.

1253. Respecto de la nulidad decretada por el juez por sí en vista de los autos, dispone el art. 988 de la ley que la sentencia en que se declare la nulidad de la ejecucion ó no haber lugar á la de remate, es apelable en ambos efectos. Para la admision y sustanciacion de este recurso se seguirán los trámites que para la apelacion de la sentencia de remate, menos los que se refieren á la fianza, esto es, se remitirán los autos al tribunal superior con citacion de ambas partes, segun lo prescrito en el art. 974. De manera que aun cuando el ejecutante ó el ejecutado reclamen contra la sentencia de nulidad, no se repondrán los autos al estado que tenian cuando se infringió la nulidad, hasta que recaiga sentencia de la superioridad revocatoria de la de primera instancia; y aunque se apele de la sentencia que declare no haber lugar á pronunciar la de remate no podrá alzarse el embargo de bienes ni entregarse estos al ejecutado como se hacia anteriormente; lo que tiene por objeto evitar que si se revoca dicha sentencia por la superioridad, y hubiese consumido aquel dichos bienes queda sin cobrar su deuda el ejecutado.

1254. Si no se apela de la sentencia en que se declaró la nulidad de la ejecucion ó no haber lugar á la sentencia de remate, ó si habiéndose apelado de aquellas, se confirmasen por la superioridad, ó si apelada la sentencia de remate, fue revocada, termina el juicio, alzándose el embargo y depósito y cancelándose la fianza, no habiendo en su consecuencia lugar al procedimiento de apremio como en los demás casos, segun vamos á espresar.

## SECCION V.

## DEL PROCEDIMIENTO DE APREMIO.

1255. El procedimiento ó la via de apremio comprende las breves y rápidas diligencias que tienen por objeto ejecutar la sentencia de remate, ó cualquiera otra definitiva consentida ó ejecutoriada, aunque se pronunciasen por arbitros ó arbitradores, si bien en ellas se procede con las modificaciones que se espresan al tratar de la ejecucion de las sentencias. V. los arts. 856, 891 y 979.

1256. Anteriormente, dada la fianza, para poder ejecutar la sentencia

de remate, se requería al deudor con el mandamiento de pago, en virtud de escrito que presentaba el acreedor al efecto, para que satisficiera á este la cantidad de la deuda y las costas, y sino lo hacia, se mandaba practicar la tasacion de los bienes embargados por peritos. Segun el art. 979 de la ley de Enjuiciamiento civil, *consentida la sentencia de remate confirmada por el Tribunal Superior, ó dada la fianza en el caso de pedirse su ejecucion, no obstante la apelacion, se hará pago inmediatamente al acreedor de principal y costas, previa tasacion de estas si lo embargado fuere dinero, sueldos, pensiones ó créditos realizables en el acto: si fueren bienes de otra clase, se procederá á su justiprecio por peritos que nombren las partes, cada una el suyo, y tercero en su caso para dirimir la discordia.*

1257. *El tercero será sorteado, desde luego si n esperar á que las partes se pongan de acuerdo sobre su nombramiento, como previene el art. 303 sobre el juicio ordinario, pues en la via de apremio se trata de abreviar el procedimiento: dicho sorteo se verificará entre los seis que paguen mayores cuotas de subsidio, y sino llegasen á seis los peritos que haya en alguna localidad, se hará el sorteo entre los que hubiese, sin recurrir á los pueblos inmediatos como previene el art. 305, para abreviar el procedimiento; si no hubiese ninguno que pague subsidio, el juez nombrará el que haya de practicar el aprecio; art. 980.*

1258. Como el perito tercero pudiera no hallarse dotado de la inteligencia á imparcialidad debida, especialmente, cuando por haber sido designado por la suerte, recayese esta en algun amigo de una de las partes ó enemigo de la otra, dispone el art. 981, *que el perito tercero es recusable y además facultó para hacer la recusacion sin causa, separándose de lo dispuesto en el art. 303 sobre que lo sea con causa, con el fin de evitar las dilaciones consiguientes á la alegacion y prueba de esta, tan perjudiciales en la via de apremio. Cada parte puede recusar dos solamente; art. 982, para evitar el abuso de que se recusara mayor número maliciosamente para causar dilaciones. El término para la recusacion deberá ser el de los dos dias siguientes al en que se hubiese hecho saber el nombre del sorteo ó elegido, segun previene el art. 303.*

1259. *Justipreciados los bienes, se pondrán á pública subasta, esto es, se publicarán que están de venta para que acudan á hacer posturas ó proposiciones acerca de su precio, por ocho dias si fueren alhajas, frutos, semovientes ó muebles, y por veinte si raices, fijándose edictos en los sitios públicos é insertándose en los periódicos oficiales, si los hubiere, en el pueblo en que se siguiere el juicio. Igual insercion se hará en los periódicos del pueblo en que se hallaren situados los bienes embargados. En los edictos se señalarán el dia, hora y sitio del remate, esto es, del acto en que se hacen las posturas y se admiten y declara hecha la venta y adjudicados los bienes al mejor postor. Este acto debe hacerse á presencia del juez y del escribano, y la voz pública. Llegado el dia y hora señalada, la voz pública anuncia los bienes puestos en venta, su tasacion y la última postura ó proposicion admitida para su compra, advirtiendo la hora ó señal en que debe cerrarse el*

remate, para que los licitadores puedan hacer las nuevas posturas á tiempo: cada una de estas que el juez juzgase admisible se anunciará por la voz pública para que pueda mejorarse, y se anotará por el escribano en una diligencia que se llama de remate, dichas proposiciones, que por ofrecer ventaja á las anteriores ó subir el precio se llaman *pujas ó licitaciones*. Llegada la hora marcada ó dada la señal convenida ó de uso por el juez, se declara concluida la subasta y rematados los bienes ó ejecutada su venta en el mejor postor, esto es, en el que ofreciese mayor suma ó mejores condiciones ó mayor utilidad, aunque el precio sea menor. V. la ley 52, tit. 26, Partida 3, ley 52, tit. 5, Part. 5.ª y el art. 985.

Cuando las proposiciones son iguales en cantidad ó ventajosas son preferibles las naturales á los extranjeros si ha de atenderse á la ley 11, título 10 lib. 9 de la Nov. Recop. que establece esta nueva preferencia respecto de los arrendamientos de rentas de la Hacienda, y segun espone el Febrero reformado por el Sr. Goyena, tomo IV, pag. 320.

1260. *En los remates no son admisibles posturas que no cubran las dos terceras partes del abalío de los bienes, para no perjudicar al deudor, obligándole á vender sus bienes á un bajo precio. Cuando ya se hubiesen hecho posturas que llenen este requisito, las que se hiciesen de nuevo deberán ser mas ventajosas que aquellas para que sean admisibles y preferidas.*

1261. *No habiendo postores, esto es, no presentándose nadie á hacer proposiciones ó posturas, no cubriendo estas las dos terceras partes del avalío de los bienes, no se verifica el remate, mas quedará á arbitrio del actor, á quien se dará vista de dicha diligencia, pedir nueva retasa por los mismos peritos ó por otros nuevos, si alguna de las partes lo exigiese ó su adjudicacion en las referidas dos terceras partes; art. 986. Este procedimiento sustituido á la nueva subasta que se repetia anteriormente, ha sido una reforma beneficiosa al deudor, puesto que antes podia salir perjudicado en las nuevas posturas, porque rebajándose el valor de los bienes en la retasa que habia que hacer para la nueva subasta, podian aquellas aunque subiesen los dos tercios de esta, importar menos de las dos terceras partes de la tasacion primera; mas en el dia el acreedor no puede pedir la adjudicacion, sino por valor de las dos terceras partes de la primitiva tasacion. V. la ley 44, tit. 15, Part. 5.*

De cualquiera de estas dos pretensiones del acreedor debe darse traslado al deudor, aunque no dice nada la nueva ley, para que manifieste su conformidad ó las razones que tuviere en contrario, siguiéndose un artículo en este último caso.

Esta adjudicacion ó entrega de los bienes que se hace al acreedor para que se reintegre de su crédito con su importe, puede verificarse en pago ó parte de pago, ó en pretoria. En pago ó *in solutum*, se verifica cuando se confiere la propiedad de dichos bienes al acreedor en pago de lo que le debia el deudor. Cuando se hace á justa tasacion, de manera que si el precio de estos escediese á la cantidad de la deuda, ha de restituir el acreedor el exceso, y si no alcanzase, puede repetir contra los demás bienes del deudor;

leyes 6, tit. 17, Part. 5 y 45, tit. 15, Part. 5. Cuando se tomaren los bienes sin determinacion de precio, dicen Febrero y Gregorio Lopez, que es visto ser por toda la deuda, y darse el acreedor por suficientemente pagado; de suerte que si valen menos, nada puede pedir, salvo si protestase reclamar el déficit, y valiendo mas, devolverá el exceso: mas los reformadores de Febrero opinan que, cuando el deudor y acreedor se convienen en que este tome los bienes embargados por el importe de la deuda, no puede ninguno de ellos reclamar exceso ni falta, porque su intencion ha sido sin duda terminar la obligación definitivamente. Estas encontradas opiniones pueden conciliarse, atendiendo á si el deudor ha consentido en la protesta que hace de reclamar el déficit el acreedor, y este en la que haga el deudor de pedir el sobrante.

Adjudicanse los bienes en *pretoria* cuando se entrega su posesion al adreedor para que vaya cobrándose su crédito con sus productos ó rentas: verificase esta adjudicacion cuando el crédito ó deuda es de poca monta, y los bienes trabados esceden en mucho al importe de este, y tiene por objeto no privar al deudor innecesariamente del dominio de dichos bienes.

1262. Lo dispuesto en el artículo 986, es una escepcion de la prohibicion general impuesta al acreedor espresamente por la ley 44, tit. 15, Partida 5, é implícitamente por la de Enjuiciamiento, para comprar por sí ó por medio de otra persona los bienes embargados por su crédito, sin que dé su consentimiento su dueño; y de que si los comprase, haya de restituirlos con los frutos en cualquiera tiempo que este ó sus herederos le devuelvan el precio que dió, porque como carece de título justo y de buena fe para poseerlos, es nula la venta, y ningun derecho adquiere á lo comprado de esta suerte, ni á sus frutos. Esta prohibicion tiene por objeto evitar fraudes, y que se vendan los bienes por menos precio que el debido.

1265. Si los bienes se dieran en pago al fiador, dice Febrero del deudor, por haber satisfecho la deuda, debe restituirlos este al deudor si le abonare su importe con lo que pagó por él; como asimismo á cualquier acreedor hipotecario, aun cuando el débito de este se haya contraido, no solo despues del primero, sino tambien despues de la fianza y antes de la adjudicacion; pero esta restitucion ha de ser sin frutos por el título que tuvo el fiador para percibirlos, aunque por el contrario, habiéndolos comprado en almoneda, debe hacer la restitucion con ellos por la malicia y falta de buena fe que se presume; leyes 15 y 45, tit. 15, Part. 5, y Febrero reformado al tratar del juicio ejecutivo, núm. 925.

En todo evento, queda obligado el deudor al saneamiento de los bienes que se vendieron como suyos para pagar sus deudas; pero no el acreedor, á menos que se pruebe que al tiempo de la venta, sabia que no eran de aquel y sin embargo, los tomó en pago, ó que al tiempo de la traba, los hubiera señalado para que se hiciera esta en ellos; ley final del tit. 15, Part. 5. Cuando fuese responsable el acreedor, deberá usar contra el deudor de la accion de evicion, pero no de la ejecutiva, porque esta expiró con el pago. V. Febrero en el lugar citado.

1264. El deudor podrá tambien pedir en el dia, como anteriormente, que se adjudiquen los bienes en los casos espuestos al acreedor, á quien deberá darse traslado de esta solicitud, y si consintiese en ello, acceder el juez á que se lleve á efecto.

Tambien podrán el deudor y acreedor renunciar la subasta y convenirse en que se verifique la venta privadamente, á no ser que los bienes ó créditos perteneciesen á menores ó ausentes que pudieran experimentar perjuicio por dicha renuncia.

En los remates que se hacen por la Hacienda pública, cuando no hubiese postor, se deben retasar los bienes y sacarse nuevamente á subasta, segun las reales órdenes de 10 de agosto y 12 de diciembre de 1834.

1265. Si habiéndose verificado el remate, dejara de tener efecto por falta del postor á cuyo favor se hubiese celebrado, como si hubiese habido negligencia, ó falta de medios para realizarlo, se procederá á nueva subasta en la forma que queda establecida. El mismo postor será responsable de la disminucion de precio del segundo remate, y de las costas que se hubiesen causado con este motivo; art. 987; pues justo es que pague los perjuicios causados el que dió motivo á ellos.

1266. El deudor podrá recobrar ó quedarse con sus bienes pagando la deuda, segun se consigna en el art. 984 de la nueva ley, que dice, que antes de verificarse el remate, puede el deudor librar sus bienes pagando principal y costas, puesto que en tal caso, ningun perjuicio hace sufrir al acreedor, y no hay motivo racional para preferir á este ó á otro estaño, entregándole la propiedad de unos bienes que pertenecen y deben pertenecer al deudor, desde el momento en que pagó el crédito, objeto de su enagenacion. De esta facultad se deduce tambien que conservará aun en el dia la que se hallaba admitida por nuestra práctica anterior, de pedir la liquidacion de los productos de bienes embargados, y resultando alcanzar á cubrir el crédito del acreedor, que se apliquen dichas rentas á este objeto, sin necesidad de rematar los bienes, ó que solo se rematen dichos frutos.

1267. Despues de celebrado el remate, se añade en el artículo 984, queda la venta irrevocable. Esta cláusula prohíbe pues, al deudor, librar sus bienes pagando principal y costas despues del remate, lo que tiene por objeto no desvanecer las esperanzas concebidas fundadamente por los compradores; de suerte que se ha abolido el retracto que por costumbre se concedia al deudor para rescatar los bienes rematados, pagando su precio en el término de tres dias, si los bienes eran muebles, y de nueve, si raices, llenando además los requisitos necesarios para retraer.

Algunos intérpretes han dado mas estension á dicha cláusula, creyendo que por ella se han derogado nuestras antiguas disposiciones, que permitian abrir nueva subasta, y admitir mas pujas en los casos siguientes:

1.º Cuando los bienes rematados pertenecen á un menor ó corporacion que goza del beneficio de restitucion *in integrum*, pues presentándose un nuevo postor en el caso de pertenecer los bienes á un menor durante el tiempo de la minoria y cuatro años despues, y en el de pertenecer á una corpo-

racion, durante los cuatro años siguientes á la subasta, ofreciendo *mucho* mas precio, de suerte que *el juez entendiase que es gran pro del mozo*, segun las palabras de la ley 5, tit. 19, Part. 6, previenen las leyes 8, 9 y 10, titulo 19, Part. 6, y la 40, tit. 5, Part. 5, que se abra de nuevo el remate, y se admita la nueva postura, para que se repare el perjuicio que hubiera sufrido el menor.

2.º Cuando los bienes ejecutados son de patrimonio ó abolengo de comuneros ó de superficie, y rematándose en un estraño, se presentan á traerlos el pariente ó condueño, bien sea el mismo deudor ó algun otro, dentro del término legal que se cuenta desde el siguiente al del remate, consignando y depositando su precio y observando los demás requisitos que exigen las leyes para dichos retractos: leyes 55, tit. 5, Part. 5, tit. 13, libro 10, Nov. Recop. La puja que se ofrezca por via de restitution, se ha de hacer saber al sugeto en cuyo favor se habia celebrado el remate, por si quiere los bienes rematados, pues en tal caso, es preferido por el tanto al pujador, y si no los quiere, se han de devolver á la almoneda y rematar en el mejor postor; ley 40, tit. 5, Part. 5, V. el Conde de la Cañada, Part. 1.ª, capítulo 9.

3.º Cuando se rematan rentas reales, pues se deben admitir las pujas del diezmo y medio diezmo, haciéndose dentro de los quince dias siguientes al del remate, y la del cuarto de todo el valor en que está puesta la renta sin descontar *prometidos* dentro de los tres meses próximos al segundo remate, de cuyo privilegio no goza otro alguno, aunque sea de menor edad. V. el tit. 15, lib. 9 de la Recop.

En nuestro juicio, los casos que acabamos de esponer, respecto de los cuales nuestras antiguas leyes facultaban para abrir la subasta de nuevo, deben considerarse subsistentes, no obstante la opinion contraria que llevamos enunciada de algunos intérpretes y la cláusula del art. 984 de la ley nueva; puesto que no se hallan espresamente derogados en ella y que tampoco podria considerarse á una ley de procedimientos con fuerza suficiente para derogar disposiciones, que son hijas ó consecuencias de leyes sobre derecho ó instituciones civiles. Lo mismo debe entenderse de los demás casos que esponemos mas adelante sobre revocacion del remate y que traen nuestros autores, cuya doctrina creemos vigente en el dia ó por lo menos puede servir de grande ilustracion para los casos que ocurran.

Tampoco será irrevocable el remate cuando se hubiese cometido alguna nulidad. Tal sucederia si no hubiese habido en las posturas, pujas y mejoras toda libertad, interviniendo en ellas fraude, dolo, fuerza ó seduccion: en tales casos tiene accion el interesado para pedir la nulidad de dicho remate y que se celebre otro nuevamente ó se le resarzan los daños y perjuicios.

1268. Hállase tambien prohibido comprar los bienes que se venden en almoneda pública al juez que entiende en ella, á sus ministros y al fiador del deudor, siendo nula la venta y teniendo que restituir lo comprado con los frutos en pena del dolo: leyes 4, tit. 14, lib. 5 y 4, tit. 29, lib. 11, Nov.

Recop. Igual prohibicion tienen los guardadores respecto de los bienes de sus menores y el administrador ó albacea, en cuanto á los bienes de sus administrados: ley 1, tit. 12, lib. 10 y 4, tit. 29, lib. 11 de la Nov. Recopilacion. Estas prohibiciones tienen por objeto evitar los perjuicios que pudieran ocasionarse á los deudores, mirando aquellas personas por sus propios intereses, é influyendo en la subasta con la autoridad que les presta su posicion.

1269. Tampoco será irrevocable el remate cuando se verificó con lesion enorme ó enormísima, esto es, vendiéndose los bienes subastados por mas ó menos de la mitad del justo precio, pues puede pedirse se rescinda la anterior venta, verificándose nueva subasta en el término de los cuatro años siguientes al del remate, entregándose los bienes al que mas dé si el rematante no los quiere por el tanto y restituyéndose á este el precio que dió por ellos: ley 56, tit. 5, Part. 5. V. Febrero reformado en el lugar citado núm. 914.

Asimismo, dice el mismo autor, cuando se adjudican al acreedor faltando á las solemnidades legales, asi en la adjudicacion como en la ejecucion y hay lesion en el valor que se dió á los bienes, ó por parte del acreedor se mandó hacer postura en precio ínfimo para tomarlos luego por medio de cesion, si el dador apela de la venta ó adjudicacion como fraudulenta, puede pedir ante el superior la restitution de lo adjudicado ó vendido viciosamente, pagando el precio de la venta ó la cantidad por que fueron adjudicados, y el tribunal superior deferirá revocándolas y muchas veces deferirá sin peticion. Pero se duda cuánto tiempo tiene el deudor para introducir aquella pretension y si ha de ser ó no en frutos la restitution. En órden á lo primero, unos opinan que dentro de dos años, otros que dentro de cuatro y otros que durante un corto plazo desde la celebracion del remate, plazo que en el dia parece no deberá ser mas que el concedido por la ley para interponer la apelacion ó reclamar de nulidad en su caso. Respecto á lo segundo, tampoco están conformes los autores, siendo la opinion mas general, que debe dejarse al arbitrio del juez para que provea lo mas conveniente, atendidas las circunstancias del caso, ó si hubo buena ó mala fe por parte del comprador.

1270. Aun puede recobrar el deudor sus bienes despues de vendidos estos á un estraño con todas las solemnidades legales; si el deudor apela de la sentencia de remate y esta se revoca ó si vence al ejecutante en el juicio ordinario. En este caso, aunque los bienes se hubieran entregado al ejecutante, debe restituirlos, si los tuviere, con sus frutos si tuvo mala fe, ó sin ellos si la fuese buena. No teniendo el ejecutante los bienes, sino terceras personas, es la opinion mas general que solo está obligado á restituir su precio al ejecutado, con las costas é indemnizacion de perjuicios, pero si los terceros estaban en mala fe, sabiendo que dichos bienes tenian algun vicio, puede el ejecutante ó el deudor obtener los mismos bienes, debiendo aquel restituirlos á este, indemnizando á los terceros del precio que dieron por ellos, pues á estos les asiste el derecho para reclamarlo. Si los bienes son

de menor y le conviene mas poseerlos que obtener su precio, dice Febrero, que se le deben entregar, restituyéndosele aunque los haya comprado un tercero con buena fe.

1271. *Verificado el remate, lo aprobará el juez en el mismo acto, no teniendo ya lugar en el dia la vista que de él se daba al acreedor y al deudor por tres dias á cada uno, ni la audiencia de los interesados con el fin de evitar dilaciones, y mandará si fuesen alhajas, frutos, bienes-muebles ó semovientes, que se haga entrega de ellos al comprador, previa la consignacion de su precio. Si fueren raices, dispondrá la entrega de los títulos de propiedad al comprador para su reconocimiento por el término que á su juicio requieran su estension y volúmen, con el objeto de que se asegure el comprador de si en efecto son legítimos y justifican suficientemente el dominio y propiedad de aquellos respecto del deudor y de sus anteriores adquirentes: art. 988.*

1272. *Pasado este término y suplidos cualesquiera defectos que en los títulos se hubieren encontrado, á costa del ejecutado, ó resultando que no hay que suplir defecto alguno, mandará el juez que se otorgue la oportuna escritura á favor del comprador, hecha á nombre del deudor, previa la consignacion del precio que hará el comprador. Si el deudor no se prestase al otorgamiento de la escritura, podrá apremiársele á ello, y la hará el mismo juez de oficio, pues de nada serviría el procedimiento ejecutivo, si por negarse á otorgar la escritura de venta de los bienes ejecutados, no podia verificarse esta por la inseguridad en que quedaba el comprador respecto de su adquisicion: art. 989. Estas disposiciones sancionan la doctrina anterior sobre esta materia. Celebrado el remate de los bienes ejecutados, dice Febrero, con la justificacion y las solemnidades legales, y aceptado por el postor, segun debe practicarse, no se puede ya abrir, ni de consiguiente admitir puja, y queda tan firme é indisoluble como si el mismo dueño de la cosa rematada la vendiera por contrato voluntario, puesto que el juez hace las veces de aquel y la ley le autoriza para ello y para otorgar en su nombre la venta. Por lo mismo, puede ser compelido el postor en via ejecutiva y por todo el rigor de derecho á cumplir la postura que hizo y la obligacion que contrajo: ley 4, tit. 1, lib. 10, Nov. Recop. y á aprontar el precio líquido en dinero y no en censo, réditos ni otra cosa, porque es para pagar á los acreedores.*

*Otorgada la escritura y consignado el precio, pondrá el juez en posesion de los bienes rematados al comprador: art. 980.*

1273. *Si las sumas consignadas fuesen notoriamente inferiores á las que hayan sido objeto de la ejecucion, se hará entrega de ellas al actor en el mismo dia en que la consignacion se haya verificado, quedando á este á salvo su derecho para pedir que se amplíe el embargo á mas bienes del deudor para cobrar lo restante de su crédito. Si escudieran, se mandará practicar liquidacion, y ejecutada que sea, se hará entrega al mismo actor de lo que resulte tener derecho á percibir. El resto quedará á disposicion del deudor, si no se hallare retenido á instancia de otro deudor, como podria*

suceder, puesto que pueden haberse despachado varias ejecuciones á un mismo tiempo; art. 991.

1274. *En la ejecucion deberán comprenderse todas las costas posteriores á la sentencia de remate, que siempre serán de cargo del deudor, porque fue quien las causó, dando lugar al juicio ejecutivo por negarse á pagar al acreedor: art. 992.*

1275. Como el objeto preferente y principal del juicio ejecutivo es que el acreedor á cuya instancia se promueve logre la satisfaccion de su crédito, dispone la nueva ley en su artículo 993, que sin estar reintegrado completamente el ejecutante, no podrán aplicarse sumas realizadas á ningun otro objeto que no haya sido declarado preferente por ejecutoria, y en el 994, que las costas causadas para la defensa del deudor en el juicio ejecutivo, no tendrán en ningun caso preferencia sobre el pago de la cantidad á que ascienda el crédito del ejecutante; de manera que solo podrá atenderse á aquellas con el residuo que hubiere.

1276. Cuando se hiciere pago al acreedor, consignándole los bienes, dice Febrero que si son raices ha de otorgarse á su favor á nombre del deudor, obligándole á la evicion y saneamiento la correspondiente escritura de adjudicacion, equivalente en sus fórmulas y firmeza á la de venta, con solo la diferencia en la introduccion que dice: *adjudicado en pago*, en vez de *vendo*, con que empieza la de venta; y si no sabe firmar el deudor, lo hará por él uno de los testigos instrumentales como si la otorgara aquel. Si son muebles los bienes ó semovientes, basta para seguridad del acreedor el despacho ó testimonio de adjudicacion que espedirá el escribano con insercion del auto en que este se hace y diligencias de embargo y tasacion; porque como los bienes muebles perecen fácilmente, es escusado formalizar escritura que haya de protocolizarse.

## SECCION VI.

## DE LAS TERCERÍAS.

1277. Por *tercería* se entiende la accion ó pretension que opone una persona en un juicio entablado por dos ó mas litigantes, diferente de las pretensiones de estos, y tambien se da aquel nombre al procedimiento que se sigue con motivo de la nueva oposicion. Haciendo aquella persona el papel de un tercero entre el demandante y el demandado, y oponiéndose á las pretensiones de alguno de ellos, se le llama *tercer opositor*.

1278. Las tercerías pueden proponerse tanto en el juicio ejecutivo como en el ordinario y demás, si bien son mas comunes en el primero.

1279. El tercer opositor puede ser en primer lugar de dos clases, *coadyuvante*, que es el que se presenta apoyando la accion ó derecho de alguno de los litigantes, bien sea el del ejecutante ó el del ejecutado, por tener algun interés comun con él, y *escluyente* que es el que reclama un derecho esclusivo ó peculiar suyo que se ópone á los del actor y del demandado.

Los *oposidores escluyentes* se distinguen en dos clases, á saber: *de domi-*

de menor y le conviene mas poseerlos que obtener su precio, dice Febrero, que se le deben entregar, restituyéndosele aunque los haya comprado un tercero con buena fe.

1271. *Verificado el remate, lo aprobará el juez en el mismo acto, no teniendo ya lugar en el dia la vista que de él se daba al acreedor y al deudor por tres dias á cada uno, ni la audiencia de los interesados con el fin de evitar dilaciones, y mandará si fuesen alhajas, frutos, bienes-muebles ó semovientes, que se haga entrega de ellos al comprador, previa la consignacion de su precio. Si fueren raices, dispondrá la entrega de los títulos de propiedad al comprador para su reconocimiento por el término que á su juicio requieran su estension y volúmen, con el objeto de que se asegure el comprador de si en efecto son legítimos y justifican suficientemente el dominio y propiedad de aquellos respecto del deudor y de sus anteriores adquirentes: art. 988.*

1272. *Pasado este término y suplidos cualesquiera defectos que en los títulos se hubieren encontrado, á costa del ejecutado, ó resultando que no hay que suplir defecto alguno, mandará el juez que se otorgue la oportuna escritura á favor del comprador, hecha á nombre del deudor, previa la consignacion del precio que hará el comprador. Si el deudor no se prestase al otorgamiento de la escritura, podrá apremiársele á ello, y la hará el mismo juez de oficio, pues de nada serviría el procedimiento ejecutivo, si por negarse á otorgar la escritura de venta de los bienes ejecutados, no podia verificarse esta por la inseguridad en que quedaba el comprador respecto de su adquisicion: art. 989. Estas disposiciones sancionan la doctrina anterior sobre esta materia. Celebrado el remate de los bienes ejecutados, dice Febrero, con la justificacion y las solemnidades legales, y aceptado por el postor, segun debe practicarse, no se puede ya abrir, ni de consiguiente admitir puja, y queda tan firme é indisoluble como si el mismo dueño de la cosa rematada la vendiera por contrato voluntario, puesto que el juez hace las veces de aquel y la ley le autoriza para ello y para otorgar en su nombre la venta. Por lo mismo, puede ser compelido el postor en via ejecutiva y por todo el rigor de derecho á cumplir la postura que hizo y la obligacion que contrajo: ley 4, tit. 1, lib. 10, Nov. Recop. y á aprontar el precio líquido en dinero y no en censo, réditos ni otra cosa, porque es para pagar á los acreedores.*

*Otorgada la escritura y consignado el precio, pondrá el juez en posesion de los bienes rematados al comprador: art. 980.*

1273. *Si las sumas consignadas fuesen notoriamente inferiores á las que hayan sido objeto de la ejecucion, se hará entrega de ellas al actor en el mismo dia en que la consignacion se haya verificado, quedando á este á salvo su derecho para pedir que se amplíe el embargo á mas bienes del deudor para cobrar lo restante de su crédito. Si escudieran, se mandará practicar liquidacion, y ejecutada que sea, se hará entrega al mismo actor de lo que resulte tener derecho á percibir. El resto quedará á disposicion del deudor, si no se hallare retenido á instancia de otro deudor, como podria*

sucedor, puesto que pueden haberse despachado varias ejecuciones á un mismo tiempo; art. 991.

1274. *En la ejecucion deberán comprenderse todas las costas posteriores á la sentencia de remate, que siempre serán de cargo del deudor, porque fue quien las causó, dando lugar al juicio ejecutivo por negarse á pagar al acreedor: art. 992.*

1275. Como el objeto preferente y principal del juicio ejecutivo es que el acreedor á cuya instancia se promueve logre la satisfaccion de su crédito, dispone la nueva ley en su artículo 993, que sin estar reintegrado completamente el ejecutante, no podrán aplicarse sumas realizadas á ningun otro objeto que no haya sido declarado preferente por ejecutoria, y en el 994, que las costas causadas para la defensa del deudor en el juicio ejecutivo, no tendrán en ningun caso preferencia sobre el pago de la cantidad á que ascienda el crédito del ejecutante; de manera que solo podrá atenderse á aquellas con el residuo que hubiere.

1276. Cuando se hiciere pago al acreedor, consignándole los bienes, dice Febrero que si son raices ha de otorgarse á su favor á nombre del deudor, obligándole á la evicion y saneamiento la correspondiente escritura de adjudicacion, equivalente en sus fórmulas y firmeza á la de venta, con solo la diferencia en la introduccion que dice: *adjudicado en pago*, en vez de *vendo*, con que empieza la de venta; y si no sabe firmar el deudor, lo hará por él uno de los testigos instrumentales como si la otorgara aquel. Si son muebles los bienes ó semovientes, basta para seguridad del acreedor el despacho ó testimonio de adjudicacion que espedirá el escribano con insercion del auto en que este se hace y diligencias de embargo y tasacion; porque como los bienes muebles perecen fácilmente, es escusado formalizar escritura que haya de protocolizarse.

## SECCION VI.

## DE LAS TERCERÍAS.

1277. Por *tercería* se entiende la accion ó pretension que opone una persona en un juicio entablado por dos ó mas litigantes, diferente de las pretensiones de estos, y tambien se da aquel nombre al procedimiento que se sigue con motivo de la nueva oposicion. Haciendo aquella persona el papel de un tercero entre el demandante y el demandado, y oponiéndose á las pretensiones de alguno de ellos, se le llama *tercer opositor*.

1278. Las tercerías pueden proponerse tanto en el juicio ejecutivo como en el ordinario y demás, si bien son mas comunes en el primero.

1279. El tercer opositor puede ser en primer lugar de dos clases, *coadyuvante*, que es el que se presenta apoyando la accion ó derecho de alguno de los litigantes, bien sea el del ejecutante ó el del ejecutado, por tener algun interés comun con él, y *escluyente* que es el que reclama un derecho exclusivo ó peculiar suyo que se ópone á los del actor y del demandado.

Los *oposidores escluyentes* se distinguen en dos clases, á saber: *de domi-*

nio, que son los que alegan ser suyos los bienes en que se hace la ejecucion para que se desembarguen y se les entreguen, y de mejor derecho, que son los que pretenden ser su crédito preferente al del ejecutante y en su consecuencia, que se les pague antes que este.

1280. Los terceros opositores coadyuvantes, no son verdaderos opositores en el rigor de esta palabra, porque teniendo un mismo interés que el actor ó demandado, se identifican con este y se une su reclamacion con aquella á que coadyuvan, sustanciándose juntamente con esta que sigue el mismo curso que si no se hubiese presentado la tercería, formando una sola representacion ó parte las dos personas que se presentan como actores ó demandados y dándose únicamente al contrario traslado de lo que alegase el tercero para que se haga cargo de su contenido y pueda rebatirlo, pero sin suscitarse ninguna cuestion ni procedimiento alguno nuevo. V. la ley 17, título 2, lib. 11, de la Nov. Recop. Y por eso la ley de Enjuiciamiento no se hace cargo de estas tercerías en el juicio ejecutivo, sino solo de las escluyentes.

Y en efecto, en su artículo 995 previene que *las tercerías que se deduzcan en los juicios ejecutivos, han de fundarse en el dominio de los bienes embargados ó en mejor derecho que el ejecutante á ser reintegrado.*

1281. Los terceros opositores, de cualquier clase que sean, deben formalizar su oposicion ante el mismo juez que conoce del juicio ejecutivo, por ser la tercería un caso de acumulacion, y el juez está obligado á admitirla, cualquiera que sea el estado en que se halle el pleito, con tal de que no esté hecho el pago al ejecutante con el producto de los bienes vendidos, ó con la adjudicacion, ó dado al comprador la posesion de estos; pues hallándose terminado este juicio, en tal caso, solo podrá el opositor de dominio usar de su accion reivindicatoria contra el tenedor de sus bienes, y el opositor de mejor derecho deberá esperar á que el deudor adquiera mas bienes para usar de su accion contra ellos. El juez deberá admitir dichas tercerías aunque estuviere prescrita la accion ó título ejecutivo en que se funden, con tal que no lo esté el derecho de pedir en la vía ordinaria, como dice Febrero, porque en todo caso se espusiera á perder su accion, además de que debiendo sustanciarse las tercerías en juicio ordinario, segun diremos, basta que la accion en que se funden tenga este carácter para que se admitan.

1282. *Las tercerías se sustanciarán con el ejecutante y el ejecutado:* art. 998 de la ley, pues ambos tienen interés en combatir la pretension del opositor, el primero para que subsista el embargo en los bienes y se le pague su crédito con preferencia al de este, y el segundo para que no se reconozca contra él un nuevo derecho, accion ó crédito.

Sin embargo, para que tenga lugar respecto del ejecutante el procedimiento que se sigue con motivo de la tercería, es necesario que el deudor no tenga bienes suficientes para cubrir los créditos del ejecutante y del tercero, pues teniéndolos, cada uno cobrará lo que le corresponda sin necesidad de contender sobre la preferencia de sus créditos. V. las leyes 5, tit. 27, Partida 5 y 11, y 12 tit. 14, Part. 5, y el art. 587 de la ley de Enjuiciamiento mercantil.

1283. Segun la práctica anterior, se suspendia el curso de la ejecucion.

1.º Cuando el opositor escluyente de dominio acreditaba legal y sumariamente que los bienes ejecutados seran suyos, en cuyo caso se le entregaban y luego se procedia contra los demás del ejecutado; pero si no podia justificar sumariamente el dominio, se desestimaba la oposicion y se mandaba al tercero que usase en forma de su derecho, ó se le admitia aquella por la vía ordinaria en ramo separado, continuándose mientras tanto los procedimientos ejecutivos y dándose al opositor la caucion correspondiente.

2.º Cuando se presentaba la mujer reclamando, ya sus bienes dotales estimados ó inestimados, ya los para frenales ó estradotales que la habian sido embargados al marido, ya la preferencia de su credito dotal por razon de la hipoteca privilegiada que tiene sobre los bienes de su esposo, y ya finalmente la prelacion de su crédito estradotal á causa de la prioridad de tiempo ó por la hipoteca tácita que tiene para el efecto, en los bienes de aquel, pues en cualquiera de estos casos, aunque no manifestase instrumento que trajera aparejada ejecucion, se suspendia el juicio ejecutivo hasta que se decidia en ordinario, quién tenia mejor derecho, si la mujer ó el ejecutante: ley 16, título 28, lib. 11, Nov. Recop., y Curia Filipica, parte 2, párrafos 15 y 16, número 11.

3.º Cuando se presentaba un opositor alegando un crédito preferente, por medio de un instrumento que traia aparejada ejecucion; pero sino manifestaba documento de esta clase, debia usar de su accion en la vía ordinaria y seguirse la ejecucion, haciendo pago al ejecutante, previas fianzas de volver y restituir lo que se juzgare y sentenciase en aquella, porque la variacion del juicio fue para proceder y no para decidir: ley 6, tit. 16, Part. 3.ª

1284. La ley de Enjuiciamiento mercantil en su art. 582, dispuso, que si el derecho deducido por el tercero fuese de dominio ó por dote inestimada, se sustanciara brevemente esta oposicion y probando aquellos extremos, se declarase haber lugar á la tercería, entregándose al opositor los bienes que se hubiesen declarado pertenecerle, quedando al ejecutante su derecho para usarle segun le conviniere contra los demás embargados ú otros del deudor. Y en cuanto á la sustanciacion de la tercería que se fundare en la calidad preferente del crédito del opositor, dispuso en el art. 585 que se formara ramo separado, sin distinguir el caso de que se presentase ó no instrumento que trajera aparejada ejecucion, siguiendo sus trámites la vía ejecutiva en la pieza principal hasta la venta de los bienes embargados, cuyo producto se depositará para entregarse al acreedor que obtuyera la preferencia en la tercería.

La instruccion de 30 de setiembre de 1855 previno, que cuando se presentase opositor de dominio, se confiriere traslado al actor y reo para que lo evacuaran en el término de seis dias, pasados los cuales, se recibiese la tercería á prueba por el plazo ordinario.

Estas disposiciones tenian por objeto evitar que si se decidia la contienda á favor del opositor, quedará el derecho de este ilusorio, si por haberse seguido el juicio ejecutivo, y entregándose los bienes embargados ó su valor

al ejecutante, se negaba este á restituirlos, alegando haberlos ya consumido. Pero al querer evitar este escollo se tocaba en el de dilatar el procedimiento y resultado del juicio ejecutivo, cuya principal utilidad consiste en su pronta terminacion.

1285. La nueva ley de Enjuiciamiento ha logrado evitar ambos inconvenientes, disponiendo siga el procedimiento ó los efectos del juicio ejecutivo solamente hasta aquel periodo ó estado del juicio en que en cada caso pudiera causar su seguimiento perjuicios atendibles.

Por esto, pues, previene primeramente en la segunda parte del artículo 993 que *ni las tercerías de dominio ni las de mejor derecho suspenden el juicio ejecutivo y deben sustanciarse en pleza separada y en juicio ordinario*, puesto que en dichas tercerías se trata de declarar un derecho cual es, si los bienes pertenecen ó no al tercer opositor ó si su crédito es preferente al del ejecutante; á cuyo carácter de la tercería no obsta que esta se funde en un título ejecutivo, pues como dice muy bien el señor Rodriguez en sus *Instituciones prácticas*, esta fuerza ó cualidad la tendrá solo respecto del demandado, pero no del actor á quien no pueden perjudicar las obligaciones que aquel hubiese contraído: dicho juicio ordinario será el de mayor ó menor cuantía según importare el derecho del opositor.

Sin embargo, cuando ocurren dos ó tres terceros opositores, como sería embarazoso seguir con cada uno de ellos un juicio aparte sobre la calificación y preferencia de sus créditos, se practicaba anteriormente, como mas breve, seguir con todos los opositores un juicio ordinario graduando en una sentencia sus créditos; pero en tal caso parece mas natural seguir un juicio de concurso de acreedores.

1286. Si la tercería deducida fuese de dominio, consentida ó ejecutoriada que sea la sentencia de remate, se suspenderán los procedimientos de apremio hasta que se decida sobre ella; art. 996. De esta suerte no se suspende el juicio ejecutivo mientras sus diligencias no puedan perjudicar al opositor, sino solamente en el periodo en que, debiendo procederse á vender los bienes y á hacer pago con su importe al acreedor, podría suceder que si se declaraba en el juicio ordinario pertenecer aquellos al opositor no pudieran entregársele por haberlos consumido el ejecutante. Consecuencia de esta disposición es, que si se apelare de la sentencia de remate, tendrá lugar la apelacion en ambos efectos, sin que pueda seguirse el procedimiento de apremio y la alzada á la vez, aunque el actor diere fianza bastante á responder de lo que en virtud de este pudiera percibir y condenársele á devolverlo, si en el juicio ordinario que sigue con el opositor se declarare pertenecer á este los bienes embargados.

1287. Mas la suspension que ordena el art. 996, no tiene lugar si se hubiesen embargado ó embargaren bienes no comprendidos en la tercería de dominio, pues en tal caso, como que no existe la contingencia de que puedan declararse de la propiedad del opositor, podrán continuar contra ellos los procedimientos ejecutivos y de apremio, no obstante la tercería; artículo 1000.

1288. Si la tercería fuese de mejor derecho, seguirá los procedimientos de apremio hasta la realizacion de los bienes embargados, esto es, hasta el remate y venta de dichos bienes, consignacion del precio y otorgamiento de la escritura á favor del comprador, pero suspendiéndose el pago ó entrega del precio al ejecutante hasta que se decida quién de él ó del opositor tiene mejor derecho; art. 997. En tal caso se depositará el producto de la venta de dichos bienes, según dispone el art. 585 de la ley de Enjuiciamiento mercantil, para entregar al acreedor que obtenga la preferencia en la tercería.

Las razones porque no se suspende la venta de los bienes embargados, en este caso como en el anterior, las hallamos espuestas mejor que pudiéramos hacerlo nosotros por el señor conde de la Cañada, quien al sentar en sus *Instituciones prácticas sobre los juicios civiles* esta doctrina dice lo siguiente:

«La venta de dichos bienes no perjudica á los acreedores ú opositores, y así no tienen interés en detenerla, antes bien con ella se habilita su mas pronto y ejecutivo pago en el precio que debe depositarse en persona llana y abonada; pues aunque el señor Salgado en la parte 4.<sup>a</sup> de reg. cap. 8, número 63, conviniendo en que pueden venderse los bienes, cuando el tercero funda su pretension en la preferencia de su crédito, es de dictámen que el precio de ellos se entregue al acreedor, á cuya instancia se libró la ejecucion, dando caucion depositaria de responder al acreedor de mejor derecho; en esta última parte se desvian los tribunales de su observancia, y proceden á depositar el precio en persona abonada que no tenga interés en el pleito, evitando por este medio que el acreedor que reciba el dinero, aunque con la caucion depositaria indicada, no dilate el pleito maliciosamente.

»En un solo caso, decia el señor conde de la Cañada discurrendo con arreglo á la legislacion y prácticas anteriores á la ley de Enjuiciamiento civil, podrá tener lugar la doctrina de Salgado, y es cuando atendidas las recomendables circunstancias del crédito, de cuya ejecucion y paga se trata, y las de aquellos que producen los terceros, se percibe á primera reflexion la preferencia de aquel, y que no podrá superarse por los posteriores acreedores; y con solo este conocimiento instructivo condesciende el juez á entregar la cantidad del crédito con la indicada reserva y precaucion de que sea sin perjuicio de acreedor de mejor derecho; pues con la caucion que presta queda siempre sujeto al mismo juicio, logra el beneficio que le puede producir el dinero que recibe, no se presume que usará de maliciosas dilaciones en el pleito por el buen derecho que ha manifestado, y los demás acreedores no sufren perjuicio alguno ni aun en la dilacion de su pago, porque nunca se les haria hasta la sentencia definitiva, y lo mas que podrian desear sería que se depositase el producto de los bienes vendidos al deudor, cuya seguridad queda precavida por el medio equivalente de la caucion y fianza que da el acreedor, que en los términos esplicados se presenta con mayor preferencia.» No obstante lo fundado de esta doctrina, no parece admisible en el dia, en vista de la disposicion terminante del art. 997 de la nueva ley.

1289. Si ejecutando un acreedor al deudor, despues de cumplido el plazo de la escritura, se presenta otro acreedor de igual clase, cuyo crédito es anterior en la obligacion, pero posterior en el plazo señalado para el pago y disputare sobre la preferencia, la obtendrá el primero en la obligacion, no obstante ser el último en el tiempo, en caso que el deudor sea sospechoso de fuga, ó carezca de bienes suficientes para satisfacer á los dos, ó vaya consumiendo su patrimonio, porque como tiene causa legitima para pedir su débito antes del plazo, y la obligacion es anterior á la del otro, se entiende haber espirado este, y se retrotrae la obligacion al dia en que aquel se contrajo.

1290. Considerándose la demanda de tercería como una ordinaria, puesto que segun el art. 995 ha de sustanciarse en este juicio, deberá contener los requisitos que requiere la ley para las demandas del juicio ordinario, é ir acompañada de los documentos en que se funde, con arreglo á los art. 224 y 225 de la ley.

