R.129.980

SALA NOVISIMO,

ó

NUEVA ILUSTRACION DEL DERECHO

REAL DE ESPAÑA.

Reducida á mejor método, corregida en muchas de sus partes, considerablemente aumentada y adicionada con un tratado nuevo de adicion y particion de herencia, y con los decretos publicados desde la Novísima Recopilacion hasta el dia, á que se han arreglado todos los tratados.

POR

DON JOAQUIN ROMERO Y GINZO,
abogado de los tribunales nacionales y sócio honorario de la academia literaria de la ciudad de Santiago.

DEDICADA

Al Sr. D. Ramon de la Sagra,
Miembro del Instituto Real de Francia, y de varias Academias Nacionales y Estrangeras.

TOMO PRIMERO.

MADRID:
Librería de García, calle de la Concepcion Gerónima.

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA SANTIAGO

MADRID:
Imprenta de D. Severiano Omaña.

PROLOGO.

Esta obra, que con título bastante conocido, presento hoy á la censura del público, estuve muy lejos de haberla emprendido con ánimo de que éste llegase á verla algun dia: ¿y qué se diria de mí si en las circunstancias en que me hallaba y hallo aun, me hubiera ocupado esta idea? ó que era muy tonto ó muy presumido. A fin de evitar esta fea nota, indispensable se hace, antes de desenvolver el plan y detalles de aquella, manifestar á qué causa y circunstancias debe su origen y su continuacion, para ver si de este modo, mis defectuosas tareas, y sobre todo mi atrevimiento hallan una racional disculpa. Preliminar es este exijido por mi delicadeza, y que una gratitud respetuosa hácia el esclarecido nombre de Sala me impone como obligacion.

No bien empezé á manejar en el curso de cuarto año de leyes (1.° de derecho español) el tan célebre institucionista, cuando acometí la empresa de comentarle, ó sea formar notas á cada uno de sus títulos, enriqueciendo su testo con las importantes noticias que los comentadores de nuestras leyes me ofrecian. Al efecto fuí venciendo en borradores un sinnúmero de adiciones y enmiendas á cada tratado; pero

sucedió, que si habia de escribir anotaciones, no formé sino borrones, no hice mas que acinar varias y diversas especies, que si me habian de ser de algun provecho era indispensable poner en limpio y coordinar de otro modo.

Empezé á hacerlo asi mediado el curso de 7.° año de leyes, pero era tanto lo que tenia que anotar al Sala, me aburrió en tales términos su falta de método que entonces conocí bien, que á pocos pasos me persuadí de que lo mejor era reformarlo en su totalidad. Muy distante estaba á la verdad de medir entonces la resbaladiza y obscura senda que me proponia recorrer, lo conocí bien despues; pero quiso la casualidad, que otra cosa no pudo haber sido, que el discurso preliminar, y los cinco primeros títulos mereciesen la aprobacion de algunos de mis compañeros, á cuya censura los sometiera. Resultado tan satisfactorio no podia dejar de desvanecer mi prevencion ya casi decidida contra la continuacion de mis tareas; y volviendo á cobrar nuevo ánimo emprendí de nuevo su curso con tal decision, que al principiar el curso de 1840 me encontré con los dos primeros libros concluidos; libros que abrazan la mas preciosa parte de nuestro derecho.

Sin embargo de la prueba á que sujeté el primer fracmento de mi obra, no creia demasiado en el mérito que aquella pareciera atribuirle · deseaba saber el valor exacto de mis trabajos, la utilidad que en mis estudios podria proporcionarme, y principalmente ponerme en disposicion de rectificar sus mas groseros errores. Hostigado por estos móviles de curiosidad é interés, no tardé en ofrecer mi obra á la consideracion de algunos amigos y dignos catedráticos de esta universidad, á quienes soy deudor (ingratitud seria en mi el no confesarlo) de gran copia de las doctrinas que encierra. Manifestacion es esta á que son justísimamente acreedores; pero no lo son á ella sola. Sin su dictámen, hijo esclusivamante del celo por mi engrandecimiento, la obra que ahora someto al público tal vez jamás hubiera salido de mi lado. Nacida en medio de mis estudios debia inspirarme el cariño de compañera; y la obscuridad de mi nombre era muy justo que la alcanzara tambien á ella. Tales eran mis propósitos: conozco bien que no estaba en el caso de infrin-

girlos: debí resistirme fuertemente á las instancias de los que encomiaron con esceso el producto de mis tareas; pero ¿quién en mi lugar no hubiera cedido á los estímulos del propio convencimiento?

Hasta aqui las razones que me obligaron á emprender esta obra, y bajo cuyas influencias fuí llegando insensiblemente hasta su publicacion: su historia en una palabra. Ahora tengo que presentar el plan, que en su confeccion he observado, y todas sus consecuencias.

El orden seguido en la colocacion de las materias es casi idéntico al de la obra del señor Sala, que en este particular se ciñó bastante á los verdaderos preceptos lógicos y didácticos; mas no asi en la organizacion especial de cada título. Nadie de cuantos le han manejado dejará de convenir en que es harto sensible en esta parte su ningun método. Presenta con lastimosa frecuencia las especies tan encapotadas, y á veces tan fuera de su lugar que solo despues de leer y releer sus títulos, y en muchos casos por mera casualidad puede tropezarse con ellas. De aqui es sin duda el dicho proverbial entre los escolares, que en Sala siempre se encuentran cosas nuevas. Por esta razon, no despreciable, he variado notablemente la distribucion de las muchas y buenas doctrinas que él presenta; y con esta sola modificacion disfrutaran ya cuantos se consagren á su estudio una ventaja de mucha cuenta; porque sin minorar en nada absolutamente el valor de la esposicion del Sala, impuse la ley tan esencial del método á todas sus páginas.

Respecto á las adiciones puedo lisonjearme de haberlo enriquecido con importantes noticias; y he aqui mi principal trabajo. Es innegable que la *Ilustracion del Derecho real de España* de aquel autor es la mejor y mas completa obra de leyes de cuantas hasta ahora se publicaron, por reunir con singular concision y sin el fárrago de doctrina de otros, lo mas interesante de nuestro derecho: no lo es menos que en muchas cosas se adelantó á su época, y que empleó grandes esfuerzos en desvirtuar el principio hasta aqui tan respetado de la observancia del derecho romano á falta de leyes patrias, y aun segun algunos, con preferencia á ellas; pero lo es tambien, que en las mas tuvo que ceder al torrente de las opiniones dominantes, muy distintas de las de hoy,

que yo he consignado con particular esmero en muchos lugares de mi obra. En prueba de esto, llamo la consideracion de mis lectores sobre algunos puntos de los títulos de patria potestad, de dotes, reservaciones y otros. No me limité á rectificar, por contemplarlo indispensable, sus opiniones en esta parte: en todos los títulos añadí mucha doctrina importante omitida por Sala, como puede verse consultando y confrontando uno por uno todos mis tratados con los antiguos de aquel; aunque con particularidad los de alimentos, gananciales, el de cosas, prescripciones, servidumbres, mejoras, adicion y particion de herencia, censos, y aun sucesiones testadas, tan reformados y aumentados que pueden decirse casi enteramente mios. Nada diré ya de su libro 3.º defectuosísimo en tal grado, que me será indispensable renovarlo en su totalidad. Pero tambien es de mi deber confesar, en justo tributo á la verdad, que en otros poco mas hice que variarles el método: tales son los de contratos, y en especial mayorazgos y retractos espuestos por el señor Sala magistralmente.

Y he aqui esplicado el motivo por qué presento mi obra bajo el título de la de este; por qué adopté su mismo nombre. Como á pesar de las reformas en su orden y de las adiciones que la hice, en su fondo es la misma de Sala, á quien copio muchísimas veces literalmente, contemplé como una usurpacion escandalosa presentar al público en nombre propio unos trabajos en la mayor parte agenos.

Por lo demas, habiendo sido mi ánimo al redactar esta obra el circunscribirme al derecho constituido y privado español, á su parte dispositiva y á la práctica de los tribunales, no me detengo en el exámen de principios de legislacion (pues estos no se comprenden en la jurisdiccion de un institucionista, por lo que no se espere verme discurrir sobre la justicia ó conveniencia de nuestras leyes) sino en presentar reglas para resolver con tino y acierto la mayor parte de las cuestiones prácticas que pueden ofrecerse en el ejercicio de la noble profesion del abogado. Tal vez se dirá que, mas que en dar reglas, me estiendo en resolver cuestiones complicadas; mas apelo al juicio de los que hayan recorrido nuestra informe legislacion: ellos dirán si son suficientes para re-

solver mil dudas los principios que puedan sacarse del descarnado testo de nuestras leyes. Para eso era preciso que estas estuviesen sólida y razonablemente fundadas; pero ¿es asi por ventura? Desgraciadamente puede asegurarse que los principios del derecho entre nosotros cambian tanto como las épocas: ideas poco ha vulgarizadas en el concepto de axiomas han caido en el descrédito, y son miradas en el dia como añejas y estrañas paradojas: verdad harto evidenciada en el caso de mi ensayo. Y segun esto ¿cómo es posible dar una idea, no diré ya cabal y perfecta, pero ni aun mediana de lo que es necesario saber en el derecho español sin entrar en infinidad de cuestiones? ¿En ese derecho, entre cuyas leyes, como formadas en tan diversos tiempos, y cuando faltaba el criterio, la sencillez y el espíritu organizador que caracterizan al presente, apenas se encuentra una que no sea obscura y dudosa? Consúltense con reflexion la mayor parte de los tratados de esta obra, y sobre todos el de mejoras, y se obtendrá una prueba demasiado demostrativa de mis aserciones.

En todas las opiniones nuevas que he adoptado, tuve la debida consideracion á los comentadores, y á lo mucho apreciable que de gran parte de ellos y de otros modernos tomé prestado, haciendo las correspondientes citas á fin de que nadie pueda tacharme de plagiario.

En lo demas no me ha sido dado mirar tan desdeñosamente como aquellos en tantos de sus escritos el espíritu y literal de nuestras leyes; puedo por el contrario gloriarme de que la ley ha sido mi única inspiracion, mi solo ídolo. Asi es que al paso que discurro sobre las cuestiones mas prácticas agitadas hasta el dia, las presento desnudas del fárrago de doctrinas ya del derecho romano, ya mas estrañas aun conque las ocultaron nuestros comentadores.

Por ceñirme tan estrictamente á la ley, acaso habré perjudicado la hermosura y amenidad del lenguaje: nada me importa: mi principal objeto ha sido la mejor y mas bien dirigida instruccion; y esta de ningun modo puede conseguirse mejor que sujetándose á la letra de la ley, y aun fijando en la memoria su literal contesto.

BREVE RESUMEN HISTORICO-CRITICO

DE

nuestros Códigos, y su autoridad.

Demasiado sabidos son los grandiosos acontecimientos, que á principios del siglo V precipitaron la ruina del coloso imperial, elevado con tan nunca vista gloria por el genio romano. Escisiones y hechos anteriores hicieran ya ladearle no poco; entre ellos cabe una no pequeña parte á la fundacion de Constantinopla. Así es, que el que unido y compacto, cual lo estaba antes, hubiera disipado con bien pequeño esfuerzo los nubarrones, que formados de los hielos del Norte se esplayaran por el mediodia europeo, se vió forzado á sucumbir amagado por su peso. Dos veces saqueada su capital, hollado el soberbio capitolio en la primera mitad del mismo siglo por dos bravos caudillos, bien se echa de ver qué tal paradas andarian sus provincias. No es de nuestro objeto pintar su cuadro desolado: baste decir que nuestra España fue una de las muchas en que la devastacion se detuvo á fijar su asiento. Presa primero de los Suevos, Vándalos y Alanos, muy luego tuvieron estos bárbaros que ceder el terreno á otros mas afortunados, que peleando á la vez con ellos y con los romanos, pudieron al fin gloriarse de dar reyes á la bella Iberia, de hacerla nacion suya, y de adoptar su nombre. Mis lectores ya vendrán en conocimiento de que hablo de los Godos, de la nacion mas nombrada entre las procedentes del norte. Circunscribiéndome, cual debo, nada mas diré de sus hechos y conquistas, sino que muerto, despues de entrada y saqueada Roma, Alarico, príncipe que los acaudillara desde su salida de las bocas del Danubio, le sucedió en la corona y mandó su cuñado Ataulfo. Este por los años de 410 dirigió á España sus huestes vencedoras, y tomadas varias ciudades, entre ellas Barcelona, echó los fundamentos de la monarquía, que duró hasta nuestros dias, y de que que fue primer rey.

Viniendo á nuestro asunto debo decir, que tanto bajo él como bajo varios de sus sucesores no aparece código que dirijiese los asuntos é intereses de su nacion, pudiendo tan solo asegurarse con algun fundamento que se gobernaban por usos y costumbres antiguas y por leyes no escritas. Eurico, que reinó por los años de 467 á 79, fue el primero que les dió leyes por escrito, segun afirman con san Isidoro los señores Marina, *lib.* **1.** *de su Ensayo*, *núm.* 29, y Lardizabal, *Discurso al Fuero Juzgo*, *cap.* 2. El primero, *lugar citado*, parece quiere dar á Alarico, su hijo y sucesor en 479, la gloria de legislador de los godos, y tal que él les formó el código, que las ocupaciones no le permitieran ordenar á su padre, fundando su asercion de que este no lo formó, en que á haberlo hecho, sin duda que su hijo no hubiera emprendido otro nuevo. Por el contrario el señor Lardizabal, *dicho cap.* 2.º, sostiene que Alarico no se debe llamar de ningun modo legislador de los godos sino de los romanos, quienes siguiendo con repugnancia la legislacion ordenada por Eurico, le dieron el motivo que Mariana aparenta ignorar, para publicar su código. Llamose este código, y sea dicho de paso, dado por Alarico, Aniano, por haberle refrendado el canciller de este nombre, y fue compuesto de los Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano. Funda su opinion el señor Lardizabal en que mal se puede llamar legislador godo el que desatendidas sus leyes solo compila las estrañas; y en la autoridad de san Isidoro, que hablando de los legisladores godos dice haber sido Eurico el primero que les dió leyes por escrito, y sin mentar á Alarico, asienta que Leovigildo las dió una reforma y añadió muchas que Eurico dejara de poner. Y aqui debo advertir, que de estas últimas palabras saca un argumento para probar lo que afirmamos antes, que con anterioridad á Eurico, habia y se gobernaban los godos por leyes no escritas. A no ser asi ¿con qué propiedad dice el santo que añadió Leovigildo muchas que aquel dejara de poner? Tenemos pues, reasumiendo, que Eurico fué el primero que dió á la nacion godo-española leyes por escrito; pero no su primer legislador. Seguramente que á ser asi, no se le hubiera pasado á san Isidoro el decirlo en honor de su nacion, cuando habla de los de otros pueblos. Que Alarico, su hijo, publicó el llamado código Ania-

no, sin que segun el señor Lardizabal merezca el dictado de legislador godo y que Leovigildo reformó y añadió las dadas por Eurico.

A Recaredo quiere tambien el señor Marina, *núm.* 33, contar entre los autores de leyes godas, dilatándose en probarlo y sostenerlo con empeño en los números siguientes. Me guardaré bien de juzgar sus razones, ni contradecir su opinion. Debo sí decir, que el señor Lardizabal al fin del *cap.* 2.° *y principio del* 3.°, afirma no se debe contar entre los legisladores godos. Lo funda en la misma autoridad, pues al mismo tiempo que el santo refiere varias mutaciones hechas por él en el gobierno, luego que sucedió á su padre, nada dice de sus leyes; silencio tanto mas notable, cuanto aun sin esta ocasion merecia, que una gloria atribuida á sus antecesores, no la pasase por alto al contar las del primer príncipe católico. Con respecto á las leyes que en el códice Emilianense y Pireo, y Lindembrogio le atribuyen, afirma que los demas códices ponen por sus autores á Chindasvinto y Recesvinto.

Estos dos son los principales reyes de quienes puede afirmarse ó conjeturarse concurriesen á la formacion de las leyes de que se compone el Fuero Juzgo. Este código contado por el primero nacional, pues el de Alarico ya vimos no merece este nombre, y las leyes de Eurico y Leovigildo tal vez nunca existieron en forma de tal, debe su primera forma y compilacion á Chindasvinto, que reinó á mediados del siglo VII. Publicado por él con prohibicion de usar otras leyes en todo su reino, lo confirmó repitiendo la misma prohibicion su hijo Recesvinto, reformando algunas leyes antiguas y publicando otras nuevas.

Por el año de 680 entró á reinar por abdicacion de Wamba, Ervigio, quien al segundo año de su reinado publicó nuevamente el código, considerablemente alterado, y con varias leyes nuevas. *Marina del núm.* 36 *al* 39, *lib.* 1.°

Su sucesor Egica, calificando de injusta novedad su conducta, proyectó nueva compilacion legal, cuya formacion encargó á los padres del concilio 16 de Toledo: encargo que no tuvo efecto en opinion del citado señor Marina, *número* 40. Es lástima no esfuerce mas los fundamentos que le movieron á decir, es la de Ervigio y no la de Egica la co-

leccion que hoy tenemos, en contra de lo que aparece por sus palabras al concilio 16, por sus leyes que en ella se hallan incluidas, y de lo que dice el señor Lardizabal, *cap.* 4, *párrafo* 7.

No son estos los únicos puntos de divergencia de estos dos ilustres escritores. Asienta el señor Marina, *núm.* 35, *libro d.*, que las mas de las leyes de este código son romanas, tomadas del Aniano, Teodosiano y Justinianéo, al paso que el señor Lardizabal las divide en cuatro clases; *introduccion al dicho discurso*; unas que fueron hechas en los concilios, en que aparece tener alguna parte el pueblo: otras que se llaman antiguas, y dice fueron trasladadas del código Aniano, segun se deja ver por su contesto literal y por algunas del Fuero Juzgo que lo dicen: otras que no tienen nombre de autor, y afirma ser tomadas, ya de las antiguas costumbres, ó ya de los reyes anteriores; y finalmente, otras que son las mas, son obra de los príncipes solos, quienes prueba, *pág.* 6, contra Masdeu gozaban de autoridad legislativa, independientemente de la confirmacion de los concilios.

Tal es en breve la historia de nuestro tan nombrado Fuero Juzgo, publicado por la vez primera, mediado el siglo VII, por Chindasvinto, reformado, y añadido sucesivamente por Recesvinto y Ervigio, y últimamente, segun opinion del señor Lardizabal, por Egica; y compuesto de las varias clases de leyes que hemos visto.

De su autoridad debemos decir, que la gozó general hasta las fatales circunstancias, en que á principios del siglo VIII se vieron envueltos los españoles. Desde entonces enteramente entregados á la conquista, y faenas bélicas, la política y la jurisprudencia se resintieron del abandono que hizo desaparecer las mas de las ciencias del suelo peninsular. Con todo, por los testimonios que cita el señor Marina, *últimos números del lib.* 1.°, se vé que varios reyes cuidaron de hacer revivir su autoridad en varios pueblos; pero no puede asegurarse fuese publicado como código general de la nacion en la época de que hablamos. Por el contrario, eclipsada, y si puede decirse así dividida su autoridad por la de tantos Fueros particulares como entonces se dieron, no tuvo mas que cada uno de estos; es decir, se observó como código particular en aquellos pueblos á que fue dado.

He mentado la autoridad de los Fueros particulares, y como esta palabra tiene tan varias acepciones, será muy del caso fijar la en que la tomamos aquí. Con este fin diré con el señor Marina, *primeros números del lib.* 4.°, que la palabra Fuero muchas veces equivale á uso y costumbre. Otras es lo mismo que carta de privilegio, ó instrumento de exencion de gavelas ó concesion de gracias, franquezas y libertades. Se ha dado tambien el mismo nombre á las cartas pueblas, escrituras de poblacion y pactos anejos á ellas. Pero al tratar de ellos en la historia de nuestros códigos, solo se habla de los que propiamente merecen el nombre de Fueros, ó cuadernos legales de las cartas espedidas por los reyes ó por los señores territoriales, en que se contienen ordenanzas, leyes civiles y criminales.

Han sido muchos y muy varios los que á un mismo tiempo regian en las diferentes ciudades del reino por los siglos XI, XII y siguientes, en cuya historia, mas curiosa que importante, no entro, porque puede verse en el autor citado. Y así omitiendo el de Nágera, dado por don Sancho el Mayor de Navarra, y confirmado en 1076 por Alonso VI á los de Sepúlveda y Sahagun, dados por este mismo á los de Toledo, Cuenca y demas dados por don Alonso VII, que reinó á los principios del siglo XII, con otros varios de diferentes reyes, me limito á decir que el primero que se conoce es el dado á Leon en el año de 1020 por don Alonso V, que consta de treinta hermosas leyes. En cuanto á los demas, solo hablaré de los dos mas nombrados, el dado en Nágera por don Alonso VII, que se llamó de los Fijos dalgo, Fazañas y Albedrios, y el Fuero Viejo de Castilla, compilado por don Alonso VIII.

Es mucha la confusion con que de estos fueros hablan los autores. Véase sino el apéndice del Gomez Negro, los señores Aso y Manuel, en sus discursos al Fuero Viejo y Ordenamiento de Alcalá, y aun el Llamas Molina, *comentario á la ley* 1.ª *de Toro*, confusion advertida y puesta en claro por el citado señor Marina. De sus *últimos números del libro* 4.° y con mas claridad aun del índice que pone al fin del 2.° tomo, bajo el nombre «Nágera», se infiere que el Fuero Viejo de Castilla fue mandado compilar ó compilado por don Alonso VIII, y publicado por el rey don Pe-

dro, que se llamó tambien, núm. 52, fuero de las Fazañas y Albedríos, pero que realmente es distinto del conocido bajo este nombre. Este, que segun sienta, *núms.* 48 y 49, fue el primero general en Castilla despues del Fuero Juzgo, le publicó en las córtes de Nágera, en el primer tercio del siglo XI, don Sancho el mayor de Navarra, le confirmó luego don Alonso VI, y últimamente su hijo don Alonso VII, el emperador, en las nuevas córtes de Nágera de 1136, le dió la generalidad que gozó en Castilla bajo los títulos de fuero de Fijos-dalgo, Fazañas y Albedríos. Se le dieron estos nombres por la facultad que daba á las partes contendientes, de ser juzgadas por jueces árbitros ó compromisarios: cuyas sentencias, cuando eran dadas por personas señaladas, en causas graves y de entidad, se llamaban fazañas, y eran miradas con respeto, y como modelos para lo sucesivo. Tal es en resumen la historia de estos dos cuerpos legales, que el Marina aclara en el sitio citado del índice, y cuyo conocimiento es importantísimo para diferenciar el que quieren llamar Fuero Viejo, y verdaderamente es el de los Fijos-dalgo inserto en el ordenamiento de Alcalá, del verdadero Fuero Viejo publicado por el rey don Pedro.

Fácil es suponer cuan confusos y envueltos se verian los tribunales con legislacion tan varia, tan disforme y complicada. El mal era grande y su enormidad oponia tales obstáculos á un pronto y eficaz remedio, que no fueron bastantes á superarlos los deseos ardientes, que es bien sabido ocuparon la grande alma de san Fernando, por dar este nuevo impulso á la prosperidad de sus pueblos. Demasiadamente ocupado con la guerra, que sostuvo con tanta gloria, pudo tan solo ayudar á preparar los materiales de la grande obra, que por sobrevenir la muerte tuvo que encomendar á la sabiduría de su hijo, segun sienta Marina, núm. 17 *del lib.* 7.º sin que falte quien lo contradiga, como se ve en Llamas Molina, á la *ley* 1.ª *de Toro*, y en Gomez Negro, *apéndice dicho.*

Afortunadamente no hay uno que se oponga á conceder la gloria de emprendedor, y perfeccionador de los tan nombrados códigos el Fuero Real y siete Partidas á su hijo Alonso X, llamado el sábio. Animado por los encargos estrechos de su padre, y por lo que su penetracion le enseñaba, no

cesó de trabajar en el discurso de su reinado en obras literarias de todas clases, pero mas principalmente de Jurisprudencia. Los libros del Especulo, Fuero Real, Partidas, y demas que pueden verse en el señor Marina, discurso preliminar al ensayo histórico crítico, á el deben su origen y perfeccion. Concluido y dado á algunos pueblos el Especulo, no tardó en ver la luz pública el Fuero Real, llamado tambien Fuero de las Leyes. Mucho se ha agitado la autoridad de este código; pero me abstendré de entrar por ahora en la cuestion, por no cortar el hilo de la historia. Debo sí decir, con el señor Marina, *núm.* 27 *y* 28 *lib.* 7. que aunque parece quiso el monarca fuese general, ni se usó ni fue admitido en muchísimas partes como código general, ni aun publicado como tal. Solo sí consta, que el soberano le concedió sucesivamente á algunas ciudades, como Valladolid, Burgos, Sevilla, Alarcon y Estremadura. Opinion idéntica á la del Gomez Negro, *apéndice á los Elementos de práctica.*

Concluido el Fuero Real en Valladolid á 24 de junio de 1255, segun sienta Llamas Molina, *ley 1.*, en el dia 23 del mismo mes del año siguiente, víspera de san Juan Bautista, como dice el mismo rey en su prólogo, dió principio á la grande obra de las Siete Partidas, que tardó en acabarse siete años completos, pues se le dió fin en igual dia de 1263. Se ignora el lugar en donde se concluyeron, y qué autores intervinieron en su formacion, bien que á juzgar por conjeturas, puede señalarse aquel en Sevilla, Llamas, *sitio cit.*, y por los últimos á los jurisconsultos maestro Jacobo, maestro Roldan y Fernando Martinez, que se sabe florecieron en aquella época, Marina, *últimos núms. del lib.* 7.

Tanto sobre todos estos puntos como acerca del tiempo de su publicacion, son interminables las disputas que, mas curiosas que útiles, agitan los eruditos, como puede verse en Llamas, Molina y Gomez Negro, que pretenden no se publicaron las Partidas hasta las córtes de Alcalá de 1348, y en el señor Marina, que sostiene lo hizo el rey sábio. *Lib.* 10, *núms* 11 y 12. En este último puede asimismo verse, *libs.* 8 y 9, su juicio crítico. Al hablar de la de los demas códigos, me reservo tratar de su autoridad legislativa, única cuestion de interés vital para los que piensan consagrarse al foro. Enton-

ces lo haré igualmente de las llamadas leyes del estilo. ¿Quién lo creyera? Casi fue inutil todo el gran trabajo, que por mejorar la administracion de justicia en sus pueblos se tomara el rey sábio. Al menos durante algunas generaciones, si alguna influencia ejercieron sus códigos en el foro español, fue tan solo sobre algunos magistrados curiosos que se dedicaron á estudiarlos y aun pugnaron por plantearlos. Pero todo fue en vano; ¡tanto puede en los pueblos y tan difícil es de desarraigarles un hábito bueno ó malo! ¡Tanta es la firmeza del carácter español! Siguieron, pues, cual antes rigiendo los mismos códigos: la España vió correr casi un siglo desde la conclusion de los de Alonso X, y con ellos los mismos abusos; la legislacion igualmente informe. ¡Y ojalá no corriera asi mas que aquel siglo! Con todo, á Alonso XI, si bien es muy cierta la sensible verdad de que nada ha conseguido, forzoso es confesarlo, y reconocer en él los mejores deseos de reformarla en su totalidad. Con este objeto reunió córtes en Alcalá, y en ellas dió á sus pueblos en el año de 1348, el primer código general, que rigió como tal en España, despues del Fuero Juzgo, bajo el nombre de ordenamiento de Alcalá. En su tomo 32 se halla refundido y apropiado el Fuero de los Fijos-dalgo, publicado segun queda espuesto, en las córtes de Nágera de 1196 por don Alonso VII, el emperador, y aunque algunos le llamaron Fuero Viejo, entre otros el Gomez Negro, confundiéndole con el dado por Alonso VIII, y publicado por don Pedro, dicho queda, cómo el señor Marina los distingue. Y en todo caso, que sea ó deje de ser uno mismo el que goza de autoridad general, la misma que lo demas del ordenamiento, es el que se halla puesto por don Alonso XI, y refundido en el tomo 32. De modo que colocado allí, goza autoridad, no como Fuero de los Fijos-dalgo, ó Fuero Viejo, sino como autorizado y apropiado, si asi decirse puede, por don Alonso, al formar el ordenamiento.

Despues de publicar este, pensaba su infatigable autor poner la mano á otras obras, pero una muerte temprana cortó con su vida la serie de sus trabajos. Sus sucesores, hasta los reyes católicos, sin pensar en emprender otros nuevos, ocupados en divisiones intestinas, se limitaron alguno que otro, á compilar los códigos formados por sus antecesores.

No asi los por siempre inmortales don Fernando y doña Isabel. El espíritu de reforma y engrandecimiento, que agitando sus grandes almas, cundió á todas las clases del saber, para elevarles al grado de perfeccion que distinguió nuestro siglo XVI, el siglo de oro de nuestras ciencias, no miró con desden el tan importante de la jurisprudencia. En efecto, antes de emprender la formacion de las 83 leyes, que tanto les honran, ya cuidaron de encargar la formacion de un código general y uniforme al doctor don Alonso Diaz de Montalvo, quien descollara ya en sus reinados anteriores, por su eminente saber y obras literarias, y á quien ellos distinguieron con el importante cargo de consejero. No tardó este en tener su obra corriente, y en 1485 la publicó por primera vez en Zamora, bajo el título de ordenanzas reales de Castilla, por las que primeramente se deben librar los pleitos civiles y criminales. Las cuestiones agitadas sobre la autoridad de esta obra son fuertísimas, y pueden reducirse á estas dos. Primera: si Montalvo las compiló de órden de los reyes católicos. Segunda: si estos las autorizaron y quisieron se observasen como ley. Los señores Aso y Manuel, *discurso preliminar al ordenamiento*, están por la negativa y pretenden apoyarla; y por la afirmativa he visto á los señores Marina, *lib.* **11**. *núm.* 5 Gomez Negro, *lug. cit.*, y Llamas Molina á la *ley.* **1.ª** *de Toro.* El fundamento principal de los primeros es que no vemos en las dichas ordenanzas, ni en otra parte un testimonio auténtico, que acredite los dos particulares sobre que versa la cuestion, sino el dicho de Montalvo de habérselas mandado formar; que aun dado esto por cierto, no es bastante para decir las autorizasen, pues va mucho de mandarlas compilar á mandar se tuviesen por leyes. Establecida bajo su verdadero punto de vista la dificultad aducida contra la autoridad de las ordenanzas, será bien proceder por partes al presentar las respuestas de los contrarios. Entrando pues en materia, ¿emprendió, pregunto, el señor Montalvo su trabajo de órden real? Él así lo dice en el prólogo á su libro; é increible parece se haya puesto en duda. ¿Cabe mentir tan audazmente en un magistrado tan respetable? ¿Cabe en un consejero de Fernando é Isabel abuso tan marcado de la confianza y de los favores de sus amos? ¿Quien aun superficialmente informado del carácter y conducta de

estos reyes y de su córte, desconoce la imposibilidad no solo de que circulase, pero ni aun de que se imprimiese un código suplantado? Que llegase á citarse en el foro y á servir de norma y epacta á los magistrados y jueces en sus decisiones? Particulares son estos claros á todas luces, y nadie, repito, que haya saludado nuestra historia podrá desconocer la fuerza que encierran. Convéngase, pues, en que prueban victoriosamente que el señor Montalvo, lleno de imperdurable gloria, no necesitaba arbitrar medios rastreros para elevar su nombre. ¡Pasion baja, impropia, diré mejor, inconcebible en ningun hombre de estado! Evidenciado que las Ordenanzas Reales fueron formadas de órden superior, entremos en la cuestion de si vieron la luz pública por la misma; mas claro, si fueron publicadas, para que como verdaderas leyes arreglaran á ellas los magistrados sus decisiones ¿Y quien no ve que las reflexiones anteriores prueban con la misma fuerza esta proposicion? El señor Montalvo asegura habersele ordenado compilara un código que rigiera universalmente en la monarquía, y en cumplimiento de este proyecto le compone y publica como tal; ¿qué le faltará pues, para gozar de fuerza y autoridad publica? La sancion real se dirá. Pero ¿cuantas sanciones le habian de dar los reyes? en el mero hecho de dar órden á su consejero para que lo hiciera de ver que en efecto la llevára á cabo, y que en virtud de ella le publica bajo el título que se ha dicho, y que con él se cita en los tribunales, ¿no lo sancionaron ya competentemente? ¿ó era necesario dijesen: el código compilado y publicado de nuestro mandato, sépase que fue hecho de nuestro mandato? Tal vez no faltará quien quiera poner en duda que los reyes supiesen de su publicacion y de la fuerza que se daba á sus decisiones; pero á esto satisfaré repitiendo lo dicho arriba: que es moralmente imposible esto, atendido el carácter de Fernando é Isabel, el de su córte y atendidas las luces que ilustraron su glorioso reinado. No es menos cierto que dirigió la conducta de los que se dedicaban al foro, como lo prueban los señores Marina y Gomez Negro, sin que por un largo siglo pareciese quien lo pusiese en duda. Concluyamos pues, con los mismos, que las ordenanzas de Castilla fueron hechas y publicadas con real autoridad, pues basta lo asegure el señor Montalvo al

publicarlas en 1485 á vista de unos reyes tan celosos de su autoridad, como los católicos, y que los jurisconsulos citasen y comentasen sus leyes, sin que por espacio de un siglo atacase nadie su autoridad.

A pesar de aparecer este nuevo código, no por eso se disipó la confusion que oscurecia los tribunales: así es, que estuvo muy lejos de tranquilizarse sobre este punto el sensible corazon de la reina, como se ve por los encargos que en su testamento hace á su marido, ni los ánimos de los pueblos. Estos en las córtes tenidas en Toledo en 1502, para jurar por princesa de Castilla á doña Juana, suplicaron á sus soberanos pusiesen nueva mano á la legislacion. No desoyeron estos su voz, y resultaron en su consecuencia las 83 leyes dichas de Toro, por haber sido publicadas en esta ciudad. Ignórase el sitio de su formacion, por haber mudado la córte de mansion repetidas veces desde el dicho año de 502 hasta que se publicaron, y por callarlo la pragmática espedida al darlas en Toro, en donde constan todos estos particulares. Parece sí indudable, se hicieron en el tiempo que medió entre dichas córtes de Toledo, y la muerte de doña Isabel en Medina del Campo, en 26 de noviembre de 1504, pues consta se hicieron en virtud de lo pasado en Toledo: consta igualmente por la pragmática, que las hicieron los dos reyes padres; sale pues forzosamente se formaron en el tiempo que medió entre estas dos épocas. En las córtes habidas en Toro en 7 de marzo de 1505 para jurar por reina de Castilla á doña Juana, nada mas se hizo que publicarlas en su nombre. Digo en su nombre, pues ella estaba en Flandes, como lo indica la misma pragmática de su publicacion, que por este motivo está firmada por solo su padre. Llamas Molina, al hablar de ella.

Nadie hay, por poco instruido que esté de nuestro derecho, que no sepa que las leyes de Toro encierran los principios mas cardinales de nuestra legislacion, y que tal vez son las redactadas con mas órden. Pero ¿qué de ahí? ¿la tenemos ya ordenada? Lejos de eso. El tercer sucesor de los reyes católicos tiene ya que ponerla nueva mano, necesaria verdaderamente, y ojalá que necesidad tan imperiosa hubiera sido remediada! Cuatro fueron los magistrados que de órden del señor don Felipe II trabajaron sucesivamente

en la compilacion del nuevo código. Fue nombrado primero, el doctor Pedro Lopez de Alcocer, por su muerte el doctor Escudero, y por la de éste, el licenciado Pedro Lopez de Arrieta. Por fin le puso la última mano el licenciado Bartolomé de Atienza, y concluida la presentó al mismo don Felipe II, quien la mandó publicar, autorizándola por su pragmática de 1567, con el título de nueva Recopilacion. Posteriormente fueron saliendo varias providencias del consejo, puestas en coleccion bajo la denominacion de autos acordados, y aprobadas por los reyes forman como una segunda parte de la nueva Recopilacion, en que se sigue el mismo órden de libros.

Fueron varias las ediciones que se hicieron de ella en distintas épocas, hasta que encargado en 1804 por el señor don Cárlos IV de hacer una nueva, don Juan Reguera Valdelomar, inspiró al monarca la idea de darla nueva forma, que este adoptó. Puesto á su empresa, no tardó en concluirla, y en 1808 vió la España el nuevo código titulado Novísima Recopilacion, compuesto de doce libros, los que se dividen en títulos, y estos en leyes; código si cabe mas informe que la nueva Recopilacion que trató de enmendar, mas propio de la edad media que del siglo XIX. Desde el año de 805 continuaron saliendo infinidad de decretos y pragmáticas, que formaron una nueva y muy principal parte de nuestro derecho, máxime si se atiende al feliz cambio que sufrió la opinion, al desarrollo de luces y al progreso que distingue la actual época. ¿Y cómo dejará el foro de caminar á la par con las instituciones? No puede menos. Asi las circunstancias, los sagrados derechos de la justicia, la opinion tan decididamente pronunciada reclaman con imperio que ese código que se dice ya formado, salga cuanto antes á disipar las densas nubes que el choque de las luces con las tinieblas produce en el foro. Me prometo no tardará: este contraste, que tanto resalta entre la legislacion antigua, esa legislacion añeja, anticuada, y los nuevos principios, no pueden durar. Entonces podreis ¡ó jóvenes! cuyo espíritu no esté contaminado con ranciedades inútiles é insulsas, emplear con provecho un tiempo precioso, que los que os precedieron perdimos enteramente ocupados en profundizar un caos insondable. Tiempo de que no nos quedarán mas que tristes y do-

lorosos recuerdos de los frecuentes quebrantos de cabeza ocasionados por otros no menores de nuestros mayores. Tengo que implorar la indulgencia de mis lectores por esta digresion en que sin sentir fui entrando.

Reasumiendo todo lo dicho, pondré fin á este brevísimo resúmen de la historia de nuestro derecho, con las siguientes proposiciones. 1.ª El primero que dió leyes por escrito á España fue Eurico, que reinó por los años de 467, aunque no fue su primer legislador. Entre estos se cuenta á Leovigildo, que lo hizo por los de 572, gloria que el señor Marina quiere dar á su hijo Recaredo. 2.ª El primer código nacional general fue el Fuero Juzgo, compuesto por Chindasvinto, Recesvinto y Ervigio, con algunas leyes de Egica, que reinaron en la última mitad del siglo VII. Es cuestionable si es la de Egica ó la de Ervigio la compilacion que hoy existe. Las cuatro clases de leyes de que se compone véanse en su lugar. 3.ª Caida España en el sarraceno yugo en mucho tiempo solo se pensó en conquistas, y en dar á los pueblos fueros particulares. De estos el mas antiguo que se conoce es el dado en 1020 á Leon, por don Alonso V. 4.ª El Fuero de los Fijos-dalgo dado en las cortes de Nágera por Alonso VII es distinto del verdadero Fuero viejo compilado por Alonso VIII. Y aquí debo apuntar una especie curiosa que se me pasó al hablar de éste. En las cortes tenidas por él en Burgos en 1169 se ve el primer ejemplo de tener en ellas representacion el elemento popular. Las de Leon de 1188 y 89, y las de Benavente de 1202, celebradas por su hijo Alonso IX, ofrecen un caso igual; con la particularidad de que en estas últimas se estableció la ley tan famosa de amortizacion. Marina, *núm.* 129. 5.ª En 1255 publicó don Alonso el sabio el Fuero real: en víspera de san Juan del año de 56 empezó las Partidas, y las concluyó en igual dia de 1263, ignorándose el pueblo en que se hicieron, y si las publicó él mismo. 6.ª En 1348 publicó Alonso XI el ordenamiento de Alcalá, y trasladó á su tomo 32, el Fuero dado en Nágera por Alonso VII. 7.ª Despues de estas leyes, primera compilacion que rigió universalmente desde el Fuero Juzgo, el primer código general que salió fueron las Ordenanzas reales de Castilla, segun la opinion mas probable. 8.ª A estas siguieron las leyes de Toro en 1505,

luego la nueva Recopilacion en 1567, reinando don Felipe II, los autos acordados, y por último la Novísima, en 1805.

Concluida la historia de nuestros códigos paso á hablar de su autoridad y de las cuestiones que sobre ella se agitan, tan vitales para cuantos se dedican al derecho. Entro en materia sentando la siguiente proposicion, comprensiva de la de todos. «Tienen la primera autoridad las últimas leyes, y pragmáticas, luego los cuerpos legislativos de la Novísima Recopilacion; las leyes de Toro; ordenanzas reales de Castilla; el ordenamiento real de Alcalá; las Partidas; y últimamente los Fueros, Juzgo, Real y demas particulares en cuanto á aquellas leyes que estuviesen en uso. Tal es el orden conque nuestros cuerpos legales gozan de autoridad legislativa, fundado en el tan sabido principio de que la ley posterior deroga la anterior. Sentada la proposicion, estoy en el caso de examinarla, y probarla en cada una de sus partes. Omitiré hablar de las leyes posteriores á la Novísima y de esta, puesto que nadie entra en dudas respecto á ellas, pero por la razon contraria debo decir algo de la nueva Recopilacion. Casi no sé en que fundan su opinion los que voy á rebatir en este punto, pues si examino la pragmática del señor don Cárlos IV que obra al frente de la Novísima, y que no dejó de presentárseme como un argumento que echa por tierra la fuerza de las leyes del código de Felipe II, bien poco ó nada encuentro en ellas alusivo al asunto: si registro los demas títulos de sus libros, me sucede lo mismo. Bien fácil me sería probar cuan poco conduce para el argumento que con ella pretende hacerse, la pragmática, refiriendo y contestando parte de sus páginas. Pero contemplo por demas ocupar tiempo y papel en ello, pues con su simple lectura, y con lo que voy á decir contemplo pulverizado su argumento. Se dirá tambien, que publicado un código los demas deben revocarse, máxime cuando en aquel se refundieron las principales leyes de estos. Convenido; asi debia ser; pero ¿qué de ahi? ¿Se hizo? Yo no sé de ley que tal disponga: y si hemos de decidir por lo que es de hacer, entonces no ataquemos solo la autoridad de la nueva Recopilacion, sino tambien la de las leyes de Toro, Ordenamiento, Partidas etc. Mas tan lejos estuvo de hacerse, que por el contrario la *ley 10, tomo 2, lib 3 Nov.* dispone se observen las de la nue-

va, que no esten derogadas; y he aqui el principal fundamento en que me apoyo al sostener subsiste vigente la nueva Recopilacion: fundamento delante el cual nada son ni las espresiones oscuras de la pragmática, ni las razones de congruencia.

Despues de la nueva, coloqué las leyes de Toro, que verdaderamente debian estar derogadas, si la máxima dicha antes hubiera sido en España atendida cual debiera; pero ya vimos no se hizo ni se está en el caso de hacerlo con ningun cuerpo legal particular, sopena de tropezar con el escollo indicado.

Siguen á las leyes de Toro las Ordenanzas reales de Castilla hechas por Montalvo, cuya autoridad queda á mi ver competentemente probada. Todo el que, despuesto espíritu contradictorio, considere que Montalvo asegura las hizo de orden real; que en 1485 las publicó primitivamente en Zamora Andrés Centenara con el título de Ordenanzas reales de Castilla, por las que primeramente se deben librar los pleitos civiles y criminales, y que bajo el mismo se publicaron en su vida hasta tres veces, no podrá dejar de asentir á esta verdad. ¿Cómo reyes tan celosos de su autoridad como los católicos, permiten circular y tomar fuerza legislativa una compilacion que no sancionaron, y lo que es mas aun, que mentidamente se diga hecha, y publicada en su nombre? ¿Cómo no levantan el grito sus sabios y celosos ministros? ¿los sabios magistrados de su tiempo? Nada de esto se hizo: por el contrario. Dejarán pues, de tener observancia solo por hallarse derogadas: mas lejos de eso, está prescrita su observancia en la *ley* 1.ª *de Toro*, que es la 3, *tomo* 2, *lib.* 3, *Nov. Rec.*, en que dicen los reyes católicos se observen las pragmáticas y Ordenamientos hechos por ellos, y de consiguiente el de las ordenanzas reales de Castilla. Un moderno, el señor Hernandez de la Rua, pretende que por ordenamientos y pragmáticas entienden las mismas 83 leyes que publican. Prescindiendo de que esta salida de suyo se ve es mas especiosa que sólida, se convence hablaban de otras distintas, por el párrafo en que dicen al fin de *dicha ley* 1.ª hablando de la autoridad de los intérpretes, que por unas Ordenanzas hechas en Madrid dieran fuerza á la de Bartolo, Baldo y otros, *las que revocaban en esta parte*. Nótense bien

estas palabras. Luego en lo demas las dejais en observancia, y en la ley hablais de otras distintas de las 83 leyes, que en el acto estais compilando.

No ocurriendo cuestion acerca del ordenamiento de Alcalá en el orden que se ha puesto, entro en la de si deben seguir á este las Partidas. Indudablemente que sí, y creeré no disienta nadie de esto atendida la *ley 3 cit. de la Novisima Recopilacion*, que arregla el orden de los códigos. Solo si me estraña que se llame universalmente código supletorio á este que tanta ayuda presta á las decisiones forenses. Confieso que para mí es esta espresion algo vaga y no muy significativa. Porque ¿en qué sentido se dirá esto? si se quiere significar que solo deben observarse despues del ordenamiento etc., en igual caso están los demas códigos respectivamente: sí que á falta de leyes de los fueros, esto es ageno de verdad, pues son sus leyes preferidas, si aquellas no estuvieren en uso; ¿qué quieren luego indicar con su espresion de código supletorio? No lo veo; encuentro sí muchos motivos para afirmar son un cuerpo de leyes tan general como el que mas, acaso diria mejor, mas que ninguno, bien que por su orden.

