

CAPÍTULO II.

Contratos guarentigios.

Se ha puesto bajo esta denominacion los convenios en que versa garantía con que se asegura el cumplimiento, á diferencia de los que estriban en la sola fé, como los comendatorios. Siendo la garantía una invencion legal, corresponde á la Sancion legal la eficacia de estos contratos, como en la familia le corresponde á la Legitimacion y en la propiedad á la Hipoteca. Segun que la garantía es inmueble, mueble ó personal, se constituye el contrato de presente, en pasado ó para futuro; siendo el primero censo, el segundo prenda y el tercero fianza.

SECCION PRIMERA.

CONTRATO GUARENTIGIO PRESENTE.

Censo.

Sentencias : Comparacion : ROMANISMO : España : enfitéusis — Censos consignativo y reservativo.—Aragon.—Navarra.—Cataluña.—Portugal.—CIVILISMO : Francia : dispersion de los censos.—Italia.—Holanda.—Bélgica.—Suiza.—GERMANISMO : Austria.—Prusia.—Inglaterra.—ESLAVISMO.—ORIENTALISMO : China.—India.—Mahometismo.

Enfitéusis.

Para ser valedera y eficaz la constitucion del enfitéusis debe constar en escritura pública, y aun cuando sean admisibles algunas pruebas supletorias en defecto de la escritura por haber desaparecido, está siempre obligado el dueño directo á justificar la identidad del predio ó predios censidos. (11 de diciembre de 1858).

Aunque la ley 28, tit. 8.º, part. 5.ª dice que el contrato enfitéutico es mas semejante al de arrendamiento que á otro alguno, es sin embargo necesario conciliar el contesto de dicha ley con el de la 1.ª, tit 14, part. 1.ª, que compara el contrato enfitéutico al *enagenamiento* que se hace á manera de venta, y con la 3.ª del mismo título y partida, que lo califica de especie de enagenacion; que ni es arriendo, ni venta, por tener cualidades de ambos y poder celebrarse para siempre ó por tiempo cierto; y que no ha corrido el tiempo de treinta años porque se prescribe la accion reivindicatoria. (29 de junio de 1859).

Observancia de la ley 5.ª, tit. 6.º, part. 5.ª, que pena al que falta á las tres clases de contratos allí mencionados en los *daños y menoscabos*. (25 de junio de 1850).

Aun cuando la ley exige que el contrato enfitéutico conste por escrito al celebrarse, esto no se opone á que su existencia se pruebe por la posesion inmemorial. (10 de noviembre de 1860).

La ley 3.ª, tit. 14, part. 1.ª; y 28, tit. 8.º de la 5.ª, exigen el otorgamiento de escritura para la constitucion del enfitéusis; pero no fijándose en ninguna la manera de probar el ya constituido, caben respecto de él todas las pruebas conocidas en derecho; no siendo necesario que el documento probatorio designe nominalmente el enfitéuta, por ser accion real dirigida contra el tenedor, mucho mas siendo la obligacion solidaria. (9 de marzo de 1861).

Subforo.

La ley 28, tit. 8.º, part. 3.ª no se opone á la divisibilidad de la hipoteca, que aun cuando no aparezea probada en el documento originario, consta consentida por los dueños directos que para el cobro de la pension se han dirigido en prorata á los diferentes dueños de las dos casas sobre que pesa; no hallándose previsto en la escritura de subforo el caso de pasar á distintos dueños útiles. (20 de marzo de 1852).

La reclamacion y recibo de pensiones forales y del derecho de laudemio reiterados por mas de medio siglo, constituyen un estado posesorio, que aun prescindiendo de la prescripcion, no puede destruirse sin prueba del no establecimiento del foro, la cual correspondia al actor, mucho mas tratándose de destruir hechos propios, como era el derecho de cobrar pensiones; y no hay contrariedad con la sentencia de 25 de junio de 1859, porque en ella se probó el no establecimiento legal del foro, y se reclamó al salir de la menor edad. (14 de mayo de 1861).

Renta al sacco.

En Galicia la ley 3.ª, tit. 15, lib. X, *Novisima Recopilacion*, que prohíbe la consignacion de prestaciones en otra cosa que dinero, se halla modificada por la costumbre de constituir censo con el nombre de *venta de rentas al sacco*, pues segun la ley 6.ª, título 2.º, part. 1.ª, la costumbre deroga la ley anterior; y las leyes 22 y 24, tit. 15, lib. X, declaran que pueden pagarse los réditos ó tributos en granos ú otra especie que no sea dinero, en lo cual va un reconocimiento implícito de la costumbre. (26 set. del 60).