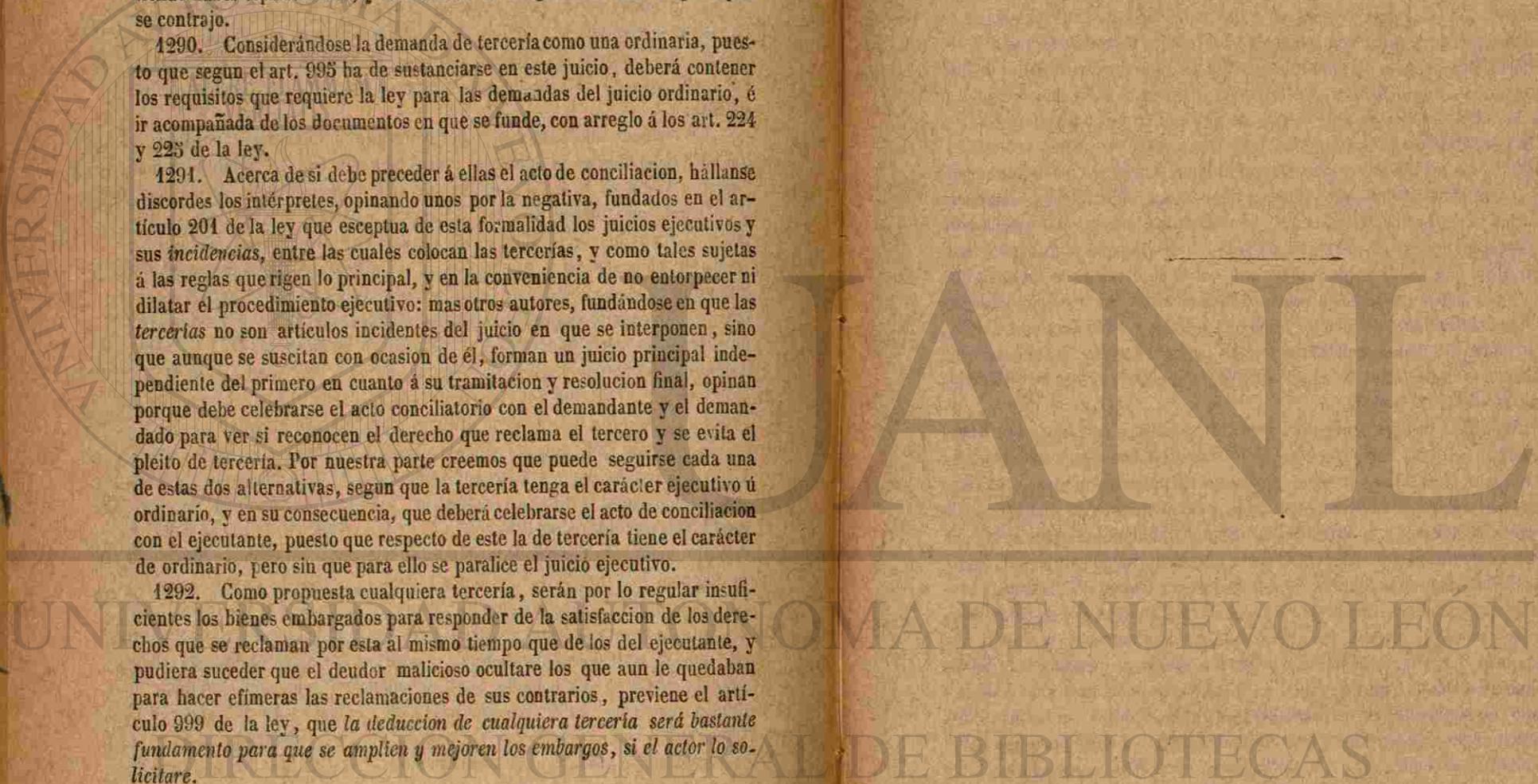
1291. Acerca de si debe preceder á ellas el acto de conciliacion, hállanse discordes los intérpretes, opinando unos por la negativa, fundados en el artículo 201 de la ley que esceptua de esta formalidad los juicios ejecutivos y sus *incidencias*, entre las cuales colocan las tercerías, y como tales sujetas á las reglas que rigen lo principal, y en la conveniencia de no entorpecer ni dilatar el procedimiento ejecutivo: mas otros autores, fundándose en que las *tercerías* no son artículos incidentes del juicio en que se interponen, sino que aunque se suscitan con ocasion de él, forman un juicio principal independiente del primero en cuanto á su tramitacion y resolucion final, opinan porque debe celebrarse el acto conciliatorio con el demandante y el demandado para ver si reconocen el derecho que reclama el tercero y se evita el pleito de tercería. Por nuestra parte creemos que puede seguirse cada una de estas dos alternativas, segun que la tercería tenga el carácter ejecutivo ú ordinario, y en su consecuencia, que deberá celebrarse el acto de conciliacion con el ejecutante, puesto que respecto de este la de tercería tiene el carácter de ordinario, pero sin que para ello se paralice el juicio ejecutivo.

1292. Como propuesta cualquiera tercería, serán por lo regular insuficientes los bienes embargados para responder de la satisfaccion de los derechos que se reclaman por esta al mismo tiempo que de los del ejecutante, y pudiera suceder que el deudor malicioso ocultare los que aun le quedaban para hacer efimeras las reclamaciones de sus contrarios, previene el artículo 999 de la ley, que *la deducción de cualquiera tercería será bastante fundamento para que se amplien y mejoren los embargos, si el actor lo solicitare.*

1293. Si de los embargos practicados resultaren bienes suficientes para atender á las reclamaciones de ambos deudores, deberá desistirse de la contienda sobre tercería ó preferencia en el pago por ser ya inútil, segun espusimos. Asimismo, cuando el ejecutado tenga mas bienes que aquellos á los que se presenta la oposicion, convendrá, segun dice Febrero, que los letrados del tercer opositor dirijan sus reclamaciones contra aquellos, huyendo

de entrar en un litigio cuyo éxito siempre es incierto, mucho mas cuando puede intentarse este medio sin perjuicio de continuar el pleito de tercería si no pudiere conseguirse de otro modo la cobranza.

De la segunda instancia en el juicio ejecutivo se tratará en el título de las apelaciones.



## TITULO X.

## De los embargos preventivos.

1294. Por *embargo preventivo* se entiende, la retencion, ocupacion ó depósito que se verifica interinamente del todo ó parte de los bienes del deudor ó otra persona de quien se teme fundadamente los oculte ó disipe, prohibiéndole que disponga de ellos, para que sirvan de responsabilidad ó para atender á las reclamaciones que va á presentar en juicio el acreedor ó quien tiene derecho contra aquellas personas ó sobre sus bienes.

1295. La ley de Enjuiciamiento civil llama *preventivo* á este embargo, porque previene ó evita que eluda el deudor sus obligaciones, haciendo alusorios los derechos del acreedor: el reglamento provisional para la administracion de justicia en su art. 27 y la ley de Enjuiciamiento mercantil en su titulo 9 lo califican de *provisional*, por el caracter de interinidad que tiene, pues solo subsiste hasta que se decide en el juicio correspondiente sobre las reclamaciones del deudor ó derechos de los contendientes. La ley 1, tit. 9, Part. 3 le llama secuestro y fiabilidad por la confianza y fidelidad que supone en el depositario. V. el art. 7 de la ley de 30 de agosto de 1836 y los números 1300, 1305 y 1306.

1296. Esta medida prudente y previsora se hallaba consignada en nuestras antiguas leyes, con expresion de los casos en que debia aplicarse. La ley 1, tit. 9, Part. 3 ordena el secuestro en los casos siguientes: 1.º Cuando la cosa sobre que se litiga es mueble y se teme que el demandado la transporte, empeore ó malbarate. 2.º Cuando habiéndose dado sentencia definitiva contra el poseedor de la cosa litigiosa, apela este de ella y hay sospecha de que se malbarataran ó disiparan sus frutos. 3.º Cuando el marido disipa sus bienes, de suerte que se reduce á pobreza por su culpa, pues entonces puede pedir la mujer al juez que le haga entregar su dote y demás que le pertenezca ó que los ponga en poder de persona fiel que los administre y dé los frutos de ellos. 4.º Cuando un hijo, preterido ó desheredado injustamente por su ascendiente legítimo, pide á su hermano instituido heredero, la legítima que le toca, trayendo él á colacion lo que habia recibido del ascendente, y dando fiadores sobre esto, pues entonces, el juez debe señalar un plazo para que se verifique la colacion, poniendo entre tanto en secuestro la parte que le corresponde como legítima. Asimismo, segun se ve en la nota 4 del tit. 24, lib. 11 de la Nov., solia practicarse, cuando dos ó mas litigaban sobre la tenuta de un mayorazgo, pues se ponian en secuestro los bienes de este hasta la decision del pleito. Además, se procedia al embargo, cuando habia recelo de que podian llegar las partes

á las armas, como apunta el señor Eseriche en su *Diccionario* art. *Secuestro*. Por último, el reglamento provisional para la administracion de justicia facultó á los jueces de paz para efectuar el embargo y aun antes de proceder al acto conciliatorio, puesto que dispuso, que si la demanda propuesta ante ellos fuese sobre retencion de efectos de un deudor que intentara sustraerlos, ó sobre algun otro punto de igual urgencia y el actor pidiera que desde luego se proveyera provisionalmente para evitar los perjuicios de la dilacion, se hiciera asi, sin retraso y se procediera inmediatamente al juicio de paz.

Dicho embargo podia evitarse no obstante, en los juicios ordinarios, dando la fianza de estar á derecho, que se exigia al litigante que no tenia arraigo. V. las leyes 41, tit. 2, Part. 3 y 5, tit. 11, lib. 10 Novísima Recopilacion.

1297. La ley de Enjuiciamiento civil ha adoptado las disposiciones y práctica espuestas, con las adiciones y reformas que aconsejaba la experiencia, para evitar los abusos que anteriormente se observaban, y que espondremos en su lugar respectivo. Mas antes creemos deber apuntar la duda suscitada por algunos intérpretes sobre si la nueva ley limita dichos embargos al caso de referirse á una demanda ejecutiva ó si los estiende tambien á los en que se tenga por objeto prevenir los efectos de la ocultacion ó enagenacion de los bienes que se reclamen por una demanda real ordinaria y demás que no traen aparejada ejecucion. A la duda sobre si se limitan al juicio ejecutivo ha dado lugar, 1.º el observarse esta limitacion en la ley de Enjuiciamiento mercantil, tit. 9 sobre el cual está calcado el tit. 19 de la ley civil que versa sobre estos embargos, y 2.º la circunstancia de haberse colocado este titulo de la ley civil antes del 20 que trata del juicio ejecutivo, como si se quisiera que le sirviese de preliminar ó de un procedimiento prévio; y por eso para evitar este inconveniente hemos juzgado oportuno tratar en esta obra de los embargos provisionales con posterioridad al juicio ejecutivo, y asimismo por referirse aquel procedimiento á varias de las disposiciones de este de que viene á ser como un compendio. Pero tales reparos desaparecen con solo observar, que el art. 932 de la ley civil faculta para proceder al embargo preventivo, aunque el titulo que se presentase no fuese ejecutivo; el 933 para practicarlos en cosas determinadas, con la que sin duda se refiere á las acciones reales, y que el 939 permite que la ratificacion del embargo se haga en el juicio correspondiente, sin ceñirse solo como el art. 378 de la ley mercantil, al ejecutivo. Así pues, el embargo preventivo es un procedimiento preliminar que se practica, una medida de precaucion que se toma, tanto respecto del juicio ejecutivo, como del ordinario, como lo era tambien segun las leyes y práctica anteriores. Por lo demás, estos embargos no deben confundirse con los que se efectúan en virtud de la demanda que se presentó promoviendo el juicio ejecutivo, acompañada del correspondiente titulo que trae aparejada ejecucion, pues acerca de ellos existen disposiciones especiales tanto en la anterior como en la nueva legislacion, y tanto en la civil como en la mercantil. V. la ley 1,

tít. 50, lib. 11, Nov. Recop., y los arts. 516 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento mercantil y 948 de la civil. La nueva ley ha tratado de evitar los abusos que se notaban anteriormente, ya requiriendo en los jueces que han de decretar los embargos, el conocimiento del derecho, ya exigiendo que el documento por el que se piden ofrezca la fuerza que garantice que no se procede de malicia, ya que concurren en el deudor circunstancias que hagan temer su mala fe y otras condiciones análogas.

1298. Según el art. 950 de la ley, en los pueblos cabezas de partido, solo los jueces de primera instancia pueden decretar el embargo preventivo. En los demás pueblos podrán decretarlo los jueces de paz, precisamente con acuerdo de asesor, si no fuesen letrados; pero hecho el embargo, remitirán las diligencias al juez de primera instancia. El objeto de esta disposición, al prevenir que en los pueblos cabezas de partido solo decreten el embargo los jueces de primera instancia y no los de paz, es evitar los perjuicios que pudiera causar un juez de paz decretando estos embargos indebidamente por falta de la ilustración necesaria. Si en su segunda parte permite la ley decretar el embargo, á dichos jueces en los demás pueblos es por reclamarlo así la urgencia del negocio, para evitar que el deudor oculte ó venda los bienes si llegase á su noticia la solicitud de embargo que presentare el acreedor, como sería fácil, si se le obligara á este á recurrir al juez del partido: pero aun en este último caso, requiere la ley que se practique el embargo con dictamen de asesor cuando el juez de paz no fuere letrado, para suplir de esta suerte la falta de conocimientos de aquel. Dirigiéndose esta reclamación contra los bienes, será competente para decretar el embargo el juez donde se hallaren situados, ó el del domicilio del deudor, con arreglo al espíritu del párrafo 2.º del art. 5.º de esta ley.

1299. Para asegurarse de que el que pide el embargo lo hace de buena fe, y que hay temor fundado de que aquel contra quien se pide obrará con mala, dispone el art. 951 que para decretar el embargo es necesario:

1.º Que el que lo solicite, presente un título ejecutivo; esto es, uno de los títulos que se expresan en los artículos 941, 942 y 943, que explicamos al tratar del juicio ejecutivo, ó bien una sentencia ejecutoria de jueces ordinarios ó árbitros puesto que estas sentencias se ejecutan por la vía de apremio. Esta disposición es análoga á la de la ley 66 de Toro, que requería para pedir la fianza de arraigo por demanda de dinero, que se acreditara la deuda con escritura auténtica. Como á esta clase de títulos les reconoce la ley la fuerza suficiente para acreditar por sí la existencia de la obligación y del derecho á que se refieren, nada más lógico ni natural que el considerarles con la eficacia necesaria para decretar un embargo preventivo é interino, sin más que su presentación. Pero pueden existir otros títulos, que aunque no tengan fuerza ejecutiva por sí y tales cuales se presentan, pueden adquirirla por medio de alguna diligencia, la cual por otra parte no conviene practicar para que no sirva de aviso al deudor, dándole ocasión á ocultar ó vender sus bienes; en tal caso sería demasiado rigurosa y poco previsora la ley, si no facultase para decretar un embargo que no causa estado, puesto

que puede alzarse por ser interino, si bien requiriendo otras circunstancias que aseguren la indemnización de daños y perjuicios que pudieran causarse con el embargo, en caso de que resultase no haber derecho para decretarlo. Por eso previene el art. 952 de la ley, que si se presentare un título que no fuere ejecutivo sin el reconocimiento de la firma, podrá decretarse el embargo preventivo de cuenta y riesgo del que lo pidiera. En tal caso si este no tiene responsabilidad conocida, esto es, ya en bienes, raíces ó en muebles, exigirá el juez para decretarlo fianza bastante á responder de los perjuicios que puedan ocasionarse. La disposición del art. 952, debe aplicarse á los demás documentos que sin ser por sí ejecutivos, adquieren fuerza de tales por reconocerlos el deudor; v. gr: la escritura de obligación de segunda saca librada sin mandamiento judicial ni citación contraria.

2.º Que aquel contra quien se pida no tenga domicilio conocido, pues por este solo hecho da motivo á sospechar que eludirá el pago, ó que no será fácil realizarlo, ó caso de tener domicilio, haya desaparecido sin saberse dónde está, ni si regresará presto, ó exista motivo racional para creer que ocultará sus bienes, sabiendo que se trata de proceder contra él, como si acostumbrare á negarse á cumplir sus obligaciones, ó se hallare su fortuna en mal estado, ú otras causas semejantes que deja la ley al prudente arbitrio del juez.

1300. Como para decretar los embargos preventivos no se da audiencia ni se hace notificación á aquel contra quien se dirigen, para evitar que oculte ó venda sus bienes entre tanto, no puede impedir esta providencia; pero puede cuando se le va á ejecutar, oponerse á ella, asegurando ó atendiendo á la obligación que la motivó, pues que entonces cesa el objeto del embargo. Por eso dispone el art. 953, que no se llevará á efecto el embargo si en el acto de hacerlo la persona contra quien se ha decretado, pagare, consignare ó diere fianza ú ofreciere dárla, á responder de las sumas que se le reclamen. Esta disposición facultando al deudor para impedir el embargo dando fianzas, es análoga á la de las leyes 41, tít. 2, Part. 3 y 5, título 11, lib. 10 de la Nov., que admitían dicha fianza en los juicios ordinarios, y corrobora en su consecuencia, la doctrina de que los embargos preventivos no se limitan á los juicios ejecutivos. El art. 570 de la ley de Enjuiciamiento mercantil requiere que la fianza se constituya por medio de persona de conocida responsabilidad; pero no exigiendo la ley civil esta circunstancia, podrá darse cualquiera de las fianzas que reconoce el derecho.

En este caso, esto es, cuando se diere fianza, los ejecutores del embargo suspenderán toda diligencia hasta que el juez de primera instancia ó el de paz, á quien darán parte de lo ocurrido con conocimiento de la fianza, determinen lo conveniente; esto es, resuelvan si es ó no admisible ó suficiente para responder de aquellas sumas; si bien adoptarán entre tanto, bajo su responsabilidad, las medidas oportunas, tales como el poner alguaciles de vista, para evitar la ocultación de bienes, y cualquier otro abuso que pudieran cometerse; art. 954. Cuando el pago consistiese en cosa determinada,

bien sea en género ó en especie, como tantas medidas de trigo, el caballo, Bucéfalo, no habrá lugar al embargo, si lo entregado es lo que corresponde á la obligacion contraida. Si esta consistia en entrega de dinero y se verifica su pago, no se procederá al embargo ni se tomará precaucion alguna, por haber quedado satisfecha la obligacion que lo motivaba.

1501. *El embargo se limitará á los bienes necesarios para cubrir el crédito que se reclame;* art. 936, pues no hay derecho para estenderlo á mas de lo que abraza el derecho que se teme burle el deudor. Si el alguacil y escribano se escudieren en esto, podrá reclamarse por el deudor, segun dijimos al tratar del juicio ejecutivo. El art. 568 de la ley de Enjuiciamiento mercantil, contiene una disposicion análoga á la del art. 936 de la civil.

1502. *Los embargos preventivos, cuando no deban limitarse á cosas determinadas, se harán guardando el órden establecido para el juicio ejecutivo en el art. 949 de esta ley, esto es:*

- 1.º En dinero metalico, si se encontrase.
- 2.º En alhajas de plata, oro ó pedreria, si las hubiere.
- 3.º En frutos y rentas de toda especie.
- 4.º En bienes semovientes.
- 5.º En bienes muebles.
- 6.º En bienes raices.
- 7.º En sueldos ó pensiones.

Tampoco podrán hacerse los embargos preventivos en el lecho cotidiano del deudor, su mujer é hijos, ni en los demás bienes esceptuados en la letra y el espíritu del art. 951, que esplicamos en el juicio ejecutivo.

Tambien podrá procederse á embargar preventivamente los sueldos y pensiones, para evitar que se simulen por el deudor embargos ó anticipos anteriores. En este caso, el embargo se limitará á las cantidades respectivas que marca el art. 952.

1503. *Los bienes embargados se depositarán para evitar su pérdida ó sustraccion, en persona abonada, segun previene el art. 957 de la ley civil.* Tambien podrán sobrellavarse en el acto las piezas en donde estuvieren quedando la sobrellave en poder del escribano, y se pondrá tambien pidiéndolo el acreedor, un guarda de vista en la inmediacion de las piezas sobrellavadas, segun dispone el art. 571 de la ley de Enjuiciamiento mercantil.

*Si los bienes embargados fueren raices, se librárá mandamiento por duplicado para que se tome razon en la contaduría de hipotecas en la forma prevenida para el juicio ejecutivo, en el art. 955, esto es, para que uno de los mandamientos se una á los autos, y el otro quede en dicha contaduría; artículo 957.*

Cuando el embargo consistiere en rentas ó productos, debe autorizarse al depositario para que administre los bienes y los ponga en recaudo, y asimismo se requerirá á los arrendatarios ó inquilinos para su entrega.

1504. *Si el embargo se hubiese hecho en bienes existentes en poder de un tercero, lo que deberá hacerse en el caso en que este sea sugeto avecinado en el pueblo donde se hallaren los bienes y de abono segun requiere*

el art. 571 de la ley de Enjuiciamiento mercantil, *se pondrá en el mismo dia en conocimiento de la persona contra quien se hubiese decretado, y si no fuere hallada, se le hará saber por medio de cédula, ó si residiese en otro pueblo que el del juzgado, por medio de exhortos;* art. 936, análogo al 572 de la ley mercantil. De lo contrario, quedará el escribano responsable á las resultas segun dice esta ley, que manda ademas sea nulo el embargo.

Se da este conocimiento á la persona contra quien se decreta el embargo para que pueda levantarlo, pagando ó dando la fianza correspondiente de atender al derecho del reclamante.

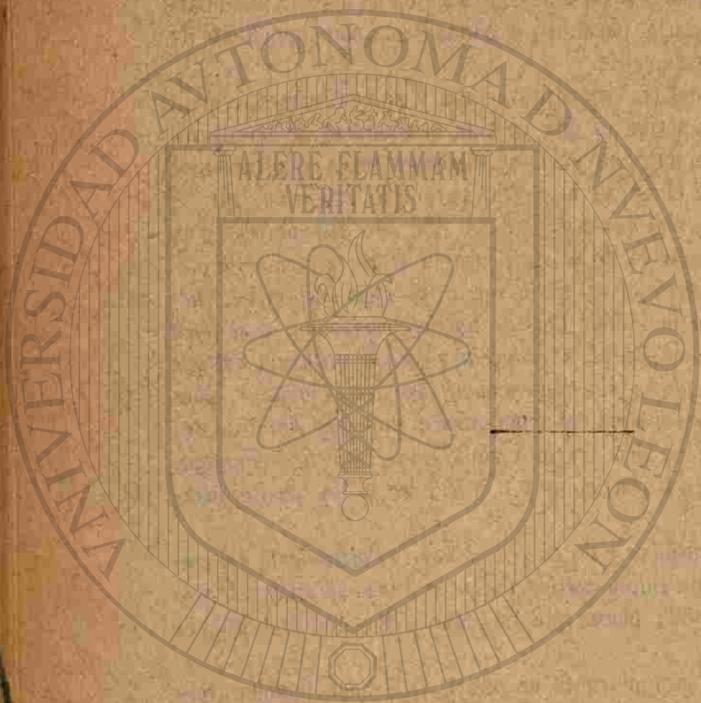
1505. *Haciéndose estos embargos provisional y preventivamente, para evitar por de pronto los perjuicios que podrian ocasionarse de no decretarlos, mientras se reclamaba en juicio el derecho, cuya realizacion se trataba de garantir con ellos, es necesario para que subsistan, que se ratifiquen en el juicio formal que se promueve. Por eso dispone la ley en su art. 938, que si el embargo no se ratificare en el correspondiente juicio, esto es, en el ejecutivo ú ordinario segun el caso respectivo, quedará nulo de derecho á los veinte dias de haberse verificado, y si para impedirlo se hubiese dado fianza, se cancelara esta á instancia del que la prestara ó del demandado, sin audiencia ni instruccion alguna, pues asi como se proveyó á la solicitud del actor sobre el embargo sin oír al demandado, asi tampoco debe oírse al actor cuando no se ratifica el embargo. Lo mismo se previene en los artículos 576 y 577 de la ley de Enjuiciamiento mercantil.*

1506. *Las costas causadas y las que ocasionare el alzamiento del embargo, así como el otorgamiento y cancelacion de la fianza serán en este caso de cargo del actor, art. 936;* puesto que dió lugar á ellas con pretensiones indebidas.

La ley de Enjuiciamiento mercantil en su art. 579 hace tambien responsable al actor, en el caso de cesar los efectos del embargo por no trabarse la ejecucion formal sobre los bienes embargados en el término de treinta dias, de los daños y perjuicios que se ocasionaren al deudor por el embargo. La nueva ley civil no espresa esta responsabilidad en el caso de no ratificarse el embargo en el juicio correspondiente dentro de los veinte dias, como la espresa en el del art. 940; pero deberá sobreentenderse, puesto que se impone la condenacion en costas que supone malicia, y que cada uno es responsable de los perjuicios que ocasionare por su culpa.

1507. *Pudiendo interesar en extremo al dueño de los bienes embargados que no esté en suspenso el resultado del embargo y de las reclamaciones de su contrario, le concede la ley que pueda apremiar á este para que las deduzca en juicio á la mayor brevedad. Asi previene el art. 940 que si el dueño de los bienes embargados lo exigiere, deberá el que haya obtenido el embargo presentar su demanda en el término preciso de ocho dias, que se contarán desde el siguiente al en que se le notifique el auto mandando dicha presentacion en virtud de la solicitud del contrario. Si no lo hiciere, se alzará*

el embargo condenándole en las costas, daños y perjuicios, porquese supone que no presentando su demanda en aquel término, cuando debia estar dispuesto á ello, una vez que pidió el embargo, no tenia confianza en su derecho y en que no fuera desvirtuado por las alegaciones y excepciones del deudor, y en su consecuencia procedió de malicia.



## FORMULARIOS

CORRESPONDIENTES A ESTE TOMO (1).

### Juicio voluntario de testamentaria.

1. *Escrito solicitando la prevencion del juicio.*—Don P..., en nombre de doña Clara de Vargas, vecina de esta villa, y viuda de don Felipe Jimenez, en virtud de poder que en debida forma presento con el núm. 1.º, ante V. como mejor en derecho proceda, parezco y digo: Que segun resulta de la partida de defuncion que acompaño con el número 2.º, falleció en esta villa en el dia 15 del corriente don Felipe Jimenez, marido de mi presentada, bajo disposicion testamentaria que otorgó en primero del próximo pasado mes, ante D. E., escribano numerario de esta villa, y en la cual dejó por herederos á sus hijos don José, don Juan y doña Ana Jimenez, mayores de edad, mejorando en el tercio á don Juan, legando el remanente del quinto al don José, etc., segun se acredita por la copia testimoniada que exhibo en forma debida bajo el número 3.º del referido testamento. Y como existan motivos fundados para presumir que no sea fácil verificar estrajudicialmente la particion de esta herencia, y siendo conveniente evitar contestaciones enojosas entre parientes, ha creido mi representada oportuno acudir á la autoridad judicial para que intervenga en las operaciones de esta testamentaria, en uso del derecho que le concede el art. 406, núm. 2.º de la Ley de Enjuiciamiento civil para promover este juicio; en su consecuencia, aceptando, como acepto en su nombre la herencia á beneficio de inventario.

A. V. suplico, que habiendo por presentados el poder, partida de defuncion y testamento mencionados y por aceptada la herencia con el beneficio referido, y á mi por parte, se sirva prevenir el juicio de testamentaria de don Felipe Jimenez, mandar que se cite á los mencionados herederos don José, don Juan y doña Ana, y verificado esto, convocar á junta á los interesados en la herencia, para que con arreglo al art. 423 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se pongan de acuerdo sobre la administracion del caudal, su custodia y conservacion, procediendo despues á la práctica de las diligencias que segun la ley correspondan, por ser conforme á justicia que pido, en Madrid, etc. (*Firmas del Letrado y del Procurador*).

(Tambien puede pedirse la intervencion del caudal del finado en este juicio, pero estas fórmulas las reservamos para el juicio de *ab intestato*, que es donde espresamente contiene la ley aquellas disposiciones).

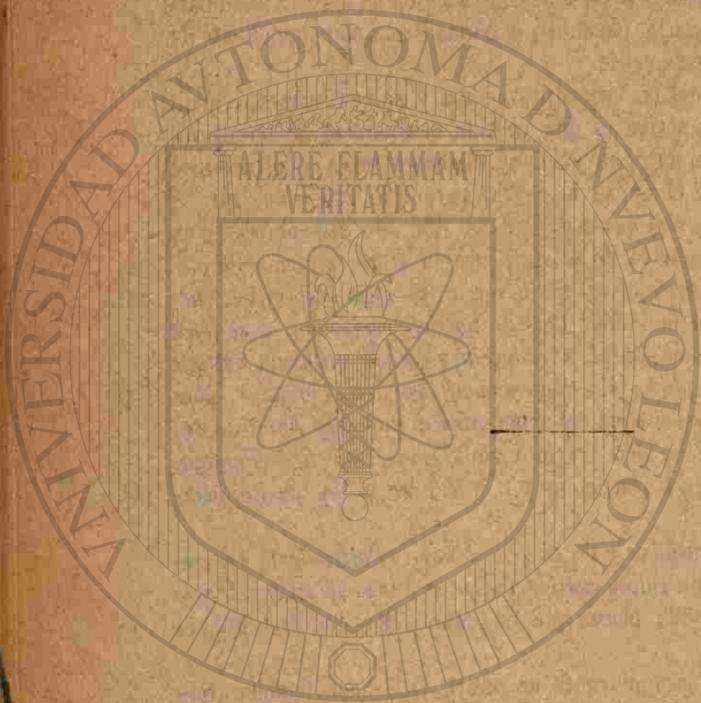
2. *Auto.*—Por presentado el anterior escrito, con el poder, partida de defuncion y testamento que se mencionan: se ha por parte á D. P. en representacion de doña Clara de Vargas, la cual comparezca á este juzgado á ratificarse en el anterior escrito, y hecho, se proveera. Lo mandó, etc.

3. *Notificacion y ratificacion en la forma ordinaria.*

4. *Auto previniendo la testamentaria.*—Háse por aceptada la herencia de don Felipe Jimenez á nombre de su mujer doña Clara de Vargas, á beneficio de inventario y por prevenido el juicio de testamentaria de dicha herencia; cítese en la forma ordinaria á los interesados en ella que se mencionan en el escrito de la expresada doña Clara, y convocóse á la junta solicitada por la misma, señalándose para su celebracion el dia *tantos á tal* hora en la sala de la Audiencia de este juzgado. Lo mandó, etc.

(1) Para que pueda saberse fácilmente la persona que presenta un escrito ó que autoriza una actuacion y aquella contra quien estas se dirigen, nos valemos en todos los formularios, para indicar su nombre y apellido, de las letras iniciales del cargo ó representacion con que aparece en las actuaciones; v. gr. de la A, para indicar el del actor, de la D, para el del demandado, de la J, para el juez, y de la E, para el es-ribano, etc.

el embargo condenándole en las costas, daños y perjuicios, porquese supone que no presentando su demanda en aquel término, cuando debía estar dispuesto á ello, una vez que pidió el embargo, no tenia confianza en su derecho y en que no fuera desvirtuado por las alegaciones y excepciones del deudor, y en su consecuencia procedió de malicia.



## FORMULARIOS

CORRESPONDIENTES A ESTE TOMO (1).

### Juicio voluntario de testamentaria.

1. *Escrito solicitando la prevencion del juicio.*—Don P..., en nombre de doña Clara de Vargas, vecina de esta villa, y viuda de don Felipe Jimenez, en virtud de poder que en debida forma presento con el núm. 1.º, ante V. como mejor en derecho proceda, parezco y digo: Que segun resulta de la partida de defuncion que acompaño con el número 2.º, falleció en esta villa en el dia 15 del corriente don Felipe Jimenez, marido de mi presentada, bajo disposicion testamentaria que otorgó en primero del próximo pasado mes, ante D. E., escribano numerario de esta villa, y en la cual dejó por herederos á sus hijos don José, don Juan y doña Ana Jimenez, mayores de edad, mejorando en el tercio á don Juan, legando el remanente del quinto al don José, etc., segun se acredita por la copia testimoniada que exhibo en forma debida bajo el número 3.º del referido testamento. Y como existan motivos fundados para presumir que no sea fácil verificar estra judicialmente la particion de esta herencia, y siendo conveniente evitar contestaciones enojosas entre parientes, ha creido mi representada oportuno acudir á la autoridad judicial para que intervenga en las operaciones de esta testamentaria, en uso del derecho que le concede el art. 406, núm. 2.º de la Ley de Enjuiciamiento civil para promover este juicio; en su consecuencia, aceptando, como acepto en su nombre la herencia á beneficio de inventario.

A. V. suplico, que habiendo por presentados el poder, partida de defuncion y testamento mencionados y por aceptada la herencia con el beneficio referido, y á mi por parte, se sirva prevenir el juicio de testamentaria de don Felipe Jimenez, mandar que se cite á los mencionados herederos don José, don Juan y doña Ana, y verificado esto, convocar á junta á los interesados en la herencia, para que con arreglo al art. 423 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se pongan de acuerdo sobre la administracion del caudal, su custodia y conservacion, procediendo despues á la práctica de las diligencias que segun la ley correspondan, por ser conforme á justicia que pido, en Madrid, etc. (*Firmas del Letrado y del Procurador*).

(Tambien puede pedirse la intervencion del caudal del finado en este juicio, pero estas fórmulas las reservamos para el juicio de *ab intestato*, que es donde espresamente contiene la ley aquellas disposiciones).

2. *Auto.*—Por presentado el anterior escrito, con el poder, partida de defuncion y testamento que se mencionan: se ha por parte á D. P. en representacion de doña Clara de Vargas, la cual comparezca á este juzgado á ratificarse en el anterior escrito, y hecho, se proveera. Lo mandó, etc.

3. *Notificacion y ratificacion en la forma ordinaria.*

4. *Auto previniendo la testamentaria.*—Háse por aceptada la herencia de don Felipe Jimenez á nombre de su mujer doña Clara de Vargas, á beneficio de inventario y por prevenido el juicio de testamentaria de dicha herencia; cítese en la forma ordinaria á los interesados en ella que se mencionan en el escrito de la expresada doña Clara, y convocóse á la junta solicitada por la misma, señalándose para su celebracion el dia tantos á tal hora en la sala de la Audiencia de este juzgado. Lo mandó, etc.

(1) Para que pueda saberse fácilmente la persona que presenta un escrito ó que autoriza una actuacion y aquella contra quien estas se dirigen, nos valemos en todos los formularios, para indicar su nombre y apellido, de las letras iniciales del cargo ó representacion con que aparece en las actuaciones; v. gr. de la A, para indicar el del actor, de la D, para el del demandado, de la J, para el juez, y de la E, para el es-ribano, etc.

5. *Notificaciones y citaciones á los interesados, y citacion al procurador del que provoca el juicio.*

6. *Acta de la junta de herederos.*—En tal parte y tal fecha y hora comparecieron ante el señor juez de..., etc. (Se espresan los interesados en la testamentaria y sus representaciones que concurren), y enterados por el señor juez, ser el objeto de esta junta acordar lo conveniente sobre la administracion, conservacion y custodia del caudal que dejó á su fallecimiento don F. J., despues que conferenciaron y deliberaron sobre lo mas oportuno, convinieron en que se encomendara la administracion y custodia de dichos bienes á D. A., relevándole de fianza, pero con la reserva de exigírsela si alguno de los interesados lo reclamase (ó bajo la correspondiente fianza y con obligacion de rendir cuenta mensual). (Se espresarán tambien las demás facultades que se diesen al administrador, segun la ley). Convinieron asimismo, en que se depositara el metálico en poder del citado D. A., y en que se practicaran simultáneamente las operaciones del inventario y avalúo, nombrando para ello por peritos tasadores á D. P. para la valuacion de tales fincas ú objetos y á D. F. para la de tales otros. Con lo cual dió el señor juez por terminada esta junta, habiendo invertido en ella tantas horas, y firmaron los concurrentes con el mismo, de que doy fé. (Firma entera de los concurrentes y media firma del juez).

7. *Auto.*—Procédase a efectuar lo acordado por los interesados en la junta precedente: háse por nombrado como administrador depositario con relevacion de fianzas á D. A.; hágasele saber para su aceptacion y juramento, y efectuado, póngasele en posicion de su encargo, dándole á reconocer á las personas con quienes deba entenderse para su desempeño, con arreglo al art. 501 de la Ley de Enjuiciamiento civil; fórmese pieza separada, actuándose en ella cuanto tenga relacion con la administracion, formándose en su caso los ramos separados necesarios. Procédase sucesivamente al inventario y avalúo de los bienes, habiendo por nombrados peritos para ello á D. P. y D. F., á quienes se haga saber para su aceptacion y juramento, citándose asimismo á todos los interesados en la herencia, para que concurren á presenciar las diligencias que han de practicarse, para todo lo cual se señala tal término. Lo mandó, etc.

*Notificaciones á los peritos y al administrador: acta de posesion* espresándose las cosas en que se le diere nota de haberse formado la pieza separada.

8. *Auto disponiendo el juez sobre la administracion y depósito del caudal por no haber resultado conformidad entre los interesados en la junta.*—No habiendo resultado conformidad entre los interesados sobre eleccion de administrador de los bienes de la testamentaria, se nombra á doña C. de V., viuda del finado, á quien se comunicó para su aceptacion y juramento: depositense en su poder todos los bienes hereditarios y el metálico en la Caja de Depósitos (ó en el establecimiento público destinado al efecto); y hágase saber á los interesados, para que manifiesten si relevan ó no de fianza á la administracion. Lo mandó, etc.

9. *Notificacion á los interesados en que se espresen su contestacion sobre si relevan ó no de la fianza.*—Si no relevaren, se da auto mandando se preste: prestada, se da traslado por tres dias á los interesados para que espresen si estan conformes, en cuyo caso se da auto aprobando la fianza, y poniendo al administrador en posesion de su cargo, y mandando formar pieza separada, etc.

#### PRIMER PERÍODO.—INVENTARIO.

10. *Escrito pidiendo la formacion de inventario.*—D. P., en nombre de doña Clara de Vargas, etc., dijo: Que habiendo aceptado mi representada á beneficio de inventario la herencia de su difunto esposo don Felipe Jimenez, cuya testamentaria se ha prevenido por auto de tal fecha, le interesa se proceda judicialmente á la formacion del inventario, por lo que haciendo uso del derecho que le concede el artículo 427 de la Ley de Enjuiciamiento civil,

A V. suplico, se sirva mandar se practique judicialmente y con las formalidades que prescribe dicha ley el inventario de bienes y créditos que dejó don Felipe Jimenez, con citacion de los interesados D. J., D. J. y D. A., pues así es justicia que pido, etc. (Firmas del Letrado y del Procurador).

11. *Auto.* Procédase con citacion de los interesados al inventario judicial de los bienes que dejó á su fallecimiento D. F. J., para la cual se da comision al escribano actuario, y se señala el dia tantos, desde tal hora hasta tal otra para dar principio á esta diligencia. Lo mandó, etc.

(Tambien se principia esta pieza con testimonio del auto en que el juez, cuando se ha intervenido el caudal, manda practicar el inventario).

12. *Diligencia de inventario.*—En tal parte, á tantos, yo el infrascripto escribano en uso de la comision que se me ha conferido por auto de tal fecha, me constituí á la hora señalada en el mismo, en la casa mortuoria de D. F. J., y hallándose presentes los interesados en la herencia, don José, don Juan y doña Ana, hijos y herederos del mismo, requerí á su viuda doña Clara de Vargas administradora del caudal del difunto, para que pusiera de manifiesto, para inventariar, los bienes que aquel dejó. Manifestó ésta y por ante mí se inventariaron los bienes siguientes:

#### Metálico.

1.º Primeramente, cuarenta mil reales en monedas de plata que se hallaron en una gabela, en tal habitacion.

2.º Sesenta mil reales en treinta billetes de Banco, diez de á dos mil, y veinte de á mil, que se hallaron en un cofre en tal habitacion.

#### Alhajas.

3.º Un reloj cronómetro, de tal metal y tal fabricante (se especifican sus demás particularidades).

4.º Dos sortijas de oro con cuatro brillantes (se especifica).

(Continúase el inventario por este estilo, siguiendo el orden de insertar despues del metálico y alhajas, los efectos públicos, los bienes semovientes, los frutos, muebles, raices, y los derechos y acciones; si hubiese escrituras y papeles de importancia, se formará inventario especial por separado, espresándose que se procedió á formar inventario especial de papeles de interés del finado que resultaron ser los siguientes, y se especificará en qué consisten y sobre qué versan). Llegada la hora fijada para terminar el inventario cada dia, se pondrá la conclusion de la diligencia del dia en esta forma:

En tal estado, siendo tal hora de la tarde de este dia, se suspendió la diligencia de inventario para proseguirla en el inmediato á las mismas horas. Los bienes inventariados quedaron en la casa mortuoria, depositados en poder de la viuda doña C., por ser la administradora del caudal hereditario (ó por mútuo acuerdo de los interesados), la cual se dió por entregada de ellos, prometiendo custodiarlos y tenerlos á disposicion del señor juez que conoce de estos autos, bajo la fianza que tiene prestada (ó obligando á su cumplimiento todos sus bienes). Así lo otorgó, y firma esta diligencia con los demás interesados, á todos los cuales doy fe conozco, siendo testigos T. y T. vecinos de esta villa, y de todo ello doy fe. (Firma de todos los interesados y testigos). (En igual forma se estenderá el inventario en los dias en que dure su formacion, poniéndose en el en que se concluyó la cláusula siguiente):

En estos términos queda concluido el inventario de los bienes y créditos que se han encontrado pertenecientes á don Felipe Jimenez, habiendo manifestado la viuda y demás interesados no tener noticia de otros bienes, con protesta de adicionar lo que despues apareciere perteneciente á la herencia, quedando todos los referidos bienes en la casa mortuoria, á cargo de la viuda doña C. (ó de quien fuere administrador del caudal) en la misma forma y con igual formalidad que en los dias anteriores. Habiendo manifestado los interesados hallarse conformes con el inventario practicado, lo firman en su crédito, siendo testigos T., T. y T., de esta vecindad, de todo lo cual doy fe como igualmente del conocimiento de las partes. (Firma de todos los espresados).

13. *Auto aprobando el inventario.*—En tal parte á tantos, el señor don J. juez de primera instancia de la misma habiendo visto estos autos por ante mí el escribano; resultando hallarse conforme, todos los interesados en el inventario practicado, y considerando que segun el art. 433 de la Ley de Enjuiciamiento civil debe aprobarse en tal caso, dijo: Que debia aprobar y aprobar el inventario practicado judicialmente en estos autos de los bienes de la herencia de don Felipe Jimenez mandando que se proceda al avalúo de los mismos, por los peritos que nombren los interesados, para lo cual se les cite á junta para el dia tantos á tal hora. Lo mandó y firmó, etc.

14. *Notificacion y citacion para la junta.*

(Si los interesados no se conformaren con el inventario, se espresará en la diligencia de inventario, las fincas ú objetos con cuyo inventario no estuvieran conformes y su protesta sobre ello, y se dictará, en vez de auto aprobatorio, el siguiente)

**Auto.**—No hallándose conformes con el inventario los interesados, póngase de manifiesto en la escribanía por término de ocho días para que formalicen las reclamaciones que crean convenientes. Lo mando, etc.

(Si no se formaliza en este término la oposición, el juez dicta el auto aprobatorio: formalizándose, dicta el siguiente)

15. **Auto.**—Por presentado el escrito de oposición, háse por opuesta á esta parte á la aprobacion del inventario: se confiere traslado á los demás interesados por término de nueve días, previniéndoseles que litiguen bajo una sola direccion y representados todos por un procurador (si sostuvieren una misma causa): fórmese pieza separada con el precedente escrito, la actual providencia y testimonio literal de la parte de inventario á que se forma oposicion, y dejando nota de la formacion de esta pieza en la principal, dese cuenta de esta para practicar lo conveniente á la valuacion de los bienes. Lo mando, etc.

(Se notifica este auto á las partes, y dada cuenta de la pieza principal al juez, dicto el siguiente)

16. **Auto.**—Procédase á efectuar el avalúo de los bienes inventariados, á excepcion de la finca ú objeto del número tantos cuya exclusion del inventario se ha solicitado, y para que se pongan de acuerdo los interesados sobre el nombramiento de peritos para la valuacion, convóqueseles á junta para tal dia y hora. Lo mando, etc.

#### SEGUNDO PERIODO.—AVALÚO.

17. **Acta de la junta para el nombramiento de peritos.**—En tal parte, etc. ante el señor juez de primera instancia y de mí el escribano, comparecieron los interesados en esta testamentaria don J. etc., con el fin de nombrar peritos para valuar los bienes inventariados, y de comun acuerdo designaron para las alhajas á don P. maestro platero y á don D. diamantista. (Se espresan los nombrados para las demás clases de bienes). (Si no se pusieren de acuerdo, se espresará los que nombró cada uno, y se procederá á su sorteo segun se previene en el art. 303 de la Ley, núm. 8.º, y se explicó al tratar del juicio ordinario). Con lo cual se dió por terminado el acto, firmanlo el señor juez con todos los concurrentes, de que doy fe.

18. Se da auto teniéndose por nombrados á los peritos y mandando se les haga saber su nombramiento para que lo acepten y juren, y procediéndose á esto, asi como á su recusacion, nombramiento de tercero y demás, segun lo determinado en el art. 303 de la Ley que se espuso al tratar del juicio ordinario.

19. El avalúo se puede practicar por diligencia que se estenderá por el estilo de la de inventario, poniendo cada objeto por partida separada y por el órden que en el inventario, y su valor en guarismos al margen, y tambien por certificaciones que presentan por separado los peritos, estendiéndose en autos diligencia de haber comparecido estos ante el juez, y presentando el avalúo que han practicado. El juez en su vista da auto mandando unir dichas certificaciones de avalúo á los autos, y ratificarse los peritos en su contenido, y hecho así, dicta el siguiente

**Auto.**—Póngase los avalúos hechos por los peritos de manifiesto en la escribanía por término de ocho días, para que puedan reconocerlos los interesados. Lo mando, etc.

(Pasado este término sin presentarse oposicion, se da auto mandando traer los autos á la vista y se dicta el siguiente)

20. **Auto de aprobacion del avalúo.**—En tal parte, etc., el señor juez, etc., en vista de estos autos, por ante mí el escribano, dijo: Que debía aprobar y aprobaba el avalúo practicado de los bienes inventariados de la herencia de don F. J., mandando proceder desde luego á la liquidacion y division de dichos bienes, por el contador que nombren los interesados, á cuyo fin se les convoca á una junta que tendrá lugar tal dia á tal hora. Lo mando y firmo, etc.

(Si se presentare oposicion dentro de los ocho días, se da el siguiente)

21. **Auto.**—Háse por opuesto á don O. al avalúo de tal objeto, y para discutir sobre él, convóquese á los interesados y peritos que lo practicaron á la junta que ha de celebrarse en tal parte, tal dia y tal hora. Lo mando, etc.