Algunos, y estoy en otra parte de mi proposicion, quieren especialmente anteponer á las Partidas el Fuero real, por considerarlo fuero general. Tal es la opinion del señor Sala en su discurso, que precede á las instituciones. Respetaré siempre las opiniones de un autor á quien tanto debo; pero en este caso no supongo me culpe nadie por seguir al señor Marina, que en los números 27 *y* 28, *lib.* 7, *cit.*, convence de que nunca fue publicado como tal, á que se agrega el que la *ley* **1.ª** *de Toro* le considera como particular. Cierto es que pueden aplicarse á uno y otro sentido sus palabras, mas siendo esta sacada y copiada de *la ley* **1.ª**, *tit.* 28 *del ordenamiento de Alcalá*, que la de Toro manda observar, es claro se debe esplicar por ella, y en la de Alcalá está evidentemente confundida con los particulares. Es pues fuero particular, y de consiguiente solo tiene fuerza en cuanto estuviere en uso segun la citada ley del ordenamiento real. Que esta esté en observancia es indudable en la tan *citada de Toro*, en que dicen los reyes católicos: « El rey don Alonso en la villa » de Alcalá, era de **1386** (año de **1348**) hizo una ley acer-

» ca del orden que se habia de tener en la decision y deter-» minacion de los pleitos y causas, cuyo tenor es como se » sigue» insértanla, y luego añaden, «y ahora somos informa-» dos que dicha ley no se guarda y ejecuta como debia, y » porque nuestra intencion es que dicha ley se guarde y cum-» pla, como en ella se contiene, ordenamos y mandamos etc.» Siguen con disposiciones conformes á las de la ley de Alcalá, que copiáran; y en ellas es donde están ambiguas sus palabras sobre el Fuero Real; pero ¿qué duda tiene que deben interpretarse con arreglo á la ley del ordenamiento, copiada, repito, al principio de esta de Toro?

En la misma línea que al Real coloqué al Fuero Juzgo. Y verdaderamente si bien es cierto que antes de la fatal época que abrió á España el campo en que se la vió aparecer á la vez cubierta de luto y de gloria, tuvo autoridad universal, no lo es menos que despues de ella, como vimos ya, solo fue dado como particular á algunos pueblos. Hay mas: aun cuando no fuera asi, en el mero hecho de no contarle la ley de Toro, entre los códigos que quiere rijan como generales, es claro queda escluido. Solo pues, regirá atendida la ley de Toro en los pueblos, que como particular esté en uso. Digo atendida la ley de Toro, porque ¿podrá tal vez citarse alguna posterior que le restituya su antigua autoridad? Febrero, *librería de escribanos, cap.* 14, *pár.* 3, *núm.* 36, así lo pretende al citar una cédula de 1788 del señor don Cárlos III; cédula de que el señor Sala quiere sacar tambien la generalidad pretendida del Fuero Real. Para resolver este punto, que en nadie he visto, juzgo oportuno copiar parte de la pragmática. Despues de referir el rey la consulta de la chancillería de Granada, á que responde, dice: «el cual es » arreglado y conforme á las leyes 12, *tit* 2, *lib.* 4 del Fue-» ro Juzgo, y demas del reino, mandadas guardar en las pro-» visiones del mi consejo de los años de 1771 y 81. Y por » cuanto dicha ley del Fuero Juzgo no se halla derogada » por otra alguna, y antes bien es conforme con lo poste-» riormente dispuesto en el *cap.* 2, *lib.* 1 del Fuero viejo de » Castilla, declarado por el que dió el señor don Alonso el » sabio, año de 1252 á la villa de Alarcon, y por el *cap.* 2, » *lib.* 5, *tit.* 2, del mismo Fuero viejo, como tambien por » la *ley* 11, *tit.* 16, *lib.* 3 Fuero Real, por la 7, *tit.* 9, *lib.* 5

» del Ordenamiento, por las de la nueva Recopilacion acerca » de la sucesion forzosa ex-testamento y abintestato de los as- » cendientes y colaterales no hacen distincion de los bienes » de los legos á los de los eclesiásticos seculares y regulares, » y por otras leyes de varios señores reyes de que el mismo » consejo hizo espresion al señor don Cárlos II, de que se » compone el Auto acordado 4, *lib.* 4, *tit.* 1, y son las que » comprendió el mi consejo en sus provisiones de 1771 y 81 » bajo la espresion genérica y demas leyes del reino; debereis » igualmente arreglaros á ellas en la determinacion de este » y semejantes negocios sin tanta adhesion como manifestais » á la de Partida fundada únicamente en derecho romano y » canónico, y que por consiguiente solo deben regir á falta » de las de estos reinos, que asi es mi voluntad. » Tal es la pragmática de que Sala infiere es el Fuero Real código general; mas á juzgar segun ella ¿ no lo quedan tambien todos los particulares? Efectivamente, Febrero, lugar citado, asi lo quiere. Pero ¿qué haremos entonces de la *ley* 3, *tit.* 2, *lib.* 3, *Nov. Rec.* (1 de Toro) que arregla de otro modo el orden de los códigos? ¿Cuál de ellas se observará? Sin duda que la última; y segun ella estableciendo de nuevo el orden puesto antes, digo que la tal cédula fue una decision particular dirigida á un punto del reino: que á querer hacer una variacion tan fundamental lo hubiera dicho, y debiera publicarse en otros términos: que nada vale vista la ley posterior; y por último que prueba demasiado, puesto que segun ella deben observarse los Fueros particulares, aunque no esten en uso, cosa que á nadie se ha ocurrido. Esta esposicion me parece conforme al espíritu de la misma pragmática, que sin querer revivan en todo los citados fueros particulares, solo manda no se dé un valor tan infundado, como el que pretendia la chancillería de Granada, á las Partidas, en una contraposicion tan absoluta á tantas leyes del reino, tanto mas cuanto la legislacion de Partidas trae su orígen de códigos estraños desacreditados. Quiere pues, tan solo el rey, no se posponga nunca la legislatura patria, cuando claramente está en oposicion con la de Partida como al presente, mas no que revivan los tan justamente amortiguados fueros. ¿Y cómo se podrá suponer que un rey tan sabio quisiese meternos en un caos de confusion como el que resultaría de su cédula, en-

tendida segun pretenden los señores que impugno? Es imposible darla otra interpretacion que la que he dado sin hacerle una grave injuria. Reasumiendo, resulta de lo dicho en claro la proposicion antes sentada, de que el Fuero juzgo goza de autoridad en los pueblos en que estuviere en uso, y lo mismo el Real. En cuanto al Viejo de Castilla, de que habla la pragmática, si entiende el hecho por don Alonso VIII digo lo mismo; si el de los Fijos-dalgo, dado en Nájera por don Alonso VII, como autorizado en el ordenamiento de Alcalá tendrá la fuerza que este.

Daré fin á este resúmen diciendo algo de las llamadas leyes del Estilo. Dejé de hablar de ellas hasta ahora porque no contemplándolas verdaderas leyes, me pareció mejor seguir sin interrupcion el verdadero enlace de la historia de nuestros códigos. El Sala en su citado discurso, dice se ignora si son obra de algun curioso ó hechas por legítima potestad. El señor Gomez Negro, por el contrario, afirma que hoy nadie pone en duda, son hechura de un particular; y de la misma opinion es el señor Llamas Molina en la *ley* 1.ª *de Toro*. Los fundamentos de estos señores parecen convincentes, pues no consta qué rey les dió autoridad, ni aun quién las compiló; é ignorándose esto ¿cómo podrá contárseles entre los códigos nacionales? No lo veo, tanto mas cuanto por ellas mismas se vé no tuvieron otro origen que el gusto de un doctor particular, que en tiempo de don Alonso XI quiso dejarnos por legado las interpretaciones que en diferentes reinados se dieran á las leyes del Fuero Real.

Todos los puntos de la historia de nuestros códigos, que he tocado con tanta rapidez, mas de la que verdaderamente debiera, pueden verse mas estensamente en los autores que he citado; máxime el señor Gomez Negro, respecto á la autoridad de los cuerpos legales, está digno de consultar.

REGLAS DE INTERPRETACION.

Escribiendo esclusivamente para jóvenes que piensen consagrar sus primeros años á la meditacion é interpretacion

asídua de nuestras leyes, despues de indicarles cuáles deben consultar, parece muy del caso presentarles algunas reglas muy propias á facilitar el conocimiento de su sentido y verdadero espíritu. Antes de todo debo prevenirles contra la práctica constantemente observada por todos los comentadores anteriores al siglo XIX, y aun por alguno de estos, tal es el señor Llamas Molina, de dar fuerza de ley, y citar á la par de las patrias las leyes romanas. ¿Quién negará á estas su tan nombrado mérito? No seré yo ciertamente; pero sin rebajárselo en nada debo sentar que en España no tienen autoridad alguna, atendida la *ley* 1.ª *de Toro, que es la* 3, *tit.* 2, *lib.* 3, *Nov. Rec.* Prohibe esta se haga en el foro uso alguno de leyes ni autoridades estrañas, sean romanas ó canónicas y todos sus intérpretes, igualmente que los nuestros sin distincion alguna.

Hecha esta advertencia indispensable, paso á estender las siguientes reglas dignas de observarse en la interpretacion. 1.ª Vista una ley es claro, y nos lo dice el mismo legislador de las Partidas, *lib.* 13, *tit.* 1, *P.* 1, que para su inteligencia no se debe atender tanto á sus palabras como á su espíritu y sentido. Para conocer este, es forzoso pesar con madurez las circunstancias en que fuese dada, las razones políticas que la motivaron, su tiempo, ideas dominantes en él, etc. Por esta razon, de dos leyes una general y otra particular, aunque parezcan contrarias, no debe inferirse que ésta derogue á aquella á no ser que espresamente lo diga. Tales son como ya vimos, la pragmática de 1788 sobre la observancia de algunas leyes de los fueros en competencia con otras de Partida, y la ley que en general arregla el orden de los códigos. 2.ª De dos leyes contrarias, cuando una permite y otra prescribe se debe estar á esta. 3.ª En igualdad de circunstancias la ley que manda cede á la que prohibe. 4.ª La ley posterior deroga la anterior. 5.ª De dos leyes, siendo las cosas por otra parte iguales, debe preferirse la menos general, y que mas se acerque al asunto de que se trata. Por ejemplo la que prohibe trabajar en domingo, y la que manda acudir con agua á un incendio. 6.ª La que no sufre dilacion debe preferirse á la que puede hacerse en otro tiempo. 7.ª En concurrencia de dos deberes debe atenderse la que prescribe el mas necesario é importante. 8.ª De dos leyes, de las que una tiene san-

cion penal, ó si la tienen las dos, la de una es mayor, esta debe preferirse.

Pudiera establecer como novena regla, que las leyes no pueden renunciarse; si esto que para mi es punto menos que indudable, lo fuera igualmente para todos. Verdaderamente que si en materias de leyes diésemos solo fuerza á una opinion, segun el número de espositores que la sostienen, ya podia retirar mi proposicion de la arena. Mas afortunadamente puede decirse, que hoy las luces del siglo han hecho caducar el valor, que á la renuncia de leyes ya simple ó ya jurada daban los antiguos intérpretes. Están de ver en este punto los discursos críticos del *lib.* 4 del señor Castro, en que las reprueba con razones sólidas. Yo solo diré que parece muy opuesto al vigor de que deben suponerse revestidas las leyes, el que un particular pueda eludirlas, con solo el pretesto de decir no quiere aprovecharse del favor que vanamente cree dictado con el fin tan solo de halagar sus particulares intereses. Como si el de la ley no fuese siempre el del público. Efectivamente, sopena de negarlas el carácter de tales, forzoso es sentar que el primario objeto de las leyes es el bien público, aun de aquellas mismas que solo parecen dadas en favor de especiales personas. Tales son entre otras las que prohiben ser fiadores á los labradores por sus amos, á la muger por su marido, el dar en arras este mas que la décima de sus bienes, etc. etc. Y presentando la cuestion en su verdadero punto ¿podrán, pregunto, renunciarse? En mi opinion de ningun modo, que fundo en las razones alegadas; y haciendo aplicacion de ellas, ¿quién no vé que, pudiendo renunciarlas, se cometerian, en los casos que espresan, los desórdenes que tiran á evitar? ¿Y puede acaso el capricho de personas privadas, dar asa á escesos, que la ley contraría segun debe, con solo decir consiente en ser perjudicado? Mas claro ¿podrán el marido, el labrador, y la muger en los casos dichos, espresarse de este modo? Ley, conociendo que se cometen muchos fraudes y escesos al dar arras los por lo regular siempre pródigos esposos, al fiar caballeros disipadores, honrados y sencillos labradores, la débil y complaciente muger á un marido, cuya altanería la aterra, prohibiste y no sin razon, y pusiste coto á nuestra libertad, mas á pesar tuyo nosotros que nos hallamos en el

caso, queremos que en él no nos obligues, te renunciamos. ¿Quien no ve que esto seria el colmo del absurdo? Tal vez alguno, fija la vista en un caso de un solo hombre que hiciese esto, no lo conocerá tan claro; pero reflexione que así como puede suceder que sean solo á renunciar la ley uno, seis, ó diez, pueden con igual facilidad hacerlo cientos, mejor diré, cuantos se hallen en el mismo caso. ¿Y entonces que es la ley? un borron con que el legislador quiso hermosear su código. Se dirá que este seria un caso estraordinario que no llegará á darse; no me opongo á ello. Pero ¿la doctrina tan valida antiguamente de la renunciacion de leyes, puede ó no dar lugar á él? Seguramente que sí. Y debo decir en conclusion, que la razon está dictando á todas luces, que si deben cortarse los desórdenes ocurriendo en gran número, deben igualmente impedirse aunque sucedan de raro en raro.

Es preciso empero esceptuar ciertas leyes, que de suyo se conoce son de uso arbitrario, y que por lo mismo se les llamaria mejor privilegios; tales son los de escusion y órden de los fiadores. A simple vista se conoce la suma diferencia que media entre la renuncia que de estos puede hacer un fiador, y la que el labrador hace de ley, que le prohibe serlo. ¿Y qué medio para conocer cuales leyes de las que conceden derechos singulares son de uso arbitrario, y cuales no? Mal puede señalarse; pero con todo ofrezco dos, que acaso no disgustarán á mis lectores. Uno que las de uso arbitrario parecen conceder derechos que no habia; por el contrario, las otras coartan el uso de la libertad, y por lo mismo quitan un derecho que ya existia. Bien fácil es formarse los ejemplos con los dos puestos arriba. El otro medio consiste en examinar si el fin de la ley es otro que el de asegurar sus ventajas y conveniencia próxima al que la renuncia, pues entonces no es de uso arbitrario. La ley dice por ejemplo, que el marido no dé en arras mas que la décima de sus bienes. ¿Quién no ve que aqui el objeto de la ley es otro que el de favorecer al marido? Seguramente que no se hace favor á nadie, coartándole su libertad, como á él en este caso. Se le favoreceria si obligándole á dar mas de la décima, la ley impidiese esta exaccion, pero no es asi.

Si queda probado con razones concluyentes la nulidad

de la simple renuncia de las leyes, las mismas demuestran que hay igual defecto en la jurada. El juramento que recae sobre actos nulos, es de ningun valor, y como tal no necesita rescision, ni hay para que acudir al prelado eclesiástico. Por lo regular juramentos de esta especie, siempre envuelven perjuicio ó utilidad de tercero, y despues veremos en el tratado de contratos el valor que debe darse á tales rescisiones en este caso.

ILUSTRACION

DEL DERECHO REAL DE ESPAÑA.

LIBRO PRIMERO.

DE LAS PERSONAS.

TITULO PRIMERO.

DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO.

Títulos 1. y 2. P. 1.ª y tít 1. P. 3.

§. Unico.

Número 1. *Que cosa sea justicia y su division.* Justicia, segun la *ley* 1.ª *tit.* 1, *P.* 3. es: «Raigada virtud que dura siem» pre en las voluntades de los omes justos, e dá e comparte » á cada uno su derecho egualmente.» (1) Esta definicion está tomada de la que puso el emperador Justiniano, *princ. instit. de justicia et jure*, á la cual es conforme. Por ella se ve que el objeto de la justicia es el derecho de cada uno, y el fin que á cualquiera se dé lo suyo.

Esta definicion lo es de la justicia, en cuanto es hábito ó virtud del entendimiento; pero si la consideramos con respecto á sus actos, consiste en dar á cada uno lo que es suyo;

(1) Aunque pudiera darse otra mejor, me pareció bien conservar esta definicion por ser de la ley, y estar bastante exacta.

de suerte, que la tendrán aquellos, y no otros, en que esto suceda, sin atender á que nazca ó no de hábito virtuoso. Será pues acto de justicia la sentencia en que me da lo que es mio un juez inclinado y acostumbrado á dar á unos lo que es de otros.

Dividen los autores la justicia en distributiva, y conmutativa. Esta es la que da á cada uno lo que es suyo, ó se le debe por razon de contrato, ú otra causa obligatoria. Distributiva la que da premios, y distribuye honores, oficios, cargas ó penas, segun los méritos, prendas, bienes ó delitos de cada uno.

Núm. 2. *Varias significaciones de la palabra derecho, y sus preceptos.* La palabra derecho, puede tomarse de varias maneras; ó por lo mismo que ley ó precepto, como cuando decimos, asi lo manda el derecho natural, de gentes, civil, canónico: ó por el objeto ó cosa nombrada por las leyes; y en este sentido se toma en la definicion de la justicia, que antecede. En la primera significacion se uniforma con la voz justicia; y segun ella dice la *ley* 3, *tit.* **1**, *P.* 3. que los mandamientos de la justicia é del derecho son tres. «El pri» mero es que ome viva honestamente cuanto en si. El segun» do que non faga mal nin daño a otro. El tercero que dé su » derecho á cada uno.»

Núm. 3. *Division del derecho en natural y civil.* En dicha primera significacion, y en ella le tomamos aquí; se divide el derecho de varios modos. Primero, en natural y civil, y esta division comprende todas las otras, que no son mas que subdivisiones del civil. Derecho natural es, aquel conjunto de leyes que el autor de la naturaleza da á conocer á todos los seres racionales del universo por medio de la razon, de que nos ha dotado. Por esta definicion se ve que no es mas que el compuesto de aquellos principios de equidad y justicia reconocidos por todos los hombres, cualesquiera que sean sus costumbres, y las distancias que recíprocamente los separen; principios cuyo respeto es una regla completamente universal, sin que pueda notarse en el largo cátalogo de los pueblos mas incivilizados, una sola escepcion de ella. Hay quien pretende hacer estensivo á los brutos el derecho natural, por la necesaria regularidad con que obran en muchos casos: regularidad á que hasta cierto

punto convendré se le de tal nombre, pero en un sentido muy vago, en el sentido en que se le podria dar al órden constante, que observan todos los seres. Mas en el sentido propio, la palabra derecho solo es predicable de seres racionales y libres.

Derecho civil es el conjunto de las leyes ordenadas por los hombres para el gobierno de las sociedades. Hay tambien un derecho divino diferente del natural y del civil; pero está fuera del círculo de mi objeto, y por lo mismo me abstengo de hablar de él.

Num. 4. *Divisiones del derecho civil.* Al paso que no reconozco una buena subdivision del derecho natural, (1) encuentro muchas del civil. Le dividiré primero en derecho de gentes, público general, secular, ó nacional y eclesiástico. Omitiendo al eclesiástico, y su subdivision de divino-eclesiàstico, y simplemente eclesiástico, me limitaré á describir los otros tres.

El primero es la reunion de aquellas prácticas observadas por las naciones entre sí en sus tratos y negocios; prácticas que ya el uso, ya pactos particulares hacen respetar y reconocer como leyes; sin que lo sean verdaderamente como se advierte por la simple reflexion de lo que es ley. Este derecho llamado por muchos, con suma propiedad, *internacional*, puede subdividirse en universal y particular, entendiendo por el primero ciertos principios generalmente respetados por todas las naciones; y por el segundo, las reglas que entre sí observan algunas. Tal vez no faltará quien critique el que mezclemos el derecho de gentes con el civil, y no con el natural; pero á esto responde el señor Dou *al principio de su bien conocida obra*, atribuyendo esta equivocacion á no tener una verdadera y exacta idea de lo que es este derecho. Y en efecto ¿por qué se querrá sea el natural? ¿por qué está fundado en él? A discurrir asi, llámesele tambien al civil nacional, pues no hay ninguno que no le ten-

(1) No falta quien le divida en primario y secundario, entendiendo por aquel los principios universalísimos, de que se deducen otros, que no lo son tanto, y á que llaman derecho secundario.

ga por base, y tal vez mas que algun derecho que se llama de gentes.

Por derecho público general entiendo cierta porcion de máximas de gobierno y administracion, y de las relaciones que pueden mediar entre gobernantes y gobernados, igualmente aplicables á todas las naciones. Tales contemplo los principios que distinguen al gobierno representativo, al absoluto, despótico, republicano; los mas ó menos ensanches ó restricciones que se pueden dar al poder, etc.

Derecho civil nacional, dicho tambien secular en contraposicion del eclesiástico, es el cuerpo de leyes que dirigen los asuntos é intereses públicos y privados de cada nacion en particular. El que arregla los intereses y derechos de los particulares, conserva el nombre de derecho civil solamente: y se llama *derecho público, particular, nacional,* el que arregla el gobierno y direccion general de los asunros interesantes á toda la nacion. Asi una ley de mejoras ó testamentos v. g. pertenece al derecho civil; y otra sobre elecciones y número de concejales de ayuntamiento, ó procuradores de córtes etc. al derecho público.

Núm. 5. *Subdivision del derecho civil nacional, y definicion de la ley y costumbre.* El derecho civil nacional se subdivide en escrito, y no escrito, *lib.* 4, *tit.* **1**, *P.* **1**, junta con *la* 4, *tit.* 2, *P.* **1**. Se entiende por escrito el espresamente establecido que con un solo nombre llamamos *ley, ó el conjunto de estas*; y por no escrito la costumbre legítima.

Puede definirse la ley diciendo, que es un *precepto justo del sumo imperante ordenado al bien comun*: ó con la *ley* 4 *d. tit.* **1**, que la define asi: «Leyenda en que yace en» señamiento e castigo, e escrito que liga e apremia la vida » del hombre que no faga mal, e muestra e enseña el bien » que el hombre debe facer e usar.» Parece mas adoptable la primera definicion por ser breve, y renunciar todas las cualidades constitutivas de la ley.

Costumbre, segun la *dicha ley* 4, es «derecho o fuero que » non es escrito, el cual han usado los omes luengo tiempo, » ayudándose de él en las cosas, e en las razones sobre que lo » usaron.» Despues veremos las circunstancias que requiere para ser legítima y tener fuerza, y hasta donde llega esta.

Num 6. *Quien debe dar la ley, si obliga á todos, y des-*

de cuando. He definido la ley, un precepto justo del sumo imperante ordenado al bien comun, ¿y en quien reside en España este supremo poder de hacer las leyes? Hoy *en las córtes con el rey*, dice *el art.* 12 *de la Constitucion de* 1837. De suerte que ni las córtes solas, ni el rey solo pueden dar leyes. Lo que éste puede hacer por sí, segun la misma, *art.* 47, es espedir los decretos y disposiciones oportunas á arreglar el órden público, y la mejor observancia de las leyes.

Nótese, dije, que hoy, pues hubo un tiempo en que sucedió todo lo contrario, en que el rey solo hacia y daba las leyes, y este tiempo acabó ya antes del año de 837. En 10 de abril de 1834 fue publicado y mandado observar el *Estatuto Real*, el que rigió hasta que en 13 de agosto de 836, fue publicada la Constitucion de 1812; *y el art.* 33 *de dicho Estatuto* dispone ya lo mismo que el 12 de la de 837. De consiguiente con su observancia cesó la costumbre y derecho en que estaba la corona de hacer leyes por sí sola: y asi diremos, y nótese esto con mucho cuidado, que las reales órdenes espedidas hasta que en 10 de abril se mandó guardar el Estatuto Real, tendrán fuerza de ley, y que desde esta época se estará á lo prescrito en su *art.* 33.

¿Y desde cuando, y á quien obligarán las leyes? Es principio inconcuso que solo obligan desde que se publican, ó se promulgan. Mas como podia promulgarse una ley en la capital, y entenderse por bastante divulgada, no obstante que en las provincias sea lejana, y no sin razon en muchos casos su ignorancia, por eso dispusieron sábiamente las córtes por *ley sancionada en* 28 *de noviembre de* 1837, que las leyes y decretos del gobierno sean obligatorios para las capitales de provincia, desde que se publican oficialmente en ellas, y para sus demas pueblos desde cuatro dias despues: véase el *tomo de decretos de dicho año.* No me es desconocido un decreto de la corona de 4 de mayo de 838, que dispone sean obligatorios para toda clase de personas en la península é islas adyacentes desde que se publican en la gaceta. Pero pregunto, ¿la corona puede derogar y establecer leyes por sí sola? El citado *art.* 12 no lo dice á lo menos. No se crea por eso que esta reflexion se dirige á otra cosa que á poner á mis lectores al corriente de las materias,

y no de modo alguno á atacar la observancia del dicho decreto. Debo advertir, sobre la últimamente citada *ley de noviembre*, que para publicar oficialmente las leyes y decretos, fueron instituidos por *decreto de* 20 *de abril de* 1833 los boletines oficiales en las capitales de provincia, y asi desde su insercion en ellos se contarán los plazos marcados.

Acerca de la otra cuestion de á quienes obligan las leyes, debe tenerse por principio inconcuso é indudable hoy, que están sujetos á su imperio todos los españoles sin distincion; principio que conceptuo establecido, aunque no lo dice espresamente, en el *art.* 4 *de la Constitucion* (1). Con respecto á los estrangeros debo decir, que las leyes de obediencia y sumision á nuestro soberano, y las de policía y seguridad obligan á todos los que habitan la España, aunque sean estrangeros transeuntes, véase *not.* **12** *á la ley* 9, *tit.* **11**, *lib.* 6, *Nov. Rec.*; están sujetos tambien á nuestras leyes por contrato hecho, ó delito cometido en España, *ley* **15**, *tit.* **1**, *P.* **1**. Que los bienes inmuebles, aun los que poseen los estrageros, se gobiernan por las leyes del reino, parece inútil decirlo. Debo si advertir, que tanto sobre estos puntos como sobre otros relativos á estrangeros, deben consultarse con cuidado los tratados de paz celebrados con las naciones.

Otros dos principios dignos de que se recuerden rigen en esta materia, establecidos en las *leyes de Partida*. **1.**° Que las leyes dicen solo respecto á los negocios futuros, esto es, venideros, *ley* **15**, *tit.* **14**, *P.* 3, ó como decimos hoy, *las leyes no tienen efecto retroactivo*. 2.° Que no favorece à nadie la ignorancia del derecho, *ley* **21**, *tit.* **1**, *P.* **1**. Parece que el señor Sala al *núm.* 3 *del tit.* 2, quiere no perjudique á la muger la tal ignorancia, fundado en la *ley* **31**, *titulo* **14**, *P.* 5, que en efecto lo dice por incidencia hablando de otro asunto. Creeré que, aunque no hubiese mas leyes que hablasen de esto que las dos citadas **21** *y* **31**, deberia observarse la primera con preferencia á la segunda, por hablar aquella exprofeso del asunto, y esta por incidencia; pero es inútil entrar en cuestion, por disponer terminantemente la

(1) Por esta razon no se estrañe omita hablar de privilegios.

ley **1**, *tit.* 2, *lib.* 3, *Nov. Rec.* que obliguen á todos las leyes sin distincion, cuya disposicion se ve confirmada en el espuesto *decreto de mayo de* 838, que como vimos manda obliguen á toda clase de personas desde su publicacion en la Gaceta; cuyo decreto aunque quiera decirse que es nulo respecto á esto último, por oponerse á una ley, no cabe igual salida en su otra disposicion que tan lejos de ser contraria, es confirmatoria de *dicha ley recopilada.* Debe pues tenerse por sentado, que hoy la ignorancia del derecho no favorece á nadie, tanto mas cuanto que es imposible probarla en un tiempo en que hay tantos medios de llegar las leyes á nuestra noticia.

Núm. 7. *De la costumbre y su valor.* Queda ya dicho qué es derecho no escrito ó la costumbre; y ahora debo añadir que, para que se entienda legítimamente introducida, requiere la *ley* 5, *tít.* 2, *P.* **1**, el uso del pueblo ó mayor parte de él por **10** años entre presentes, y 20 entre ausentes, sabiéndola el Señor de la tierra é no lo contradiciendo, é teniéndolo por bien. Y añade, que debe ser tenida por costumbre si en este tiempo mismo fueren dados concejeramente dos juicios por ella. Sobre la inteligencia de esta ley están de ver algunas glosas de Gregorio Lopez. En la 4 dice, que la espresion *de* 20 *años entre ausentes* debe estar puesta inadvertidamente, pues no cabe decir que el pueblo esté ausente de sí mismo: y en las 7 *y* 8 examina latamente lo que dice sobre los dos juicios ó sentencias, que parece requiere, y resuelve ser solamente necesarios cuando se quiere probar la costumbre por actos judiciales; de manera, que la ley manifiesta un modo de probar sin escluir otro. Asi el Sala, *números* **10** *y* **11**.

Al **12** pretende dar tanta fuerza á la costumbre que sostiene deroga las leyes anteriores contrarias á ella: y asi es que la divide en contraria á la ley, fuera de la ley, y segun la ley. No me cabe duda en que la que es conforme á la ley, ó fuera de ella, teniendo las circunstancias de *d. ley* 5, tenga fuerza de tal; pero confieso no encuentro un fundamento para decir lo mismo de la contraria. Hasta de la *ley* 6, *tit.* 2, *P.* **1**, citada por Sala se deduce la doctrina opuesta á la que él sienta, pues tanto ella como las *ll.* **12**, *tit.* **1** *y* 3 *y* 5, *tit* 2. *P.* **1**. están terminantes contra la costumbre á que

el príncipe no presta su consentimiento, con el que dejaría de ser contraria á la ley. El mismo Sala, como acabamos de ver *al principio de este n.*, deja sentado que para ser legítima no debe contradecirla el príncipe: y siendo contraria á la ley ¿cómo no contradecirla? Pero es por demas discurrir sobre esto con las leyes de las Partidas, cuando está la *ley* **11**, *tit.* 2, *lib.* 3, *Nov. Rec.* que espresamente reprueba la costumbre contraria á las leyes, prescribiendo la observancia de estas, sin poder alegar que no están usadas.

Con arreglo á esto debo prevenir á mis compañeros y paisanos los gallegos contra lo asentado por el señor Hervella, *cap.* 2 *de su obra,* de que las prácticas de nuestra audiencia y pueblos deben observarse aunque se opongan á las leyes, pues si bien esto no será del todo falso, es muy cierto no cita cosa buena en su apoyo mas que las *ll.* 2, 4 *y* 5, *tit.* 4, *lib.* 3, *Nov. Rec.* Mas estas están muy lejos de probar su intento; hablan solo de las cartas y decretos que los reyes espedian á veces por sorpresa.

Daré fin á este título advirtiendo con el señor Castro, *libro* 2, *tomo* **1** *de sus discursos críticos*, que la costumbre es de muy difícil prueba, y que por lo mismo debemos ser muy cautos en alegarla á nuestro favor.

Núm. 8. *Resúmen.* Reduciendo á un punto de vista lo hasta aqui dicho, sabemos por el *núm.* **1** qué es justicia, qué significaciones tiene esta palabra, y cómo se divide: qué acepciones tiene la de derecho y sus preceptos por *el* 2: que la principal division de este es en natural y civil, y puede añadirse el divino diferente de uno y otro; que los brutos no puede decirse tengan derecho natural: que el civil se subdivide en derecho de gentes, que puede tambien subdividirse en universal y particular, público general, eclesiástico y nacional, que envuelve tambien dos especies, ó mejor dicho, cuatro, cuales son: civil propiamente dicho, público, particular, escrito, y no escrito, *núm.* 3, 4 y 5: por este sabemos mas lo que es el derecho escrito ó la ley, y el no escrito ó la costumbre: por el 6 que desde **10** de abril de **1834** la potestad de hacer las leyes reside en las cortes con el rey; que estas no obligan hasta su competente promulgacion, y que se supone esta hecha desde su insercion en los boletines de provincia para sus capitales, y cuatro dias despues para

sus demas pueblos; que las leyes obligan á todos los españoles sin distincion, y aun á los estrangeros en muchos casos; que no tienen efecto retroactivo, y que no puede favorecer ni alegarse hoy por nadie la ignorancia del derecho: sabemos finalmente por el 7, qué se requiere para decir que una costumbre esté legítimamente introducida, qué especies hay de ella, que no debe admitirse la contraria á la ley; lo que dice el señor Hervella de las prácticas de Galicia, y que debemos alegarla con cuidado.

TITULO II.

DEL ESTADO DE LOS HOMBRES.

Títulos **21, 22 y 23, P. 4.**

§. *Único.*

Núm. **1.** *Qué sea estado de los hombres, su division, y primera division de los hombres segun el estado natural.* Estado de los hombres no es otra cosa que la *condicion ó manera en que los omes viven ó estàn*, *lib.* **1**, *tit.* 23, *P.* 4. Esta condicion viene ó de la misma naturaleza ó de la voluntad de los hombres; y por eso el estado de estos se divide en natural y civil.

Segun su estado natural, unos se dicen y son nacidos, otros por nacer ó concebidos en el vientre de sus madres, que con un solo nombre llamamos *póstumos*. Estos cuando se trata de su bien y comodidad se consideran nacidos, *ley* 3, *d. tit.*, con tal que despues nazcan vivos; pues si nacieren muertos, se reputan por no nacidos, *ley* 8, *tit.* 33, *P.* 7. Y es menester advertir, que para tenerse por nacido vivo en cuanto á los efectos del derecho, requiere la *ley* 2, *tit.* 5, *lib.* **10**, *Nov. Rec.* (**13** *de Toro*) que nazca todo vivo, haya vivido veinte y cuatro horas, y sido bautizado; y ademas,

nacido en tiempo en que pueda naturalmente vivir, cuyo tiempo esplica la *ley* 4, *tit.* 23 *d.* Los que nacen con miembros multiplicados ó menguados, como con una ó tres manos ó pies, son contados por hombres, *lib.* 9, *d. tit.* Pero no los que nacen sin figura de hombre, como si tuviesen cabeza de bestia, *d. ll.* 5, *y* 8.

Núm. 2. *Discusion de algunas cuestiones.* Sobre las últimas palabras de la *citada ley* 2, *tit.* 5, *lib.* 10, suscítanse algunas cuestiones que podrán verse mas por estenso en sus espositores, y que yo no haré mas que apuntar. La principal duda consiste en saber si se podrá atribuir á un marido, y hacerle reconocer por suyo el hijo dado á luz por su muger á los siete meses que empezaron á cohabitar juntos, el dado á los ocho, y el nacido despues de diez ú once meses que habia estaban ausentes. La medicina legal y las leyes son quien debe decidir todos estos puntos: y por lo que toca á estas últimas, hay la *d. ley* 4, *tit.* 23, *P.* 4, que dá por legítimo el hijo nacido un dia entrado del séptimo mes de la reunion de los cónyuges, y por ilegítimo el nacido despues del décimo mes de muerto el marido, ó de haberse separado por otra causa los cónyuges. Que el nacido dentro del noveno mes es reputado universalmente por legítimo, parece inútil advertirlo, atendido á que es el parto mas natural que hay. ¿Y qué diremos del feto de ocho meses? Seguramente que á alguien parecerá estraña esta pregunta, fundado en que reputándose capaz y legítimo el nacido de entrado el séptimo mes, con mas razon lo será el del octavo. Efectivamente hoy creeré, y es lo que debe sostenerse, que la mayor parte, sino son todos, de los fisiólogos modernos dá por parto legítimo el octomesino. Pero en mas de uno de nuestros comentadores, véase Llamas Molina, *d. ley* 13, *número* 39, se leerá lo contrario, fundados en opiniones de los antiguos médicos. La citada ley de Partida nada dice del octomesino; y su doctrina sobre los demas está igualmente robustecida por los últimos adelantos hechos en la Fisiologia.

Visto lo que las leyes y la medicina legal nos enseñan para poder discernir los partos dudosos, paso á proponer á mis lectores, para que ellos la resuelvan, la siguiente cuestion. Muerto un marido, su viuda se casó á los dos meses, y á los siete de casada dá á luz un niño ¿será este del primero ó del

segundo marido? Supongo echarán de ver que toda la dificultad, grande verdaderamente, consiste en que segun la ley y fisiólogos el parto novemesino es legítimo; ¿y cuál hay que lo sea mas? y de consiguiente puede ser del primer marido; y segun los mismos, lo es tambien el septemesino, y por ello puede ser del segundo. Mis lectores la resolverán, repito, y sin que pretenda privarles de esta satisfaccion, debo decir, que yo atribuiria el tal hijo al primer marido por ser mucho mas natural y ordinario el parto de nueve meses que el de siete, siempre que de un maduro y detenido exámen de las circunstancias no apareciese otra cosa. Efectivamente tanto en esta cuestion como en las anteriores y otras de igual clase, estas deben atenderse principalmente; con el bien entendido, que en igualdad de circunstancias la presuncion está á favor de los hijos, quienes se supondrán legítimos mientras no se pruebe lo contrario, sin que baste el solo dicho de sus padres, pues como dice la *ley* 9, *tit.* 14, *P.* 3, es de ningun valor la declaracion de una madre de que su hijo es adulterino, si no está robustecida y apoyada en otras pruebas. Por la duda última, que acabo de proponer, se ve cuán útil era la ley que prohibia á las viudas casarse hasta pasado un año despues de la muerte del marido, y cuán conveniente restablecerla.

Núm. 3. *Esprésanse otras divisiones del hombre segun el estado natural.* Hay tambien diferencia segun el estado natural de los hombres entre varones y hembras, las cuales tambien se entienden bajo la palabra *hombre* á escepcion de aquellos asuntos ó negocios en que las leyes las escluyen, *ley* 6, *tit.* 33, *P.* 7.

Aunque por lo comun y en caso de duda tienen el mismo derecho las hembras que los varones, con todo por cuanto las leyes se acomodan á lo que regularmente sucede, y por lo regular los varones esceden en valor, prudencia y constancia de ánimo á las hembras, y estas tienen la naturaleza mas flaca, hay un axioma que dice: *Los varones por razon de la dignidad, y las hembras en cuanto aquellas cosas en que escusa la fragilidad del sexo, son de mejor condicion.* De ahi viene que solo los hombres son capaces de los oficios públicos, *argum. de la ley* 4, *tit.* 4, *P.* 3.

Tambien se diferencian los hombres segun este estado por

razon de la edad, en que unos son mayores de 25 años, y otros menores: y entre ellos hay la notable diferencia de competir á estos, cuando recibieron perjuicio, *la restitucion in integrum*, de que hablaré en su lugar, y no á aquellos. De los menores, los que han cumplido 14 años se llaman púberes, y los otros impúberes. En las leyes romanas son muy frecuentes estos nombres, como tambien que las hembras se hacen púberes al cumplir los 12 años, y los varones como dije cuando cumplen los 14. En las nuestras no se encuentran establecidas semejantes espresiones, pero sí los mismos efectos de esta diversidad que sentaron las romanas: como son, que las hembras en dicha edad de 12 años y los varones en la de 14, y no antes, se pueden casar, *ley* 6, *tit.* 16, *P.* 6: y que pueden hacer testamento, *ley* 13, *tit.* 1, *P.* 6. Los que no han cumplido 7 años llámanse infantes, *ley* 1, *tit.* 7, *P.* 2, y *ley* 4, *tit.* 16, *P.* 4; y las leyes romanas haciendo uso de los nombres infancia y pubertad, llaman *infantiæ próximos*, á los que están mas cerca de la infancia que de la pubertad, cuales son, los menores de diez años y medio, y á los otros, *pubertati próximos*. Y en esto sucede lo mismo que acabamos de decir de los púberes é impúberes, es decir, que aunque no se hallen estas espresiones en nuestras leyes si no con relacion á las romanas, se observan los mismos efectos que admitieron estas, cual es, entre otros, que los próximos á la pubertad, ó segun la espresion de nuestras leyes, los que han cumplido diez años y medio se reputan capaces de dolo, y por ello deben sufrir algunos castigos; no asi los próximos á la infancia, *ley* 9, *título* 1, *P.* 7, *ley* 17, *tit.* 14, *d.*, *P.* 7 *y otras*.

Segun esto tenemos, que considerados por razon de la edad, se conocen las siguientes diferencias de hombres. 1.ª Hasta cumplir 7 años llámanse *infantes*, y á su edad *infancia*. 2.ª Hasta los 12 en las hembras, y 14 en los varones, *impúberos*, y á su edad *impubertad*. 3.ª Aun entre los impúberos, hay la diferencia esplicada de *próximos á la infancia* ó menores de diez y medio años, y *próximos á la pubertad*. 4.ª De los 12 ó 14 años hasta los 25 sin diferencia de varones y hembras, llámanse *púberos ó menores*, y á su edad *pubertad*, *menor edad*. 5.ª De los 25 en adelante *mayores*, *mayor edad*, tanto hembras como hombres,

Especificanse ademas otras edades, cuales son *la adolescencia*, contada desde los 14 á los 21 años: la *juventud*, desde el 21 al 42: la *virilidad*, desde el 42 al 50: la *vejez*, del 50 al 70: y la *decrepitud*, desde el 70 hasta la muerte: pero ni hablan de ellas las leyes, ni se notan con respecto á ellas efectos especiales, si se prescinde de la de 70 años que produce escusa para eximirse del cargo de tutor.

Núm. 4. *Division de los hombres segun el estado civil, y abolicion del vasallaje y señoríos.* Segun el estado civil se conoció mucho entre los romanos la division de hombres en *libres*, *siervos ó esclavos*, y *aforrados*, que se halla adoptada en algunos títulos de la Partida 4, y se ocupa en esplicar el señor Sala, desde el *núm.* 5 *al* 12 *de este título*. Nadie se estrañará de que la omita en un todo en el año en que escribo, puesto que no solo se ha hecho odiosísimo é impronunciable, cual debia, el nombre de esclavo, sino que ni aun el de vasallo, mucho menos humillante, podrá aplicarse á ningun español, ni se reconocerán ya mas señoríos ni vasallos atendidas las *leyes de* 27 *de enero*, y 2 *de febrero de* 1837. En cambio de lo que el citado autor habla de esclavos, me ocuparé en emitir parte de la doctrina de estas leyes, y de alguna disposicion posterior.

Antes debo decir que, casi desterrada del todo la esclavitud entre nosotros por antigua costumbre, fue decretada solemnemente su abolicion por el augusto congreso de Viena en 8 de febrero de 1815, á que se adhirió nuestro gobierno desde 30 de mayo de 1820, *por cédula de* 19 *de diciembre de* 1817, segun afirma el señor Vega, *lib.* 1, *tit.* 3, *cap.* 2.

Viniendo á las dichas *leyes de* 27 *de enero y* 2 *de febrero de* 37 restablece la primera el *decreto de las cortes de Cádiz de* 26 *de mayo de* 1813, por el que se mandó á los pueblos procediesen por sí y sin causar perjuicios á quitar y demoler todos los *signos de vasallaje* que hubiese en sus entradas, casas capitulares, ó en cualquiera otro sitio, « pues- » to que los pueblos de la nacion española no reconocen, ni » reconocerán jamás otro señorío que el de la nacion mis- » ma. » Este decreto fue consecuencia de *otro de* 6 *de agosto de* 1811, restablecido por la *dicha ley de febrero de* 37, el que es la clave en esta materia. Por él se declararon incor-

ros, cercas, fuentes y puentes, *ley* 50, *d. tit.* 18. Hoy á esta exencion debe sustituirse el siguiente principio enteramente contrario. Todo español está obligado á defender la patria con las armas cuando sea llamado por la ley, y á contribuir en proporcion de sus haberes para los gastos del estado, *art.* 6, *de la Const. de* 837. 2.° No pueden ser encarcelados por deudas que deban, salvo si fueren arrendadores ó cogedores de pechos reales, *ll* 2 *y* 15, *tit.* 2, *d.*, ni pueden ser prendadas por deudas las casas de su morada, ni los caballos ni las mulas, ni las armas de su cuerpo, sin que puedan renunciar estas preeminencias, bajo la pena de diez mil maravedis contra el escribano que en sus obligaciones pusiere estas nulas renuncias, *ley* 13, *d. tit.* 2. Esto no tiene lugar si la deuda viniese de delito ó cuasi delito, porque entonces pueden ser encarcelados, *ley* 10, *d. tit.*; bien que deberán estar presos en pieza apartada, *ley* 13. Este privilegio en su primera parte se hizo comun como se verá en el juicio ejecutivo; y en lo de no ser ejecutadas sus casas, caballos, etc. debió haber cesado por faltar hoy el objeto y razon que motivó la ley. 3.° No pueden ser puestos á tormento, *art.* 303, *cap.* 2, *tit.* 5 *de la Const. de* 812, cuyo *tit.* 5 se declaró vigente por *ley de* 16 *de setiembre de* 1837. 4.° No se les puede condenar á que se desdigan de haber injuriado á otro; pero han de sufrir en su lugar otras penas, *ley* 1, *tit.* 25, *lib.* 12, *Nov. Rec.* 5.° Usar de pistolas de arzon, y en traje decente interior, *ley* 19, *tit.* 19, *d. lib.* 12. Pero en esto hoy deberán observar, como todos, los reglamentos de policía, y seguridad pública.

Gozan del beneficio de nobleza las viudas de los nobles, mientras lo fueren, ó no estuvieren casadas despues con uno del estado llano, y lo mismo las nobles viudas de pecheros, *ley* 7, *tit* 20 *d. lib.* 11, de suerte que al paso que las viudas mientras lo son conservan la condicion de nobleza, y prerogativa de sus difuntos maridos, las que eran nobles por naturaleza, y dejaron de serlo por haber casado con un plebeyo, muerto este, recobran su nativa nobleza. La gozan asimismo los graduados de doctor, maestro ó licenciado en las universidades de Salamanca y Valladolid, y colegiales graduados de la universidad de Bolonia, *ley* 14, *tit.* 18, *lib* 6, *Nov. Rec.*: lo que se estendió á los doctores, maestros, y

licenciados en cánones, teología y medicina en la universidad de Alcalá, trasladada hoy á Madrid. Por real cédula de 17 de noviembre de 1763, citada por Posadilla, *práct. criminal, diálogo* 27, concédese á los abogados el mismo privilegio de nobleza personal con todas sus prerogativas.

Plebeyos son, ó eran llamados los que no son nobles, y suelen llamarse del estado llano. Debo repetir aquí, que la nobleza en el dia no consiste en mas que en una nota ó cualidad de distincion que eleva á los que la gozan, á un punto honorífico superior á los demas, y les distingue de ellos del mismo modo que unas clases se distinguen de otras en la sociedad. Asi es, que el ser ó dejar de ser noble, no arguye de mejor derecho para nada. Todos los españoles son admisibles á los empleos y cargos públicos segun su mérito y capacidad, dice *el art. 5 de la Constitucion.* Las pruebas de limpieza de sangre necesarias antes para ser admitidos de cadetes en los colegios mayores etc. etc han cesado igualmente, segun consta por los *decretos de* 31 *de enero de* 1835, 21 *de setiembre de* 36, *y* 11 *de diciembre de* 35, en términos que éste varió la denominacion del colegio de nobles de la córte en la de Estatuto Cristino.