Censo.

El defecto de falta de confirmacion por la autoridad opuesto á una escritura de censo debido por la autoridad municipal, siendo

anterior á la ley recopilada que lo exige, no afecta á la escritura, mucho menos siendo de reconocimiento y no de imposición. (26 de enero de 1849.)

La dimisión de la cosa censada y su adjudicación en prenda preteroria al censalista, libran al censatario de toda responsabilidad censal. (1.º de diciembre de 1857).

Para extinguirse un gravámen se necesitan las mismas formalidades que para constituirle, según la ley 9.ª, tit. 16, lib. X, *Novísima Recopilación*. (12 de febrero de 1858).

Es lícito y debe cumplirse el pacto entre un censatario y otro que toma á su cargo la redención del censo por su cuenta y riesgo, por lo cual no es un mandato, sino una subrogación del redimente que queda con el dominio del capital y el derecho á percibir sus réditos. (2 de diciembre de 1858).

Es doctrina legal que el censatario puede librarse del gravámen del censo y de la obligación de reconocerle y de satisfacer sus réditos dimitiendo la cosa censada, estando por consiguiente el censalista obligado á admitirla, si bien con la justa reserva de su derecho, en el caso de desperfectos abusivos; la cual doctrina está apoyada en la ley 8.ª, tit. 15, lib. X de la *Novísima Recopilación*, y se extiende á todos los censos redimibles y al quitar, consignativos ó reservativos. (20 de enero de 1859).

Censo reservativo.

Habiéndose instruido expediente para dar á censo reservativo unos terrenos incultos con el fin de desmontarlos y fertilizarlos, los cuales habían de regarse con ciertas aguas; la real facultad que en su consecuencia recayó debe entenderse concedida para ambos objetos; esto es, para enagenación de bienes vinculados y uso de aguas. (7 de febrero de 1861.)

COMPARACION.

PRIMER SISTEMA.—ROMANISMO,

ESPAÑA.

Hablando facultativamente, el *enfitéusis* es una especie de censo, aunque vulgarmente, en Castilla y Galicia, se entiende por *foro*; dando el nombre de *censo* especialmente al consignativo y reservativo. *Censo*, en general, es el derecho de cobrar cierta cantidad anual por haber transferido á otro alguna hipoteca, ó capital sobre hipoteca. *Enfitéutico*, es el censo en que se da perpétua ó temporalmente una cosa raíz, reservándose el dominio directo y transmitiendo el útil, que luego se dirá en qué

consisten. El *reservativo* tiene lugar cuando se transfieren ambos dominios, reservándose el derecho hipotecario para asegurar el pago de la prestación convenida; y el *consignativo*, cuando se consigna dinero sobre bienes raíces del que se obliga á dejarlos hipotecados al pago de los réditos, el cual se llama *censatario*, así como *censalista* el dueño del censo.

El dominio directo (en el censo enfitéutico) consiste: 1.º en el derecho de cobrar anualmente cierto cánón ó pensión que no exceda del 1 ½ por 100 del valor del censo. Si en dos años no se paga, siendo el censalista *eclesiástico*; ó en tres, siendo otro cualquiera, vuelve la finca al dueño directo cumplido el plazo, aunque podrá rescatarla el censatario, si en el término de diez días paga las pensiones; 2.º en el derecho de tanteo, por el cual tiene el censalista el derecho de ser preferido por igualdad de precio en la venta que de su dominio útil haga el censatario; y 3.º el derecho de laudemio, que consiste en cobrar la quincuagésima parte del precio que den al dueño útil por su dominio. Este consiste en el derecho de enagenar la finca, imponer servidumbre, etc., con la obligación, en caso de venta, de dar parte al dueño directo y esperar dos meses su respuesta; no pudiendo privársele de ella mientras no demore el pago de la pensión por dos y tres años, según se ha dicho. Si la finca pereciese por caso fortuito, no deberá el enfitéuta pensión ninguna siempre que haya quedado menos de la octava parte.

Del censo reservativo solo diremos que se diferencia del enfitéutico en que, transfiriéndose por este solo el dominio útil, y por aquel todo el dominio, no tiene el censalista los derechos de censo, tanteo y laudemio, que puede constituirse por testamento ó por contrato; que en este último caso puede pactarse que si no paga el censatario la pensión, caerá la cosa en comiso, y que solo debía ascender la pensión al 3 por 100. Abolida la tasa del interés, podrá ahora pactarse á voluntad.