22. El acta de esta junta se entiende en su principio como las anteriores: se esponen las razones que alegó el opositor, las contestaciones que dieron en contra

los peritos, la opinion y parecer de los interesados, y si estos se conformaron ó no sobre los hechos y cuestiones promovidas. Si no hubiere conformidad en los hechos, se dicta el siguiente

23. **Auto.**—No habiéndose conformado don P. y don J. con los hechos á que se refiere la oposicion presentada por don O. contra los avalúos, se les confiere traslado de la misma por término de nueve días, previniéndose á don C. y don E. que sostienen unas mismas pretensiones, que litiguen unidos y bajo una sola representacion. Lo mandó, etc.

(Si hubiese conformidad, da el juez auto mandando traer los autos á la vista, para sentencia definitiva, la cual dicta como las de esta clase, fundándose en las razones porque se hayan conformado los interesados).

(Cuando la oposicion se formare por cohecho á los peritos, se da auto habiéndola por deducida y confiriendo traslado, por nueve días á los demás interesados, con la prevencion de litigar unidos los que sostengan unas mismas pretensiones, y dándose tambien traslado al fiscal, pues segun el art. 464 de la Ley, debe oírsele en este caso, aun cuando antes hubiese cesado su representacion en la testamentaria.

#### TERCER PERIODO.—DIVISION.

24. **Acta de la junta para el nombramiento de contadores.** (Se estiende como la del periodo anterior.

25. **Auto.**—Háse por nombrado contador, ó partidores en esta testamentaria á don C. y don P. á quienes se haga saber para su aceptacion, entregándoseles los autos, y por inventario los documentos y papeles relativos á la herencia á fin de que procedan á desempeñar su cargo. Lo mandó, etc.

26. **Notificacion á los interesados y notificacion y aceptacion de los contadores.**

27. **Diligencia de entrega de los documentos.**

(Los contadores pueden recurrir con escrito al juez, cuando se les ocurrieren algunas dudas para cuya solucion crean necesario oír á los interesados, pidiendo se convoque á estos á junta para convenir en lo que crean mas procedente respecto á aquellas, y el juez da auto señalando dia y hora para la junta, de la que se estiende acta, expresando aquello en que convinieren, lo cual deberán considerar los contadores como supuesto de la liquidacion y division, conforme prescriben los artículos 473 y 476 de la Ley.

28. **Escrito de los contadores para que se celebre junta para tratar de las adjudicaciones.**—Don C. y don P. contadores ó partidores nombrados para la division de la herencia dejada por don F. J., ante V. parecidos, y como mas haya lugar en derecho, decimos: Que estándose en el caso de proceder á las adjudicaciones del caudal de dicha herencia por haber practicado la liquidacion y division correspondientes, en cumplimiento del art. 478 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

A V. suplicamos se sirva convocar á junta á los interesados para obtener su acuerdo respecto de las adjudicaciones, pues así es justicia que pedimos, en tal parte á tantos. (Firmas de los contadores).

29. **Auto.**—Como se pide, señalándose para la junta el dia tantos á tal hora, y celebrada aquella, entréguese de nuevo los autos á los contadores para proceder con arreglo á la ley.

(Se celebra la junta, estendiéndose acta en que conste si hubo ó no convenio en las adjudicaciones.)

#### MODELOS Ó EJEMPLARES PARA PRÁCTICAR LAS PARTICIONES. (1)

##### MODELO PRIMERO.

#### Particion de los bienes que dejó un marido, entre su viuda é hijos de ambos con mejora y colacion.

El licenciado don L., abogado de los tribunales nacionales, vecino de esta villa de tal, partidador nombrado unánimemente con arreglo al art. 469 de la Ley de

(1) Tomamos estos modelos que trae el Febrero reformado adaptándolos á las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento y de la Hipotecaria, ya en el mismo fondo del formulario, ya por medio de notas ó advertencias.

(Si los interesados no se conformaren con el inventario, se espresará en la diligencia de inventario, las fincas ú objetos con cuyo inventario no estuvieran conformes y su protesta sobre ello, y se dictará, en vez de auto aprobatorio, el siguiente)

**Auto.**—No hallándose conformes con el inventario los interesados, póngase de manifiesto en la escribanía por término de ocho días para que formalicen las reclamaciones que crean convenientes. Lo mando, etc.

(Si no se formaliza en este término la oposición, el juez dicta el auto aprobatorio: formalizándose, dicta el siguiente)

15. **Auto.**—Por presentado el escrito de oposición, háse por opuesta á esta parte á la aprobacion del inventario: se confiere traslado á los demás interesados por término de nueve días, previniéndoseles que litiguen bajo una sola direccion y representados todos por un procurador (si sostuvieren una misma causa): fórmese pieza separada con el precedente escrito, la actual providencia y testimonio literal de la parte de inventario á que se forma oposicion, y dejando nota de la formacion de esta pieza en la principal, dese cuenta de esta para practicar lo conveniente á la valuacion de los bienes. Lo mando, etc.

(Se notifica este auto á las partes, y dada cuenta de la pieza principal al juez, dicto el siguiente)

16. **Auto.**—Procédase á efectuar el avalúo de los bienes inventariados, á excepcion de la finca ú objeto del número tantos cuya exclusion del inventario se ha solicitado, y para que se pongan de acuerdo los interesados sobre el nombramiento de peritos para la valuacion, convóqueseles á junta para tal dia y hora. Lo mando, etc.

#### SEGUNDO PERIODO.—AVALÚO.

17. **Acta de la junta para el nombramiento de peritos.**—En tal parte, etc. ante el señor juez de primera instancia y de mí el escribano, comparecieron los interesados en esta testamentaria don J. etc., con el fin de nombrar peritos para valuar los bienes inventariados, y de comun acuerdo designaron para las alhajas á don P. maestro platero y á don D. diamantista. (Se espresan los nombrados para las demás clases de bienes). (Si no se pusieren de acuerdo, se espresará los que nombró cada uno, y se procederá á su sorteo segun se previene en el art. 303 de la Ley, núm. 8.º, y se explicó al tratar del juicio ordinario). Con lo cual se dió por terminado el acto, firmando el señor juez con todos los concurrentes, de que doy fe.

18. Se da auto teniéndose por nombrados á los peritos y mandando se les haga saber su nombramiento para que lo acepten y juren, y procediéndose á esto, asi como á su recusacion, nombramiento de tercero y demás, segun lo determinado en el art. 303 de la Ley que se espuso al tratar del juicio ordinario.

19. El avalúo se puede practicar por diligencia que se estenderá por el estilo de la de inventario, poniendo cada objeto por partida separada y por el órden que en el inventario, y su valor en guarismos al margen, y tambien por certificaciones que presentan por separado los peritos, estendiéndose en autos diligencia de haber comparecido estos ante el juez, y presentando el avalúo que han practicado. El juez en su vista da auto mandando unir dichas certificaciones de avalúo á los autos, y ratificarse los peritos en su contenido, y hecho así, dicta el siguiente

**Auto.**—Póngase los avalúos hechos por los peritos de manifiesto en la escribanía por término de ocho días, para que puedan reconocerlos los interesados. Lo mando, etc.

(Pasado este término sin presentarse oposicion, se da auto mandando traer los autos á la vista y se dicta el siguiente)

20. **Auto de aprobacion del avalúo.**—En tal parte, etc., el señor juez, etc., en vista de estos autos, por ante mí el escribano, dijo: Que debía aprobar y aprobaba el avalúo practicado de los bienes inventariados de la herencia de don F. J., mandando proceder desde luego á la liquidacion y division de dichos bienes, por el contador que nombren los interesados, á cuyo fin se les convoca á una junta que tendrá lugar tal dia á tal hora. Lo mando y firmo, etc.

(Si se presentare oposicion dentro de los ocho días, se da el siguiente)

21. **Auto.**—Háse por opuesto á don O. al avalúo de tal objeto, y para discutir sobre él, convóquese á los interesados y peritos que lo practicaron á la junta que ha de celebrarse en tal parte, tal dia y tal hora. Lo mando, etc.

22. El acta de esta junta se entiende en su principio como las anteriores: se esponen las razones que alegó el opositor, las contestaciones que dieron en contra

los peritos, la opinion y parecer de los interesados, y si estos se conformaron ó no sobre los hechos y cuestiones promovidas. Si no hubiere conformidad en los hechos, se dicta el siguiente

23. **Auto.**—No habiéndose conformado don P. y don J. con los hechos á que se refiere la oposicion presentada por don O. contra los avalúos, se les confiere traslado de la misma por término de nueve días, previniéndose á don C. y don E. que sostienen unas mismas pretensiones, que litiguen unidos y bajo una sola representacion. Lo mando, etc.

(Si hubiese conformidad, da el juez auto mandando traer los autos á la vista, para sentencia definitiva, la cual dicta como las de esta clase, fundándose en las razones porque se hayan conformado los interesados).

(Cuando la oposicion se formare por cohecho á los peritos, se da auto habiéndola por deducida y confiriendo traslado, por nueve días á los demás interesados, con la prevencion de litigar unidos los que sostengan unas mismas pretensiones, y dándose tambien traslado al fiscal, pues segun el art. 464 de la Ley, debe oírsele en este caso, aun cuando antes hubiese cesado su representacion en la testamentaria.

#### TERCER PERIODO.—DIVISION.

24. **Acta de la junta para el nombramiento de contadores.** (Se estiende como la del periodo anterior.

25. **Auto.**—Háse por nombrado contador, ó partidores en esta testamentaria á don C. y don P. á quienes se haga saber para su aceptacion, entregándoseles los autos, y por inventario los documentos y papeles relativos á la herencia á fin de que procedan á desempeñar su cargo. Lo mando, etc.

26. **Notificacion á los interesados y notificacion y aceptacion de los contadores.**

27. **Diligencia de entrega de los documentos.**

(Los contadores pueden recurrir con escrito al juez, cuando se les ocurrieren algunas dudas para cuya solucion crean necesario oír á los interesados, pidiendo se convoque á estos á junta para convenir en lo que crean mas procedente respecto á aquellas, y el juez da auto señalando dia y hora para la junta, de la que se estiende acta, expresando aquello en que convinieren, lo cual deberán considerar los contadores como supuesto de la liquidacion y division, conforme prescriben los artículos 473 y 476 de la Ley.

28. **Escrito de los contadores para que se celebre junta para tratar de las adjudicaciones.**—Don C. y don P. contadores ó partidores nombrados para la division de la herencia dejada por don F. J., ante V. parecidos, y como mas haya lugar en derecho, decimos: Que estándose en el caso de proceder á las adjudicaciones del caudal de dicha herencia por haber practicado la liquidacion y division correspondientes, en cumplimiento del art. 478 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

A V. suplicamos se sirva convocar á junta á los interesados para obtener su acuerdo respecto de las adjudicaciones, pues así es justicia que pedimos, en tal parte á tantos. (Firmas de los contadores).

29. **Auto.**—Como se pide, señalándose para la junta el dia tantos á tal hora, y celebrada aquella, entréguese de nuevo los autos á los contadores para proceder con arreglo á la ley.

(Se celebra la junta, estendiéndose acta en que conste si hubo ó no convenio en las adjudicaciones.)

#### MODELOS Ó EJEMPLARES PARA PRÁCTICAR LAS PARTICIONES. (1)

##### MODELO PRIMERO.

#### Particion de los bienes que dejó un marido, entre su viuda é hijos de ambos con mejora y colacion.

El licenciado don L., abogado de los tribunales nacionales, vecino de esta villa de tal, partidador nombrado unánimemente con arreglo al art. 469 de la Ley de

(1) Tomamos estos modelos que trae el Febrero reformado adaptándolos á las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento y de la Hipotecaria, ya en el mismo fondo del formulario, ya por medio de notas ó advertencias.

Enjuiciamiento civil por doña Clara de Vargas, viuda de don Felipe Jimenez, por don José Jimenez, don Juan Jimenez y doña Ana Jimenez, mayores de veinte y cinco años, y esta viuda de don Santiago Lopez, todos tres hijos de ambos é instituidos únicos y universales herederos del citado don Felipe en el testamento que formalizó en esta villa á tanto de tal mes y año ante F., escribano de su número, bajo del que falleció: hago liquidación, cuenta y partición de todos los bienes y créditos que dejó el expresado don Felipe entre su viuda y herederos, con vista, reconocimiento y escrupuloso exámen de su testamento, inventario formalizado y de otros papeles relativos á su desempeño, y para su mas perceptible inteligencia debo hacer las suposiciones siguientes:

## PRIMERA.

## SOBRE LA DOTE DE DOÑA CLARA DE VARGAS.

Estando para casarse los expresados don Felipe y doña Clara, formalizó aquel á favor de ésta en tal día, mes y año, ante tal escribano, carta de pago y recibo de los bienes que trajo á su matrimonio y ascendieron á cincuenta mil reales, segun sus tasaciones, incluso diez mil reales que llevó en dinero efectivo; por lo cual se obligó á devolverle los cincuenta mil reales en bienes equivalentes á justa tasación, ó en los mismos que existiesen, y los diez mil en dinero, siempre que el matrimonio que habian de contraer se disolviese. En el propio contrato dotal le ofreció en arras, ó como mas hubiese lugar en derecho y le fuese útil, quinientos ducados que confesó cabian en la décima parte de los bienes libres con que se hallaba; y en caso que no cupiesen, se los consignó en los que adquiriese en lo sucesivo, á su elección; y mediante á haber cabido entonces y caber tambien ahora en ella, se le abonarán íntegramente con la calidad de reservarlos para sus hijos si se volviere á casar, como asimismo el importe de su dote; pero respecto no constar haber llevado bienes parafernales que haya entregado á su marido, ni heredado despues cosa alguna, nada mas se le abonará como patrimonio suyo puesto en la sociedad conyugal; ni tampoco vestido ordinario por no haberse inventariado.

## SEGUNDA.

## SOBRE EL CAPITAL Y HERENCIA DE DON FELIPE JIMENEZ.

El mencionado don Felipe, despues de haber contraido su matrimonio y en el día tantos de tal mes y año, hizo ante tal escribano capital de todos los bienes que habia llevado á él, y ascendieron á ciento veinte mil reales, de los cuales los ochenta mil fueron en bienes raices, libres de todo gravámen, y los cuarenta mil en muebles; y de todo otorgó á su favor la expresada doña Clara el resguardo correspondiente para que siempre constase. Despues heredó de don Pedro Jimenez, su tío, treinta mil reales líquidos, bajada su parte de gastos judiciales, de cuya cantidad se le aplicaron en bienes tambien raices los veinte y cinco mil, y los cinco mil restantes en alajas de plata, segun acredita la adjudicación que se le formó en la división hecha por su fallecimiento con otros sobrinos coherederos, y aprobada judicialmente por sentencia que dió en tal día el señor don F., juez de primera instancia de esta villa, ante tal escribano de su número; de modo que el dicho don Felipe Jimenez llevó al matrimonio que contrajo con la referida doña Clara, la cantidad de ciento cincuenta mil reales efectivos, los ciento veinte mil al tiempo de su celebración, y los treinta mil restantes mientras duró. Y respecto haber caudal suficiente para satisfacer las deudas de la sociedad conyugal, y no constar que tuviese contra sí responsabilidades algunas, no hay motivo para minorar su capital, y así se estimarán por fondo suyo líquido puesto en ella, y se le abonarán íntegramente; previniendo que los bienes raices y alajas de plata que llevó y existen, se aplicarán á sus hijos como patrimonio de su padre, y no á su viuda, por haber otros con que reintegrarla, así de su total haber con arreglo á lo estipulado en el contrato dotal, como de luto, lecho, gananciales y demás que le corresponden por derecho y segun la disposición y obligación que hizo su difunto marido.

## TERCERA.

## SOBRE LA DOTE Á DOÑA ANA JIMENEZ POR SUS PADRES CUANDO SE CASÓ.

La citada doña Ana Jimenez contrajo matrimonio en tal día de tal año con don

Santiago Lopez, y llevó á él en dote, por cuenta de ambas legítimas, treinta mil reales que le dieron sus padres en diferentes bienes muebles, dinero y alajas de plata, como acredita el instrumento dotal que otorgó su marido en tal parte, tal día de dicho mes y año; y mediante á que por ley se deben deducir de los gananciales las dotes y capitales, aunque solo el padre las dé ó ofrezca, y á que en el caudal inventariado los hay, se les imputarán en cuenta de no haber paterno los quince mil, mitad de los treinta mil, y retendrá en su poder otros quince mil, para colacionarlos cuando se trate de dividir la herencia materna, como el derecho lo ordena; y los de la paterna se separarán para no detraer de su importe mejora ni legado de cuota, especie ni cantidad, para cumplir de esta suerte con la ley que prohíbe se saquen mejoras de las dotes y donaciones que se colacionan, y para no perjudicar á la doña Ana ni coherederos en cosa alguna de su legítimo haber. Despues, deducida de lo líquido del caudal paterno la mejora del tercio y quinto, se unirán los expresados quince mil reales al residuo por la división igual de legítimas entre todos tres herederos, aplicándolos en vacío ó entrada por salida á la doña Ana como recibidos, y lo que le falte para completar la suma en bienes efectivos. Y sin embargo de que su carta dotal asciende á cuarenta mil reales, no se le cargarán ahora ni cuando su madre muera los diez mil restantes, á causa de no haber salido del patrimonio de sus padres, y sí proceder de dádivas y regalos que varias personas por afecto y no por mera contemplación, que aquellos le hicieron, como en ella se refiere; de suerte que en ningún tiempo los deberá colacionar con sus hermanos.

## CUARTA.

## SOBRE EL TESTAMENTO DE DON FELIPE JIMENEZ.

Don Felipe falleció en esta villa en tal día, bajo del testamento que habia otorgado en tal día de tal mes, ante tal escribano, en el cual mandó se sepultase de secreto su cadáver, sin ninguna pompa ni aparato fúnebre en su casa ni en la iglesia: que por su alma se celebrase misa de cuerpo presente con diácono, subdiácono, vigilia y responso en el día de su entierro, y si no pudiese ser, en el siguiente; y por la misma, las de sus padres y demás de su obligación doscientas misas rezadas con limosna de cuatro reales cada una, dejando al arbitrio de sus testamentarios la celebración de las ciento y cincuenta en las iglesias y altares que eligieren, por tocar las cincuenta restantes como cuarta parte á la parroquia. Legó á su mujer quinientos ducados en dinero y otros quinientos á su hija doña Ana, consignando los de ésta en tales bienes raices, y mandando que si su valor escudiese á ellos, se le aplicase el exeso en parte de legítima; y no completando su valor, se le supliese en dinero. A Juan de tal, su criado, legó cincuenta ducados en dinero, dos vestidos de paño de tal y tal color casi nuevos, dos mudas enteras de ropa blanca interior, dos camisas, dos corbatines de los de su uso, todo nuevo, y asimismo la cama completa en que dormía, incluyendo en ella la armazon de madera, los dos colchones, cuatro sábanas, cuatro almohadas con dos fundas, y la manta y cocha que usaba, y á María, su criada, legó asimismo cien ducados en dinero, y su cama en igual forma. Declaró el capital y la dote que él y su mujer llevaron á su matrimonio, lo que queda dicho heredó de su tío, como tambien la dote que habia dado á dicha doña Ana, su hija, en cuenta de ambas legítimas. Mandó se cobrase lo que se le debía y pagase lo que estuviese debiendo, expresando que todo ello resultaria de sus papeles y asientos. Mejoró en el remanente del quinto de sus bienes á su hijo don José, y en el tercio al don Juan, consignando á este para pago de su mejora tal y tal finca raíz, y previniendo que si no la completasen, se les aplicase el resto en otros bienes de su herencia. Nombró por sus testamentarios con facultad de *in solidum* y prerogación del término legal á don Pedro, Sancho y Diego de tal. Instituyó por sus herederos universales á sus tres hijos únicos don José, don Juan y doña Ana Jimenez. Y finalmente revocó y anuló todas las disposiciones testamentarias que anteriormente tuviese hechas: que es cuanto sustancialmente resulta del dicho testamento, que á este efecto he tenido presente. Con arreglo á él y á derecho se separará previamente el quinto de lo que le corresponda de los bienes inventariados, y no de los colacionables: de él se bajarán los gastos de su funeral y misas, y los legados específicos y genéricos que hizo, aplicándose á doña Clara el suyo, con la obligación, en caso de pasar á segundas nupcias, de reservarlo al don José, á quien corresponde por su mejora: el residuo que quede de él se adjudicará á este: luego del resto de los propios bienes inventariados se deducirá el tercio, para apli-

carlo al don Juan, y el sobrante despues de deducidos quinto y tercio, se unirá á los quince mil reales que en parte de la legitima paterna y como recibidos debe colacionar la doña Ana: todo lo cual se hará un cuerpo y se dividirá con igualdad entre los tres, aplicando á esta en vacío, ó entrada por salida, los mencionados quince mil reales, y en bienes efectivos lo que le falte para completar su legitima diminuta, y legado que le hizo su padre, como en la anterior suposición se ha advertido.

## QUINTA.

## SOBRE EL INVENTARIO FORMALIZADO, LIQUIDACIÓN Y DIVISION DEL CAUDAL INVENTARIADO Y COLACIONADO.

Habiendo fallecido el expresado don Felipe, acudieron la doña Clara de Vargas, su viuda y sus dos hijos mayores en tal día, ante el señor don F., juez de primera instancia de esta villa, y por la escribanía numeraria de F., con la solicitud de que se hiciese inventario, tasación y partición de sus bienes entre todos los interesados, y con asistencia de todos se formalizaron el inventario y tasación de cuantos se hallaron pertenecerle, que ascendieron á cuatrocientos veinte y nueve mil reales. De estos se harán con arreglo á la ley, á lo que resulta de los documentos mencionados, y á la última disposición de don Felipe, las deducciones generales y particulares, y la distribución y aplicación correspondientes á los interesados en ellas: en primer lugar y como privilegiada (1) la de la dote de doña Clara, importante cincuenta mil reales: en segundo, la de los diez mil que don Felipe estaba debiendo á sus criados y otras personas cuando falleció, segun se acredita por estenso en la última diligencia y declaración del inventario, y por estar satisfechos no se formará hijuela de deudas; y en tercero, la de los ciento cincuenta mil que llevó como capital á su matrimonio, cuyas tres partidas componen doscientos mil reales, y bajadas del total resultan de gananciales doscientos diez y nueve mil: de los cuales se deducen mil trescientos que suman los bienes de que se compone el lecho cotidiano que ambos usaban y se ha de aplicar á la doña Clara, mediante permanecer viuda; y quedan de gananciales líquidos partibles con igualdad doscientos diez y siete mil setecientos reales, cuya mitad son ciento ocho mil ochocientos cincuenta. Unida la mitad de gananciales al capital de don Felipe, es su total haber el de doscientos cincuenta y ocho mil ochocientos cincuenta reales; y bajados de ellos cinco mil y quinientos por las arras que ofreció á su mujer, y mil por el luto ordinario que segun costumbre deben darles sus herederos, que reducido á doscientos cincuenta y dos mil trescientos cincuenta, cuyo quinto son cincuenta mil cuatrocientos sesenta; bajado este, resultan de caudal doscientos un mil ochocientos ochenta reales, de los cuales el tercio son sesenta y siete mil doscientos noventa y tres y once maravedís; por manera que hecha esta deducción, quedan para legítimas, ciento treinta y cuatro mil quinientos ochenta y seis y veinte y tres maravedís, á los que se aumentan los quince mil, mitad de los treinta mil que doña Ana Jimenez tiene recibidos y debe colacionar en cuenta de su legitima paterna, como se ha prevenido en la suposición tercera y al fin de la cuarta, y con ellos asciende el total de legítimas á ciento cuarenta y nueve mil quinientos ochenta y seis reales y veinte y tres maravedís: de cuya cantidad tocan á cada hijo cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos reales y siete maravedís. Por lo respectivo á la liquidación del quinto, importante los dichos cincuenta mil cuatrocientos y sesenta reales, se deben bajar de ellos diez y siete mil seiscientos sesenta y un reales y veinte y seis maravedís, que importan el funeral y misas de don Felipe y los legados que hizo y queda reducido á treinta y dos mil setecientos y ocho reales y ocho maravedís, los cuales se aplicarán á su hijo don José, como mejorado en su residuo con el importe de su legitima. Segun esta liquidación, el haber de doña Clara por todos sus derechos asciende á ciento sesenta y dos mil cincuenta reales, en esta forma: cincuenta mil por su dote, ciento ocho mil ochocientos cincuenta por su mitad de gananciales, cinco mil quinientos por sus arras, mil por el luto, mil trescientos por el lecho, y cinco mil quinientos por el legado que le hizo su marido: el de don José á ochenta y dos mil seiscientos sesenta reales y quince maravedís; los cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos y siete maravedís por su legitima, y los treinta y dos mil setecientos noventa con ocho maravedís por el residuo del quinto: el de don Juan á ciento diez y

(1) Véase la declaración penúltima puesta al fin de este modelo.

siete mil ciento cincuenta y cinco reales y diez y ocho maravedís; los cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos y siete maravedís por su legitima, y los sesenta mil doscientos noventa y tres y once maravedís por su mejeira del tercio; y el de doña Ana á cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos reales y siete maravedís; los cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos reales y siete maravedís por su legitima, y los cinco mil quinientos por el legado que su padre le hizo. Unidos estos haberes con los diez mil reales de las deudas comunes y con el importe de las misas, entierro, legados de criados, y agregados á estas partidas de dos maravedís, de que por tener muy incómoda división y no gastar infructuosamente el tiempo en apurar quebrados no se hizo mérito, componen cuatrocientos cuarenta y cuatro mil reales, total caudal inventariado y colacionado, y bajados los quince mil traídos á colación, queda reducido á los cuatrocientos veinte y nueve mil inventariados. Y es de tener presente que nada se abona á la viuda por razon de alimentos ni intereses de dote retardada, á causa de haber estado viviendo con sus hijos y gastado todos de una masa desde la muerte de su marido; sin haber resultado incremento en el caudal en el corto tiempo que ha estado *pro indiviso*, segun se me ha informado. Con arreglo á todo lo espuesto procedo á formar el cuerpo de hacienda, liquidación y deducciones de él en la forma siguiente:

## CUERPO GENERAL DE BIENES.

Se pone por caudal ó cuerpo de bienes:	
1.º Cien mil reales, en metálico y billetes de banco, inventariados con los números 1 y 2. . . . .	100,000 "
2.º Ochenta mil reales en que han sido tasadas las alhajas inventariadas con los números 3 al 10. . . . .	80,000 "
(Siguen anotándose por este estilo las cantidades en que se hayan tasado los demás bienes inventariados por el orden de efectos públicos, sembrados, frutos, muebles, raices y derechos y acciones que previene el art. 431 de la Ley de Enjuiciamiento civil).	
Total importe del cuerpo general de bienes inventariado.	429,000 "

Asciende el caudal inventariado por fallecimiento de don Felipe Jimenez (salvo error) á cuatrocientos veinte y nueve mil reales, segun aparece de la suma general de las veinte y siete partidas anteriores; y de ello se hacen las deducciones siguientes:

## Bajas comunes ó generales.

Se bajan del cuerpo de caudales inventariado cincuenta mil reales que consta haber llevado en dote á su matrimonio doña Clara de Vargas, segun se ha sentado en la primera suposición. . . . .		50,000 "
Mas diez mil reales, importe de las deudas contraídas durante su matrimonio con su difunto marido, segun consta de la última declaración del inventario, y que por estar ya satisfechas no se individualizan. . . . .		10,000 "
Mas, ciento cincuenta mil reales á que ascienden los bienes que don Felipe Jimenez llevó á su matrimonio, y heredó durante él de su tío don Pedro Jimenez. . . . .		150,000 "
Total de bajas comunes. . . . .	210,000 "	
Resultan de gananciales. . . . .	219,000 "	

Importan las bajas comunes hechas del caudal inventariado doscientos diez mil reales, y cotejados estos con los cuatrocientos diez y nueve mil inventariados, resultan de gananciales doscientos diez y nueve mil reales: de los cuales se hace la siguiente deducción.

*Baja de los gananciales.*

Se deduce de los gananciales mil trescientos reales que valen los colchones y demás objetos de que se compone el lecho cotidiano de don Felipe y su viuda, y corresponden á esta por permanecer sin casarse. . . . .	1,300	»
Quedan de gananciales líquidos partibles con igualdad. . . . .	217,700	»
Cuya mitad son. . . . .	108,850	»

De los doscientos diez y nueve mil reales á que ascienden los gananciales adquiridos por don Felipe y su mujer durante su matrimonio, bajando mil y trescientos que importan los bienes de que se compone el lecho cotidiano, quedan líquidos y partibles entre ambos con igualdad doscientos diez y siete mil setecientos; cuya mitad perteneciente á cada uno son ciento ochenta mil ochocientos cincuenta, por lo que se procede á liquidar el haber de don Felipe y hacer de él las deducciones correspondientes.

*Haber de don Felipe Jimenez.*

A don Felipe Jimenez, y por su representacion á sus hijos, tocan por el capital llevado al matrimonio y herencia de su tío habida durante él, ciento cincuenta mil reales. . . . .	150,000	»
Mas, por su mitad líquida de gananciales, ciento ocho mil ochocientos cincuenta reales. . . . .	108,850	»
Total haber suyo. . . . .	258,850	»

*Bajas de este haber.*

Por las arras que ofreció á su mujer al tiempo de su matrimonio, cinco mil quinientos reales. . . . .	5,500	»
Por el luto ordinario que sus herederos deben dar á la viuda, segun costumbre, se regulan mil reales. . . . .	1,000	»
Importan estas deducciones. . . . .	6,500	»
Queda reducido su haber á. . . . .	252,350	»

*Distribucion del caudal líquido de don Felipe Jimenez entre sus hijos.*

El caudal líquido de don Felipe son doscientos cincuenta y dos mil trescientos cincuenta reales. . . . .	252,350	»
Importa el quinto de estos. . . . .	50,470	»
Quedan de caudal para sacar el tercio de mejora. . . . .	201,880	»
El tercio de estos son. . . . .	67,393	11
Quedan para legítimas. . . . .	134,586	23

*Aumento por via de colacion á las legítimas.*

Se aumenta al caudal que queda para legítimas paternas, por lo que doña Ana Jimenez tiene recibido á cuenta de la suya, quince mil reales. . . . .	15,000	»
Total de legítimas. . . . .	149,586	23

Tocan á cada uno de los tres hijos de don Felipe Jimenez por su legítima paterna. . . . .	49,862	7
---	--------	---

Asciende el total haber de don Felipe Jimenez á doscientos cincuenta y ocho mil ochocientos cincuenta reales, y bajados de ellos los seis mil quinientos, importe de las arras y luto de su viuda, quedan líquidos doscientos cincuenta y dos mil trescientos cincuenta, de los cuales el quinto son cincuenta mil cuatrocientos setenta, y el tercio sesenta y siete mil doscientos noventa y tres reales y once maravedis; de suerte que hay para distribuir ciento treinta y cuatro mil quinientos ochenta y seis reales y veinte y tres maravedis, y agregados á estos los quince mil que debe colacionar doña Ana Jimenez, compone el total de legítimas ciento cuarenta y nueve mil quinientos ochenta y seis reales veinte y tres maravedis; y de ellos tocan á cada uno de sus tres hijos cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos reales y siete maravedis.

*Liquidacion y distribucion del quinto.*

El quinto de los bienes de don Felipe Jimenez asciende á cincuenta mil cuatrocientos setenta reales. . . . .	59,470	»
--	--------	---

*Bajas de él.*

Se bajan mil ochocientos reales importe del funeral, segun consta de recibos. . . . .	1,800	»
Mas, doscientos once reales y veinte y seis maravedis, limosna de las cincuenta misas de la cuarta parroquia á cuatro reales y ocho maravedis de cera y oblata en cada una. . . . .	211	26
Mas, seiscientos reales por las ciento cincuenta restantes á cuatro reales. . . . .	600	»
Mas, sesenta reales legados á los hospitales. . . . .	60	»
Mas, cinco mil y quinientos que legó á su mujer. . . . .	5,500	»
Mas, otros tantos que legó á su hija. . . . .	5,500	»
Mas, dos mil doscientos, importe del legado que en dinero efectivo y otros bienes hizo á su criado. . . . .	2,200	»
Mas, mil y ochocientos por el que hizo á su criada en dinero y cama. . . . .	1,800	»

Importan estas deducciones. . . . . 17,671 26

Total del quinto. . . . . 50,470 »

Líquido sobrante del quinto. . . . . 32,858 8

El quinto de los bienes propios de don Felipe Jimenez suma cincuenta mil cuatrocientos setenta reales, y deducidos diez y siete mil seiscientos once y veinte y seis maravedis á que ascienden los gastos de su funeral, entierro y legados que hizo, quedan sobrantes treinta y dos mil ochocientos cincuenta y ocho reales y ocho maravedis, los que se han de aplicar á su hijo don José, como mejorado en su remanente, ademas de su legítima.

RESUMEN Y LIQUIDACION DE LO QUE TOCA A CADA UNO DE LOS INTERESADOS EN ESTA PARTICION POR TODOS SUS DERECHOS.

*Haber de doña Clara de Vargas.*

Doña Clara de Vargas dede haber por su dote. . . . .	50,000	»
Mas: por su mitad de gananciales. . . . .	108,850	»
Mas: por sus arras. . . . .	5,500	»
Mas: por el luto ordinario. . . . .	1,000	»
Mas: por el lecho cotidiano. . . . .	1,300	»
Mas: por el legado que su marido le hizo. . . . .	5,500	»

Total haber de doña Clara. . . . . 172,150 »

*Haber de don José Jimenez.*

Don José Jimenez debe haber por su legitima. . . . .	49,862	7
Mas: por el residuo del quinto. . . . .	32,858	8
<b>Total haber de don José. . . . .</b>	<b>82,720</b>	<b>15</b>

*Haber de don Juan Jimenez.*

Don Juan Jimenez debe haber por su legitima. . . . .	49,862	7
Mas: por su mejora del tercio. . . . .	67,293	11
<b>Total haber de don Juan. . . . .</b>	<b>117,155</b>	<b>18</b>

*Haber de doña Ana Jimenez.*

Doña Ana Jimenez debe haber por su legitima. . . . .	49,862	7
Mas: por el legado de quinientos ducados que le hizo su padre. . . . .	5,500	»
<b>Total haber de doña Ana. . . . .</b>	<b>55,362</b>	<b>7</b>

De la liquidacion y deducciones precedentes resulta, que el haber de doña Clara por todos sus derechos son ciento setenta y dos mil ciento cincuenta reales: el de don José, ochenta y dos mil setecientos veinte con quince maravedis; el de don Juan, ciento diez y siete mil cincuenta y cinco con diez y ocho maravedis; y el de doña Ana cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos y siete maravedis; y con arreglo á ellas y á lo prevenido en las suposiciones procederé á formar las adjudicaciones á los interesados.

*Comprobacion de esta cuenta.*

Por el importe de las deudas contra el caudal. . . . .	40,000	»
Por el haber de doña Clara de Vargas. . . . .	172,150	»
Por el haber de don José Jimenez. . . . .	82,720	15
Por el haber de don Juan Jimenez. . . . .	117,155	18
Por el de doña Ana Jimenez. . . . .	55,362	7
Por el funeral. . . . .	4,800	»
Por la limosna de doscientas misas. . . . .	844	26
Por el legado de los hospitales. . . . .	40	»
Por el legado de su criado. . . . .	2,200	»
Por el de su criada. . . . .	1,800	»

No se hizo mérito de los maravedis que faltan para completar todo el caudal, por ser muy incómoda su division entre los tres herederos y no gastar infructuosamente el tiempo en apurar quebrados.

<b>Total caudal incluso el colacionado. . . . .</b>	<b>444,000</b>	<b>»</b>
<b>Bájanse como colacionados. . . . .</b>	<b>15,000</b>	<b>»</b>
<b>Quedan de caudal. . . . .</b>	<b>429,000</b>	<b>»</b>
<b>Importa el inventario, los mismos. . . . .</b>	<b>429,000</b>	<b>»</b>
<b>Igual.</b>		

*Haber ó hijuela de doña Clara de Vargas (1).*

Doña Clara de Vargas, viuda de don Felipe Jimenez, debe haber, por su dote cincuenta mil reales. . . . .	50,000	»
Mas por su mitad de gananciales, ciento ocho mil ochocientos cincuenta reales. . . . .	108,850	»
Mas por las arras que su marido le ofreció al casarse, cinco mil quinientos reales. . . . .	5,500	»
Mas por el luto ordinario, mil reales. . . . .	1,000	»
Mas por el lecho cotidiano, mil trescientos reales. . . . .	1,300	»
Mas por el legado que su marido le hizo, cinco mil quinientos reales. . . . .	5,500	»
<b>Total haber de doña Clara Vargas. . . . .</b>	<b>172,150</b>	<b>»</b>

Asciende el haber de doña Clara de Vargas por todos sus derechos á ciento setenta y dos mil ciento cincuenta reales, de los cuales se le hará pago con los bienes siguientes:

*Adjudicacion y pago.*

Se adjudican á doña Clara de Vargas tantas fanegas de tierra de pan llevar, sitas en término de esta villa, y pago llamado N., que están unidas, y lindan por el Oriente con el arroyo nombrado M., por Poniente con la senda que desde esta villa va á la de tal; por el Norte con tierras del vínculo de F., y por el Mediodia con otras de G., cuyas fanegas de tierra adquirieron doña Clara y su marido durante su matrimonio por venta, que en precio de tres mil reales formalizó á su favor V., vecino de esta villa, á tantos de tal mes y año, ante don N., notario de la misma (hallándose al pie de su copia que se exhibe, nota de estar inscrita en el registro de la propiedad, tomo tantos, libro tantos, folio... finca... número... inscripcion, número... Del título mencionado y de la certificacion que se exhibe, librada en... por el registrador de... no aparece carga alguna contra esta tierra), la cual para esta particion se valuó en la referida cantidad de . . . . .

3,000	»
Mas: se le adjudican, etc . . . . .	»
<b>Total de bienes aplicados. . . . .</b>	<b>172,150</b>
<b>Total haber suyo. . . . .</b>	<b>172,150</b>

Queda pagada enteramente. . . . . 000,000 »

Importan los bienes aplicados á doña Clara de Vargas ciento setenta y dos mil ciento cincuenta reales, y lo que debe percibir por todos sus derechos la misma cantidad, por lo que queda satisfecha enteramente de ellos.

(1) El señor Hernandez Ariza, en el formulario de particiones que inserta en sus comentarios á la Ley Hipotecaria, teniendo en cuenta que la viuda que contrae segundas nupcias está obligada á reservar ciertos bienes para los hijos del primer matrimonio, que por otra parte, ha de satisfacer si es legataria del quinto (ó parte de él) los gastos del funeral y legados hechos por el marido; en la parte que corresponda, y además el fin puesto hipotecario á la hacienda, puesto que los hijos han de percibir integras y sin gravamen alguno sus legítimas, á fin de que consten clara y distintamente los bienes sujetos á reserva para los efectos de la Ley Hipotecaria, y en especial de su artículo 194, acreditando al propio tiempo el valor líquido que ha de servir para computar el derecho de hipotecas, opina, que la hijuela de dicha interesada, ó de la viuda, debe ir precedida de la liquidacion del quinto, con expresion del res duo ó líquido sobrante de que ha de satisfacer el expresado derecho. En su consecuencia, es de opinion que la hijuela de la viuda debe comprender tres secciones: una de adjudicacion de bienes en pago de sus créditos doctales y gananciales; otra de los que ha de reservar para los hijos si muere en el caso de la ley, y otra de los gastos funerales y legados de especie y cantidad; pues de otra suerte quedarían confundidos los bienes que el cónyuge sobreviviente adquiere de una manera incondicional, de los que ha de reservar para sus hijos si contrae segundas nupcias, y sería difícil y embarazoso constituir en su caso la hipoteca sobre los mismos inmuebles reservables y sobre otros á la seguridad de los no inmuebles que ordena el artículo 194 de la Ley Hipotecaria.

*Hijuela para doña Ana Jimenez.*

Doña Ana Jimenez, uno de los tres hijos y herederos que dejó don Felipe Jimenez, debe haber por su legitima paterna cuarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos reales y siete maravedis. . . . .	49,862	7
Mas, por el legado que su padre le hizo, cinco mil y quinientos reales. . . . .	5,500	»
<b>Total haber de doña Ana Jimenez. . . . .</b>	<b>55,362</b>	<b>7</b>

Importa el total haber de doña Ana Jimenez cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos reales y siete maravedis, que se han de completar con los bienes siguientes:

*Adjudicacion y pago.*

Se dan en pago á doña Ana Jimenez quince mil reales que en cuenta de su legitima paterna percibió al casarse, segun se ha sentado en la suposicion tercera, por lo que se le aplican en vacío como recibidos. . . . .	15,000	»
Mas: se le aplican, etc. . . . .	... ..	»
<b>Total de bienes aplicados á doña Ana. . . . .</b>	<b>55,362</b>	<b>7</b>
<b>Total haber suyo. . . . .</b>	<b>55,362</b>	<b>7</b>
<b>Queda satisfecha enteramente. . . . .</b>	<b>000,000</b>	<b>»</b>

## DECLARACIONES.

1.<sup>ª</sup> Se declara que siempre que aparezcan algunos otros bienes y créditos pertenecientes á este caudal, se deberán tener por incremento de él, y dividirse en la forma que los inventariados entre todos los partícipes, y lo mismo deberá practicarse con los débitos, cargas y responsabilidades que resulten contra él y por no haberse tenido presentes no se han deducido, de suerte que todos los interesados quedan obligados proporcionalmente al pago de las segundas, como con igual derecho al percibo de los primeros.

2.<sup>ª</sup> Igualmente se declara que si alguna ó algunas de las fincas raíces inventariadas y aplicadas en el concepto de libres resultaren estar vinculadas ó pertenecer en todo ó en parte á tercero, y por consiguiente no ser de esta testamentaria el importe principal de ellas, las espensas que se originen á la persona á quien se han adjudicado ó á la que en lo sucesivo la represente, caso que se le mueva litigio sobre su reivindicacion, y los daños que esperimiente, deberán tenerse por menos caudal, y bonificarle los otros partícipes sin excusa su respectiva parte, de modo que quede enteramente saneada del valor de lo adjudicado y de los perjuicios; pero deberá seguir y defender el pleito que se suscite, citando de eviccion conforme á derecho y no de otra suerte á los demás interesados, y hasta que se ejecutorie no tendrá derecho á dicha repeticion (1).

3.<sup>ª</sup> Asimismo se declara que no se ha formado hijuela de deudas, por estar satisfechas, no solo las comunes que quedan deducidas, sino tambien las del quinto con el dinero inventariado, por lo que solo se ha distribuido lo liquido que ha correspondido á cada interesado.

4.<sup>ª</sup> Tambien se declara que de las escrituras y demás documentos y papeles de propiedad de las fincas raíces inventariadas, se deben entregar á cada interesado los correspondientes á las que se adjudicaron, para acreditar su legitimidad, y para que con el testimonio de su adjudicacion les sirva de resguardo y título de pertenencia en todo tiempo.

5.<sup>ª</sup> (Debe asimismo declararse que á cada interesado se entregará testimonio de

(1) Esta cláusula que pone Febrero es inútil en el día, puesto que la Ley Hipotecaria ha declarado en su art. 51, que solamente en virtud de un título inscrito podrá invalidarse en perjuicio de tercero otro título posteriormente inscrito.

su hijuela, siendo de su cargo y responsabilidad, presentarlo para su inscripcion en el registro de la propiedad, segun el art. 2.<sup>º</sup> de la nueva Ley Hipotecaria.)

6.<sup>ª</sup> Ultimamente se declara que los derechos de inventario, tasacion, particion, su aprobacion, testimonio de las adjudicaciones que con insercion de las suposiciones, de la sentencia y de estas declaraciones se han de dar á los interesados, de papel gastado y demás diligencias que ocurran hasta la terminacion de todo, no se han deducido, y así deberá tasarlos la persona que elija el señor juez de esta testamentaria, con separacion de los que corresponden á cada uno de los que intervinieron en ello, especificándose en la tasacion lo que toca á cada partícipe satisfacer por su parte. Con estas declaraciones concluyo esta particion, que con arreglo á los documentos que se me manifestaron y devolví á quien me los entregó, y bajo juramento que presté, he hecho bien y fielmente segun mi inteligencia, sin causar agravio á los interesados, por lo que la firmo en esta villa de tal á tantos de tal mes y año...

Si quedase algo sin dividir por estar en litigio ó por otra causa, se declara; y si hubiese motivo para hacer mas declaraciones, se harán.

Las hijuelas de deudas se han de formar en cabeza del viudo, viuda ó hijo mayor y mas seguro y puntual para su pago, poniéndose primero los acreedores con individualidad, y luego los bienes que se le apliquen para su satisfaccion, como se advertirá en el ejemplo siguiente:

(Tambien deberá poner el escribano con arreglo á lo prevenido en los artículos 168, 217 y 218 de la nueva Ley Hipotecaria, cláusula de hacer los interesados en las particiones y que intervinieron en ella expresa reserva de la hipoteca legal á favor del Estado sobre los bienes inmuebles de los contribuyentes por el importe de una anualidad vencida y no pagada de los impuestos que graviten sobre ellos. Igualmente deberá poner cláusula de haber enterado á la viuda de la obligacion que tiene de asegurar con hipoteca, si contrae segundo matrimonio, la propiedad y conservacion de los bienes que ha de reservar para sus hijos, y á estos de que el cumplimiento de dicha obligacion no podrá oponerse ni perjudicar á tercero mientras no se haga constar en el registro de propiedad del modo prevenido en el art. 16 de la Ley Hipotecaria).

Por último, el contador ó contadores, pondrán al fin de la particion la cláusula siguiente: Queda así concluida esta particion que he formado con arreglo á derecho y segun los documentos que se me han presentado y he devuelto al que me los entregó y en vista de lo convenido por los interesados, procurando la justicia é igualdad en sus respectivas adjudicaciones, y lo firmo en tal parte, á tal fecha. (Firmas del contador ó contadores.)

## MODELO SEGUNDO.

## 31 Particion de los bienes del marido entre la viuda é hijos de dos matrimonios con reserva, mejora y coleccion (1).

## SUPOSICIONES ACERCA DEL PRIMER MATRIMONIO.

## PRIMERA.

*Sobre la dote de la primera mujer doña Lucia de Céspedes.*

## SEGUNDA.

*Sobre el capital que llevó á su primer matrimonio don Jorge Sarmiento.*

## TERCERA.

*Sobre el testamento de doña Lucia de Céspedes, primera mujer de don Jorge Sarmiento.*

## CUARTA.

*Sobre el inventario y distribucion de los bienes que dejó doña Lucia de Céspedes.*

(1) En obsequio á la brevedad, extractamos este modelo que trae Febrero, indicando solamente el epigrafe de cada presupuesto que marca el punto sobre que estos han de versar.