Núm. 6. *Segunda division de los hombres segun el estado civil.* Como la division que antes se hacia de hombres libres y esclavos hoy no existe, por eso pongo por segunda la que de ellos suele hacerse en eclesiásticos y legos, *ley* 2, *tit.* 23, *P.* 4. y comprendo entre los primeros los antes dichos regulares ó religiosos por haber sido igualados en un todo á ellos por la ley de 29 de julio de 1837, confirmatoria de un real decreto espedido cuando á últimos de 1836 se efectuó su esclaustracion en toda la Monarquía.

Segun se deja ver por los *núms.* 16, 17 *y* 18 *de este tit.* 2 de Sala, atendidas algunas leyes que cita de la *Nov. Rec.* no estaban los clérigos sujetos á muchos tributos y cargas personales; entre ellas la de alojar, *ley* 51, *tit.* 16, *P.* 1, y el pago de alcabala por razon de sus bienes ó trueques por lo que á ellos toca; *ley* 8, *tit.* 9, *lib.* 1, *Nov. Rec.*, mas no en los que vendian por via de mercadería, trato y negociacion; pero hoy nada de esto debe tener lugar atendido el *cit. art.* 6 *de la Const.*, que sujeta á todo español á las cargas del estado. Con respecto á la alcabala, si atendemos á la de

que estaban exentos los bienes eclesiásticos, milita la doble razon de no haber bienes sobre que pueda recaer, desde que por la ley de 29 de julio de 1837, se les declara á todos, escepto las piezas de patronato pasivo de sangre, por nacionales; y como tales deben empezarse á vender en este año de 1840. Podrá dudarse, si deberá pagarse por las ventas de los bienes patrimoniales de los clérigos, pues por lo que aparece del señor Sala, *núm.* 16 y 18, aunque no pude ver una ley que lo diga claramente, estos gozaban de la misma exencion que los eclesiásticos. Pero en mi concepto deben pagar alcabala por la venta de estos bienes, y lo fundo. Solo por dos razones ó respetos podrá eximírseles; uno por considerarlos como bienes eclesiástizados; otro por ser privilegio personal concedido á los clérigos, entre otros muchos que gozaban, el no pagar alcabala por las ventas aun de sus bienes propios: y este es el verdadero punto bajo que deben mirarse. Por cualquier lado que se consideren, deben pagarla: bajo la primera consideracion, porque aunque á los bienes patrimoniales se les quisiese llamar eclesiásticos, lo que estoy muy lejos de conceder, por decreto de 6 de marzo de 1836, decláranse sujetos á la alcabala todos los bienes hechos eclesiásticos desde el famoso concordato de 1737: y si se pretende eximirles por privilegio personal, estamos en igual ó peor caso, atendido el tantas veces citado *art.* 6 *de la Const.*, que reparte con igualdad entre toda clase de personas el peso de las cargas públicas. Tenemos pues, reasumiendo, que los clérigos están sujetos en el presente á las mismas gabelas reales y personales que los legos, *art.* 6, que por las ventas de los bienes eclesiásticos no se paga alcabala por ser hoy de la nacion los que antes se decian tales; y que por los demas bienes que poseen tienen que sufrir los mismos gravámenes que los legos. Estaban tambien exentos de alojar, pero por la ley de 13 de marzo de 837, y decreto de 5 de idem de 38, se exime tan solo de alojar á los militares y empleados que sigan al ejército, y á las mugeres de estos en los casos ordinarios, mas no en los de llena.

La verdadera exencion que gozan es la del fuero como tantas otras clases privilegiadas. Para poder optar á este privilegio, es preciso reunan las circunstancias que exigió el Concilio de Trento, adoptadas en la *ley* 6, *tit.* 10, *lib.* 1, *Nov. Rec.* Tales son, estar ordenado de menores y servir al

culto en alguna iglesia, ó estudiar en seminario ó colegio aprobado de órden del ordinario, con destino á la carrera eclesiástica, ó tener beneficio de esta clase, y vestir ademas trage clerical con corona abierta por los seis meses anteriores al caso en que se quiere usar del fuero, á no ser que hubiese menos que estaba ordenado. De todas estas circunstancias la de estar ordenado y vestir trage sacerdotal se requieren copulativamente con una de las otras dichas; bien que aunque en el dia no se observa rigurosamente la última, no se perderá el fuero. Los casados ordenados, y los demas clérigos de menores, que no gozan beneficio eclesiástico, solo tienen fuero en lo criminal, si reunen la circunstancia de vestir el debido trage y alguna de las otras, pero no en lo civil, *ley* 7, *d. tit.* 10.

Todos estos que gozan del privilegio del fuero en causas criminales no pueden tener los oficios de juzgado, regimiento ú otros públicos, ahora sean casados ó solteros, *ley* 8, *d. tit.* 10. Y aquí debo advertir, que por la ley de 14 de abril de 1838, concedieron las córtes facultad á S. M. para dispensar á los clérigos que lo alegúen en lo civil.

Num 7. *Tercera division segun el estado civil.* Pueden diferenciarse tambien los hombres en vecinos ó moradores de un pueblo, y no vecinos ó transeuntes. Esta palabra vecindad puede tomarse en su sentido propio y verdadero, ó en sentido lato é impropio. Tomada en este pueden decirse vecinos aun aquellos que residen temporalmente en algun lugar, cuales son los estudiantes, menestrales, mozos de soldada etc., respecto de la ciudad en que cursan, y aprenden sus oficios. Estos tales, dice el señor Sala, que segun Acevedo en la *ley* 1.ª *tit.* 5, *lib.* 7, *Nov. Rec.* llenan la circunstancia de vecino requerida en los testamentos nuncupativos. No sé en que pueda fundar su opinion el señor Acevedo; pero si consideramos que la ley exige que los testigos de los testamentos sean vecinos, sin adicion ni distincion alguna, y que los dichos no lo son propiamente, creeré que ni el estudiante, ni el menestral ni ningun otro, que no goce verdadera vecindad, puede ser testigo en testamento.

Tomado el nombre vecino en el sentido propio, aquel se dice tal de un lugar, que tiene establecida en él su habitacion ó domicilio con ánimo de permanecer en él. Este

ánimo se reputa y presume probado por el transcurso de diez años *ley*, 2, *tit.* 24, *P.* 4, *ley* 6, *tit.* 4, *lib.* 7, *Nov. Rec.*; pero aunque este sea un medio de probarse este ánimo, no se crea sea efectivamente necesario para decirse uno vecino, pues como dice la *citada ley recopilada*, basta haber sido recibido como tal en un pueblo, sujetándose á sus cargas y tributos vecinales. Que estas las llevan solamente los vecinos el mismo nombre lo dice, y de consiguiente en esto se diferencian de los transeuntes y que no lo son. Tambien se diferencian en lo honorifico, porque á ellos solos y no á estos deben darse los oficios de concejo, como regimientos, escribanías, mayordomías y fieldades, *ll.* 6, *tit.* 4, *y* 1.ª *tit.* 5, *lib.* 7, *Nov. Rec.* Transeuntes son los que viven ó se hallan en algun lugar sin ser vecinos de él.

Núm. 8. *Propónense otras divisiones.* La cuarta subdivision de hombres es en naturales ó españoles y estranjeros. Son españoles todas las personas nacidas en los dominios de España: los hijos de padre ó madre españoles: los estranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza: y los que sin ella hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la monarquía. La cualidad de español se pierde, por adquirir naturaleza en pais estranjero, y por admitir empleo de otro gobierno sin licencia del rey, *art.* 1 *de la Constitucion.* Estranjero por el contrario, es aquel á quien falta alguna de las circustancias dichas.

Solo los naturales pueden tener en España beneficios eclesiásticos ó pensiones sobre ellos *ley* 1.ª *tit.* 23, *y* 7, *tit.* 14, *lib.* 1, *Nov. Rec.*, oficios de regimientos ú otro cargo que toque á la gobernacion de los pueblos, *ley* 2, *tit.* 4, *lib.* 7, *Nov. Rec.*; estando por consiguiente escluidos los estranjeros. Tampoco pueden estos ejercer género alguno de industria, ni comercio por menor, *ley* 9, *tit.* 11, *lib.* 6, *Nov. Rec.* Por lo que va dicho se habrá advertido que en esta division la palabra naturales y naturaleza no se toma en su riguroso y estrictamente propio significado, sino en diferencia de la de estranjero ó que no goza la cualidad de español. Y advierta se mas que la palabra naturaleza no significa siempre en las leyes de Partida lo mismo que *en la* 7, *tit.* 14, *lib.* 1, *Nov. Rec.*, si que tambien lo mismo que vecindad, como lo convence la *ley* 7, *tit.* 24, P. 4.

Puede tambien contarse entre los diferentes estados el militar, cuyos fueros y privilegios describe el *tit.* 4, *lib.* 6, *Nov. Rec.* Dice su *ley* 1.ª, que gozan fuero militar todos los asistentes en actual servicio, ó que tienen empleo militar, y los retirados que tuvieren despacho real para gozar fuero y sus mugeres y viudas; *ll.* 5 *y* 6. *Por real orden de* 28 *de marzo de* 1831, declaró S. M. en conformidad de lo dispuesto en los *arts.* 6, 7 *y* 8, *tit.* 1, *trat.* 8, *de la orden. gen. del ejér.*, que los militares que se retiren con el fuero civil y criminal, esto es, segun el reglamento general de retiros, están exentos de cargas personales y concegiles por razon de sus personas y sueldos: no asi los que toman licencia absoluta sencillamente, y los que gozan solo fuero criminal. Pero no lo estarán ni unos ni otros por sus haciendas, tratos y negociaciones; todo lo que consta ademas por varias *leyes del d. tit.* 4, en especial por *la* 13, mandadas observar por *reales órdenes de* 19 *de enero, y* 6 *de julio, de dicho año de* 1831.

Pueden incluirse en esta misma clase los marinos de que habla el *tit.* 7, *de d. lib.* 6. Mas los privilegios y gravámenes de estos constan mas por estenso de *la Ordenanza de Matrículas*, asi como los de los militares de las suyas, que yo no estoy en el caso de referir.

Otras muchas especies se pudieran haber emitido sobre la materia de este título: pero perteneciendo en un todo al derecho público nacional, no es de la incumbencia, ni puede pertenecer al plan de un institucionista, el entrar en ellas.

Pero no debo omitir una notable diferencia que constituye á los hombres en muy diferente estado en la sociedad, de que pienso ocuparme en parte en el *título siguiente*. Hablo de la que existe entre los que están bajo la potestad *patria* de otro, y los que no lo están, llamados en derecho romano *patres familias*, de cualquier edad que fuesen, asi como los otros *filis familias*; cuyos nombres si bien es cierto que no se encuentran en nuestras leyes, no lo es menos que estas adoptaron varios efectos de esta diferencia. Entre los libres de patria potestad, hay tambien la de estar unos en tutela ó curadoría, y otros independientes de todo: y estos son los mayores de edad ó de 25 años.

Núm. 9. *Resumen del tit.* 2. Sabemos por su *núm.* 1,

que por estado de los hombres se entiende lo mismo que la posicion que ocupan en la sociedad, como suele decirse; que es natural ó civil, y la primera subdivision de los hombres segun aquel, en nacidos y póstumos; quienes se dicen legalmente nacidos, y que no son hombres los que no tienen figura de tales: por *el* 2, que es parto legítimo el septi, octo, nove, y decimesino; que el mas natural es el novemesino, con la cuestion propuesta con este motivo, y que en caso de duda los hijos se suponen siempre legítimos, siendo de ningun valor los dichos aislados de sus padres: que segun el mismo estado natural se dividen las personas en varones y hembras, quienes ordinaria y comunmente se entienden bajo la palabra hombre; y en mayores y menores de edad con las demas diferencias de estas espresadas en el *núm* 3: por *el* 4, sabemos que hoy no existe entre nosotros la division de hombres en libres y esclavos, pues no solo fue abolida la esclavitud, sino hasta los dictados de vasallo y vasallage, los señoríos jurisdiccionales, y derechos y privilegios esclusivos que de ellos procedian, con lo mas en él dicho: por *el* 5, que la diferencia entre nobles y plebeyos subsiste pero que cesaron la mayor parte ó todas las exenciones de aquellos, y que estos pueden aspirar á todos los empleos y honores del estado: en *el* 6 espresé hasta donde llegan en lo civil algunas exenciones y privilegios de los eclesiásticos, de esta tan notable clase de hombres á que pertenecen hoy los antes dichos religiosos: y finalmente, por *los* 7 y 8 sabemos, quienes se dicen propiamente vecinos de un pueblo; quienes españoles y estranjeros, con algunas diferencias que distinguen á los militares; y que el estar ó no sujeto á la patria potestad de otro constituye en el estado de los hombres una diferencia de las mas notables, como vamos á ver.

TITULO III.

DE LA PATRIA POTESTAD, SUS EFECTOS, Y DE LOS ALIMENTOS.

Titulos 17, 18, 19 *y* 20. *P.* 4.

§. I.

Qué sea esta, y modos de adquirirla y perderla.

Algunos hay que antes de la patria potestad hablan del matrimonio, legitimacion, y demas modos de adquirirla; pero siendo casi igual en el desorden de nuestra legislacion empezar por unas ó por otras materias, me pareció podia conservar el método del señor Sala, puesto que en cualquiera que adoptase, apenas podria proceder con mas orden que él lo hace, atendido al estado de aquella, tanto mas cuanto mi objeto no es otro que seguir paso á paso á este autor para mí tan respetable. Hablaré pues con él, primero de la patria potestad, de los modos de adquirirla y perderla, y luego de sus efectos.

Núm. 1. *Qué cosa sea patria potestad, y sobre que personas se tiene.* Queda dicho *al fin del núm.* 8, *del tit. antec.* que una de las cosas, que principalmente constituyen diversidad entre los estados en que el hombre puede hallarse en la sociedad, es el estar bajo la patria potestad de otro. La *ley* 1.ª *tit* 17, P. 4, define esta diciendo, que patria potestas en latin tanto quiere decir en romance como *poder que han los padres sobre los hijos*, á cuya definicion, para ser completa, debe añadirse *lejítimos*.

Efectivamente la *ley* 2, *de d. tit.*, al paso que dispone, que ni la madre ni ascendiente alguno materno tiene patria potestad sobre los hijos aun legítimos, ordena lo mismo en cuanto al padre y sus ascendientes respecto á los hijos ilegítimos de cualquier clase. Mas con todo, debe tenerse presente sobre esto, que aunque segun sus verdaderos efectos, no

tienen las madres ni sus ascendientes patria potestad, sean legítimos ó ilegítimos los hijos, ni el padre sobre los naturales y demas ilegítimos, ejercen sin embargo sobre ellos el predominio que indispensablemente les da su obligacion de criarlos, educarlos y darles estado, como de suyo se deja conocer. Quienes sean estos hijos ilegítimos que los padres y madres están obligados á criar y educar, muy luego lo veremos en el §. 3.

Las dichas *leyes* 1.ª y 2.ª, daban tambien á los abuelos paternos potestad sobre sus nietos, porque teniéndola sobre sus padres, pues entonces no salia de ella por el matrimonio, era consiguiente la tuviesen sobre sus hijos. Pero esto está enteramente derogado por la *ley* 3, *tit.* 5, *lib.* 10, *Nov. Rec.* (47 *de Toro*) que establece sea habido por emancipado en todas las cosas para siempre, el hijo ó hija casado y velado; pues si segun ella, no está el tal hijo en poder de su padre, tampoco pueden estarlo los que descienden de él. Lo literal de *dicha ley*, añade el señor Sala, *núm.* 1, nos hace creer contra Antonio Torres y Martin Galindo ser necesarias las velaciones de las nupcias, para que tengan fuerza de emancipacion.

Núm. 2. *Necesidad ó no necesidad en el dia de las velaciones.* Sin que trate de impugnar en un todo la opinion del señor Sala, me parece muy del caso esponer los fundamentos de los que dicen no ser necesarias en el dia las velaciones, y algunas cuestiones sobre el particular. Velaciones es bien sabido no son otra cosa que la bendicion que el sacerdote echa á los contrayentes, acompañada del demas ceremonial establecido por la iglesia. Casi todos los comentadores á *d. ley* 47 *de Toro* afirman, que el fin de sus legisladores al exigir las velaciones fue el impedir tal vez que pretendiese algun hijo salir de la patria potestad, celebrando un matrimonio clandestino, y que de ese modo se aumentasen estos, por el afan con que muchos se apresurarian á celebrarlos, estimulados por el no pequeño aliciente de salir de la dependencia paterna; de modo, que si no hubiesen exigido la necesidad de velaciones, su *ley* 47, vendria á ser un móvil poderoso de los tan criminales matrimonios clandestinos, y destructora de otras leyes tambien de Toro, que como no anulados aun los reprueban, y castigan. Siendo pues

hoy imposible que ningun hijo pretenda salir de la sujecion paterna por la celebracion de matrimonio clandestino, y que este exista, por estar declarado nulo, falta el fin de la ley en estas palabras, y por lo mismo no deben tener efecto. Que este sea el fin de la ley lo asientan, repito, sus espositores, en términos que el señor Llamas Molina habiendo sentado lo contrario en su *núm.* 13, sostiene despues en *el* 36, no ser en el dia necesarias por esta razon las velaciones; y se deja ver por la guerra á muerte que como antes dije, otras leyes inmediatas hacen al tal matrimonio clandestino, por no estar todavia declarado nulo.

Segun esto pregunto ¿el que casa con un viudo, ó viuda sale de la patria potestad? El citado Molina, *núm.* 28, resuelve que sí; y efectivamante seria estrechar demasiado la interpretacion á este caso, pues él no tiene nada que ver con que la iglesia disponga que no intervengan velaciones cuando se casa algun viudo, y tanto para ante esta como para ante los hombres, está tan casado como el que las recibió. Pregunto mas: se casó uno estando cerradas las velaciones, ¿llevará el usufructo del peculio adventicio segun le llevan, como veremos, los casados y velados? Si muere antes de velarse dejando su muger en cinta, ¿el feto estará bajo la potestad del abuelo, con arreglo *á la d. ley* 1.ª *de Partida*? Son verdaderamente dudosas estas dos cuestiones entendidas las palabras de *d. ley* 3.ª, *tit.* 5, con el rigor con que lo hace Sala; pero me parece no seria un gran despropósito decir de ellas lo que de la anterior. Cuando se está en el caso de interpretar la ley estrictamente es con los que dejen de velarse por desprecio ó descuido, sin estar legitimamente impedidos de cumplirla: mas creeré que no asi con los que, llenos de buena fé, no lo hacen por prohibírselo la misma ley. A esto se añade el quedar su objeto y fin perfectamente salvados.

Núm. 3. *Modos de constituirse la patria potestad.* Se adquiere esta por uno de los medios siguientes. 1.° Por el matrimonio legítimo y validamente contraido, *ley* 4, *d. titulo* 19; ó por la legitimacion hecha segun esplicaré en el *tit.* 7, *ley* 9, *tit.* 15, P. 4. 2.° Por la adopcion, y arrogacion en los términos que esplicaré en el mismo, *d. ley* 4. 3.° Si el hijo emancipado por el padre hiciese algun yerro contra él, porque hubiese de volver á su poder, cuyo yer-

ro dice la *ley* 19, *tit.* 18, *d.* P. 4, ha de ser deshonrándolo por palabras ó hechos. Pero advierto con Llamas Molina, *d. ley* 47, *núm.* 37, que el hijo emancipado por haber contraido matrimonio, no volverá por esta razon á la patria potestad, pues segun la *ley* 47 es habido por tal *para siempre*; y aun puede fundarse esto mismo en la *d. ley* 4, pues dice vuelva á su poder por yerro que cometiese contra él el hijo emancipado por el padre, de que puede inferirse, no se estiende esta disposicion á los emancipados, y salidos de su poder por los otros medios que luego espresaré. Esta misma ley añade, que se adquiere tambien patria potestad si, habida contienda entre algunos sobre si eran padre é hijo, fuese dado juicio acabado de que lo eran; pero esto, como dice muy bien Sala, hablando con rigor, mas es modo de probar este poder que de constituirle.

Núm. 4. *Modos de acabarse la patria potestad; y esplicacion de algunos de ellos.* Sabidos los medios por que se adquiere la patria potestad, se está en el caso de ver por cuáles se pierde. El principal puede decirse es el que ya vimos, *núms.* 1 *y* 2, establece la *ley* 3, *tit.* 5, *lib.* 10, *Nov. Rec.* 2.° Muerte natural. 3.° Dignidad á que subiere el hijo. 4.° La emancipacion, cuando el padre saca á su hijo de su poder á placer de él, *principio del tit.* 18, P. 4. 5.° Por el pecado de incesto pierde el padre el poder que ha sobre sus hijos, dice la *ley* 6, *tit. d.* 6.° La pierde tambien cuando desamparándoles, les echa á las puertas de la iglesia, hospital ú otros lugares de misericordia, de donde la piedad de otros los recoje, *ley* 4, *tit.* 20, P. 4. 7.° Por la muerte civil, *princ. y ley* 2, *d. tit.* 18.

A propósito dejé para el último este modo de acabarse la patria potestad, porque tengo mis dudas de si existe hoy; pero antes de esponer en qué las fundo, debo decir qué se entiende por muerte civil en las leyes de Partida. De ella pone dos especies la *dicha ley* 2, de las cuales la una, que es la mas pesada, la compara á la servidumbre de la pena de los romanos, y la otra á la que estos decian *deportacion*, que tambien entre ellos eran modos de estinguir la patria potestad. Por una y otra se tomaban antes los bienes del desterrado. Pero si á alguno se le desterraba á que fuese á vivir á algun lugar para siempre ó para tiempo cierto, mas

sin quitarle sus bienes, este castigo, llamado por los romanos *relegacion*, no estingue segun la *ley* 3, *d. tit.* 18, la patria potestad. De los encartados, esto es, los pregonados de no poder entrar en la ciudad ó villa de que eran moradores, ó en la tierra de donde son, dice la *ley* 4 *de d. titulo* 18, que se comparan á los deportados, si se les toman los bienes, y á los relegados, si no se les toman. De lo dicho resulta, que aquel incurria en pena de *muerte civil*, segun las dichas leyes, que era castigado con pena de destierro perpétuo y confiscacion de bienes.

Sabido en que circunstancias podia antes decirse de uno que incurriera en muerte civil; pregunto ¿hoy tiene lugar esta pena? Creo que no, y me esplicaré. Antes de nada conviene saber que es muerte civil; y juzgo se entiende comunmente por ella, *la pérdida de los derechos de ciudadanía relativamente al pueblo de donde uno es ciudadano, en pena.* Digo en pena; porque no toda pérdida de ciudadanía puede llamarse muerte civil. Viniendo ahora á la cuestion; algunos tal vez apoyarian mi opinion en el *art.* 10 *de la Constitucion*, que prohibe la pena de confiscacion de todos los bienes, pues siendo esta indispensable para la muerte civil segun las espresadas *leyes de Part.*, únicas que rigen en esto, debe decirse no puede tener lugar. No deja de hacer fuerza este argumento; pero para mí presenta una solucion de él muy satisfactoria el señor Hernandez de la Rua, *lec.* 12, que hubiera desenvuelto si viniera á mi propósito: de suerte, que este opina existe la muerte civil, modo de acabarse la potestad patria. Yo miro la cuestion por otro lado, y discurro asi. Segun la definicion espuesta, es indudable que morir civilmente y perder los derechos de ciudadano español son sinónimos; que el que conserva estos no puede decirse muerto civilmente, cuyas ideas creo no negará nadie. ¿Y se pierde hoy la ciudadanía española por el destierro perpétuo? ¿se pierde por alguna otra pena? El *art.* 1.° *de la Const.*, que pone los motivos por que se pierde la cualidad de español, ninguno de estos señala; y no se diga que no los escluye, pues será insensatez inaudita decir, que la Constitucion de la monarquia ponga solos dos medios de perder los españoles su ciudadanía al paso que reconoce y admite otros. Si, pues, aunque sea uno desterrado perpetuamente, no

puede decirse que pierda la cualidad de ciudadano español, es consecuencia forzosa de esto, que no incurre en muerte civil; ó para hablar con mas generalidad, es consecuencia inmediata de lo que llevo dicho que hoy no se puede incurrir en la pena de muerte civil.

Con respecto á los otros modos de perder la patria potestad la *ley* 1, *de d. tit.* 18, distingue en el 2.°, como las romanas entre la muerte del padre y del abuelo, por motivo de que los hijos no salian en aquel tiempo de la potestad de sus padres por casarse; pero ya vimos *núms.* 1 *y* 2, lo que hay en cuanto á este modo de emanciparse, y por lo mismo, no es del caso hacer ahora mencion de la muerte del abuelo.

Por lo que mira al modo 3.° se señalan en la *ley* 7 *y las* 7 *siguientes de d. tit.* 18, doce dignidades que libran al hijo de la patria potestad, con relacion al señalamiento que hizo Justiniano en la *novela* 81. De ellas solo conocemos ahora la de obispo, y tesorero general del rey, porque las demas están enteramente transformadas en otras nuevas que tenemos, las cuales no pueden decirse las mismas por lo mucho que discrepan entre sí. Debe decirse por lo mismo, atendido el espíritu de *dichas ocho leyes*, y la clase de dignidades que presentan, que librarán en el dia de la patria potestad aquellas que constituyen al hombre gefe real privativo de algun distrito ó cuerpo distinguido.

Núm. 5. *De la emancipacion.* Es la emancipacion segun la *ley* 15, *tit.* 18, *d.* P. 4, un *acto por el cual saca el padre de su poder por su voluntad á un hijo que lo consiente.* Atendidas las mismas leyes, se hacia la emancipacion presentándose el padre con el hijo ante el juez ordinario, y asi ambos presentes, debe decir el padre que saca al hijo de su poder y el hijo consentirlo, *d. ley* 15. Mas si el padre quisiese emancipar al infante ó ausente, que no pueden prestar el debido consentimiento, era preciso hacer la emancipacion con licencia del rey, y no de otra suerte, *ley* 16. Esta facultad de conceder emancipaciones que tenian los jueces, se les limitó ya por la *ley* 4, *tit.* 5, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, que ordena, no pudiesen declarar emancipaciones, sin primero dar cuenta al consejo con los instrumentos de justificacion y causas de ella.

En el dia solo el gobierno ó el rey conceden las emancipaciones, desde que las cortes le autorizaron para conceder esta gracia, y otras de las llamadas al quitar, por *ley* 14 *de abril de* 1838. En la aclaracion de esta ley salió en 19 del mismo mes una *real orden* arreglando y prescribiendo el método y trámites que deben observarse al solicitar la obtencion de dichas gracias. En ella se previene, que los que las soliciten, deberán hacerlo por la secretaría de Gracia y Justicia, acudiendo primero con la solicitud para S. M. y documentos en que la funden directamente á la audiencia respectiva. Esta debe dirigirla al juez de primera instancia competente, el cual abrirá un espediente instructivo, oirá sin forma de juicio las personas que puedan tener interés en el asunto, admitirá las justificaciones que los interesados ofrecieren, las recibirá en su caso de oficio, y luego devolverá á la audiencia el espediente original con su informe. Esta, oyendo al fiscal, examinará si se halla competentemente instruido; no estándolo, lo ampliará segun corresponda, y cuando se halle completo, lo elevará original al gobierno con la censura fiscal y su informe.

Sabido que los padres no pueden conceder por sí solos y sin el auxilio de S. M. las emancipaciones á sus hijos, veamos si estas son siempre tan voluntarias como espresa su definicion. Por regla general y en lo regular, ni el padre puede ser precisado á emancipar á su hijo, ni el hijo á ser emancipado sin que los dos hayan convenido, *ley* 17, *d. título* 18, P. 4. Pero hay cuatro casos referidos en la *ley* 18, en los cuales puede el padre ser obligado á emancipar. 1.° Cuando castiga al hijo muy cruelmente sin aquella piedad que debe haber. 2.° Cuando prostituye á sus hijas. 3.° Cuando admite lo que le dejan en testamento bajo la condicion de emancipar á su hijo. 4.° Si habiendo adoptado á su entenado ó hijastro menor de 14 años, y este salido de esta edad, acudiese descontento de su padrastro al juez para que le mandara emancipar. Ahora deberá acudirse al gobierno, segun lo dicho.

Núm. 6. *Resúmen del* §. 1. Siguiendo el orden observado en los títulos anteriores, debo decir en resúmen, que la patria potestad, cuya definicion vimos, *núm.* 1, compete solo al padre sobre sus hijos legítimos, y no á los abue-

los ni à la madre, ni sobre los ilegítimos, aunque pueda decirse que egercen algun poderío sobre los que las leyes les obligan á educar; pero esto no es verdadera patria potestad; que para salir de esta por subsiguiente matrimonio no son necesarias en todos casos las velaciones, y que es dudoso si lo son hoy en alguno, *núms.* 1 *y* 2: por los 3 *y* 4 sabemos por qué medios se adquiere y pierde, siendo dudoso si se pierde en el dia por la muerte civil, y por cuáles dignidades: y consta por último del 5, qué sea emancipacion, quién la concede, cómo debe solicitarse, y en qué casos podrá un padre ser obligado á emancipar á sus hijos.

§. II.

Efectos de la patria potestad; y obligaciones que de ella emanan entre padres é hijos.

Núm. 1. *De algunos efectos de ella.* Debo recordar ante todo que las madres, como dije *núm.* 1, §. *ant.*, no tienen patria potestad alguna sobre sus hijos legítimos, y por consiguiente los que pondré por efectos de esta dicen solo respecto al padre. Uno de ellos es el poder este obligar á sus hijos, de cualquiera edad que sean, mientras no esten emancipados se supone, á que si se han separado de él, vuelvan á su compañía, y á ponerse bajo sus órdenes y direccion, pudiendo usar de la autoridad judicial al efecto, *ley* 10, *título* 17, P. 4. Asi puede corregirlos y castigarlos, pero con suavidad, y sin que lisie su cuerpo, *ley* 18, *tit.* 18, P. 4, en virtud del deber que tiene de criarlos y educarlos. Como esta obligacion pesa igualmente sobre las madres, y dice respecto aun á los hijos ilegítimos sobre que no se tiene patria potestad, debe decirse que el espresado efecto no es enteramente esclusivo de ella, como el anterior, y por consiguiente, egercen los padres poderío de correccion sobre todos los hijos que luego veremos están obligados á educar, como ya indiqué en *d. núm.* 1. Otro efecto de la patria potestad, y

de ningun modo esclusivo de ella, es el derecho de poder exigir alimentos de sus hijos los padres necesitados, pues como luego diré en particular, compete á los que tienen aquella potestad igualmente que á los que no la tienen.

Hay otros efectos propios y esclusivos de la patria potestad, cuales son: dar tutor, nombrar substituto pupilar, no poder contratar válidamente ni obligarse padre é hijo, de que se hablará en los lugares oportunos; y hay el tan famoso derecho que tienen los padres de adquirir y ganar parte de los bienes de sus hijos sujetos á ella, la que se conoce con el nombre de peculios; efecto de muchísima consideracion, digno de tratarse por lo mismo particular y estensamente.

Núm 2. *De los peculios de los hijos, y derecho del padre en ellos.* Las leyes antiguas de los romanos mandaban, que todo el peculio de los hijos retenido en el poder de su padre, esto es, todos los bienes que estos hijos tenian y manejaban, fuesen de sus padres. Pero despues distinguieron varias especies de peculios, estableciendo lo que debia observarse en cada una de ellas; y á este nuevo aspecto se han acomodado las nuestras.

Con respecto á ellas solemos llamar «peculio, el peque» ño patrimonio que tiene ó maneja el hijo separado de los » bienes que gobierna el padre.» Es en la persona del hijo de tres especies, profecticio, adventicio, y castrense ó cuasi castrense, *ley* 5, *tit.* 17, P. 4: y si quisiéramos dividir el cuasi castrense del castrense, como lo hacen comunmente, por ser efectivamente distintos, aunque son los mismos sus efectos, diremos que son cuatro.

Peculio profecticio es «el que ganan los hijos con los » bienes del padre ó por razon del padre que los tiene en su » poder.» Adventicio se llama «el que gana el hijo por obra » de sus manos, ó por otro menester, ó sabiduría que hubie» se, ó le viene por donacion, legado ó herencia de su ma» dre ó de cualquier otro, ó si hallase tesoro ó alguna otra » cosa, *d. ley* 5, *tit.* 17, *P.* 4.» Castrense es «el que gana el » hijo por razon de la guerra, ó como suele decirse, de la mi» licia armada:» y cuasi castrense «el que gana por razon de » la milicia togada,» esto es, como dice la *ley* 7 *d. tit.* 17, lo que adquieren los maestros de cualquiera ciencia por pension, ó lo que se dá de salario á los jueces ó escribanos del

rey, ó á otros semejantes por razon de oficio. Tales serán por ejemplo, aunque la ley no los espresa, el abogado, médico etc. Toda donacion que hace el rey es peculio cuasi castrense del donatario, *d. ley* 17 *al fin.*

Hasta aqui nuestras leyes, acerca de cuyo contesto en medio de la claridad con que hablan, no dejan de ocurrir algunas dudas al reducirlas á casos particulares. Como tal he visto propuesta la de si pertenece al peculio adventicio ó cuasi castrense lo que un hijo gana por razon de artes liberales, que yo, y tal vez lo erraré, atribuyo al primero, fundado en las palabras, y espíritu de *ds. ll.* 5 *y* 7. Léanse con cuidado y se notará, que la primera no dice peculio adventicio solo lo ganado por obra de las manos, sino que usa de las palabras, *é otra sabiduría que oviese*; y que la segunda llama casi castrense lo que se gana por los oficios de provision real, ó lo que es lo mismo, para cuyo ejercicio se necesita título del rey, en cuyo caso no se halla el de muchas artes liberales. Si efectivamente para la práctica de alguna se necesita estar autorizado con él, no dudaré en decir por esta razon, que pertenece al peculio cuasi castrense lo que por ella gane un hijo; pero no por sola la de ser arte liberal.

Nada dicen las *leyes espresadas* de los beneficios eclesiásticos, y de lo ganado en la iglesia por razon de orden sagrado. Digo por razon de orden sagrado, para distinguir de lo que ganan en ella los sirvientes, músicos y demas de esta clase, cuyos salarios pertenecen sin duda al peculio adventicio. Mas los intérpretes, por induccion, los colocan universalmente en la clase de peculio cuasi castrense, de modo que puede esta decirse opinion comun, y recibida por todos. Véase Febrero, 1.ª *part.*, *cap.* 12, *núm.* 19, *y* 2.ª *lib.* 2, *cap.* 3, *núms.* 38 *y* 66. Las *leyes del tit.* 21, P. 1, no solo sacaban al padre lo que el hijo ganaba por cualquiera de los títulos espresados, sino que se lo concedian á la iglesia por contemplarlo peculio profecticio de esta, cuyas leyes están derogadas por las que citaré en *el título de los testamentos.* No habiendo otras que hablen de esto, puede decirse que la referida comun sentencia no tiene un verdadero apoyo en nuestras leyes; pero no es menos cierto que no las es contraria, pues aunque no está del todo conforme con la 7, que espresa qué se entiende por peculio cuasi castrense, ni esta ni

sus dos anteriores pueden comprender en sus disposiciones lo ganado por razon de orden sagrado, puesto que su legislador ya dejaba ordenado en otro sitio, como vimos, lo que queria se observase en cuanto á esto. Resulta por consiguiente, que no hay fundamento legal que obste adoptar la opinion de los intérpretes; bien que dirá alguno, que el orden es no adoptarla, ni desecharla, sino consultar al legislador.

Debo advertir en conclusion de esta materia, pues me parece fácil se incurra en equivocacion, que no todo lo que gana el hijo clérigo, militar, abogado etc., será peculio castrense ó cuasi castrense, si no solo lo ganado por razon de estos destinos; y por consiguiente lo que adquiera por las circunstancias que constituyen el peculio adventicio profecticio, sera tal, mientras permanezca en la patria potestad.

Sabido á que clase de peculio pueden pertenecer las diversas cosas que tengan y ganen los hijos, veamos cuales son los derechos del padre en ellos, que esplico con los siguientes principios. 1.° El peculio profecticio pertenece al padre en propiedad y usufructo, de suerte que el hijo tiene solo su administracion y giro, porque el padre quiere concedérsela. 2.° El usufructo del adventicio, y por consiguiente su administracion es del padre; pero la propiedad es del hijo, *ley* 5, *d. tit.* 17, *P.* 4. 3.° Los peculios castrense y cuasi castrense pertenecen en un todo al hijo en propiedad y usufructo; *ll.* 6 *y* 7, *d. tit.* 17. 4.° Estos derechos, y hasta el mismo nombre de peculio dado á lo que poseen los hijos, tienen solo lugar con los que estén bajo patria potestad; y no con lo que ganan los que han salido de ella, como se deja conocer, pues en este caso padre é hijo son dos personas estrañas. 5.° Salido el hijo de la patria potestad por casarse y velarse, lleva su peculio adventicio en propiedad y usufructo, y pierde por consiguiente este el padre, *ley* 3, *tit.* 5, *lib.* 10, *Nov. Rec.* (48 de Toro.) 6.° Si sale de la patria potestad porque este le emancipa, lleva solo mitad del usufructo, quedando al padre la otra; *ley* 15, *tit.* 18, P. 4. Cuando el hijo sale por otros medios de la patria potestad, guardan las leyes un silencio que no debian, sobre si el padre conserva el usufructo del peculio adventicio, ó lo lleva aquel; silencio que da motivo á cuestiones no pequeñas, que estoy en el caso de examinar.

Núm. 3. *Cuestiones varias sobre el usufructo del peculio adventicio.* Son de consideracion algunas dudas que ocurren sobre el tiempo por el cual conserva el padre el usufructo del peculio adventicio. Antes de entrar en ellas, conviene advertir, que aunque por nuestra antigua legislacion eran otras las ideas y efectos consiguientes en los peculios, en la actualidad están unas y otros en completa relacion y dependencia de la de Partida. Atendiendo pues á ella sola, debe tenerse por sentado, que el usufructo del tal peculio se concede al padre por razon de la patria potestad, como aparece convincentemente de que acabada esta no hay lugar á este peculio ni á otros y de que solo se concede al padre, y solo sobre sus hijos legítimos como aquella, y como lo dice espresamente la *cit. ley* 5, *tit.* 17.

De esto parece debia inferirse que acabada la potestad patria perezca el usufructo de dicho peculio; y lo indica ademas asi la *ley* 15, *tit.* 18, que dice, «que el padre al emancipar un hijo por esta razon, quél saca de su poder, puede retener para sí de los bienes adventicios del fijo la meitad del usufructo. E esta meitad siempre se entiende que la puede haber por galardon, porque le sacó de su poder.» ¿Quién no se ve por estas palabras que la ley supone pierde el padre el usufructo con la patria potestad? De lo contrario no diria conserve el padre mitad de él en galardon por el favor que le hace, sino que pasase al hijo la mitad. El espíritu de la *ley* 15 *d.*, parece ser este; padre, tú debias perder todo el usufructo al salir tu hijo de tu potestad, pero por el gran favor que le haces en librarle de esta, conserva la mitad. Me hago cargo de que la *ley* 5, *tit.* 17 dice, que en el peculio adventicio es la propiedad del hijo, «e el usufructo del padre en su vida por razon del poderío que ha sobre el fijo;» mas, ¿no se podrá asentar, sin violentarla, que la ley dice «en su vida,» por suponer duraba la patria potestad por toda la vida? Sus espresiones siguientes, que dan por razon de durar por toda ella el usufructo, el poderío del padre, lo indican asi, y lo convence la duracion de este en aquel tiempo hasta la muerte.

Supuestos estos principios, vengamos á las cuestiones que son de varios géneros. 1.ª La *ley* 5 de Toro permite testar al hijo de familia, como si estuviera fuera de la potestad pa-

tria: la 6 le permite disponer de la tercera parte de sus bienes en favor de estraños: ¿podrá, preguno, disponer de la tercera parte del usufructo del peculio adventicio, como de la tercera de la propiedad? Antonio Gomez en la *ley* 48, *núm.* 6 está por la opinion negativa, y en la *d. ley* 6, *número*, 15, por la afirmativa. Llamas en la misma *ley* 6, *núm.* 14, lleva esta última, fundado principalmente en que la *citada ley* 5 permite testar al hijo de familia como si estuviera fuera de la potestad de su padre, y si testase estando libre de esta, podria disponer del usufructo y propiedad de la tercera parte de sus bienes; luego aunque esté sujeto á ella podrá hacerlo tambien. 2.ª Segun la dicha *ley* 6 *de Toro*, la madre es igualmente que el padre, heredera forzosa de las dos terceras partes de los bienes de sus hijos, como estos lo son de ella, por lo que hoy los padres suceden á sus hijos *jure hereditario et non peculii* ¿Y le sucederá en la mitad del usufructo del peculio adventicio, cuya propiedad lleva, en igual parte? Llamas, *núm.* 13 *de d. ley* 6, lleva con Gomez la opinion negativa. 3.ª En el caso de salir el hijo de la patria potestad, por subir á dignidad, ó por los otros medios espresados en el *núm.* 4, §. *ant.*, ¿ganará y llevará el usufructo del tal peculio, ó lo conserva el padre? El citado Llamas, *ley* 48, *núm.* 18, opina, que lo conserva este. Una es la razon porque se deciden estos tres casos, en que yo opino debe llevarse la proposicion afirmativa, cuya razon se funda en los principios antes sentados. Ademas, por los dos primeros están las *d. leyes de Toro*, que son las 4, *tit.* 18, *y la* 1, *tit.* 20, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, que hablando en general no hay un fundamento que dicte deban ser pospuestas por lo que no es mas que presuncion. En efecto ¿qué otra cosa es la razon, que Gomez, Llamas, y los que llevan la contraria opinion alegan en su apoyo? Dicen que concediendo la *d. ley* 5, *tit.* 11, en general el usufructo al padre en su vida, no debe sacársele, á no ser en los dos casos de matrimonio y emancipacion esceptuados por las que vimos aunque el hijo salga de su poder. Pero les preguntaré cesando la razon de la ley, ¿no debe cesar esta en sus efectos? ¿y negarán que no tuvo otra, al conceder al padre el usufructo del peculio adventicio, que su potestad patria? Tal es mi sentir, que contemplo arreglado á las leyes, á la prác-

tica, y aun diré que al cambio sufrido por la opinion é ideas dominantes.

Preguntan algunos por separado, si el hijo clérigo puede testar del usufructo del peculio adventicio. Es claro que el padre tiene su usufructo, como si fuese el de cualquiera otro hijo; y atendido lo dicho, no lo es menos que á su muerte puede, como los demas, testar de él; inútil es por consiguiente pararse en este punto. Solo hice mencion de él, porque algunos, (véase Llamas, *ley* 6, *núm.* **17**) querian hacer con los clérigos una escepcion, fundados en la *ley* 3, *tit.* **21**, P. **1**, que en mi sentir solo dice puedan disponer de los tales bienes en contraposicion de los ganados *intuitu eclesiæ*, de que entonces no podian testar.

Debo decir en conclusion de este tratado sobre el usufructo del padre en el peculio adventicio, que cuando el hijo quita al padre su administracion en el caso que espresaré, *núm. sig.*, se espresa asi la *ley* 2, *tit.* 2, P. 3, despues de disponer se entregue aquella al mismo hijo si es mayor de edad ó á hombres buenos si menor: « pero si el padre ó » el abuelo fuere menguado, esto es, pobre, débenle dar de » las rentas ó de los frutos de estos bienes lo que fuere me- » nester para su vida, e lo al (quiere decir lo sobrante) guar- » darlo para cuyo es. » De estas palabras infiere Greg. Lop., *glos.* **14** que en el caso, á que la ley se refiere, no pierde el padre solo la administracion del tal peculio, sino tambien el usufructo: esposicion muy fundada, y aun puede casi decirse espresa en la ley; por lo que podrá ponerse este como el singular y único caso, en que el padre, conservando su potestad sobre un hijo, pierde el usufructo de sus bienes adventicios.

Núm. 4. *Derechos de los hijos respecto á sus padres.* Asi como los padres tienen derechos sobre sus hijos, los tienen tambien estos sobre aquellos. Mas procediendo los de los padres de la patria potestad, y siendo recíprocos ordinariamente los derechos y obligaciones entre unos y otros, es claro que en su mayor parte solo los gozan contra sus padres los hijos dependientes de aquella. Estos derechos contra sus padres, esclusivos de los hijos sujetos á patria potestad, son relativos. **1.°** A que le administre y cuide bien sus bienes adventicios, pues como ordena la *ley* 5, *d. tit.* **17**, P. 4, es

obligacion del padre guardarlos y defenderlos tanto en juicio como fuera de él. 2.° A que no se los malgaste, ni enagene su propiedad, y si lo hace, podrá quitarle el hijo su administracion, y aun su usufructo, quedando solo obligado á darle alimentos, si los necesita, segun se ve por la antes citada *ley* 2, *tit.* 2, P. 3. 3.° A que le administre sus bienes castrenses ó cuasi castrenses mientras es menor, pues el hijo no puede hacerlo, y el nombrarle curador al efecto parece una anomalía, viviéndole su padre, tanto mas cuanto que no hay ley que diga se les dé en vida de este, antes bien todas las del tratado de tutelas suponen por el contrario, mejor dicho, espresan que la tutela y curatela solo tienen lugar en hombres libres, independientes de patria potestad. A esto agréguense las que encargan al padre la crianza y cuidado de sus hijos, y por consiguiente de sus cosas. Con todo debo decir, que no sé de ley que ordene esto espresamente. 4.° Lo que puede sí sentarse por indudable es, que el hijo podrá pedirle, y por lo mismo el padre está obligado á darle cuentas de los tales bienes castrenses ó cuasi, de cualquier clase que hubiese administrado; y no solo puede aquel reclamárselas al padre con los frutos y rendimientos, sino muerto él á sus hermanos y herederos. Pero podrán en este caso aquel ó estos hacerle descontar los alimentos, y cuanto hubiese gastado con él, pues los padres no están obligados á alimentar al hijo rico, y ademas la décima como administrador: véase Febrero, 2.ª *part.*, *lib.* 2, *cap.* 3, *núm.* 65. Los espuestos derechos son esclusivos á los hijos sujetos á patria potestad; no asi el que les asiste á ser alimentados y educados por sus padres segun su posibilidad y estado, *ll. del tit.* 19 *y* 20, P. 4. Efectivamente están los padres obligados por estas *leyes* á cuidar, no solo de sus hijos legítimos sino tambien á los ilegítimos en su mayor parte; mas es demasiado lata esta materia para no ser esplicada en tratado particular. Por lo que, dejándola para el siguiente, paso á poner el resúmen de este párrafo.