Censo consignativo es el derecho de cobrar cierta pensión consignada en bienes raíces de otro, generalmente por título de compra, aunque también puede ser por donación, permuta ú otra enagenación. El precio de los censos puede consistir en dinero ó en frutos. En los censos que se pagan durante la vida del censalista, deberá pagarse solo en dinero. En los demás, según se deduce de las palabras de la ley 7.ª, que declara no hallarse recibido el propio motu, sobre que se impongan en dinero los censos, pueden admitirse otras especies. Pero sobre esto, como sobre el precio en los censos vitalicios, que había de ser de un 100 por cada 14 de pensión, y en los demás por cada 3, abolida la tasa, se estará á lo convenido por las partes. La pensión ha de pagarse en dinero, á no ser que estuviese recibido pagarle en granos ó frutos. Respecto de la cosa en que se impone el censo, se disputaba sobre si era hipoteca ó servidumbre. No es servidumbre, porque mas bien se designa la cosa como seguridad de la pensión, que como especialmente destinada al usufructo ó provecho del censalista; y así es que terminantemente se llama en Jurisprudencia hipoteca.

Los censos se acaban por la consolidacion de derechos, por la remision, por la destruccion de la cosa y por la reduccion. Se pueden redimir contando la cantidad de capital segun el uso de la tierra, en general á 3 por 100, á no ser en los enfitéuticos que será á 1 $\frac{1}{2}$, dándose además 2 $\frac{2}{3}$ por 100 en razon de laudemio. El derecho á redimir no puede renunciarse por pacto. En los constituidos por mayor cuota, será mayor la capitalizacion. Los juros son en un todo iguales á los censos. Si en la constitucion del censo se pone por pacto que no pagándose la pension, caiga en comiso la cosa; es decir, que sea del censalista, será guardado el pacto. Esto se disponia antes, pero los tribunales lo aplicarán al enfitéutico; y en los otros seguirán las reglas generales ejecutivas. Las pensiones de los censos se prescriben por treinta años cada una. Puede renunciar el censatario la cosa á favor del censalista, y en este caso se libra del censo.

Véase la ley de Señoríos respecto á redencion. Tambien estan declarados en estado de redencion los correspondientes á fincas del Estado. Tambien los censos de poblacion de Granada.

En Aragon puede, en el reservativo, constituirse la pension en frutos. La pérdida parcial no estingue el censo; mas no se designa la parte. El capital es imprescriptible, y las veintinueve últimas pensiones. Se llama al enfitéutis *tributacion*. El dueño directo debe dar al útil, quince dias antes de vencer el plazo del treudo, recibo testificado por escribano. El útil puede enagenar sin licencia, si el directo no tiene además el *luismo*, *laudemio* ó *fádiga*. Por falta de pago en dos años, puede decomisarse la cosa. Se legitima por la posesion, aunque el dominio no se pruebe.

El laudemio se paga al usufructuario, cuando le tiene el dominio directo. El enfitéuta de casa presta el acaso de incendio y debe reedificar.

En Navarra se han de especificar bienes raices y no generalmente, excepto hipotecando otros. Regia el *motu proprio* de Pio V. Son redimibles. Se pone cláusula guarentigia, y la de comiso se entiende para pago del capital y costas. Pagados veinte años, puede ejecutarse sin presentacion de escritura. No hay prescripcion contra la redencion.

En Cataluña no puede enagenar el enfitéuta sin permiso del dueño directo, que por luismo cobrará en las transmisiones onerosas el tercio, y en las lucrativas á ascendientes, colaterales ó estraños el diezmo, no cobrando nada cuando es á descendientes; si no hay enagenacion, sino empeño, censo ú otra entrega por obligacion ó labor, pagará la veintena, excepto por dote, ó en su garantia, á no ser persona no obligada á dotar; y cuando son muchos los sucesores, puede pagarse de uno el dueño directo, siempre dentro de treinta dias; pagándose el luismo por el adquirente.

En Portugal se da á censo perpétuo ó enfitéutico por tres vidas ó más, mediante una renta anual en reconocimiento del dominio. Si el dueño es casado, debe intervenir la mujer. Se hace por escritura, pero se presume por treinta años de pago, cuando hay señal por pago de animales ó laudemio; y le hay de subforo cuando en enfitéutis, el que recibe la renta reconoce otro por dueño directo. El enfitéuta no puede subacensuar sin

licencia del dueño. El enfitéutis de tierras incultas es nulo, si en cinco años no está reducida al cultivo la mayor parte del terreno.