SUPOSICIONES ACERCA DEL SEGUNDO MATRIMONIO.

QUINTA.

Sobre la dote de doña Juana Velazquez, segunda mujer de don Jorge Sarmiento, el capital que éste llevó en el segundo matrimonio, y las arras que le ofreció.

SESTA.

Sobre el fallecimiento de doña H., hija del primer matrimonio, menor de edad y distribución entre sus hermanos de lo que heredó de su madre.

SETIMA.

Sobre lo que dió don Jorge Sarmiento á los hijos de su primer matrimonio, durante el segundo.

OCTAVA.

Sobre el testamento de don Jorge Sarmiento.

NOVENA.

Sobre el inventario hecho por muerte de don Jorge Sarmiento y la liquidación y distribución de su caudal.

CUERPO DEL CAUDAL INVENTARIADO POR MUERTE DE DON JORGE SARMIENTO Y DE LO QUE QUEDÓ POR LA DE SU PRIMERA MUJER DOÑA LUCÍA DE CÉSPEDES.

Caudal del inventario de doña Lucía de Céspedes.

Se ponen por caudal de esta particion, sesenta y nueve mil ochocientos setenta y cuatro reales y cuatro maravedises que don Jorge dió á los dos hijos de su primer matrimonio don José y don Juan y que se hallaban en su poder. . . . .	69,874	»
Mas, mil ochocientos y veinte y cinco reales y treinta maravedís importe de los gastos del funeral y misas de doña Lucía de Céspedes. . . . .	1,825	30
Mas, diez mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedís que resulta haber anticipado á los dichos dos hijos en cuenta de su legítima paterna. . . . .	10,425	30
Mas, en tierras inventariadas por muerte de don Jorge, treinta mil reales. . . . .	30,000	»

Caudal inventariado por muerte de don Jorge.

Mas, sesenta mil reales en viñas. . . . .	60,000	»
Mas, ciento y cincuenta y cinco mil reales en casas. . . . .	155,000	»
(Se siguen especificando los demás bienes).		

Cuerpo total del caudal. . . . . 441,225 30

Baja.

Se bajan del total referido ciento cincuenta mil reales que se han inventariado por muerte de doña Lucía Céspedes, primera mujer de don Jorge. . . . .	150,000	»
Quedan para el segundo matrimonio, sin incluir setenta y ocho mil novecientos reales sobrantes del primero (que se uniran cuando se haga la liquidacion y division del caudal de aquel), doscientos noventa y un mil doscientos veinte y cinco reales y treinta maravedís. . . . .	291,225	30

Asciende el caudal de esta particion á cuatrocientos cuarenta y un mil doscientos veinte y cinco reales y treinta maravedís, y separados de ellos los ciento cincuenta mil inventariados por muerte de doña Lucía de Céspedes, quedan para parte de lo que se inventarió por la de don Jorge su marido, doscientos noventa y un mil

doscientos veinte y cinco con treinta maravedís, á los cuales se agregarán sesenta y ocho mil novecientos que debieron tocar á don Jorge en la liquidacion del que quedó cuando falleció dicha doña Lucía, y compondrán los trescientos sesenta mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedís, como se demostrará en su lugar; por lo que procedo á evacuar la del que dejó ésta.

Liquidacion y distribucion del caudal inventariado por muerte de doña Lucía de Céspedes.

El caudal inventariado por muerte de doña Lucía de Céspedes ascendió á ciento cuarenta mil reales, como se ha espresado en la cuarta suposicion. . . . .	150,000	»
--	---------	---

Bajas comunes de él.

Se bajan de este caudal veinte y siete mil ochocientos reales liquidados á que quedaron reducidos los treinta mil que llevó en dote doña Lucía, por la razon espresa en la primera suposicion. . . . .	27,800	»
Mas, cuarenta mil reales que don Jorge Sarmiento llevó como capital suyo á su matrimonio con doña Lucía, segun se refiere en la segunda suposicion. . . . .	40,000	»
Total de bajas comunes. . . . .	67,800	»
Resultan de gananciales. . . . .	82,200	»
Cuya mitad son. . . . .	41,100	»

Importan las deducciones hechas del caudal inventariado por muerte de doña Lucía de Céspedes, sesenta y siete mil ochocientos reales, y rebatidos de los ciento cincuenta mil que suma su total, resultan de gananciales adquiridos en su matrimonio, ochenta y dos mil doscientos reales, cuya mitad son cuarenta y un mil ciento

Haber de doña Lucía de Céspedes.

Doña Lucía de Céspedes debe haber por su dote liquida veinte y siete mil ochocientos reales. . . . .	27,800	»
Mas, por su mitad de gananciales, cuarenta y un mil ciento. . . . .	41,400	»
Mas, por las arras que le ofreció su marido, dos mil doscientos. . . . .	2,200	»
Total haber suyo setenta y un mil cien reales. . . . .	71,400	»
Importa el quinto de estos, catorce mil doscientos veinte reales. . . . .	14,220	»
Quedan de caudal, bajado el quinto, para sacar el tercio, cincuenta y seis mil ochocientos ochenta reales. . . . .	56,880	»

El tercio de estos asciende á diez y ocho mil novecientos sesenta reales. . . . .	18,960	»
Y deducidos tercio y quinto, quedan para las legítimas de sus tres hijos treinta y siete mil novecientos veinte reales. . . . .	37,920	»
De estos tocan á cada hijo doce mil seiscientos cuarenta reales. . . . .	12,640	»

Liquidacion y distribucion del quinto de los bienes de doña Lucía de Céspedes.

El quinto de los bienes de doña Lucía de Céspedes asciende á catorce mil doscientos veinte reales. . . . .	14,220	»
--	--------	---

*Bajas de él.*

Por los gastos de funeral novecientos reales, como consta de recibos.	900	»
Por la limosna, á tres reales cada una de las veinte y cinco misas de la cuarta parroquial, juntamente con los derechos de cera y oblata, ochenta reales y treinta maravedís.	80	30
Por las sesenta y nueve restantes, á los mismos tres reales, sin derechos, de sesenta y siete reales.	237	»
Por el legado que hizo á las mandas forzosas y hospitales, ocho reales, cuatro á unas y otros.	8	»
Por el legado que hizo á su marido, cinco mil quinientos reales	5,500	»
<hr/>		
Importan estas bajas.	6,725	30
Total del quinto.	14,220	»
<hr/>		
Líquido sobrante de él.	7,494	4

*Resúmen y liquidacion de lo que toca á cada uno de los interesados en esta particion.*

Don Jorge Sarmiento debe haber por su capital cuarenta mil reales.	40,000	»
Mas, por su mitad de gananciales, cuarenta y un mil ciento.	41,100	»
Mas, por el legado que le hizo su mujer, cinco mil quinientos reales.	5,500	»
<hr/>		
Total de haber de don Jorge.	86,600	»
Se bajan por las arras que ofreció á su mujer.	2,200	»
<hr/>		
Queda reducido su haber á.	84,400	»
Se bajan de estos los cinco mil quinientos reales del legado.	5,500	»
<hr/>		
Es su líquido haber en propiedad.	78,900	»

*Haber de don José Sarmiento.*

Don José Sarmiento debe haber por su legítima materna doce mil seiscientos cuarenta reales.	12,640	»
---	--------	---

*Haber de don Juan Sarmiento.*

Don Juan Sarmiento debe haber por su legítima materna doce mil seiscientos cuarenta reales.	12,640	»
---	--------	---

*Haber de doña Micaela Sarmiento.*

Doña Micaela Sarmiento debe haber por su legítima materna doce mil seiscientos cuarenta reales.	12,640	»
Mas, por el tercio, diez y ocho mil novecientos sesenta reales.	18,960	»
Mas, por el residuo del quinto, siete mil cuatrocientos noventa y cuatro reales y cuatro maravedís.	7,494	4
<hr/>		
Total haber suyo.	39,094	4

*Comprobacion de esta liquidacion.*

Por el haber líquido de don Jorge Sarmiento en propiedad.	78,900	»
Por el legado que le hizo su mujer.	5,500	»
Por la legítima materna de don José Sarmiento.	12,640	»

Por la de don Juan Sarmiento.	12,640	»
Por la legítima y mejora del tercio y remanente líquido del quinto perteneciente á doña Micaela Sarmiento.	39,094	4
Por los gastos del funeral, misas y visita del testamento de doña Luefa de Céspedes, y mandas hechas á los santos lugares y hospitales.	1,225	30
<hr/>		
Suman estas seis partidas.	150,000	»
Y el caudal inventariado los mismos.	150,000	»

Hecho cargo el partidor que en esta particion hay dos inventarios y dos liquidaciones, y de que los caudales son diversos, y parte del del primer matrimonio está incluso en el del segundo y parte no, estrañará que habiendo salido durante éste del cuerpo de su caudal la primera, segunda y tercera partidas puestas en el general que dejamos formados de ambos, la primera porque la llevó el marido á él, la segunda porque al tiempo del fallecimiento de la primera mujer estaba embebido su importe en el que se inventarió, y la tercera porque era parte de los gananciales adquiridos en el segundo matrimonio, las haya incluido en dicho cuerpo general; pero debe considerarse que si no se hubiesen puesto en él para complemento de ambos caudales, faltaria el competente, y seria imposible hacer la division. Estrañará asimismo tal vez que se pongan por mayor las espresadas tres partidas, y no los bienes que las componen; á lo cual satisfacemos con decir, que en el presente caso seria abultar y gastar infructuosamente tiempo, trabajo y papel, ya porque los bienes no se hallan en el caudal inventariado, ya porque el padre dió á sus hijos las raices que les correspondian, como queda sentado en la última suposicion, y nunca debian dividirse sino entre ellos, y ya porque, aun cuando no les tocaran por razon de dominio, una vez entregados, no se les debian quitar, excepto que tuviesen que restituir; y asi bastaba traer numéricamente su importe á esta particion. Pero al contrario será cuando se hallen los inventariados, y por no haber tomado estado los hijos ó por otra causa nada les dió su padre; pues entonces se deberán poner, y el partidor ha de formar una suposicion del importe de los raices y otros conocidos de la primera mujer, especificándolos para que se sepa cuáles son y se apliquen á sus hijos, haciendo á este efecto el correspondiente cotejo con su instrumento dotal y demás papeles que los acreditan: lo cual procede en los de tres ó mas matrimonios, segun sea el caso. Mas sin embargo de que se hallen dichos bienes en el caudal inventariado, si su padre les dió otros equivalentes y se contentaron con ellos; es suficiente hacer el cotejo, porque es visto haberse celebrado entre hijos y padre un contrato de permuta y subrogacion, en cuya virtud adquirió el padre los que correspondian á sus hijos por su madre.

*Liquidacion y distribucion del caudal del segundo matrimonio.*

Son caudal del segundo matrimonio de don Jorge Sarmiento setenta y ocho mil novecientos reales que quedaron sin aplicar con la liquidacion anterior: tocaron segun ella al don Jorge, y los llevó al dicho matrimonio.	78,900	»
Mas, doscientos noventa y un mil doscientos veinte y cinco reales y treinta maravedís que sobraron del cuerpo general del caudal de esta particion, segun se espresa á su final, en los que se incluye lo que don Jorge heredó de su tío don Alejandro y llevó tambien á su segundo matrimonio, y lo que durante éste anticipó á sus dos hijos del primero, en cuenta de su legítima paterna.	291,225	30
<hr/>		
Total del caudal del segundo matrimonio.	370,125	30

*Bajas comunes ó generales.*

Se bajan de este caudal veinte mil reales que doña Juana Velazquez llevó en dote á su matrimonio.	20,000	»
---	--------	---

Mas, treinta mil reales que su marido estaba debiendo cuando falleció, segun consta de la última declaracion del inventario hecha por su muerte. . . . .	30,000	»
Mas, ciento diez mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedis líquidos y efectivos que don Jorge llevó por capital suyo sin responsabilidad alguna á su segundo matrimonio: setenta y ocho mil novecientos que le tocaron en la particion de los bienes de su primera mujer, y treinta y un mil doscientos veinte y cinco reales y treinta maravedis que mientras estuvo viudo parece haber heredado de su tio don Alejandro Sarmiento, segun se ha referido en las suposiciones cuarta y quinta. . . . .	110,125	30
<b>Total de bajas comunes.</b> . . . .	<b>160,125</b>	<b>30</b>
<b>Hay de gananciales.</b> . . . .	<b>240,000</b>	<b>»</b>

*Bajas de los gananciales.*

Se deducen del total de los gananciales novecientos reales, que segun tasacion importan los colchones, sábanas, mantas y demás cosas de que se compone el lecho cotidiano de don Jorge y su viuda doña Juana, á la que corresponde por permanecer en este estado. . . . .	900	»
Que lan de gananciales partibles con igualdad entre don Jorge y doña Juana. . . . .	209,100	»
<b>Cuya mitad son.</b> . . . .	<b>104,550</b>	<b>»</b>

32. En el número 616 del libro tercero de esta obra, hemos tratado del modo de deducir la dote de la segunda mujer cuando en su matrimonio hay gananciales y los acepta, y su marido tiene hijos del primero, que no están pagados de su haber materno, lleve ó no al segundo bienes equivalentes á cubrirse, ó algunos mas suyos, ó ningunos; y á fin de no perjudicarla en su mitad, esplicamos con la claridad posible los varios modos que pueden ocurrir. En el quinto por incluir en sí dos, aunque nos parece dijimos lo suficiente, vamos á esponer prácticamente el modo de girar la cuenta. Para ello, tenemos por indispensable dividir las dos partes que incluye dicho caso, y hacer, con separacion de cada una, la esplicacion correspondiente para su mayor inteligencia.

La primera parte es cuando el padre lleva al segundo matrimonio bienes suyos y de sus hijos habidos en el primero, y durante aquel les da el todo ó parte de lo que les toca por su madre, y no mas. En este caso se puede hacer la cuenta de dos modos; el uno es agregar numéricamente al caudal inventariado lo entregado á los hijos, deducir de él, hecho todo un cuerpo, la dote segunda, las deudas de este matrimonio, y su capital íntegro conforme lo llevó á él; y hechas estas tres deducciones, será el residuo gananciales partibles entre la viuda y todos los hijos de su difunto marido. Y el otro modo es no hacer mérito ni agregar al caudal inventariado lo entregado á los hijos, y deducir únicamente lo que, hecha la entrega quedó de su capital, como si nada mas hubiera llevado á su matrimonio, y saldrá la misma cuota y porcion de gananciales, como se demuestra en el siguiente ejemplo.

*Suposiciones para formar la cuenta.*

El caudal inventariado importa treinta mil reales. . . . .	30,000	»
La dote de la segunda mujer ocho mil reales. . . . .	8,000	»
Las deudas del segundo matrimonio mil reales. . . . .	1,000	»

El capital del marido diez mil reales, y con cuatro mil que tocaban á sus hijos por su herencia materna, compone toda lo que llevó á su matrimonio catorce mil reales. . . . .	14,000	»
Y lo que dió á sus hijos fueron los cuatro mil reales de su haber materno y no mas. . . . .	4,000	»

*Modo primero de formarla.*

Caudal inventariado. . . . .	30,000	»
Lo dado por el padre á sus hijos. . . . .	4,000	»
<b>Total.</b> . . . .	<b>34,000</b>	<b>»</b>

*Bajas.*

Dote de la segunda mujer. . . . .	8,000	»
Deudas del segundo matrimonio. . . . .	1,000	»
Capital que el marido llevó á él, suyo y de sus hijos. . . . .	14,000	»
<b>Total de bajas.</b> . . . .	<b>23,000</b>	<b>»</b>
Quedan de utilidades. . . . .	11,000	»
<b>Cuya mitad son.</b> . . . .	<b>5,500</b>	<b>»</b>

*Modo segundo.*

Caudal inventariado. . . . .	40,000	»
------------------------------	--------	---

*Bajas de este caudal.*

Dote de la segunda mujer. . . . .	8,000	»
Deudas contraídas en el segundo matrimonio. . . . .	1,000	»
Capital propio del marido. . . . .	10,000	»
<b>Total de bajas.</b> . . . .	<b>19,000</b>	<b>»</b>
Quedan de utilidades para ambos. . . . .	11,000	»
<b>Cuya mitad son.</b> . . . .	<b>5,500</b>	<b>»</b>

La segunda parte de dicho quinto caso es cuando el padre no solo dió á sus hijos todo lo que tenia en su poder y les tocaba por su haber materno, sino que del caudal del segundo matrimonio les anticipó algo á cuenta del paterno. En este se puede hacer tambien la cuenta de dos modos: el primero agregando numéricamente el caudal inventariado lo que percibieron por su madre y lo que les anticipó, y bajando de la suma de este total la dote segunda, las deudas de este matrimonio, y el capital íntegro que su padre entró en él, pues lo que quede, hechas estas deducciones, será la utilidad partible por mitad entre la viuda é hijos de su difunto marido, y el segundo, que es el que hemos observado en la presente particion ó ejemplo, se reduce á agregar únicamente al caudal inventario lo que el padre anticipó á sus hijos en cuenta de su legítima paterna y bajar de lo que sumen estas dos partidas la dote segunda, las deudas expresadas y lo que el padre llevó como fondo suyo sin responsabilidad al segundo matrimonio, y no mas; porque hechos estos descuentos, resulta la misma utilidad que del primer modo, segun se demuestra en las cuentas siguientes.

*Suposiciones para formar la cuenta.*

El caudal inventariado importa treinta mil reales . . . . .	30,000	»
La dote de la segunda mujer ocho mil reales. . . . .	8,000	»
Las deudas de su matrimonio mil reales. . . . .	4,000	»
El capital que el marido llevó á él, diez mil reales, que con lo de sus hijos componen catorce mil reales. . . . .	14,000	»
Y lo que dió a estos son ocho mil reales. . . . .	8,000	»

*Modo primero de formarla.*

Caudal inventariado. . . . .	30,000	»
Lo entregado por el padre á sus hijos. . . . .	8,000	»
Total del caudal. . . . .	38,000	»

*Bajas.*

Dote de la segunda mujer. . . . .	8,000	»
Deudas del segundo matrimonio. . . . .	4,000	»
Capital que el marido llevó á él, incluso lo que era de sus hijos. . . . .	14,000	»
Total de bajas. . . . .	23,000	»
Quedan de gananciales. . . . .	15,000	»
Cuya mitad son. . . . .	7,500	»

*Modo segundo.*

Caudal inventariado. . . . .	30,000	»
Lo anticipado por el padre á sus hijos en cuenta de legitima paterna. . . . .	4,000	»
Total del caudal. . . . .	34,000	»

*Bajas.*

Dote de la segunda mujer. . . . .	8,000	»
Deudas del segundo matrimonio. . . . .	4,000	»
Capital líquido y propio sin responsabilidad alguna. . . . .	10,000	»
Total de bajas. . . . .	19,000	»
Quedan de gananciales. . . . .	15,000	»
Cuya mitad son. . . . .	7,500	»

33 Por las cuentas precedentes podrá formar el partidor, en casos semejantes, todas las que le ocurran de mayor ó menor caudal, entre hijos de dos, ó tres ó mas matrimonios, para no perjudicar á las mujeres ni á los hijos de las difuntas en su parte de gananciales, observando en cuanto á la deducción del lecho cotidiano lo dicho en el texto de esta obra. Ahora pasamos á continuar el ejemplo que dejamos pendiente del número 31 pág. 894.

*Haber de don Jorge.*

Don Jorge Sarmiento debe haber por su capital ciento diez mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedis. . . . .	110,125	30
Mas, por su mitad de gananciales, ciento cuatro mil quinientos cincuenta reales. . . . .	104,550	»
Total haber suyo. . . . .	214,675	30

*Bajas de este haber.*

Por las arras que ofreció á su mujer, once mil doce reales y veinte maravedis. . . . .	11,012	20
Por el luto que se le debe, seiscientos reales. . . . .	600	»
Total de bajas. . . . .	11,612	20

Caudal líquido para distribuir. . . . .	203,663	10
---	---------	----

*Bajas de este caudal líquido para sacar la mejora.*

Por lo que anticipó á sus dos hijos en cuenta de su legitima paterna, diez mil ciento veinte y cinco reales y treinta maravedis. . . . .	10,125	30
Quedan para deducir la mejora. . . . .	192,937	14

*Distribucion del caudal de don Jorge entre sus cuatro hijos, á saber: D. J. D. J. D. Y. y D. Y., aquellos dos del primer matrimonio y estos del segundo.*

El caudal líquido de don Jorge para sacar la mejora son ciento noventa y dos mil novecientos treinta y siete reales y catorce maravedis. . . . .	192,937	14
Importa el quinto de estos. . . . .	38,587	16 $\frac{2}{5}$
Quedan para sacar el tercio. . . . .	134,349	31 $\frac{3}{5}$
El tercio de estos son. . . . .	51,449	33 $\frac{1}{5}$

Quedan para legitima. . . . .	102,899	32
-------------------------------	---------	----

*Aumento por via de colocacion al caudal de legitimas.*

Se aumentan al caudal que queda para legitimas paternas lo que se bajó para deducir la mejora que son. . . . .	40,125	30
Total de legitimas. . . . .	143,025	28 $\frac{2}{5}$

Total á cada uno de los cuatro hijos que dejó don Jorge por su legitima paterna. . . . .	28,256	15 $\frac{3}{5}$
Y á cada uno de los de su primer matrimonio, mediante lo que tiene tomado. . . . .	23,793	11 $\frac{3}{5}$

*Liquidacion y repartimiento del quinto de los bienes de don Jorge.*

El quinto de los bienes que dejó don Jorge Sarmiento asciende á treinta y ocho mil quinientos ochenta y siete reales, diez y seis maravedis y dos quintos de otro. . . . .	38,587	16 $\frac{2}{5}$
--	--------	------------------

*Bajas de el.*

Se bajan mil reales importe de su funeral. . . . .	4,000	»
Mas, doscientos once reales y veinte y seis maravedís por la limosna de las cincuenta misas de la cuarta tocante á la parroquia, á cuatro reales, con mas ocho maravedís para cera y oblea. . . . .	211	26
Mas, seiscientos reales, limosna de las ciento cincuenta restantes hasta las doscientas que mandó celebrar á los mismos cuatro reales. . . . .	600	»
Mas, diez reales que legó á las mandas forzosas. . . . .	10	»
Mas, otros diez reales á los hospitales. . . . .	10	»
Mas, doce reales por los derechos de visitar su testamento. . . . .	12	»
Mas, quinientos cincuenta reales que legó á su criada. . . . .	550	»
Importan estas deducciones. . . . .	2,393	26
Total del quinto. . . . .	38,587	46 $\frac{2}{5}$
Queda reducido á. . . . .	36,193	24 $\frac{2}{5}$

RESÚMEN Y LIQUIDACION DE LO QUE TOCA Á CADA UNO DE LOS INTERESADOS EN ESTA SEGUNDA DIVISION POR TODOS SUS DERECHOS.

*Haber de doña Juana Velazquez.*

Doña Juana Velazquez debe haber por su dote veinte mil reales. . . . .	20,000	»
Mas, por su mitad de gananciales, ciento cuatro mil quinientos cincuenta reales. . . . .	404,550	»
Mas, por el lecho cotidiano, novecientos reales. . . . .	900	»
Mas, por el luto ordinario, seiscientos reales. . . . .	600	»
Mas, por las arras que le ofreció su marido, once mil doce reales y veinte maravedís. . . . .	11,012	20
Mas, en usufructo durante su vida por el remanente del quinto que su marido le legó, treinta y seis mil ciento noventa y tres reales con veinte y cuatro maravedís y dos quintos. . . . .	36,193	24 $\frac{2}{5}$
Total haber de doña Juana. . . . .	473,256	40 $\frac{2}{5}$

*Haber de don José Sarmiento.*

Don José Sarmiento debe haber por su legítima paterna veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedís y tres quintos. . . . .	28,256	15 $\frac{3}{5}$
---	--------	------------------

*Haber de don Juan Sarmiento.*

Don Juan Sarmiento debe haber por su legítima paterna veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedís y tres quintos. . . . .	28,256	15 $\frac{3}{5}$
---	--------	------------------

*Haber de don Isidro Sarmiento.*

Don Isidro Sarmiento debe haber por su legítima paterna veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedís y tres quintos. . . . .	28,256	15 $\frac{3}{5}$
Mas, por la mitad de su mejora del tercio, veinte y cinco mil setecientos veinte y cuatro reales con treinta y tres maravedís y tres quintos. . . . .	25,724	33 $\frac{3}{5}$
Total haber de don Isidro. . . . .	53,981	48 $\frac{1}{5}$

*Qaber de doña Ignacia Sarmiento.*

Doña Ignacia Sarmiento debe haber por su legítima paterna veinte y ocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedís y tres quintos. . . . .	28,256	15 $\frac{3}{5}$
Mas, por la mitad de su mejora del tercio veinte y cinco mil setecientos veinte y cuatro reales con treinta y tres maravedís y tres quintos. . . . .	25,724	33 $\frac{3}{5}$
Total haber de doña Ignacia. . . . .	53,981	48 $\frac{1}{5}$

*Comprobacion de esta cuenta.*

Por el haber de doña Juana Velazquez. . . . .	473,256	40 $\frac{2}{5}$
Por el de don José Sarmiento. . . . .	28,256	15 $\frac{3}{5}$
Por el de don Juan Sarmiento. . . . .	28,256	15 $\frac{3}{5}$
Por el de don Isidro Sarmiento. . . . .	53,981	48 $\frac{1}{5}$
Por el de doña Ignacia Sarmiento. . . . .	53,981	48 $\frac{1}{5}$
Por las deudas contra el caudal. . . . .	30,000	»
Por lo que importan las deducciones del quinto. . . . .	2,393	26
Total caudal del segundo matrimonio. . . . .	370,125	30
Importa el inventario los mismos. . . . .	370,125	30
Igual. . . . .	000,000	»

Por el modo y orden que se observó en el primer ejemplo, podrá el partidor formar sus respectivas adjudicaciones á los interesados, aplicando en vacío, ó entrada por salida, lo que hubieren tomado á cuenta, y poniéndole por primera partida, como que debe preceder á todas por ser anterior; y si los hijos del primer matrimonio no estuviere pagados de su haber paterno ó materno, se los formará hijuela que comprenda ambas legítimas, pues en este ejemplo, por estarlo ya, no se las formamos. Despues de hechas las adjudicaciones á los interesados y la hijuela para el pago de las deudas que haya en caso de formarse, por no haberse pagado antes de la particion, hará las declaraciones convenientes, segun ocurra, para lo que no le podemos dar regla fija, por ignorar lo que puede ocurrir que declarar. (Véase las declaraciones que se han hecho en el modelo primero, al fin).

*Hijuela para el pago de las deudas que tenia contra sí don Jorge Sarmiento cuando falleció.*

Doña Juana Velazquez, viuda de don Jorge Sarmiento, debe haber como pagadora que se la constituye de las deudas que éste tenia contra sí cuando murió, las partidas que se espresarán por menor en la forma, y por las razones siguientes:

*Haber.*

Ha de haber diez mil reales que su difunto marido estaba debiendo á Santiago Delgado por escritura que otorgó á su favor tal dia, mes y año, ante tal escribano. . . . .	10,000	»
Mas, seis mil reales que de veinte mil, importe de la obra que en su casa de tal calle hizo Francisco Sanchez, alarife le quedó debiendo, segun consta de la cuenta ajustada y recibos de lo que le habia satisfecho puestos á su continuacion. . . . .	6,000	»
Mas, cuatro mil que tambien debia á Lorenzo Lopez, segun vale de tantos de tal mes y año. . . . .	4,000	»
Mas, novecientos reales que liquidadas cuentas con varios carreteros que trajeron materiales para dicha obra resultó deberles. . . . .	900	»

Mas, trescientos reales que debía á María de tal, su criada, por el salario de tanto tiempo, á tanto cada mes. . . . .	300	»
Mas, cinco mil reales, resto de una escritura de fianza de diez mil que otorgó á favor de don Juan Rodriguez por Roque Alvarez, su deudor, quien falleció sin dejar bienes con que pagárselos. . . . .	5,000	»
Y últimamente, ha de haber tres mil ochocientos reales que debía por administracion de los bienes de tal concurso, como resulta de la cuenta y aprobacion judicial. . . . .	3,800	»
<b>Total haber.</b> . . . .	<b>30,000</b>	<b>»</b>

Las partidas que debe haber doña Juana Velazquez, como pagadera de las deudas de su marido, importan los treinta mil reales que se han deducido del cuerpo del caudal, para cuyo pago se le aplican los bienes siguientes:

**Pago.**

Se dan en pago y adjudicacion á dicha doña Juana Velazquez veinte y tres mil reales, que despues de pagados el funeral y misas de su marido, legados que hizo y otros gastos, sobraron de los veinte y seis mil que habia en dinero efectivo cuando falleció y se pusieron por cuerpo del caudal. . . . .	23,000	»
Mas, cuatro mil reales en tales alhajas de plata, por su peso y sin hechuras, segun se pusieron por cuerpo del caudal. . . . .	4,000	»
Mas, tres mil reales que está debiendo N. por tal razon y debe entregar tal dia. . . . .	3,000	»
<b>Total de bienes aplicados.</b> . . . .	<b>30,000</b>	<b>»</b>
<b>Total haber.</b> . . . .	<b>30,000</b>	<b>»</b>
<b>Queda pagada enteramente.</b> . . . .	<b>00,000</b>	<b>»</b>

Con arreglo á esta hijuela de deudas, podrá hacer el partidor las que ocurran de mayor ó menor suma: y si los interesados quieren, podrá incluir asimismo en ella no solo las que el testador tenia cuando falleció, sino tambien las que ocurran despues de su muerte con motivo de su entierro, gastos de inventario y otros, aplicando al pagador de todo, como que ha de ser efectivo su desembolso, dinero ó bienes en que no tenga ninguna pérdida. Además, aunque nada esté satisfecho, se puede evitar el formarla separada; pues en aplicando al constituido pagador en su misma adjudicacion el importe de ellas en los bienes referidos, y espresando con la correspondiente distincion los acreedores, como se ha hecho, nada se varía la sustancia, y surte el mismo efecto. Las peticiones entre hijos de tres ó mas matrimonios deben evacuarse por el propio orden y método que ésta, añadiendo las precisas suposiciones, y haciendo separadamente las liquidaciones y aplicaciones segun ocurren los casos; por lo que omitimos poner mas ejemplos, mayormente cuando bastante luz tiene el partidor con los dos propuestos y sus advertencias, para gobernarse y no errar.

34. Presentada la liquidacion y particion al juzgado por los contadores en papel comun y autorizadas con sus firmas, segun espresa el art. 480 de la Ley, se da el siguiente

*Auto.*—Por presentadas la liquidacion, division y adjudicacion de bienes de esta testamentaria; póngase de manifiesto en la escribanía por término de ocho dias, á fin de que los interesados puedan examinarlas y esponer lo que á su derecho convenga, y pasado dicho término, dése cuenta. Lo mandó, etc.

*Notificaciones y diligencias* de haber puesto los autos de manifiesto. Pasados los ocho dias sin presentarse oposicion, se da el siguiente

35. *Auto.*—Autos citadas las partes. Lo mandó, etc.

Se notifica esta providencia y se da el siguiente

36. *Auto aprobando las particiones.*—En tal parte, á tantos, el Sr. D. J., habiendo visto estos autos: Resultando, que los contadores D. C. y D. P. nombrados de comun acuerdo por las partes han practicado conforme á derecho la liquidacion, division y adjudicacion de los bienes de esta testamentaria y que no se ha deducido oposicion alguna á ellas, durante el término que concede la Ley. Considerando que segun el art. 482 de la Ley de Enjuiciamiento civil, procede la aprobacion de la liquidacion y particion, dijo: Que debía aprobar y aprobó cuanto há lugar en derecho, las expresadas liquidacion, division y adjudicacion de los bienes, mandando que se protocolicen con el papel de reintegro correspondiente, en el oficio del actuario, entregándose á cada uno de los interesados la parte del caudal que le ha sido adjudicada, con los títulos de propiedad relativos á ella, poniéndose por el escribano nota expresiva de la adjudicacion, y entregándoseles asimismo testimonio de su haber para el abono de derechos ó inscripcion ó anotacion que corresponda en el registro de propiedad con arreglo á la Ley Hipotecaria. Lo mandó y firmó, etc.

De esta providencia puede apelarse, en cuyo caso se admite la apelacion en un solo efecto.

37. Si algun interesado quiere oponerse, presenta *escrito pidiendo la entrega de las particiones* para poder formular la oposicion examinándolas detenidamente: el juez da *auto mandando se le entreguen*; el opositor presenta *escrito formalizando la oposicion*: el juez da *auto mandando citar á junta* para discutir sobre los fundamentos que oponga, y acordar lo conveniente: resultando avenencia, dicta el juez *auto mandando llevar á efecto lo acordado*: no resultando, da *auto mandando comunicar los autos á los contadores* para que informen sobre la oposicion y lo alegado en la junta, y efectuado, se confiere *traslado* de la oposicion á los interesados sustanciándose dichas reclamaciones por los trámites del juicio ordinario.

38. *Escrito de separacion del seguimiento del juicio.*—D. P. y D., en nombre de D. A. y D. H., interesados en la herencia de D. F. J., etc., decimos: que usando del derecho que les concede el art. 492 de la Ley de Enjuiciamiento, han resuelto nuestros poderdantes separarse del seguimiento de este juicio de testamentaria y adoptar extrajudicialmente los acuerdos que juzguen convenientes, por lo que:

A V. Suplicamos se sirva haberles por separados de dicho juicio, conforme al citado art. 492 de la Ley, mandando sobreseer en el procedimiento, por ser asi de justicia, etc.

*Auto.*—Háse por separados á D. A. y D. H., del seguimiento de este juicio en el cual se sobresee, poniéndose á su disposicion los bienes para que acuerden lo que estimen conveniente extrajudicialmente, debiendo, si verificaren las particiones, presentarlas á la aprobacion judicial.

39. Acerca de la pieza de administracion se sustancia lo mismo que la del juicio, de *abintestato*, á cuyo formulario nos remitimos, por contenerse en él las disposiciones de la Ley sobre este punto. No hay mas diferencia que la de que, además de las personas á cuya presencia debe abrirse la correspondencia, segun el art. 364, pueden concurrir los herederos, segun el 503, y la de que prescribiéndose en el artículo 502 que en el último dia de cada mes, el administrador rinda una cuenta, la cual estará de manifiesto en la escribanía y á disposicion de los interesados en el caudal; debe el juez, en el auto que diere, habiéndola por presentada, expresar estas circunstancias.

**Formulario del juicio necesario de testamentaria.**

40. *Escrito de un acreedor promoviendo el juicio necesario de testamentaria.*—D. P., en nombre de D. A., etc., digo: Que D. D. ha fallecido el dia tantos, segun resulta de la partida de defuncion que presento, bajo tal disposicion testamentaria y siendo mi principal acreedor hereditario del mismo, segun acredito debidamente por tal título que presento, y deseando asegurar el cobro de su crédito, usando del derecho que le concede el art. 407, núm. 3.º de la Ley de Enjuiciamiento civil,

A V. Suplico, que habiendo por presentados los documentos referidos, se sirva haber por promovido el juicio necesario de testamentaria y prevenirlo, disponiendo

Mas, trescientos reales que debía á María de tal, su criada, por el salario de tanto tiempo, á tanto cada mes. . . . .	300	»
Mas, cinco mil reales, resto de una escritura de fianza de diez mil que otorgó á favor de don Juan Rodriguez por Roque Alvarez, su deudor, quien falleció sin dejar bienes con que pagárselos. . . . .	5,000	»
Y últimamente, ha de haber tres mil ochocientos reales que debía por administracion de los bienes de tal concurso, como resulta de la cuenta y aprobacion judicial. . . . .	3,800	»
<b>Total haber.</b> . . . .	<b>30,000</b>	<b>»</b>

Las partidas que debe haber doña Juana Velazquez, como pagadera de las deudas de su marido, importan los treinta mil reales que se han deducido del cuerpo del caudal, para cuyo pago se le aplican los bienes siguientes:

**Pago.**

Se dan en pago y adjudicacion á dicha doña Juana Velazquez veinte y tres mil reales, que despues de pagados el funeral y misas de su marido, legados que hizo y otros gastos, sobraron de los veinte y seis mil que habia en dinero efectivo cuando falleció y se pusieron por cuerpo del caudal. . . . .	23,000	»
Mas, cuatro mil reales en tales alhajas de plata, por su peso y sin hechuras, segun se pusieron por cuerpo del caudal. . . . .	4,000	»
Mas, tres mil reales que está debiendo N. por tal razon y debe entregar tal dia. . . . .	3,000	»
<b>Total de bienes aplicados.</b> . . . .	<b>30,000</b>	<b>»</b>
<b>Total haber.</b> . . . .	<b>30,000</b>	<b>»</b>
<b>Queda pagada enteramente.</b> . . . .	<b>00,000</b>	<b>»</b>

Con arreglo á esta hijuela de deudas, podrá hacer el partidor las que ocurran de mayor ó menor suma: y si los interesados quieren, podrá incluir asimismo en ella no solo las que el testador tenia cuando falleció, sino tambien las que ocurran despues de su muerte con motivo de su entierro, gastos de inventario y otros, aplicando al pagador de todo, como que ha de ser efectivo su desembolso, dinero ó bienes en que no tenga ninguna pérdida. Además, aunque nada esté satisfecho, se puede evitar el formarla separada; pues en aplicando al constituido pagador en su misma adjudicacion el importe de ellas en los bienes referidos, y espresando con la correspondiente distincion los acreedores, como se ha hecho, nada se varía la sustancia, y surte el mismo efecto. Las peticiones entre hijos de tres ó mas matrimonios deben evacuarse por el propio orden y método que ésta, añadiendo las precisas suposiciones, y haciendo separadamente las liquidaciones y aplicaciones segun ocurren los casos; por lo que omitimos poner mas ejemplos, mayormente cuando bastante luz tiene el partidor con los dos propuestos y sus advertencias, para gobernarse y no errar.

34. Presentada la liquidacion y particion al juzgado por los contadores en papel comun y autorizadas con sus firmas, segun espresa el art. 480 de la Ley, se da el siguiente

*Auto.*—Por presentadas la liquidacion, division y adjudicacion de bienes de esta testamentaria; póngase de manifiesto en la escribanía por término de ocho dias, á fin de que los interesados puedan examinarlas y esponer lo que á su derecho convenga, y pasado dicho término, dése cuenta. Lo mandó, etc.

*Notificaciones y diligencias* de haber puesto los autos de manifiesto. Pasados los ocho dias sin presentarse oposicion, se da el siguiente

35. *Auto.*—Autos citadas las partes. Lo mandó, etc.

Se notifica esta providencia y se da el siguiente

36. *Auto aprobando las particiones.*—En tal parte, á tantos, el Sr. D. J., habiendo visto estos autos: Resultando, que los contadores D. C. y D. P. nombrados de comun acuerdo por las partes han practicado conforme á derecho la liquidacion, division y adjudicacion de los bienes de esta testamentaria y que no se ha deducido oposicion alguna á ellas, durante el término que concede la Ley. Considerando que segun el art. 482 de la de Enjuiciamiento civil, procede la aprobacion de la liquidacion y particion, dijo: Que debía aprobar y aprobó cuanto há lugar en derecho, las expresadas liquidacion, division y adjudicacion de los bienes, mandando que se protocolicen con el papel de reintegro correspondiente, en el oficio del actuario, entregándose á cada uno de los interesados la parte del caudal que le ha sido adjudicada, con los títulos de propiedad relativos á ella, poniéndose por el escribano nota expresiva de la adjudicacion, y entregándoseles asimismo testimonio de su haber para el abono de derechos ó inscripcion ó anotacion que corresponda en el registro de propiedad con arreglo á la Ley Hipotecaria. Lo mandó y firmó, etc.

De esta providencia puede apelarse, en cuyo caso se admite la apelacion en un solo efecto.

37. Si algun interesado quiere oponerse, presenta *escrito pidiendo la entrega de las particiones* para poder formular la oposicion examinándolas detenidamente: el juez da *auto mandando se le entreguen*; el opositor presenta *escrito formalizando la oposicion*: el juez da *auto mandando citar á junta* para discutir sobre los fundamentos que oponga, y acordar lo conveniente: resultando avenencia, dicta el juez *auto mandando llevar á efecto lo acordado*: no resultando, da *auto mandando comunicar los autos á los contadores* para que informen sobre la oposicion y lo alegado en la junta, y efectuado, se confiere *traslado* de la oposicion á los interesados sustanciándose dichas reclamaciones por los trámites del juicio ordinario.

38. *Escrito de separacion del seguimiento del juicio.*—D. P. y D., en nombre de D. A. y D. H., interesados en la herencia de D. F. J., etc., decimos: que usando del derecho que les concede el art. 492 de la Ley de Enjuiciamiento, han resuelto nuestros poderdantes separarse del seguimiento de este juicio de testamentaria y adoptar extrajudicialmente los acuerdos que juzguen convenientes, por lo que:

A V. Suplicamos se sirva haberles por separados de dicho juicio, conforme al citado art. 492 de la Ley, mandando sobreseer en el procedimiento, por ser asi de justicia, etc.

*Auto.*—Háse por separados á D. A. y D. H., del seguimiento de este juicio en el cual se sobresee, poniéndose á su disposicion los bienes para que acuerden lo que estimen conveniente extrajudicialmente, debiendo, si verificaren las particiones, presentarlas á la aprobacion judicial.

39. Acerca de la pieza de administracion se sustancia lo mismo que la del juicio, de *abintestato*, á cuyo formulario nos remitimos, por contenerse en él las disposiciones de la Ley sobre este punto. No hay mas diferencia que la de que, además de las personas á cuya presencia debe abrirse la correspondencia, segun el art. 364, pueden concurrir los herederos, segun el 503, y la de que prescribiéndose en el artículo 502 que en el último dia de cada mes, el administrador rinda una cuenta, la cual estará de manifiesto en la escribanía y á disposicion de los interesados en el caudal; debe el juez, en el auto que diere, habiéndola por presentada, expresar estas circunstancias.

**Formulario del juicio necesario de testamentaria.**

40. *Escrito de un acreedor promoviendo el juicio necesario de testamentaria.*—D. P., en nombre de D. A., etc., digo: Que D. D. ha fallecido el dia tantos, segun resulta de la partida de defuncion que presento, bajo tal disposicion testamentaria y siendo mi principal acreedor hereditario del mismo, segun acredito debidamente por tal título que presento, y deseando asegurar el cobro de su crédito, usando del derecho que le concede el art. 407, núm. 3.º de la Ley de Enjuiciamiento civil,

A V. Suplico, que habiendo por presentados los documentos referidos, se sirva haber por promovido el juicio necesario de testamentaria y prevenirlo, disponiendo

se cite para él en forma á los herederos D. H. y D. H., se formen los inventarios judicialmente, citándose para ellos y los avalúos á mi poderdante, se constituyan los bienes en depósito, se nombre administrador que dé fianza bastante á responder de lo que administre y no se proceda á hacer entrega de parte alguna de bienes á ninguno de los interesados en el caudal, sin estar reintegrado el crédito de mi principal; todo conforme al art. 499 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y es justicia que pido, etc.

*Auto.*—Por presentado, con los documentos adjuntos; etc. Háse por prevenido el juicio necesario de testamentaria; cítese para él en forma á los interesados D. etc. y verificado, se proveerá. Lo mandó, etc.

Sigue como en el juicio voluntario; con las diferencias espuestas en el escrito anterior.

41. Adviértase que los herederos pueden, para hacer caducar el derecho de los acreedores á promover este juicio, presentar escrito en que consignent y justifiquen haber dado á estos fianza bastante á responder de sus créditos, independientemente de los bienes del finado, segun el art. 409 de la Ley.

#### Formulario del juicio de abintestato.

42. *Auto de oficio previniendo un abintestato.*—En tal parte, á tantos, el señor D. J., juez de primera instancia de su partido, ante mí, el infrascrito escribano, dijo: Que habiendo llegado á mi noticia el fallecimiento en dicha villa de D. F., vecino de la misma, sin disposición alguna testamentaria y sin dejar herederos conocidos (ó habiendo dejado tales parientes, que residen en tal parte, ó que se hallan ausentes, mayores de edad ó menores ó incapacitados), en cumplimiento del art. 356 de la Ley de Enjuiciamiento civil, debía mandar y mandaba que resultando ser cierto el fallecimiento de D. F. y haber muerto sin testar y sin herederos conocidos presentes, se prevenga el abintestato, poniendo en seguridad sus bienes y ocupándose sus libros y papeles, á cuyo fin se constituya el juzgado en la casa mortuoria, adoptándose las medidas convenientes. (En el caso de haber parientes presentes se dirá: dándose á los mencionados parientes el aviso conveniente de dicha persona: si estuvieren ausentes se dirá: oficiése al juez de tal parte para que haga saber á D. P. pariente del finado, su fallecimiento, á fin de que se presente por sí ó por persona autorizada á usar de su derecho: si hubiese parientes menores ó incapacitados, se dice: hágase saber á D. P. y D. P. parientes mas próximos del menor D. M. y del incapacitado D. I. por hábersales nombrado tutores ó curadores de los mismos, requiriéndoles para la aceptación y fianza, y hecho, requiéraseles para que asistan á la práctica de las diligencias acordadas. Si estuviere el cadáver del finado insepulto, se dirá: oficiése al señor cura de tal parroquia para que disponga se dé sepultura al cadáver). También se dispondrá: oficiése al administrador de correos para que disponga se entregue á este juzgado la correspondencia que viniese dirigida al difunto. Así lo proveyó, mandó y firmó, etc.

43. *Diligencia de haber puesto en seguridad los bienes del finado.*—En la misma villa, á tantos, el señor juez, acompañado de mí, el escribano y alguaciles del juzgado, se constituyó en la casa mortuoria de D. F., y despues de haberse cerciorado del fallecimiento de éste sin disposición testamentaria, ni herederos conocidos, requirió á su viuda (si la tuviese, ó á los criados ó personas que tuvieren las llaves de los muebles donde se hallaban los efectos é intereses) del difunto, y habiéndolo efectuado en el acto, entregando tantas llaves al infrascrito escribano, mandó el señor juez poner todos los muebles y efectos que se encontraron pertenecientes al finado en tal habitación, y habiéndola cerrado, me entregó la llave: si hubiere viuda ó menores se dirá: dejando á la viuda los muebles y ropas indispensables para su uso diario y el de sus hijos, sin perjuicio de formar á su tiempo el correspondiente inventario de dichos bienes. Practicado lo cual, mandó el señor juez estender esta diligencia que firmó con los concurrentes, de que doy fé.