Núm 5. *Resúmen de este* §. 2. En su *núm.* **1** constan algunos efectos de la patria potestad, de los que no todos son esclusivos de ella: en el 2, qué clases hay de peculios, á cuál pertenecen las artes liberales, á cuál los beneficios eclesiásticos, y lo ganado por razon de orden sacro; que no es

peculio castrense ó cuasi todo lo que adquiere el militar, clérigo etc.; y qué derechos tiene el padre á estos peculios: por el 3 sabemos, que es cuestionable si el hijo puede testar de la tercera parte del usufructo del peculio adventicio, si la madre cuando sucede á su hijo con el padre, lleva con la parte de propiedad que le toque de él, el correspondiente usufructo, y si le adquiere el hijo cuando sale de la potestad patria por subir á dignidad, ú otro medio; en cuyas dudas parece mejor la opinion afirmativa, máxime en las dos primeras; sabemos mas, que hay algun caso en que el padre pierde el usufructo del peculio adventicio, al paso que conserva su potestad sobre el hijo: y por último en el *núm.* 4 constan y los derechos que gozan los hijos respecto á sus padres.

§. III.

De la crianza de los hijos, ó de los alimentos.

No tiene mayor conexion la materia de *este* §., con el objeto principal del título. Pero ¿la ley imperiosa del orden y el enlace de las materias no exije que se trate aqui? Yo al menos no veo que otro título señale y designe aquel, como mejor y mas propio para agregar el tratado de alimentos. Por otra parte, no hago en esto mas que seguir el orden y método de las Partidas.

Num. **1.** *Quienes sean hijos naturales.* Es indispensable, para comprender muchos puntos de *este* §. y de otros muchos tratados del derecho, saber qué diferencias se conocen de hijos ilegítimos; por lo que contemplo oportuno detenerme antes de nada en su esplicacion. Los mas distinguidos entre ellos por el mayor favor que les dispensan las leyes, son los naturales cuya definicion nos dá la *ley* **1**, *tit.* 5, *lib.* **10**, *Nov. Rec.* (**11** de Toro) en estos términos. « Porque no se pueda dudar cuáles son hijos naturales, ordenamos y mandamos que entonces se digan ser los hijos naturales, cuando al tiempo que nacieren ó fueren concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dis-

» pensacion, con tanto que el padre lo reconozca por su hi-
» jo, puesto que no haya tenido la muger de quien lo hubo
» en su casa, ni sea una sola: ca concurriendo en el hijo las
» cualidades susodichas, mandamos que sea hijo natural. »

Habla con una claridad regular esta ley; pero no es sin embargo la bastante à evitar algunas dudas. En su esplicacion dice muy bien Gomez, *núm.* 2, que por sus últimas palabras se ve hay dos medios para probar ser un hijo natural; el uno el reconocimiento del padre; y el otro haber nacido de una cuncubina, ó muger que sola y sin otra tuviese el padre en su casa: lo mismo Acevedo, *d. ley* **1**. El reconocimiento de que acabo de hablar, no es necesario sea espreso; bastará el tácito que se acredita por hechos y conjeturas, como prueban, dice el señor Sala, *núm.* 4, *tit.* 8, *lib.* 2, refiriendo algunos hechos. Castro de *conjectur. et interpret. voluntat. cap.* 125, *desde el núm.* **18**; Cervantes *en d. ley* **11**, *núm.* 139 y otros varios.

Atendidas las otras palabras de la *ley*, de decirse hijo natural el concebido, ó nacido en tiempo en que sus padres puedan casarse justamente sin dispensacion, parece que debe pertenecer á esta clase el hijo de muger casada y soltero, nacido despues de disuelto el matrimonio por la muerte del marido, pues la ley solo exije que puedan casarse sus padres justamente sin dispensacion en uno de dos tiempos, cuya circunstancia se halla cumplida en este caso: y que pertenecerán tambien por la misma razon los hijos de sirviente y sirvienta de un mismo señor, y los demas que en el *núm.* 2, *tit.* 5, *lib.* 2, espresaré son de dañado y punible ayuntamiento por parte de la madre. Pero ¿qué diremos entonces á la *ley* 5, *tit.* 20, *lib.* **10**, *Nov. Rec.* (9 de Toro) que, al paso que llama á suceder á su madre á los hijos naturales y espúreos, escluye los de dañado y punible ayuntamiento por parte de ella? ¿Querrá espresar con esta esclusion que no sean naturales los tales hijos, aunque nazcan en tiempo en que sus padres puedan casarse justamente sin dispensacion como dispone la *d. ley* **11**?

Mucho se han fatigado los espositores en conciliar estas dos leyes, como puede verse en Ant. Gomez, que en *el núm.* **14**, *á. d. ley* **11**. afirma, no ser naturales los hijos dichos de dañado y punible ayuntamiento por parte de la ma-

dre, fundado en el lugar citado de la *ley* 9.: y en Llamas, que en el *coment. á esta última, núms,* 60 *y* 65, sostiene por el contrario, que *la* **11** deroga en esta parte *la* 9, y por consiguiente que, aunque los hijos fuesen concebidos en dañado y punible ayuntamiento, si nacieren en tiempo hábil, sucederán á su madre como naturales. Lo erraré tal vez, y será un atrevimiento en mí el contradecir á autores tan respetables, y á los que los siguen; pero al mismo tiempo no puedo menos de decir, que contemplo erradas una y otra esposicion: la de Gomez por ser contraria á las palabras terminantes de la *ley* **11**, y la de Llamas por destruir casi del todo la citada disposicion de la *ley* 9, y ser contraria á sus palabras, porque imponiendo su pena á los hijos de dañado y punible ayuntamiento, deben incurrir en ella en cualquier tiempo que nazcan, pues esto no influye en nada para dejar de decirse de punible ayuntamiento; y finalmente, es este mal modo de esponer dos leyes casi seguidas, hechas en un mismo tiempo por unos mismos legisladores, y es opuesto á toda regla de interpretacion.

Destruidas las dos anteriores, estoy en el caso de esplicarme, y esponer mi opinion, consignada implicitamente en lo que llevo dicho. Asi pues, juzgo que atendida la *ley* **11** serán naturales los hijos que, concebidos por dañado y punible ayuntamiento, nacieren cuando sus padres puedan casarse justamente sin dispensacion. ¿Y cómo se concilia esto con lo dispuesto por la *ley* 9? Perfectamente, ¿dice esta, por ventura, que no pueda decirse natural ningun hijo de punible ayuntamiento? Yo al menos no hallo en ella una espresion que tal indique. ¿Pues qué es lo que dice? Tan solo que estos tales no sucedan á su madre, prescindiendo, (nótese bien esto) de que sean ó no naturales. Mas no quiero que se crea redactada por mí esta proposicion, cuando está en la ley en los mismos términos. Hijos naturales ó espúreos, dice esta, yo ordeno y mando que por vuestro orden y grado seais herederos legítimos de vuestras madres, salvo si fueseis concebidos en dañado y punible ayuntamiento. Conceptuo inútil reflexionar mas sobre esto, cuando acabamos de oir hablar á la ley; por lo que concluyo con poner en claro la equivocacion del señor Llamas, para acabar de dar luz á este punto. Asi pregunto, ¿la *ley* **11** deroga en algo á *la* 9?

En nada absolutamente. Dice, es verdad, que los hijos de punible ayuntamiento serán en algun caso naturales; pero esto no es espresar que sucedan á sus madres, que es lo que prohibe la *ley* 9, prescindiendo de que sean ó dejen de ser naturales.

Antes de pasar á hablar de los otros hijos ilegítimos debo advertir, que el último autor, en la *ley* **11** *núms.* 90 y **118**, sostiene, que el hijo de persona que hizo voto simple de castidad, ó contrajo con otra esponsales por escritura pública, no es natural; y lo funda en que la ley dice que sus padres puedan casar *justamente*, lo que no pueden hacer los tales, por oponerse las leyes á su casamiento; y por lo mismo, que si bien es cierto no necesitan dispensacion, les falta otra circunstancia exijida por aquella. No faltan quienes llevan la contraria, y dicen que la palabra justamente, es como una redundancia de la ley, y que no envuelve circunstancia distinta de la dispensacion.

Núm. 2. *De las otras clases de hijos ilegítimos.* Sabido quienes son los hijos naturales, las demas especies de hijos ilegítimos pueden reducirse á las siguientes. **1.ª** La de los espúreos propiamente dichos, que son los hijos de muger que se da á mas que un hombre. 2.ª Los manceres, esto es, los nacidos de meretriz pública, *ley* **1.ª** *tit.* **15**, P. 4. 3.ª Los adulterinos bajo cuyo nombre parecen comprender las leyes de partida al hijo concebido en adulterio, sea de casado y soltera, ó de soltero y casada; á los habidos de estos últimos les llama tambien *notos la d. ley* **1.ª** 4.ª Los incestuosos, que son los nacidos de parienta por parentesco de afinidad *d. ley* 4. Se distinguen tambien otros hijos con el nombre de sacrílegos, tales son los de clérigo ó religiosa; y con el de nefarios ó nefandos, que son los de ascendiente y descendiente, y que no especifican nuestras leyes.

En *la* **10**, *tit.* **13**, P. 6, encuéntrase el nombre de hijos de fornicacion, pero sin espresar quienes entiende bajo él. Si el término fornicacion es lo mismo que fornicio ó fornecino como parece indicar, véase el diccionario del señor Quiroga, *palabra fornicio*, debo decir que por hijo fornecino entiende *la d. ley* **1ª**. *tit.* **15**, lo mismo que adúltero é incestuoso; y *la* **3**, *tit.* **14**, *d.* P. 4, al paso que dice que espúreo es lo mismo que fornecino, dá este mismo nombre al hijo de

persona de distincion y muger baja, como ramera, etc. De esto parece inferirse naturalmente, que se dá el nombre de hijos de fornicacion, de fornicio, ó fornecinos á los ilegítimos en general, esceptuados los naturales; y que la misma significacion tiene el nombre de espúreos tomado impropia y generalmente, y en esta acepcion le toma la *ley* 9 *de Toro*; mas no asi en el sentido propio y riguroso, segun el cual ya vimos á quienes llama por palabras espresas, hijos espúreos *la ley* 1.ª *tit.* 15, que seria contradecir manifiestamente si el nombre propio y riguroso de espúreos se aplicase á todo hijo de fornicacion.

Si alguno de los espresados naciere con las circunstancias exigidas por la esplicada *ley* 11 *de Toro*, por ejemplo, el que dije ser hijo espúreo, adulterino, ó fornecino, es claro que dejando de pertenecer á estas clases, se dirá hijo natural. Y baste ya de esta materia, en que se me disculpará la estension, tal vez demasiada, que la he dado, por su importancia universal en todo el derecho.

Núm. 3. *Qué clase hay de alimentos, y que cosas se comprenden bajo este nombre.* Aunque verdaderamente no debiera hablarse mas que de la crianza, y alimentos de los hijos, lo haré de todos en general por no dividir materias que deben andar perfectamente enlazadas.

El señor Sala, *lib.* 3, *tit.* 11, en que trata de los alimentos con motivo de esplicar los juicios sumarios, los divide en dos especies. La una de aquellos que se deben por el oficio del juez, dictándolo la misma equidad fundada en la razon de la propia sangre, y la piedad, *ley* 2, *tit.* 19, P. 4; y la otra de los que se deben por derecho de verdadera accion nacido de contrato, ó última voluntad, que los constituyó. Tanto á los de una especie como á los de otra acostúmbrase ademas á dividirlos en naturales y civiles, entendiendo por los primeros, lo necesario para conservar la vida, esto es, la comida, vestido, habitacion, y la regular medicina en las enfermedades; y por civiles, aquellas cosas que no siendo absolutamente necesarias para conservar la naturaleza, lo son atendida la cualidad y posicion de las personas. No es fácil señalar qué cosas se comprenden en estos últimos, por la variedad de los autores, que no se han fijado en nada designando unos mas y otros menos,

y por el silencio que en este punto guardan nuestras leyes.

Por lo mismo, sin hacer uso de la dicha distincion por ser bien poco conducente para resolver cuestion alguna, fijemos principios sólidos, mas aplicables á los casos particulares, examinando qué entienden y qué cosas comprenden aquellas en la palabra alimentos, cuando hablan de darlos á algunas personas. Las *leyes* 5, *tit.* 33, P. 7, *y la* 2, *tit.* 19, P. 4, nos lo dicen con bastante claridad. La primera, hablando de la significacion de las palabras, espresa *al fin*, que si un testador lega á otro los alimentos, deberá darle el heredero lo que hubiere de menester para comer, beber, vestir y calzar, y ademas cuando enfermase, las cosas necesarias para cobrar la salud, porque todas estas cosas son menester para la vida del hombre. La segunda, al espresar la obligacion que luego veremos tienen los padres de criar sus hijos, dá la misma estension á la palabra alimentar, con la corta diferencia de comprender tambien la habitacion tan necesaria verdaderamente al hombre como el vestir.

Sabemos ya qué entienden las leyes por la palabra alimentos, ó criar y alimentar. Pues ahora adviértase que la citada últimamente añade, que estos deben darse y prestarse atendidas las facultades del que los debe dar, y circunstancias del que los ha de recibir: disposicion repetida en la *ley* 24, *tit.* 9, P. 6, que ordena, que cuando un testador lega á alguien alimentos, deberá dársele, á no ser en dos casos que espresa, lo que fuese proporcionado atendidas las circunstancias del legatario, que debe recibirlos, y de los bienes que el testador dejó al heredero. De estas aclaraciones de las leyes sacan pie y motivo los espositores para sus comentarios sobre los alimentos civiles, deduciendo unos que segun ellas los padres están obligados á dar carrera, ó dedicar á artes y ciencias á sus hijos, que el alimentante de esta ó de la otra clase debe dar tanto ó cuanto, esto ó lo otro á su alimentado, con otra porcion de inducciones, que no se encuentran ni aun indica la ley.

No las saquemos de su natural y verdadero sentido; las palabras que acabo de referir, en nada varian la acepcion antes dada por la ley á la palabra alimentos; añaden solo que las cosas que se dicen tales, no deben regularse por una misma medida para todas las personas, sino por su calidad

:

y circunstancias. En una palabra, quieren significar, como dice Gregorio Lopez, en *su glos. á d. ley* 2.ª, que el grande no debe habitar, comer, vestir ni ser servido como el de la clase media, ni este como el de la ínfima, el anciano como el niño, ni este como el jóven.

Para convencerse de que las dichas aclaraciones deben limitarse á los términos que acabo de esponer, quiero se reflexione el sin fin de errores en que se cae de lo contrario. En efecto, con arreglo á lo que quiere entenderse por alimentos civiles, y una vez que las últimas palabras dichas de las *leyes* 6 *y* 24, se refieren á ellos, podrá pedir carrera á sus padres, ser elevado á este ó al otro puesto, y que se les contribuya con tantos ó cuantos gastos para su tren y rango, no solo el hijo ilegítimo, sino tambien siendo iguales en clase, el natural, el espúreo, el adulterino, y demas á quienes segun veremos se deben alimentos, el hermano á su hermano, el menor á quien se legaron en general y simplemente lo mismo; y asi todos aquellos á quienes haya obligacion de alimentar. ¿Y son legítimas estas consecuencias? Y tanto que lo son, puesto que espresándose en un todo en los mismos términos las leyes, que hablan de la obligacion de dar alimentos, no hay por que dar mas amplitud á los de unas personas que á los de otras. ¿Y dicen esto las leyes? Seguramente que no. No hay ley que diga, ni aun remotamente, que el heredero á quien se impuso la obligacion en general de dar alimentos á uno, que un hermano á otro, que deba dárselos á otro, que los padres y los abuelos que tienen que darlos á muchas clases de hijos ilegítimos, que el que se obligó simplemente á dar alimentos á otros, caso igual al anterior, deban contribuirles con la porcion de gastos, que quieren entenderse por alimentos civiles. Acaso me he estendido en esto demasiado; pero me disculpa la importancia de la materia con cuya práctica se está tropezando todos los dias.

Concluyo pues, con presentar la consecuencia que se deja deducir de lo dicho. Que bajo la palabra alimentos solo se comprende la comida, vestido, calzado, habitacion, y lo necesario para recobrar la salud en el caso de enfermar: y de estas cosas no se debe dar lo puramente necesario, sino con mas ó menos abundancia, con arreglo á las personas que

deban darlos y recibirlos, *ll. d.* 5, *tit.* 33, *P.* 7, 24. *tit.* 9, *P.* 6, *y* 2 *tit.* 19, *P.* 4.

Por no atribuir á las leyes opiniones que no son suyas, acabo de asentar, que cuando estas hablan de dar alimentos á los hijos, sean legítimos ó ilegítimos, no entienden por alimentos el dedicarlos á artes ó ciencias, ó á otra carrera segun su posibilidad; pero no se crea por eso que yo diga no están por esta razon los padres obligados á hacerlo. ¿Y cómo podria desconocer la razon y la equidad que de lleno lo están dictando? Efectivamente debe esto sostenerse como indudable, si se habla de los hijos legítimos; cuya opinion, no contradicha por ley alguna, puede apoyarse en *la* 3, *tit.* 20, *P.* 2, aunque no la espresa en términos claros: y diria lo mismo con gusto de los ilegítimos, principalmente de los naturales y espúreos; pero forzoso es convenir en que cuanto á ellos no se presenta tan convincente la razon. Y verdaderamente que no discurriria mal el padre que, demandado en justicia al efecto por un hijo ilegítimo, digese que no pudiendo este fundar su pretension en otra ley que en *la* 2 *citada*, esta no le impone mas obligacion que la de criarle y darle alimentos, en los términos que ella misma esplica estos; y segun ella, el darle estado ó dedicarle á artes ó ciencias no se comprende en ellos.

Núm. 4. *A quienes se debe dar alimentos, y por quien.* Como dije al principio del *núm. ant.*, puede una persona estar obligada á dar alimentos á otra, por dictarlo asi la naturaleza, ó por obligacion que ella á sí misma ú otro le impuso. Las personas que por derecho natural se deben alimentos nos las disignan las leyes por este órden. **1.°** Los padres á sus hijos legítimos, y á los naturales, y estos del mismo modo á sus padres, *ll.* 2 y 5, *tit.* 19, *P.* 4. 2.ª Faltando los padres, ó no pudiendo por ser pobres alimentar sus hijos, si los abuelos descendientes son ricos, estarán obligados á alimentar á sus nietos, é igual obligacion tienen estos respecto á aquellos, cuando faltan ó no pueden darles el debido alimento sus hijos, *d. ley* 2, *y la* 4. Y aqui debo recordar la idea importante presentada por el señor Escriche *en su dic.*, *palabra alimentos*, de que cuando hay obligacion de alimentar á un ascendiente, que tiene hijos del primer grado, y nietos cuyos padres murieron, deben estos

concurrir á la manutencion del abuelo, por deber suceder á sus padres en las obligaciones, lo mismo que en los derechos; pero esta concurrencia por la misma razon será en estirpes representando á aquellos, y no en cabezas, como se esplica en las sucesiones intestadas. 3.° La obligacion de dar alimentos á los hijos en cuanto á la madre y demas ascendientes maternos, estiéndese hasta á los nacidos del adulterio, incesto, ú otro fornicio: mas los ascendientes paternos solo están sujetos á la de alimentar, como dejo espuesto, á los legítimos y á los naturales, *ley* 5 *d. tit.* 19, *P.* 4, que da por razon de esta diferencia el ser la madre siempre cierta, aun respecto de estos hijos, pero no el padre. ¿Y á este le cogerá respecto á estos hijos la misma obligacion que á la madre y ascendientes maternos, ó estará libre de ella como los paternos? El Sala lleva esta última opinion sin duda atendiendo á la espuesta razon de la ley, aunque esta no hace mencion alguna de los padres ni para obligarlos, ni para eximirlos. Mas los señores Escriche, y Llamas Molina sostienen la contraria opinion, fundados en el silencio de la *ley* 5, y en que la antes *citada* 2, añade el último, *ley* 10 *de Toro*, *núm.* 19 *y siguientes*, imponen á los padres en general la obligacion de alimentar á sus hijos. Si efectivamente *esta ley* 2, está bastante esplícita, que pueda deducirse de ella una obligacion tal contra el padre, los lectores lo juzgarán consultándola. 4.° Siendo recíproca la obligacion de alimentar algunos hijos, como acabamos de ver, entre el padre y la madre, debe saberse que esta se halla solo obligada á criar á los menores de tres años, cuyo tiempo suele llamarse el de lactancia; debiendo criar los mayores el padre: mas en uno y otro caso si el obligado es pobre y el otro rico, claro es que será de este la obligacion, *ley* 3, *d. tit.* 19. Cuando los padres están casados, de suyo se deja ver que tendrá solo lugar esta diferencia cuando vivan separados; y en este caso, deben ser alimentados los hijos, sean menores ó mayores en compañía del que no es culpable en la separacion, á espensas del que da motivo á ella; á no ser que sea pobre, pues entonces debe dar los alimentos el que tiene de que suministrarlos, aunque no sea culpable, *ll.* 3 *y* 4, *d. tit.* 19. 5.° Deben darse alimentos en los términos esplicados, al póstumo, ó mejor dicho, en su razon y por su causa á la que

le trae en su vientre, como convincentemente se deja conocer; y aun puede decirse establece este modo de pensar la *ley* 3, *tit.* 23, *P.* 4, 7.° Sala, *d. tit.* **11**, *núms.* 3 *y* 4, dice, que no hay ley que obligue á los hermanos, y demas parientes laterales á darse alimentos. Mas si bien es cierto no sé de ley alguna que imponga esta obligacion á estos, no lo es menos que la *ley* **1.ª** *tit.* 8, *lib.* 3, *Fuero Real*, la establece espresamente en cuanto á los hermanos en falta de descendientes ó ascendientes. *Véase lo que luego diré del poseedor de mayorazgo.*

De todas las personas, que van referidas como obligadas á dar alimentos, puede asegurarse hacen mencion nuestras leyes; veamos ahora que otras designan, ya la equidad, ya la costumbre, como acreedoras tambien á ellos. Que el marido y la muger se deben respectivamente alimentos, mientras están en union y por divorciar, es inutil advertirlo, *ley* 7, *tit.* 2, *P.* 4. Si están separados y la muger es pobre, debe alimentarla el marido; y esto entiéndese aun cuando ella hubiese dado causa á la separacion, si bien en este caso solo tendrá derecho á lo mas preciso, segun afirma el citado señor Escriche que se deduce de las *cédulas de* 22 *de marzo de* **1787**, *y* **18** *de idem de* **1804**. Tambien tiene derecho á ser alimentada por el marido, asienta este mismo, y es indudable, la muger que pendiente pleito de divorcio, está en depósito separada del marido. Durante la union matrimonial, si el marido es pobre y la muger rica, ya indiqué antes con arreglo á la *ley* 7 *d.* que esta debe prestar los alimentos. Lo mismo debe decirse en este caso, aunque vivan separados, si ella causó la separacion, como se deja conocer; si la causó el marido, envuelve mayor dificultad.

El señor Sala, *d. tit.* **11**, *núm.* 7, dice que por costumbre se ha introducido que el poseedor de algun mayorazgo tenga obligacion de dar alimentos al inmediato sucesor; de cuya costumbre han podido los intérpretes hallar alguna razon y fundamentos en dos leyes romanas que establecieron, deberse dar la posesion de bienes á una muger preñada cuando se debia al hijo que traia en el vientre, fundadas en que era mas justo que se gastase en balde, que negar los alimentos al que despues podia ser dueño de los bienes: todo lo que se aplica completamente al inmediato sucesor de mayorazgo.

En la práctica, añade, se observa que estos alimentos se den tambien á los ricos; y que su tanto pende del arbitrio de los jueces, que suelen señalar la octava parte de la renta de los bienes del mayorazgo; otros dicen que la sesta, á cuya opinion no deja de prestar apoyo el *art.* 10, *al fin de la ley de* 27 *de octubre de* 1820, restablecida en 31 de agosto de 836, que paso á insertar como propio de este sitio. En él ordénase, que si los poseedores actuales de mayorazgos no invierten en los alimentos y pensiones, que deban dar al inmediato sucesor, á su madre ú otras personas, la sesta parte líquida de las rentas de aquel, están obligados á contribuir con lo que quepa en ella para dotar á sus hermanas y auxiliar á sus hermanos, con proporcion á su número y necesidades; é igual obligacion tendrán los sucesores inmediatos por lo respectivo á la mitad de los bienes del mayorazgo, que por esta ley se les reserva.

La obligacion de todas las personas, que llevo dicho se deben alimentos, puede asegurarse proviene de la piedad y amor natural que la ley supone entre ellas. Prescindiendo de esta causa, puede uno ser obligado á alimentar á otro, ó porque el mismo se comprometió á ello por medio de contrato ó convencion, ó porque un tercero, cuyos derechos representa, le impuso esta obligacion en testamento ó de otro modo, lo que no necesita demostracion. Es no menos evidente, que los herederos de una persona que estaba obligada á dar alimentos á otra, tienen que continuar dándoselos á esta, como sucesor en las obligaciones de su causante, á no ser que la obligacion de este fuese temporal y hubiese espirado con su vida.

Núm. 5. *A qué personas no hay obligacion de dar alimentos, y cuando cesa ésta generalmente.* Cuando no hay ley que obligue á alimentar á los parientes laterales, prescindiendo de los hermanos, con menos razon podrá exijírsele á nadie, que alimente á una persona estraña. Pero no es esto lo que pretendo tratar aqui. Mi objeto es solo presentar la doctrina de las *leyes*, 3, *tit.* 14, *P.* 4, *y* 4 *y* 5, *tit.* 20, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, por limitar en parte lo dicho, *número antecedente.* Dice la primera, que el padre no puede ser obligado á alimentar, si no quisiere al hijo, fornecino, cuya espresion se refiere alli, á los tenidos por una persona de distin-

cion con muger muy baja : y las segundas, que los hijos de clérigo, fraile ó religiosa no puedan haber nada por ningun título de su padre ni madre, ni de pariente alguno de ellos, en cuya prohibicion parece indudable se comprenden los alimentos. Están tan terminantes estas leyes, que no admiten comentarios. Mas debo decir que universalmente los intérpretes, tanto de ellas, como de cuantas dispensan en algo á los padres de la obligacion de alimentar sus hijos, afirman y sostienen que no deben observarse por contrarias al derecho natural. Es verdaderamente piadoso en sumo grado este modo de pensar, y no seria difícil apoyarlo; pero contemplo por demas detenerme en ello, porque si bien será cierto que moralmente, ó como suele decirse *in foro conscientiæ*, están los padres obligados á criar y cuidar de sus hijos de cualquiera clase que sean, no lo es menos que civilmente, mal podrá obligarse ni estrechar al padre á dar alimentos á otros que á los legítimos y naturales, esto es solo á aquellos cuya filiacion tenga reconocida. Decanten con cuanta energía quieran los autores los derechos imprescriptibles de la naturaleza, que ni á los brutos permite abandonar á sus hijos; sus declaraciones si se trata de hacer alimentar á los espúreos, podrán tener efecto hácia las madres; mas no asi contra los padres por la dificultad, mejor diré, imposibilidad que hay de probarles, y hacerles reconocer su paternidad ó filiacion, que como dice la antes citada *ley 5, tit.* 19, en los tales hijos es muy incierta.

Viniendo ahora al tiempo y causas por que se acaba la obligacion de dar alimentos á una persona, téngase por regla en los que se deben por dictarlo, como dije, la naturaleza, que en nada depende aquella de la mayor ó menor edad ó del que los debe dar ó recibir, sino solo de la necesidad de este ó pobreza de aquel. En otros términos; espira la obligacion de dar alimentos por haber salido de su necesidad, ó por poder salir dedicándose al trabajo, que es lo mismo, el que los recibia; ó por venir á pobreza el que los daba, *ll.* 3, 4, *y* 6, *d. tit.* 19, *P.* 4.

Cesa tambien esta obligacion de alimentos, cuando el que los habia de recibir cometiese ingratitud contra el que los ha de dar, *d. ley* 6, *tit.* 19. No espresa esta ley hasta qué grado debe llegar esta ingratitud; pero Gregorio Lo-

pez *en su glos.* 3, dice debe entenderse de aquellas que son justas causas para la desheredacion. Cesa ademas por la desheredacion hecha legítimamente; bien que sobre esta causa añade la misma *ley* 6 *al fin*, que si un hijo desheredase á su padre, estableciendo por heredero á un estraño, estará este obligado á dar alimentos á aquel en el caso de venir á gran pobreza, aunque no en otro. Por la reciprocidad que en este asunto establecen nuestras leyes entre ascendientes y descendientes, opina el señor Sala, *núm.* 2, *d. tit.*, al parecer con mucha oportunidad, que esta doctria tendrá tambien lugar, cuando en iguales términos un padre desheredase á un hijo, instituyendo heredero á un estraño. De esta regla de poder privar de alimentos al que es desheredado, ó dá causa para serlo, hay que esceptuar el caso en que la desheredacion, ó su motivo se funda solo en haber contraido un hijo matrimonio sin licencia de sus padres, pues en este si bien puede ser desheredado, no asi privado de alimentos; *articulo* 3, *de la ley* 9, *tit.* 2, *lib.* 10, *Nov. Rec.*

En los alimentos, que no se fundan en la piedad y amor natural, cesará la obligacion solo por haber finalizado el tiempo de aquella, porque se constituyeran; en términos que, mientras este dura, deben darse los alimentos sin atender á la riqueza de los que han de recibirlos, ni á la pobreza del obligado á suministrarlos, al contrario de los de la otra especie, como prueban Molina, *de primog. Hisp. libro* 1, *cap.* 15, *núm.* 6, *Bas, Theat. jurisprud. cap.* 21, *núm.* 87, citando á otros. Aunque no pueda apoyarse esta proposicion en leyes, que formalmente la establezcan, es bien clara su razon, atendidos los principios que rigen en las obligaciones; pues asi como, si el testador legase á Pedro un campo ó cien pesos, ó tú se los prometieses, se los habia de dar el heredero, sin poder resistir ni libertarse á titulo de que Pedro estaba rico ó él pobre, tampoco podrá libertarse por dicha razon de prestarle los alimentos, por ser una misma la obligacion. Si le hubiese legado los alimentos solo mientras los necesitase, es claro estariamos en diverso caso.

En los alimentos que suelen prestarse al sucesor inmediato de mayorazgo, ya dije antes que la práctica tiene adoptado se den tambien al que es rico.

Núm. 6. *Cómo deben darse los alimentos; y resúmen*

de este §. Por cuanto los alimentos han de servir para mantenimiento de aquel á quien se dan, es opinion de todos los autores, dice el señor Sala, *núm* 8, que se deben dar con anticipacion ó adelantados. Algunos han querido que para todo el año al principio de cada uno de ellos, fundados en que asi lo dijeron las leyes romanas de los legados anuos, que son semejantes: otros por meses, y otros que diariamente; pero se ha recibido generalmente que se paguen á razon de cuatro meses, á tercio anticipado, ó por tercias anticipadas como suele decirse, Molin. *de prim. Hisp. lib.* 2, *cap.* 15, *núm.* 73, Valer. *de transac. tit.* 3, *ques.* 3, *núm.* 6, y latamente Bas, *lug. cit. núms.* 106 *y* 107, citando á muchísimos.

El señor Escriche, *palabra alim.*, afirma que el alimentado no debe ser ordinariamente obligado á comer sus alimentos en casa del alimentante, sino que deben dársele por pension, á no ser que este no pueda sin gran trabajo alimentarle de otro modo. Funda esto en que no hay razon que diete, deba ser estrechado por esta causa el alimentado á vivir en compañía de personas, cuyo trato y comportamiento no sea el mejor, y á quienes en cierto modo se le pondria en la precision de prestar servicios: con respecto á padres é hijos tiene esto otro carácter, pues no hay cosa mas natural, que el que estos se crien en compañía de aquellos.

Otras especies podria emitir sobre alimentos, como la de que no cabe transaccion sobre ellos, que no pueden ser trabados en ejecucion, y otras de que hablaré en sus lugares respectivos.

Reduciéndome por ahora á presentar el resúmen de este párrafo 3, resulta que para decirse un hijo natural, es necesario haber sido concebido, ó nacer en tiempo en que sus padres puedan casarse justamente sin dispensacion, y ademas nacer de muger que el padre tuviese sola en su casa, ó sino ser reconocido como hijo por este, ya espresa ya tácitamente; que reuniendo estas circunstancias será hijo natural aun el concebido en adulterio, ó de cualquiera otro dañado ayuntamiento, sin que la *ley* 9 *de Toro* derogue en nada *la* **11**, ni esta á aquella; y que es dudoso si puede ser natural el hijo del ligado con voto simple de castidad, ó con escritura de esponsales, *núm.* **1**: del *núm.* 2, constan las otras clases de

SANTIAGO

hijos ilegítimos: por el 3 sabemos, qué clases hay de alimentos, y que por esta palabra entienden las leyes lo necesario para comer, vestir, calzar, habitar y recobrar la salud, atendidas las circunstancias de las personas que deben darlos y recibirlos: por el 4, qué personas se deben respectivamente alimentos, ya por dictarlo la naturaleza, y en su conformidad las leyes, la equidad ó la costumbre; ya por obligacion constituida al efecto: en el 5 vimos á qué personas dispensan las leyes de dar alimentos al paso que parece obligarlas imperiosamente la naturaleza; que su obligacion cesa cuando la necesidad del que los recibe, ó por venir á pobreza el que los deba, por la ingratitud de aquel, ó por su desheredacion, á no ser en el caso de *la ley* 9, *tit.* 2, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, y esto en el caso en que su débito proviene y se funda en la piedad natural; mas si se deben los alimentos por razon de contrato, legado ú otra obligacion semejante, duran por todo el tiempo que esta, sin atender á aquellas circunstancias: finalmente sabemos por el *núm.* 6, que los alimentos acostúmbrase á darlos de cuatro en cuatro meses, ó á tercias anticipadas, y por pensiones, sin estar el alimentado obligado á vivir en casa del alimentante, á no ser que este no pueda alimentarle de otro modo.

TITULO IV.

De los desposorios y matrimonio.

Partida 4.ª, *titulos* 1 *y* 2; *y tit.* 2, *lib.* 10 *de la Nov. Recop.*

Razon del método. Siendo el matrimonio la causa natural y principal de la patria potestad, me ha parecido ser este lugar el mas á propósito para tratar de él: y por cuanto le suelen preceder los desposorios, hablar de estos antes muy ligeramente; por cuanto unos y otros mas son objeto del derecho canónico, por cuyas reglas se deciden sus causas en los tribunales eclesiásticos, como lo espresa la *ley* 7, *tit.* 1, *P.* 4. Y por ello podrán acudir á los autores canonistas los que desearen mas estension. Sin embargo, he creido que el tener un título en la *Partida* 4.ª, y las varias órdenes que nuevamente se han publicado para mantener el buen orden, paz y tranquilidad pública y de las familias, exigen que no se omita su memoria en esta ilustracion.

§. I.

De los esponsales.

Núm. 1. *Qué cosa sean, y su division.* Desposorios ó esponsales, con cuyo nombre canónico los solemos llamar, son: *prometimientos, que hacen los hombres por palabras, cuando quieren casarse.* Asi lo espresa la *ley* 1, *tit.* 1, *P.* 4. Pero debe tenerse presente que lo mismo será, si el consentimiento se manifiesta sin palabras con señales claras,

que escluyen toda duda, como es preciso suceda en los mudos, *ley* 5, *tit.* 2, *P.* 4.

Se conocian antiguamente, como se ve por los *primeros titulos de dicha P.* 4.ª, esponsales de presente y de futuro. Los primeros eran lo mismo que lo que hoy llamamos matrimonio rato, esto es, celebracion actual de casamiento, pero sin consumarse por la cópula. Y esponsales de futuro, únicos que conocemos hoy, son el contrato, ó estipulacion, que se hace entre dos, obligándose á celebrar matrimonio para lo futuro. Ademas de esta diferencia hay otra esencial entre unos y otros, y es que los esponsales de presente, mejor dicho, el matrimonio rato se consuma con la cópula, quiere decir, se hace enteramente indisoluble; mas no asi los verdaderos esponsales, los antes llamados de futuro, y que ahora se deben decir en un todo de presente. Por mas veces que se siguiese á ellos, no por eso se consuman, ni pasan á verdadero matrimonio despues del concilio de Trento, *Con. Trid. Ses.* 24, *cap.* 21. Se aumenta con todo su fuerza, y es un motivo mas para estrecharse á su cumplimiento! señor Vega, *lib.* 1, *tit. de matrim. cap.* 2, *Sec.* 1. Con arreglo á esto, ya podemos echar de ver que hoy han caducado muchas leyes de Partida, que se esplayan en referir y buscar diferencias entre unos y otros esponsales.

Núm. 2. *Quién puede contraerlos, y cómo debe hacerlo.* Todas aquellas personas, que no están impedidas de contratar por defecto físico ó moral, como de libertad, juicio y demas que se dirán al hablar de los contratos, pueden igualmente contraer esponsales. Tienen de especial estos, que para contraerlos basta la edad de 7 años, *ley* 6, *tit.* 1, *P.* 4: bien que no tienen fuerza coactiva, sino se ratifican á los 12 por la muger, y á los 14, respecto del hombre (1) cuyo privilegio no compete á los que pasasen de estas edades al contraerlos, señor Vega *lugar cit.*

Como por los esponsales se obliga el varon á la muger y esta al varon, es preciso que el prometimiento sea mútuo

(1) Cabal. *Par.* 2.ª, *cap.* 19, *núm.* 2, *Instituc.* Val. *lib.* 4, *tit.* 2, *número* 4.

entre los dos con recíproca aceptacion; pero no es indispensable la asistencia personal de los contrayentes. Así es, que pueden celebrarse por procurador con poder especial, quien no lo puede substituir sin mandato espreso. Si el poder es revocado por la persona que lo otorgó, antes que el poder habiente prestase el consentimiento, y se obligase, no tienen valor, ni efecto los esponsales, aunque, por ignorar la revocacion, se hubiesen otorgado, *ley* 1, *tít.* 1, *d.* y los cánones, que cita el señor Vega, *lug. d. arriba.*

Pueden intervenir en el contrato esponsalicio las mismas condiciones, que en otro sitio se dirá acerca de los demas contratos, y las que en el matrimonio, de que luego hablaré; y producirán los mismos efectos.

Núm. 3. *Qué se requiere para su validez.* Ademas de las cualidades, que en el *núm. ant.* he dicho deben asistir á los contrayentes, tienen estos que observar al celebrar los esponsales, si quieren que produzcan algun efecto, varios requisitos prescritos en algunas leyes recopiladas, que fue indispensable adoptar, para cortar los perjuicios que de llevarse á efecto cualesquiera esponsales, se seguian al honor de las familias, y reverencia debida á los padres, con alteracion de la pública tranquilidad. El señor Sala *núm.* 3, *y sig.*, refiere estensamente la *pragmática de* 23 *de marzo de* 1776, que es la *ley* 9, *tít* 2, *lib.* 10 *Nov. Rec.*, *la de* 31 *de octubre de* 1783, *la ley* 11, *d. tit.* 2, y otras de los años 784, 85 y 88, vaciadas en las *leyes* 14, 16 *y* 17 *de d. tit.* 2. Mas hallándose refundidas casi en un todo en la que el mismo Sala pone al *núm.* 9, me limitaré á referir solo esta, y añadiré por último lo poco que las otras aumenten de interés. Una y otras versan sobre el consentimiento, que debe proceder á los esponsales y matrimonio de los menores de 25 años; cuyo punto se aclaró últimamente por la *dicha real cédula de* 10 *de abril de* 1803, pubicada en Madrid en 28 y mandada nuevamente observar por *real órden de* 2 *de setiembre de* 817. Su tenor es el siguiente: «El rey se ha servido espedir con fecha 10 de este mes el decreto siguiente: Con presencia de las consultas, que me han hecho mis consejos de Castilla é Indias sobre la pragmática de matrimonios de 23 de marzo de 1776, órdenes, y resoluciones posteriores, y varios informes, que he tenido á bien tomar, man-

do que ni los hijos de familia menores de 25 años, ni las hijas menores de 23, cualquiera que sea la clase del estado á que pertenezcan, puedan contraer matrimonio sin licencia de su padre, *quien en caso de resistir el que sus hijos ó hijas intentaren, no estará obligado à dar la razon*, ni esplicar la causa de su resistencia, ó disenso: los hijos que hayan cumplido 25 años, y las hijas que 23, podrán casarse á su arbitrio *sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento de su padre*. En defecto de este, tendrá la misma autoridad la madre; pero en este caso los hijos y las hijas adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio *un año antes*; esto es, los varones á los 24, y las hembras á los 22, todos cumplidos. A falta de padre y madre tendrá la misma autoridad el abuelo paterno, y el materno á falta de este; pero los menores adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio dos años antes que los que tengan padre; esto es, los varones á los 23, y las hembras á los 21, todos cumplidos. A falta de los padres y abuelos paterno y materno, sucederán los tutores en la autoridad de resistir los matrimonios de los menores; y á falta de los tutores el juez del domicilio, *todos sin obligacion de esplican la causa*: pero en este caso adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio los varones á los 22 años, y las hembras á los 20, todos cumplidos. Para los matrimonios de las personas, que deben pedirme licencia ó solicitarla de la cámara, gobernador del consejo, ó sus respectivos gefes, es necesario que los menores segun las edades señaladas obtengan esta despues de las de sus padres, abuelos ó tutores, solicitándola con la espresion de la causa que estos han tenido para prestarla: y la misma licencia deberán obtener los que sean mayores de dichas edades, haciendo espresion, cuando la soliciten, de las circunstancias de la persona con quien intenten enlazarse. Aunque los padres, madres, abuelos y tutores no tengan que dar razon á los menores de las edades señaladas, de las causas, que hayan tenido para negarse á consentir en los matrimonios que intentasen, si fueren de la clase que deben solicitar mi real permiso, podrán los interesados recurrir á mí, asi como á la cámara, gobernador del consejo, y gefes respectivos los que tengan esta obligacion, para que por medio de los informes, que tuviere Yo á bien tomar, ó la cámara, gober-

nador del consejo ó gefes creyesen convenientes en sus casos, se conceda ó niegue el permiso, ó habilitacion correspondiente, para que estos matrimonios puedan tener ó no efecto. En las demas clases del estado ha de haber el mismo recurso á los presidentes de chancillería, y audiencias, y al regente de la de Asturias, los cuales procederán en los propios términos. Los vicarios eclesiásticos que autorizasen matrimonio, para el que no estuvieren habilitados los contrayentes segun los requisitos que van espresados, serán espatriados, y ocupadas todas sus temporalidades; y en la misma pena de espatriacion y confiscacion de bienes incurrirán los contrayentes. En ningun tribunal eclesiástico ni secular de mis dominios se admitirán demandas de esponsales, sino que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por sí mismas segun los espresados requisitos, *y prometidos por escritura pública: y en este caso se procederá en ellas no como asuntos criminales ó mistos, sino como puramente civiles.* Los infantes y demas personas reales en ningun tiempo tendrán ni podrán adquirir la libertad de casarse á su arbitrio sin licencia mia ó de los reyes mis sucesores, que se les concederá ó negará en los casos que ocurran, con las leyes y condiciones que convengan á las circunstancias. Todos los matrimonios que á la publicacion de esta mi real determinacion no estuviesen contraidos, se arreglarán á ella sin glosas, ni comentarios, y no á otra ley ni pragmática anterior.»

Hace referencia la pragmática á varias personas que deben obtener la aprobacion de S. M. ademas de la de sus padres, aunque sin especificarlas. Estas son los grandes, los inmediatos sucesores á la grandeza, y los alumnos de colegios militares, seminarios de nobles, y otras fundaciones del efectivo patronato y de la inmediata real proteccion, tanto de varones como de mugeres. Los individuos de uno y otro sexo de otros colegios ó casas de enseñanza, ademas del asenso paterno, deberán obtener el de los ministros protectores si los tuvieren, ó si no el de sus directores. Véanse *varias leyes de d. tit.* 2, *y sus notas.* Los militares están igualmente en el caso de obtener las mismas licencias de sus padres, y de S. M., ó de los gefes que señalan algunas *leyes de d. tit., y sus ordenanzas.* De lo contrario, sus contratos de esponsales serán de ningun valor; *cédula de* 2 *de setiembre de* 1817.

Debo decir ahora en esplicacion de la pragmática que antecede, ó sea *ley* 18 *d. tit.* 2, que su anterior la 17 añade, que los esponsales contraidos sin el consentimiento de las personas mencionadas no tengan valor, ni aun para producir impedimento de matrimonio: y que en ninguna de estas leyes aparece espresion que anule los matrimonios no celebrados del modo que espresan. Pero aunque los padres no puedan ya oponerse al matrimonio celebrado por sus hijos, les presta este una causa justa de desheredacion. Segun los *arts.* 3 *y* 4 *de d. ley* 9, quedan los que celebran matrimonio contra sus disposiciones, privados de los efectos civiles (esceptuados los alimentos) tales como pedir dotes, y suceder en vínculos y mayorazgos del modo que espresa su *nota* 3: y aunque se estiende á la privacion de sucesion testada é intestada, se limitó en *decreto de* 26 *de diciembre de* 1790, á ser causa de desheredacion, *nota* 2, *á d. ley* 9. El conocimiento de si es racional, ó irracional el disenso de los padres, abuelos etc., *en los casos en que ella lo atribuye* á los presidentes de las chancillerías y audiencias, pertenece hoy á los gefes políticos, *art.* 261 *de la instruccion de* 3 *de febrero de* 1823, restablecida en octubre de 836, y *decreto de* 30 *de agosto de id.*

Se necesita ademas de lo dicho, para contraer válidamente los esponsales, que no medie entre los contrayentes ninguno de los impedimentos que veremos impiden los matrimonios.