Cuando se da en enfitéutis terreno para edificar, debe consistir la prestacion en dinero ó en aves domésticas; y si han caido en desuso, pueden convertirse en las enfitéuticas. Puede el censatario pedir por lesion. Cuando la pension es equivalente á renta, puede en caso de esterilidad, valerse de los derechos de aparcerero el censatario; del cual no puede exigirse frutos cuando se han perdido por caso fortuito. La pérdida sin falta del censatario estingue el censo; pero en caso de incendio ó inundacion puede el dueño disponer del suelo. Cuando el derecho consiste en parte de frutos, se saca primero el diezmo y se parte el resto, sin cobrar el enfitéuta por simientes. El dueño directo tiene el derecho de tanteo y de laudemio, lo mismo en el foro que en el subforo. Este es la cuadragesima del precio, y se paga con las mismas escepciones que en Cataluña; pero lo paga el enagenante. El censo sobre suelo en que se construye, se debe solo sobre el suelo. Hay consolidacion al dueño directo, si muriendo el enfitéutico intestado, no deja parientes fuera del cuarto grado. Hay *comiso* por falta de pago en tres años, ó por enagenacion sin licencia. El enfitéuta no puede sustituir.

SEGUNDO SISTEMA.—CIVILISMO.

Este contrato, que por las ideas económicas modernas ha sido mirado como una calamidad, fué proscrito del Código francés, publicado cuando aun dominaban en la mayor parte de los pensadores las ideas de la revolucion francesa. Pero aun cuando no se halla el nombre, se halla la cosa; esto es, las tres clases de censo conocidas por nosotros, aun cuando vagas é indefinidas. El enfitéutis, que es el mas odiado por su mezcla con prestaciones feudales, no está prohibido en Francia si no llega á cien años. El consignativo se conoce en los préstamos bajo el aspecto de hipoteca de renta perpétua; y en los contratos aleatorios, como renta vitalicia. El reservativo está puesto fuera de su lugar en el tratado de los bienes muebles, donde por incidencia se dice, al calificar de tales las rentas perpétuas ó vitalicias, «que toda renta establecida perpétuamente por el precio de venta de un inmueble, ó como condicion de la cesion gratuita ú onerosa de un fundo inmueble, es esencialmente redimible; pero se permite al acreedor arreglar las cláusulas y condiciones de la redencion.»

En Cerdeña, Nápoles, Holanda, Bélgica, se conoce el enfitéutis; no tanto en Suiza. Lo comun es no pasar de cien años. En Holanda no hay tanteo; pueden pedirse mejoras por el enfitéuta, y se anula por falta de cinco pagos. Puede el dueño directo, como en Roma, concluirle á los treinta años, avisando con uno de anticipacion. En Bélgica, el mínimo es veintisiete; y el máximo noventa y nueve, no concluyendo por falta de pago. En Nápoles tiene el carácter que en España.

Tambien en todos estos países se conoce el censo consignat vo mas ca-

racterizado que bajo el aspecto de renta hipotecaria; como en Francia, en Vaud, no se permite constitucion de renta sin la garantía de un inmueble.

Lo mismo puede decirse del censo reservativo, que en Nápoles tiene tambien ese nombre, y que en ninguno de los Códigos, imitadores del francés, se ha insertado en el lugar de los muebles. En Cerdeña se conocen bajo el nombre de renta inmueble, lo mismo que en Luisiana.

TERCER SISTEMA.—GERMANISMO

En los países de Germanismo, como mas feudales, se reconoce el enfitéusis con caracteres mas pronunciados. En Austria debe ser registrado; se paga en dinero ó en frutos, y en caso de duda sobre si es arriendo hereditario ó enfitéusis, se está á la suma del censo anual y á las demás cargas. El dueño directo y el útil, por su parte, pueden disponer independientemente de sus derechos; pero el primero conserva siempre la facultad de impedir al otro un uso que dañe á la sustancia de la cosa. Si nada se ha convenido, la pension debe pagarse en la primera quincena de noviembre. No necesita licencia para la enagenacion; y no hay retracto no habiéndose conservado espresamente. Se exige laudemio. El dueño útil sufre contribuciones y cargas sobre el fundo, el directo solo sobre las del censo. El censatario reservativo solo tiene el usufructo superficial y la parte del tesoro que pudiere descubrirse en la superficie; mas todo lo subterráneo seria del censalista. La destruccion de plantas, árboles y edificios no estingue el censo reservativo, y puede reponerlo el censatario. Tambien se conoce el consignativo y la renta territorial sobre él establecida.