44. *Auto para averiguar si ha muerto intestato y sin herederos legítimos.*—Ignorándose si ha fallecido D. F. intestato y sin herederos legítimos, publíquense edictos en los periódicos oficiales, en que se anuncie su fallecimiento, para que las personas que tuvieren conocimiento de haber dejado alguna disposición testamentaria, se presenten en tal término á este juzgado, á dar razon de ella; librese mandamiento compulsorio contra los escribanos de esta villa para que pongan testimonio

de si existe alguna disposición testamentaria del referido D. F. en sus respectivos oficios: oficiése al cura párroco de tal parte... donde ha ocurrido el fallecimiento para que informe si resulta de los libros parroquiales tener el D. F. algun ascendiente, descendiente ó pariente colateral dentro del cuarto grado civil, y recibase declaración á los criados y personas que habitan en la casa del D. F. y á las que estas designen como sus parientes y amigos, sobre si ha muerto abintestato y sin herederos de la clase mencionada. Así lo proveyó y firmó.

45. *Declaracion del criado C.*—En tal parte, á tantos, compareció ante el señor juez que entiende en estas diligencias. C. C., natural de tal parte, de treinta años de edad, residente en tal, criado que era de D. F., á quien S. S. por ante mí el escribano recibió juramento de decir verdad en cuanto supiere y fuere preguntado. Y habiéndolo sido al tenor del auto que precede, dijo: Que en el trascurso de quince años que habia servido á D. F., siempre le oyó decir que no sabia tener pariente alguno inmediato, por lo que se consideraba solo en el mundo, y que pocos dias antes de su fallecimiento le oyó decir que nunca habia pensado en hacer disposición testamentaria, por lo que cree fundadamente que no la hiciera antes de su muerte y que no tiene la clase de parientes sobre que se le pregunta. Y leida que le fue esta declaración, se afirma y ratifica en ella, y la firma con el señor juez, de que doy fé. (Firmas).

Asi se extenderán las demás informaciones.

46. *Auto nombrado albacea y mandando inventariar y depositar los bienes.*—Resultando de las anteriores diligencias ó informacion testifica haber fallecido D. F. sin testar y sin descendientes, ascendientes ni parientes colaterales dentro del cuarto grado civil, sin perjuicio de lo que pudiera resultar, se nombra por albacea del difunto á D. T., para que disponga lo relativo á su cargo conforme á las leyes, y de acuerdo con las instrucciones que le diere el juzgado. Procédase al inventario de los bienes, efectos y papeles del finado, y constitúyanse en depósito, á cuyo fin se nombra depositario y administrador á D. A., á quien se haga saber para su aceptación y juramento, y que preste la fianza de tanta cantidad, á satisfaccion de este juzgado. Examinense los libros, papeles y correspondencia del finado, abriéndose en presencia del administrador y del actuario la recibida hasta la fecha. Así lo mandó y firmó, etcétera.

*Diligencia de aceptación del depositario administrador y de haber prestado fianzas á satisfaccion del juzgado.*

47. *Diligencia de apertura de la correspondencia.*—En tal parte, á tantos, el infrascripto escribano doy fé, que en este día ha abierto el señor juez que conoce de estos autos, á presencia del administrador de este abintestato y de mí el escribano tantas cartas dirigidas al difunto D. F., y habiendo examinado su contenido y resultando que tantas cartas trataban de asuntos relativos á intereses del abintestato, y tantas otras de asuntos puramente de familia, dispuso que se entregaran las primeras al mencionado administrador, poniendo testimonio de ellas en los autos, y las demás quedaran en poder del señor juez, todo con arreglo al art. 40 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Y para que conste, estiendo la presente que firman el señor juez y el administrador de que doy fé.

48. *Auto habiendo por parte al promotor fiscal.*—Háse por parte en este juicio al promotor fiscal en representación de los que puedan tener derechos á la herencia, á los efectos del art. 367 de la ley, á cuyo fin, notifíquesele la prevención de dicho juicio.

49. *Dictámen ó escrito fiscal.*—El promotor fiscal de este juzgado, ha examinado las diligencias practicadas sobre el abintestato de D. F., que le han sido comunicadas por ese juzgado; y resultando de las mismas haberse nombrado albacea, formándose el inventario de bienes, puéstose estos en depósito conforme á derecho, y prestándose fianza suficiente por el administrador depositario, y no teniendo nada que oponer ó que sea de rectificar en ellos, juzga que en la actualidad solo procede llamar por edictos en la forma que previene la ley á los que se crean con derecho á la sucesion abintestato del finado D. F., por lo que puede V. S. acordarlo así, ó como creyere oportuno.

50. *Auto llamando por edictos á los herederos.*—Llámesse por edictos fijados en los sitios públicos de costumbre de esta villa, y que prescribe la Ley de Enjuiciamiento civil, insertándose en el *Diario de Avisos* de la misma y en el *Boletín Oficial* de la provincia, y espidiendo al efecto los exhortos que fueren necesarios (ó á los jueces de tal parte), á las personas que se crean con derecho á los bienes

dejados por D. F. á su fallecimiento, para que comparezcan á deducirlo en este juzgado en el término de treinta días. Fórmese pieza separada para ello, con testimonio de esta providencia, del auto de oficio y de *tales* diligencias, continuándose en la actual pieza de autos lo referente á la administracion.

51. *Diligencia* de haberse formado la pieza separada sobre la declaracion de herederos, quedando la actual para entender sobre la administracion del abintestato.

ACTUACIONES Y DILIGENCIAS EN LA PIEZA SEPARADA SOBRE DECLARACION DE HEREDEROS Y SUS INCIDENCIAS.

52. Formada esta pieza con testimonio del auto de oficio previniendo el juicio de abintestato, y del en que se mandó fijar los edictos, se estienden estos en la forma ordinaria. Pasado el término de los edictos, de cuya fijacion se pone *diligencia*, se estiende otra de haberse ó no presentado herederos y de dar cuenta al juez: éste dicta el siguiente

*Auto mandando fijar segundos edictos.*—En tal parte, á tantos, habiendo trascurrido el término del primer llamamiento, fijense los edictos por término de veinte días en los sitios públicos, insertándolos en los periódicos espresados en la providencia de tal fecha, llamando á los herederos legítimos de D. F., y espresándose en ello los nombres de... que se han presentado y su grado de parentesco con el difunto que alegan en apoyo de su derecho. Lo mandó, etc.

*Eserito compareciendo un heredero.*—D. P. en nombre de D. H. etc., digo: Que mi poderdante es pariente dentro del sexto grado del finado D. F., segun aparece de *tales* partidas de bautismo ó documentos, que presento ó justificaré mas adelante. Y como no tenga noticia de otras personas que puedan acreditar mas próximo parentesco con el finado, se cree con derecho reclamar la herencia que desde luego acepta á beneficio de inventario, y por tanto.

A. V. S. Suplico, que habiendo por presentado el poder y partidas citadas, se sirva tener por presentado á mi principal, y declararle heredero legítimo de D. F. por ser justicia que pido en tal parte á tantos. (*Firma del letrado y del procurador.*)

*Auto.*—Por presentado con los documentos adjuntos, y uniéndose á la pieza á que corresponde, se le tiene por parte con el objeto que espresa. Lo mando, etc.

53. *Auto mandando justificar el parentesco.*—Hágase saber á los que se han presentado en concepto de herederos legítimos de D. F. que en el término de veinte días (ó mas hasta cuarenta) justifiquen su parentesco con el finado, previa citacion reciproca (si fuera mas de uno) y del promotor fiscal.

Las justificaciones ó pruebas en la forma que en el juicio ordinario y en pieza separada, si se hubiere presentado mas de uno. Si fuere uno solo el presentado, pasado el término, se da el siguiente

54. *Auto.*—En atencion á ser uno solo el presentado reclamando la herencia de D. F., dése vista de la justificacion que ha practicado el promotor fiscal, conforme á lo dispuesto en el art. 373 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Lo mandó etc.

*Dictámen del promotor fiscal en sentido de que se declare heredero al presentado ó que la herencia pertenece al Estado por falta de herederos legales.*

55. *Auto mandando traer los autos á la vista, y sentencia declarando pertenecer la herencia al presentado ó al Estado, en sus casos respectivos.*

Si se presentare mas de uno se da el siguiente

56. *Auto convocando á junta.*—Unanse á los autos las justificaciones deducidas por los que se han presentado reclamando la herencia de D. F., y para que discutan sobre sus derechos respectivos, convóqueseles á junta, para tal dia y hora, en tal parte, conforme al art. 374 de la Ley de Enjuiciamiento civil, citando tambien para el mismo objeto al promotor fiscal. Lo mandó, etc.

57. *Acta de la junta.*—En tal parte, á tantos, siendo la hora señalada para la celebracion de la junta, comparecieron, ante el señor D. J., juez..., y de mí el infrascripto escribano D. A. y D. R., que se presentan en este juicio como herederos de D. F., acompañados de sus respectivos procuradores (y de sus abogados, si asistieron) y asimismo D. P. F., promotor fiscal en representacion de D. A., ausente (ó de D. M., menor, ó del Estado), á fin de celebrar la junta acordada en auto de tal fecha, y habiéndose procedido á peticion de los mismos, á leer sus pretensiones y pruebas aducidas en su apoyo, abierta discusion acerca del derecho que cada uno de los interesados aduce á la herencia referida, alegaron lo que creyeron

oportuno y convinieron en tales particulares (se expresará) ó reconocieron el derecho preferente de D. H. á la herencia, por haber justificado ser el pariente mas próximo del finado, ó no pudieron concertarse en cosa alguna, ó se concertaron en tal cosa los herederos, pero oponiéndose el promotor fiscal por no resultar acreditado el parentesco, etc.) en cuyo estado, el señor juez dió por terminada esta junta, y leida el acta á los interesados, la hallaron conforme, y ratificándose en lo espuesto en ella. la firman con el señor juez y el promotor fiscal, de que doy fe.

Quando se hubiere omitido la citacion del promotor á esta junta, como puede hacerse, se da *auto* al fiscal y este propone su dictámen, bien opinando que pertenece la herencia á los que la reclaman, por haber justificado su parentesco con el difunto, bien que pertenece al Estado por falta de esta justificacion. El juez manda traer los autos á la vista y dicta la siguiente

58. *Sentencia definitiva declarando herencia á los reclamantes.*—En tal parte, á tantos, el Sr. D. J., juez, etc.: vistos estos autos del abintestato de D. F.:

Resultando, que D. F., natural de tal parte, y domiciliado en tal, falleció en tal dia, mes y año, sin disposicion alguna testamentaria y sin herederos abintestato, descendientes, ascendientes, ni colaterales, dentro del cuarto grado civil á que se refiere el art. 251 de la Ley de Enjuiciamiento;

Resultando que prevenido el abintestato y llamados por medio de edictos en forma legal los que se creyeran con derecho á dicho abintestato, solamente se presentaron en este juzgado reclamando la herencia, D. H. y D. R., como parientes del difunto D. F. en sexto grado;

Resultando que los mencionados D. H. y D. R. han probado plenamente este grado de parentesco con el finado;

Resultando que convocados á junta, que se celebró en tal dia, reconocieron reciprocamente asistirles igual derecho á la herencia de D. R., por ser ambos parientes del mismo en sexto grado;

Resultando que el promotor fiscal ha reconocido haber justificado los reclamantes dicho parentesco, correspondiéndoles en su consecuencia la herencia, y no pudiendo alegar ningun derecho á ella el Estado.

Considerando que segun tales leyes corresponde el derecho á suceder en los bienes del que muere abintestato, á sus mas próximos parientes;

Considerando que segun la ley de 16 de mayo de 1835 corresponde dicha herencia abintestato á los parientes colaterales del finado dentro del décimo grado civil, con preferencia al Estado;

Considerando que hallándose en tal caso los reclamantes D. H. y D. R. deben ser declarados herederos en la forma convenida segun el art. 374 de la Ley de Enjuiciamiento civil;

Dijo: Que debia declarar y declaraba herederos abintestato de D. F. á D. H. y D. R., mandando en su consecuencia que se pongan á su disposicion los bienes en que aquella consiste para que se los dividan en la forma convenida en la junta celebrada en tal fecha, entregándoles tambien todos los libros y papeles y correspondencia del difunto, entendiéndose todo ello sin perjuicio de tercero de mejor derecho y terminando la intervencion fiscal luego que esta providencia cause ejecutoria. Y por este auto, definitivamente juzgando, así lo proveyó y firmó, etc.

Si fueren menores de edad los herederos, despues de declararles tales, se mandará que se continúen los autos en la forma establecida para el juicio necesario de testamentaria, hasta la division y adjudicacion del caudal.

Si en la junta no hubiese conformidad en reconocer á alguno por heredero ó el promotor se opusiere á ello, se dictará *auto* disponiendo se haga saber á los reclamantes que usen de su derecho en juicio ordinario, previniéndoles que litiguen bajo una misma direccion y representados por un mismo procurador los que hicieren causa comun, todo conforme al art. 375 de la Ley de Enjuiciamiento.

59. Si no se presentare reclamante alguno, mandará el juez pasar los autos al promotor, quien pedirá se declaren corresponder al Estado los bienes del abintestato de resultas de no haberse presentado parientes y en consideracion á disponer la ley de 16 de mayo de 1835 pertenecer dichos bienes al Estado cuando no hubiera parientes legítimos del finado. El juez en su vista, dictará *sentencia definitiva*, en atencion á aquel resultando, y considerando lo dispuesto en la Ley citada, declarando vacante la herencia abintestato, y pertenecer en su consecuencia al Estado, mandando, segun lo dispuesto en el art. 403 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que se le entreguen los bienes hereditarios, con los libros y papeles que tengan relacion

con ellos, archivándose los demás con los autos del abintestato en un pliego cerrado y sellado, y que se dé orden al administrador del abintestato para que rinda la cuenta general de que trata el art. 402.

ACTUACIONES SOBRE LA ADMINISTRACION DEL ABINTESTATO.

60. Estas actuaciones que se extienden en la pieza primera ó principal, y cuya estension hemos reservado para despues de la pieza segunda que se forma separada de aquella, sobre las diligencias para la declaracion de herederos, por no interrumpir el curso de estas, comprenden lo concerniente á la gestion del abintestato, siendo, por lo comun, la primera actuacion, la

*Diligencia de comparecencia del administrador presentando la cuenta mensual.* En tal parte, á tantos, compareció ante el señor juez el administrador de este abintestato D. A., presentando la cuenta del mes que termina en tal dia, y solicitando le sea aprobada, y que se le faculte para conservar en su poder tanta cantidad del saldo que resulta, para atender á los gastos indispensables para la administracion en el próximo mes, y para que conste, estiendo esta diligencia que firmo con el señor juez, de que doy fe.

El juez manda unir la cuenta á los autos, y comunicarla al promotor fiscal, si no hubiere heredero declarado, pues entonces se comunican á éste. El promotor da su dictamen poniendo reparos á ella ó reconociendo hallarse ajustada al cargo y data, y pidiendo se subsanen los defectos que tenga ó que se apruebe, y el juez da

61. *Auto.*—Subsánense tales defectos de la cuenta presentada por el administrador de este abintestato, conforme al dictamen del promotor fiscal, (ó se aprueba sin perjuicio la cuenta presentada correspondiente á tal mes;) déjese en su poder tanta cantidad para los gastos á que se refiere, y depositese el saldo de tanta cantidad que resula, en la Caja de depósitos ó en el Banco de tal, espidiéndose la orden correspondiente, y pónganse estas actuaciones de manifiesto en la escribanía á disposicion de las partes interesadas que quieran examinarlas. Lo mandó, etc.

62. *Escrito del administrador para el arrendamiento de bienes en subasta.*—D. A., administrador de los bienes del abintestato de D. F., etc., digo: Que terminando en tal dia el arrendamiento de tal finca, situada en tal parte, perteneciente á este abintestato, y debiendo, conforme al art. 389 de la Ley de Enjuiciamiento civil, para celebrarse nuevo arriendo, ejecutarse en pública subasta, fijando un tipo mínimo que sea el término medio del arriendo de los cinco últimos años, que respecto de la finca mencionada lo será en tanta cantidad, por haber estado arrendada en cada uno de los cinco últimos años en tal cantidad, segun consta de tales escrituras ó documentos que acompaño, y conviniendo asimismo que se practique bajo las demás condiciones de la última escritura de arriendo

A V. S. Suplico que habiendo por presentados dichos documentos, á calidad de que se me devuelvan á su tiempo, se sirva acordar el nuevo arrendamiento en pública subasta bajo el tipo y bases indicadas, ó las que V. S. estime, formándose al efecto el oportuno pliego de condiciones, por ser así justicia que pido, etc., etc. (Firma del letrado y del administrador).

63. *Auto.*—Por presentado con las escrituras adjuntas: procédase á efectuar el nuevo arrendamiento de tal finca en pública subasta bajo el tipo de..., que es el término medio de los arrendamientos de la misma durante los cinco últimos años, segun resulta de las citadas escrituras; fórmese al efecto el oportuno pliego de condiciones, por el escribano actuario, poniéndose de manifiesto en la escribanía de este juzgado y en la de tal pueblo en que se halla situada dicha finca; y para la realizacion de la subasta, anúnciese por término de treinta dias y por medio de edictos que se fijarán en los sitios públicos de costumbre de esta villa y de la de tal (la en que se halla situada la finca) insertándose en tales periódicos (los oficiales) de los mismos; señalándose para el remate el dia tantos y tal hora en la sala de la audiencia del juzgado. Lo mandó, etc.

64. Para la venta de bienes del abintestato, se procede presentando el administrador escrito en que la pida y exprese la causa que la motiva: se da traslado á los interesados: el juez, en vista de lo que aleguen, resuelve si há ó no lugar á ella; en el primer caso la decreta en pública subasta, y prévio avalúo por peritos, en la misma forma que los arrendamientos.

Formulario del juicio voluntario de acreedores.

65. *Escrito pidiendo quita y espera* D. P. en nombre de D. A.; etc. digo: Que habiendo experimentado mi poderante, por varios contratiempos que no ha estado en su mano evitar, y que se consignan en la adjunta memoria, pérdidas considerables en su fortuna, se halla desgraciadamente en el caso de no poder satisfacer el total de los créditos de sus acreedores que se espresan en el estado que presento, ni en el plazo en que vencen sus respectivas obligaciones; pero como por otra parte le queden todavía bienes suficientes, segun aparece de la relacion de los mismos que en debida forma presento, para satisfacer las refecidas deudas si le conceden remision ó quita de un treinta por ciento, y el término ó espera de tanto tiempo; siendo la concesion de estos beneficios conveniente para los citados acreedores, puesto que de esta suerte podrán cobrar la mayor parte de sus créditos, y asimismo para mi representado, puesto que podrán cumplir en cuanto lo permitan sus facultades las obligaciones que en su tiempo contrajo.

A. V. S. Suplico, que habiendo por presentados firmados por mi principal la relacion individual y exacta de todos sus bienes, el estado de sus deudas, con espresion de su procedencia y de los nombres y domicilios de sus acreedores, y la memoria en que se consignan las causas que motivan su solicitud, se sirva convocar á los referidos acreedores á junta, señalando el dia, hora y local en que ha de celebrarse, exhibiendo los títulos justificativos de sus créditos, á fin de obtener la quita y espera solicitadas, por ser justicia que pido, etc.

*Auto convocando á junta.*—Por presentado con el poder, relacion, estado y memoria que acompaño. Convóquese á junta general de acreedores, señalándose para celebrarla tal dia, hora y local, citándose al efecto personalmente á los que residen en esta villa, espidiendo exhortos á los jueces de tal parte respecto de los ausentes, y fijándose edictos en los sitios de costumbre con insercion en los periódicos oficiales de esta capital, y en el Boletín oficial de la provincia, y previniéndoles á todos que se presenten en la junta con los títulos justificativos de sus créditos, bajo apercibimiento de no ser admitidos de lo contrario. Lomandó, etc.

66. *Acta de la junta de acreedores.*—En tal parte, en el dia tantos, designado por el señor juez para la celebracion de la junta de acreedores con tal objeto, comparecieron ante el mismo, D. A.; acreedor por tanta cantidad, segun resulta de tal título que presenta, D. P. acreedor, etc. (sigue espresándose los acreedores, la cantidad de sus créditos y sus títulos,) y no habiéndose presentado mas, y siendo la hora designada para la celebracion de la junta, la dió por instalada el señor juez bajo su presidencia. Acto continuo se leyó por mí el infrascrito escribano los artículos de la Ley de Enjuiciamiento civil que se refieren al objeto de esta junta, la solicitud que la ha motivado, y que obra al fóllo tantos, y la relacion, estado y memoria que la acompañan, conforme previene el art. 514 de la misma Ley. Abierta discusion, hablaron en contra de la concesion de la quita y espera D. A. (se espondrá lo que alegó), y en pro D... oponiendo tales razones; en seguida replicó D. R., alegando tales otras, al que contrareplicó D. C., y asimismo el deudor usó de la palabra tantas veces que creyó necesarias, alegando tales razones, con lo cual se cerró el debate por acuerdo de la mayoría. En seguida el señor juez puso á votacion la espera y quita, formulando la cuestion en estos términos. ¿Se concede al deudor D. D. la quita de tanta cantidad, y la espera de tanto tiempo que solicita? Y verificada votacion nominal sobre esta cuestion entre los acreedores, votaron diciendo si, D. A., D. P., D. C. y D. S. y diciendo no, D. N. y D. N. Y resultando cuatro votos por la afirmativa, y dos por la negativa, y en su consecuencia, en pro las dos terceras partes de los acreedores presentes, cuyos créditos además importan las tres quintas partes del total pasivo del concurso, quedó aprobada la quita y la espera solicitadas por D. D. Publicada la votacion, el acreedor D. A. protestó contra lo acordado por la mayoría. En este estado, dió el señor juez por terminada esta junta, mandando estender el acta presente, que firmó con los concurrentes, de que doy fe.

Los acreedores que no asistieron á la junta, ó que disintieron y protestaron contra el voto de la mayoría, y se opusieron á este acuerdo, como pueden hacerlo dentro de los ocho dias, presentarán escrito alegando alguno de los motivos que espresa el art. 513 de la Ley, y suplicando se sustancie dicha oposicion por la via ordinaria.

Si no hubo oposicion, puede pedirse por parte legítima que se apruebe el convenio, y el juez manda traer los autos á la vista y dicta el siguiente:

*Auto aprobando el acuerdo de la junta.*—En tal parte, el Sr. D. J. vistos estos autos; dijo: Que resultando no haberse hecho oposicion en el término legal, á lo convenido en junta de acreedores celebrada en tal día, y considerando lo dispuesto en el art. 514 de la Ley de Enjuiciamiento civil, debia mandar y mandaba se llevase á efecto el convenio en todas sus partes, por el que se concedia tal quita y tal espera al deudor, con nando á los interesados á estar y pasar por él. Asi lo proveyó, mandó y firmó, etc.

*Notificación al deudor y acreedores citados personalmente, en la forma ordinaria.*

67. *Notificación del acuerdo, á instancia del deudor, á los acreedores que no fueron convocados personalmente,* en la forma ordinaria, pero añadiendo: Quedando enterado el acreedor que suscribe de que no protestando contra el acuerdo notificado en el acto ó dentro de los cinco días siguientes, será obligatorio para dicho acreedor, del mismo modo que para los que han sido convocados personalmente, y no han reclamado en debida forma, segun el art. 515 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Quando el acuerdo fuere denegatorio, dicta el juez el siguiente

68. *Auto.*—En tal parte, á tantos, el Sr. D. J., por ante mí el escribano, dijo: Resultando del acta anterior de la junta general de acreedores, haber sido denegatorio el acuerdo sobre la quita y espera solicitadas por D. D., y considerando que segun el art. 512 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que en tal caso concluido este juicio, se declara no haber lugar á la quita y espera mencionadas, quedando en libertad los interesados para hacer uso de los derechos que puedan corresponderles.

Asi lo proveyó, mandó y firmó, etc.

69. *Escrito pidiendo el deudor la formación del concurso, simplemente ó presentándose en concurso, sin pedir quita ni espera, sino haciendo cesion de bienes.*—(Su cabeza y su fondo es igual en que se pide quita ó espera, como que con ambas solicitudes se pide el concurso voluntario; asi es que hay que expresar y acompañar la memoria, de las causas porque se pide el concurso, la relacion de bienes y el estado de deudas. Solamente en lugar de las cláusulas sobre la quita ó espera, se pondrá la de que use en el caso de presentarse en concurso ó de hacer cesion de los bienes que le pertenecen, en favor de sus acreedores, para que se les distribuyan segun el orden de preferencia que tengan sus créditos por la ley.)

*Otrosi digo:* Que estando siguiendo procedimiento ejecutivo D. A. contra mi representado en el juzgado de tal parte:

A. V. S. Suplico se sirva mandar se acumulen estos autos al juicio de concurso, por ser justicia, etc.

A este escrito dicta el juez auto, habiendo por presentados los documentos referidos, y por hecha la cesion de bienes del solicitante á favor de sus acreedores, disponiendo se proceda á la formación del concurso voluntario, y en su consecuencia al embargo y depósito de todos los bienes del deudor, á la ocupacion de sus libros y papeles y á la retencion de la correspondencia, segun prescribe el art. 524 de la Ley de Enjuiciamiento para el concurso necesario, á cuyas reglas se acomoda la sustanciacion del voluntario, segun el art. 519 de dicha ley. En cuanto al otrosi se dicta: acumúlense á este juicio los autos ejecutivos que siguen en tal juzgado, oficiándose al señor juez del mismo para este efecto.

#### Formulario del concurso necesario de acreedores.

70. *Escrito pidiendo un acreedor la formación del concurso.*—D. P. en nombre de D. A., en los autos ejecutivos que se siguen en este juzgado á instancia de mi parte, etc., digo: Que al ir á verificar el embargo de los bienes pertenecientes á D. D. en vista del auto de V. S. de tal fecha en que se sirvió despachar la ejecucion á favor de mi principal, no se le encontraron bienes bastantes á cubrir la cantidad que se reclama por hallarse ya embargados á favor de D. A. y de D. A., acreedores del mismo, segun contestó el deudor al requerirse para el pago, y resulta en efecto de autos ejecutivos que se siguen en este juzgado y escribania de tal. Existiendo, pues, mas de dos ejecuciones pendientes contra D. D., deudor de mi principal, y no habiéndosele encontrado bienes libres, de otra responsabilidad, suficientes á cubrir la cantidad que solicita mi principal, para evitar que, de continuar los procedimientos ejecutivos por separado, quedará sin reintegrarse mi parte de su crédito, no observándose igualdad ni justicia en la distribucion de los bienes del deudor entre sus

acreedores en el orden de preferencia y fecha de sus créditos, usando del derecho que me confiere el art. 521 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

A V. S. Suplico, que habiendo por presentado este escrito y llamando á la vista los autos ejecutivos mencionados para su acumulacion á este juicio, se sirva decretar la formación del concurso necesario de acreedores á los bienes del espresado D. D., y dictar las providencias necesarias para el embargo de todos los bienes del deudor, depositándolos en persona de crédito y responsabilidad, la ocupacion de sus libros y papeles, y la retencion de la correspondencia y demás que estime procedente.

*Otrosi.* Estándose además siguiendo autos ejecutivos al referido D. D. en el juzgado de tal parte, por D. A. y en tanta cantidad, y debiendo acumularse asimismo estos autos al juicio universal de concurso de acreedores, segun el art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

A V. S. Suplico se sirva oficiar al citado señor juez de tal parte, para que remita los autos mencionados para su debida acumulacion á este juicio, por ser justicia que pido.

71. *Auto.*—Tráiganse los diferentes autos ejecutivos que se mencionan en el anterior escrito, para cuyo efecto házase saber respecto de los que penden en este juzgado, á los escribanos en cuyo oficio radican, que comparezcan á hacer relacion de ellos en tal día y hora, con citacion de los ejecutantes para proceder á su acumulacion; y efectuado, se proveerá, en cuanto á lo demás del fondo de este escrito y su otrosi. Lo mandó etc.

72. *Auto declarando el concurso.*—En tal parte, á tantos, etc., D. J. L., dijo: Resultando que D. D. tiene pendientes tres ejecuciones contra sus bienes, y que además se le reclama otro crédito de tanta cantidad por D. A., noteniendo el deudor bienes suficientes libres de otra responsabilidad para cubrirlo, considerando que en este caso, faculta el art. 521 de la ley de Enjuiciamiento civil para la formación del concurso necesario de acreedores, se declara en concurso necesario á D. D., procédase al embargo de todos sus bienes, depositense en poder de D. D., á quien se nombra depositario y asimismo administrador de los del concurso, señalándole á título de dietas tantos reales diarios, y á quien se hará saber estos nombramientos para su aceptacion. Procédase asimismo á la ocupacion de los libros y papeles del deudor y á la retencion de su correspondencia, oficiándose á estos efectos al administrador de Correos para que la remita á este juzgado, donde se abrirá en la forma que ordena el art. 527 de la Ley de Enjuiciamiento civil; acumúlense á este juicio los autos ejecutivos que se siguen en tal juzgado, para que con suspension de todo procedimiento, los remita al de mi cargo, con citacion de los ejecutantes. Notifiquese esta providencia al deudor comun, y pasado el término de tercero día, dese cuenta. Lo mandó, etc.

73. *Diligencia de apertura de la correspondencia,* por el estilo que la espuesta en el juicio abintestato, pero entregando al concursado, á cuya presencia se abre, la que trate de asantos de familia ó no sea relativo al concurso.

74. Si hubiera oposicion por el deudor, se dicta providencia disponiendo se sustancie esta pretension con el acreedor que pidió el concurso, previniéndose que litiguen unidos bajo una direccion y representacion los acreedores que se opusieren, y en igual forma los demás acreedores con el que pidió el concurso. Esta oposicion se acomodará á los trámites del juicio ordinario con las modificaciones que espresa el art. 534 de la Ley.

75. *Auto declarando consentida ó ejecutoriada la formación del concurso y llamando á él á los acreedores.*—No habiéndose formalizado oposicion en el término legal á la declaracion del concurso, hecha por auto de tal fecha (ó habiéndose ejecutoriada la providencia de la superioridad contra la oposicion formulada) háse aquella por consentida (ó esta por ejecutoriada); hágase saber al concursado que en el término de segundo día presente relacion de sus acreedores, manifestando además las causas de su estado. Fijense edictos en los sitios públicos de costumbre de esta ciudad é insértense en el Boletín oficial de la provincia, anunciándolo y llamando á los acreedores, á fin de que se presenten con los títulos justificativos de sus créditos en este juzgado, en el término de veinte días. Lo mandó, etc.

76. *Auto convocando á junta para el nombramiento de síndicos.*—Convóquese á junta general de acreedores para el nombramiento de síndicos, á cuyo fin, se señala tal día, hora y local, citándose por cédula á los acreedores que se han presentado al concurso y á los demás por edictos fijados en, etc., é insertos en, etc., debiendo presentarse con los títulos de sus créditos, los que aun no lo hubieren hecho. Lo mandó, etc.

*Auto aprobando el acuerdo de la junta.*—En tal parte, el Sr. D. J. vistos estos autos; dijo: Que resultando no haberse hecho oposicion en el término legal, á lo convenido en junta de acreedores celebrada en tal día, y considerando lo dispuesto en el art. 514 de la Ley de Enjuiciamiento civil, debía mandar y mandaba se llevase á efecto el convenio en todas sus partes, por el que se concedía tal quita y tal espera al deudor, con nando á los interesados á estar y pasar por él. Asi lo proveyó, mandó y firmó, etc.

*Notificación al deudor y acreedores citados personalmente, en la forma ordinaria.*

67. *Notificación del acuerdo, á instancia del deudor, á los acreedores que no fueron convocados personalmente,* en la forma ordinaria, pero añadiendo: Quedando enterado el acreedor que suscribe de que no protestando contra el acuerdo notificado en el acto ó dentro de los cinco días siguientes, será obligatorio para dicho acreedor, del mismo modo que para los que han sido convocados personalmente, y no han reclamado en debida forma, segun el art. 515 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Quando el acuerdo fuere denegatorio, dicta el juez el siguiente

68. *Auto.*—En tal parte, á tantos, el Sr. D. J., por ante mí el escribano, dijo: Resultando del acta anterior de la junta general de acreedores, haber sido denegatorio el acuerdo sobre la quita y espera solicitadas por D. D., y considerando que segun el art. 512 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que en tal caso concluido este juicio, se declara no haber lugar á la quita y espera mencionadas, quedando en libertad los interesados para hacer uso de los derechos que puedan corresponderles.

Así lo proveyó, mandó y firmó, etc.

69. *Escrito pidiendo el deudor la formación del concurso, simplemente ó presentándose en concurso, sin pedir quita ni espera, sino haciendo cesion de bienes.*—(Su cabeza y su fondo es igual en que se pide quita ó espera, como que con ambas solicitudes se pide el concurso voluntario; así es que hay que expresar y acompañar la memoria, de las causas porque se pide el concurso, la relacion de bienes y el estado de deudas. Solamente en lugar de las cláusulas sobre la quita ó espera, se pondrá la de que use ve en el caso de presentarse en concurso ó de hacer cesion de los bienes que le pertenecen, en favor de sus acreedores, para que se les distribuyan segun el orden de preferencia que tengan sus créditos por la ley.)

*Otrosi digo:* Que estando siguiendo procedimiento ejecutivo D. A. contra mi representado en el juzgado de tal parte:

A. V. S. Suplico se sirva mandar se acumulen estos autos al juicio de concurso, por ser justicia, etc.

A este escrito dicta el juez auto, habiendo por presentados los documentos referidos, y por hecha la cesion de bienes del solicitante á favor de sus acreedores, disponiendo se proceda á la formación del concurso voluntario, y en su consecuencia al embargo y depósito de todos los bienes del deudor, á la ocupacion de sus libros y papeles y á la retencion de la correspondencia, segun prescribe el art. 524 de la Ley de Enjuiciamiento para el concurso necesario, á cuyas reglas se acomoda la sustanciacion del voluntario, segun el art. 519 de dicha ley. En cuanto al otrosi se dicta: acumúlense á este juicio los autos ejecutivos que siguen en tal juzgado, oficiándose al señor juez del mismo para este efecto.

#### Formulario del concurso necesario de acreedores.

70. *Escrito pidiendo un acreedor la formación del concurso.*—D. P. en nombre de D. A., en los autos ejecutivos que se siguen en este juzgado á instancia de mi parte, etc., digo: Que al ir á verificar el embargo de los bienes pertenecientes á D. D. en vista del auto de V. S. de tal fecha en que se sirvió despachar la ejecucion á favor de mi principal, no se le encontraron bienes bastantes á cubrir la cantidad que se reclama por hallarse ya embargados á favor de D. A. y de D. A., acreedores del mismo, segun contestó el deudor al requerirse para el pago, y resulta en efecto de autos ejecutivos que se siguen en este juzgado y escribanía de tal. Existiendo, pues, mas de dos ejecuciones pendientes contra D. D., deudor de mi principal, y no habiéndosele encontrado bienes libres, de otra responsabilidad, suficientes á cubrir la cantidad que solicita mi principal, para evitar que, de continuar los procedimientos ejecutivos por separado, quedará sin reintegrarse mi parte de su crédito, no observándose igualdad ni justicia en la distribucion de los bienes del deudor entre sus

acreedores en el orden de preferencia y fecha de sus créditos, usando del derecho que me confiere el art. 521 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

A V. S. Suplico, que habiendo por presentado este escrito y llamando á la vista los autos ejecutivos mencionados para su acumulacion á este juicio, se sirva decretar la formación del concurso necesario de acreedores á los bienes del espresado D. D., y dictar las providencias necesarias para el embargo de todos los bienes del deudor, depositándolos en persona de crédito y responsabilidad, la ocupacion de sus libros y papeles, y la retencion de la correspondencia y demás que estime procedente.

*Otrosi.* Estándose además siguiendo autos ejecutivos al referido D. D. en el juzgado de tal parte, por D. A. y en tanta cantidad, y debiendo acumularse asimismo estos autos al juicio universal de concurso de acreedores, segun el art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

A V. S. Suplico se sirva oficiar al citado señor juez de tal parte, para que remita los autos mencionados para su debida acumulacion á este juicio, por ser justicia que pido.

71. *Auto.*—Tráiganse los diferentes autos ejecutivos que se mencionan en el anterior escrito, para cuyo efecto házase saber respecto de los que penden en este juzgado, á los escribanos en cuyo oficio radican, que comparezcan á hacer relacion de ellos en tal día y hora, con citacion de los ejecutantes para proceder á su acumulacion; y efectuado, se proveerá, en cuanto á lo demás del fondo de este escrito y su otrosi. Lo mandó etc.

72. *Auto declarando el concurso.*—En tal parte, á tantos, etc., D. J. L., dijo: Resultando que D. D. tiene pendientes tres ejecuciones contra sus bienes, y que además se le reclama otro crédito de tanta cantidad por D. A., noteniendo el deudor bienes suficientes libres de otra responsabilidad para cubrirlo, considerando que en este caso, faculta el art. 521 de la ley de Enjuiciamiento civil para la formación del concurso necesario de acreedores, se declara en concurso necesario á D. D., procédase al embargo de todos sus bienes, depositense en poder de D. D., á quien se nombra depositario y asimismo administrador de los del concurso, señalándole á título de dietas tantos reales diarios, y á quien se hará saber estos nombramientos para su aceptacion. Procédase asimismo á la ocupacion de los libros y papeles del deudor y á la retencion de su correspondencia, oficiándose á estos efectos al administrador de Correos para que la remita á este juzgado, donde se abrirá en la forma que ordena el art. 527 de la Ley de Enjuiciamiento civil; acumúlense á este juicio los autos ejecutivos que se siguen en tal juzgado, para que con suspension de todo procedimiento, los remita al de mi cargo, con citacion de los ejecutantes. Notifiquese esta providencia al deudor comun, y pasado el término de tercero día, dese cuenta. Lo mandó, etc.

73. *Diligencia de apertura de la correspondencia,* por el estilo que la espuesta en el juicio abintestato, pero entregando al concursado, á cuya presencia se abre, la que trate de asuntos de familia ó no sea relativo al concurso.

74. Si hubiera oposicion por el deudor, se dicta providencia disponiendo se sustancie esta pretension con el acreedor que pidió el concurso, previniéndose que litiguen unidos bajo una direccion y representacion los acreedores que se opusieren, y en igual forma los demás acreedores con el que pidió el concurso. Esta oposicion se acomodará á los trámites del juicio ordinario con las modificaciones que espresa el art. 534 de la Ley.

75. *Auto declarando consentida ó ejecutoriada la formación del concurso y llamando á él á los acreedores.*—No habiéndose formalizado oposicion en el término legal á la declaracion del concurso, hecha por auto de tal fecha (ó habiéndose ejecutoriada la providencia de la superioridad contra la oposicion formulada) háse aquella por consentida (ó esta por ejecutoriada); hágase saber al concursado que en el término de segundo día presente relacion de sus acreedores, manifestando además las causas de su estado. Fijense edictos en los sitios públicos de costumbre de esta ciudad é insértense en el Boletín oficial de la provincia, anunciándolo y llamando á los acreedores, á fin de que se presenten con los títulos justificativos de sus créditos en este juzgado, en el término de veinte días. Lo mandó, etc.

76. *Auto convocando á junta para el nombramiento de síndicos.*—Convóquese á junta general de acreedores para el nombramiento de síndicos, á cuyo fin, se señala tal día, hora y local, citándose por cédula á los acreedores que se han presentado al concurso y á los demás por edictos fijados en, etc., é insertos en, etc., debiendo presentarse con los títulos de sus créditos, los que aun no lo hubieren hecho. Lo mandó, etc.

77. El *acta* de la junta se estenderá por estilo de las espuestas en los formularios anteriores, con arreglo al art. 541 de la Ley.

*Escrito de impugnación del acta D., etc.*, digo: Que en la junta de acreedores celebrada en tal día, fueron nombrados síndicos del concurso D. S. y D. S., mas habiéndose faltado en este nombramiento á tales solemnidades ó determinaciones de la Ley (*se espresan*).

A V. S. Suplico, que habiendo por formalizada esta oposición, se sirva declarar nulo y sin efecto el referido nombramiento, acordando se proceda á nombrar otro síndico con sujeción á tales disposiciones de la Ley, y á formar la pieza separada que corresponde, por ser justicia, etc.

78. *Auto*.—Fórmese la oportuna pieza separada en que se sustancie esta oposición, siguiéndose en las actuaciones del juicio de concurso, y dése traslado por tal término y en la forma que espresa el art. 534 de la L. 6 L. C. Lo mandó etc.

Esta oposición se sustancia por la vía ordinaria, según el art. 534 de la Ley, y se continúa el juicio de concurso, dictándose el siguiente

79. *Auto posesionando y dando á reconocer á los síndicos y formando las tres piezas de este juicio*.—Póngase á los síndicos D. S. y D. S. nombrados en la junta de acreedores de tal fecha en posesión de su cargo; déseles á reconocer á los inquilinos y arrendatarios de los bienes concursados, á los deudores del concurso y demás personas que necesario fuere: hágase saber su nombramiento por edictos, fijados en, etc., é insertos en los periódicos en que lo hubiere sido la convocatoria para su nombramiento, espresando en ellos que se les haga entrega de lo correspondiente al concurso. Y practicado así, en adelante sigan las actuaciones, formándose las tres piezas separadas que previene el art. 548 de la Ley de Enjuiciamiento civil. En su virtud, quedando la que contiene las actuaciones anteriores como *pieza primera* destinada á la Administración del concurso para sustanciar los incidentes que se refieran á ésta, fórmese la *pieza segunda* ó de Reconocimiento y graduación de créditos, con los escritos y títulos presentados y que en adelante se presentaren por los acreedores, y con testimonio literal del estado de deudas, presentado por el deudor ó inserción de este auto; y para firmar la *pieza tercera* ó de Calificación del concurso, sacado que sea el testimonio referido, entréguese los autos á los síndicos para que, teniendo en cuenta la relación, estado y memorias presentadas por el deudor, y examinados sus libros y papeles, manifiesten en el término de treinta días, en espositión razonada y documentada el juicio que hayan formado del concurso y sus causas, la cual con testimonio literal de la relación, estado y memoria del deudor, encabezará la referida pieza de calificación del concurso. El señor don J., etc. Lo mandó, etc.

PIEZA PRIMERA: ADMINISTRACION DEL CONCURSO.

80. Formada con las actuaciones que quedan especificadas en el auto anterior, se dicta el siguiente.

*Auto mandando entregar á los síndicos los bienes concursados*.—Entréguese por el escribano actuario á los síndicos de este concurso D. S. y D. S. los bienes, libros y papeles ocupados al concursado, por inventario, requiriéndose á este efecto al depositario D. D.: continúe el dmero inventariado depositado en tal Banco ó establecimiento público, á disposición del juzgado, entregándose á los síndicos el resguardo del depósito bajo recibo que se estenderá en esta pieza, y quede la misma en la escribanía del actuario, á disposición de los acreedores que quieran reconocerla. El señor don J., etc., lo mandó, etc.

*Notificación á los síndicos los cuales representan á los acreedores, y notificación al concursado*.

*Diligencia de haberse hecho entrega á los síndicos de los bienes, libros y papeles*.

81. Los síndicos deben presentar la cuenta mensual en escrito que se estiende en forma análoga á la del que presenta el administrador del abintestato, formulario núm. 62; y el auto que se da en vista de dicha cuenta por el estilo del del número 63.

82. En esta misma pieza se actúa todo lo relativo á la enagenación de los bienes del concurso, á la que se procede inmediatamente si la mayoría de acreedores no acordare lo contrario, según espresa el art. 534 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

No se entienda, sin embargo, que puede procederse á ello antes del reconocimiento y graduaciones de créditos y aun de la calificación del concurso, puesto que el nombramiento de peritos y admisión de posturas se ha de hacer en junta de acreedores. Asimismo el auto final del núm. 87, notificando el resultado definitivo del concurso, se da terminadas dichas dos piezas de reconocimiento y graduación de créditos y calificación del concurso. Presentado, pues, por los síndicos escrito pidiendo la enagenación de los bienes del concurso, se dicta por el juez el siguiente

83. *Auto para la enagenación de los bienes*.—Procédase á la enagenación de los bienes del concurso, haciéndose saber á los síndicos que para el avalúo de las alhajas, frutos, semovientes, muebles y raíces, nombren un perito por su parte para cada clase de bienes, requiriendo asimismo al deudor para que nombre otro por la suya, á quienes se haga saber para su aceptación y juramento, y respecto de los efectos públicos y valores de otra clase que los mencionados, véndanse por medio de D. A. C., agente de bolsa (ó corredor) á quien se nombra al efecto por este juzgado y se le entregarán por factura los que hubiere depositados, y hágasele saber para su aceptación y juramento. Lo mandó, etc.

Efectuado el nombramiento de peritos, se dicta el siguiente

84. *Auto para la subasta de bienes*.—Procédase á la subasta de los bienes concursados, señalándose para los bienes raíces tal día (treinta días con posterioridad al del anuncio de la subasta, por lo menos) hora y local, y para los muebles o alhajas, tal día (quince días por lo menos despues del anuncio); anúnciese por edictos que se fijarán en los sitios públicos de costumbre é insertarán en el *Boletín Oficial* de esta provincia y la en que se hallan situados los bienes. Lo mandó, etc.

Verificado y aprobado el remate, se dicta el siguiente

85. *Auto*.—Mediante á que en la subasta celebrada en tal día se hizo postura en las dos terceras partes de tal avalúo (ó que habiéndose hecho inferior, fue admitida con el acuerdo de los síndicos autorizados para ello por la junta de acreedores, y que asimismo la admitió el deudor (ó que en la junta de acreedores convocada en tal día, se aprobaron las proposiciones referidas) se aprueba en conformidad con lo dispuesto en el art. 559 de la Ley de Enjuiciamiento civil, el remate hecho á favor de D. P., y en su consecuencia, hágase saber al rematante que entregue en el juzgado la cantidad en que se verificó aquel, la cual se constituirá en depósito en tal establecimiento público, y verificado, requiérase á los síndicos para que entreguen al rematante los bienes que se le han adjudicado, procediéndose á otorgar á su favor la correspondiente escritura que suscribirán los síndicos. Lo mandó, etc. Si no se hubieren aprobado las proposiciones, se expresará á la cabeza del auto, y se dirá: no se aprueba la proposición hecha por D. P.; procédase á la retasa de los bienes en la forma establecida para el primer avalúo y anúnciese nueva subasta, etc. Lo mandó, etc.