Núm. 4. *Que fuerza y obligacion producen los esponsales válidos: y causas, que los disuelven.* Otra especialidad envuelven los esponsales, muy de otro modo que los demas contratos, pues no puede estrecharse ni violentar á su cumplimiento al que los contrajo, si se empeña en no querer casarse: de suerte, que cuando la *ley* 7, *tit.* 1, *P.* 4, dice puede ser obligado por el tribunal eclesiástico á que los cumpla, el que no quiere, debe entenderse habla de los modos con que puede obligarse sin coaccion, ni violencia, cuales son, prudentes consejos, y aun mandatos; pero serán preceptos que con facilidad podrá eludir el renuente con solo persistir en su negativa. Ya vimos que *la d. ley* 18 *d. tit.* 2, prohibe proceder en esto como en asunto criminal ó misto.

A fin de ponerse al abrigo de estas retractaciones, suelen los contratantes darse arras, ó imponerse respectivamente alguna pena, en que debe incurrir á favor del otro el que no quiera cumplirlos. ¿Y serán válidas una y otras? La imposicion de la pena no lo es indudablemente, atendidas las *leyes* **1.ª** *tit* **11**, *P.* 4, *y* 39, *tit.* **11**, *P.* 5, que la reprueban como atentatoria á la libertad, que debe presidir al celebrar el matrimonio. Por el contrario, las arras las veo permitidas en las *leyes* 2, *tit.* **11**, *P.* 4, *y* 84, *tit.* **18**, *P.* 3. Parece antes de reflexionar, bastante opuesto el que, al paso que se reprueba la imposicion de penas, se permitan las arras, puesto que en este caso viene á incurrir en aquellas el que no quiera cumplir los esponsales, pues pierde las arras. Mas á poco que se medite, bien se echa de ver que media no pequeña diferencia entre uno y otro. Las arras se dan voluntariamente en señal del matrimonio futuro, y se dan, desprendiéndose de ellas en el acto, y pasando su dominio al que las recibe. De modo que aunque deje de celebrar el matrimonio, nada pierde por ello, puesto que las arras ya no eran suyas; y si se falta por el que las recibió, bien poco ó nada pierde tambien, pues solo deja de asegurar un lucro, que se hiciera condicionalmente. No asi estipulándose pena, pues entonces en el caso de no cumplir, tendria que desprenderse de una cosa, que hasta entonces contára por suya. Febrero; **1.ª** *part. cap.* 2, *núms.* 42 *y* 43.

Si bien es cierto que es fácil á los contrayentes eludir su cumplimiento, no dejan por eso de producir efectos bien terribles, cuales son los impedimentos, que espondré hablando del matrimonio.

Con todo, ni á estos habrá lugar, siempre que sobrevengan causas justas para resistir su cumplimiento, las cuales pueden verse en la *ley* 8, *tit.* **1**, *P.* 4.

Núm 5. *Resúmen de este* §. **1**. Tenemos en resúmen, que hoy no se conocen esponsales de presente, y de futuro; que los verdaderos esponsales no se consuman jamás por la cópula, *núm.* **1**: que pueden contraherse á los siete años, y por medio de procurador, cuyo poder si se revoca antes de celebrar aquellos, no tendrá valor, *núm.* 2: sabemos por *el* 3, que para su validez se requiere sean otorgadas previo el consentimiento que espresa la *ley* **18**, *d.* y por escritura pública;

que si falta el primero no producen un impedimento, *ley* 17, *d. tit.*; que no están obligados asi los padres, como los demas, á manifestar las causas de su disenso; pero al mismo tiempo hay abierto recurso á S. M. por algunas personas, y á los gefes políticos por las otras; que los mayores de 25 años no necesitan pedir su consentimiento; y que los menores si no lo hacen para celebrar matrimonio, pueden ser desheredados pero no privados de alimentos: y por último en *el* 5 vimos que nadie puede ser estrechado; ni violentado, á cumplirlos; que la pena impuesta en ellos es nula; pero no las arras; y que pueden disolverse por las causas espresadas en la *ley* 8, *tit* 1, *P.* 4.

§. II.

Del matrimonio.

Núm. 1. *Qué es matrimonio, y quien puede contraerlo.* No parecerá mal saber que definicion dan del matrimonio las leyes de partida, aunque pesada y fastidiosa. «La 1.ª » *tit.* 2, *P.* 4, dice es, ayuntamiento de marido e de muger, » fecho con tal intencion de vivir siempre en uno, e de non se » departir; guardando lealtad cada uno de ellos al otro, e non » se ayuntando el varon a otra muger, nin ella a atro varon, » viviendo ambos a dos. » No está demasiado exacta esta definicion, por lo que hoy segun el derecho canónico deberá entenderse por matrimonio, « la convencion de unirse perpe» tuamente con el fin de procrear, celebrada entre un varon » y una muger, previos los requisitos prevenidos por la » iglesia. » Dige previos los requisitos prevenidos por la iglesia, pues aunque todos le consideran como verdadero contrato, los católicos le consideramos tambien como sacramento, y observamos los efectos, que por esta razon le corresponden. Debo empero advertir, que algunos de estos efectos se deben considerar civiles como aprobados por nuestras leyes, á cuyo imperio y disposiciones están sujetos indudable-

mente, aunque por lo regular dejan su arreglo á la jurisdiccion eclesiástica.

Pueden celebrarlo los mismos que dije pueden contraer esponsales, con la diferencia de que para celebrar matrimonio ha de tener el varon 14 años y la muger 12, á no ser que estuviesen tan cercanos á esta edad, que tuvieran proporcion para juntarse, porque la sabiduría y poder para hacerlo, suple la mengua de edad; *ley* 6, *tit* 1, *P.* 4, ó como suele decirse la malicia suple á la edad.

Puede celebrarse en un todo lo mismo que aquellos por poder, *ley* 1, *tit* 1, *d.*; y basta espresar el consentimiento por señales, que lo declaren suficientemente, y de este modo pueden casarse los mudos, *ley* 5, *tit.* 2 *d.*

Núm. 2. *Qué se requiere para contraerlo válidamente.* Puede decirse que deben concurrir en sus contrayentes casi las mismas cualidades y circunstancias que en los esponsales; siendo indispensable no medien en el uno ni en los otros los impedimentos de que ofrecí hablar ahora. Hay con todo la notable diferencia de que estos en los esponsales son todos dirimentes, y en el matrimonio algunos solo impedientes; y la de que no es nulo este, aunque se celebre contra lo dispuesto en la tan citada *ley* 18, *tit.* 2, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, al contrario de aquellos.

Al tratar de los impedimentos del matrimonio no es para omitir su distincion en impedientes y dirimentes, reconocida por los cánones, y adoptada en nuestras *leyes* 13, *y sig. tit.* 2, *P.* 4. Llámanse impedientes, los que impiden celebrar el matrimonio si se oponen al intentarlo; pero no lo anulan, si llegó á celebrarse. Los dirimentes impiden su celebracion, y le anulan aunque esta se efectuase.

Deben contarse como principales entre los primeros, el que resultaria contra el que quisiese casarse sin observar lo dispuesto en la *ley* 18, que ya vimos, ó los esponsales válidos, de que me reservo hablar mas abajo. Pertenecen á esta misma clase, el voto simple de castidad, las condiciones torpes, la falta de proclamas, y demas requisitos semejantes de la iglesia, con otros que podrán verse en los autores canonistas.

Los dirimentes están comprendidos en los siguientes versos compuestos para facilitar su memoria.

Error, conditio, votum, cognatio, crimen.
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas.
Si sis afinis, si forte coire nequibis,
Si parochi, et duplicis desit præsentia testis.
Raptave sit mulier, nec parti redita tutæ.

Núm. 3. *De los impedimentos dirimentes en particular.* Siendo el matrimonio un verdadero contrato, es necesario le asista el mutuo consentimiento de sus contrayentes, varon y hembra, con la intencion de vivir juntos, y demas que espresa su definicion: y de ahí viene el que le anule todo lo que impide prestar un libre consentimiento. Por esta razon si este se arrancase á uno por fuerza ó miedo que cae en varon constante, seria nulo el matrimonio, *ley* 15, *d. tit.* 2, *P.* 4. Nuestras *leyes* 2 *y* 3, *tit.* 2, *lib.* 10, *Nov. Rec.* encargan con este motivo á los señores, no usen de su predominio con sus inferiores, ni los padres con sus hijos, para que hagan matrimonios contra su voluntad.

Si el miedo priva el consentimiento libre, no se opone menos á él el error, que por lo mismo está declarada causa de nulidad. Debe empero distinguirse el error, que recae sobre la persona, como si creyendo celebrarse con María, se celebrase con Juana, del que versa acerca de las cualidades ó fortuna del contrayente, pues si el primero es el que anula el matrimonio, no asi el segundo, *ley* 10 *d. tit.* 2.

Es tambien impedimento la condicion, que se ponga contra la naturaleza ó fin del matrimonio, como la de no querer procrear, ó la de yacer con otros hombres, y demas que en sus ejemplos pone la *ley* 5, *tit.* 4, *P.* 4. Las otras condiciones, que no son de esta clase por torpes é imposibles que sean, se tienen por no puestas, y no le viciarán una vez contraido, *ley* 6. *d. tit.* 4.

Otra de las causas que anulan el matrimonio es el voto solemne de castidad antecedente á él, esto es, el que hacen los clérigos ordenándose de epístola, y hacian los religiosos, cuando los habia, al profesar. Si el voto es posterior al matrimonio rato, ya diré abajo sus efectos.

Le vicia igualmente el crimen de homicidio, que un cóyunge perpetra para poder casarse con otra persona, ó el

de adulterio con esta, con promesa de futuro matrimonio, en los términos que lo esplican los teólogos, y se espresa en la *ley* 19, *d. tit.* 2.

La disparidad de cultos, esto es, si el uno fuese católico, y el otro infiel, la pone por otro de los impedimentos dirimentes la *ley* 15, *d. tit.*; y lo será entre nosotros, pues debemos observarla aunque en los cánones no se encuentre disposicion alguna que la dé por tal, como asegura el señor Vega, *tit. de matr. cap.* 5, *al fin*, citando á Van-Spen, *p.* 2, *tit.* 19 *cap.* 8, y á Berardi.

Es asi mismo nulo el matrimonio que se intentase contraer con una persona robada, ó arrebatada, á no ser que consintiese, despues de restituirle su libertad, y vuelta á lugar seguro, *Conc. Trid. Ses.* 24, *cap.* 6.

La impotencia absoluta de procrear anterior al matrimonio es tambien impedimento dirimente; mas no si es posterior, *ley* 16, *de tit.* 2, ó aunque sea anterior es curable, señor Vega, *ley cit.* y pone *la ley* 2, *tit.* 8, *P* 4, que dice algo efectivamente. Aqui quieren algunos presentar la duda de si los ancianos podrán contraerle en cualquiera edad, ó si no hay alguna, á la que llegados, se les considera impotentes. Pero la iglesia por solo tener muchos años, no los incluye nunca, no teniendo mas impedimento.

Núm. 4. *Impedimento de clandestinidad.* Los matrimonios clandestinos están reconocidos universalmente por nulos; y efectivamente lo son en los términos que voy á espresar. Para poner esto en claro, es indispensable distinguir las varias especies de matrimonios clandestinos reconocidas por la iglesia. Es indudable, y nos lo dice la *ley* 1, *tit,* 3, *P.* 4, que antes del Concilio de Trento reconocia, aquella tres clases de matrimonio clandestinos; cuales eran, el que se celebraba sin asistencia del propio párroco, y dos testigos; el que sin obtener el consentimiento de los padres, ó parientes; y el que sin preceder las amonestaciones de costumbre. Siendo cierto esto, como seguramente lo es y prueba el señor Llamas Molina, en la *ley* 49 *de Toro*, y Gutierrez, *lib.* 2, *Cuest. prac.* 4, *núm.* 8. ¿estos matrimonios clandestinos serán todos nulos despues del *Concilio tridentino*? Es evidente á todo el que lea el decreto del *Conc. en la ses.* 24, *cap.* 1, que este solo anula los matrimonios

en que falte el párroco, y dos testigos. De consiguiente el matrimonio clandestino de las otras especies es válido, y no se anula despues de celebrado; de suerte, que el en que faltan las proclamas, ó el consentimiento paterno, está reconocido universalmente por válido, y lo es indudablemente. Y bien; ya que estos matrimonios asi celebrados son válidos, ¿dejaran de ser clandestinos, y deberemos reputarles tan públicos como los demas? Juzgo con el Llam. y Gut. *lugares citados*, y Valens. *lib.* 4, *tit.* 3, *núm* 5, que son tan clandestinos como eran. ¿Y por que habrian dejado de serlo? Porque el concilio, dicen los de la contraria opinion, anuló los matrimonios clandestinos, y puesto que no anuló estos, señal es que no los tuvo ni deben tenerse por tales. Pero yo en esta salida no veo mas que suposiciones. El concilio en ningun sitio dice que anula los matrimonios clandestinos, solo condena el en que falte el párroco y testigos. Los de las otras dos especies de clandestinidad déjalos por consiguiente válidos y clandestinos. Válidos, como no se puede negar de contrario, y clandestinos, porque, como dice muy bien el señor Llam. *núm.* 20, el concilio en nada aumentó, ni disminuyó los medios de clandestinidad; como podrá convencerse el que lea su *cap.* 1, *ses.* 24. Tenemos pues en esta cuestion, cuya importancia veremos *en el núm. sig.*, que de los tres matrimonios clandestinos solo es nulo el en que falta el párraco y testigos; que los demas, aunque la iglesia reprueba su celebracion, son válidos, sin que dejen de ser clandestinos.

Núm. 5. *¿En qué penas incurren los que se casan clandestinamente?* Segun la *ley* 5, *tit.* 2, *lib.* 10, *Nov. Rec.* (49 *de Toro*) incurren en la de confiscacion de bienes, de destierro, y en la de poder ser desheredados. Varios autores, entre ellos el señor Hern. de la Rua son de opinion, que esta ley no tiene efecto desde que por el Conc. Trid. fue anulado el matrimonio clandestino. Su principal razon es el no poder tener lugar una vez que no existen matrimonios tales, y el faltar su fin, que era el de impedirlos. Queda suficientemente contestado este argumento con lo dicho *núm. ant.*: y con arreglo á ello convendré, en que la ley no tenga lugar en el matrimonio clandestino, en que faltan el párroco propio y testigos, porque efectivamente en este cesó

su fin, pero en los de las otras dos especies no asi, por la razon contraria. Como queda probado y dice Llam. Mol., estos matrimonios son válidos, y eran cuando se hizo la ley y aun ahora, clandestinos. Tenemos pues que en ellos se da el fin que la ley se propuso de impedirlos, y su causa, cual es haber matrimonios clandestinos.

Adviertase, que toda esta duda viene á recaer solo sobre los que son tales por faltar las proclamas, (entiéndase siempre á no ser que el prelado las dispénsase), puesto que los en que falta el consentimiento paterno están declarados causa de desheredacion por los *arts.* 3 *y* 4, *de d. ley* 9, *tit*, 2, *lib.* 10, bien que aun en ellos puede tener lugar la duda respecto á la pena de destierro impuesta ademas por *la ley* 49 *de Toro*, *ó* 5, *d. tit.* 2. Siendo mayores de 25 años, es sabido no causa pena alguna la falta de consentimiento, *ley* 18, *d. tit.* 2. Debo igualmente advertir que *d. arts.* 3 *y* 4, imponen solo su pena por celebrar el matrimonio sin la debida licencia, y no por los esponsales, que se limitan á dejarlos sin efecto.

En conclusion de este punto digo que la primera pena de *d. ley* 15, esto es, la de confiscacion, no puede tener lugar hoy en caso alguno. *Art.* 10 *de la Const. de* 1837.

Núm. 6. *Del parentesco, sus lineas y grados, y de la afinidad.* A propósito dejé para tratar á lo último, de los impedimentos que se originan del parentesco, afinidad, y pública honestidad, por los varios puntos interesantes que envuelven. Parentesco ó consanguinidad es, *atenencia ó aligamiento de personas departidas, que descienden de una raiz, segun la ley* 1.ª *tit.* 6, P. 4, que esplica esta definicion. Si se habla con rigor, solo son dos sus especies; pero por varias razones, y respetos se estiende tambien á las que llamamos meramente civil, y á la espiritual; y asi son cuatro los parentescos, á saber: meramente natural, meramente civil, mezclado de natural y civil, y espiritual. Meramente natural es el que nace de ilícito ayuntamiento, al que pertenecen todos los que han nacido fuera de legítimo matrimonio. Meramente civil, el que se contrae por la adopcion. Mezclado, el que viene de legítimo matrimonio, porque concurren en él la naturaleza, y la aprobacion de la ley; y espiritual, el que se contrae por el bautismo, ó confirmacion.

En el parentesco hay líneas y grados, cuya noticia es necesaria para regular los casamientos y las sucesiones. Línea es, *ayuntamiento ordenado de personas, que se tienen unas de otras como cadena descendiendo de una raiz.* O es recta entre personas que una viene de otra, y se subdivide en de ascendientes, que sube, en la que están el padre, abuelo, bisabuelo, etc., y de descendientes en que se baja, como hijo, nieto, biznieto, y de ahi abajo; ó de travieso ó transversal, que tambien se llama lateral. Esta empieza en los hermanos, y sigue por grados entre los hijos ó descendientes de uno de ellos respecto de los descendientes del otro. Se llama de travieso, porque los que están en ella no descienden uno de otro, aunque todos nacen de una misma raiz ó tronco, *ley* 2, *d. tit.* 6. La llamamos tronco, por la semejanza que tiene con el de los árboles, pues asi como de este nacen todas las ramas de los árboles, sucede lo mismo en el parentesco; y de ahi es, que llamamos tambien árbol de parentesco al tronco de que tratamos, con sus ramas.

Grado no es otra cosa, *que un escalon ó paso de distancia de un pariente á otro.* En la línea recta de ascendientes ó descendientes los cuentan ó numeran de una misma manera el derecho civil y canónico, esto es, salen en ellos los mismos grados, ó bien diciendo con este último, que son tantos estos como las generaciones, ó tantos como las personas, quitando una. Asi pues, Pedro dista de su abuelo dos grados, porque hay dos generaciones, la una de su abuelo, que engendró á su padre, y la otra la de este; ó contando por personas, son estas tres, y quitada una, quedan en dos.

Pero en el modo de contarlos en la línea transversal hay notable diferencia entre los dos derechos; porque segun la computacion civil, se sube al tronco desde una persona y despues se baja hasta la otra, *cuyo grado con la primera se quiere buscar*; y por ello no hay primer grado en esta línea que debe empezar necesariamente por el segundo, por no poderse verificar subida y bajada de otra manera. Los hermanos pues, de donde empieza esta línea distan entre sí dos grados, uno de subida de uno de ellos al padre, que es el tronco comun de los dos, y el otro de bajada del mismo padre al otro hermano. Y segun la computacion canónica

solo se sube, y de ahí es que un hermano solo dista del otro un grado.

Para la mas completa inteligencia de esta línea lateral, es preciso saber que puede ser igual ó desigual. En aquella están los que distan igualmente de su comun tronco, como dos hermanos, ó dos primos hermanos; y en la desigual, el uno dista mas que el otro, como tio y sobrino, y entonces se sube al tronco desde el mas remoto; quiere decir, segun la computacion canónica para saber qué grados separan á este de otro que no está tan remoto, se atiende á los grados que aquel dista del tronco. Si se pregunta pues, cuantos grados distan Pedro y María hija de su hermano Juan, responderemos que dos, porque de María á Juan se sube un grado y de Juan á su padre, que lo es tambien de Pedro, y por lo mismo, comun tronco de los dos, se sube otro. Segun el derecho civil distan tres grados, porque despues de haber subido al tronco, se ha de bajar hasta Pedro. *La computacion civil se sigue en las sucesiones, y la canónica en los casamientos, ll.* 3 *y* 4, *tit.* 6.

Del parentesco es una especie de imágen la cuñadez, á que solemos llamar *afinidad* de la palabra latina *afinitas*, y es, *alleganza de personas que viene del ayuntamiento del varon y de la muger, ley* 5, *d. tit.* 6, *P.* 4. Nace del ayuntamiento carnal del varon y de la muger, sea ó no lícito. Por él, los parientes del varon se hacen cuñados de la muger, y los de esta cuñados del marido en aquel grado en que son parientes, *d. ley* 5, y tambien produce impedimento para el matrimonio. Aunque esta ley llama cuñados de la muger á todos los parientes del marido, y al contrario, con todo, por el uso comun de hablar, solo llamamos cuñados de la muger á los hermanos del marido, y de este á los hermanos de la muger; y si dos hermanos se casan con dos hermanas los decimos concuñados. Téngase últimamente presente, que entre los parientes de los dos casados no media parentesco alguno.

Núm 7. *Del impedimento que todos estos parentescos producen.* En España reconociendo y respetando como sacramento el matrimonio, seguimos las reglas de la iglesia en lo que pertenece á su valor; y segun ellas digo, que el parentesco natural ó de consanguinidad es impedimento para

que sea válido, siempre sin limitacion de grados en línea recta; y por eso suele decirse, que si Adan viviese viudo, no se podria casar con ninguna muger, por ser todas descendientes suyas. En la transversal se estiende hasta el cuarto grado inclusive, como suele decirse.

La afinidad es tambien impedimento dirimente hasta el cuarto grado inclusive, si nace de ayuntamiento lícito; pero si de ilícito solo llega al segundo.

Por el bautismo y la confirmacion nace parentesco, ó llámesele cognacion espiritual entre el padrino y el bautizado, ó confirmado y sus padres por una parte, y por otra entre el bautizante, el bautizado y sus padres; y asi es que produce entre ellos por el mismo órden impedimento dirimente.

Le produce igualmente entre el adoptante y parientes de su línea y el adoptado, en los términos que esplica la *ley* 7, *tit.* 7, *P.* 4, la cognacion civil que vimos se origina de la adopcion, *Conc. Trid. Ses.* 24, *cap.* 2 *y sig.*

Tanto en estos impedimentos como en otros puede dispensar la competente autoridad eclesiástica, acerca de cuyas dispensas pueden verse algunos particulares en la *ley* 21, *y sus notas*, *tit.* 2, *lib.* 10, *Nov. Rec.*

Núm 8. *Del impedimento de pública honestidad.* Suele darse este nombre al que producen el matrimonio rato, y los esponsales válidos: pero aqui conviene hacer una distincion importante. Como ya dejo indicado, de los esponsales válidos nacen dos especies de impedimentos, dirimentes unos, é impedientes los otros. Los primeros versan entre los parientes del un contrayente, y el otro contrayente; y estos solo le dirimen en el primer grado: mientras en el matrimonio rato llegan al cuarto, *Conc. Trid. Ses. d cap.* 3. Los impedientes solo dicen respecto á las personas contratantes; de suerte, que cualquiera de ellas puede impedir á la que no quiere cumplir los esponsales válidos el que llegue á casarse nunca, *ley* 7, *tit.* 1, *P.* 4. Bien que esto no tendrá lugar en los esponsales de aquellos, que contrayéndolos á los 7 años, se apartan de ellos á los 14; pues, como dice Cavalario, *part.* 2, *cap.* 19, *núm.* 2, y Valens. *lib.* 4, *titulo* 2, *núm.* 4, hasta esta última edad les autoriza el derecho para separarse de ellos. Impedimento dirimente le causarán empero siempre, *ley* 12, *d. tit.* 1.

El señor Hernandez de la Rua suscita al tratar de este impedimento la cuestion, que él llama grande, de si le producirán dirimente durante el primer grado los esponsales, que no fueren contraidos por escritura pública, despues de la *pragmática de* 1803. Consiste toda la duda en aquellas sus palabras. « En ningun tribunal eclesiástico ni secular de mis dominios se admitirán demandas de esponsales, sino que sean celebrados etc. » Dicho autor, con todo, la resuelve afirmativamente, diciendo, que estas espresiones solo trataron de atacar la parte activa de los esponsales, el que estos, siendo celebrados de otro modo fuesen obligatorios de casamiento: pero resistiéndose lo mismo (aunque no medie escritura pública) la debida honestidad, debe sostenerse su decoro. Efectivamente aun en rigor gramatical la palabra demanda no puede significar otra cosa que demandar casamiento. La *ley* 17, *d. tit.* 2, *lib.* 10, *Nov. Rec.* dice que no tengan efecto ni tampoco por via de impedimento; pero esta, como indiqué *núm.* 3, §. *ant.*, refiérese á los esponsales celebrados sin el debido consentimiento prescrito por la *ley* 9; y de ningun modo á la pragmática *de* 803 *ó sea ley* 18, á que es anterior.

Núm. 9. *De la disolucion del matrimonio.* Debe distinguirse el matrimonio llamado rato del consumado; y la disolucion en cuanto al vínculo matrimonial, y en cuanto á la cohabitacion. Matrimonio rato ya sabemos que es aquel á que, habiendo sido contraido por palabra de presente prévios los mismos requisitos que en el consumado se exigen, no se sigió la cópula; y este al contrario. El primero solo puede disolverse por el voto solemne de castidad en profesion religiosa; *Conc. Trid. Ses. d. Can.* 6 *y* 9: el consumado en cuanto al vínculo solo es indisoluble por la muerte de uno de los cónyuges, *leyes* 2 *y* 5, *tit.* 10 *P.* 4. Pero en cuanto á la cohabitacion pueden separarse, mediando la competente autoridad, por el divorcio, que suele tener lugar por la sevicia ó trato cruel de uno contra el otro, adulterio, ú otras causas que se espresan en *d. tit.* 10 *P.* 4.

Núm. 10. *Resúmen de este* §. 2. Por lo en él dicho sabemos, *núm.* 1, qué cosa sea matrimonio, que pueden celebrarle los mismos que vimos §. *antec.* pueden contraer esponsales, con sola diferencia en la edad, y que basta espre-

sar el consentimiento por poder, y por señales que lo demuestren claramente: por el 2 *y* 3 qué es lo que se requiere para contraerlo válidamente, qué sea impedimento impediente y dirimente, y qué especies hay de unos y otros: *en los núms.* 4 *y* 5 vimos si hay algunos matrimonios que puedan decirse clandestinos, en qué penas se incurre por celebrarlos, y cuál de los tales anuló el concilio de Trento: por el 6 sabemos, qué es parentesco, que le hay natural, civil, mezclado de natural y civil y espiritual; qué se entiende por linea de parentesco, que puede ser recta ó transversal, y la primera ascedental ó descedental; qué cosa sea lo que llamamos grado, y qué diferencias se observan al contarlos entre el derecho civil y canónico, ya sea en la línea recta, ya en la lateral ó transversal; que la computacion civil se sigue en las sucesiones, y la canónica en los casamientos, y por último, que la afinidad ó cuñadez nace del ayuntamiento lícito ó ilícito, y que solo media entre un conjunto y los parientes del otro, mas no entre los parientes del uno y los del otro entre sí: en el *núm.* 7 consta que el parentesco en la línea recta es impedimento del matrimonio sin limitacion de grados, que en la lateral llega al 4.° inclusive, y lo mismo la afinidad procedente de ayuntamiento lícito, pero la que de ilícito no pasa del 2.°; consta ademas qué impedimento producen la cognacion espiritual, y la civil, y quién puede dispensar en todos estos impedimentos: por el *núm.* 8 sabemos, que los esponsales válidos, aunque no fuesen otorgados por escritura pública, producen impedimento dirimente entre un contrayente y los parientes del primer grado del otro, é impediente en los contrayentes para poder celebrar matrimonio con otra persona: y por último en el 9 consta, qué el matrimonio rato se podia disolver aun *quoad vinculum* por la profesion; mas el consumado solo por la muerte de uno de los cónyuges, si bien en cuanto á la cohabitacion se disuelve por causa justa.

TITULO V.

De los gananciales y otros efectos civiles del matrimonio.

Título 4.°, *lib* 10, *Nov. Rec.*

§. I.

De los gananciales.

Núm 1. *Qué cosa sean.* Puede sin duda ponerse como el afecto civil mas famoso del matrimonio en España, efecto desconocido en las leyes romanas, la adquisicion para ambos cónyuges por mitad de lo que ganaren cada uno de ellos *por título oneroso durante matrimonio*, que puede llamarse derecho de gananciales. Apenas puede darse una definicion exacta de lo que estos sean, por las varias clases de bienes, que comprenden. No sería con todo un despropósito decir que son gananciales «aquella parte de los bienes gana» dos durante la sociedad matrimonial, que por las leyes per» tenece de por mitad á los dos cónyuges.»

Núm. 2. *Cuando se empieza esta sosiedad.* Comienza solo con el matrimonio considerado como sociedad legal. Antes de querer resolver cuestiones, está en el orden fijar las oportunas bases. Naciendo la comunion de bienes entre los cónyuges, del matrimonio, y durando mientras subsista este por beneficio de la ley, *leyes del tit.* 4, *lib.* 10, debe decirse que el matrimonio incluye una sociedad legal entre ellos, algo diferente de las demas sociedades regulares; como veremos por los efectos de aquella, cotejados con los que en su lugar se dirá producen estas. Téngase pues por regla, dedu-

cida con rigurosa exactitud del espíritu de *dd. leyes*, « que la causa y razon de comunicarse algunas ganancias es el matrimonio considerado como sociedad civil y legal muy diferente de las demas sociedades; de consiguiente que dicha sociedad empieza y subsiste cuando y mientras aquel tiene la consideracion de tal: » y aquí tropezamos ya con una cuestion importante, que no toca Sala. Si con el matrimonio empieza esa sociedad gananciera, permítaseme esta espresion, una vez celebrado, aunque la muger tarde en salir de casa de sus padres y ponerse en dependencia y compañía del marido, ¿participará de las ganancias hechas por este, y al contrario? Matienzo, *ley* 2, *tit.* 9, *glos.* 1, *núm.* 41, Gomez, *ley* 53, *núm.* 72, y Febrero, 2.ª *part. lib.* 1 *cap.* 4, *número* 46, á que puede añadirse ahora últimamente el señor La Rua con los que cita, opinan que en este caso no participa uno de las ganancias del otro, por faltar todas las razones inductivas de la ley que son, el trabajo, la industria y caudal. Si el marido llevó este, al paso que dejó la muger en casa de sus padres, juzga y con razon Feb. *núm.* 47, participará esta de cuanto aquel gane. Tal es la opinion de estos autores que, aunque no lo parece á primera vista, está conforme con la regla espuesta, pues si bien es cierto que existe un principio de sociedad, no lo es menos, que es una sociedad incoada, y que malamente se puede llamar civil.

Núm. 3. *Cuando se acaba.* Aunque parece, atendido á lo espuesto, que durante el matrimonio debe subsistir dicha sociedad, se suscitan no obstante sobre este punto varias cuestiones importantes tocadas por Sala, *núm* 20, que decidiremos por la regla puesta en el *núm. ant.* Una de ellas es, sobre si es indispensable la cohabitacion de los cónyuges, como aparece exigir la *ley* 1, *tit.* 4, *d.* por aquellas palabras, *estando de consuno*, ó como dice la *ley* 205 *del Estilo*, hablando del marido *estando en uno con su muger*; de suerte, que partiendo el marido por ejemplo á la América ó á otras partes lejanas á comerciar, cese la sociedad legal, y por lo mismo la participacion de ganancias. El señor Sala dice, que nuestros autores Matienzo, Acevedo y García sienten que subsisten estas, fundados en que la *ley* 5, *d. tit.* declarando las *leyes del Fuero y del Estilo*, dice durante el matrimonio, cuyas palabras añade, puestas en declaracion

de las arriba citadas, hacen ver que estas no deben tomarse con estrechez, sí que solo significan debe permanecer entre los cónyuges la comunion que abrazaron con el matrimonio. Parece efectivamente esto muy conforme; por ello, y porque, aunque los dos consortes vivan en distintos pueblos, no por eso se acaba la sociedad civil y legal, como es indudable, no vacilo en afirmar será gananciál lo que asi ganen uno y otro por cualquiera causa que esten separados; á no ser que lo hiciesen con intervencion de la competente autoridad. ¿Si al casarse fuesen comerciantes de esta clase, no se haria comun lo que ganasen? Nadie habrá que no diga que sí. Pues la razon, y la paridad no pueden ser mas idénticas.

Dije á no ser que mediase la competente autoridad, porque aun la separacion que causa el divorcio no disolverá la sociedad conyugal, si aquel solo se apoya en un capricho arbitrario, que les impelió á establecer entre sí una separacion ilícita. Y habiendo sido mandado aquel por el orden regular ¿cesará esta, y por lo mismo la participacion de gananciales? Universalmente se dice que sí; y yo convengo en ello, como no podia menos sin faltar á los principios de derecho establecidos en el *núm.* 2, en que tan claramente está decidido el caso.

Si su conformidad con ellos me mueve á asentir á las dos cuestiones anteriores, no puedo por la razon contraria transigir con el Sala en que el causante del divorcio no separe de entrar en sus ganancias al otro, y este sí respecto de las suyas á él. ¿Cesa ó no cesa la sociedad civil del matrimonio por el divorcio *quoad torum*, hecho con autoridad judicial? Claro está que sí. Deben pues cesar sus efectos; con la limitacion empero de que no diese causa al divorcio solo con este objeto; cortapisa bastante á disolver las razones contrarias, y á satisfacer sus escrúpulos.

Ademas del caso del divorcio hay otros dos, en que cesa esta sociedad con respecto á los gananciales, durando sin embargo la marital, espresos en las *leyes* 9 *y* 10, *d. tit.* 4; cuales son, si la muger hubiere renunciado á ella, *ley* 9, y si los bienes de uno de los cónyuges hubiesen sido confiscados, de los que el último no puede tener lugar segun el antes citado *art.* 10 *de la Constitucion de* 837.

Si en el primer caso la muger deja de tener parte en los gananciales porque quiere, la *ley* 5 *d. tit.*, condena á perderlos á favor de los herederos de su difunto marido á la que siendo viuda vive lujuriosamente.

Núm. 4. *La muerte de un cónyuge, principal causa de su disolucion.* Siendo la única causa de esta sociedad matrimonial legal el matrimonio, de suyo se deja ver, que la cesacion de este por muerte de uno de los cónyuges es la causa mas natural de la de aquella. Con todo piensan por lo comun nuestros intérpretes, que en el caso de que muerto un cónyuge continúen sus herederos en vivir en comunion de bienes con el superstite, se entiende tácitamente continuada esta sociedad. Pero siempre nos ha parecido mejor, dice el señor Sala, la contraria opinion de Matienzo, por ser muy sólidas las razones en que se funda. 1.ª Que disuelto el matrimonio cesa la razon que la introdujo. 2.ª Que siendo esta sociedad especial, y desviándose tanto de las demas sociedades regulares, es de estrecha interpretacion y no debe ampliarse. 3.ª Que no viniendo esta sociedad de la convencion, ó voluntad de las partes como las otras, sino de sola la ley, es ariesgado estenderla, presumiéndola renovada á pretesto de un tácito consentimiento. Lo mas fundado segun esto es, que en el caso de la cuestion no debe entenderse renovada, ó continuada esta sociedad, sino contraida una regular nueva de los bienes que ganaren los contrayentes, bastante diferente de la matrimonial, como veremos tratando del contrato de compañía; cuya sociedad regular puede contraerse tácitamente, como allí se dirá. A pesar de la certeza de esta opinion, hay con todo algunos casos en que continúa la sociedad del matrimonio; y tendrán lugar, cuando se pactó asi, y en donde fuere de costumbre, que podrá probarse por partijas anteriores. Feb., *lug. cit.*, añade otros dos casos; pero en mi concepto es imposible conciliarlos con los principios arriba puestos, y con los que él mismo tan bellamente espone desde el *núm.* 86 *al* 97.

Núm. 5. *Qué bienes son gananciales.* Ante todas cosas debe tenerse presente que los bienes que han marido y muger en el matrimonio, se supone que son comunes y gananciales, y por lo mismo son de ambos de por medio; salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente, como

espresamente lo dice la *ley* 4 *de d. tit.* 4, aprobando la costumbre que antes habia de hacerse asi. Se presumen pues, comunes, si no se probare lo contrario, y por ello, para obviar dificultades y perjuicios, aconsejan Gomez en la *ley* 53, *de Toro*, *núm.* 70 y otros autores, que al tiempo de contraerse el matrimonio se otorgue pública escritura, por la que conste qué bienes tenia entonces cada uno de los contrayentes: *Feb.* 1.ª *part.*, *cap.* 3, §. *final*, *presenta el modelo de estas escrituras, y demas que suelen otorgarse en las capitulaciones matrimoniales.*

De los ganados en el matrimonio ténganse por reglas: 1.ª Que se comunican tan solo aquellos bienes, que cualquiera de los cónyuges comprare, ó ganare con su trabajo ó industria, ú otro título que no sea lucrativo, ó aunque lo sea, siempre que lo ganado por él, fuese dado á los dos ó á uno en nombre de los dos, *ley* 1, *d. tit.* 4. 2.ª Los frutos y rentas todos de los bienes de cada uno de ellos, sin atender á mayoría ó minoría de bienes ni industria, vencidos y percibidos durante matrimonio, *leyes* 3 *y* 5 *d. tit.*, ó pendientes á su disolucion, *ley* 10, *tit.* 4, *lib.* 3, *Fuero Real*, estos si fueron cultivados en el matrimonio segun esplicaré. 3.ª Los emolumentos de los bienes castrenses, oficios reales ú otro cualquiera inclusos los de los llamados casi castrenses; *espresiones terminantes de d. ley* 5. De estas palabras dice Sala, *núm.* 22, infiere Gut. y Acev. que los estipendios y honorarios, que gana el marido juez, abogado ó médico son comunes entre él y la muger, por ser frutos civiles de estos oficios; y yo diré, que esto no debe presentarse como opinion de autores, sino como disposicion espresa en la ley.

Con respecto á los frutos pendientes á la disolucion del matrimonio, dice la *ley* 10, recibida en la práctica, segun *Mat. y Gom. en d. ley* 3, *glos.* 1, *y en la* 53 *de Toro*, *núm.* 71, que si la tierra está sembrada, aunque no aparezcan los frutos, debe partirlos á medias el dueño del fundo con los herederos del otro; sino está sembrada, partirá los barbechos, ó por otro término las culturas. Mas siendo árboles ó viñas, sino aparecian cuando la disolucion del matrimonio, no le obliga á dar parte alguna.

Nada habla la ley de los partos de los animales, cuyos fetos quedasen ya concebidos antes de la muerte del cónyu-

ge. Pero, si es permitido juzgar por identidad de razon en algun caso, de ninguno mejor que del presente podrá decirse comprendido en la ley. Esta dá por gananciales los frutos pendientes existentes á la disolucion del matrimonio; ¿y el feto que quedó concebido no es tan fruto pendiente, ó mas que el de los árboles, y tan existente? Seguramente que nadie dirá que no; y por lo mismo que no sea ganancial, tanto mas si se agrega que los árboles dan su fruto con bien poco ó ningun trabajo, cuando los animales, tanto antes como despues de concebir exigen sumo cuidado, y mucho trabajo. Gom. *ley* 53, *núm.* 71, y Feb. 2.ª *parte*, *lib.* 1, *cap.* 5, *núm.* 42. Este último está digno de ver sobre estos puntos.

Núm. 6. *Sigue lo mismo.* Para partirse por mitad como los gananciales los frutos que quedan pendientes al disolverse la sociedad, exigí la circunstancia de que fuesen cultivados en el matrimonio, porque si un cónyuge los aportó á él pendientes, y se disolvió antes de poder recojerse, varía el caso, y no pueden comunicarse por razon alguna como *gananciales*. Las leyes recopiladas dan como tales los ganados durante matrimonio, ¿y cómo se dirán ganados en él, no siendo ni trabajados ni recojidos en su tiempo? Es verdad que la ley del Fuero Real les concede los pendientes, mas es por suponer fueron cultivados subsistiendo la sociedad, como se deja ver en la diferencia que hace de los pendientes en los árboles, y los pendientes en tierras. Nótese con cuidado que cuando dije *no se comunican como gananciales*, quise decir, no se partirán por mitad entre los dos; pero sí deben dividirse á prorata del tiempo que duró el matrimonio, del modo que diremos se dividen los de mayorazgo; Feb. *lug. cit. número* 45 *y sigs.*

Este, *núm.* 50 *y sigs.* hace distincion de cuando hereda un cónyuge un fundo con frutos maduros y próximos á recogerse; cuándo los bienes aportados al matrimonio tienen frutos pendientes; y cuándo en las fincas arrendadas hay frutos pendientes á costa del colono. En el primer caso sostiene que nada es ganancial, y en los dos últimos que los frutos se comunican á prorata del tiempo que duró el matrimonio, dando por razon de los tres casos la proporcion del trabajo puesto. Asi, por venir sin trabajo en el primero no

le dá nada al otro cónyuge, y en los dos últimos solo á prorata. Es estraña esta doctrina verdaderamente, atendido á que varias leyes *del tít.* 4 *de d. lib.* 10, les conceden en general los frutos de las herencias: que nada vale el que sean muchas las de uno, y ningunas las de otro, *ley* 3 *d. tít.*: y en fin, á que nuestras leyes no se los dan por mitad por atencion á su trabajo, pues es principio inconcuso en esta materia que no se atiende para comunicarse sus frutos y ganancias á mayoría, ó minoría de bienes ni industria. Segun esto, siendo todos los de las clasificaciones de arriba igualmente frutos unos que otros, y comunicándose por mitad los que quedan pendientes, creeré no haya lugar á tales diferencias.

Esplicado lo principal que hay que saber de frutos pendientes, debo decir acerca de la primera regla del *núm. anterior*, que segun ella es ganancial la cosa comprada con dinero que era de uno solo de los cónyuges, como claramente se deduce de dicha *ley* **1**, *tít.* 4; aunque con derecho en el comprador de sacar del cúmulo de gananciales para sí el precio que dió por ella, porque como capital suyo privativo le pertenece esclusivamente; Mol. *de just. et jur. disp.* 433, Gutier. *lib.* 2, *pract. quest.* 147, Mat. en *d. ley* **1**, *glos.* 2. Con arreglo á esta doctrina será hoy ganancial y comun la cosa comprada con dinero dotal, como si se comprase con cualquiera otro; pues aunque la *ley* 45, *tít.* 5, *P.* 5 dice sea propia de la muger, debe entenderse derogada en esta parte. Pertenecerán tambien por la misma razon á la sociedad matrimonial, y serán de ambos los aumentos ó mejoras de los bienes de cualquiera de ellos, que provengan de su industria ó trabajo. Este no es preciso lo pusiesen los dos, basta lo hiciese cualquiera de ellos, como consta *de d. ley* **1**. Pero aquí toco con una cuestion muy importante que es prediso tratar con separacion.

Num. 7. *Cuestion importante sobre el anter. núm.* Al *medio del núm.* 23, *tít.* 4 de Sala leense estas notables palabras: «Si el marido hubiese mejorado una casa ó campo » suyo, plantando viñas ó árboles, no tendrá la muger dere» cho á porcion alguna del campo, sino solamente á la mi» tad de lo que se gastó en mejorarle, como lo prueba bien » Feb., 2.ª *part. lib.* **1**, *cap.* 4, *núm.* 74. Y por lo mismo será

» tambien todo el campo de la muger si fuere suyo. » Hasta aquí Sala; y siento verdaderamente no poder convenir con él y con Febrero en esta su opinion de no tener el otro cónyuge derecho á la mitad de lo que vale mas una casa ó campo de uno de ellos, que se hubiese mejorado, si no solo á la de lo que costó la mejora. En mi sentir esto choca de frente contra la naturaleza é ideas de los gananciales, como se deja ver á la menor reflexion sobre la doctrina que acabo de sentar, *núm. ant.*; y nótese es sacada á la letra de aquel autor. Una breve reflexion que voy á hacer convencerá de la evidencia de este punto para mí indudable. ¿Qué vale, pregunto, la mitad de lo que costó la mejora? nada absolutamente. ¿Hace por ventura mas que restituirle una parte de capital que era ya suya? El coste de la mejora salió del capital que tenian ganado ya; de consiguiente, nada vuelve de nuevo. Viene por lo mismo en el caso de Sala á usurpar el mejorante toda la nueva ganancia que se hace, cuando sabemos deben ser comunes.

¿Y en qué se fundan para causar un perjuicio tan considerable, como el que puede resultar en muchos casos al otro cónyuge? Increible parece sino viésemos sus palabras, que el señor Sala aventurase esta decision en apoyos tan débiles como los que se alegan. El principal es las *leyes* 3 y 9, *tit.* 4, *lib.* 3, *Fuero Real*; que pueden verse en Feb. *lugar citado*; cuya autoridad me atrevo á decir es nula por la firme persuasion en que estoy de que es imposible probar su uso, y bien sabido es, que solo este puede dársela. No dije bien: aun probado este deberia proscribirse su observancia, como contraria á lo que con toda claridad arrojan de sí las leyes recopiladas. El otro fundamento es, no ser regular que por llevar mitad de la mejora se le introdúgese el cónyuge en parte de la finca mejorada. Respeto las reglas y principios que suelen arreglar nuestras particiones, y de ellos el que motiva esta razon; pero ¿qué se sigue de ahí? ¿No puede el otro llevar su mitad correspondiente de valor total de la mejora, sin introducirse en la finca? y perfectamente, con solo apreciar aquel, y darle su parte en metálico ú otra cosa, como sabe y nos enseña tambien el mismo Febrero, *d.* 2.ª *part.*, *lib.* 1, *cap.* 2, §. 2. Antonio Gomez en la *ley* 53 *de Toro*, *núm.* 79, sigue la opinion que acabo de sentar.

Núm. 8. *Qué bienes no son gananciales; y si lo és ó no la donacion remuneratoria.* Espresados los bienes que se comunican por mitad entre los cónyuges, veamos ahora cuáles no. Pero antes de entrar en las reglas que deben servir de norma en este punto, y en las cuestiones que sobre ellas se agitan, conviene espresar ciertas cosas que de suyo se conoce no son ganancial por deducirse así naturalmente de lo dicho *núm.* 6. Dije al fin de este, que son gananciales los aumentos ó mejoras que recibiesen los bienes de cualquiera de los cónyuges provenientes de su industria ó trabajo; mas no debe asentarse lo mismo, por la razon contraria, de aquellos que hayan venido sin trabajo por solo el beneficio del tiempo, porque estos siguen en un todo la naturaleza de los bienes de que son aumento: lo que tiene igual cabida en cualquier aumento natural, por ejemplo, si al campo de uno de ellos se le hubiese añadido algo por aluvion. Segun esta doctrina que admiten como cierta nuestros autores, Covar., Gomez y Mat., el aumento que tuvo en el año de 1779, *ley* 18, *tit.* 17, *lib.* 9, *Nov. Rec.*, la moneda de oro, ó el que tuviere nuevamente fue y será tan solo del dueño de ella.