En Prusia se ha permitido últimamente la redencion de todos los derechos señoriales. Puede hipotecar el dueño útil sin permiso del directo; en caso de esterilidad ó siniestro puede obtenerse disminucion de la pension; y abandonando ó no pagando el enfitéuta, puede el dueño directo pedir la venta judicial.

En Inglaterra por la ley civil, cuando uno que tiene en enfitéusis un terreno, deja de pagar pension por un trienio, incurre en comiso por la accion que llaman *cessavit*. Pero siendo dificultosa, se usa mejor el remedio de *abuso* por falta de cultivo en dos años, por perjuicio al fundo ú otro semejante. El censo consignativo ya dijimos que debia ser registrado. En cuanto al reservativo, se ha dicho en varias partes que la constitucion de la propiedad inglesa la forman una série de reversiones; ya sea por la locacion, que toma caracteres de cesion de derechos dominicales, ya por las condiciones impuestas á la transmision y disfrute, ya por el origen general de la propiedad como un feudo de la corona, ó como un sub-feudo de los primeros repartidores. Por lo tanto, la *reversion* está en casi todos los puntos donde se ha hablado de propiedad, que no sea libre alodial ó *fee-simple*.

CUARTO SISTEMA.—ESLAVISMO.

En Rusia no hallamos determinado el enfitéusis: por una parte lo impedía la esclavitud, y por otra el interés de la legislacion en consolidar los derechos sobre un mismo terreno. Lo que podia calificarse de tal, eran los *arandales* ú otros terrenos tomados del gobierno ó corporaciones para reducirlos á cultivo. En punto al censo consignativo, véase lo dicho en el *Préstamo*: ya se indicó que en Servia no se admitia la rescision por lesion.

QUINTO SISTEMA.—ORIENTALISMO.

En China la mayor parte de la propiedad puede ser considerada como enfitéutica, pues cae en comiso por falta de cultivo. Pero la que propiamente lo está, es la de los príncipes de la sangre y otras personas que reciben tierras en merced. Tambien se conocen los otros censos, puesto que se prohiben en las fundaciones á favor de templos.

En la India puede considerarse como un enfitéusis la prestacion por cultivo de que hablamos en la pág. 233. Además la tierra es tenuta generalmente en una especie de enfitéusis por los *zemindar*. En cuanto á las rentas constituidas por asignacion ó reserva, no se hallan tratadas espresamente, pero sin duda se conocen como una variedad de la hipoteca, de la donacion, etc., pues se hallan algunos casos de reserva.

Entre los mahometanos, por el interés de su legislacion en prohibir todo lucro incierto bajo pretexto de impedir la ganancia ilicita, no se hallan en favor los censos; habiéndose sustituido con otras instituciones de que ya hemos hablado. Parece prohibido el enfitéusis, porque en la locacion se considera pacto ilicito dar una tierra por largo tiempo á condicion de plantar y cultivar, dejándosela al cabo de él al dueño. El consignativo solo puede constituirse por un año en casas, y por diez en tierras bajo la forma de venta en que se queda el vendedor con la cosa en arriendo, recibiendo el precio; y el reservativo cuando no le recibe.

SECCION II.

CONTRATO GUARENTIGIO PASADO.

Empeño ó prenda.

España: prenda en general. — Contiene inmuebles. — Hay casos de no entrega. — Se estiende á obligaciones. — CIVILISMO: *Francia*. — Garantía prendaria ó anticrética. — Entrega. — Deuda. — No comprende hipoteca. — GERMANISMO: tres sistemas. — *Austria* como *España*. — *Prusia*, uno misto. — *Suecia*. — *Inglaterra*. — *Anglo-américa*, solo la mueble con muchos derechos del romanismo antiguo. — *Rusia*: escrito ó inscrito. — *Servia*: comisorio. — ORIENTALISMO.

PRIMER SISTEMA.—ROMANISMO.

ESPAÑA.

En la pág. 468 se ha tratado del derecho pignoraticio é hipotecario, y ahora toca hablar del contrato por el cual se constituye, aun cuando segun