Si no hubiere tampoco postura admisible, se dicta auto convocando á junta de acreedores para que acuerden la manera de adjudicar los bienes. Celebrada el *acta*, se dicta el siguiente

86. *Auto de adjudicación de bienes*.—Mediante á haber convenido los acreedores con el deudor en la junta convocada en tal fecha, por no haber habido postura admisible en las dos subastas practicadas, en que se hiciese la adjudicación de los bienes subastados en tanta cantidad, que es menos de las dos terceras partes del último avalúo (ó mediante no haberse convenido los acreedores y el deudor, convinieron aquellos en que se haga la adjudicación por las dos terceras partes del último avalúo) se adjudican al postor en conformidad con el art. 564 de la Ley de Enjuiciamiento civil, tales bienes referidos por la cantidad mencionada: procédase etc., (como en el auto anterior). Lo mandó, etc. Hecho el pago de los créditos y rendida por los síndicos cuenta general que estará de manifiesto durante quince días en la escribanía, y trascurridos estos sin hacerse oposición, dicta el juez el siguiente

87. *Auto de aprobación de cuentas, de entrega al deudor de los bienes que resten, de publicación del resultado definitivo del concurso y de quedar rehabilitado el concursado* (en su caso).—Se aprueba la cuenta general presentada por los síndicos, á quienes se dará el finiquito correspondiente: y en atención á haber sido pagados por entero los créditos y á la inculpabilidad del concursado, se declara quedar éste rehabilitado en la forma debida: notifíquese el resultado definitivo del concurso á los acreedores reconocidos por medio de cédula que se dejará en sus habitaciones respectivas é insertará en tales periódicos (en los que se hubiere publicado la declaración del concurso): hágase entrega al deudor de los bienes que hubieren quedado despues de pagar los créditos y de sus libros y papeles. Lo mandó, etc. Si no se hu-

bieren pagado los créditos, se dirá en este auto: consérvense en la escribanía los libros y papeles unidos á los autos á los efectos sucesivos. En este caso no se declara la rehabilitación del concursado.

PIEZA SEGUNDA.—RECONOCIMIENTO Y GRADUACION DE CRÉDITOS.

88. Encabezada esta pieza con los documentos expresados en el auto núm. 79, y dada cuenta por el escribano, dicta el juez el siguiente

*Auto convocando á junta de exámen de créditos.*—Convóquese á los acreedores á junta general para el exámen de créditos, citándose al efecto personalmente á los comprendidos en el estado de deudas y á los que se han presentado con sus títulos, llamando á los demás por edictos que se fijarán en los sitios de costumbre é insertarán en el *Boletín Oficial* de la provincia. Señálese para la celebración de dicha junta el día *tantos (pasados treinta días por lo menos desde que se da este auto)* á tal hora, en la sala de Audiencia de este juzgado. Comuníquese esta pieza á los síndicos para que formen un estado de todos los créditos, otro de los que en su opinión deban ser reconocidos y otro de los que no deban serlo, dándose cuenta en la junta general. Lo mandó, etc. El *acta* de la junta, por el estilo de las espuestas anteriormente y con sujeción á lo prescrito en los artículos 575 á 578 de la Ley de Enjuiciamiento.

Si no llegaren á reunirse en la junta las mayorías de votos y cantidades sobre el reconocimiento ó exclusión de algun crédito, dará el juez por concluida la junta, providencia llamando los autos á la vista y con citación de las partes, dictará el siguiente

89. *Auto.*—En tal parte el señor D. J., etc., por ante mí el escribano, habiendo examinado estos autos: Resultando que D. A. se ha presentado en este concurso reclamando tal cantidad que le debía el deudor D. D., en virtud de escritura pública en forma que ha exhibido: Resultando que esta escritura ha sido incluida en el estado de los síndicos de este concurso para el reconocimiento de créditos: Resultando que sometido á votación dicho crédito en la junta general, no resultaron mayorías de votos y cantidades para excluirle ó reconocerle: Considerando que la referida escritura constituye prueba eficaz por hallarse otorgada con todas las solemnidades que requieren tales leyes: Considerando lo dispuesto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sobre que se declarase en tal caso lo mas arreglado á derecho sobre el crédito á que se refiera la disidencia, dijo: Que debía declarar y declaraba haber lugar al reconocimiento del crédito de tanta cantidad presentado por D. A. como legítimo y abonable. Así lo proveyó, etc. En el mismo auto se contendrá, si hubiere habido las mayorías indicadas sobre reconocimiento ó exclusión de otros créditos, la siguiente cláusula. Igualmente debía mandar y mandaba se dé á los acreedores reconocidos el documento correspondiente firmado por los síndicos con el visto bueno de S. S. expresando la importancia del crédito, su origen y reconocimiento (ó que á los acreedores no reconocidos, se les comunique por los síndicos la decisión de la junta por medio de carta particular que pondrá el escribano por sí mismo en el correo).

90. Si se impugnaren los acuerdos en las juntas ó la anterior determinación del juez, se presentará escrito de impugnación, redactado por el estilo que los espuestos en los formularios anteriores, y se formará ramo separado que se sustanciará con los síndicos en vía ordinaria. Pasados los quince días sin impugnación, dictará el juez el siguiente

91. *Auto convocando á junta de acreedores para la graduación de créditos.*—Procédase á celebrar la junta de graduación de créditos, señalándose para ello tal día, hora y local. Convóquese al efecto por cédula á los acreedores cuyos créditos han sido reconocidos, poniéndose edictos en los sitios de costumbre con su inserción en tales periódicos; prevengase á los síndicos que para el expresado día de la junta presenten los cinco estados que prescribe el art. 592 de la Ley de Enjuiciamiento civil y la nota de los bienes á que se refiere el art. 593 de la misma y tengan preparado su dictámen acerca del reconocimiento de tales créditos que quedaron pendientes en la junta de exámen por falta de justificación bastante. El señor D. J., etc. Lo mandó, etc.

92. El escrito de impugnación á los acuerdos de esta junta y demás, según se ha dicho respecto de la anterior. No presentándose impugnación dentro de ocho días, há lugar al siguiente

*Auto mandando llevar á efecto lo acordado en la junta.*—No habiéndose presentado impugnación alguna en el término legal, llévase á efecto lo acordado en la junta de graduación, procediéndose al pago de los créditos por el orden establecido en la misma, á cuyo efecto se expedirán los oportunos mandamientos contra tal Banco (ó establecimiento donde se hallen los fondos en depósito) á favor de los acreedores; recójase al verificar el pago á cada acreedor el documento de reconocimiento de su crédito facilitado por los síndicos, el cual únase á esta pieza con los títulos de su crédito, estendiéndose en él nota espresiva de quedar cancelado. Lo mandó, etc.

93. Si hubiera impugnación á algunas graduaciones, se pondrá en el auto anterior la cláusula de que se retenga el importe de tales créditos á que se refiere la impugnación propuesta por D. Y. hasta que recaiga ejecutoria.

(Téngase presente que la graduación de créditos tanto en el estado que de ellos han de presentar los síndicos como en la junta de acreedores debe verificarse no solo con arreglo al art. 592 de la Ley de Enjuiciamiento civil espuesto en el núm. 885 de esta obra, sino también á las disposiciones de la Ley Hipotecaria espuestas en el apéndice al citado número).

PIEZA TERCERA.—CALIFICACION DEL CONCURSO.

94. Esta pieza se encabeza con el testimonio literal de la relación de bienes, estado de deudas y memoria de las causas del concurso presentados por el deudor, con la exposición razonada y documentada del juicio que hayan formado los síndicos del concurso y sus causas y con el auto en que se manda formar, el cual se dicta despues de presentar los síndicos su exposición, diciendo: Por presentada la exposición de los síndicos; fórmese pieza separada, ó la pieza tercera con dicha exposición original y con testimonio literal de la relación, estado y memoria del deudor, y dese cuenta. Lo mandó, etc. Dada cuenta de su formación, se dicta el siguiente

*Auto pasando la pieza al promotor fiscal.*—Comuníquese esta pieza al promotor fiscal, acumulándose provisionalmente á ella la pieza primera, para que enterado de todo, proponga lo que estimare conveniente á los efectos del art. 605 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Lo mandó, etc.

95. *Dictámen del promotor fiscal.*—El promotor fiscal, habiendo examinado las piezas primera y tercera de los autos del concurso necesario de D. D., dice: Que conforme con el dictámen de los síndicos (ó separándose de él) es de opinión que en el referido concurso no ha habido falta ni delito alguno por parte del deudor, siendo verosímiles y hallándose justificadas las causas que alega en su memoria haberlo originado, y no apareciendo motivos para creer que se haya cometido en el fraude ni simulación alguna, sino haber sido resultado de acontecimientos desgraciados que no le ha sido posible evitar (ó que hay motivo para sospechar que se ha cometido ó ha sido ocasionado por tal falta ó delito; se funda ó razona el dictámen) el promotor fiscal opina que procede la declaración de la inculpabilidad del concursado (ó que há lugar á proceder contra él criminalmente.) V. S., sin embargo, determinará lo que estime mas arreglado á justicia (*Fecha y firma*).

Siendo el dictámen del promotor fiscal conforme al de los síndicos y favorable al concursado, se da providencia llamando los autos á la vista, y se dicta el siguiente

96. *Auto declarando la inculpabilidad del concursado.*—En tal parte, á tantos el señor D. J., etc., habiendo visto estos autos:

Resultando: Que el concurso necesario de D. D. no ha sido ocasionado por el deseo de defraudar á sus acreedores, ni por especulaciones temerarias, y habiendo procedido el deudor de buena fe y sin fraude ni simulación alguna.

Considerando lo dispuesto en tales leyes y en el art. 606 de la Ley de Enjuiciamiento civil,

Dijo: Que debía declarar y declaraba inculpaible al concursado D. D., sobreseyéndose en esta pieza de calificación, sin perjuicio de resolver lo conveniente si en adelante resultaren méritos para proceder á nueva calificación. Así lo proveyó y firmó, etc.

97. *Auto mandando proceder contra el concursado.*—En tal parte, etc., etc.

Resultando que en concurso necesario de los bienes de D. D., ha procedido éste de mala fe, con simulaciones y amaños para defraudar á sus acreedores habiendo cometido tal falta ó delito.

Considerando que segun *tales leyes ó tales artículos* del Código penal hay méritos bastantes para proceder criminalmente contra el concursado,

Dijo: Que debia mandar y mandaba dar á estas actuaciones la sustanciacion criminal que para tales casos establecen las leyes, para cuyo efecto sáquese el tanto de culpa que resulta de *tales datos*, etc. Asi lo proveyó, etc.

98. Con estas providencias *termina la pieza sobre calificacion del concurso*, y vuelve el escribano á dar cuenta de la *pieza primera sobre la administracion del mismo*, en la cual se continúa el concurso practicándose las diligencias relativas á la enagenacion de bienes y su adjudicacion á los acreedores, concluyendo con la providencia en que se declara la terminacion definitiva del concurso, segun se ha espuesto en el núm. 87.

#### Formulario del convenio de acreedores.

99. El convenio puede solicitarse en cualquier estado del juicio segun el artículo 611 de la Ley de Enjuiciamiento civil, á no que se hubiere pedido se declarase fraudulento el concurso, pues entonces no puede el deudor practicarlo hasta que haya recaído ejecutoria desestimando dicha calificacion.

100. *Escrito pidiendo se convoque á junta para el convenio*—D. P. en nombre de D. D. deudor concursado (ó de D. A. acreedor del concurso) etc., digo: Que mi principal habiendo mejorado algun tanto de fortuna á causa de haberle dejado su amigo D. A. un legado al parecer (ó héchole donacion de bienes, etc.) deseo de satisfacer siempre, en cuanto lo permitan sus intereses, á sus acreedores, usando del derecho que le confiere el art. 611 de la Ley de Enjuiciamiento civil, desea hacer proposiciones de convenio favorables á los mismos y que espera acepten, por lo que, y no habiéndose pedido se declarase fraudulento el concurso,

A V. Suplica, se sirva convocar á junta para convenio entre los acreedores, y el concursado, á fin de examinar el que mi principal trata de proponerles, quedando entre tanto en suspenso, por ser justicia, etc.

Otrosí. Siendo necesario para que proceda esta solicitud, segun el art. 612 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que el que la deduzca pague los gastos á que dé lugar, debo manifestar hallarme dispuesto á este pago, por lo que

A V. Suplico, se sirva, habiendo por hecha esta manifestacion, disponer como llevo solicitado, por ser justicia, etc.

101. *Auto convocando á junta para el convenio*.—Con suspension de este juicio del concurso, convóquese á junta general de acreedores á los del concursado D. D. para tratar del convenio solicitado por éste, y para ello, cítese por cédula á los acreedores conocidos y fijense para los ignorados, edictos en los sitios públicos de costumbre, insertándose en el Boletín de la provincia, espresándose en unas y otros el objeto de la junta. Lo mandó, etc.

102. *Auto para el caso de no admitirse las proposiciones*.—Habiendo sido desestimadas las proposiciones de convenio presentadas por D. D. en la junta de acreedores celebrada en *tal dia*, continúe el juicio de concurso, procediéndose á *tal diligencia*. Lo mandó, etc.

103. *Auto para el caso de admitirse las proposiciones*.—Habiendo sido admitidas las proposiciones de convenio presentadas por D. D. en la junta de acreedores celebrada en *tal fecha*, publíquense por edictos que se fijarán en los sitios públicos de costumbre é insertarán en el Boletín de la provincia, y comuníquense por circular de los síndicos, quedando copia de ella en los autos, á D. A. y D. A., acreedores reconocidos que no concurrieron á la junta. Lo mandó etc.

104. Este convenio puede impugnarse dentro de veinte dias contados desde la fijacion de los edictos por los acreedores reconocidos que no hayan concurrido, y dentro de cuarenta dias por los residentes en Ultramar ó el extranjero que no hayan concurrido. No impugnándose, se manda llevar á efecto lo convenido, á instancia de parte legitima.

#### Formulario de alimentos del concursado.

105. *Escrito del concursado pidiendo alimentos*.—D. P., en nombre de D. C., etc., digo: Que la circunstancia de haber sobrevenido á mi principal acontecimientos desgraciados que han disminuido considerablemente su fortuna, ha hecho temer que no alcanzasen los bienes que le quedaban para satisfacer á sus

acreedores, procediéndose al embargo de todos los bienes que constituyen su patrimonio y declarándose en concurso necesario, por lo que carece absolutamente de medios para atender á su subsistencia y á la de su familia; y como de los autos resulta exceder sus bienes al valor de las deudas reclamadas, se ve en el caso de hacer uso del derecho que le concede la ley para pedir alimentos, por lo que

A V. Suplico, que teniendo en consideracion el escaso de sus bienes relativamente á sus deudas, el número de *tantos* individuos de que se compone su familia y su condicion y clase, se sirva señalarle por razon de alimentos *tal suma* (ó la que V. S. juzgue procedente), disponiendo que el depositario del concurso la libre á mi principal por mensualidades anticipadas, por ser justicia que pido, etc.

106. *Auto concediendo alimentos*.—En consideracion á lo espuesto por el concursado, y á que segun el estado de los bienes y de las deudas que obran en autos, es de creer, á juicio de S. S. que haya bastantes bienes para cubrir los créditos reclamados, se concede al solicitante interinamente *tal cantidad mensual* como alimentos, la cual le será satisfecha por mensualidades anticipadas, para cuyo efecto espídase el correspondiente mandamiento contra el depositario del concurso para que la satisfaga de los fondos del mismo que obran en su poder, y dese cuenta del señalamiento de dicha cantidad en la primera junta de acreedores que se verifique para los efectos del art. 633 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Lo mandó, etc.

107. *Auto negando los alimentos*.—Resultando de los autos ser insuficientes los bienes del concursado D. C. para cubrir sus deudas, no há lugar por ahora al señalamiento de alimentos que solicita, dándose cuenta de esta providencia en la primera junta de acreedores que se celebre para que acuerde sobre los alimentos. Lo mandó, etc.

108. Contra el acuerdo de la junta concediendo ó negando alimentos, puede presentar escrito el deudor ó acreedores, y se les oye en juicio ordinario, y mientras, percibe el deudor los que le hubiere asignado la junta.

#### Formulario del juicio de desaucao.

109. *Escrito de demanda de desaucao por haberse cumplido el término del arriendo*.—D. P., en nombre de D. A., etc., digo: En cuanto á los hechos que motiva esta demanda:

1.º Que por el contrato de inquilinato que adjunto acompaño, celebrado en *tal fecha* por mi principal, como propietario de una casa sita en *tal calle*, número *tantos*, la alquiló á D. D. por *tanto* precio y por *tal término*, el cual finalizado, debia dejar el inquilino libre y desembarazada la finca á disposicion de su propietario.

2.º Que no obstante haber trascurrido este término, continuó el mencionado D. D. ocupando la finca, sin que haya podido conseguirse que se aviniera á dejarla libre en el juicio de conciliacion celebrado al efecto, segun consta de la certificacion del acta que acompaño en forma, pretendiendo no estar obligado á desalojarla por no habersele participado previamente el desaucao.

Y deduciéndose de estos hechos los fundamentos de derecho siguientes:

1.º Que segun la ley de 9 de abril de 1842, art. 2.º, cuando en los inquilinatos de fincas urbanas se estipula tiempo fijo para su duracion, fenece el arrendamiento cumplido el plazo, sin necesidad de desaucao por una ni otra parte.

En consecuencia de lo espuesto, haciendo uso mi principal del derecho que le concede el art. 638 de la Ley de Enjuiciamiento civil

A V. Suplico, que habiendo por presentados el poder y documentos referidos, se sirva declarar el desaucao y mandar que el mencionado D. D. deje libre y desembarazada la habitacion referida, dentro del término de ocho dias, que fija el artículo 647 de la Ley de Enjuiciamiento civil (para este caso), apercibiéndole de lo contrario, de proceder á su lanzamiento, y condenándole al pago de las costas, por ser asi justicia que pido. (*Firmas del letrado y procurador.*)

110. *Auto*.—Por presentada esta demanda de desaucao con el poder y documentos adjuntos: convóquese á las partes á juicio verbal para el que se señala *tal dia*, hora y local (*el dia se señalará dentro de los tres siguientes al de la presentacion de la demanda*). Lo mandó, etc.

La citacion del demandado se hará, cuando no se le encuentre en el lugar del juicio, apercibiéndole de que no compareciendo por sí ó por legitimo apoderado, se declarará el desaucao sin mas citarlo ni oirlo.

No compareciendo el demandado que se hallare en el lugar, al juicio verbal, se estiende la siguiente

111. *Diligencia de no comparecencia y segunda citacion.*—El infrascripto escribano doy fe, de que no obstante haber trascurrido la hora señalada de tal dia para la celebracion del juicio verbal, por auto de tal fecha, no compareció el demandado, por lo que S. S. acordó se le volviera á citar en la misma forma para el dia inmediato, apercibiéndole al practicar esta diligencia, si fuere habido, y si no en la cédula que se le dejase, con que de no concurrir al juicio, se le tendrá por conforme con el desaucio, y procederá sin mas citarlo ni oirlo á desalojarle de la finca. Y para que conste lo acredito por diligencia que firma S. S. conmigo el escribano, en tal parte, á tantos.

No compareciendo el que se hallare en el lugar del juicio despues de la segunda citacion, ni el ausente de él, despues de la primera, se dictará el siguiente

112. *Auto.*—No habiendo comparecido el demandado á pesar de haberle hecho la segunda citacion (si estuviese presente) se declara haber lugar al desaucio solicitado por D. A. apercibiéndose al inquilino D. D., de que si dentro del término de ocho dias no desaloja la finca, será lanzado de ella conforme á lo dispuesto por la ley. Lo mandó, etc.

Compareciendo las partes, se celebra el juicio verbal, cuya acta se estenderá por el estilo que las demás espuestas sobre juicios verbales en los formularios de esta obra, debiendo advertir que á este juicio es opinion fundada que deben asistir los abogados de las partes, y terminando el acto reservándose el juez dictar la sentencia que corresponda.

113. *Sentencia definitiva declarando el desaucio.*—En tal parte, á tantos, D. J., vistos estos autos, etc. Resultando (se estenderán los resultandos y considerandos, segun los espuestos en la demanda), é igualmente la providencia, conforme á la súplica de la misma, añadiéndose al condenar en costas esta cláusula: «para lo cual, al ejutar el lanzamiento se retendrán y constituirán en depósito los bienes mas realizables que se encuentren suficientes á cubrir las costas de todas las diligencias espuestas, segun el art. 653 de la Ley».

114. *Escrito para que se lleve á efecto el lanzamiento.*—D. P., etc., digo: Que habiendo trascurrido el término de tantos dias señalados á D. D. para desalojar la finca, y no habiéndolo realizado

A V. Suplico, se sirva mandar se lleve á debido efecto el lanzamiento con que se le apercibió por providencia de tal fecha, etc.

115. *Auto.*—Llévese á efecto el lanzamiento de D. D. de la habitacion que ocupa en tal parte, con que se le apercibió en providencia de tal fecha, con los demás extremos comprendidos en la misma.

116. *Diligencia de lanzamiento.*—En tal parte, á tantos, se constituyó el alguacil A., comisionado para esta diligencia y el actor ó su representante D. A., acompañados de mí el infrascripto escribano en la casa de tal calle, núm. tantos, cuarto tantos, que ocupa D. D., á quien requerí en virtud del auto anterior, para que desalojara la habitacion y señalara los muebles que habian de retenerse y depositarse para el pago de costas; y como se opusiera á ello, requerí al mencionado alguacil para que procediese al lanzamiento, lo cual ejecutó, haciendo salir de la habitacion á D. D. y su familia, y sacando de ella los muebles de su pertenencia, reteniendo, no obstante, para el pago de costas los muebles siguientes (*se espresan*); los cuales quedaron depositados en poder de D. D. N., quien se dió por entregado de ellos, obligándose á conservarlos á disposicion del juzgado, y custodiarlos como fiel depositario. En tal estado, el inquilino D. D., reclamó como de su pertenencia las puerta-vidrieras y mamparas de las habitaciones principales y tales obras y artefactos (se estenderá diligencia de su clase, estado, etc.), que se hallaban unidas á la habitacion, y que habia practicado por negarse á ejecutar las el propietario, protestando reclamar en forma su valor; á lo que este contestó, que debían entenderse quedar en la habitacion, por las razones que en su tiempo espondria. Y en tal estado, habiendo cerrado las puertas de la habitacion y recogido las llaves, se dió por terminado este acto, que firmaron el inquilino D. D., el depositario y el alguacil, de que doy fe.

117. Se da auto mandando proceder por peritos que nombren las partes, al avalúo de los objetos ú obras que practicó el demandado en la finca, y cuyo importe reclamó.

118. *Escrito de este formalizando la reclamacion.*—D. D., etc., Digo: Que

al verificarse el lanzamiento de mi principal de la habitacion que ocupaba en tal calle, etc., reclamó se le abonase el valor de tales obras que habia hecho ejecutar (ó de tales objetos de su pertenencia) que quedaron en la finca por no poderse separar de ella, y que segun valuacion de peritos nombrados por las partes, importan tanta cantidad, la cual cree mi poderdante tener el derecho de reclamar, por las siguientes consideraciones (*se alega*) por tanto.

A V. Suplico, se sirva mandar, que abone D. A. á mi parte la cantidad de tantos mil reales mencionados, en que han valuado los peritos los objetos y obras referidas, con las costas, por ser justicia, etc.

119. *Auto.*—Convóquese para resolver sobre la reclamacion de este escrito, á las partes á juicio verbal, señalándose para su celebracion tal dia, hora y local. Lo mandó, etc.

La providencia que dicte el juez á consecuencia del juicio verbal, es apelable en ambos efectos, sustanciándose la apelacion por los trámites que las de los interdictos, á cuyos formularios nos remitimos.

120. *Escrito de desaucio por causas diversas del cumplimiento del plazo pactado.*—D. P., etc., digo:

1.º Que por contrato de tal fecha que acompaño, alquiló mi principal á D. D., tal casa habitacion, por tal término y en tal precio.

2.º Que si bien no ha terminado el plazo del arriendo, el inquilino no satisface á mi parte el alquiler convenido, segun consta del recibo de inquilinato que solo alcanza hasta tal mes (ó hace mal uso de la finca, ó falta á tales condiciones y pactos estipulados en el contrato)

Y teniendo en cuenta como fundamentos de derecho, la ley de 9 de abril de 1812, segun la cual há lugar á rescindir ó dar por terminado el arriendo por las causas espuestas.

A V. Suplico, (como la del formulario 109)

121. *Auto convocando á las partes á juicio verbal* (como el del formulario número 110).

122. *Acta del juicio verbal*, por el estilo de los espuestos en el formulario de esta obra, con las variaciones de este caso, y haciendo constar en ella si convino ó no en los hechos el demandado, y en este último caso, se dirá: «en este estado S. S. en conformidad con lo dispuesto en el art. 672 de la ley de Enjuiciamiento civil, dió por terminado el acto y acordó conferir traslado al demandado de la demanda, y que ésta se sustancie en adelante con arreglo á los trámites del juicio ordinario».

Si el demandado conviniere con el demandante en los hechos, dicta el juez sentencia por el estilo de la del formulario núm. 113. Si no comparece, se le tiene por conforme con los hechos, y dicta el juez sentencia en su rebeldía, declarando haber lugar al desaucio.

123. La reclamacion para el pago del alquiler, indemnizacion y demás, se entabla segun se dió en el núm. 938 del libro 3.º

#### Formulario del juicio de retracto.

124. *Demanda de retracto.*—D. P., en nombre de D. A., ante V. S., como mejor proceda, digo: En cuanto á los hechos que dan motivo á esta demanda:

1.º Que ha llegado á noticia de mi principal que D. U. ha vendido en tal dia, tal finca, situada en tal parte, en tal precio, á D. C., por escritura pública, que otorgó ante tal escribano, con tal fecha.

2.º Que el referido D. U. adquirió dicha finca por herencia de su padre D. P., habiéndola éste adquirido asimismo por herencia de su madre D.ª M., segun consta del testimonio de la hijuela que se le formó de las particiones hechas al fallecimiento de D. P. y D.ª M., mencionados, que presento en forma.

3.º Que mi principal es primo-hermano del vendedor don U., sobrino de don P., padre de éste y nieto de D.ª M., abuela del mismo, segun se acredita por la partida de bautismo de mi poderdante y el árbol genealógico de su familia que presento en forma, y en su consecuencia, pariente del vendedor dentro del cuarto grado.

4.º Que para hacer uso del derecho de retracto, mi principal ha consignado en el juzgado la cantidad de tantos mil reales, en que se ha verificado la venta (ó si no se supiere éste) que ha prestado fianza de consignar la cantidad á que asciende el precio, luego que éste sea conocido, comprometiéndose además á conservar la finca

No compareciendo el demandado que se hallare en el lugar, al juicio verbal, se estiende la siguiente

111. *Diligencia de no comparecencia y segunda citacion.*—El infrascripto escribano doy fe, de que no obstante haber trascurrido la hora señalada de tal dia para la celebracion del juicio verbal, por auto de tal fecha, no compareció el demandado, por lo que S. S. acordó se le volviera á citar en la misma forma para el dia inmediato, apercibiéndole al practicar esta diligencia, si fuere habido, y si no en la cédula que se le dejase, con que de no concurrir al juicio, se le tendrá por conforme con el desaucio, y procederá sin mas citarlo ni oirlo á desalojarle de la finca. Y para que conste lo acredito por diligencia que firma S. S. conmigo el escribano, en tal parte, á tantos.

No compareciendo el que se hallare en el lugar del juicio despues de la segunda citacion, ni el ausente de él, despues de la primera, se dictará el siguiente

112. *Auto.*—No habiendo comparecido el demandado á pesar de haberle hecho la segunda citacion (si estuviese presente) se declara haber lugar al desaucio solicitado por D. A. apercibiéndose al inquilino D. D., de que si dentro del término de ocho dias no desaloja la finca, será lanzado de ella conforme á lo dispuesto por la ley. Lo mandó, etc.

Compareciendo las partes, se celebra el juicio verbal, cuya acta se estenderá por el estilo que las demás espuestas sobre juicios verbales en los formularios de esta obra, debiendo advertir que á este juicio es opinion fundada que deben asistir los abogados de las partes, y terminando el acto reservándose el juez dictar la sentencia que corresponda.

113. *Sentencia definitiva declarando el desaucio.*—En tal parte, á tantos, D. J., vistos estos autos, etc. Resultando (se estenderán los resultandos y considerandos, segun los espuestos en la demanda), é igualmente la providencia, conforme á la súplica de la misma, añadiéndose al condenar en costas esta cláusula: «para lo cual, al ejutar el lanzamiento se retendrán y constituirán en depósito los bienes mas realizables que se encuentren suficientes á cubrir las costas de todas las diligencias espuestas, segun el art. 653 de la Ley».

114. *Escrito para que se lleve á efecto el lanzamiento.*—D. P., etc., digo: Que habiendo trascurrido el término de tantos dias señalados á D. D. para desalojar la finca, y no habiéndolo realizado

A V. Suplico, se sirva mandar se lleve á debido efecto el lanzamiento con que se le apercibió por providencia de tal fecha, etc.

115. *Auto.*—Llévese á efecto el lanzamiento de D. D. de la habitacion que ocupa en tal parte, con que se le apercibió en providencia de tal fecha, con los demás extremos comprendidos en la misma.

116. *Diligencia de lanzamiento.*—En tal parte, á tantos, se constituyó el alguacil A., comisionado para esta diligencia y el actor ó su representante D. A., acompañados de mí el infrascripto escribano en la casa de tal calle, núm. tantos, cuarto tantos, que ocupa D. D., á quien requerí en virtud del auto anterior, para que desalojara la habitacion y señalara los muebles que habian de retenerse y depositarse para el pago de costas; y como se opusiera á ello, requerí al mencionado alguacil para que procediese al lanzamiento, lo cual ejecutó, haciendo salir de la habitacion á D. D. y su familia, y sacando de ella los muebles de su pertenencia, reteniendo, no obstante, para el pago de costas los muebles siguientes (*se espresan*); los cuales quedaron depositados en poder de D. D. N., quien se dió por entregado de ellos, obligándose á conservarlos á disposicion del juzgado, y custodiarlos como fiel depositario. En tal estado, el inquilino D. D., reclamó como de su pertenencia las puerta-vidrieras y mamparas de las habitaciones principales y tales obras y artefactos (se estenderá diligencia de su clase, estado, etc.), que se hallaban unidas á la habitacion, y que habia practicado por negarse á ejecutar las el propietario, protestando reclamar en forma su valor; á lo que este contestó, que debían entenderse quedar en la habitacion, por las razones que en su tiempo espondria. Y en tal estado, habiendo cerrado las puertas de la habitacion y recogido las llaves, se dió por terminado este acto, que firmaron el inquilino D. D., el depositario y el alguacil, de que doy fe.

117. Se da auto mandando proceder por peritos que nombren las partes, al avalúo de los objetos ú obras que practicó el demandado en la finca, y cuyo importe reclamó.

118. *Escrito de este formalizando la reclamacion.*—D. D., etc., Digo: Que

al verificarse el lanzamiento de mi principal de la habitacion que ocupaba en tal calle, etc., reclamó se le abonase el valor de tales obras que habia hecho ejecutar (ó de tales objetos de su pertenencia) que quedaron en la finca por no poderse separar de ella, y que segun valuacion de peritos nombrados por las partes, importan tanta cantidad, la cual cree mi poderdante tener el derecho de reclamar, por las siguientes consideraciones (*se alega*) por tanto.

A V. Suplico, se sirva mandar, que abone D. A. á mi parte la cantidad de tantos mil reales mencionados, en que han valuado los peritos los objetos y obras referidas, con las costas, por ser justicia, etc.

119. *Auto.*—Convóquese para resolver sobre la reclamacion de este escrito, á las partes á juicio verbal, señalándose para su celebracion tal dia, hora y local. Lo mandó, etc.

La providencia que dicte el juez á consecuencia del juicio verbal, es apelable en ambos efectos, sustanciándose la apelacion por los trámites que las de los interdictos, á cuyos formularios nos remitimos.

120. *Escrito de desaucio por causas diversas del cumplimiento del plazo pactado.*—D. P., etc., digo:

1.º Que por contrato de tal fecha que acompaño, alquiló mi principal á D. D., tal casa habitacion, por tal término y en tal precio.

2.º Que si bien no ha terminado el plazo del arriendo, el inquilino no satisface á mi parte el alquiler convenido, segun consta del recibo de inquilinato que solo alcanza hasta tal mes (ó hace mal uso de la finca, ó falta á tales condiciones y pactos estipulados en el contrato)

Y teniendo en cuenta como fundamentos de derecho, la ley de 9 de abril de 1812, segun la cual há lugar á rescindir ó dar por terminado el arriendo por las causas espuestas.

A V. Suplico, (como la del formulario 109)

121. *Auto convocando á las partes á juicio verbal* (como el del formulario número 110).

122. *Acta del juicio verbal*, por el estilo de los espuestos en el formulario de esta obra, con las variaciones de este caso, y haciendo constar en ella si convino ó no en los hechos el demandado, y en este último caso, se dirá: «en este estado S. S. en conformidad con lo dispuesto en el art. 672 de la ley de Enjuiciamiento civil, dió por terminado el acto y acordó conferir traslado al demandado de la demanda, y que ésta se sustancie en adelante con arreglo á los trámites del juicio ordinario.

Si el demandado conviniere con el demandante en los hechos, dicta el juez sentencia por el estilo de la del formulario núm. 113. Si no comparece, se le tiene por conforme con los hechos, y dicta el juez sentencia en su rebeldía, declarando haber lugar al desaucio.

123. La reclamacion para el pago del alquiler, indemnizacion y demás, se entabla segun se dió en el núm. 938 del libro 3.º

### Formulario del juicio de retracto.

124. *Demanda de retracto.*—D. P., en nombre de D. A., ante V. S., como mejor proceda, digo: En cuanto á los hechos que dan motivo á esta demanda:

1.º Que ha llegado á noticia de mi principal que D. U. ha vendido en tal dia, tal finca, situada en tal parte, en tal precio, á D. C., por escritura pública, que otorgó ante tal escribano, con tal fecha.

2.º Que el referido D. U. adquirió dicha finca por herencia de su padre D. P., habiéndola éste adquirido asimismo por herencia de su madre D.ª M., segun consta del testimonio de la hijuela que se le formó de las particiones hechas al fallecimiento de D. P. y D.ª M., mencionados, que presento en forma.

3.º Que mi principal es primo-hermano del vendedor don U., sobrino de don P., padre de éste y nieto de D.ª M., abuela del mismo, segun se acredita por la partida de bautismo de mi poderdante y el árbol genealógico de su familia que presento en forma, y en su consecuencia, pariente del vendedor dentro del cuarto grado.

4.º Que para hacer uso del derecho de retracto, mi principal ha consignado en el juzgado la cantidad de tantos mil reales, en que se ha verificado la venta (ó si no se supiere éste) que ha prestado fianza de consignar la cantidad á que asciende el precio, luego que éste sea conocido, comprometiéndose además á conservar la finca

retraída, dos años á lo menos en los terminos que establece la ley, (ó á no vender la participacion del dominio que retraiga, si el retrayente fuere comunero, ó si tuviere el dominio directo ó el útil, á no separar ambos dominios durante seis años), y deduciendo esta demanda dentro de los nueve dias siguientes al otorgamiento de la escritura de venta (ó de *tantos* que le concede la ley por hallarse en *tal* pueblo distante *tantas* leguas del en que se otorgó dicha escritura) (ó dentro de *tantos* por no haber llegado á su noticia la venta por haberse ocultado con malicia, como aparece de *tales* documentos ó justificaciones que se acompañan).

Y apareciendo de los fundamentos de derecho:

1.º Que segun las leyes 2, 4, 7 y 9, art. 13, lib. 10 de la Nov. Recop. compete á los parientes mas próximos del vendedor, constituidos dentro del cuarto grado el derecho de retraer los bienes raíces de abuelo, ofreciendo al comprador el mismo precio que entregó.

2.º Que conforme al art. 674 de la Ley de Enjuiciamiento civil, debe darse curso á las demandas de retracto, cumpliéndose con los requisitos que en él se enumeran, y habiéndolos llenado mi principal cumplidamente.

A V. S. Súplico, que habiendo por presentada esta demanda, con su copia en papel comun, el poder y demás documentos de que queda hecho mérito, se sirva haber por consignada *tal* cantidad (ó por ofrecida la fianza de consignarla) y por contraído el compromiso de conservar por dos años la finca, y asimismo declarar que há lugar el retracto y mandar al comprador D. D. se presente á recoger el precio consignado y á otorgar á favor de mi parte, la nueva escritura de venta correspondiente, cancelándose la anterior; por ser justicia que pido, en *tal* parte á tantos (Firmas del letrado y procurador.)

125. *Auto.*—Por presentada esta demanda con la copia y documentos que la acompañan: háse por consignada *tal* cantidad, precio de la venta (ó por admitida la fianza de consignarla) y deposítense en *tal* establecimiento público, reservándose S. S. proveer sobre lo principal presentada que sea por esta parte certificacion de haberse celebrado el juicio de conciliacion. Lo mandó, etc.

*Escrito presentando certificacion del acto de conciliacion*, y solicitando se acuerde sobre el fondo de la demanda.

126. *Auto despues de esta presentacion.*—Por presentada la certificacion del acto de conciliacion: confiérase traslado de la demanda al comprador D. C. á quien se emplazará en la forma ordinaria para que dentro de nueve dias comparezca á contestarla, entregándose para este efecto la copia simple presentada por el demandante. Lo mandó, etc.

127. *Escrito contestando el comprador.* (Se espondrá, numerando los hechos y los fundamentos de derecho en forma análoga á la demanda, y espresando los hechos en que se halla ó no conforme, acompañando los documentos en que se funde. Si estuviere conforme absolutamente con los hechos, la súplica será: que habiendo por presentado el escrito con su copia y documentos que le acompañan, S. S. se sirva haber por hecha la manifestacion de hallarse el comprador absolutamente conforme con los hechos espuestos por el demandante, y estimar procedente la demanda, acordando lo que juzgare arreglado á justicia. Si por no haber conformidad con los hechos, se impugnaren las pretensiones del demandante, la súplica será: que el juez se sirva recibir los autos á prueba, y declarar no haber lugar al retracto, absolviendo á mi parte de la demanda interpuesta por D. A., condenándole en costas, por ser así justicia, etc.

128. *Auto, en el caso de haber conformidad con los hechos.*—Por presentado el escrito con los documentos adjuntos y copia de la demanda, que se entregará al demandante; y habiendo absoluta conformidad por parte de D. C. con los hechos de la demanda, cítese á las partes á juicio verbal, señalándose al efecto *tal* dia, hora y local, y celebrado, traiganse los autos para pronunciar sentencia definitiva. Lo mandó, etc.

*Acta del juicio verbal y sentencia* que se pronuncia sin dilacion.

129. *Auto en el caso de no haber conformidad con los hechos.*—Por presentado el escrito etc. No habiendo conformidad por parte del demandado con los hechos (ó con algunos hechos) espuestos por el demandante y en que apoya las pretensiones impugnadas por aquel, se reciben estos autos á prueba sobre ellos por *tal* término: cítese á las partes entregándoles los autos por su órden. Lo mandó etc.

Se practican las pruebas con sujecion á las reglas del juicio ordinario segun dice el art. 682 de la Ley. Concluido el término para ellas, se dictó auto mandando unir

las prácticas á los autos y poner estos de manifiesto á las partes por tres dias en la escribanía del actuario, y pasado este término, se dicta *auto* convocando á las partes á juicio verbal, estendiéndose *acta* de él en forma análoga á las espuestas en los formularios de juicios verbales de esta obra, y al dia siguiente dicta el juez.

130. *Sentencia.*—En *tal* parte á tantos. El señor J., etc., vistos estos autos sobre la demanda de retracto interpuesta por D. A. contra D. D., etc.

Resultando (conforme á los hechos espuestos en la demanda, si en efecto fueron exactos ó segun los de la contestacion impugnándola, y lo mismo los considerandos sobre los fundamentos de derecho espuestos ó leyes citadas en aquellos escritos), dijo: (si fuere condenatoria) Que debia declarar y declaraba haber lugar al retracto interpuesto por D. A. de *tal* finca, condenando al comprador, ó mandando á D. C. (como la súplica de la demanda, y añadiendo despues): consentida ó ejecutoriada esta sentencia, tómesese con arreglo al art. 688 de la Ley de Enjuiciamiento civil razon en la contaduría de Hipotecas (hoy en el Registro de Propiedad y conforme á las prescripciones de la Ley Hipotecaria) del compromiso que contrajo el demandante de conservar la finca retraída por lo menos dos años (si el retracto fuere gentilicio) ó de no vender la participacion del dominio durante cuatro años (si el retrayente fuere comunero) ó de no separar los dominios útil y directo (si lo intenta el dueño del dominio directo ó útil) y para este efecto, se librará el oportuno mandamiento, exigiendo al contador de hipotecas (hoy Registrador de la Propiedad), que conteste quedar cumplido, á no ser que el comprador librase al retrayente de ese gravámen. Y por esta su sentencia, etc. Si esta fuere absolutoria, se dirá: que debia declarar y declaraba, no haber lugar al retracto interpuesto, absolviendo como absolvia de la demanda á D. C. y condenando al demandante D. A. en las costas (si procediere) á quien se devuelva la cantidad de *tantos* mil reales que como precio de la venta cuyo retracto solicitaba, consignó en el juzgado y se depositó en *tal* establecimiento público, y relevándosele del compromiso que contrajo de conservar la finca por dos años á lo menos, etc. Y por esta su sentencia, etc.

131. La sentencia absolutoria, ó de resultas de no haber conformidad con los hechos es apelable en ambos efectos, sustanciándose la apelacion por las reglas generales de las segundas instancias de las sentencias, con la diferencia de que no se espresarán agravios por escrito, entregándose solo los autos para instruccion.

132. Si se consintió la sentencia ó se confirmó por la superioridad, causando ejecutoria, se dicta *auto* declarándolo así y mandando se lleve á efecto en todas sus partes y se espida el mandamiento al Registrador de Propiedad, sobre el compromiso del retrayente.

133. Si el comprador libra á este de dicho compromiso ó, finalizando el tiempo de su duracion, se presenta escrito al juzgado en que se espone que habiendo librado de aquel gravámen al retrayente el comprador, segun la escritura que se presenta, ó habiendo transcurrido el plazo de la duracion del compromiso, súplica se sirva el juez librar el oportuno mandamiento para que se cancele la toma de razon en la contaduría de Hipotecas; y el juez dicta *auto* como se pide.

(Téngase presente las disposiciones de la ley hipotecaria sobre esta materia, y en especial el art. 38 de la misma, segun el cual, no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho por causa de retracto legal en la venta ó derecho de tanteo en la enfiteusis; pero se podrá ejercitar la accion personal correspondiente por la indemnizacion de daños y perjuicios, por el que los hubiere causado).

#### Formulario del interdicto de adquirir.

134. *Escrito entablado el interdicto de adquirir.*—Don P., en nombre y en virtud de poder de D. A., que en debida forma presento, ante V. S., como mejor proceda en derecho, parezco y digo: Con relacion á los hechos en que se apoya este escrito, utilizando el interdicto de adquirir:

1.º Que mi principal fue instituido universal heredero por D. T., vecino de *tal* parte, en *tales* fincas, sitas en *tal* parte, que le pertenecian y dejó á su fallecimiento ocurrido en *tal* fecha, por testamento otorgado ante *tal* escribano en *tal* otra, segun se acredita por la copia de dicho testamento y la partida de defuncion del mencionado D. T., que presento; cuya herencia aceptó mi poderdante en tiempo y forma.

2.º Que nadie posee á título de dueño ni usufructuario los mencionados bienes hereditarios, segun estoy dispuesto á probar por informacion testifical.

Y en cuanto á los fundamentos de derecho:

1.º Que por *tales* leyes (se citan) le corresponde al heredero testamentario el dominio de los bienes hereditarios, y en su consecuencia su posesion.

2.º Que segun el art. 694 de la Ley de Enjuiciamiento civil, procede el interdicto de adquirir, cuando se presenta el título suficiente para adquirir la posesion con arreglo á derecho y cuando nadie posee á título de dueño ni de usufructuario los bienes cuya posesion se pide.

Y verificándose estos requisitos respecto de la pretension de mi principal, segun los hechos y fundamentos de derecho que lleva espuestos, en su consecuencia, haciendo uso del interdicto de adquirir que le compete.

A V. S. Suplico, que habiendo por presentados el poder, partida de defuncion y copia del testamento indicados, se sirva mandar se ponga á mi poderdante en posesion de los bienes que dejó á su fallecimiento, y en que le instituyó heredero D. T., y que lleva relatados, confiriéndosela en *tal* finca en vez y nombre de los demás, y haciendo las intimaciones necesarias á los colonos é inquilinos de estas, para que reconozcan al nuevo poseedor, y le hagan entrega de los referidos bienes y sus productos, librándose á este efecto exhortos ú órdenes al juez de primera instancia ó al de paz de *tal* parte, y verificado esto, se me facilite testimonio del auto de posesion y diligencias para su cumplimiento, por ser justicia, etc.

135. *Auto concediendo la posesion.*—Por presentado el escrito anterior con los documentos adjuntos:

Resultando (se estiendan los resultandos y considerandos segun los hechos y fundamentos de derecho del escrito promoviendo el interdicto y se concluye): se otorga á D. A. la posesion de los bienes hereditarios de D. T., sin perjuicio de tercero de mejor derecho. Procédase á dársela en cualquiera de los bienes de la herencia (ó del que designó el solicitante) en voz y nombre de los demás, por el alguacil A. de este juzgado, á quien se da comision al efecto, con asistencia del escribano actuario. Intímese á los inquilinos y colonos de los demás bienes y á los que puedan tener algunos bajo su custodia ó administracion, para que reconozcan al nuevo poseedor, librándose á este efecto los exhortos y órdenes necesarias (ó solicitados), á los jueces de *tales* partes; dése al demandante el testimonio que reclama; y efectuado que fuere todo, dése cuenta. Lo mandó, etc.