Si uno de los cónyuges adquiere alguna cosa por derecho de retracto, será de él solo, porque solo en él concurren los requisitos de retracto; pero tendrá el otro derecho á la mitad del precio que costó, porque este como se deja ver era ganancial, Mol. *de just. et jur. dis.* 433, Gom. *ley* 70 *de Toro*, *núm.* 28. Será asimismo de solo el cónyuge permutante la cosa que adquirió dando en permuta otra suya, porque aquella, como subrogada en lugar de esta, se juzga ó supone ser la misma. Solo tendrá el otro derecho á la mitad de las vueltas, siempre que las hubiese dado el cónyuge permutante, porque en cuanto á ellas hubo adquisicion. Es esto tan claro y conforme á la doctrina anterior, que es inútil me detenga en demostrarlo. Debo sí decir, que segun la *ley* 11, *tit.* 4, *lib.* 3, *Fuero Real*, no es tampoco comun la cosa comprada con dinero de otra finca propia de uno de los cónyuges, que se vendió solo con objeto de subrogarla y substituirla á ella, Mat. en la *ley* 1, *tit.* 4, *lib* 10, *Nov. Rec.*; cuya razon parece ser, el que en este caso la nueva cosa se tiene como por permuta. La que habiendo sido comprada por uno antes del matrimonio se pagó despues con dinero de la sociedad,

tampoco será ganancial, porque verdaderamente no fue adquirida durante aquel. Tampoco son gananciales segun la *ley* 6, *tit.* 17, *lib.* 10, *Nov. Rec.* (46 *de Toro*) las mejoras hechas en cosas de mayorazgos; sino que todas ceden en beneficio de estos, como esplicaré en su tratado.

Presentadas estas que son como consecuencias de lo esplicado *núm.* 6, veamos qué otras cosas de las existentes en una sociedad matrimonial no son gananciales y por lo mismo pertenecen á cada cónyuge en particular. En esto deben servir de regla las siguientes proposiciones sacadas de nuestras leyes. 1.ª No son objeto de esta sociedad los bienes que tenian los cónyuges antes de contraerla y aportaron á ella, pues quedan privamente propios de aquel de quien eran antes, *ley* 3, *d. tit.* 4. 2.ª Cuantos les vengan por título lucrativo, dónelos quien quiera, siempre que lo done á uno solo; tales son las herencias y demas donaciones que se hicieren al marido ó á la muger, que solo las gana para sí aquel á quien se dejaren ó dieren, *ley* 2 *y* 5, *d. tit.*; ni los bienes castrenses, y oficios reales, sino es que fueren ganados á costa comunal de ambos, *d. ley* 2 *y* 5. Hasta aqui nuestras leyes, acerca de cuyo contesto se ocurren cuestiones dignas de examinar.

Sala, de quien he transcrito lo que acabo de asentar, inclínase en el *núm.* 22, á que las donaciones remuneratorias las adquiera el donatorio si se le hicieron en contemplacion de servicios propios suyos, y que entran en la compañía, si fueron hechas por servicios de los dos, como lo prueban Gut. *prac.*, *quæst.* 119; aunque García de *conjug. acquæstu*, *núm.* 125, quiere que indistintamente pertenezcan á la sociedad, y al contrario que nunca, Mat. en *d. ley* 1, *gl.* 6. cuya opinion dice se podrá seguir en caso de duda, porque sobre ser bastante conforme á la ley es espedita. Conozco que la cuestion es bastante dudosa; pero á pesar de eso, y de la fuerza que me hace su sola autoridad, no se qué inclinacion me arrastra á pensar con el señor la Rua, *lec.* 15, que las donaciones remuneratorias deben comunicarse casi siempre como gananciales. Es grande la conexion que esta cuestion tiene con otras para no determe en su exámen. La decision de ellas depende de la tan agitada entre los antiguos intérpretes, véanse los citados, de si la donacion remuneratoria es

título lucrativo ú oneroso. Es claro, digan lo que quieran unos y otros, no es título oneroso tomado rigurosamente; y en mi concepto no lo es menos, no lo es lucrativo propiamente dicho, como el solo término indica. Segun esto creeré debe decirse participa mas de la naturaleza del primero; que es título oneroso tomando este latamente, pues aunque es cierto no está obligado el donante por un deber civil y perfecto, le tiene moral é imperfecto Y comunicándose entre los cónyuges lo ganado por título oneroso, es consecuencia forzosa que se comunica la donacion remuneratoria, dada en recompensa de servicios, sean de uno solo ó de los dos.

Atendidas estas razones, está muy bello el término medio adoptado por dicho señor la Rua, para que deje de trasladar sus mismas palabras. «Parece, dice, que la opinion »mas fundada es la de que son comunicables, toda vez que »la causa de la remuneracion sea tal, que haya dimanado »de un hecho en el que intervinieron los caudales del matri»monio, ó de aquellos que son parte de la industria, que el »cónyuge debió prestar en la sociedad; v. g. son comunica»bles las donaciones hechas por el rey á los militares por »servicios de guerra, cuando aquellos se mantuvieron á es»pensas del caudal comun, *ll.* 2 *y* 5 *de tit.* 4; ó si al abogado, »al artista, al comerciante, se diera algo mas que sus hono»rarios, ó sueldos, en razon de la mayor industria que in»terpusieron; pero no se comunicarán cuando son procedentes »de un servicio singular, como el haber salvado la vida »á un individuo cualquiera, que se vió á peligro de perderla »á mano de un injusto agresor » Tal es su opinion en nada contraria á *d. ley* 2, que solo habla de donaciones simples.

Núm 9. *Aclaracion de lo dicho sobre bienes castrenses.* Los bienes castrenses, y oficios reales no quieren *d. ll.* 2 *y* 5, que sean gananciales, á no ser que fuesen ganados á espensas de ambos cónyuges. En cuanto á los oficios reales no hay tropiezo para conocer cuando son ó no gananciales, entendiéndose de algunos enagenables, y transmisibles á los herederos, tales como las procuradorías, escribanías y otros; y no de los personalísimos, juzgados, abogacías etc., como que no puede darsele otro sentido, pues estos son impartibles. ¿Qué quiso entender el legislador por bienes castrenses? Ordinariamente entendemos todo lo ganado por ra-

zon de la milicia armada, de modo que es bien castrense no solo la graduacion, y honores que el oficial adquiere, sino su sueldo, y demas utilidades que saca; y esto sin duda entendió el legislador, como no pudo menos. Pregunto ahora, ¿será comunicable el sueldo del militar casado, que no es asistido á espensas comunes? Atendido lo dicho indudablemente que no. Y siendo asi ¿qué quiere significar *la ley* 5, cuando dice, hayan ambos de consuno los frutos y rentas de los tales bienes castrenses? Puede decirse, se entiende de los frutos y rentas de bienes raices, ó sin ser raices, que pudo haber ganado en la guerra; pero tambien yo puedo decir del mismo modo, habla del sueldo que á su militar graduacion está asignado. Mas ¿cómo se concilia entonces esto último con lo de la ley, de que quedan propios del militar los bienes castrenses, cuya cualidad es innegable al sueldo? Me parece muy oportuna á zanjar esta dificultad una idea apuntada por Feb. *lug. cit. cap.* 4, *núm.* **21**, y la emito en los términos siguientes. Parece indudable que el militar casado que en campaña no se sostiene con los bienes del matrimonio, hace suyo privativamente el sueldo, y lo demas que gane, ya por lo dicho de ser bien castrense, y ya porque no siendo asi, no venia á hacer nada suyo, pues su condecoracion considerada sin sueldo, ¿qué es? y se eludian de lo contrario las citadas leyes, que de suyo se deja ver no hablan solo de esta. Pero será comunicable el del militar retirado, ó de aquel á quien su muger acompañe; porque entonces esta le ayuda con su industria, y contribuye á la conservacion, y aumentos de la compañía.

Núm. **10.** *Resúmen de los puntos anteriores.* Por lo dicho hasta aqui, sabemos qué cosas sean gananciales; que la causa de comunicarse de por mitad entre los cónyuges, es el matrimonio considerado como una sociedad especial; que no siempre empieza esta desde el momento que aquel se efectuó, *núm.* **1** *y* 2; *por el* 3 *y* 4, que por punto general se acaba solo con el matrimonio, pero hay casos en que cesa aun durando este, cuales son el divorcio, y la renuncia; que subsiste, aunque por interés propio vivan en partes distintas; que muerto un cónyuge no continúa la misma sociedad entre sus herederos y el sobreviviente, sino que se entiende contraida otra nueva: con todo en dos casos puede subsistir

aquella; en el 5 y 6, vimos que todo lo que hay en el matrimonio se supone comun, no probándose lo contrario; que se comunican como gananciales cuanto se adquiera por título oneroso, ó aunque sea lucrativo en ciertos casos, y los frutos de todos los bienes de cualquiera de los cónyuges, sin atender á que uno tenga ó trabaje mas ó menos; que lo mismo debe decirse de los emolumentos de cualquiera oficio; que los frutos pendientes tanto al contraer el matrimonio, como al disolverse, son de ambos de por mitad si fueren cultivados, ó percibidos durante él, ya provengan de fincas arrendadas, ya se hubiesen aportado casi maduros; y que los que se aportaron pendientes, y no llegaron á recogerse en el matrimonio, no se partirán por mitad como gananciales, sino á prorata: en *el* 7, que la mejora hecha en bienes de uno de los cónyuges es ganancial segun su total valor, y no solo su coste: y por último en *los* 8 *y* 9, que no son ganancial las utilidades que los bienes de cada uno reciben por solo el beneficio del tiempo ó de la naturaleza, ni lo adquirido por retracto y permuta; ni los bienes propios de cada uno y los ganados por título lucrativo; pero que por no pertenecer regularmente á esta clase las donaciones remuneratorias son casi siempre comunicables; ni los castrenses y oficios reales, si bien el sueldo del militar es ganancial en algunos casos

Núm. **11.** *Aplicacion de estos principios.* A propósito los recapitulé aquí invirtiendo el orden que observo en toda la obra con el fin de hacerla mas perceptible. Nada valen las reglas si llegado el momento de su aplicacion se vacila, se yerra esta. Semejante consideracion me determinó á presentar algunos casos con su solucion sacados del *cap.* 4, *tantas veces citado* de Feb. En el *núm.* 25, se propone la duda de si las donaciones hechas á la muger al celebrarse el matrimonio, por los parientes del marido ó al contrario, son del donatario ó gananciales. Responde por medio de ocho casos, que es inútil recorrer, pues cuantos puedan ocurrir en esto, están decididos con una reflexion bien sencilla. Solo aquellas donaciones son gananciales, como ya vimos, que se hacen á los dos cónyuges, ó á uno para los dos; no así en otro caso. En el propuesto pues, decidiríamos segun que por las circunstancias echásemos de ver de cual de los dos modos

fueran hechas; pero lo mas regular es que sean solo del donatario por suponerse que los parientes del otro las hicieron en contemplacion de este, y por lo mismo como si fuesen hechas por él.

¿Los réditos de censo, usufructo, pension, legado anuo, ó renta vitalicia, que la muger lleva en dote, son comunicables, y gananciales, ó los debe restituir el marido disuelto el matrimonio? *núms.* 26 *y* 27. Hay quien afirme esto último, porque los frutos que consumen la sustancia de la cosa, no pueden comunicarse por mitad, por decirse mas bien propiedad que frutos, como lo indica *la ley* 27, *tit.* **11**, *P.* 4, que pone un caso espreso en canteras y árboles; y porque de lo contrario vendria á quedar indotada. Otros dicen, que consumidos, no está el marido en el caso de restituirlos, por cuanto se le dieron para subvenir á las cargas del matrimonio, y no siendo asi, era lo mismo que si no llevará tal dote. ¿Cuál de estas dos soluciones está mas conforme con nuestros principios? ni una ni otra, por no hablar con la debida distincion. La pone cual se debe Febrero diciendo, que si los réditos, legados ó pensiones son constituidos á favor de la muger por ciertos y determinados años, debe restituirlos el marido, porque en este caso son como una deuda y obligacion paulatina de satisfacer, de la que, concluido el tiempo de su concesion, nada queda á la muger en propiedad ni usufructo; de suerte que es lo mismo que si llevase en dote alguna deuda, cuyo pago estuviese estipulado á plazos fijos. Pero no asi cuando le compete perpetuamente el derecho de percibirlos, que es su verdadera propiepad. Si se le da en dote para sostener las cargas matrimoniales cierta cantidad anua ó un predio, para percibir sus frutos, no está obligado á restituirlos por considerarse alimentos, á menos que pactasen otra cosa, pues siendo asi, con arreglo á lo pactado se decidirán todos los casos. Téngase entendido que lo dicho de lo que la muger lleva, tiene el mismo lugar en un todo respecto á lo del marido.

¿Y el derecho de usufructo perpetuo adquirido por uno de los cónyuges será ganancial? Si se consolida con propiedad de uno, ó le viene por otra causa lucrativa, claro que no: no asi de lo contrario, esto es, si lo adquiere por título oneroso, aunque se consolide con propiedad de uno solo. Mas supon-

gamos que uno lleva, ó adquiere durante matrimonio el usufructo de algunos bienes por determinados años. En este caso tiene lugar de lleno lo dicho sobre los anteriores: mal puede sacarse frutos de frutos; de consiguiente estos son la verdadera propiedad, y lo único que se hará comun, serán los emolumentos de los mismos frutos. Con todo, es esto bastante duro; véase su *cap.* 3, *núm.* 29, *lib.* 1, 2.ª *parte.*

Dependiendo todas estas cuestiones de la comunicacion de unos frutos entre los cónyuges como gananciales y no de otros, de los principios que rigen en el tratado del usufructo en general, deberá estudiarse este con cuidado, para poder conocer qué frutos merecen este nombre en realidad, y por lo mismo ingresan en la sociedad como ganancias, cuáles solo en apariencia, y no están por consiguiente en este caso.

Núm. 12. *Quien tiene el dominio de los gananciales.* El dominio de los bienes adquiridos durante matrimonio es comun por mitad del marido y la muger; *ley* 1 *y* 4, *d. tit.* 4; sin atenderse á que uno haya llevado al matrimonio mas caudal que el otro, *ley* 3, *d. tit.* y prueba latamente Matienzo, que esta comunicacion de bienes se entiende en cuanto al dominio, y á la posesion. Pero adviertase con cuidado, que como enseñan Covarrubias, y Acevedo, el dominio y la posesion en cuanto á la muger son *in habitu* y no *in actu*, como suele decirse; pasando al acto por la disolucion del matrimonio; y que solo el marido le tiene durante este *in actu*: de ahí viene, que solo él puede enagenar estos bienes, mientras duraré el marimonio, y sin el consentimiento de la muger; valiendo la enagenacion, sino es que se probare haberla hecho con ánimo de defraudarla ó perjudicarla, *ley* 5, *d. tit.* 4, *lib* 10, *Nov. Rec.* Y por cuanto esta ley, para que no valga la enagenacion exige espresamente este mal ánimo, allí «*Por defraudar ó dannaficar á la muger*» convienen casi todos nuestros intérpretes en que son válidas las enagenaciones, que sin este ánimo hiciese el marido, jugando, ó viviendo viciosamente: Gomez, Gutier, García, de *conjug. acq. núm.* 66, en donde responden á los argumentos de Ayora, que pensó de otra manera, y se sueltan bien con lo que va dicho. Si bajo esta potestad de enagenar que compete al marido, se comprende la de dar, lo disputan nues-

tros autores, afirmándolo Ant. Gom con otros, y negándolo otros con Matienzo. En cuya cuestion parece mas conforme la media sentencia, que defienden Molina, *de Hisp. primog. lib.* 2, *cap.* 10, *y Gut. lib.* 2, *prac. quest.* 121, de que puede el marido hacer donaciones moderadas; mas no copiosas y sin causa que disipen el patrimonio.

Esta potestad de enagenar que concede la ley al marido, está limitada á las enagenaciones entre vivos, como rectamente advierte Acevedo, fundado en las palabras de la misma *ley* 5, *allí* « Que los pueda enagenar el marido durante »matrimonio» y mas abajo» y el contrato de enagenamiento vala. » No puede pues, el marido disponer en su testamento de la mitad de los bienes gananciales, que pertenecen á su muger; si que por lo contrario, disuelto el matrimonio por su muerte, conseguirá esta la libre administracion de dicha mitad, pudiendo disponer de ella de la misma suerte que de sus mas bienes libres, sin obligacion de reserbar cosa alguna de ellos, ni en la propiedad ni en el usufructo, para los hijos que tuviere de aquel matrimonio, aunque contraiga otro despues; como espresamente lo establece *la ley* 6, *de d. tit.* 4. Y en su consecuencia, si el marido legare algo á su muger, esta tendrá el legado, sin disminucion de la mitad; *ley* 8, *d. tit.* 4.

Núm. 13. *En que tiempos puede la muger renunciar sus gananciales.* Queda dicho en el *núm.* 3, que cesa la sociedad con respecto á los gananciales si la muger renuncia á ella como puede; y si lo hiciere, no es obligada á pagar parte alguna de las deudas, que el marido hubiere hecho durante el matrimonio: *ley* 9, *d. tit.* 4. Que pueda hacer esta renuncia antes y despues del matrimonio ninguno lo dificulta; pero con respecto al tiempo en que este consta, hay diversidad de opiniones. La mas comun, que defienden el señor Cobarr. *de matrim. par.* 2, *cap.* 7, *núm.* 14, Ant. Gom. en *la ley* 60 *de Toro* (*d. ley* 9), *Gut. lib.* 2, *prat. quæst.* 126, *Mat.* y otros muchos es, que tambien puede hacerla entonces, porque ademas de hablar la ley generalmente, usa de las palabras *marido, muger*, que propiamente se dicen, constando el matrimonio, como advirtió Acevedo en *d. ley* 9; y satisfacen el argumento, que siguiendo la contraria, forman Greg. Lop. en *la glosa* 3, *de la ley* 5, *tit.* 11, *P.* 4, y Molina *de justit. et*

jur. disp. 435, de que las donaciones entre marido y muger están prohibidas. Es cierto que *d. ley* 5, asi lo ordena; pero tambien añade espresamente que son válidas aquellas en que el donante no se hace mas pobre, aunque el donatorio que aqui es el marido se haga mas rico. Y porque el dominio que adquiere la muger no es irrevocable, sino revocable, dependiente de la enagenacion, que puede hacer el marido, y por ello el renunciarlo es mas bien no adquirir que dar, como prueba Gom. en *d. ley* 60, no dudo inclinarme algo mas á esta opinion afirmativa. Pero debo confesar ser de tanto peso las otras razones de la contraria, que casi pueden considerarse las dos por igualmente probables. Por esto juzgo, que cuando ocurra el caso, debe decidirlo el juez por la negativa, si hallare por el exámen del hecho que para otorgar la renuncia hubo seduccion, amenazas ó cualquiera otro engaño de parte del marido; y por la afirmativa, si nada de esto hallare, ó en caso de duda.

Núm. 14. *Las dotes de los hijos deben salir de los gananciales.* En toda sociedad para liquidar las ganancias, se sacan primero las cargas; y de consiguiente siéndolo de esta conyugal la de dar dote á las hijas, y hacer donaciones *propter nuptias* á los hijos, como que nace del mismo matrimonio, de ahí viene que las dotes, y donaciones deben sacarse de los gananciales. Y esto tiene lugar no tan solamente cuando ambos cónyuges prometieron dotar ó hacer estas donaciones, sino tambien cuando el marido solo. Si los bienes gananciales no bastaren, pagará cada cónyuge por mitad de sus bienes propios la que faltare, si prometieron la dote los dos; pero solo el marido si solo él hubiese hecho la promesa; *ley* 4 *tit* 3, *lib.* 10 *Nov. Rec.* Dice Sala, *núm.* 27, *de su tit.* 4, citando á Acevedo, Mart, y Covar., que la sentencia de esta ley la estienden nuestros intérpretes al caso en que despues de muerto un cónyuge prometiese la dote el superstite: cuya opinion sigue fundado en que las dotes y donaciones *propte nuptias* siempre son carga de la sociedad conyugal, que disminuye sus ganancias, y que, aunque Gomez en la *ley* 53 *de Toro,* siente lo contrario, sus razones se disuelven bien con solo atender la que acaba de esponerse.

Puede asegurarse segun se deja ver en los señores Escriche, Llamas, Molina, Tarancon, y Hernandez de la Rua,

que la opinion mas seguida entre los modernos es la contraria de la de Sala. Su fundamento es, el que la ley dice *durante matrimonio*; el que segun eso vendria á obligarse á dotar á las madres, carga de que les eximen las leyes de partida, como ya veremos *tit. sig.*, y porque apoderados los hermanos todos de su parte de la mitad de gananciales, que debió dividirse á la muerte de uno de los padres, no es regular sacarsela para dotar á otro hermano. No seria dificil rebutar la mayor parte ó todas estas razones, y apoyar las de Sala, si la consideracion meditada de la última que he emitido, no me sugiriera la idea y convencimiento de que toda esta cuestion no tiene objeto. ¿De qué gananciales se habla, cuando se pregunta si las donaciones *propter nuptias* deben salir de ellos, ó no, disuelto el matrimonio? ¿De la mitad que tocó al cónyuge sobreviviente, ó de la que se repartió entre sus hijos? Si de la primera ¿podrá haber cosa mas inutil? Cuestiónese, si es preciso, si está obligado ó no á dotar; pero una vez declarado que lo esté, ¿qué mas da decir que debe hacerlo de los bienes, que como gananciales le tocaron, ó de los que ya antes eran suyos propios? ¿No son tan suyos despues los unos como los otros? Nadie dirá que no. Pues si atendemos á la otra parte dividida entre los hermanos, es aun mas evidente, si cabe, su ningun objeto. Quiero conceder que efectivamente deban salir de ella las donaciones *propter nuptias* de cada hijo; pero ¿qué se deduce de ahí? Si con ella debe ser dotado, ya lo está, puesto que de ella ya tiene recibida toda la porcion, que puede recibir. Podria decirse que se sacase algo de las porciones, que de los gananciales cupieran á sus otros hermanos, pero ¡cómo! ¿No necesitan ellos por ventura sus dotes? y aunque no las necesitarán ¿qué tienen sus legítimas con las dotes? ¿y quien puede dudar que su porcion pasó á ser tal, desde que se les adjudicó? Concluyámos pues de aqui admirando la sabiduría de la ley, que puso sus palabras de, *durante el matrimonio*, como quien sabia que su disposicion era inecesaria despues de él.

Núm. 15. *Modo de liquidar las cuentas de la sociedad matrimonial.* En toda compañía las ganancias están en razon inversa de las pérdidas; y en la matrimonial sucede lo mismo. Por consiguiente, para saber á cuanto ascienden

aquellas, es indispensable liquidar antes estas. Para proceder á esta liquidacion, lo primero que se hace es poner en pie los capitales aportados por ambos cónyuges al matrimonio; esto es, aquellos bienes que hemos visto pertenecen privativamente á cada uno. Si despues de deducidos estos resta algo, esto será comun y gananciał: por el contrario, será pérdida lo que falte para completarse aquellos. Si la muger renunció á pérdidas y ganancias, pues como vimos puede hacerlo, entonces nada mas se hace que poner su capital en pie; y el residuo, sea mucho, ó poco se lo lleva el marido, ó sus herederos. Esto que es muy sencillo cuando no hay mas cuentas que liquidar que las de una sociedad, es un abismo de confusion, en todos los casos, en que los casados de segundas nupcias no arreglaron debidamente las del primer matrimonio; ó cuando viven juntos padres é hijos casados, con varios hermanos ya pequeños, ya robustos; con otros infinitos casos que sobre esto se suelen complicar. Procediendo con la debida distincion, digo, que en el primer caso, los herederos del cónyuge difunto llevan la mitad de los gananciales pertenecientes á este: y si son sus hijos, á la muerte del otro entran con sus segundos hermanos á dividir la parte de gananciales, que corresponda á su comun padre, hubiesen sido adquiridos en el primero, ó segundo matrimonio. Para ello, antes se ajustarán con la segunda muger, iguales cuentas á las que digimos. Asi se procede cuando consta qué ganancias hubo en uno y otro matrimonio; pero si por lo contrario, los hijos de los dos continuaron viviendo sin hacer la debida liquidacion á la muerte del primer cónyuge, y no se sabe qué bienes se ganaron en uno, cuales en otro, entonces la dificultad sube de punto, y todo es confusion. Está de ver el modo ó modos que *Feb.* 2.ª *par. cap.* 4, *núms.* 34 *al* 43, propone para salir de ella: yo, remitiendo á él, solo diré que un cálculo prudencial, y el exámen de las circunstancias que pudieron influir para que en un matrimonio hubiese mas pérdidas, ó ganancias que en el otro, fijarán á cual se deben todas ó parte de ellas.

Cuando varios matrimonios viven juntos, para hacer debidamente sus cuentas, téngase presente que todos sus individuos entre sí forman una sociedad regular que debe gobernarse por los principios que estas, y ademas cada matrimonio entre

sí la debida sociedad matrimonial. De consiguiente una y otra arreglarán aquellas por las reglas dichas, y las que veremos al hablar del contrato de sociedad.

Dejo dicho, que cada cónyuge debe sacar antes de todo el capital, que hubiese aportado al matrimonio; pero téngase presente que no lo sacará por entero, sino con la correspondiente deduccion, cuando llevó á la sociedad algunas deudas, y estas se pagaron del fondo comun, pues si aquel es privativo de cada uno, de su cuenta son tambien estas. Entre ellas deben contarse las cargas pasivas, que un cónyuge tiene sobre sí, que serán igualmente de su cuenta, y deben rebajarse del haber del que las trae. Sirva de ejemplo la proposicion asentada por Feb. 2.ª *par.*, *lib.* 1, *cap.* 3, *núm.* 74, de que cuando un cónyuge da alimentos al padre ú otro que tiene obligacion, deben imputársele en sus gananciales, por ser deuda privativa suya, contraida antes del matrimonio.

Núm. 16. *Resúmen.* Recopilando lo dicho desde el *núm.* 10 resulta, que la donacion hecha por los parientes de un cónyuge al otro, por lo regular es de solo el donatario, y no se comunica; que tanto el derecho de usufructo, como las demas pensiones personales aportadas por un cónyuge parece se comunican cuando son perpetuas, no asi siendo temporales, *núm.* 11; que el dominio de los gananciales pertenece al marido durante matrimonio; en términos que valen todas cuantas enagenaciones de ellos haya, no siendo por defraudar á su muger, y siendo entre vivos, pues las *causa mortis* no están en este caso; que la mitad de gananciales que lleva el cónyuge sobreviviente no está sujeta á la reservacion, de que se hablará, *lib.* 2, *tit.* 7, §. 2, *núm.* 12: en el 13 vimos, que la muger puede renunciar á los gananciales, antes y despues del matrimonio; pero que es dudoso si puede hacer lo mismo durante él: en el 14 que la cuestion de si las donacionos *propter nuptias* deben salir, disuelto el matrimonio de los gananciales, tan agitada y dudosa, en bien pocos ó ningun caso tendrá lugar; sabemos por el *número* 15 finalmente que, para dividirse los productos de la sociedad matrimonial, lo primero que se debe hacer es sacar los respectivos capitales, y luego partir el residuo, ó si hay faltas, soportarlas á medias, á no ser que renunciase á ellas la muger; que del mismo modo se procede, cuando hubo se-

gundo ó tercero matrimonio, y en este caso el caudal todo del padre comun se lo reparten con igualdad entre sí todos sus hijos, y el del otro, cada hijo lo del suyo respectivamente; que cuando varios matrimonios viven juntos, forman dos compañías, una la matrimonial cada uno en sí; y otra regular, bien que esta puede no tener lugar aun viviendo todos bajo un techo, siempre que asi lo tratasen; y por último, que las deudas, y cargas, de su naturaleza son de cuenta, y se rebajan del haber de aquel sobre quien pesan.

§. II.

De otros efectos civiles del matrimonio.

Núm. **1.** Otros efectos civiles del matrimonio á beneficio de los maridos relativos á sus mugeres se hallan establecidos en varias leyes *del tit.* **1**, *lib.* **10** *de la Nov. Rec.* cuales son: **1**ª. Que ninguna muger pueda sin licencia de su marido, mientras durare el matrimonio, repudiar ninguna herencia que le viniese por testamento ó abintestato, ni aceptarla sino á beneficio de inventario, *ley* **10**, *tit.* 20, *lib.* **10**, *Nov. Rec.* (54 *de Toro.*) 2.ª Que tampoco puede celebrar contrato alguno ni apartarse de los contraidos, ni dar por libre á nadie de él; ni hacer cuasi contratos, ni estar en juicio haciendo ó defendiendo; y si estuviere por sí, ó por su procurador, que nada valga de lo que hiciere; *ley* **11**, *tit.* **1**, *lib d.* (55 *de Toro.*) 3.ª Que el marido pueda dar licencia general á su muger para contraer, y para hacer todo aquello que no podia hacer sin ella; y que si el marido se la diere, valga todo lo que su muger hiciere por virtud de la dicha licencia, *ley* **12** *d. tit.* **1** (56 *de Toro*) 4.ª Que el marido pueda ratificar lo que su muger hubiere hecho sin su licencia, ora sea la ratificacion general ó especial, *ley* **14**, *d. tit.* (58 *de Toro.*) Y adviértase en complemento de este asunto, que el juez con conocimiento de causa legítima ó necesaria, puede compeler al marido á que dé licencia, á su mu-

ger para todo aquello, que ella no podria hacer sin licencia de él; y si compelido no se la diere, el juez se la pueda dar; *ley* 13, *tit.* 1 *d.* (57 *de Toro.*) Y que asimismo la puede dar con igual conocimiento en el caso de estar el marido ausente y no espresarse de próximo su venida, ó correr peligro en la tardanza; valiendo todo lo hecho de licencia del juez, como si el marido la hubiera dado, *ley* 15 *d. tit.* 1 (59 *de Toro.*) 5.ª Que el marido en entrando en los 18 años pueda administrar su hacienda y la de su muger, si fuere menor de edad, *ley* 7, *tit.* 2, *lib.* 10 *de la Nov. Rec.*

En vista de esta ley, establecida en el año de 1623 han suscitado los intérpretes las siguientes cuestiones: 1.ª Si los casados de 18 años conservarán hasta cumplidos los 25 el beneficio de la restitucion *in integrum*, en el caso de haber padecido daño por su administracion. 2.ª Si hasta dicho tiempo gozarán del privilegio de tener caso de corte (este cesó hoy, tanto para los menores como para cuantos le gozaban). 3.ª Si podrán parecer por sí mismos en juicio, sin intervencion de curador *ad litem*. 4.ª Si podrán enagenar sus bienes raices sin decreto del juez. En las cuatro me parece muy bien la sentencia de Vela, que en su *disert.* 5 resuelve afirmativamente las dos primeras, y negativamente las otras dos. Se funda principalmente en una razon sólida general, estensiva á las cuatro, á saber: que por haberse establecido esta ley para favorecer á los casados debe interpretarse en utilidad suya en todos los casos de duda.

Quedará al mismo tiempo libre el casado que entró en los 18 años, de su curador que tuviese antes, como lo prueba bien el mismo en *dicha disertacion* 5, *núm.* 2, y en la 6, *núm.* 43, manifestando cuán útil es. Lo dicho comprende tanto al hombre como á la muger, pues la razon es la misma; pero hasta dicha edad estarán uno y otra sujetos á sus respectivos curadores, puesto que no hay ley, que diga cese la curadoría solo por el casamiento.

Núm. 2. *Siguen otros efectos.* Esta misma *ley* 7, que concede las facultades, que hemos visto, hace tambien otras concesiones, espresando hacerlas todas para facilitar la frecuencia del matrimonio, del cual deben considerarse frutos, y por eso las anotaremos aquí. Son: 1.° que los cuatro años siguientes al dia en que uno se casare, sea libre de todas las

cargas y oficios concegiles, cobranzas, huéspedes, soldadas y otros. 2.° Que los dos primeros años de estos cuatro sean libres de todos los pechos reales, y concegiles, y de la moneda forera (si acertare á caer en ellos). Cornejo en *su diccionario histórico y forense del derecho real de España* esplica lo que es moneda forera, y haberse estinguido este tributo en el año 1721; y Retes, en el *lib.* 7, *cap.* 4 de sus opúsculos espone latamente dicha ley. Hay tambien en esta otros privilegios concedidos por razon de tener alguno muchos hijos: pero de esto nos parece mas oportuno tratar cuando hablemos de la tutela y curadoría.

Téngase por dicho de paso, que esta misma *ley* 7 manda imponer estas cargas, y oficios concegiles á los mayores de 25 años, aunque subsistan en la casa y potestad de sus padres.

TITULO VI.

De las dotes, donaciones propter nuptias, arras y otras donaciones entre marido y muger.

Titulo **11**, *P.* 4, *tit.* 3, *lib.* **10**, *Nov. Rec.*

§. I.

De las dotes.

Núm. **1.** *Qué sea dote; cuando puede constituirse; y su division en adventicia y profecticia.* Como apenas hay matrimonio sin dotes, y son tambien muy frecuentes en ellos las donaciones, y arras, el tratar de esto debe considerarse como apéndice del tratado del matrimonio: y por ello me ha parecido conveniente hablar aqui de este asunto. *Dote es el algo que dá la muger al marido por razon del casamiento, ley* **1**, *tit.* **11**, *P.* 4. Esto es, donacion, ó á manera de donacion que la muger ú otro por ella dá al marido para ayuda de sostener las cargas del matrimonio, y se reputa propio patrimonio de la muger.

Puede constituirse y aumentarse tanto antes de contraerse aquel como despues de celebrarlo, *d. ley* **1**.

Se divide en primer lugar la dote en adventicia, y profecticia. Es adventicia, la que dá la muger por sí misma de lo suyo á su marido, ó la que dá por ella su madre ó algun otro pariente suyo que no sea de la línea derecha, ó algun estraño. Profecticia se llama la que sale de los bienes del padre, ó del abuelo, ó de los otros que suben por línea derecha. Asi las esplica la *ley* 2, *d. tit.* **11**. Y adviértase con Gregorio Lopez, que en la definicion de la profecticia, por línea derecha se entiende la varonil ó paterna. Ahora que por el matrimonio salen los hijos de la patria potestad, el

efecto de esta division solo es, que cuando el padre dió la dote, la lleva la hija á colacion en la division de los bienes paternos, y si la madre, en la de los maternos. «Si la dá un tercero, añade el señor Sala, ó la constituye la misma muger, se hace por la restitucion propia de ella, sin respeto ni limitacion alguna, sino es que, dándola alguno, que no fuese su padre ó madre, pusiese algun pacto de reversion, que deberia guardarse, *ley* 30 *al fin d. tit.* **11.**»

En este último punto, que á propósito he copiado, parece que indica aquel dos cosas, que es preciso aclarar. En esta consideracion, digo que la dote, disuelto el matrimonio, se hace propia de la muger, aunque se la hubiesen dado sus padres; pues salida por el matrimonio de su potestad nada tienen con ella ni con sus bienes, á no ser que hubiesen puesto el pacto de reversion, que en mi concepto puede tener lugar en algun caso, á pesar de lo que parece significar Sala. Bien que no sea admisible para mientras dura el matrimonio, ó si queda viuda con hijos, ó aunque sin ellos, sino tiene otra cosa con que subsistir. Pero ¿por que no podrá decir un padre que la hija le vuelva su dote en caso de quedar viuda sin familia, y que tenga de suyo con que vivir? No veo una razon, tanto mas si se considera, que los padres no están obligados á sostener á los hijos que tienen con que vivir, que el fin de las dotes es otro que el dar alimentos á los hijos, y cesa disuelto el matrimonio, y que los padres no están obligados á anticipar á los hijos sus legítimas. Estas razones no dejan de probar, que podrá pedir el padre la restitucion de la dote á su hija en el caso propuesto de disolverse el matrimonio, aunque antes no lo pactase; pero esto ya envuelve mayor dificultad.

Núm. 2. *Su division en estimada é inestimada.* Se divide en segundo lugar la dote en apreciada ó estimada, y no apreciada, ó inestimada. Dote estimada es cuando las cosas se dan apreciadas, y fijo su valor, como si el que la dá digese, doy en dote tal casa, ó tal viña, y la aprecio en cien pesos: inestimada por el contrario, cuando nada se aprecia, sino que simplemente dice, doy tal casa ó tal viña, *ley* 16, *d. tit.* **11.** El modo ordinario de darse las dotes en el dia es diciendo, doy en dote mil pesos en los bienes siguientes: en tal pieza de ropa justipreciada en 50 pesos, en tal en 40; en tal casa en 500, y tal campo en 410, y cuando asi se hace,

no hay duda que es estimada, porque lo que se dá es la cantidad, y el señalamiento de bienes pertenece solo á la mejor demostracion ó ejecucion de lo que se dá. A las veces se espresa precio, y sin embargo la dote no es estimada, por cuanto se aprecia, no con ánimo de que resulte vendicion; sino solo con el fin de que conste su valor, para saberse cuanto debe restituir el marido en los casos en que, debiendo restituirlas en especie, no pueda hacerlo por culpa suya. Segun esto, el ser la dote estimada ó inestimada depende solo del arbitrio de los contratantes, por lo que deberán espresar su voluntad. Si no lo hacen, y al mismo tiempo aprecian lo que dan, este solo hecho basta para suponerla estimada, y observarse los efectos de tal. Asi se infiere de la *ley* **16** *d. tit.* **11**, que para llamarla estimada no requiere otra manifestacion, que el aprecio y tasacion. El señor Cobarrub. *cap.* 28 *de sus cuest. prác.*, distingue algunos casos, en que la estimacion hace ó no venta.

Adviértase como cosa singular en el particular de estimacion de dotes, que si se sintiere engañado alguno de los cónyuges por haber sido mas alta ó mas baja de lo que correspondia, puede siempre pedir que se le resarza el perjuicio, y deshaga el engaño, sea este cual fuere: cuando en las ventas regulares solo compete este beneficio, siendo el engaño en mas de la mitad del justo precio, *ley* 6 *d. tit.* **11**. No prefija la ley término en que deba pedirse el tal resarcimiento; por lo que parece podrá hacerlo el perjudicado en el señalado para entablar cualquiera otra accion ordinaria. Véase Febrero, *lug. cit. cap.* 3, *núm.* 9.

Divídese últimamente la dote en necesaria y voluntaria; apropiando el primer nombre à la que se dá por uno que necesariamente está obligado á dotar, y el segundo, á la en que no sucede esto.

Núm. 3. *Quienes están obligados á dotar.* La division que acabo de presentar indica haber personas que están obligadas á dar dotes; sobre cuyo interesante punto diré lo que dictan nuestras leyes, y enseña la razon. Segun la *ley* 8, *d. tit.* **11**, están obligados á dotar, primero el padre, y luego los abuelos y bisabuelos paternos á la nieta ú biznieta pobre que tuvieren en su poder. Tambien está obligado á dar dote aquel, que por haberla prometido puede ser obligado á ello,

ley 10 *d. tit.*; bien que esta dote en su origen es voluntaria. No puede ser obligada á dotar la madre, *ley* 9 *d. tit.* 11; fuera del caso que sea hereje, judía ó mora, y la hija cristiana católica. Añade esta última ley que cualquier hombre que tenga en su poder ó guarda con todo lo suyo alguna manceba, que fuese ya en edad para casar, puede ser apremiado á que la case, y que la establezca dote, segun fuese la riqueza de ella, y la nobleza de aquel con quien la enlace. Pero esta dote entiéndase que tiene que salir solo de lo que den de sí los bienes de la huérfana. A estas disposiciones de las leyes de Partida debe añadirse hoy la del *art.* 10 *de la ley de* 27 *de octubre de* 820, que espresaré en el *núm.* 5, §. 3, *tit.* 3.

En esplicacion de aquellas debo decir, que segun su espíritu no están hoy los abuelos obligados á dotar á la nieta que está fuera de su poder, segun indica Sala, aunque despues parece se retracta, y diga lo que quiera el señor Hernandez de la Rua. Es evidente que atendidas las leyes de Partida la obligacion de dotar emana de la patria potestad, como lo indica la *ley* 8 *y demas del tit.* 11, principalmente la 9, en el hecho solo de eximir á la madre. Si es otra la razon que su legislador tuvo presente ¿cómo no obliga tambien á esta, y á los abuelos por parte de ella? ¿No estaba en el caso de atender al bien de sus hijos antes que á sus abuelos? Ofendería á mis lectores si me detuviese mas en esto, ó en refutar el argumento del señor Rua, que sin parecerme tan fuerte como á él, lo que probaría en último resultado seria una de aquellas anomalías por desgracia demasiado frecuentes en nuestra legislacion. Quiere igualmente este autor sostener, que la madre puede ser obligada á dotar lo mismo que el padre, y lo funda cabalmente en la misma *ley* 9 *citada*, que clara y evidentemente dice lo contrario. No me detendré tampoco en demostrar este error suyo, solo diré que su grande equivocacion consiste en haber tomado un *al* de la ley por *el*: cuando esta dice, *como quier que al padre lo puedan facer*, esto es, obligarle, él interpreta que está obligada la madre cuando aquel no puede dotar. Si he disentido de este autor en estos dos puntos, no asi me disgusta su opinion de que el padre no tiene obligacion de dar dote á la hija rica, como quiere el señor Sala, fundado en las palabras de la *ley* 8, *ca*

quier ella aya algo de los suyo. Como dice muy bien el primero, va mucho de decir, aunque tengo algo, á decir, aunque sea rica, pues puede tener algo, y necesitar dote; pero poca ó ninguna falta le hará siendo rica. Por otra parte sería inhumanidad obligar al padre á dotar hijas en muchos casos mas ricas que ellos, lo que se seguiria adoptada la opinion de Sala.

Cuanto hasta aqui he puesto en este *núm.* versó sobre lo dispositivo de las leyes citadas, y esplicacion de su sentido; paso ahora á examinar sus disposiciones bajo otro aspecto. Debo ante todo decir que, aunque las *ll. 5, 9, tit. 3 y 6, lib. 10 Nov. Rec.* (*25 y 29 de Toro*) hablan de las donaciones *propter nupcias*, con cuyo nombre significan las que los padres suelen hacer á sus hijos cuando se casan, para que puedan llevar con alguna comodidad las cargas matrimoniales, no hay con todo ley alguna que les mande ni estreche á hacerlas. De suerte, que podemos concluir de cuanto va dicho en rigor legal en esto de dotes, y *propter nupcias* que no hay mas obligacion que la del padre á dotar á las hijas que no tengan bastante de lo suyo, y la de los poseedores de mayorazgo á sus hermanos. Mas si atendemos á la razon y ley natural ¿no nos dicta como ciertísimo que padre y madre están obligados á dar los alimentos regulares á sus hijos é hijas, y que no deben abandonarlos hasta proporcionarles un modo decente de existir arreglado á su estado? Creo no habrá quien niegue que pertenece el matrimonio á esto último, y que de consiguiente la ley natural impone á los padres el deber sagrado de proporcionar este estado no diré solo á las hijas, sino tambien á los hijos. Hablando pues sin atender á patria potestad, solo sí á deberes imprescriptibles de la naturaleza, de cuyo cumplimiento no pueden eximir ni eximen las leyes civiles, digo están obligados padre y madre á dotar á sus hijas é hijos; y no solo los legítimos, sino tambien los naturales y espúreos; á aquellos en fin á quienes en el *tit. 3, §. 3,* vimos estár obligados á dar alimentos, pues la misma razon que estos dicta igualmente lo otro. Si las leyes y la naturaleza, prohiben, como alli vimos, faltar con los alimentos no menos á unos que á otros, esta misma ordena tambien que se les den los auxilios necesarios para poder gobernarse, y dilatar su existencia á otros. Segun esto el padre, y lo mismo

debe decirse de la madre, estará obligado, aunque no hay ley civil espresa que se lo mande, á dotar á las hijas y hacer donaciones *propter nupcias* á sus hijos aun naturales y espúreos. De igual opinion parece ser el Sala al fin del *núm.* 8, con el señor Cobarrubias, *part.* 2 *de matrim., cap.* 8, §. 6 y otros. El señor Heru. de la Rua, no quiere sea la obligacion de dotar de derecho natural; pero bien examinadas sus razones, lo único que por ellas se puede probar es que no pertenece á los principios primarios y universales de aquel; pero el derecho natural comprende mas obligaciones que las impuestas por estos.

Núm. 4. *Cantidad de la dote.* El tanto ó cuanto que los padres deben dar de dote á sus hijos no se halla establecido en nuestras leyes, pues aunque *las* 5 *y* 6, *tit.* 2 *y* 28, *lib.* 10 *y* 12 *Nov. Rec.* ponen una tasa proporcional, que no se me culpará por omitir, solo se refiere á personas de gran caudal entre quienes es menos necesario poner tasa; y aun entre ellas sería muy facil eludir la ley, por serlo el encubrir el verdadero estado de su riqueza. Segun esto, la única regla que puede establecerse es, que la cantidad de la dote debe regularse por los bienes ó riqueza del padre, por las circunstancias del novio, ó por la que se hubiese dado á otra hija ó hijo ya casados. Otra tasa hay en dicha *ley* 5, y es que no pueda prometer, ni darse por via de dote, ni casamiento de *hija* tercio ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tácita, ni espresamente por ninguna manera de contrato entre vivos: pero de esto me reservo hablar en el tratado de mejoras.

Núm. 5. *Quien tiene el dominio de la dote, y gana sus frutos.* El dominio de las cosas dotales pasa al marido sin distincion de ser la dote estimada ó inestimada, *ley* 7 *d. título* 11, siempre que se hubiese seguido el matrimonio, pues hasta este tiempo, aunque hubiese pasado á manos de aquel, está por cuenta de la muger en todo, y tanto por lo que mira á sus pérdidas, como á sus adelantos naturales, *ley* 18, *título* 11 *d.* Para presentar una idea de á cuanto se estiende el dominio del marido sobre la dote, contemplo oportuno referir la cuestion, que Ant. Gom. presenta en la *ley* 50 *de Toro*, *núm.* 32. En él pregunta si, cuando el marido entabló ó le entablaron accion sobre una cosa dotal, y la perdió, po-

drá la muger á su muerte reproducirla. Me parece muy bella su solucion: dice que si procedió sin dolo no, porque como administrador, y no diria mal aunque digera algo mas, debe y está obligada á pasar por sus hechos; mas si hubo dolo, podrá reclamar del marido ó de sus herederos, y por su insolvencia de los poseedores. Luego examinaremos que valor tienen sus enagenaciones.

Consecuencia de este dominio es, que efectuado el matrimonio le pertenezcan todos sus frutos, haya sido ó no estimada la dote, *ley* 25 *d. tit.*, **11** *P.* 4; mejor dicho, hoy como todos los de los demas bienes segun la doctrina de gananciales, son del matrimonio, ó de los dos cónyuges. Por esta razon, omitiendo la doctrina de las *últimas leyes de d. tit.* **11**, *P.* 4, en la actualidad derogada por seguir los frutos de las dotes la senda que al tratar de aquellos trazamos á los de los demas bienes de los cónyuges, solo diré que los que percibiere antes de efectuarse el matrimonio son aumento de la dote, y de consiguiente los debe restituir, cuando restituya la dote, como parte que son de ella. Es clara la razon de la diferencia, pues si el marido sostiene las cargas del matrimonio contraido este, y no antes, cesa por ello en este caso la causa porque se dan los tales frutos, *ll.* **18** *y* 28 *d. tit.* **11**. Con todo, esta ley última escepciona el en que la novia esté por cuenta del que ha de ser su marido, pues mientras lo esté, los frutos de sus bienes serán del marido, ò del matrimonio seguido que sea este.

Cuando al marido no se le diò dote tendrá derecho á pedirla (cuyo derecho es consecuencia de la obligacion que vimos tienen los padres de dotar) y entonces se le deberán sus frutos desde que puso la demanda, y si se le habia prometido efectuado el matrimonio, devengará frutos desde el tiempo de la promesa, y prometiéndosele antes del matrimonio, desde que este se efectuò. Pero téngase presente que aunque no pueda conseguir la dote correspondiente por la muger, no podrá faltar á esta con sus alimentos, y demas tratamiento regular.

No debo concluir este *núm.* sin llamar la atencion de mis lectores sobre lo mismo que lo hice en el *núm.* **11** *del tit. ant.* de ser indispensable atender con muchísimo cuidado á la doctrina del usufructo en general, para distinguir

qué frutos, sea de la dote ò de otros bienes, se deben llamar tales, y por lo mismo ganarse para el matrimonio.

Núm. 6. *De la enagenacion; y restitucion de la dote.* El dominio, que hemos dado al marido, puede considerarse ninguno respecto á la dote inestimada, pues si bien es cierto que puede enagenar como quisiere la estimada, porque la hizo suya por título de compra, no asi la otra por tener que restituirla en los mismos bienes que recibiò, *ley* 7 *d. tit.* **11.** Aunque no hay ley que prohiba á la muger enagenarla, y por lo mismo valdrá cualquiera empeño que haga de estos bienes inestimados con licencia de su marido, pues sin ella ya vimos §. 2 *del tit. ant.* no puede hacer nada, está sin embargo recibido por costumbre, que se rescindan estas enagenaciones en cuanto consumen la mayor parte de la dote, para que no quede indotada en perjuicio de la pública utilidad. Y para computar si á la muger le queda ò no salva la mitad de la dote, se ha de atender al tiempo en que se hacen las enagenaciones, como lo prueban Larrea, *alegac.* 28, Salgado *en su laberinto, part.* 2, *cap.* 4, en donde examinan algunas ligeras cuestiones en este particular, y Castro *en sus discursos críticos sobre las leyes, lib.* 4, *discur.* 6, *ejemp.* 3. Concluye este número el señor Sala, que es el **12** *de él*, lamentándose de que esta costumbre no se observe cuando la muger renuncia á ella; pero yo creeré que á esta renuncia deba darse el mismo valor, que vimos en otro sitio se merece la de las leyes.

Acabamos de ver en este número y en los anteriores que el dominio, que las leyes de Partida atribuyen al marido sobre los bienes dotales, está muy limitado por las mismas, de lo que veremos nuevas pruebas en este número y siguiente. En tres casos están el marido, ó sus herederos, obligados á restituir la dote recibida, y son: cuando el matrimonio se disuelve por muerte de uno de los cónyuges; cuando por el divorcio, *ll.* 26 *y* **31** *d. tit.* **11**, porque en ambos cesa la razon de disfrutarla el marido para ayuda de las cargas del matrimonio: y el tercero, si la muger entendiere que su marido viene á pobreza, y temiere le malgastará su dote. Llegado á este estado, puede pedir en juicio que se la restituya; ó que dé fiador de que no la enagenará; ó que la ponga en depósito de persona que la cuide bien, y recoja los fru-

tos para mantener á los mismos cónyuges, *ley* 29, *tit.* 11. Si fuese evidente ser el marido un dilapidador ó pródigo, ni aun dando fiador debe concedérsele la administracion de la dote, como prueba Greg. Lop. *glos.* 4 *á d. ley* 29, y se convence por el principio de que se debe evitar por todos los medios el daño antes que suceda. Mas si el marido, teniendo buena conducta, y cuidado en administrar la dote viniese á pobreza por alguna ocasion, quiere la misma *ley* 29 que no pueda la muger pedir la dote.

Con respecto al primer caso, debo advertir que en tres, referidos en la *ley* 23 *del mismo tit.*, cesa esta obligacion de restituir la dote, y son: 1.° Si los contrayentes hubiesen pactado entre sí que muerto uno de ellos sin hijos, quedase del otro sobreviviente la dote ó donacion hecha por el marido á la muger: 2.° Si la muger cometiese adulterio: 3.° Si fuese costumbre usada de largo tiempo en algun lugar de ganar el marido la dote si muriere la muger. Añade la misma ley quedarse en estos casos el marido con la dote sino hubiese hijos de este matrimonio; y que si los hubiere pertenecerá á ellos la propiedad, y á su padre ó madre que viviere el usufructo; pero parece debe decirse en cuanto á esto, que tendrá lugar respecto al quinto, pues en lo demas, como en su lugar veremos, son sus herederos forzosos. Adviértase que lo que dice esta ley de no haber en estos casos obligacion en el marido de restituir la dote, lo dice tambien de la donacion que hizo el marido á la muger, que tampoco está obligada á restituir, con sola la diferencia de que en el caso segundo del adulterio, solo habla de cuando lo cometiere la muger. Gregorio Lopez, en su *glos.* 1, quiere sea lo mismo cuando lo cometiere el marido; pero no parece ser esta la voluntad de la ley, pues á quererlo asi, cuando habló de la una lo hubiera hecho del otro: y median por otra parte varias razones de diferencia.

Téngase además presente que en los dos primeros casos referidos deben restituirse los bienes dotales desde luego si fuesen raices, ó cantidad cierta por haberse estimado la dote, y dentro de un año si fuesen muebles, *dicha ley* 31. Con motivo de su disposicion, y por cuanto á veces se dilata bastante la restitucion, suscitan nuestros comentadores la cuestion de si habrá obligacion en los herederos del marido

de dar alimentos á la muger, ó á los suyos en su caso, mientras no restituyen la dote, que pretenden resolver con infinidad de aclaraciones y distinciones, Feb. 2 *part.*, *lib.* 1, *cap.* 6, §. 2. Me parece inútil detenerme en ellas por estar todas resueltas con asentar el principio para mí indudable de que tanto los herederos del marido á la muger muerto aquel, como el marido á los herederos de la muger muerta esta, no deben mas que los frutos, que les quepan segun ley, y que hubiesen percibido de los bienes restituibles, mientras estuvieron en su poder; y habiendo culpa en la tardanza, los correspondientes intereses. Cierto es que, siendo ella pobre, deberán restituirle prontamente sus bienes ó darle alimentos anticipados á cuenta de los frutos, y solo con arreglo á ellos, ¿y por qué título podria obligárseles á alimentarla de lo suyo? Gom. *ley* 50 *de Toro*, y principalmente, Matien., *tit.* 1, *ley* 3, *glos.* 2, *núm.* 29. Quedando embarazada varía ya de especie, y se le deberán por razon del feto que trae en su vientre, no solo por cuenta de su dote, sino por la de los bienes, que se suponen pertenecer al póstumo.

Núm. 7. *Modos de hacer la restitucion de la dote.* Hasta aqui discurrimos sobre el tiempo en que deben restituirse los bienes dotales; es ademas indispensable saber cómo debe hacerse la restitucion, pues hay diferencia en esto, segun la dote se dió al marido inestimada ó estimada. Si se constituyó de este último modo, ó si es consistente en número, peso ó medida, solo tiene el marido que restituir su valor, quedándose él con las cosas; y en este caso redundan á su favor sus mejoras ó pérdidas, *ley* 18, *tit.* 11. El derecho romano, que estableció lo mismo, señaló la razon de este caso, por haber en él verdadera vendicion; es decir que la muger vende al marido las cosas que dá en dote, y de consiguiente el marido solo es deudor del precio ó estimacion, que se dá á las cosas; y por lo mismo le pertenece el aumento, diminucion ó estincion de ellas. Si la dote fue dada sin apreciar, ó inestimada, deben restituirse las mismas cosas que se dieron, (á no ser que tanto en este caso como en el anterior interviniese el pacto, que luego veremos) y pertenecerá á la muger cualquier mejora ó daño que hubiesen recibido, ya sean cosas raices, muebles, ó semo-

vientes, como alhajas, vestidos, animales, etc., *d. ley* 18, *tit.* 11. La *ley* 32 *del mismo título* añade sobre las mejoras de la dote inestimada, que deben abonarse al marido lo gastado en ellas en cuanto las mejoró haciéndolas de mayor renta; no así las impensas, que conocemos con el nombre de voluntarias, y sirvieron de mejorarlas.

Esto es lo que nuestras leyes disponen; en cuya esplicacion debo decir, que cuanto establecen de pertenecer los aumentos de la dote al marido, ó á la muger, segun sea estimada ó inestimada, debe entenderse con obligacion de restituir parte de su valor como ganancial al otro. De suerte, que toda esta doctrina hoy es casi inútil, pues los aumentos de los bienes dotales se gobiernan por las mismas reglas, que al tratar de los gananciales vimos siguen los de los otros bienes. Todos sus efectos se reducen pues en la actualidad á que siendo estimada la dote los lleva el marido con aumentos, y todo, pero con obligacion de dar la mitad del valor de estos, ademas del total valor que en un principio se dió á los bienes, á la muger como ganancial; y si es inestimada, la lleva esta del mismo modo. Segun esto, lo que acabamos de ver que dice la *ley* 32, *de que se abonarán al marido las impensas hechas en los bienes no estimados no siendo las voluntarias*, tendrá solo lugar cuando la muger renuncia á ganancias y pérdidas, de modo que en este caso al sacar la muger su dote inestimada abonará del modo dicho lo en ella gastado. Esto, que á primera vista parece algo oscuro, se hace evidente con poco que se mediten los principios espuestos en este, y en el anterior título. Que la muger nada tiene que abonar entrando en las ganancias y pérdidas es cosa clara; puesto que en este caso son las tales impensas igualmente suyas que del marido, y como ganancial deben dividir el total valor de la mejora: y no lo es menos que, renunciando á las ganancias, debe abonarlas segun dice la ley; de lo contrario llevaria en la mejora una ganancia que desechara.

Sucede algunas veces que, estimándose las cosas dotales en la constitucion del dote, se pacta que hayan de restituirse ó las mismas cosas ó su estimacion. Si asi se hiciere, añadiéndose que el derecho de escoger fuese de la muger, seria suyo y le pertenecian las mejoras ó detrimentos de los bienes, si los escogia: y lo mismo debe decirse, si al mari-

do se le hubiese dado la eleccion, y escogiere restituir las cosas, *ll.* 10 y 18, *d. tit.* 11; lo que tambien se debe guardar, si establecida la alternativa, á ninguno de los dos cónyuges se dió la facultad de escoger, porque entonces tambien seria del marido el derecho de escoger, como advierte Gre. Lop. en *la glo.* 7. *de d. ley* 18, porque la eleccion es del deudor, que lo es aqui el marido. Pero si siendo la eleccion de la muger, escogiese la estimacion, ó siendo de aquel no quisiere dar las cosas, es claro y lo comprueba el contesto de estas dos leyes, que el provecho, ó el daño acaecido en ellas seria de este: de suerte que en todos los casos, las mejoras ó pérdidas de las cosas dotales son de aquel cónyuge en quien paran por eleccion suya ó del otro, con la obligacion empero de partir su valor, segun vimos en el *núm. ant.*

Para percibir el sentido algo obscuro aunque exacto (pues es el de las leyes) de este número, que es *el* 5 de Sala, me parece bien recopilarlo; y digo que segun lo en el dicho, la muger lleva los bienes dotales, y no su estimacion, cuando los elige, por haberse dado á ella por pacto la eleccion, y cuando el marido elige tambien los lleva si la eleccion se puso en su arbitrio, ó aunque no se pusiese, sino se pactó cual de los dos habia de elegir; pues habiéndose pactado la restitucion de la dote en valor ó en bienes, de suyo se deja ver que debe él elegir. Por el contrario, eligiendo la muger la estimacion, cuando se le concedió la eleccion, ó perteneciendo esta al marido, sino quiere darla los bienes, llevará aquella solo su valor, quedando estos y sus mejoras á favor de este, puesto que las mejoras siempre las lleva el mismo que los bienes.

Si la dote, que se dió inapreciada, consiste en ganados, el pro ó daño acaecido en ellos será de la muger, segun lo que se dijo de los demas bienes. Pero debo advertir, que si murieren algunas reses, ha de volver el marido otras tantas en lugar de ellas, nacidas de las que le dieron, *ll.* 18 *y* 21 *tit.* 11 *P.* 4. De modo que sino eran hembras que pariesen, y perecieron, nada tendrá que volver á la muger en el caso dicho. Esto último se entiende no habiendo gananciales, que si los hay, se deducirá de estos el valor de los tales animales muertos, no como dote, sino como fondo aportado á la sociedad, Feb. 2.ª *par. lib.* 1, *cap.* 3, *núm.* 14.

Núm. 8. *De los bienes parafernales.* Tiene la muger á las veces otros bienes ademas de la dote, que se llaman extra-dotales ó parafernales, del nombre griego *paraferna*, como lo esplica la *ley* 17, *d. tit.* 11, que dice pertenece tambien su dominio al marido mientras dura el matrimonio, si la muger se los dió con esta intencion: pero no dándoselos, ó no constando de esta intencion, permanecen en el de ella. Pero esto debe entenderse casi enteramente derogado por derecho mas reciente, pues como vimos en el §. *últ. del tit. ant.*, no solo no puede la muger disponer de modo alguno, ni celebrar contratos de ninguna naturaleza, sino que se concede al marido que haya entrado en los 18 años la administracion de estos bienes, sin que necesite obtener dispensa de edad. Se notan con todo algunas diferencias entre estos bienes y los dotales, pues enagenados por la muger con la debida licencia del marido, no podrá recuperarlos, segun digimos acostumbra hacerse con parte de los dotales; en su restitucion no se observa ninguno de los requisitos que poco ha vimos intervienen en la de estos; ni gozan de la preferencia hipotecaria que los dotales, como en su lugar veremos, aunque sí del derecho de hipoteca por solo el beneficio de la ley, *d. ley* 17.

Núm. 9. *Resúmen del* §. 1. Antes de pasa á hablar de las otras donaciones que suelen intervenir entre los cònyuges debo presentar bajo un solo punto lo hasta aqui dicho de las dotes. Del *núm.* 1 resulta, que dote se llaman aquellos bienes que en especial entrega la muger al marido, diciendo se los dá en calidad de tales; que la hay adventicia y profecticia, cuya division trae hoy pocos, ò ningun efecto, pues asi una cómo otra se hace por la restitucion propia de la muger, á no ser que hubiese mediado el pacto, que he esplicado: del 2, que valuándose en cantidad determinada los bienes que se dan en dote, se llama estimada, é inestimada por el contrario; y aunque hay casos en que se aprecian sin ánimo de que resulte vendicion, deberán espresar su voluntad con cuidado los contrayentes, pues la ley, por el solo hecho de apreciarla la supone estimada, que habiendo lesion en su valuacion puede el cónyuge perjudicado pedir se deshaga sea grande, ó pequeña, dentro del término señalado á las acciones ordinarias; y que se divide tambien la dote en necesaria, y vo-

luntaria: del 3, que pertenece á la primera clase de la última, segun rigor legal, solo la que da el padre, y el hermano poseedor del mayorazgo; pero si atendemos al derecho natural, tanto padre como madre, y aun diré los abuelos, pudiendo, están obligados á dotar sus hijas, y hacer donaciones *propter nuptias* á los hijos legítimos, naturales, y espúreos, aunque repito las leyes solo obligan al padre á dar dote á las hijas legítimas; *en los núms.* 4 *y* 5, vimos que no se encuentra ley que señale fijamente su cantidad, la que por lo mismo deberá regularse atendidas las circunstancias de la dotada y de su novio; bien que por ley recopilada se prohibe mejorar por esta razon á las hijas; que el dominio de los bienes dotales durante el matrimonio le tiene el marido, y sus frutos pertenecen á la sociedad como los de los demas bienes; los percibidos antes de constituirse el matrimonio redundan en beneficio de la muger, á no ser que estuviese por cuenta del que habia de ser su marido; y que este, aunque no hubiese llevado dote, no podrá faltarle con los mismos alimentos, y demas trato regular que si la llevara; pero tendrá derecho á pedirla, y á los correspondientes frutos desde que la pidiò, ó se le prometiò; en el 6, que puede el marido enagenar la dote inestimada, y aunque no hay ley que se lo prohiba á la muger, la práctica rescinde sus últimas enagenaciones hasta quedar en pie la mayor parte de la dote; que debe restituirse en los tres casos de muerte, divorcio, y cuando el marido es un disipador que no se restituye, aunque este venga á pobreza, si él no la causa, ni en los dos primeros casos si se pactò lo contrario, ò median las circunstancias que en *d. núm.* 6 espresé; que debe hacerse esta restitucion desde luego siendo de bienes raices, y dentro de un año si de muebles; y que mientras no se hace, solo tiene derecho á los frutos el que la reclama: en el 7 que el modo en que debe hacerse la restitucion varía segun la dote es estimada ò inestimada, pues en esta deben restituirse las mismas cosas con sus mejoras ò pérdidas, y en la otra su estimacion, quedando á favor del marido las unas y las otras; pero esto es sin perjuicio de observar lo conveniente como gananciales; y segun esto, que lo que espresa la *ley* 32 *d. tit.* **11**, solo puede tener lugar, renunciando la muger á ganancias y pérdidas; que á veces en la restitucion de la dote estimada deja de

observarse lo dicho por pacto, que deberá observarse con todas las circunstancias que en *d. núm.* 7 espliqué: y por último resulta de lo dicho en el *núm.* 8, que la muger lleva á veces otros bienes, dichos parafernales, cuya administracion tiene el marido, diferentes de los dotales en algunos efectos.

§. II.

De otras donaciones.

Num. 1. *De la esponsalicia, y su tasa.* Donacion esponsalicia á que suelen darse los nombres de *vistas, ventioseno, galas, ajuar,* y otros diversos, segun las diferentes provincias. La Rua *lec.* 14, « es la que mutuamente suelen hacerse los »esposos al celebrar los contratos matrimoniales, y consisten »por lo regular en alhajas ò ropas de vestir » *ley* 3, *d. tit* 11 *Part.* 4.

Segun las leyes de este còdigo, no habia tasa para ellas, quiere decir, podian darse un esposo al otro cuanto les agradase; pero, viéndose despues los escesos á que la vanidad arrastraba á algunos hombres, se determinò que las que *estos hacen á la muger* no puedan esceder de la octava parte de la dote, que esta lleve, aplicándose el esceso á la cámara del rey, *ll.* 6 *y* 7, *tit.* 3, *lib.* 10, *Nov. Rec.* Se repite esta disposicion en la *ley* 8, *tit.* 8, *lib. d.*, la que manda ademas en el *cap.* 26, que los mercaderes, longistas, plateros de oro y plata, ni otro género de personas, ni por sí ni por interposicion de otras, puedan en tiempo alguno pedir, demandar, ni deducir en juicio las mercarderías, y géneros, que dieren al fiado para dichas bodas á cualesquiera personas de cualquier estado, calidad, y condicion, que sean. En *el* 27 previene, tengan las justicias ordinarias la jurisdiccion privativa para conocer de los casos, que miraren al castigo y ejecucion de las penas de contravencion. Limité las disposiciones de estas leyes al caso en que el esposo hace la donacion, porque

solo de él hablan: y advierto con Llamas Molina en la *ley* 52 *de Toro*, *núm.* 90, que por lo mismo la esposa podrá como antes, dar al esposo lo que guste. Verdaremente, como él dice muy bien, por lo regular su genio naturalmente avaro, no necesita de las restricciones del legislador para evitar tales escesos. Y si la muger no lleva dote ¿cómo se regulará el valor de la donacion esponsalicia? En las leyes no se encuentra otra regla; por lo que Feb. *d. lib.* **1**, *cap.* 6, *núm.* 30, citando á Mat. en el *tit.* 2, *ley* **1.ª** *glo.* 6, quiere que en este caso nada pueda donársele. Pero me parece estremada esta opinion, pues el objeto de las leyes recopiladas no es el de hacer por este medio que la muger lleve dote, ni aun el de arreglar por estas las donaciones esponsalicias, sino tan solo el de cortar los escesos de estas. Asi es que en este caso, creeré valdrán siempre que atendidas las circunstancias, y calidad de los esposos no sean escesivas.

Núm. 2. *Quien gana, y cómo esta donacion.* Inútil es decir que la gana siempre el donatario seguido el matrimonio; pero el cómo y cuando la gana, no siguiéndose, necesita esplicacion. En primer lugar téngase entendido que, cuando se hace la donacion esponsalicia, aunque no se esprese su motivo, cual es el matrimonio, sino que se haga simplemente, le sobreentiende la ley, *ley* 3, *d. tit.* **11**, y la ganará el donatario seguido que sea aquel, ó interviniendo ósculo segun diré, y no de otro modo, *ley* 3, *tit.* 3, *lib.* **10**, *d.* (52 *de To.*), á no ser que se pactase que de cualquier modo fuese suya, pues entonces equivale á una donacion simple, Gom. en *d. ley*, *núm.* 2. Segun esto, no celebrándose el matrimonio *siempre* se vuelve la donacion al donante fuera de los dos casos, en que se pactase que de cualquier modo fuese suya, ò en el de que, *habiéndola hecho el esposo* mediase beso.

En este último caso ordena la *d. ley* 52 *de Toro*, que «cualquiera esposa, ora sea de presente ora sea de futuro, »suelto el matrimonio, gane, si el esposo la hubiere besado, »la meytad de todo lo que el esposo le oviere dado antes de »consumado el matrimonio, ora sea precioso, ò no, y sino »la oviere besado, no gane nada de lo que le oviere dado, »y tornese á los herederos del esposo; pero si cualquiera de »ellos muriere despues de consumado el matrimonio, que la

»muger e sus herederos ganen todo lo que seyendo desposados, »le ovo el esposo dado.» Nada dice esta ley de las donaciones hechas por la esposa; pero segun la *d. ley* 3, *de partida*, no siguiéndose el matrimonio las recobra, aunque mediase ósculo, y aun debe decirse còpula, ahora que esta no consuma los esponsales. Nòtese que dige, que no celebrándose el matrimonio, siempre se restituye la donacion esponsalicia, fuera del caso en que, habiéndola hecho el marido, mediase òsculo, ò se pactasé lo contrario, pues los autores suelen andar distinguiendo cuando deja de celebrarse el matrimonio por culpa de uno ò de otro cònyuge, condenando á perderla al que ocasionase esta. Pero esta distincion de la leyes de Partida en mi concepto dice referencia á las arras de que hablé en el título de esponsales: y á mayor abundamiento, aunque se refiriera á las donaciones, de que tratamos, debe cesar atendida la *d. ley* 52, que dice no gane la esposa nada, no siguiéndose el matrimonio ò mediando òsculo.

Contemplo oportuno, puesto que es el único medio de impregnarse de los principios de nuestra informe legislacion, referir algunas dudas suscitadas sobre el contesto de *d. ley* 52. Está verdaderamente fastidioso el Llam. Mol. al resolver la de si ganará la esposa toda, ò solo la mitad de la donacion hecha por el esposo ya de presente ò de futuro, á que se siguiò la cópula. Consiste la duda, en que antes por la cópula se consumaba el matrimonio; pero habiendo visto ya, cuando se consuma ò no hoy por ella, diremos con él, y Mat. *glos.* 3, *prelim. al tit.* 2, *núm.* 4, que si los esponsales eran de futuro, ganará la mitad, y si de presente, toda la donacion porque en este caso se consumò el matrimonio. Mas dudosa es la cuestion propuesta por dicho Llam. del *núm.* 118 *al* 125, de si la disposicion de esta ley debe estenderse al matrimonio, y esponsales putativos contrahidos de buena fé. El sostiene que si, de modo que en aquel, si se consumò por la còpula ganará todo, y en estos la mitad mediando òsculo, fundado, en que el tal matrimonio por derecho canònico está equiparado en sus efectos á los legítimos, y lo mismo en algunas de nuestras leyes. *La* 4, *del tomo* 6, *lib.* 3, *Fuero Real*, concede á la muger la mitad de los gananciales en el matrimonio nulo contraido de buena fé, y en el *tit sig.* ya veremos que sus hijos son legítimos. Con todo, Alvarez Posadilla, y

Gom. *núm.* 7, en el caso dicho del matrimonio, no le conceden mas que la mitad, como si solo mediase beso, ò cuando media còpula despues de los esponsales de futuro. Adviértase por último, que cuando el beso ò la cópula precedieron á los esponsales, no gana la esposa en su virtud parte alguna de la donacion hecha despues, Llam. *nums.* 24 *y* 25; pero sí ganará la correspondiente mitad, aunque, seguidos los esponsales aquellos precediesen á esta *núm.* 27.

Núm. 3. *Qué sean arras, con otros particulares sobre ellas.* Solemos dar este nombre á «la donacion que ha» ce el esposo á la esposa, ó el marido á la muger en remu» neracion de la dote, que aporta al matrimonio, ó de sus » cualidades, y prendas físicas y morales, *ll.* **1**, 2 *d. tit.* **1**, » *P.* 4.» Tanto al Sala *núms.* 16 *y* 18, como á Ant. Gom. *núm.* **10** *y sigs. de la ley* 50 *de Toro*, llenan de confusion este tratado de arras, estando lleno de claridad en las dichas *leyes* **1** *y* 2. Segun ellas, hay dos especies de arras; una, de que habla mas claramente la *ley* 84, *tit.* **18**, *P.* 3 es como peño, arra, ó postura, que se entregan los contrayentes en señal del futuro contrato matrimonial, del modo que veremos suele hacerse en los demas contratos; y esta es la de que hablé, *tit. de esponsales*, y que dice Gom., *núm.* **12** no está en uso, y efectivamente parece ser asi. Pero aqui debo advertir que va mucho de decir no está en uso, á que se diferencia de la que hoy conocemos bajo este nombre como sienta Sala. Realmente la significacion mas propia de arras es esta; véase sino el Diccionario de la Lengua castellana. Su otra especie es la donacion que el marido da á la muger por razon del casamiento, ó del dote, segun las definimos al principio: cuya donacion dice la ley es llamada en latin *propter nuptias*. No las llama pues el legislador de las Partidas donaciones *propter nuptias*; solo dice se lo llaman los latinos: por el contrario, en el encabezado de estas leyes jamás se ve otro nombre que el de arras. Que hoy se llaman donaciones *propter nuptias* las que el padre hace á los hijos, dice Sala, como si esto impidiese el que se les pudiese llamar tambien á las arras: pero ni aun eso; en las leyes de Partida tampoco se las da aquel nombre. ¿En dónde está segun esto la confusion, é inexactitud de *dichas leyes* en este punto? no la veo. Concluyamos pues sentando, que en España en los matrimo-

nios podemos reconocer dos especies de arras; una de las que suelen intervenir en los demas contratos, y vimos en el título de esponsales; otra la que espliqué últimamente, y definí al principio, *ll.* 1 *y* 2 *d. tit.* 11.

Sabido lo que son, paso á decir que no sin estudio puse en su definicion ó *el marido á la muger*, pues quise indicar con ello que pueden darse, ó aumentarse durante matrimonio, *ley* 1, *d. tit.* 11, *y* 2 *tit.* 3, *lib.* 3 *Fuero Real*, con tal que no escedan de la tasa, que luego diré. En nada se opone *d. ley* 1 *á la* 4 *del mismo título* de que pienso hablar en el *núm.* 6, pues esta reprueba tan solo las donaciones á que da causa el mútuo amor de los cónyuges.

Gom. *ley d. núm.* 13 afirma, pueden darse arras lo mismo á una viuda que á una soltera, *ley* 1, *tit.* 2, *lib.* 3, *Fuero Real*; *y al* 14, que las puede dar un menor sin que goce del beneficio de restitucion, pues no hace mas que lo que haría el mas prudente; pero deberá intervenir su curador, si lo tiene, y decreto del juez si da cosas raices.

Núm. 4 *Qué cantidad puede darse en arras, y con arreglo á qué tiempo se ha de valuar.* Segun la *ley* 1, *tit.* 3, *lib.* 10, *Nov. Rec.* no puede el marido, ó el esposo dar en arras mas que la décima parte de sus bienes. Pero esta décima no ha de ser precisamente de los bienes que tiene cuando las da, sino que, siempre que el esposo lo diga y quiera asi, dirá respecto á los bienes que despues adquiera, como se infiere de que *d. ley* 1 trae su origen de la 2, *tit.* 2, *Fuero Real*, que vimos permite aumentarlas durante matrimonio, y de la citada *ley del tit.* 11, *P.* 4, que no parece derogar la recopilada. Advierto que esta prohibe su renunciacion, é impone la pena de privacion de oficio al escribano que dé fé de algun contrato en que intervenga.

De lo dicho resulta, que el valor de las arras puede considerarse segun diversos tiempos, quiero decir, que al sacar la décima, si se las donó por entero, podrá dudarse si esta ha de ser la del valor que tenian los bienes del marido cuando se la prometió, ó segun los que despues adquiera, ó con arreglo al de los que deje á su muerte. Y debo decir acerca de esto que, si le dió en arras cantidad cierta, esta debe llevar en todo caso, sino escede de la décima del valor de los bienes en cualquiera de los tiempos dichos: si le prometió la dé-

cima, y le señaló el tiempo á cuyos bienes debia regularse; esto se observará: sino le señalo tiempo, parece debe entenderse segun el valor de los bienes al prometerla, pues esta se presume ser la voluntad del donante, y de la aceptante. De modo que diciendo el marido en general á su muger (lo que digo del marido, es lo mismo si lo dijera del esposo) te doy en arras la décima de mis bienes, se entiende la del valor de los que en la actualidad posee; si dice la de los que tenga cuando muera, se regulará por el de los que á su muerte deje; y si dice la décima de mis bienes, atendido su valor al tiempo en que llegue á tener mas, asi se hará. Y en estos casos aunque despues pierda algunos, esta pérdida ni aun á prorata recaerá sobre la décima, en la que ningun influjo pueden tener sus dilapidaciones, por haber pasado su dominio á la muger. No asi cuando pierde en juicio sin culpa suya bienes que creia propios, pues en este caso se hará la baja á proporcion en la décima. La razon es bien clara: él prometiera la décima de sus bienes, y aquellos, como se declaró por el juez, no lo eran. Véase el señor Escriche, palabra *arras*.

Núm. 5. *Quién tiene su dominio; y si la muger los adquiere siempre; y de las donaciones propter nuptias.* El dominio de las arras, seguido el matrimonio, es absolutamente de la muger, y de consiguiente muerta ella testada, ó intestada, pertenecen á sus herederos, aun sobreviviendo el marido, *ley* 2, *tit.* 3, *lib.* 10, *Nov. Rec.*

Pero si á la muger se le hubiere hecho la donacion esponsalicia, que he esplicado al principio de *este* §., y prometídosele arras, solamente tendrá derecho ella ó sus herederos de escoger entre lo que se le dió por aquella, ó estas, dentro de 20 dias contados desde que les requirieron el marido ó sus herederos; y pasados estos sin haber hecho la eleccion, compete el derecho de hacerla al marido ó á sus herederos, *ley* 3, *d. tit.* 3.

Otra donacion muy frecuente entre nosotros es la que los padres suelen hacer á los hijos cuando se casan, y llamamos *propter nuptias*, de que hablan las *ll.* 25 *y* 29 *de Toro*, como veremos en el tratado de mejoras. No se conoce ley, que mande á los padres hacerlas; pero véase no obstante lo dicho, §. 1, *núm.* 4.

Deben distinguirse con cuidado todas las donaciones, de

que va hablado, que es fácil confundir por la oscuridad con que ordinariamente las esplican los autores. De lo dicho sobre ellas en este título tenemos, que *dote* son los bienes que la muger dá al marido bajo el título de tales; los otros que lleva al matrimonio se llaman *parafernales*, y puede constituirlos dote siempre que guste, tratándolo así con el marido: donaciones *propter nuptias* suelen llamarse las que los padres hacen á sus hijos varones, para casarse: donaciones esponsalicias las que suelen hacerse los esposos al contraer esponsales, ó despues de contraidos, pero antes del matrimonio: y arras, la donacion que el esposo ó marido hace á la muger por razon de la dote, ú otra causa. Estas, y la donacion esponsalicia no serian muy fáciles de distinguir en algunos casos sino tuvieran efectos enteramente diversos, como vimos en su lugar, que por lo mismo deberán examinarse con cuidado para diferenciarlas en un caso dado.

Núm. 6. *De las donaciones de los cónyuges entre sí.* Solo resta en el particular de que tratamos, hablar de las donaciones, que se hacen entre los cónyuges despues de casados, *no por razon de casamiento*, sino por el amor que se tienen. Estas están prohibidas, porque no les engañe el mútuo amor, despojándose el uno al otro; y porque el que fuese mas escaso, seria de mejor condicion que el que es franco en dar. Son pues de ningun valor las que así se hicieren uno al otro, *ley* 4, *d. tit.* 11, *P.* 4.

Esta prohibicion solo tiene lugar en aquellas donaciones, por las cuales el que las recibe, se hace mas rico, y el otro mas pobre: de suerte que si faltára una de estas circunstancias, valdria la donacion, como por ejemplo si se dejára alguna herencia al marido, sustituyéndole á su muger, y el marido renunciara su institucion, sin haber adido la herencia, en este caso tendria valor la sustitucion, porque aunque esta renuncia hacia mas rica á la muger, no empobrecia al marido. Por esta razon, valdria tambien la donacion de una cosa agena, porque al paso que puede servir al donatario para usucapirla, ó adquirirla por tiempo, no hace mas pobre al cónyuge donante. Lo mismo debe decirse si la donacion hacia mas pobre al donante, pero no mas rico al donatario, como si se le diera lugar para que se hiciese sepultura, construyera una iglesia ó cosa semejante, en cuyos casos concur-

re ademas la razon para valer, de que cede esto en honor de Dios, *ll. 5 y 6 d. tit.* 11 que ponen estos ejemplos. Tambien valdria si el que la hizo murió antes que el otro que la recibió, sin haberla revocado, aunque no concurran las dos circunstancias anteriores; por reputarse en este caso donacion *mortis* causa. Pero lo contrario deberá decirse si, ó no muriese antes, ó la hubiese revocado por palabras ó por hechos, vendiendo, ó enagenando de otra manera las cosas que habia dado, *ley* 4, *d. tit.* 11.

Están tan claras las disposiciones de estas leyes, que no necesitan comentarios. Debo empero decir, aunque no sea en su esplicacion, que atendidas ellas condenan los espositores, y con razon, las donaciones simuladas, que en fraude suyo pudieran hacerse los cónyuges. Sirva de ejemplo la proposicion de Feb., *lib.* 1, *cap.* 3, *núm.* 36, 2.ª *par.* en que asienta ser inútil la confesion de dote hecha por el marido á favor de su muger, cuando por otros medios no consta que esta la hubiese aportado al matrimonio. Asi es que podrá aprovecharle, y recogerla tan solo como legado, mas no como dote.

Las dotaciones remuneratorias puede tambien dudarse si valdrán entre los cònyuges; pero parece lo mas regular que puedan tener efecto entre ellos, aun haciéndose uno mas pobre y otro mas rico, por cuanto la *d. ley* 4, *tit.* 11, que las prohibe, habla solo de las hechas por su mútuo amor, á fin de que este no diese causa á despojarse uno al otro; de las donaciones propiamente dichas, procedentes de título lucrativo; y en fin, porque no es creible quisiese impedir mútuas recompensas, y el reconocimiento á beneficios en algun caso muy importantes; evitando empero siempre el que la donacion remuneratoria sea simulada. Asi discurre García *de conjug. quæst.* con otros muchos. Cierta esta opinion, preguntan algunos si la donacion de arras valdrá en el esceso de la décima parte, que solo podia darle el marido, como donacion remuneratoria. Bien se deja ver en que razon apoyan su pregunta; pero razon, y pregunta son mas especiosas que sólidas, pues las arras segun la ley no pueden esceder de aquella cuota bajo ningun respecto, siempre que subsistan tales. Semejantes evasivas de leyes sabias y justas deben reprobarse siempre.

Núm. 7. *Resúmen de este* §. Por su *núm.* 1 sabemos, qué cosa sea donacion esponsalicia; que no puede esceder de la octava parte de la dote cuando la hace el marido, que aun faltando esta puede dársela á la esposa, y que no hay tasa para la que hace esta; por el 2 que, á no ser que se pacte otra cosa, se entiende hecha la tal donacion solo para el caso de seguirse el matrimonio; que efectuado este la gana el donatario por entero, y mediando solo beso, queda á la muger la mitad de la que el esposo le hubiese hecho, pero nada á este de la que aquella le hubiese dado; que aunque deje de celebrarse el matrimonio por culpa de uno de los esposos nada pierde este ni gana el otro de estas donaciones; que por la cópula subsiguiente á los esponsales de futuro gana la esposa solo la mitad; que es dudoso si gana mas en el matrimonio nulo contraido de buena fe, y que ganará igual parte aunque celebrados los esponsales precediese el beso ó la cópula á la donacion, pero no asi precediendo á aquellos. En el *núm.* 3 vimos qué sean arras, que las hay de dos especies y quién puede darlas: en el 4, que no pueden esceder de la décima parte de los bienes del marido, que para computarla pueden estos considerarse en diversos tiempos del modo en él dicho; que se rebajará á aquella siempre que el marido pierda algunos bienes que creia suyos, no asi cuando empeora de fortuna por otras causas: en el 5, que la muger gana su dominio efectuado su matrimonio, y deberán dársele á su disolucion á no ser que quiera elegir entre la donacion esponsalicia si se le habia hecho; y qué sean donaciones *propter nuptias*: vimos por último en el *núm.* 6, que entre marido y muger están prohibidas las donaciones intervivos que se hagan impelidos solo por su mútuo amor, siempre que por ellas resulte el uno mas rico y pobre el otro; y las simuladas; pero que segun la opinion mas probable no lo están las remuneratorias, sin que por esto se entienda pueda el marido dar á su muger en arras mas de la décima parte dicha.

TITULO VII.

De la lejitimacion y porfijamientos.

Títulos **15** *y* **16**, *P.* 4.

§. I.

De la legitimacion.

Núm. **1.** *Qué es legitimacion; y quiénes pueden ser legitimados.* Lo mucho que ofrece que tratar el matrimonio, que como dije en el *tít.* 4 es la causa natural y mas principal de la patria potestad, nos ha detenido hasta ahora. De las otras dos que son civiles paso á hablar brevemente. La legitimacion, una de ellas, «es un acto por el cual se hacen legítimos los hijos que antes no lo eran.» Nuestras leyes de Partida adoptaron de las romanas los tres modos de legitimar por subsiguiente matrimonio, por ofrecimiento á la curia, y por rescripto del príncipe. Pero antes de hablar de ellos, conviene fijar qué hijos de las varias especies que ya vimos *tít.* 3, §. 3, *núm.* **1** *y* 2 que hay de ilegítimos, pueden ser legitimados y cuales no.

Guardan un silencio singular las leyes sobre esto, pues no sé de alguna que escluya espresamente á los tales, mas que la 2, *tít.* **15**, *P.* 4, respecto á los hijos de casado ó casada habidos de soltera ó soltero. Greg. Lop. en la *glos.* **1** *á la ley* 6 *de d. tit.* **15** dice, que están privados de la legitimacion todos los manceres y espúreos de cualquier clase que sean, esceptuados solamente *los naturales*; fundado en que las leyes al hablar de aquella siempre mentan estos. Efectivamente no es solo en las de Partida donde se nota esto: en

la *ley de* 14 *de abril de* 838, que cité, *d. tit.* 3, §. 1, *núm.* 5 al conceder las córtes á S. M. facultad para hacer las legitimaciones se espresa que han de ser de sus hijos naturales segun los difine la *ley* 1, *tit.* 5, *lib.* 10, *Nov. Rec.* (11 *de Toro*). Atendido esto, resulta que la opinion de Greg. Lop., cierta en su fundo, no lo es en su totalidad por la esclusion que hace de los hijos manceres y espúreos, quienes segun la *ley de* 14 *de abril* pueden aspirar á la legitimacion.

Esta proposicion que á primera vista parece una paradoja es indudable, como paso á demostrar en un momento. En *d. núm.* 1, §. 3, *tit.* 1, vimos que segun dicha ley son hijos naturales todos aquellos que fuesen concebidos ó nacidos en tiempo en que sus padres pudiesen casarse justamente sin dispensacion, *siempre que el padre los reconozca por hijos suyos*. De modo que el reconocimiento de este es el que hace á un hijo ilegítimo, natural, con tal que no le afecte la otra escepcion de la ley. Por consiguiente el hijo que estuvo tenido algunos años por espúreo, dejará de serlo y le llamaremos natural en el momento que el padre le reconozca por suyo. ¿Y no hace esto el que pide y quiere legitimar un hijo? Claro es que sí. Resulta por lo mismo sentada esta proposicion: que pueden ser legitimados todos aquellos hijos ilegítimos ó espúreos que por solo el reconocimiento del padre se les hace naturales. Quienes se hallen en este caso queda esplicado *d. núm.* 1, §. 3, *tit.* 3.

Núm. 2. *Modos de legitimar.* De los tres que espresé antes, el de ofrecimiento á la curia está universalmente reconocido por no existente en el dia, á causa de no poder efectuarse atendida la constitucion de los pueblos muy diversa de la de los romanos. Solo el prurito de copiar servilmente el derecho de estos pudo colocarle en nuestros códigos. Segun esto dice el señor Sala *núm.* 2 y con él un autor moderno, que solo tenemos en España dos modos de legitimar; pero yo creo que, atendidas las leyes de Partida, que nos sirven de norma á todos como las únicas que hablan de esto, *tenemos tres, cuando no cuatro.*

De todos ellos el mas frecuente y recomendado es el que nace del subsiguiente matrimonio, y tiene efecto cuando el padre habiendo tenido hijos de alguna barragana ú muger soltera se casa despues con ella, *ley* 1, *tit.* 15, *P.* 4. Sobre es-

tas palabras que son las de la ley, téngase presente la proposicion que acabo de sentar, *núm. ant.*, quiero decir, que hoy se legitimarán por subsiguiente matrimonio (y lo mismo por los otros modos que paso á espresar) no solamente los hijos habidos de soltera, sino todos los que se dicen naturales segun la *ley* **11** *de Toro.*

El otro modo de legitimar es por rescripto del príncipe, del cual habla asi la *ley* 4, *de d. tít.* **15**: «piden merced los » homes á los emperadores é á los reyes en cuyo señorío vi» ven, que les faga á sus hijos que han de barraganas le» gítimos. E si cave su ruego e los legitiman, son dende en » adelante legítimos.» Este modo de legitimar, que en los gobiernos representativos pertenece á las córtes, fue concedido á S. M. por la *d. ley de* **14** *de abril de* 838, que cité en el *tít.* 3, §. **1**, *núm.* 5, en donde hice ademas mencion del modo de pedir estas gracias.

La *ley* 7 *de d. tít* **15** nos ha de decir cual es la tercera manera de legitimar. « Si uno hace instrumento público, en » que diga que algun fijo que ha, nombrándolo señaladamente, le conosce por su fijo, es esta otra manera en que » se facen los hijos naturales legítimos. Otro si, añade des» pues, cuando uno ha muchos fijos naturales de una amiga, » e conosce el uno de ellos solamente por su fijo, por tal co» noscencia serán legítimos los otros hermanos para heredar » á su padre y los otros parientes.» Sobre estas palabras de la ley, que contemplé oportuno copiar, dice Sala que el referido en ellas es mas bien un medio de probar ser los hijos legítimos, que modo de legitimar; pero la ley está muy lejos de espresar eso: y no veo una razon por qué no sea modo de legitimar el que refiere y llama tal. Dígaseme si no, practicándose lo que ella dice ¿no se harán legítimos hijos que antes solo eran naturales? Forzoso es convenir en que si, puesto que la ley lo dice. El que ella exija como condicion que no les llame el padre en el instrumento naturales, espresion de que el señor Rua quiere formar argumento, no escrupulizaré en llamarla nimiedad en que la ley no debia reparar; será una anomalía, si se quiere, atendidas sus otras palabras.

Núm. 3. *Sobre el otro medio de legitimacion; y efectos de esta.* Puede considerarse como cuarto modo de legitimar ó como un compuesto de los dos últimos y uno mismo con

ellos el que pone la *ley* 6 *de d. tit.* 15, *P.* 4. Dice que si un padre, que no tiene hijos legítimos, sino solo naturales, nombra á estos en su testamento por sus herederos legítimos, pueden despues de su muerte pedir al rey que les otorgue la merced que el padre les quiso hacer; y el rey se la debe otorgar, teniendo de alli adelante las honras de hijos legítimos. Por esto vemos, que en este caso, mas bien puede llamarse una especie de legitimacion por rescripto del príncipe que distinta manera de legitimación.

Tales son los modos de legitimar que se conocen, sobre los que debo advertir que solo tienen valor para efectos civiles, porque para los canónicos los debe conceder el pontífice como espresamente lo dice la *ley* 4, *d. tit.* 15; y añade, que aunque este legitime á un sujeto para un efecto, por ejemplo para ordenarse, ú optar á ciertos beneficios, no se entiende por ello legitimado para otros.