El auto en que se negare la posesion se estenderá tambien motivado. De él puede pedirse reposicion, alegando las razones que hubiere para ello y combatiendo las en que se fundó la negativa, y si el juez no lo repusiere, puede interponerse apelacion que es admisible en ambos efectos.

136. *Diligencia de posesion y notificacion* é intimacion á los inquilinos, colonos, etc., y diligencia de haber entregado el testimonio de ello al demandante.

137. *Auto mandando publicar la posesion dada.*—Publíquese el auto de *tal* fecha, por el que se mandó dar á D. A., sin perjuicio de tercero de mejor derecho, la posesion de los bienes hereditarios dejados por D. T. á su fallecimiento. Fijense al efecto en los sitios de costumbre de esta ciudad, edictos que se insertarán en *tales* periódicos y en el *Boletín Oficial* de la provincia, para que en el término de sesenta dias, contados desde la insercion en éste, acudan á reclamar los que se crean con mejor derecho á la posesion de dichos bienes, pues de no hacerlo, se amparará en ella á D. A., sin admitirse ya reclamacion alguna contra la posesion, quedando solo al que se crea perjudicado la accion de propiedad. Lo mandó, etc.

138. *Escrito pidiendo el amparo de posesion.*—D. P., en nombre de D. A., etc. digo: Que habiéndose dado á mi principal, á solicitud suya, la posesion de los bienes hereditarios que dejó á su fallecimiento D. T. y en que le instituyó universal heredero, y publicándose esta providencia en el *Boletín* de la provincia del dia *tantos*, para que en el término de sesenta dias se presentase á reclamar al que se creyese con mejor derecho á la posesion, como aparece del número *tantos* del mismo que se halla unido á los autos, además de haberse fija lo edictos en los sitios públicos, y habiendo trascurrido dicho término, sin que por nadie se haya presentado reclamacion alguna, es llegado el caso de proceder en conformidad con lo dispuesto en el artículo 701 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por lo que,

A V. S. Suplico, se sirva amparar á mi parte en la posesion que le dió de los bienes referidos, y no admitir en lo sucesivo reclamacion alguna contra ella por ser de justicia que pido, etc.

139. *Auto amparando en la posesion.*—Por presentado el escrito anterior, y mediante no haberse propuesto reclamacion alguna contra la posesion dada á D. A. en los sesenta dias que fija la ley, se le ampara en ella, no admitiéndose en adelante reclamacion alguna contra la misma, y sin perjuicio del derecho de propiedad. Lo mandó, etc.

140. *Escrito reclamando la posesion.*—D. P. en nombre de D. O., en virtud de poder, etc., digo: Que por auto de *tal* fecha, se dió posesion de *tales* bienes á D. A., en concepto de heredero universal de D. T., segun aparecen del número *tantos* del *Boletín Oficial* de esta provincia en que se insertó dicha providencia, para que acudieran á reclamar contra la posesion en el término de sesenta dias, los que se creyeran con mejor derecho; y hallándose mi principal en este caso por haber sido instituido heredero universal en *tales* bienes por el mismo D. T. en testamento posterior otorgado en *tal* fecha, ante *tal* notario, en que revocó el de *tal* otra fecha anterior, que sirve de apoyo á la solicitud del mencionado D. A., segun parece de la copia de dicho documento que presento en forma: oponiéndome á la posesion otorgada y reclamando contra ella.

A V. S. Suplico, que habiendo por presentado este escrito, con el documento mencionado y por formalizada esta oposicion, se sirva dejar sin efecto la posesion dada á D. A. en los bienes hereditarios de D. T., y mandar se dé y ampare en ella á mi representado D. O. en debida forma, condenando á D. A. en las costas y en la indemnizacion de daños y perjuicios, por haber procedido dolosamente, y con arreglo al art. 703 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por ser de justicia, etc.

141. *Auto.*—Por presentado con el documento que acompaña: comuníquese á D. A. por término de tres dias.

142. *Escrito de que obtuvo la posesion* contestando al anterior, acompañando los documentos en que se funda y copia de esta contestacion.

143. *Auto.*—Por presentado con los documentos adjuntos y la copia de este escrito que se entregará al opositor ó reclamante D. O., y convóquese á las partes á juicio verbal, para cuya celebracion se señala *tal* dia, hora y local. Lo mandó, etc.

144. *Acta del juicio verbal*, en la forma ordinaria, espresando si asistieron los defensores de las partes para alegar sus derechos á poseer, como pueden hacerlo, y si se presentaron documentos y testigos, los cuales firmarán tambien el acta, y mandando unir á los autos los documentos.

145. *Sentencia que deberá dictarse dentro del dia siguiente al del en que se celebró el juicio verbal.*—En *tal* parte, á *tantos*, el Sr. D. J., etc., vistos estos autos sobre interdicto de adquirir:

Resultando que D. A. se presentó promoviendo el interdicto de adquirir para que se diera la posesion de los bienes que dejó á su fallecimiento D. T., fundándose en haberle instituido heredero en disposicion testamentaria de *tal* fecha;

Resultando que por auto de *tal* fecha se le dió dicha posesion;

Resultando que publicado dicho auto por edictos é insercion en los periódicos con arreglo al art. 700 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se presentó reclamando contra ella D. O. dentro del término legal;

Resultando que el referido D. O. fue instituido heredero de dichos bienes por D. T., por testamento de fecha posterior al que sirve de fundamento á la solicitud de D. A.;

Resultando que celebrado el juicio verbal, probó D. O. sus pretensiones y no probó la suya D. A.

Considerando que segun *tales* leyes el testamento posterior deroga al anterior, etc.;

Considerando lo dispuesto en el art. 703 de la Ley de Enjuiciamiento civil, digo: Que debia declarar y declaraba quedar sin efecto la posesion conferida á D. A., dándosela al reclamante D. O. con todas sus consecuencias, espresa condenacion de costas, é indemnizacion de daños y perjuicios por haber procedido dolosamente (ó sin que haya lugar á espresa condenacion de costas). Asi lo proveyó, etc. Si se desestima la oposicion, por requerirlo asi los hechos que arrojan los autos y los fundamentos de derecho que les favorecen, se estenderán los resultados y considerandos en este sentido, y se declarará «no haber lugar á la reclamacion presentada por D. O.» y se ampara en la posesion á D. A. En ambas sentencias se pondrá la cláusula reservando al que se crea perjudicado la accion de propiedad que pueda corresponderle con arreglo á derecho.

Esta sentencia es apelable en ambos efectos. Si se consiente ó si se manda por la

superioridad que se dé la posesion al reclamante, se le dará sin pérdida de momento en la forma que al que promovió el interdicto.

146. El importe de frutos ó daños y perjuicios en que hubiere condena, se fijará en juicio verbal, determinando el juez lo que deba abonarse, según lo que aleguen las partes y los documentos que produzcan. Contra esta declaracion no hay recurso, y solo pueden las partes reclamar en juicio ordinario. El importe de las costas, frutos, y daños y perjuicios, se hace efectiva por la vía de apremio.

#### Formulario del interdicto de retener.

147. *Escrito pidiendo la retencion y amparo en la posesion.*—D. P., en nombre de D. A., de quien presento poder, como mejor proceda y con las protestas y reservas necesarias, digo: Que á mi principal pertenece una finca; sita en tal parte, de tanta cabida y tales linderos, por haberla comprado á D. U., hace diez años, según acredita la escritura de compra que presento, y en su consecuencia, la ha estado poseyendo y disfrutando quieta y pacíficamente sin que nadie haya pensado en perturbarle en su posesion; mas su convecino D. P. se ha entrometido en dicha finca, tomando sus frutos, especialmente los de la última cosecha, alegando que le pertenece aquella finca (ó título de tal cosa) de suerte que mi parte se vé inquietada y perturbada en su legítima é incontestable posesion, por lo que se halla en el caso y en la necesidad de usar de los medios que la ley establece para ser amparada en su posesion, y en su consecuencia, de intentar, como lo hago en su nombre, el interdicto de retener. Al efecto, ofreciendo, según requiere para ello, el art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento civil, informacion acreditando: 1.º que se halla en pacífica posesion de la finca mencionada, y 2.º que ha tratado de inquietarle en ella el citado D. P., entrando en la finca y cogiendo sus frutos, á pesar de las amonestaciones que se le han hecho.

A. V. S. Suplico, que habiendo por presentado este escrito con los documentos adjuntos, se sirva admitir á mi principal la informacion referida sobre la certeza de los hechos espuestos, y declarar, en su consecuencia, haber lugar al interdicto de retener, que propongo en su nombre, manteniéndole y amparándole en la posesion de la finca mencionada, y haciendo á D. P. las consiguientes intimaciones para que no le perturbe en adelante, apercibido de que se procederá á lo que haya lugar, y condenándole en las costas de este juicio, pues así procede en justicia que pido, etc.

148. *Auto.* Se admite la demanda con el poder y la escritura de compra adjunta: recibase la informacion testifical sobre los dos extremos mencionados, si no resultan acreditados, dictará el juez el siguiente

149. *Auto declarando no haber lugar al interdicto.*—En tal parte, á tantos, el señor D. J., juez, etc. Resultando que D. A. intentó el interdicto de retener la posesion de tal finca. Resultando que recibida que le fue informacion testifical sobre el hecho de hallarse poseyéndola pacíficamente y sobre el acto de la perturbacion en ella, no ha probado estos extremos.—Considerando lo dispuesto en el art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento civil, dijo: Que debía declarar y declaraba no haber lugar al interdicto de retener propuesto por parte de D. A. Así lo mandó, etc.

Si rultan de la informacion acreditados aquellos extremos, dicta el juez

150. *Auto convocando á juicio verbal.*—Resultando de la informacion anterior que D. A. se halla poseyendo quieta y pacíficamente tal finca, y que le ha perturbado en ella D. P., convóquese á las partes á juicio verbal, para el que se señala tal dia, hora y lugar. Lo mandó, etc.

151. *Acta del juicio verbal,* en el que se consigna lo alegado por las partes, las pruebas aducidas y que deberán versar sobre los dos extremos de la posesion pacífica y del acto de perturbacion, y las manifestaciones de los testigos: se mandarán unir los documentos producidos á los autos, y la firmarán los presentes, incluso los testigos.

Dentro de las veinte y cuatro horas siguientes á la celebracion del juicio, dicta el juez la

152. *Sentencia (otorgando el interdicto ó negándolo.)* En el primer caso, despues de esponer los resultandos y considerandos que arrojen y á que den ocasion los autos, se espondrá, dijo: Que debía declarar y declaraba haber lugar al interdicto interpuesto por D. A. manteniéndole en la posesion de tal finca, é intimando al D. P.

que se abstenga de perturbarle en adelante, y condenándole en costas; todo ello sin perjuicio y reservando al condenado el ejercicio de la demanda de propiedad que pueda corresponderle con arreglo á derecho. Lo mandó, etc.

Si la *sentencia es negando el interdicto*, despues de los resultandos y considerandos que procedan, se espondrá, dijo: Que debía declarar y declaraba no haber lugar al interdicto de retener propuesto por el demandante D. A., á quien condenaba en las costas; todo ello sin perjuicio y reservándole el ejercicio de la demanda de propiedad que pueda corresponderle con arreglo á derecho. Lo mandó, etc.

Estas sentencias son apelables en ambos efectos.

#### Formulario del interdicto de recobrar.

153. *Escrito proponiendo el interdicto de recobrar.*—D. P., en nombre de D. A., etc., digo: Que hallándose mi principal en quieta y pacífica posesion de tal heredad por pertenecerle su propiedad por tal título que presentó en forma (ó hallándose en pacífica tenencia de la misma por tal concepto), sus arrendatarios D. A. y D. A. han sido lanzados en tal dia de ella por D. D. de esta vecindad, quien se ha entrometido de su propia voluntad á barbechar dicha finca, continuando en el dia las labores, sin permitir que entren en su terreno ni los arrendatarios mencionados ni mi principal; y viéndose éste en el caso y en la necesidad de recurrir á los medios que le confieren las leyes para que use tan violento despojo, haciendo uso del interdicto de recobrar la posesion que le compete, según el art. 724 de la Ley de Enjuiciamiento civil, como lo verifico en forma,

A. V. S. Suplico, que habiendo por deducida esta demanda, por propuesto el interdicto de recobrar, y por presentado el título mencionado, se sirva admitirme informacion sobre los hechos de hallarse mi principal en pacífica posesion de la heredad referida y de haber sido despojado de ella por D. D., y resultando su certeza mandar reponer y restituir á mi representado en la posesion de la heredad citada, condenando en su consecuencia á D. D. en las costas, devolucion de frutos é indemnizacion de daños y perjuicios que le ha ocasionado y en los demás que le ocasionen hasta la terminacion de estas diligencias, y asimismo, en la pérdida de labores y demás en que debe ser condenado como despojador, pues así procede en justicia, etc.

*Otrosi.*—Deseando mi parte que se falle sobre el despojo sin audiencia del despojante, haciendo uso del derecho que le concede el art. 724 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se halla dispuesta á proponer fianza á satisfaccion de S. S. para responder de cualesquiera perjuicios que puedan resultar de la restitution, como en efecto, la ofrezco en su nombre; por tanto,

A. V. S. Suplico se sirva estimarlo así, determinando la cantidad á que deba ascender dicha fianza, por ser justicia que pido, etc.

154. *Auto, mandando recibir la informacion y la fianza.*—Por presentado con el poder y título que se menciona: recibase á esta parte la informacion que ofrece y fianza en cantidad de tantas mil reales. Lo mandó, etc.

155. Dada la informacion, que deberá ser por lo menos de tres testigos, y producido escrito presentando la fianza, el juez dicta sentencia.

156. *Sentencia decretando la restitution.*—En tal parte, etc. Resultando que por D. A. se ha probado, por informacion de tres testigos, hallarse en pacífica posesion de tal finca y haber sido despojado de ella por D. D.—Resultando que el D. A. ha dado la fianza requerida por la ley.—Considerando [que la intrusion ejecutada por D. D. de propia autoridad constituye un verdadero despojo.—Considerando que el despojado debe ser restituído en tal caso según la ley tal y el art. 726 de la Ley de Enjuiciamiento civil, dijo: Que debía declarar y declaraba haber lugar al interdicto de recobrar y mandar que sin dilacion sea restituído D. A. en la posesion de tal heredad de que fue despojado por D. D., al cual condena en las costas, restitution de frutos é indemnizacion de daños y perjuicios que haya ocasionado, apercibiéndole de que se procederá á lo que haya lugar, si reincidiese en igual esceso. Lévese á efecto la restitution por medio de tal alguacil del juzgado, á quien se comisione para ello y ante escribano, todo sin perjuicio, y quedando al despojante á salvo su derecho que podrá ejercitar en el juicio ordinario. Así lo proveyó, etc.

157. De esta providencia puede apelar el despojante, y verificado, se remiten los autos al tribunal con citacion de ambas partes despues que sea ejecutada, menos

en la condena de costas, devolucion de frutos é indemnizacion de perjuicios, la cual se hace efectiva luego que se confirma la sentencia por la superioridad, fijándose el importe de frutos y perjuicios por el juez, segun lo dicho en el formulario núm. 146. Si la superioridad lo revocase, se ejecutará lo que mande, quedando á ambos interesados su derecho á salvo para ejercitarlo en juicio ordinario.

158. *Sentencia denegatoria de la restitution.*—Se redacta en sentido inverso que la confirmatoria, por el estilo que se ha espuesto en el interdicto anterior.

159. Esta sentencia es apelable en ambos efectos, remitiéndose los autos á la superioridad con citacion solo del actor. Si es revocada, se ejecuta la restitution del despojado en la forma ya dicha.

160. *Si en el escrito intentando el interdicto no se ofreciese fianza*, en cuyo caso se redactará lo mismo que el del núm. 148, pero omitiendo el otro, como entonces debe darse audiencia al despojante, el juez, dada la informacion por el actor, dictará el siguiente

*Auto.*—Háse por dada la fianza en tanta cantidad; convóquese á las partes á juicio verbal, señalándose para su celebracion tal dia, hora y local. Lo mandó, etc.

161. Se estiende el *acta* del juicio verbal, y se dicta *sentencia* en la forma que las anteriores: há lugar á apelacion y se procede en los términos ya espuestos, con la diferencia de que, cuando se apela de la sentencia denegatoria de la restitution, se remiten los autos á la superioridad con citacion de *ambas* partes, puesto que en este caso se oye á las dos.

#### Formulario del interdicto de obra nueva.

162. *Escrito de denuncia de obra nueva.*—D. P., en nombre de D. A., etc. digo: Que D. D. de esta vecindad, está edificando una casa (ó cerca ó lo que sea) en tal parte (se designa), cuyo sitio es de propiedad de mi representado, segun aparece de tal titulo que en debida forma presento, y como me cause á mi representado la obra menciona graves perjuicios, ha procurado hacerle desistir de ella, pero sin fruto alguno, poniéndole en el caso y necesidad de recurrir á los remedios judiciales y haciendo uso del interdicto que me confiere el art. 738 de la Ley de Enjuiciamiento civil, denuncio en forma dicha obra y

A V. S. Suplico, que habiendo por presentado el poder y documento referido y por interpuesto el interdicto de obra nueva, se sirva mandar se suspenda la que está ejecutándose por orden de D. D. en el referido sitio, á cuyo efecto notifiquese al D. D. y requiérase á los maestros y operarios que la dirigen, que cesen inmediatamente en la obra, decretar que se deje en ella un dependiente del juzgado para que cuide que se cumpla la suspension y que se proceda con arreglo á la Ley de Enjuiciamiento civil para fallar definitivamente sobre esta denuncia, condenando en costas el demandado, por ser justicia que pido, etc.

163. *Auto mandando la suspension provisional de la obra.*—Por presentado con el poder y documento que acompaña: suspéndase provisionalmente la obra denunciada, y al intento notifiquese á D. A. y requiérase al maestro y operarios que la dirigen; constitúvase, en el sitio donde se ejecuta, un alguacil del juzgado hasta que sea cumplida la suspension. Convóquese al denunciador y al denunciado á juicio verbal para tal dia, hora y local, previniéndoseles que traigan los documentos en que respectivamente funden sus pretensiones. El señor D. J. lo mandó, etc.

#### Notificaciones y requerimientos.

*Acta del juicio verbal al que pueden asistir los defensores de las partes.*

164. *Auto decretandola inspeccion de la obra.*—Para mejor proveer, constitúyase el juzgado en el sitio de la obra para inspeccionarla, acompañando á S. S. el arquitecto D. A. para que dé su dictámen sobre ella, estendiéndose acta de lo que se observe. Se señala al efecto tal dia y hora, lo que se hará saber á las partes para que puedan solicitar su asistencia al acto con sus defensores y peritos que designaren. Lo mandó, etc.

Si las partes solicitan su asistencia al acto de la inspeccion, y designan peritos, el juez da auto como se pide, mandando se haga saber á los peritos su nombramiento para su aceptacion y juramento; se estiende la *diligencia* de la inspeccion, la cual ha de verificarse dentro de los tres dias siguientes al juicio verbal, y en los otros tres siguientes á aquella, dicta el juez sentencia.

165. *Sentencia no ratificando la suspension.*—En tal parte, etc. (Se estenderá en la forma que las demás sentencias fundadas, y concluirá diciendo): Que debia decla-

rar y declaraba no haber lugar al interdicto interpuesto por D. A., alzando en su consecuencia la suspension de la obra acordada provisionalmente por auto de tal fecha, pudiendo desde luego el mencionado D. D. y los maestros y operarios que la dirijan, continuar en la referida obra, y se condena en las costas al demandante. Así lo proveyó, etc.

166. De esta sentencia procede apelacion en ambos efectos.

167. *Sentencia ratificando la suspension de la obra.*—En tal parte. (Se estienden los resultandos y considerandos, y se termina): Que debia ratificar y ratificaba la suspension de la obra acordada provisionalmente por auto de tal fecha, y mandar que se proceda á ejecutarla por el alguacil de este juzgado... á quien se comisiona al efecto para que ante el escribano actuario estienda en los autos la oportuna diligencia del estado, altura y circunstancias de la obra, y apercibiendo al edificante D. D. con la demolicion á su costa de lo que en adelante edificare. Así lo proveyó, etc.

168. Esta sentencia es apelable en un solo efecto, remitiéndose á la superioridad de los autos despues de ejecutada la suspension.

169. Ejecutoriada esta sentencia, tiene todavía el dueño de la obra el derecho de pedir autorizacion para continuarla, con los requisitos que marcan los art. 745 al 747 de la Ley, espuestos en los números 1085 y 1086 del libro 3.º de este Tratado.

#### Formulario del interdicto de obra vieja.

170. *Escrito solicitando se adopten medidas urgentes.*—D. P., en nombre de D. A., etc., digo: Que hace tiempo se halla en estado ruinoso la casa de D. D., sita en tal calle y número tantos, lindante con otra del número tantos, de mi representado, y pudiendo irrogársele graves perjuicios en ella, si la de D. D. llega á arruinarse, como es de temer á causa de las copiosas lluvias que han caido en los dias últimos, y habiendo sido inútiles cuantas diligencias extrajudiciales ha practicado mi poderdante para persuadir á D. D. á verificar en su finca las reparaciones necesarias para que cesara al menos el peligro inminente de su ruina, y los perjuicios y riesgos á que se halla espuesta, no solo la finca sino la familia, de mi principal, á causa de caer en aquella con frecuencia materiales de la casa mencionada de D. D., se halla mi parte en el caso y necesidad de hacer uso del derecho que le confiere el art. 748 de la Ley de Enjuiciamiento civil, proponiendo como propone en forma, la denuncia de obra vieja, por lo que

A V. S. Suplico que, habiendo por presentado el poder y documento referido, y por interpuesto el interdicto de obra vieja, se sirva pasar á inspeccionar por sí y acompañado de un arquitecto, la obra que denuncio, y decretar en su consecuencia las medidas urgentes y oportunas de precaucion indispensables para su seguridad y para evitar los riesgos que ofrece, por ser justicia que pido, etc.

171. *Auto.*—Por presentado el poder y por interpuesto el interdicto: procédase á la inspeccion judicial de la casa mencionada, por este juzgado, nombrándose al efecto para acompañar á S. S. á D. A., arquitecto, como perito, y hecho, se proveerá. Lo mandó, etc.

172. *Diligencia de inspeccion*, en que se espone el estado de la obra, peligros que ofrece y medidas oportunas para evitarlos, segun el dictámen judicial.

173. *Auto decretando las medidas urgentes.*—En tal parte, etc. Resultando, etc. Considerando, etc. Practiquense inmediatamente en la casa de D. D. tales obras, y medidas que se consideren urgentes y oportunas para procurar provisional é interinamente su seguridad (segun el parecer del perito ó del juez), compeliéndose al efecto á su propietario D. D. (y si este se hallare ausente ó se resistiera á ello) á su administrador ó apoderado (y á falta de todos) á costa del actor, reservándosele su derecho para reclamar del dueño de la obra los gastos que se le ocasionen. Así lo proveyó, etc.

174. *Auto denegando las medidas urgentes.*—(Se encabeza como el anterior y concluye): Mediante no resultar de la inspeccion practicada en la casa de D. D. la necesidad de decretar medidas urgentes para su debida seguridad, no há lugar á acordarlas. Así lo proveyó, etc.

175. *Escrito solicitando la demolicion de la obra.*—(El fondo de este escrito, como el del formulario número 170, omitiendo la cláusula sobre reparaciones, y alegando la necesidad de la demolicion de la obra, y espresando en la súplica:

en la condena de costas, devolucion de frutos é indemnizacion de perjuicios, la cual se hace efectiva luego que se confirma la sentencia por la superioridad, fijándose el importe de frutos y perjuicios por el juez, según lo dicho en el formulario núm. 146. Si la superioridad lo revocase, se ejecutará lo que mande, quedando á ambos interesados su derecho á salvo para ejercitarlo en juicio ordinario.

158. *Sentencia denegatoria de la restitucion.*—Se redacta en sentido inverso que la confirmatoria, por el estilo que se ha espuesto en el interdicto anterior.

159. Esta sentencia es apelable en ambos efectos, remitiéndose los autos á la superioridad con citacion solo del actor. Si es revocada, se ejecuta la restitucion del despojado en la forma ya dicha.

160. *Si en el escrito intentando el interdicto no se ofreciese fianza*, en cuyo caso se redactará lo mismo que el del núm. 148, pero omitiendo el otro, como entonces debe darse audiencia al despojante, el juez, dada la informacion por el actor, dictará el siguiente

*Auto.*—Háse por dada la fianza en tanta cantidad; convóquese á las partes á juicio verbal, señalándose para su celebracion tal dia, hora y local. Lo mandó, etc.

161. Se extiende el *acta* del juicio verbal, y se dicta *sentencia* en la forma que las anteriores: há lugar á apelacion y se procede en los términos ya espuestos, con la diferencia de que, cuando se apela de la sentencia denegatoria de la restitucion, se remiten los autos á la superioridad con citacion de *ambas* partes, puesto que en este caso se oye á las dos.

#### Formulario del interdicto de obra nueva.

162. *Escrito de denuncia de obra nueva.*—D. P., en nombre de D. A., etc. digo: Que D. D. de esta vecindad, está edificando una casa (ó cerca ó lo que sea) en tal parte (se designa), cuyo sitio es de propiedad de mi representado, según aparece de tal titulo que en debida forma presento, y como me cause á mi representado la obra mencionada graves perjuicios, ha procurado hacerle desistir de ella, pero sin fruto alguno, poniéndole en el caso y necesidad de recurrir á los remedios judiciales y haciendo uso del interdicto que me confiere el art. 738 de la Ley de Enjuiciamiento civil, denuncio en forma dicha obra y

A V. S. Suplico, que habiendo por presentado el poder y documento referido y por interpuesto el interdicto de obra nueva, se sirva mandar se suspenda la que está ejecutándose por orden de D. D. en el referido sitio, á cuyo efecto notifiquese al D. D. y requiérase á los maestros y operarios que la dirigen, que cesen inmediatamente en la obra, decretar que se deje en ella un dependiente del juzgado para que cuide que se cumpla la suspension y que se proceda con arreglo á la Ley de Enjuiciamiento civil para fallar definitivamente sobre esta denuncia, condenando en costas el demandado, por ser justicia que pido, etc.

163. *Auto mandando la suspension provisional de la obra.*—Por presentado con el poder y documento que acompaña: suspéndase provisionalmente la obra denunciada, y al intento notifiquese á D. A. y requiérase al maestro y operarios que la dirigen; constitúvase, en el sitio donde se ejecuta, un alguacil del juzgado hasta que sea cumplida la suspension. Convóquese al denunciador y al denunciado á juicio verbal para tal dia, hora y local, previniéndoseles que traigan los documentos en que respectivamente funden sus pretensiones. El señor D. J. lo mandó, etc.

#### Notificaciones y requerimientos.

*Acta del juicio verbal al que pueden asistir los defensores de las partes.*

164. *Auto decretandola inspeccion de la obra.*—Para mejor proveer, constitúyase el juzgado en el sitio de la obra para inspeccionarla, acompañando á S. S. el arquitecto D. A. para que dé su dictámen sobre ella, estendiéndose acta de lo que se observe. Se señala al efecto tal dia y hora, lo que se hará saber á las partes para que puedan solicitar su asistencia al acto con sus defensores y peritos que designaren. Lo mandó, etc.

Si las partes solicitan su asistencia al acto de la inspeccion, y designan peritos, el juez da auto como se pide, mandando se haga saber á los peritos su nombramiento para su aceptacion y juramento; se extiende la *diligencia* de la inspeccion, la cual ha de verificarse dentro de los tres dias siguientes al juicio verbal, y en los otros tres siguientes á aquella, dicta el juez sentencia.

165. *Sentencia no ratificando la suspension.*—En tal parte, etc. (Se estenderá en la forma que las demás sentencias fundadas, y concluirá diciendo): Que debia decla-

rar y declaraba no haber lugar al interdicto interpuesto por D. A., alzando en su consecuencia la suspension de la obra acordada provisionalmente por auto de tal fecha, pudiendo desde luego el mencionado D. D. y los maestros y operarios que la dirijan, continuar en la referida obra, y se condena en las costas al demandante. Así lo proveyó, etc.

166. De esta sentencia procede apelacion en ambos efectos.

167. *Sentencia ratificando la suspension de la obra.*—En tal parte. (Se extienden los resultandos y considerandos, y se termina): Que debia ratificar y ratificaba la suspension de la obra acordada provisionalmente por auto de tal fecha, y mandar que se proceda á ejecutarla por el alguacil de este juzgado... á quien se comisiona al efecto para que ante el escribano actuario estienda en los autos la oportuna diligencia del estado, altura y circunstancias de la obra, y apercibiendo al edificante D. D. con la demolicion á su costa de lo que en adelante edificare. Así lo proveyó, etc.

168. Esta sentencia es apelable en un solo efecto, remitiéndose á la superioridad de los autos despues de ejecutada la suspension.

169. Ejecutoriada esta sentencia, tiene todavía el dueño de la obra el derecho de pedir autorizacion para continuarla, con los requisitos que marcan los art. 745 al 747 de la Ley, espuestos en los números 1085 y 1086 del libro 3.º de este Tratado.

#### Formulario del interdicto de obra vieja.

170. *Escrito solicitando se adopten medidas urgentes.*—D. P., en nombre de D. A., etc., digo: Que hace tiempo se halla en estado ruinoso la casa de D. D., sita en tal calle y número tantos, lindante con otra del número tantos, de mi representado, y pudiendo irrogársele graves perjuicios en ella, si la de D. D. llega á arruinarse, como es de temer á causa de las copiosas lluvias que han caido en los dias últimos, y habiendo sido inútiles cuantas diligencias extrajudiciales ha practicado mi poderdante para persuadir á D. D. á verificar en su finca las reparaciones necesarias para que cesara al menos el peligro inminente de su ruina, y los perjuicios y riesgos á que se halla espuesta, no solo la finca sino la familia, de mi principal, á causa de caer en aquella con frecuencia materiales de la casa mencionada de D. D., se halla mi parte en el caso y necesidad de hacer uso del derecho que le confiere el art. 748 de la Ley de Enjuiciamiento civil, proponiendo como propone en forma, la denuncia de obra vieja, por lo que

A V. S. Suplico que, habiendo por presentado el poder y documento referido, y por interpuesto el interdicto de obra vieja, se sirva pasar á inspeccionar por sí y acompañado de un arquitecto, la obra que denuncio, y decretar en su consecuencia las medidas urgentes y oportunas de precaucion indispensables para su seguridad y para evitar los riesgos que ofrece, por ser justicia que pido, etc.

171. *Auto.*—Por presentado el poder y por interpuesto el interdicto: procédase á la inspeccion judicial de la casa mencionada, por este juzgado, nombrándose al efecto para acompañar á S. S. á D. A., arquitecto, como perito, y hecho, se proveerá. Lo mandó, etc.

172. *Diligencia de inspeccion*, en que se espone el estado de la obra, peligros que ofrece y medidas oportunas para evitarlos, según el dictámen judicial.

173. *Auto decretando las medidas urgentes.*—En tal parte, etc. Resultando, etc. Considerando, etc. Practíquense inmediatamente en la casa de D. D. tales obras, y medidas que se consideren urgentes y oportunas para procurar provisional é interinamente su seguridad (según el parecer del perito ó del juez), compeliéndose al efecto á su propietario D. D. (y si este se hallare ausente ó se resistiera á ello) á su administrador ó apoderado (y á falta de todos) á costa del actor, reservándosele su derecho para reclamar del dueño de la obra los gastos que se le ocasionen. Así lo proveyó, etc.

174. *Auto denegando las medidas urgentes.*—(Se encabeza como el anterior y concluye): Mediante no resultar de la inspeccion practicada en la casa de D. D. la necesidad de decretar medidas urgentes para su debida seguridad, no há lugar á acordarlas. Así lo proveyó, etc.

175. *Escrito solicitando la demolicion de la obra.*—(El fondo de este escrito, como el del formulario número 170, omitiendo la cláusula sobre reparaciones, y alegando la necesidad de la demolicion de la obra, y espresando en la súplica:

A V. S. Suplico se sirva acordar la demolición de la casa mencionada de D. D. á costa de este, bajo apercibimiento de daños y perjuicios si no lo ejecutase, y condenarle en las costas, por ser justicia, etc.

176. *Auto.*—Por presentado con el poder: convóquese á las partes á juicio verbal, señalándose para su celebración *tal* día, hora y lugar, pudiendo asistir á él sus respectivos defensores, y uniéndose á estos autos los documentos que en el mismo presentaren. Lo mandó, etc.

177. También puede darse *auto para verificar la inspección de la obra*, el que se estenderá en la forma del espuesto en el número 171.

La *sentencia* que se dicte se estiende en la forma que las espuestas en los números 173 y 174, sustituyendo la cláusula sobre adopción de medidas urgentes por la de demolición de la obra.

178. Cualquiera que sea el sentido de esta sentencia, es apelable en ambos efectos. Si en ella se ordenare la demolición y fuere esta urgente, deberá decretar el juez y hacer que se ejecuten las obras de precaución que estime necesarias en la forma que en el interdicto anterior.

#### Formulario de la segunda instancia de los interdictos.

179. Luego que se reciben los autos y se persona alguna de las partes, se dicta *Providencia.*—*Lugar y fecha.*—Por presentado el poder, y téngase por parte

M. en nombre de D. A. Se nombra ponente á D. M., y pasen los autos al relator para la formación del apuntamiento. Los señores del margen lo acordaron, y rubricó

el señor presidente, de que certifico.

Puesta la diligencia de devoción de los autos por el relator, se dicta *providencia* estendida en la misma forma, en la que se dice: Entréguese el apuntamiento con los autos á las partes por su orden para instrucción y por seis días improrrogables á cada una, entendiéndose las notificaciones con los estrados del tribunal respecto á la que no se ha presentado.

180. *Escrito expresando la parte hallarse ó no conforme con el apuntamiento.*—D. P., en nombre de D. A., etc., digo: Que estoy conforme con el apuntamiento de estos autos en todas sus partes, ó excepto en *tales* puntos que deben variarse (ó con *tal* que se agreguen *tales* otros). Por lo que: A V. E. Suplico se sirva acordar dicha variación ó agregación por ser justicia, etc. (*Firmas del abogado y del procurador*).

181. Si se halla la parte conforme con el apuntamiento, se dicta *providencia*: «Se há á esta parte por conforme con el apuntamiento, y corra el traslado á la contraria segun lo mandado.» Si pide reforma ó adición se dirá: «Corra el traslado á la contraria, y á su tiempo téngase presente lo solicitado sobre la adición ó reforma del apuntamiento.

182. Devueltos los autos por el apelado, y en conformidad con el apuntamiento, se dicta: Háse á esta parte por conforme con el apuntamiento, y pasen los autos al relator para la vista, citadas las partes, señalándose para ella *tal* día.

Si se solicitó adiciones al apuntamiento, se dicta: Al señor magistrado ponente por *tal* término.

183. Devueltos los autos, se dicta: Dése cuenta por el relator para decidir sobre las adiciones ó reformas del apuntamiento por *tal* parte.

184. Si se presenta escrito pidiendo prueba, lo cual sólo puede hacerse en las segundas instancias de estos juicios respecto de la propuesta en la primera que no hubiera sido posible ejecutar en el juicio verbal, por la ausencia de algun testigo ú otra causa semejante y el tribunal la admite, dictará: Se admite la prueba propuesta por parte de D. A., y para su ejecución, librese carta-orden al juez de primera instancia de *tal* parte, para que la reciba en juicio verbal en la forma establecida, con arreglo al art. 764 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Devuelta la orden diligenciada, se dicta: Unase á los autos de su razon y pasen al relator para la vista, citadas las partes, señalándose al efecto *tal* día.

(En la diligencia de celebración de vista se hará constar haberse leído en ella á la letra, además del apuntamiento, el acta de este juicio verbal).

La *sentencia* se dicta en la forma ordinaria, que se espondrá en el formulario de las apelaciones, condenando en costas, si es confirmatoria la de primera instancia).

#### Formulario del juicio ejecutivo.

185. *Escrito preparando la ejecución por reconocimiento de un vale.*—D. P., en nombre y en virtud de poder que en debida forma presento de D. A. de esta ve-cidad, ante V. S. como mejor proceda en derecho, parezco y digo. Que en *tal* fecha prestó mi representado *tantos* mil reales á D. D. con la condición de que habia de reintegrárselos en *tal* fecha, habiendo firmado el referido deudor para seguridad de la deuda el vale (ó recibo simple, ó documento privado) que en debida forma presento. Y habiendo trascurrido el plazo señalado para el pago de dicha cantidad, no ha podido conseguirlo mi poderdante, á pesar de haber practicado repetidas instancias con este objeto, antes por el contrario, el referido D. D. se niega al pago con frívolos pretextos. Por lo cual, viéndose mi representado en la necesidad de hacer uso de los medios judiciales para reintegrarse de su crédito, y en su consecuencia conviniéndole preparar la via ejecutiva

A V. S. Suplico, que habiendo por presentados el poder y el recibo referidos, se sirva mandar, que D. D. comparezca á la presencia judicial, y poniéndole de manifiesto el vale mencionado, declare bajo juramento indecisorio (ó bajo juramento en forma al que protesto estar solo en lo favorable) con palabras afirmativas ó negativas, si reconoce su contenido y ser suyas la firma y rúbrica puestas á su final y las mismas que acostumbra poner en todos sus escritos, como igualmente que no ha satisfecho á mi parte ninguna partida á cuenta de dicha cantidad, apercibiéndole en su caso conforme á derecho, y hecho, se me entregue lo actuado para usar del derecho que me corresponde, por ser así justicia que pido con costas, etc.

186. *Auto.*—Por presentados el poder y vale que se menciona comparezca á la presencia judicial D. D. en *tal* día y hora, y jure y declare segun se solicita en el anterior escrito. Lo mandó, etc.

Prestada por el deudor la declaración en la forma espuesta en el formulario del juicio ordinario para las confesiones, se dicta

187. *Auto.*—Comuníquense estas diligencias á D. A. para que pueda usar de su derecho. Lo mandó, etc.

188. *Escrito preparando la ejecución por confesión judicial* (como el anterior con solo variar las cláusulas referentes al vale ó recibo por estas que se refieren á la confesión: habiéndole prometido (el deudor) que se los devolveria en *tal* fecha (y en la súplica) que bajo juramento en forma, etc., confiese ser en deber á mi principal la mencionada cantidad, apercibiéndole, etc. Los autos se dan como los anteriores.

189. *Demanda ejecutiva.*—D. P. en nombre de D. A. etc. digo: Que mi principal prestó en *tal* fecha á D. D. de esta ciudad la cantidad de treinta mil reales para sus urgencias sin premio ni interés alguno (ó con el interés de tanto al año), el cual se obligó á satisfacerla para *tal* día, segun acredita la primera copia que en debida forma presento de la escritura pública de obligación que otorgó en *tal* fecha ante *tal* escribano, y á pesar de haber trascurrido el plazo en que debió satisfacerla y aun mucho mas y de haber practicado con el referido D. D. las mas urbanas y atentas diligencias, no ha podido conseguir su cobro, viéndose en la necesidad de intentar los medios judiciales que le confiere la ley. En su consecuencia y resultando de lo espuesto los siguientes hechos:

1.º Que D. D. recibió de mi principal la cantidad de treinta mil reales por vía de préstamo en *tal* fecha.

2.º Que el mencionado D. D. se obligó á devolver á D. A. mi poderdante la referida cantidad en *tal* fecha por escritura pública de *tal* otra.

3.º Que el plazo marcado para el pago de la deuda ha finalizado en *tal* fecha, sin que se haya verificado.

4.º Que la deuda consiste en cantidad líquida y consta por escritura pública de que se presenta primera copia.

Y deduciéndose de estos hechos con fundamentos de derecho:

1.º Que segun las leyes 1 y 2, tit. 1, Part. 3, el mutuuario está obligado á entregar al mutuante lo que recibió de éste al plazo conveaido.

2.º Que el contrato de mutuo ó préstamo produce segun las leyes referidas una acción personal contra el deudor, eficaz desde que se cumple el plazo estipulado para el pago.

3.º Que segun los arts. 941 y 944 de la Ley de Enjuiciamiento civil, esta acción puede deducirse en juicio ejecutivo, cuando el préstamo consta por escritura pública

de primera saca y la cantidad en que consiste es líquida, por traer la deuda en tal caso aparejada ejecución, como se verifica en el presente.

Por tanto, deduciendo la correspondiente acción ejecutiva

A V. S. Suplico, que habiendo por presentados el poder y la escritura que acompaño y por lo que de ella resulta, se sirva mandar librar el correspondiente mandamiento de ejecución contra los bienes del referido D. D. por los treinta mil reales mencionados que es en deber á mi principal, por los intereses de tanto por ciento vencidos, y que se vengan y con las costas causadas y que se causen hasta su efectivo reintegro, bajo la protesta de recibir en cuenta justos y legítimos pagos y hecho el embargo, mandar se cite de remate al referido D. D., pues así procede de justicia, etc.

190. *Auto denegando la ejecución.*—Por presentada con el poder y escritura que se acompaña; en atención á no ser ésta de las que según la Ley traen aparejada ejecución (por tal razón) ó no haberse reconocido la firma de tal documento privado, ó no haberse confesado en forma la deuda) no ha lugar á despachar el mandamiento de ejecución que se solicita. El Sr. D. J. etc. lo mandó, etc.

De este auto puede pedirse reposición y negada ésta, apelación, en la forma que espresa el art. 947 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

191. *Auto mandando despachar mandamiento de ejecución.*—Por presentado con el poder y escritura que se acompaña; y por lo que de ella resulta, despáchese mandamiento de ejecución contra los bienes de D. D. por la cantidad de treinta mil reales y sus intereses al tanto por ciento que es en deber á D. A. y que éste solicita según consta de escritura pública (ó según recibo ó vale de tal fecha que ha reconocido en forma el deudor, ó según confesión judicial de tal fecha) y por las costas causadas y que se causaren hasta el efectivo pago de ambas sumas, citándosele de remate en forma. El Sr. D. J., etc.

192. *Mandamiento de ejecución.*—D. J., juez de primera instancia de tal parte, mando á cualquiera de los alguaciles de este juzgado que por ante el escribano infrascripto que dé fe, requiere á D. D. de esta vecindad para que pague la cantidad de treinta mil reales y sus intereses desde tal fecha, que es en deber á D. A., de la misma vecindad, por escritura de obligación de tal fecha, y no verificándolo en el acto, que embargue (ó trabe ejecución) en los bienes de D. D. suficientes á cubrir la cantidad de principal y sus intereses por que se procede y las costas causadas y que se causaren hasta su completo pago, procediendo en el orden del embargo de bienes y depositándose estos conforme á derecho y en la forma que establecen los artículos 948 y 949 de la Ley de Enjuiciamiento civil: y citándosele de remate, en debida forma, después de efectuado el embargo, pues así lo tengo mandado por auto de este día. Dado en tal parte y en tal fecha, etc.

193. *Requirimiento al pago.*—En tal parte y tal fecha, por ante mi el escribano, el alguacil del juzgado A. requirió en su persona á D. D. con el mandamiento anterior de ejecución para que se pagase en el acto la cantidad de treinta mil reales porque está despachado, y enterado dijo, que no pagaba por no hallarse al presente con la espresada cantidad (ó por no deberla ó por otro motivo). Así lo espresó y firmó con el alguacil de que yo el escribano doy fe.

194. *Diligencia de embargo.*—En seguida, el espresado alguacil, por ante mi el escribano, requirió al ejecutado que señalara bienes en que verificar la traba y el embargo, suficientes á cubrir el importe de la deuda principal, intereses y costas causadas y que se causaren hasta su efectivo pago (si asistiere el acreedor y designare los bienes, como puede hacerlo, se espresará así); y habiéndolo verificado, procedió á hacer el embargo el alguacil en los que á continuación se espresan, protestando mejorarlos en otros en cualquier estado del pleito, siempre que convenga y lo pida el deudor (se enumeran con separación y circunstanciadamente y por el orden que marca el art. 949 de la Ley de Enjuiciamiento civil.) Acto continuo, se nombró por depositario de estos bienes á D. N., de esta vecindad, á quien se hizo saber el nombramiento, que aceptó en debida forma, y se constituyó depositario de ellos, obligándose con su persona y los suyos presentes y futuros á tenerlos en su poder á la ley de depósito, y á no entregarlos á persona alguna, sin mandato especial del señor juez que conoce de estos autos ú otro competente, bajo las penas en que incurren los depositarios que no dan cuenta de los depósitos que la justicia pone á su cuidado. En esta atención, se sometió á la jurisdicción de dicho señor juez, otorgó depósito en forma y firmó esta diligencia con el deudor y el alguacil, de todo lo cual yo el escribano doy fe.

(Si no fuere encontrado el deudor, se hará el requerimiento por cédula.)

(Si el embargo fuera de bienes raíces, se despachará el mandamiento ó comunicación correspondiente al registro de propiedad, según lo dispuesto en el art. 953 de la Ley de Enjuiciamiento civil y con arreglo á las prescripciones de la nueva Ley Hipotecaria, según cuyo art. 42 puede pedir anotación preventiva de su derecho en el registro público correspondiente el que en juicio ejecutivo obtuvo á su favor mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo en bienes raíces del deudor, según espusimos en el apéndice número 1,518 del libro 3.º pág. 869.)

195. *Citacion de remate.*—En tal parte y fecha, yo el escribano notifiqué, leí íntegramente y di copia del auto último al ejecutado D. D. y le cité de remate con la ejecución que obra en estos autos, apercibiéndole que si dentro de los tres días siguientes á esta notificación no comparecía á oponerse á la ejecución, mostrando alguna excepción legítima, se procedería sin más citarle á sentenciar la causa de remate y á la subasta y venta de los bienes embargados para el pago de la cantidad, principal, intereses y costas; de todo lo cual manifestó quedar enterado, y firma, de que doy fe.

196. *Escrito acusando la rebeldía, por no haberse opuesto el ejecutado en el término legal.*—D. P., en nombre etc., digo: Que en tal día se citó de remate á D. A. ejecutado, y habiendo transcurrido el término legal, sin haberse opuesto en debida forma contra el procedimiento ejecutivo, le acuso la rebeldía, y

A V. S. Suplico, que habiéndola por acusada, se sirva sentenciar el juicio de remate, por ser justicia, etc.

*Auto.*—Por acusada la rebeldía: tráiganse los autos á la vista con citación del ejecutante.

*Notificación y citación al procurador del ejecutante.*

*Diligencia de quedar los autos en la mesa del juzgado.*

197. *Sentencia de remate.*—En tal parte, á tantos. Resultando (se entienden los resultandos y considerandos en la forma ordinaria, y consiguando no haberse opuesto el deudor á la ejecución en el término legal y se concluye), dijo: Que debía mandar y mandaba seguir la ejecución adelante y hacer trance y remate en los bienes embargados y demás que apareciesen pertenecientes al deudor D. D. y que de su valor se haga entero pago D. A. de los treinta mil reales que ha reclamado como principal, sus réditos de tanto por ciento y costas acusadas y que se causaren hasta el completo reintegro. Así lo proveyó, mandó, etc.

198. *Escrito del deudor oponiéndose á la ejecución.*—D. P., á nombre y en virtud de poder que en debida forma presento de D. D., en los autos ejecutivos promovidos contra mi principal por D. A., sobre cobranza de tantos mil reales, ante V. S. parezco, y como mejor proceda, digo: Que en tal día se citó de remate á mi parte, y teniendo que alegar excepciones legítimas, me opongo en su nombre á la ejecución despachada en tal fecha, y por tanto,

A V. S. Suplico, que teniendo por presentado el poder y á mí por mi parte en este juicio en dicha representación, se sirva haberme por opuesto y mandar se me entreguen los autos en el término ordinario para formalizar la oposición, conforme al art. 962 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por ser así justicia que pido, con costas, etc.

199. *Auto.*—Por presentado el poder, habiéndosele por parte en este juicio, y por opuesto á la ejecución, entreguésele los autos por término de cuatro días, para que dentro de ellos precisamente alegue sus excepciones y proponga la prueba que crea conveniente. Lo mandó, etc.

*Notificaciones á los procuradores.*

*Diligencia de entrega de los autos al ejecutado.*

200. *Escrito del ejecutado formalizando su oposición.*—D. P., en nombre de D. D., etc., en los autos ejecutivos promovidos por D. A. contra mi principal sobre pago de tanta cantidad, y en uso de la entrega que de ellos se me ha concedido por término de cuatro días para formalizar mi oposición, como la formalizo debidamente, digo: Que V. S. en méritos de justicia, se ha de servir declarar no haber lugar á sentenciar estos autos de remate, absolviendo libremente á mi representado con alzamiento de los embargos practicados y condenando al contrario en todas las costas causadas y que se causaren hasta la terminación de este juicio (ó declarar nula y de ningún efecto la ejecución despachada en tal fecha, con imposición de costas á quien ha causado la nulidad, pues así procede por las siguientes consideraciones. (Se espone). Por tanto.

A V. S. Suplico, se sirva proveer y determinar, según deo solicitado en el ingreso de este escrito, por ser conforme á justicia que pido con costas, etc.

Otrosí digo: Que para practicar la prueba que conviene al derecho de mi parte, presento interrogatorio, y en su virtud

A V. S. Suplico se sirva tenerle por presentado, y mandar que á su tenor y con citación contraria, sean examinados los testigos que presentaré á su tiempo, pues así es justicia que pido, etc.

201. *Auto.*—En cuanto á lo principal, traslado al ejecutante por término de cuatro días para que conste y proponga prueba por su parte, y en cuanto al otrosí, háse por presentado el interrogatorio que acompaña, y á su tiempo se proveerá. Lo mandó, etc.

202. *Escrito del ejecutante en contestación al del ejecutado.*—D. P., en nombre de D. A., en los autos ejecutivos que se siguen en este juzgado á instancia de mi parte contra D. D. sobre cobro de tal cantidad, evacuando el traslado de su escrito de oposición, digo: Que V. S. en méritos de justicia se ha de servir desestimar las excepciones que alega la parte contraria contra mi justa pretensión, por las siguientes consideraciones. (Se alegan). En su consecuencia,

A V. S. Suplico, que habiendo por presentado este escrito con su copia simple, se sirva mandar llevar adelante la ejecución, haciéndose trance y remate de los bienes ejecutados, y hacer pago con su importe á mi principal de la cantidad reclamada é intereses de tanto por ciento, y condenando en costas al ejecutado, pues así procede de justicia que pido, etc.

Otrosí. (Se propone la prueba como en el escrito anterior).

203. *Auto.*—Háse por evacuado el traslado en lo principal, y entréguese la copia que se acompaña al ejecutado, y en cuanto al otrosí, háse por presentado el interrogatorio, y á su tiempo se proveerá, (ó y tráigasen los autos). Lo mandó, etc.

Notificaciones; entrega de la copia al ejecutado; Diligencia de quedar los autos en la mesa del juzgado.

204. *Auto recibiendo el petito á prueba.*—Se reciben estos autos á prueba por término de diez días comunes á las partes, durante los cuales practíquense las solicitadas y las demás que estimen convenientes proponer siendo procedentes. Decláranse pertinentes todos los artículos de los interrogatorios presentados por las partes (si se estimare por el juez así, ó espresándose los que estiman pertinentes ó impertinentes); entréguese copia de ellos respectivamente á las partes, y procédase, al tenor de las preguntas en ellos contenidas, al exámen de los testigos que se presentaren. Lo mandó, etc.

205. *Escrito pidiendo se agreguen las pruebas á los autos.*—D. P., etc., digo: Que habiendo concluido el término de prueba y sus prórogas,

A V. S. Suplico se sirva mandar se agreguen á los autos las patidas, y se entreguen estos por término de tres días á cada una de las partes para instrucción, transcurridos los cuales se recojan en la forma prevenida en el artículo 968 de la Ley de Enjuiciamiento civil, pues así procede de justicia, etc.

206. *Auto.* Unanse las pruebas practicadas á los autos, entréguese por su orden á las partes por término de tres días á cada una para instrucción, transcurridos, dése cuenta, señalándose en seguida día para su vista. Lo mandó, etc.

Diligencia de estar cumplida la providencia anterior; y dada cuenta se dicta,

207. *Auto.*—Se señala para la vista de estos autos el día tantos y tal hora, con citación de las partes. Lo mandó, etc.

*Escrito pidiendo se celebre la vista con asistencia de los defensores.*—D. P., etc., digo: Que habiéndose señalado para la vista de estos autos el día tantos, y conviniendo á mi parte que informe su defensor en ella.

A V. S. Suplico se sirva mandar sea pública la vista señalada, para que pueda tener lugar el informe referido, por ser así justicia que pido, etc.

208. *Auto.*—Como se pide, y hágase saber á la parte contraria. Lo mandó etc.

Celebrada la vista, se pone diligencia de quedar los autos en la mesa del juzgado, despues de celebrada aquella ó pasado un día útil desde el en que se hubiese notificado el señalamiento, si no se hubiera pedido la asistencia de letrado. Solicitada ésta, y celebrada la vista, se dicta sentencia dentro de los tres días siguientes á ella. Cuando es mandado seguir la ejecución adelante, se redacta según la del formulario número 190.

209. *Sentencia declarando la nulidad de la ejecución.*—(Despues de esponer los resultados y considerandos correspondientes, conforme las demás sentencias

fundadas, se concluirá): digo: Que debia declarar y declaraba nula, de ningun valor ni efecto la ejecución despachada, mandando en su virtud alzar el embargo de bienes practicado, los cuales serán entregados libremente á D. A. (y en caso de haberse embargado bienes raíces, dispondrá lo conveniente para dejarlos libres de toda anotación y demás en el Registro de Propiedad), y se condena en costas al señor juez que conoce de estos autos ó á tal funcionario, el que causó la nulidad). Así por esta sentencia, etc.

210. *Sentencia declarando no haber lugar á pronunciar sentencia de remate.*—(La cabeza como la anterior, y concluyendo.) digo: Que debia declarar y declaraba no haber lugar á pronunciar sentencia de remate, mandando se alce el embargo de los bienes, los cuales se entregarán libremente al ejecutado. (Si fueren raíces, se dispondrá según lo dicho en la sentencia anterior), y condenar en costas á D. A. (el ejecutante). Así, etc.

Interpuesta apelación de esta sentencia por el ejecutado, puede presentar el ejecutante escrito presentando fianza bastante á responder de lo que; siguiendo el procedimiento de apremio y la alzada á la vez, pueda percibir y condenarse á devolver revocándose la sentencia y pidiendo en su virtud, que estimando el juzgado suficiente dicha fianza, se admita aquella apelación en solo el efecto devolutivo, quedando en el juzgado testimonio de lo necesario para la ejecución del fallo antes de remitir los autos á la superioridad, y se proceda á la vía de apremio para hacerle pago del principal é intereses reclamados y costas del juicio. En su consecuencia, el juez dicta.

211. *Auto.*—Por presentada la fianza, la que se declara suficiente para los efectos del art. 973 de la Ley y en su virtud; se admite en solo el efecto devolutivo la apelación interpuesta por el ejecutado: póngase testimonio literal de la demanda ejecutiva, diligencias, etc. que quedará en el juzgado para la ejecución de la sentencia de remate, y efectuado, remítanse á la superioridad los autos, citadas las partes. Lo mandó etc.

#### Procedimiento de apremio.

212. *Escrito pidiendo la tasación y subasta de lo embargado.*—D. P. en nombre de D. A. etc. en los autos ejecutivos contra D. D. digo: Que habiéndose consentido por D. D. la sentencia de remate pronunciada en tal fecha, por haber transcurrido el término para apelar de ella (ó confirmándose por la superioridad dicha sentencia) ó habiéndose admitido la fianza presentada para llevarla á efecto, se está en el caso de proceder por la vía de apremio para hacer pago á mi poderdante de la cantidad reclamada, por tanto.

A V. S. Suplico que se haga pago á mi parte de principal y costas, previa tasación de estas, á cuyo efecto se sirva mandar se tasen los bienes embargados por peritos que nombren las partes, y tercero en caso de discordia, y hecha la tasación, se saquen á pública subasta en los términos de la Ley (si lo embargado fueren muebles, dinero ó créditos realizables en el acto, se pedirá al juez se sirva mandar expedir el oportuno mandamiento de pago contra tal depositario ó tal Banco, donde se depositó el dinero ó las pensiones, embargados á instancias de mi principal por la cantidad que importe el capital ejecutable y costas). Pues así procede en justicia que pido etc.

Otrosí.—Para verificar la tasación referida, nombro por peritos á D. P. para las fincas urbanas y á D. T. para las rústicas, etc.) por lo que,

A V. S. Suplico, que habiéndolos por nombrados, se sirva mandar que nombre otros el contrario por la suya, sino se conforma con los mencionados, y en su caso nombrar el juzgado un tercero que dirima la discordia, y verificada la designación, se haga saber á los elegidos por una y otra parte para su aceptación y juramento, por ser justicia que pido, etc.

213. *Auto.*—Procedase por la vía de apremio como se pide, y en su consecuencia, practíquese la tasación de los bienes embargados, habiéndose al efecto por nombrados como peritos por parte del ejecutante D. P. y D. T. Hágame saber este nombramiento al ejecutado para que espese su conformidad con él y en otro caso, nombre otros por su parte en término de tercer día, y hágame saber á los peritos su elección para su aceptación y juramento. (Si los bienes fueren muebles se añadirá: dándose la orden oportuna al depositario D. D. para que ponga de manifiesto los enes embargados. (Si fuere dinero se dirá: dése en pago á D. A. tal cantidad que

se halla depositada en poder de D. D. ó en tal Banco ó Caja, espidiéndose al efecto el oportuno libramiento). Procédase previamente á la tasación de costas, y efectuado, se proveerá. Lo mando, etc.

Hecha la tasación de costas, verificado el nombramiento de peritos y aceptado y hecho por ellos el justí precio de los bienes embargados, dicta el juez.

214. *Auto mandando proceder á la subasta de bienes.*—Sáquense á subasta los bienes embargados, y tasados, por término de ocho días (si fueren alhajas, fratos semovientes ó muebles) ó de veinte (si fueren raíces) señalándose para el remate el día *tantos* para los muebles, y el *tantos* para las raíces, á *tal* hora en los estrados del juzgado, haciéndose saber por medio de edictos fijados en los sitios públicos de costumbre de esta ciudad, é insertándose en el Boletín de la provincia y en los periódicos de *tal* pueblo (el en que se hallaren los bienes embargados) para cuyo efecto dirijase al juez del mismo el correspondiente exhorto. Espresese en los edictos con la claridad necesario los bienes y su tasación, advirtiéndose que no se admitirá postura que no cubra las dos terceras partes del justiprecio. Lo mando, etc.

215. *Pedimento haciendo postura.*—D. P. vecino de tal parte ante V. S. como mas haya lugar en derecho, digo: Que por los edictos publicados en *tal* parte, ó insertos en *tal* periódico, ha llegado á mi noticia que por el oficio de *tal* escribano y en virtud de providencia de V. S. de *tal* fecha, se saca á subasta una casa sita en *tal* parte, etc., á la cual hago postura, ofreciendo por ella *tantos* mil reales con las siguientes condiciones (se espondrán) en cuya atención,

A V. S. Suplico, se sirva admitirla, teniéndola presente para el acto de remate.

216. *Auto.*—Como se pide, (si el postor no fuere abonado, podrá decirse: que asegurando la postura con persona abonada que se obligue en forma á cumplirla, se proveerá.) Lo mando, etc.

217. *Acta del remate.*—En *tal* parte, á *tantos*, el Sr. D. J. juez, etc., constituido en audiencia pública en la sala de audiencias de este juzgado, con asistencia de mí el infrascripto escribano y siendo la hora señalada por auto de *tal* fecha para el remate que ha de celebrarse en este día de los bienes embargados á D. D., segun consta en el folio *tantos* de estos autos ejecutivos, mandó dar principio al remate, y dándose lectura de la tasación que obra el folio *tantos* y de la postura hecha por D. P. en el folio *tantos*, anunció en alta voz el pregonero previamente requerido, que se iba á rematar la mencionada casa en el mejor postor, señalándose por término *tal* hora en el reloj de la Audiencia. En su consecuencia, se presentó D. P., vecino de *tal* parte, é hizo postura en la cantidad de *tanto*, y admitida por cubrir las dos terceras partes del avalúo, y publicada, la mejoró M. de M. vecino de *tal* parte, en *tanta* cantidad, y publicada asimismo esta postura, y no presentándose mejor licitador, y habiendo dado la hora señalada, se cerró el remate, anunciando el señor juez quedar rematados dichos bienes por la cantidad referida en el mencionado M. de M., quien por su parte aceptó el remate, obligándose á entregarla á quien se le mandase (ó á consignarla donde se dispusiese) y á cumplir las condiciones propuestas. Y el señor juez mandó que consignada la cantidad del precio ofrecido se le entregaran los bienes rematados á su favor (si fuere la subasta de bienes raíces, se dirá: que mandó el juez entregar los títulos de propiedad al comprador para su reconocimiento por *tal* término (el que juzgue el juez necesario, atendidas la extensión y volumen de dichos títulos) requiriéndose al deudor para que los presentes en la escribanía del juzgado. Con lo cual, se dió por terminada esta diligencia que firma el juez con el rematante á quien doy fe conozco, y el ejecutante y el ejecutado (si asistieren al acto) y de todo lo referido doy fe.

*Diligencia de entrega de los títulos de propiedad por parte del ejecutado.*

*Otra.*—De habérselos entregado al comprador.

218. El comprador presenta escrito en vista de la comunicación de los títulos en que dice, que habiéndose entregado los títulos de propiedad de *tal* finca ó bienes, por el término de *tantos* días para su reconocimiento en virtud de providencia de *tal* fecha, y por haberse rematado á su favor los referidos bienes, no encuentra en estos defecto alguno, por lo que se halla dispuesto á consignar el precio de la venta (ó bien que, habiendo encontrando en ellos *tales* defectos, se reserva efectuar la consignación del precio hasta que se suplan). (Si viere por ellos que la finca está afectada á cargas, lo espresará así y prodrá presentar su liquidación ó pedir que se ha de practicar por el juez). Y concluirá suplicando que se le tenga por conforme con los títulos y por consignado el precio de la venta y se apruebe la liquidación de la finca que presenta (ó que se suplan los defectos enunciados ó practique la li-

quidación referida para consignar el precio), y se mande otorgar á su favor la correspondiente escritura de venta judicial. Tambien puede verificarse la devolución de los títulos y la consignación del precio personalmente, haciéndose constar por diligencia que estiende el escribano. El juez dicta el siguiente

219. *Auto.*—Háse á esta parte por conforme con los títulos de propiedad de *tal* finca; se aprueba la liquidación de sus cargas y háse por consignado el precio líquido de la venta, deducidas estas; hágase saber al ejecutado que en el término de *tantos* días otorge la correspondiente escritura de venta á favor del comprador D. C. (ó bien, procedase por el actuario á hacer liquidación de la finca, deducidas sus cargas, y hecho y consignado el precio líquido de la venta, hágase saber al comprador, etc.) (ó bien súplase *tales* defectos que se advierten en los títulos de propiedad, á cuyo fin espídense *tales* oficios ú órdenes á *tales* funcionarios, y verificado y consignado el precio, etc.) Lo mandó, etc.

*Liquidación de las cargas ó deducción de estas del precio de la venta en el remate.*

*Nata de haberse consignado en la escribanía el precio líquido de la venta.*

*Otra de haberse otorgado la escritura por el deudor ó de oficio.*

220. *Auto mandando poner en posesion de los bienes rematados al rematante.*—En atención á haberse consignado el precio del remate de *tales* bienes por D. R., y de haberse otorgado la correspondiente escritura de venta de los mismos á favor del comprador, póngasele en posesion de dichos bienes. Siendo notoriamente inferior el precio del remate consignado por el comprador D. C. á la suma que ha sido objeto de la ejecución, segun consta por diligencia de *tal* fecha, hágase entrega de él al acreedor en el mismo día (ó si escudiese dicho precio: escediendo el precio consignado por D. C. á la cantidad objeto de la ejecución, practíquese la liquidación oportuna por el escribano actuario, comprendiendo en ella las costas posteriores á la sentencia de remate, y verificado, dese cuenta.)

221. *Liquidación por el escribano de las sumas consignadas*, en la que se deduce del precio del remate, el importe de la deuda y las costas causadas; se hace saber al deudor, y si no alega nada en contrario, se dicta el siguiente

222. *Auto.*—Se aprueban la precedente tasación y liquidación y entréguese la cantidad de *tanto* porque se despachó la ejecución y el importe de las costas á D. A. (El ejecutante) y la cantidad de *tanto* restante al ejecutado (si no se hallase retenida á instancia de otro acreedor). Lo mandó, etc.

*Diligencia de entrega de dichas sumas al ejecutante y al ejecutado respectivamente.*

Sino hubiere habido postores, puede el actor, segun el art. 986 de la Ley, pedir nueva subasta previa retasa, ó la adjudicación de los bienes en las dos terceras partes del avalúo.

223. *Escrito pidiendo nueva subasta, previa retasa.*—D. P., en nombre de D. A., etc., digo: Que no habiendo tenido efecto el remate celebrado por auto de *tal* fecha de *tales* bienes, por no haberse presentado posturas admisibles, sin duda por ser demasiado elevado el avalúo, conviene á mi representado que se celebre nuevo remate y tasación, por lo que, haciendo uso del derecho que le confiere el artículo 986 de la ley de Enjuiciamiento civil.

A V. S. Suplico, se sirva mandar se celebre nueva subasta, anunciándola por edictos previa retasa por los mismos peritos ó por otros nuevos, á cuyo efecto nombro por mi parte á D. P., pues es justicia, etc.

*Auto.*—Como se pide, etc. Lo mandó, etc.

224. *Escrito pidiendo la adjudicación de los bienes embargados.*—D. P., etc. digo: (la cabeza como la del anterior hasta la cláusula conviene á mi representado, y seguirá) que se le adjudiquen los mencionados bienes, por las dos terceras partes de la tasación antes que esponerse á los gastos y dilaciones que le ocasionarian nuevas retasas y subastas, que es de temer no dieran resultado alguno. Por tanto,

A V. S. Suplico, se sirva mandar se adjudiquen dichos bienes á mi representado para pago de su principal y costas, en las dos terceras partes de su avalúo á que ascienden aquellas sumas (ó en *tanta* parte del precio del remate que resulta líquido, rebajadas las cargas, en cuanto alcance á cubrir el principal y costas causadas), y mandar que presente el deudor los títulos de propiedad, otorgando á favor de mi parte la correspondiente escritura y poniéndosele en posesion de los referidos bienes; pues así es justicia que pido, etc.

## Formulario de tercerías.

225. *Escrito ó demanda de tercería de dominio.*—D. P., en nombre de D. T., etc., como tercero interesado de cuyo perjuicio se trata, salgo á los autos ejecutivos promovidos por D. A. contra D. D., y como mejor proceda, digo: Que por auto de tal fecha se despachó mandamiento de ejecucion contra tal finca ó tales bienes, por suponerles de la pertenencia del mencionado deudor D. D. Mas como sean propiedad legítima de mi representado por tales causas y segun consta de tales documentos que presento en forma (se esponen los hechos y fundamentos de derecho debidamente numerados).

A V. S. Suplico que habiendo por presentados el poder y documentos que acompaño y por formalizada esta demanda de tercería de dominio, se sirva declarar, con suspension de los procedimientos de apremio, pertenecer en propiedad y posesion á mi representado los bienes referidos, alzar el embargo de la espresada finca (ó bienes) y que se deje libre y desembarazada á disposicion de mi parte, pues asi es justicia que pido, etc.

226. *Auto.*—Por presentado con el poder y documentos á que se refiere: háse por interpuesta la tercería de dominio. Suspéndanse á su tiempo los procedimientos de apremio respecto á la finca ó bienes que se reclaman; fórmese pieza separada de esta tercería, con el escrito anterior y documentos que le acompañan, testimonio literal de la diligencia de embargo de los bienes que se reclaman y de este auto y en relacion de los ejecutivos en la parte necesaria; y confiérase traslado de esta demanda por el término ordinario de nueve dias al ejecutante y al ejecutado.

Los procedimientos de apremio se suspenden, consentida ó ejecutoriada que sea la sentencia de remate.

227. *Escrito ó demanda de tercería de preferencia.*—D. P., en nombre de D. T., etc., digo: Que por providencia de V. S. se ha espedido mandamiento de ejecucion contra tal finca ó tales bienes propios de D. D. y para hacer pago á D. A. de un crédito de tal clase; mas como mi representado tenga contra el mismo D. D. otro crédito de tal clase por tal cantidad, que es preferente al de D. A. por tales consideraciones y fundamentos legales, y segun consta de tales documentos que acompaño en forma. (Se suponen los hechos y fundamentos de derecho, numerándolos.) Por tanto, y proponiendo demanda en forma de tercería de preferencia.

A V. S. Suplico, que habiendo por presentado el poder y documentos referidos y por interpuesta demanda de tercería de mejor derecho, se sirva declarar la preferencia del crédito de mi parte respecto del de D. A. para su satisfaccion y pago del importe de los bienes embargados á D. D., mandando en su consecuencia que vendidos estos, se satisfaga á mi representado la cantidad en que consiste, con anterioridad á la del crédito del ejecutante, por ser justicia que pido con costas.

228. *Auto.*—Por presentado con el poder y documentos que se acompañan: se admite la demanda de tercería de mejor derecho; fórmese pieza separada con el anterior escrito y documentos que le acompañan, con testimonio literal del documento en virtud del cual se libró mandamiento de ejecucion y en relacion de los autos ejecutivos en la parte necesaria, y confiérase traslado por el término ordinario de nueve dias al ejecutante y al ejecutado. Lo mandó, etc.

Los procedimientos de apremio siguen hasta la realizacion de los bienes embargados, suspendiéndose el pago hasta que se decida quién tiene mejor derecho.

La sustanciacion de estas demandas de tercería se verifica por los trámites del juicio ordinario.

229. *El formulario de las segundas instancias* en el juicio ejecutivo es conforme al de las apelaciones de sentencias interlocutorias con las modificaciones que introducen los artículos 1,002, 1,003 y 1,006.

## Formulario de los embargos preventivos.

230. *Escrito pidiendo embargo preventivo.*—D. A., en nombre de D. A., de quien presento poder en debida forma, ante V. S. parezco y como mejor proceda en derecho, digo: Que D. D. es en deber á mi representado tal cantidad en virtud de un préstamo que le hizo en tal fecha, y que se obligó á reembolsarle en tal plazo que ya ha vencido, segun todo consta de la primera copia de la escriiura de obligacion que en debida forma presento (ó del vale ó recibo simple que acompaño).

Y como el mencionado D. D. no tiene domicilio conocido, (ó haya desaparecido de esta poblacion donde lo tenia, ó como existia tal motivo que haga temer racionalmente que ocultará sus bienes si sabe que se trata de proceder contra él), para evitar mi poderdante quedar burlado tal vez en el pago de su crédito, haciendo uso del derecho que le concede la Ley de Enjuiciamiento civil en su título 19, para pedir embargo preventivo.

A V. S. Suplico, que habiendo por presentado este escrito y el documento referido, se sirva mandar se haga embargo preventivo de los bienes del mencionado D. D. en cantidad suficiente á cubrir la suma que es en deber á mi parte, intereses vencidos y costas, y efectuado, se me entreguen las diligencias para deducir la demanda correspondiente, por ser justicia, etc. (Si la demanda se fundase en vale ó título no ejecutivo, se dirá: siendo dicho embargo de cuenta y riesgo de mi parte, cuya responsabilidad es notoria en esta villa, ó la cual se halla dispuesta á prestar fianza suficiente á responder de los perjuicios que puedan ocasionarse al deudor con el mencionado embargo).

231. *Auto.*—Por presentado con el poder y la escritura ó vale que se acompaña; procédase al embargo preventivo solicitado por esta parte en los bienes de D. D. hasta la cantidad de tal reclamada, para lo que se da comision á cualquiera de los alguaciles de este juzgado, sirviendo este auto de mandamiento en forma (ó en atencion á ser notoria la responsabilidad de D. A., procédase al embargo preventivo de su cuenta y riesgo, ó prestando fianza suficiente á responder de los perjuicios que puedan ocasionarse al deudor). Y adviértase á esta parte que si no se ratificare el embargo en el correspondiente juicio, quedará el embargo nulo de derecho y sin necesidad de declaracion á los veinte dias de haberse verificado. Lo mandó, etc.

232. *Diligencia de embargo*, como la del juicio ejecutivo, en el caso que el deudor al hacer dicho embargo no pagare, consignare la cantidad de la deuda ó diere fianza á responder de ella, pues si lo hiciere así, se pondrá diligencia de dar cuenta de ello al juez, y este dictará

233. *Auto.*—Háse por hecho el pago de tal cantidad reclamada por D. A., á quien se entregará, quedando sin efecto el auto de embargo, ó háse por consignada tal cantidad, la que se depositará en la Caja de depósitos debidamente; ó se admite la fianza ofrecida, y otorgada la correspondiente escritura, ténganse por terminadas estas diligencias, y entréguese al actor para que use de su derecho, ó no considerándose suficiente la fianza ofrecida, llévase á debido efecto la providencia de embargo de tal fecha. Lo mandó, etc.

234. *Escrito del deudor para que el contrario presente demanda en forma.*—D. P., en nombre de D. D., etc., digo: Que se han embargado preventivamente á instancia de D. A. en tal dia, tales bienes de la propiedad de mi representado, y haciendo uso del derecho que le concede el art. 940 de la Ley de Enjuiciamiento civil,

A V. S. Suplico, que habiendo por presentado este escrito, con el poder que acompaño, se sirva mandar que D. A. presente su demanda en el término preciso de ocho dias, y no verificándolo, se alce el embargo y se le condene en las costas, daños y perjuicios, por ser justicia que pido, etc.

235. *Auto.*—Como se pide, y trascurridos los ocho dias sin presentarse la demanda, dése cuenta. El Sr. D. J., etc.

No habiéndose presentado la demanda en los ocho dias, y dada cuenta por el escribano, se dicta

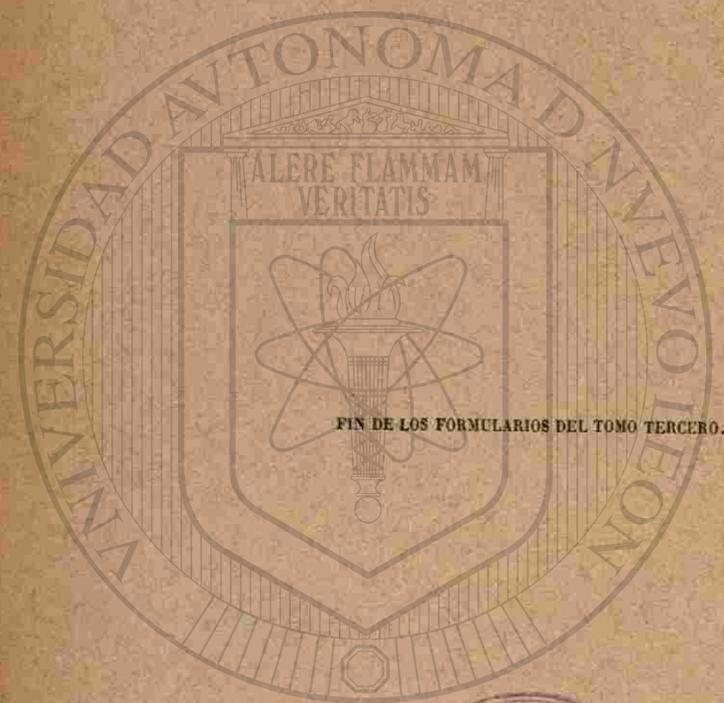
236. *Auto.*—En atencion á haber trascurrido el término de ocho dias señalado por auto de tal fecha á D. A. para presentar su demanda, sin haberlo efectuado, se alza el embargo preventivo decretado en auto de tal fecha, y se le condena en las costas, daños y perjuicios ocasionados á D. D., y expidase la orden oportuna al depositario de los bienes para que los deje á la libre disposicion de éste. Lo mandó, etc.

237. *Escrito pidiendo el deudor se declare nulo el embargo por haber pasado veinte dias sin haberse ratificado en el juicio correspondiente.*—D. P., en nombre de D. D., etc., digo: Que á instancia de D. A. se procedió en tal fecha al embargo preventivo de tales bienes de mi poderdante, y habiendo trascurrido los veinte dias señalados por la Ley para su ratificacion en el juicio correspondiente, sin haberse verificado, haciendo uso del derecho que me confiere el art. 939 de la Ley de Enjuiciamiento civil,

A V. S. Suplico, se sirva declarar nulo de derecho dicho embargo, expidiéndose

las órdenes oportunas para que quede sin efecto (y que se cancele la fianza otorgada, si se hubiere prestado, espidiendo los mandamientos correspondientes para ello) y condenando á D. A. en las costas causadas y que ocasionare el alzamiento del embargo (y el otorgamiento y cancelacion de la fianza, en su caso) y en los daños y perjuicios, por ser justicia que pido, etc.

*Auto* — Como se pide. Lo mandó, etc.



FIN DE LOS FORMULARIOS DEL TOMO TERCERO.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN  
DIRECCION GENERAL DE BIBLIOTECAS

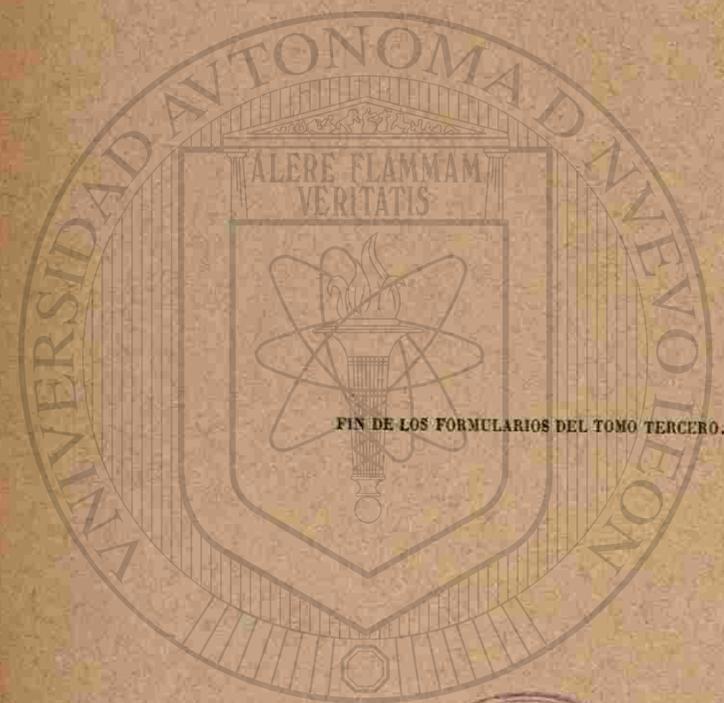
## INDICE.

DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN EL TOMO TERCERO.

	PAGS.
<b>LIBRO</b> III. (Continuacion). De los juicios universales. . . . .	5
<b>TITULO</b> IV. De las testamentarias. . . . .	id.
<b>Seccion</b> I. De las testamentarias en general, su naturaleza, objeto y diferentes clases. . . . .	id.
<b>Seccion</b> II. Del juicio de testamentaria voluntaria. . . . .	40
§. I. Personas que pueden promoverlo y diligencias para prevenirlo. . . . .	id.
Citacion de los interesados para el juicio. . . . .	42
Intervencion del caudal y nombramiento de administrador. . . . .	44
Distintos periodos de la testamentaria. . . . .	47
§. II. Del primer periodo de juicio de testamentaria ó del inventario. . . . .	48
Casos en que se practica el inventario judicial. . . . .	49
Personas que deben ser citadas para presenciarlo. . . . .	20
Cosas que deben inventariarse. . . . .	21
Formalidades con que debe practicarse el inventario. . . . .	24
Efectos del inventario. . . . .	27
Inventario estrajudicial. . . . .	29
Aprobacion judicial de los inventarios. . . . .	id.
Reclamacion sobre exclusion ó inclusion de bienes de la herencia en el inventario. . . . .	30
§. III. Del avalúo ó tasacion de los bienes inventariados, segundo periodo del juicio de testamentaria. . . . .	34
Qué se entiende por avalúo, su objeto, necesidad y bienes que deben valuarse. . . . .	id.
Modo de practicar el avalúo. . . . .	id.
Aprobacion del avalúo. . . . .	38
Oposicion al avalúo. . . . .	39
§. IV. De la division de los bienes hereditarios, tercer periodo del juicio de testamentaria. Qué sea division y su objeto. . . . .	43
Reglas generales sobre el modo de desempeñar su cargo los contadores. . . . .	45
<b>SUPUESTOS.</b> . . . .	46
<b>LIQUIDACION.</b> . . . .	47
Deducccion de la dote de la mujer y de las arras, que se incorporan á la dote. . . . .	48
Deducccion de los bienes parafernales ó estradotales, y de las arras no incorporadas á la dote ó vueltas al marido y de las donaciones esponsalicias. . . . .	35
Deducccion del capital que el marido llevó al matrimonio y de los bienes que durante este heredó ó le donaron. . . . .	59
Deudas que se han de deducir ó no del caudal que reste des-	

las órdenes oportunas para que quede sin efecto (y que se cancele la fianza otorgada, si se hubiere prestado, espidiendo los mandamientos correspondientes para ello) y condenando á D. A. en las costas causadas y que ocasionare el alzamiento del embargo (y el otorgamiento y cancelacion de la fianza, en su caso) y en los daños y perjuicios, por ser justicia que pido, etc.

*Auto* — Como se pide. Lo mandó, etc.



FIN DE LOS FORMULARIOS DEL TOMO TERCERO.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN  
DIRECCION GENERAL DE BIBLIOTECAS

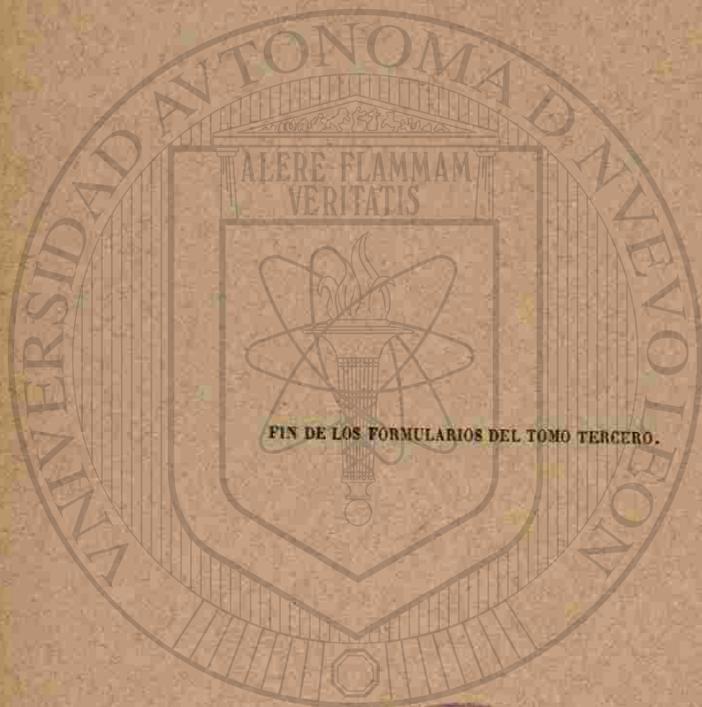
## INDICE.

DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN EL TOMO TERCERO.

	PAGS.
<b>LIBRO</b> III. (Continuacion). De los juicios universales. . . . .	5
<b>TITULO</b> IV. De las testamentarias. . . . .	id.
<b>Seccion</b> I. De las testamentarias en general, su naturaleza, objeto y diferentes clases. . . . .	id.
<b>Seccion</b> II. Del juicio de testamentaria voluntaria. . . . .	40
§. I. Personas que pueden promoverlo y diligencias para prevenirlo. . . . .	id.
Citacion de los interesados para el juicio. . . . .	42
Intervencion del caudal y nombramiento de administrador. . . . .	44
Distintos periodos de la testamentaria. . . . .	47
§. II. Del primer periodo de juicio de testamentaria ó del inventario. . . . .	48
Casos en que se practica el inventario judicial. . . . .	49
Personas que deben ser citadas para presenciarlo. . . . .	20
Cosas que deben inventariarse. . . . .	21
Formalidades con que debe practicarse el inventario. . . . .	24
Efectos del inventario. . . . .	27
Inventario extrajudicial. . . . .	29
Aprobacion judicial de los inventarios. . . . .	id.
Reclamacion sobre exclusion ó inclusion de bienes de la herencia en el inventario. . . . .	30
§. III. Del avalúo ó tasacion de los bienes inventariados, segundo periodo del juicio de testamentaria. . . . .	34
Qué se entiende por avalúo, su objeto, necesidad y bienes que deben valuarse. . . . .	id.
Modo de practicar el avalúo. . . . .	id.
Aprobacion del avalúo. . . . .	38
Oposicion al avalúo. . . . .	39
§. IV. De la division de los bienes hereditarios, tercer periodo del juicio de testamentaria. Qué sea division y su objeto. . . . .	43
Reglas generales sobre el modo de desempeñar su cargo los contadores. . . . .	45
<b>SUPUESTOS.</b> . . . .	46
<b>LIQUIDACION.</b> . . . .	47
Deducccion de la dote de la mujer y de las arras, que se incorporan á la dote. . . . .	48
Deducccion de los bienes parafernales ó estradotales, y de las arras no incorporadas á la dote ó vueltas al marido y de las donaciones esponsalicias. . . . .	55
Deducccion del capital que el marido llevó al matrimonio y de los bienes que durante este heredó ó le donaron. . . . .	59
Deudas que se han de deducir ó no del caudal que reste des-	

las órdenes oportunas para que quede sin efecto (y que se cancele la fianza otorgada, si se hubiere prestado, espidiendo los mandamientos correspondientes para ello) y condenando á D. A. en las costas causadas y que ocasionare el alzamiento del embargo (y el otorgamiento y cancelacion de la fianza, en su caso) y en los daños y perjuicios, por ser justicia que pido, etc.

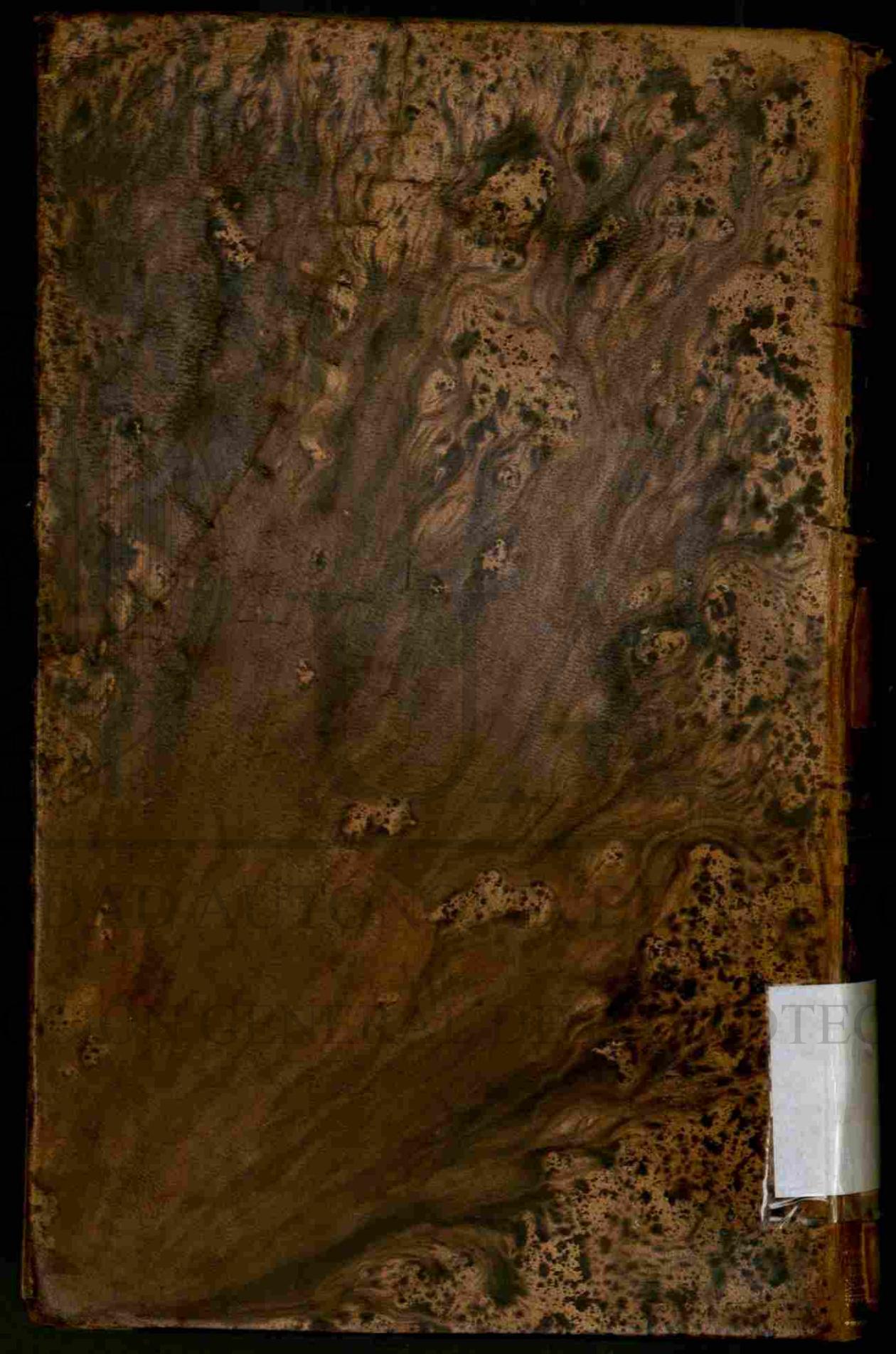
*Auto* —Como se pide. Lo mandó, etc.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCION GENERAL DE BIBLIOTECAS

§.	II.	Desaúcio por cumplir el término del arriendo. . . . .	213
§.	III.	Desaúcio por causas diversas del cumplimiento del plazo pactado. . . . .	220
§.	IV.	Reclamacion por parte del demandado, de las labores, plantíos ó mejoras hechas en la finca. . . . .	222
TITULO	VIII.	Del juicio de retracto. . . . .	224
TITULO	IX.	De los interdictos. . . . .	id.
Seccion	I.	Del interdicto de adquirir. . . . .	238
Seccion	II.	Del interdicto de retener la posesion. . . . .	243
Seccion	III.	Del interdicto de recobrar la posesion. . . . .	251
Seccion	IV.	Del interdicto de obra nueva. . . . .	259
Seccion	V.	Del interdicto de obra vieja. . . . .	263
TITULO	X.	Del juicio ejecutivo. . . . .	267
Seccion	I.	Definicion, origen y naturaleza de este juicio. . . . .	id.
Seccion	II.	De los títulos que traen aparejada ejecucion. . . . .	270
		Instrumento ó escritura pública. . . . .	272
		Documentos privados. . . . .	277
		Libros y cuentas estrajudiciales. . . . .	281
		Confesion judicial. . . . .	284
		De la liquidacion ó instrumento líquido. . . . .	288
Seccion	III.	Personas que pueden pedir ejecucion y personas contra cuyos bienes puede solicitarse. . . . .	290
§.	I.	Personas que pueden pedir ejecucion. . . . .	id.
§.	II.	Personas contra cuyos bienes puede pedirse ejecucion. . . . .	294
		Modo de proceder por deudas contra ayuntamientos, diputaciones provinciales y hacienda pública. . . . .	300
Seccion	III.	De los bienes en que puede ó no trabarse ejecucion. . . . .	304
Seccion	IV.	De los procedimientos ejecutivos. . . . .	310
§.	I.	De la demanda ejecutiva, despacho de ejecucion, embargo de los bienes del deudor, órden en que debe hacerse, y traba y depósito de los mismos. . . . .	311
§.	II.	De la citacion de remate, oposicion del ejecutado, escepciones, pruebas y sentencia. . . . .	324
Seccion	V.	Del procedimiento de apremio. . . . .	357
Seccion	VI.	De las tercerias. . . . .	363
TITULO	XI.	De los embargos preventivos. . . . .	372



TEC