Legitimados los hijos por cualquiera de los modos dichos, es consiguiente que esten en la patria potestad, obrando esta en ellos sus efectos, que es la causa de que haya tratado aqui de la legitimacion. Otro efecto de esta digno de notarse es, el que los legitimados por los tres ò cuatro medios espresados gozan el mismo derecho que los legítimos para heredar á sus padres y parientes, y para ser admitidos á todos los honores y preeminencias, *ll.* 7 *y* 9, *al fin d. tit.* 15, confirmadas en cuanto á esta última parte por la *ley* 7, *tit.* 20, *lib.* 10, *Nov. Rec.*; mas no asi en la primera, de lo que hablaré al tratar de las sucesiones intestadas.

Núm. 4. *Resúmen del* §. 1. Sabemos por su *núm.* 1, que cosa sea legitimacion; y que hoy atendida la *ley de* 14 *de abril de* 838, parece que podrán ser legitimados todos aquellos que segun la 11 *de Toro* se dicen hijos naturales: por *los* 2 *y* 3, que el modo de legitimar por ofrecimiento á la curia no existe; que hoy hay tres modos de legitimar; por matrimonio, por instrumento público, y por rescripto del príncipe, de que pone una nueva especie la *ley* 6, *d. tit.* 15: que aunque esta última manera es de incumbencia de las córtes, se concediò á la corona en 838: que para los efectos canónicos debe conceder la legitimacion el papa; y por último que causa patria potestad, y el otro efecto espresado en *d. núm.* 3.

§. II.

De los porfijamientos.

Núm. **1.** *De la adopcion en general, y su division.* Lo que los romanos llamaron *adoptio* llaman las leyes de Partida *porfijamiento*; pero en atencion á la pesadez de este nombre, y que tal vez por esta causa está recibido entre nosotros el nombre adopcion, y se halla en la *ley* 3, *tit.* 16, *P.* 4, usaremos de él y sus derivados en lugar del de porfijamiento, y los suyos. «Es pues la adopcion una manera que »establecieron las leyes, por la cual pueden los omes ser fi»jos de otro, maguer no lo sean naturalmente» *ley* **1.ª** *d. tit.* 16. Constituye tambien la patria potestad, *ley* 7, *tit.* 7, *P.* 4; y este es el motivo de que trate aqui de ella.

Nuestras leyes la dividen en las mismas dos especies, que lo hicieron las romanas, y toman tambien de ellas sus nombres, llamando á la una *arrogacion*, y acomodando á la otra del género, diciéndola *adopcion* sin añadidura alguna, *ley* 9, *tit.* 16, *P.* 4; y asi toma este nombre como á género, ó como á especie. Usaré aqui de uno y otro, porque facilitan su esplicacion.

Núm. 2. *De la arrogacion, y modo de hacerla.* Al tenor de esto, digo que arrogacion es «porfijamiento de ome, »que es por sí, e non ha padre carnal; e si lo ha, es salido »de su poder: e cae nuevamente en poder de aquel que lo »porfija, *d. ley* 7, *tit.* 7, *P.* 4,» ó por decirlo con menos palabras es, «adopcion de hombres que no están en la patria »potestad de otros.» Para ser válida es necesario el consentimiento espreso del que va á ser hijo; que sea mayor de siete años; y que se haga con otorgamiento del rey, *d. ley* 7, *tit.* 7, **1** *y* 4, *tit.* 16, *d.*

Al paso que esta ley prohibe que puedan ser arrogados los infantes, concede la facultad de que puedan serlo los que cumplidos los siete años, son menores de los 14, dando la razon de que aunque no tengan el entendimiento cumplido,

no son menguados de él del todo. Por otra parte el rey, cuyo otorgamiento vimos ser necesario, debe tener presentes, para conceder la arrogacion ciertas circunstancias que espresa *d. ley* 4, y son; qué hombre es aquel que le quiere adoptar, si es rico ó es pobre, si es pariente ó no, y si tiene hijos, que hereden lo suyo, ó si tiene tanta edad que los pueda aun haber, de que vida es y de que fama, y que riqueza tiene el niño. Si examinadas estas cosas, ú otras conducentes, á saber, si el arrogador se mueve con buena intencion, se viere que la arrogacion será provechosa al mozo, diré que debe otorgársele. Pero antes es preciso asegurarse de qne no se menoscabarán sus bienes.

A este fin debe dar caucion el arrogador de que si el huérfano muriére antes de los 14 años «los entregará todos á »aquellos á quienes pertenecerian por herencia ó legados si »el mozo no hubiese sido arrogado.» Cuya caucion debe autorizarse por escribano público; y si no se hiciere es obligado á cumplirlo el arrogador, como si se hubiese autorizado.

Cumplidos todos estos requisitos, la arrogacion se hace preguntando el rey á dos si quieren que el uno sea padre del otro; y respondiendo ambos que sí, contesta el rey que lo otorga, y en seguida les dá documento por donde conste el título, *ley* 7, *tit.* 7, *P.* 4.

Núm. 3. *De la adopcion en especies, y quienes pueden adoptar.* Es la adopcion considerada de este modo, «porfija»miento de ome, que ha padre carnal, e es en su poder.» La *d. ley* 7 dice, que puede hacerse de otorgamiento de cualquier juez; y no es necesario el consentimiento espreso del adoptado, como en la arrogacion, sino que basta el tácito, esto es, que calle y no lo contradiga, *ley* 1.ª *d. tit.* 16.

Puede adoptar cualquiera hombre libre, que no esté en poder de su padre, con tal que esceda al que quiere adoptar en 18 años de edad, y pueda tener hijos naturalmente, *ley* 2, *d. tit.* 16; esto es, que no tenga impedimento para tenerlos por su misma naturaleza. Si le tuviese, no por su naturaleza, sino por enfermedad, fuerza, ó daño, que hubiese padecido, bien podrá adoptar; *ley* 3, *d. tit.* Ninguna muger puede adoptar sino en el caso de haber perdido algun hijo en batalla, en servicio del rey, ó de algun consejo en que le hubiese encartado, pues entonces puede hacerlo para con-

suelo del hijo que perdió, y no de otra manera, con otorgamiento del rey, *d. ley* 2. Con el mismo otorgamiento y no de otra suerte, podrá adoptar el que fue tutor al que tuvo en su tutela, si este tiene ya 25 años; pero antes, de ningun modo, *ley* 6, *d. tit.* Adviértase que lo dicho en *este núm.* versa acerca de la adopcion en general, en cuanto comprende la arrogacion y adopcion en especie: y que no sé de ley que prohiba adoptar al que tiene hijos, antes bien se deduce lo contrario de algunas espresiones de las de *d. tit.* 16.

Núm. 5. *Efectos de la adopcion y arrogacion.* Es efecto de la adopcion que el adoptado pase á la patria potestad del adoptante; pero hay alguna limitacion de esta regla. En la arrogacion tiene siempre lugar la regla, *ley* 7, *tit.* 7, *P.* 4: en la adopcion en especie hay distincion, pues aunque esta misma *ley* 7, dice generalmente, que no pasa, la hallamos espresa en las *ll.* 9 *y* 10, *de d. tit.* 16. En la 9, se dice, no pasa el adoptado á la patria potestad del adoptante, si este no fuere ascendiente suyo; y en la 10, que pasa si lo fuere. Esta misma diferencia se observa en el derecho romano por constitucion de Justiniano. Y adviértase que, si en este último caso el padre adoptivo sacase de su poder á su descendiente, que habia adoptado, volveria este al de su padre natural, como lo espresa *d. ley* 10. En cuanto á la arrogacion, la *ley* 8 del mismo *tit.* dice, que si el arrogador sacase sin razon de su poder al que arrogó, ó le desheredase, está obligado á darle todo lo suyo con que entró en su poder, con todas las ganancias que despues hizo, «menos »el usufructo que percibió de los bienes de dicho arrogado, »mientras le tuvo en su poder; y ademas de aquello la cuar»ta parte de todo cuanto hubiere.»

Es tambien efecto de la adopcion el producir el impedimento del matrimonio, en los términos que vimos. Del efecto que produce para dar derecho de suceder, hablaré al tratar de las sucesiones testadas é intestadas. Debo advertir en conclusion, que los adoptados por muger es claro que no caen en patria potestad, por ser ella incapaz de tenerla.

Núm. 6. *Resúmen de lo dicho.* Tenemos en conclusion, que la adopcion se divide en adopcion asi dicha en especie y arrogacion, *núm.* 1, que aquella tiene lugar con los que están en patria potestad, esta al contrario; que por lo mis-

mo, para ser arrogado es necesario tener siete años, prestar consentimiento, y otorgamiento del rey con las demas circunstancias que vimos: en la adopcion no asi; que puede adoptar todo el que no estando sujeto á patria potestad, esceda en 18 de edad al adoptado, y pueda tener gijos naturalmente; que la muger solo en algunos casos; que no hay ley que prohiba adoptar al que tiene hijos; y que el tutor puede hacerlo con su cliente mayor de 25 ños, con otorgamiendo del rey, *núms.* 23 *y* 4, por último vimos en *el* 5, que el arrogado pasa siempre á la patria potestad del otorgante; el adoptado solo cuando es ascendiente, y si llega á salir de la de este, vuelve, á la de su padre natural, que esto no tiene lugar en la muger; y que el arrogante que despide al arrogado tiene que volverle lo suyo, y ademas la cuarta parte de todo cuanto hubiere.

TITULO VIII.

De la tutela y curadoría.

Títulos 16, 17, *y* 18. *P.* 6.

§. I.

Del nombramiento de tutores y curadores.

Núm. 1. *Qué es tutela, y á quien se dá.* Por cuanto los hombres libres, que no están bajo la potestad de otros, unos se hallan en tutela, otros en curadoría, y otros fuera de ambas; y en asunto de tutelas, y curadorías, hay mucho que advertir, es preciso hablar de ello con alguna estension. Y para proceder con mayor claridad advierto, que en las leyes de las Partidas apenas se hallan los nombres *tutela y curadoría, tutor y curador*, sino en su lugar los generales *de guarda y gardadores*, distinguiendo por las palabras que añaden, si hablan de tutela, ó curadoría, tutores, ó curadores: lo que no deja de causar embarazo. Para evitarle, usaremos de los citados especiales, *tutela* etc., como generalmente lo ha recibido el uso, y se encuentran en alguna ley de la Recopilacion, y en algunas de las Partidas, aunque con relacion al idioma latino, como en *la ley* 4, *tít.* 5, *P.* 5.

Tutela en latin dice la *ley* 1, *tit.* 16, *P.* 6, quiere decir tanto en romance como, «guarda que es dada al huérfano »libre, menor de 14 años; e á la huérfana menor de 12.» Esta definicion ya nos dice á quien se dá la tutela, que es al huérfano menor de la edad, que espresa, y que no esté sujeto á patria potestad. A estos se les dá tutor, aunque no los quieran, y se les dá para que guarden bien sus personas y por consecuencia precisa sus bienes. Y no deben darse para una sola cosa ó pleito del menor, salvo el caso, en que se

le moviese pleito de servidumbre, en el cual se le podria dar uno para que defendiese su persona, y bienes, *d. ley* 1.

Núm. 2. *Qué especies hay de tutelas.* Tres son las especies de tutela, *testamentaria, legitima y dativa.* La primera envuelve otras especies que ya veremos; pero suele decirse tal principalmente, « la que dá el padre en su testa» mento al hijo menor que tiene en su poder, *ll.* 2 *y* 3, *d.* » *tit.* 15.» Y sobre decir esta ley lo mismo del abuelo, debe advertirse, que saliendo hoy por la *ley* 3, *tit.* 5, *lib.* 10, *Novísima Recopilacion* de la patria potestad el hijo casado y velado, no podrá el abuelo, por faltarle tal potestad, necesaria segun *d. ley* 3, *tit.* 16, dar tutor á sus nietos que hayan nacido de nupcias bendecidas, como sucede casi siempre. El padre no solo le puede dar al hijo nacido, sino al que estuviere en el vientre de su madre, *d. ley* 3, *tit.* 16; porque cuando se trata del provecho de estos á quienes se les suele llamar póstumos, se reputan nacidos; no asi cuando les sería perjudicial, *ley* 3, *tit.* 23, *P.* 4.

Dije que la tutela testamentaria envolvia en sí otras especies, que puede decirse forman un compuesto de ella y la dativa. Ya vimos que al padre incumbe principalmente por su patria potestad dar tutor en testamento á sus hijos; pues ahora debemos saber, que de la madre, dice la *ley* 6, *d. título* 16, que si hace testamento en que establece por herederos á sus hijos, que no tuviesen padre, bien les puede dar tutor en él. Pero en seguida añade, que este tutor no puede usar de los bienes del mozo, á menos de ser confirmado *por el juez del lugar donde están los bienes*; cuyo juez le debe confirmar, y otorgarle la tutela (*á esto llaman los prácticos discernir*) sino es que tuviese impedimento legal para serlo.

Por las leyes romanas era necesaria en este caso la inquisicion ó exámen de las circunstancias del tutor; y no haciendo mencion de ella nuestras leyes, mueve la cuestion Gregorio Lopez, *glos.* 2 *á d. ley* 6, si será ó no necesaria en España. Resuelve no serlo si el menor no tuviere mas bienes que los de la misma madre; pero que si tiene otros lo será respecto de ellos.

Dice tambien la misma *ley* 6, que si la madre no instituyera por heredero á su hijo y por otro modo ó título le dejara alguna cosa, podria el juez confirmarlo, si quisiese; y

de esta manera y no de otra valdria. De suerte que en este caso, es voluntario en el juez confirmarle, y en el otro de estar el hijo instituido heredero, es preciso. El no valer ningun nombramiento de tutor hecho por la madre sin la subsiguiente confirmacion del juez es por no tener patria potestad, de la cual nace el derecho de darlo, segun lo convence la *ley* 3, *d. tit.* 16.

Por la misma razon, si el padre da tutor á su hijo natural, instituyéndole heredero, ó *cualquiera á un estraño en los mismos términos*, debe el juez confirmarlo; y asi y no de otra suerte será tutor, *ley* 8 *d. tit.* 16, *P.* 4.

Por esta misma ley vemos, que los tutores testamentarios pueden ser dados pura ó simplemente, á cierto tiempo, ó bajo de condicion, segun fuere la voluntad del testador.

No dicen las leyes qué tutor debe encargarse con preferencia de la tutela, cuando la madre y el padre lo nombran respectivamente al hijo natural, y lo mismo debe decirse del nombrado por aquella al legítimo en consecuencia del que al mismo nombrase su abuelo á un estraño al instituirle heredero. Febrero, 2.ª *part*, *cap.* 1, *lib.* 1, *núm.* 57, contempla regular que sea preferido cada tutor en la administracion de los bienes que dejó al hijo el que le nombró, siempre que los dos tutores concurran y sean nombrados á un tiempo; pero que si uno fue nombrado primero que el otro, se encargue en un todo la tutela á aquel, porque al que ya tiene tutor no se le debe dar otro.

Núm. 3. *De la tutela legítima.* En defecto de la tutela testamentaria entra la legítima. Si muriere pues un padre sin haber hecho testamento, ó si lo hubire hecho sin nombrar tutor de sus hijos ó habiéndolo nombrado muriese este antes que el testador, seria tutor legítimo de todos sus hijos su pariente mas cercano, y si hubiese muchos del mismo grado lo serian todos, *ley* 9, *d. tit.* 16. En su *glos.* 1 advierte muy bien Gregorio Lopez, y debemos advertir con cuidado que seria lo mismo si, muerto el padre, falleciese el tutor que nombró, siendo menor ó impúbere el mozo; al contrario de lo dispuesto en el derecho romano.

Si el menor tuviese madre, le pertenece ante todos esta tutela, y sino la quisiere, á la abuela, y en defecto de ambas entran los parientes laterales por su proximidad, *dicha*

ley 3. Llámase legítima esta tutela, porque compete por beneficio de la ley sin intervencion de persona alguna.

Sobre aquellas palabras que son las de la ley, debo advertir, que en la palabra parientes se comprenden agnados y cognados, esto es á los parientes del menor ya lo sean por parte de su padre, ó de su madre; pero no se comprenden las mugeres, porque estas como veremos, no pueden ser tutoras, á no ser las dichas madre y abuela, ni por consiguiente sus maridos, á lo menos mientras haya otros parientes. Me esplicaré con el caso que pongo en un menor que tiene tios, ú otros parientes hermanos de su padre y madre, entre cuyos tios se encuentran algunas mugeres casadas. Los primeros de igual parentesco con él serán todos tutores, á no ser como ya diré que se acuerden en que lo sea uno solo; pero no asi los maridos de las segundas. Fundo esto último en que solo por razon de sus mugeres podria cargárseles la tutela, y estando estas exentas, por la misma razon lo deben estar ellos. Con todo, el llamar la ley á los parientes en general sin mas especificacion, deja en mi concepto bastante dudoso este caso verdaderamente muy práctico.

Si los parientes son ascendientes, parece por lo que dice el señor Hernandez de la Rua que no falta quien prefiera la abuela (no sé si la paterna, ó materna, pues la ley no distingue) fundado en lo que vimos dice la *ley* 9 *cit.* Pero ¿quién hay que no se haga cargo que solo se menta á aquella porque hablar de los demas seria absurdo, por cuanto tenian patria potestad sobre sus nietos? Diria pues llegado un caso, que no pudiendo tener lugar la ley en esta parte, como arreglada á principios, que dejaron de existir, se está en el de hacer aplicacion de lo que manda respecto á los colaterales, y á los ascendientes, y por lo mismo en el de darle es la tutela segun sus grados á todos sin distincion.

Núm. 4. *De la tutela dativa; y qué juez puede darla.* A falta de tutores testamentarios y legítimos, entran los dativos, llamados asi, porque son dados por el juez Cuando se observa esta falta, la madre y los otros parientes que heredarian al mozo si muriese sin testamento, deben pedir al juez del lugar que le dé tutor que sea bueno y rico, y que entienda recibe la tutela mas por beneficio del menor que de sí mismo. Si no lo pidieren, les condena la ley *á perder* el

derecho que tenian de heredarle, si muriese sin testamento. Siendo los parientes negligentes, ó no habiéndolos, pueden pedirlo los amigos del mozo, ó cualquier otro del pueblo; y el juez lo debe otorgar por sí mismo. Añade la ley que este lo podrá cometer á otro juez menor, si la renta del mozo valiere menos de 500 maravedis; pero en esto hoy se observará el *reglamento provisional*. Segun este, *art.* 32, los alcaldes constitucionales pueden conocer de todos los asuntos mientras conserven el carácter de gubernativos; y estando la tutela en este caso, debe decirse que podrán nombrar tutores y entender en sus diligencias, siempre y en tanto que no se forme contienda ó litigio.

De los dichos alcaldes constitucionales, ó jueces de primera instancia en su caso, pueden nombrar tutor, no solo el del domicilio del mozo, sino tambien el del lugar de su nacimiento, ó del de su padre, ó el de aquel en que tuviere el mozo la mayor parte de sus bienes: tanto estando el mozo delante, como no estando, y aunque lo contradijera, *ley* 12 *d. tit.* 16.

Si todos los jueces, que lo pueden dar, dieren cada uno el suyo, es de dictámen Greg. Lop., *glos.* 13 *á d. ley* 12, que debe ser preferido el que fue nombrado primero; y no sabiéndose quien lo dió primero, que debe ser preferido el dado por el juez del nacimiento. Me parece bien su opinion en la primera parte, porque al que ya tiene tutor no se le puede dar otro. Pero en la segunda juzgo debe ser preferido el dado por el juez del domicilio, fundado en dos razones. La una, por ser este el orden en que están escritos en esta *ley* 12: y la otra, porque el tutor se dá principalmente para que cuide de la persona del mozo, de cuyas circunstancias tiene el juez del domicilio mas proporcion para estar enterado. Téngase presente en esto, que cuando el menor es un grande, deben las audiencias remitir al rey la peticion de nombrarle tutor ó curador, que ante ellas se hiciere, *ley* 17, *tit.* 1, *lib.* 6, *Nov. Rec.*

Tanto el juez, como el testador que nombran tutores deben hacerlo con entera claridad, de modo que se sepa ciertamente cual es. De suerte, que si el testador nombrase uno, y hubiese otro del mismo nombre, sino pudiese saberse ciertamente cuál de ellos era su intencion que lo fuese, ninguno de ellos lo seria, *ley* 7 *d. tit.* 16.

Núm. 5. *Quiénes pueden ser tutores.* De los que no pueden ser tutores unos tienen incapacidad absoluta para toda tutela, y otros respectiva. De estos hablaré al esponer las escusas, que dispensan de este cargo público, y las causas por qué un tutor puede ser removido por sospechoso. Limitándome pues á los primeros, digo que generalmente no pueden ser tutores el mudo, sordo, disipador de sus bienes ó pródigo declarado judicialmente, desmemoriado ó loco, el que fuere de malas costumbres, el menor de 25 años, la muger, *ley* 4, *d. tit.* 16, los clerigos, los deudores del mozo y el que fuere obligado al rey mejor diríamos hoy á la hacienda pública en razon de haber afianzado á alguno que tenga que rendirle cuentas, por haber llevado sus rentas, *ley* 14, *d. tit.* Con doble razon debe decirse lo mismo del que les fuere obligado como principal. Todos estos dije que generalmente hablando, no pueden ser tutores; pero hay casos en que á algunos de ellos no les comprende la prohibicion.

Esta con respecto á menor de 25 años debe entenderse solo en las tutelas legítima y dativa, y no en la testamentaría, que podrá conservar, para administrarla, si llegare á ser mayor antes que el pupilo á quien fue dado hasta que cumpla 14 años, *ley* 7, *d.* 16, *P.* 4, y Greg. Lop. *glos.* 2 *y* 5 *á la ley* 4. Y lo que se hace en este caso es proveer el juez al menor de tutor provisionalmente; cesando en su cargo de tutor llegado el testamentario á ser mayor, si es que acepta su nombramiento.

En cuanto á las mugeres, ya vimos anteriormente que no solo pueden ser tutoras la madre y abuela, sino que son preferidas á los tutores dativos, y legítimos; no asi á los testamentarios, *ley* 9, *d. tit.* 16, *P.* 4. Pero, para ser admitidas, tienen que renunciar la prohibicion, que establece el derecho de poder obligarse por otro las mugeres, conocida bajo la denominacion de *Senado-consulto Veleyano*, origen de semejante prohibicion, porque á no hacerla, no querrian, los hombres celebrar contratos con ellas, aunque las mismas lo necesitaran para la buena administracion de la tutela, y provecho de los mozos, *d. ley* 4, *tit.* 16. Exige ademas esta ley que renuncien á contraer segundo matrimonio; y si lo contraen, pues la renuncia no es impedimento, debe el juez sacarles la tutela, y pasar sus hijos al pariente mas cercano,

que sea hombre bueno, y sin sospecha, y no esté prohibido de ser tutor. Si ademas hallare que la madre debe dar alguna cosa á los mozos por razon de haber administrado sus bienes, están obligados al pago no solo los bienes de ella, sino tambien los de aquel con quien casó, *ley* 5, *d. tit.*

Apenas está en práctica la primera disposicion de esta ley de perder la madre la tutela, á no ser que algun pariente la reclame. Aun en en este caso podrá conservarla acudiendo á S. M. á que le conceda dispensa de la ley, como puede, *ley de* 14 *de abril de* 838. Al efecto debe abrirse espediente cuyas formalidades señala otra *ley de* 12 *de abril de* 839.

La prohibicion, que dije afecta á los sacerdotes de ser tutores, se limita con respecto á sus parientes, que su padre hubiese dejado sin guardador; pues en este caso pueden acudir al juez del lugar dentro de cuatro meses á declararle su voluntad, y aceptacion, *d. ley* 14.

Debo advertir por último, que esta misma ley permite dar por tutor en testamento al deudor del mozo; cuya escepcion entiende Greg. Lop., *glos.* 6, limitada al caso en que el padre supiese ser el tutor deudor del mozo. En la 5 dejaba dicho que debe estenderse esta disposicion á cuando el tutor fuese acreedor del menor.

Núm. 6. *De los curadores, y quién puede darlos.* Debe entenderse dicho de los curadores lo asentado en el anterior número en su mayor parte; y asi los que vimos no pueden ser tutores, y al contrario, en igual caso están para curadores. La sola diferencia está en lo mismo, que me movió á hablar entonces de ello; esto es, en no poder ser curadores algunos, que prohibidos en general de ser tutores, pueden serlo testamentarios, cuales son el menor de 25 años, y el deudor del mozo; pues, no pudiendo ser dado curador en testamento, como luego diré, resultan los dichos enteramente escluidos de la curatela.

Esta puede definirse, « la guarda que se dá á ciertas per» sonas para cuidar primaria y principalmente de sus bienes » por suponérseles incapaces de atender á ella. » Luego veremos quienes son estos. Puede sentarse por principio que solo el juez puede nombrar curadores del mismo modo que dije *núms.* 4 *y* 5; para cuyo cargo deberá preferir los parientes,

quienes se dirán curadores legítimos. Cuando las antes citadas leyes 9 *y* 5, *tit.* 16 dicen, que estos sean guardadores de sus parientes no distinguen entre tutela, ni curatela. Del espuesto principio esceptivo dedúcese que el padre no debe nombrar en el testamento curador á sus hijos mayores de 14 años. Con todo si fuere dado, y entendiere el juez ser útil al menor, dice la *ley* 13, *tit.* 16, *P.* 6 que lo debe confirmar. En este caso dice el señor Sala que estará obligado el menor á recibir este curador confirmado, como lo prueban Gregorio Lopez, *glos.* 5 *á d. ley*, y Gut. de *tutel.*, *part.* 1, *capítulo* 19, *núm.* 30. Pero veamos qué objeto y estension puede tener esta idea.

Núm. 7. *A quiénes se dá curador.* Fenecida la tutela á los 14 años en los varones y 12 en las hembras, debe proveérseles de curador, que gobierne sus cosas hasta llegar unas y otros á los 25. De las personas mayores de esta edad solo se da á los locos ó desmemoriados, esto es, mentecatos, *ley* 13, *d. tit.* 16, á los pródigos declarados, sordo-mudos, y demas personas incapaces de atender al gobierno de sus cosas, Gregorio Lopez, *gols.* 1. A los bienes y derechos de los ausentes y muertos, cuya herencia no esté aceptada, débese tambien nombrar curador, ó llámese administrador de bienes. Cuando en todos estos casos el curador nombrado, y lo mismo debe decirse del tutor de menor, no puede atender al desempeño de su encargo durante algun tiempo por enfermedad, ausencia, ú otra causa, se debe nombrar otro, pero solo provisionalmente.

Repito que estos curadores los debe nombrar el juez; y aqui es indispensable el tocar cuestiones importantes. A los mayores, á quienes por su incapacidad se da curador, todos asientan debe señalárselo el juez, y de entre sus parientes, ó siendo poseedor de mayorazgo al inmediato sucesor; Molina, *de hisp. primog.*, *lib.* 1, *cap.* 16; lo que va conforme con el principio, que asenté ante todo. Pero en cuanto á los mayores de 14 años, y menores de 25, se establece universalmente que deben nombrarlo ellos, y que el juez, no queriendo hacerlo, no puede obligarlos ni á tomar el que él les dé, ni á que ellos le nombren. Debo decir que en uno y otro de estos dos puntos últimos no me permiten mis ideas convenir con opiniones tan recibidas y comunes. Mas vamos por partes.

Siendo la cuestion principal la de si el menor está ó no obligado á recibir curador, y apoyándose la otra en ella, estoy en el caso de examinarla primero. Entrando pues en ella, digo que no hay cosa mas clara en derecho, que el que nada de cuanto, hasta ser mayores hagamos, es verdaderamente estable, ni contratos ni obligaciones las mas simples, y por muy pequeño que sea el objeto sobre que versen: véase el *núm.* 2, §. 1, *tít.* 10, *lib.* 2. ¿Cómo pues podrá un púbero dar un paso en la administracion de sus cosas, sin esponerse cuantos con él traten? Es tan claro este argumento que no necesita de apoyo, y es inútil le esplaye mas. Solo diré que la ley escepcional 7, *tít.* 2, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, que permite administrar sus bienes al casado mayor de 18 años, ofrece una prueba convincente de que los mas no pueden hacerlo, ¿y no pudiendo ni administrar sus bienes, ni celebrar contrato alguno quién lo hará? Claro es que un curador. No ignoro que la citada *ley* 13, *tít.* 16, *P.* 6 dice que los menores de 25 años, á quienes solo por falta de edad se dan curadores, no pueden ser apremiados á que los reciban, sino los quisieren; á no ser que hicieren alguna demanda á otro, ú otro á ellos. Pero á esta ley digo, que su objeto es solo librar de curador á los menores para cuidar de su persona, segun disponia el derecho romano; mas no en lo tocante al cuidado de sus bienes. Si hay alguno á quien no guste esta interpretacion, le suplico busque otro medio de conciliarla con los principios inviolables que espuse. Feb. 2.ª *par. libro* 1, *cap.* 1, *núm.* 66.

Viniendo ahora á la otra cuestion, debe reconocerse sin apoyo la opinion de los autores, cuando asientan deben nombrarlo los menores. Hay mas: no hay una ley que tal afirme, por el contrario, siempre que hablan estas de dar guardadores, presentan esto como cargo del juez; aun la misma *ley* 13 habla en este mismo concepto. Concluyo pues que, hablando legalmente, los mayores de 12 y 14 años deben ser estrechados á recibir curador que cuide de sus cosas, aunque no de sus personas; y que lo debe nombrar el juez. Confieso empero que si bien es cierto, he visto practicar constantemente lo primero, no asi el que no nombren curador: bien que va mucho de permitirles la práctica nombrarle, á que puedan reusar el que el juez lo dé si quiere hacerlo.

Núm. 8. *Modos de acabarse la tutela y curadoría.* Se acaba la tutela por cumplir el varon 14 años, y 12 la hembra: y la curatela á los 25 en los dos. Una y otra por la muerte ó destierro del tutor ó curador, ó del huérfano: por el cautiverio ó esclavitud de uno de los dos; bien que esta no puede hoy tener lugar. Si el tutor fuere dado por cierto tiempo, ó pendiente alguna condicion, cumpliéndose el tiempo ó faltando la condicion; cuyo modo de acabarse solo puede tener lugar en el tutor testamentario: si se adoptase al huérfano, ó al tutor ó curador, siendo este de los llamados legítimos: si el menor obtuviese dispensa de edad, de que luego hablaré; ó siendo casado, desde los 18 en que vimos ya adquiere la administracion de sus bienes: si se escusase por causa legítima, y si le removiesen por sospechoso de cuyas dos causas hablaré abajo. La mayor parte de estas causas están espresadas en la *ley* 21, *tit.* 16, *d P.* 6. Con respecto á la de la adopcion en la tutela, y curatela legítima, opina el señor Sala que fue puesta impensadamente en ella, siguiendo el derecho romano antiguo, segun el cual la tutela legítima solo competía á los parientes por agnacion, la cual perdía el tutor por la adopcion. Pero sacada la diferencia entre agnados y cognados por Justiniano, cesò la adopcion de ser causa de cesacion de tutela entre ellos; y debe por lo mismo cesar entre nosotros, máxime si se atiende á que la *ley* 9, *tit.* 16, *P.* 6 llama à la tutela á los parientes en general, sin distinguir entre agnados y cognados. *Mis lectores supongo sabrán que los romanos llamaban cognados á los parientes por parte de madre, y agnados á los de padre.*

En cuanto á la dispensa de edad para administrar los bienes, sobre que se estiende Sala, *núm.* 15, en referir còmo se hacia en su tiempo, baste decir que se puede pedir á los veinte años, y que la puede conceder S. M., segun la tan citada *ley de* 14 *de abril de* 838, formando para ello espediente del modo que en el *tit.* 3 dije debe hacerse en todos los casos que espresa. En virtud de esta vénia, puede el que la obtuvo hacer y otorgar cualesquiera arrendamientos, y contratos sobre sus bienes, y otros cualesquier actos, que le convengan judicial, ò estrajudicialmente, para recaudar sus rentas y frutos, y hacer de ellos como de cosa propia lo que le acomode: como tambien tomar cuentas con pago de cua-

lesquier curadores, que hayan sido de sus bienes, que deberán dársela. Pero no podrán vender ni obligar sus bienes raices sin autoridad y decreto de la justicia hasta que hayan cumplido los 25 años. Hablan de esta vénia, ó dispensa de edad las *ll.* 6, *tít.* 4, *lib.* 4, y 7, *tít.* 5, *lib.* 10, *Nov. Recopilacion*; y el señor Escolano de Arrieta, *tomo* 1, *cap.* 98 *de la práctica del consejo.*

No debo omitir aqui, que la *d. ley* 7, *tít.* 5, prohibe á las justicias que por sí concedan á nadie la vénia de edad, pues he visto mas de una vez contravenirla con descaro, por medio de un fraude, que no debo pararme á referir, y en que intervienen á la vez el alcalde, el menor, un tercero que se dice fiador de este, y su curador, que por este medio cree librarse de la curatela.

Núm. 9. *Causas que escusan de la tutela, y curatela.* Siendo la tutela un cargo público, mereciendo la real proteccion los que están en ella, *ley* 41, *tít.* 18, *P.* 3, *ley* 20, *tít.* 23, *P.* 3, no es de estrañar necesiten de justa causa los que quieran escusarse de ella. « Escusanza dice la *ley* 1, *ti-*» *tulo* 17, *P.* 6. es como mostrar alguna razon derecha en » juicio, porque aquel que es dado por guardador de algun » huérfano, non es tenido de recibir en guarda á él, nin á » sus bienes. » Es pues preciso para conseguir la exoneracion, tener alguna razon derecha, ò justa causa. « Solo advertimos, añade el señor Sala, *núm.* 18, que á nuestro dictámen no necesitan de causa alguna para escusarse los tutores legítimos, atendidas las *ll.* 2, *versic.*, la 3.ª *y* 12, *tít.* 16, *Partida* 6, que lo dejan á su arbitrio, y de consiguiente que solamente es necesaria á los testamentarios y dativos.

Están efectivamente terminantes las dichas leyes segun, y en apoyo de la opinion para que son citadas. Pero ¿no están en contradiccion con las 5 *y* 9, *del mis. tít.*? algunos dirán que sí y el señor Sala dirá que no; y yo me inclino tambien á que no se contradicen, como probaria, si este fuese mi propósito. Pero, como juzgo que á pesar de todo no debe seguirse el dictámen de dicho autor, y de las leyes de Partida, omito entrar en su concordancia.

Por el contrario, paso á asentar que, «los tutores legíti-»mos deben como los demas ser obligados á la tutela ó cura-»tela, no teniendo legítima escusa; fuera de la madre y

»abuela, y demas ascendientes.» Seré breve. Es indudable que las leyes del Fuero Juzgo estando en uso son de autoridad preferible á las de Partida. ¿Y hay alguna ley en tal código que hable de esto? *La* 3, *tit.* 3, *lib.* 4, espresa casi en los mismos términos la proposicion que he sentado. ¿Y la práctica está conforme á ella? De algunos juzgados, que es inútil citar, podria testificar la observan con rigor, y los interesados, (y es bien sabido el interés que suele tomarse en esto) la hacen ejecutar con estrechez: en los mas creeré sea lo mismo. Es mas, hasta á los ascendientes de que no habla la *d. ley* 3, he visto obligar á ser tutores de sus nietos.

Suelen dividir los autores las escusas en necesarias, que mejor se dirian impedimentos, y voluntarias; y estas las subdividen en escusas por privilegio, y por impotencia: divisiones, que aunque conformes al espíritu de nuestras leyes, solo conducen á facilitar su memoria. Empezando por las voluntarias privilegiadas, referidas en la *ley* 2, *tit.* 17 *P.* 6, digo pertenecen á esta especie: 1.° La escusacion concedida á los que tienen cinco hijos varones, legítimos, vivos; y deben contarse como vivos los que se perdiesen en la guerra, en servicio de Dios, y del rey. 2.° Los recaudadores de las rentas del rey, y sus mensageros. Por mensagero dice Sala debe entenderse, atendido el diccionario de la lengua castellana, lo mismo que llevador de recados, ó como decimos hoy, embajador; y no el ausente por causa de la república, como quieren Greg. Lop. *glos.* 5, *á d. ley* 2, *y* Gut. *lib.* 1, *de tut. P.* 1, *cap.* 21, pues á ser asi, no espresará la ley esta escusa mas abajo. El recaudar las rentas reales parece debe considerarse mas bien como impedimento, que escusa, pues como vimos en el *núm.* 6, no puede ser tutor el que tiene obligados sus bienes á la hacienda. 3.° Los jueces durante su judicatura, ó como dice la ley, el haber de juzgar, y cumplir la justicia por obra. Adviértase que todas las dichas, son causas de escusa para recibir nuevas tutelas, pero no para las recibidas, que deberán conservar. 4.° Otra escusa es ir en servicio del rey por su mandado á alguna parte, *que fuese muy lueñe* (lejos) ó fuese allá por servicio, ó por pro comunal de la tierra, en que vive, *d. ley* 2, *tit.* 17, *P.* 6. Esta es la que verdaderamente se acomoda á los ausentes por causa de la república, como reconocen el mismo Gr. Lo.

glos. 9. y Gut. *núm.* 6. De ellos añade la *d. ley*, que puedan separarse de la tutela, que antes tenian, encargándola á otro durante su ausencia, de suerte que restituidos deberán recobrarla; y que vueltos tengan un año de vacacion ó escusa de una nueva tutela que se les quisiese cargar. 5.° Los militares en actual servicio. 6.° La que tiene el que fue tutor de un huérfano, para no poder ser obligado á ser su curador. 7.° Los profesores de gramática, retórica, y demas ocupados en la enseñanza pública por mandato del rey, ó lo que es lo mismo, con nombramiento real, *ley* 3, *d. tit.* 17, siempre que estén en actual ejercicio. Gut. *lug. cit.* 8.° Los que tuvieren 12 yeguas de vientre, *ley* 3, *tit.* 29, *lib.* 7, *Nov. Rec.* 9.° Pudiera añadirse, y en mi concepto la es, como verdadera escusa de tutela el privilegio que en otro sitio vimos concede á los casados durante los cuatro primeros años la *ley* 7, *tit.* 2, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, pero no falta quien no quiera reconocerla por tal, fundado en que la tutela no es verdadero cargo público. Pero si no es cargo público ¿á qué hacerla pesar sobre todos, y andar con estos privilegios, y exenciones?

Pertenecen á las escusas voluntarias por impotencia. 1.° La pobreza. 2.° La enfermedad habitual, cuando fuesen tales que impidiesen al tutor poder cuidar del huérfano. 3.° El no saber leer, ni escribir, y ser tan simple ó necio, que no se atreviese á hacer la guarda del huérfano con recado, ó con cuenta, y razon. 4.° El ser mayor de 70 años. 5.° El que tuviese tres guardas de huérfanos, y le quisieren dar otra, bien se puede escusar de la cuarta, *ley* 2, *d. tit.* 17, P. 6: ya sean tutelas, ó curadorías, ya tutelas y curadorías, pues como dice muy bien el señor Her. Rua, contra los que pretenden no es escusa dos tutelas y una curadoría, la ley usa de la palabra guarda igualmente aplicable á unas que á otras. Gut. *lug. cit.* dice, que bastaria una sola tutela si fuese tan difusa, que equivaliese á muchas. La *ley* 12, *tit.* 18, *lib.* 6, *Nov. Rec.* si, como pretenden algunos, prohibia el uso de estas escusas á los pecheros, hoy está derogada por los decretos, que ya vimos igualan en esto todas las clases del estado.

Concluyo recordando lo que espresé al principio de ser voluntarias todas las escusas dichas, y que por lo mismo está al arbitrio de los favorecidos aprovecharse de ellas desechando la tutela, ó aceptar esta.

Núm. 10. *Cuando deben proponerse estas escusas.* La *ley* 4, *y últ. d. tit.* 17, señala el tiempo en que el tutor debe proponer la escusa, que le asista, y es el de 50 dias contadores desde el en que supiere era dado por guardador, en el caso que estuviese en el lugar, en que fue dado ó no mas lejos de 100 millas, y si estuviese á mayor distancia, un dia por cada 20 millas, y 30 dias mas. Nada mas dice nuestra ley en este particular, pero parece debe entenderse indispensablemente su última parte, de modo que hecha la computacion, nunca tenga el que está mas lejos menos de 50 dias, cuando no sean mas. El espediente, en que haya de examinarse si deben valer ó no las escusas, que se propongan, debe ser fallado dentro de cuatro meses contados desde el dia en que empezaron á correr los referidos 50 dias, esto es, desde que supo el nombramiento: y si se sintiere agraviado del fallo por habérsele desechado la escusa que propuso, podrá apelar de la sentencia; *d. ley* 4.

Por lo que dije *núm.* 4, déjase ver, que podrán conocer de estas escusas los alcaldes constitucionales mientras no asome duda, ó litigio de si son ó no atendibles.

Núm. 11. *De las escusas necesarias, y de la remocion y recusacion del guardador por sospechoso.* Deben contarse entre las escusas necesarias, mejor dicho entre las prohibiciones de ser tutor. 1.° El mediar pleito entre el guardador y el menor sobre toda su heredad, ó parte de ella, ó si se hubiese ganado de nuevo. 2.° Si hubiese tenido el guardador con el padre del menor grande enemistad, y despues no hubiese sido hecha paz entre ellos. 3.° Si fuese enemigo del mismo mozo, ó de sus parientes. 4.° Si habiendo sido guardador de otro huérfano, hubiese procurado mal sus bienes ó enseñádole malas costumbres. *ll.* 2, *tit.* 17, 1, *tit.* 18. *Part.* 6.

Las dichas causas no solo son obstáculo para ser nombrado tutor, sino que, descubiertas despues de hecho el nombramiento, debe ser removido el en que concurren por sospechoso. Igual remocion debe efectuarse cuando durante la tutela sobrevienen otras que refiere la *l.* 1, *d. tit.* 18: y estoy en *la remocion de tutor por sospechoso.*

Aquel guardador dice la ley citada puede ser llamado tal «que es de tales maneras, que pueden sospechar contra

»él que desgastará los bienes del huérfano, ó que le mostra»rá malas costumbres.» Añade que aunque el tal fuese rico, y quisiese dar fiador de guardar, y aliñar los bienes del mozo, por todo eso no le deben dejar en su guarda: como por lo contrario, que si fuese pobre y de buenas maneras, no deben por ende sacar de su poder al huérfano. Ademas hay algunos que dije al principio, pone *d. ley* como causales bastantes para remover por sospechoso al guardador. 1.° El decir este delante del juez que no tiene que dar á comer al mozo y hallásen que dice mentira. 2.° Si no hubiese hecho inventario de los bienes del huérfano. 3.° Si no amparase y defendiese á este, y á sus bienes en juicio ó fuera de él. 4.° Si se escediese ó no quisiese parecer luego que supiese le habian dado por guardador del huérfano. Debe añadirse como quinta causa de remocion, el intentar el tutor casarse él ó á hijo suyo con la menor que tuviese en guarda, á no ser que el padre de esta lo hubiese dispuesto asi; y el tener acceso con ella; en cuyos casos ademas de ser removido incurriria en las penas impuestas por la *ley* 6, *tit.* 17, *P.* 7. Siendo huérfano, le permite la misma casar con la hija de su guardador. 6.° Pierde la tutela la viuda que tiene vida lujuriosa y mala, como prueba bien Gom., *ley* 15 *de Toro*, *núm.* 13, citando muchísimos autores, y la *ley* 9, *tit.* 16, *P.* 6, que efectivamente lo indica en aquellas palabras, *solo que sea buena muger de recaudo.*

Puede acusar al guardador por sospechoso cualquiera del pueblo, pero especialmente están obligadas á hacerlo la madre del huérfano, su abuela, hermana, ama que lo crió, ú otra cualquiera persona, que se mueve á hacerlo por razon de piedad. El mismo mozo menor de 14 años no podrá acusar por sospechoso á su guardador; mas si fuese mayor de esta edad, puede hacerlo con consejo de sus parientes.

Puede ser acusado como sospechoso tanto el que fuese dado al que está en el vientre de su madre, como al ya nacido; y sea guardador testamentario, legítimo, ó dativo.

Añade la *ley* 2, *tit.* 18, *d. P.* 6, que refiere todo esto, que debe ser hecha la acusacion estando presente aquel contra quien es dada, y ante el juez mayor del lugar donde ha el mozo sus bienes.

Puede tambien el juez de oficio remover al guardador,

aunque ninguno le acuse, si viere ó entendiere que es sospechoso; instruyendo al efecto el oportuno espediente. Y pendiente el pleito de acusacion ó remocion de oficio, ha de dar el juez á otro hombre bueno y fiel, la guarda del mozo y de sus bienes, hasta que el pleito sea acabado, *ley* 3, *d. tit.* 18, *P.* 6.

Si el guardador es removido por engaño que haya hecho en los bienes del menor, quedará infamado para siempre y pagará al huérfano el daño, que le hizo segun el arbitrio del juez. Mas sino es removido por engaño sino por pereza, y haber cuidado mal, no queda infame; *ley* 4, *d. tit.* 18. Pero en todo caso abonará al huérfano los correspondientes daños. Cuando se duda á cuanto ascienden estos, debe exigirse juramento al menor, si por sus circunstancias es capaz de prestarle, y se estará á lo que jure, *ley* 6, *tit.* 11, *P.* 3.

Núm. 12. *Resúmen de este* §. 1. Consiguiente al plan adoptado en los anteriores títulos digo, que por lo esplicado *núm.* 1, sabemos lo que es tutela, y qué se da á los menores de 12 y 14 años no sujetos á patria potestad para todas sus cosas, ó pleitos, y no para uno solo; por *el* 2, que se divide en legitima, dativa, y testamentaria; que aunque en rigor esta debe llamarse la dada por el padre en testamento á sus hijos legítimos, con todo puede reconocerse por tal la dada por la madre, por los abuelos á sus nietos, por el padre á sus hijos naturales, ú otro cualquiera á un estraño, siempre que les instituyan herederos; que los tutores dados por estos deben ser confirmados por el juez; y cuál será preferido cuando nombran mas de uno que el tutor testamentario, *y solo este*, puede ser dado á cierto tiempo, y bajo condicion: que á falta de tutor testamentario entran los legítimos, esto es, los parientes sin diferencia de agnados, ni cognados, como espliqué en el *núm.* 3, ni de ascendientes ó colaterales, siendo preferidos á todos la madre y los abuelos, y el mas próximo al remoto: en *el* 4 vimos, que á falta de estos, entran los dativos, y qué juez debe, y puede nombrarlos: en *el* 5, que no todos pueden ser tutores; pero que hay ciertos casos en que pueden serlo personas que en general esceptuamos, cuales son el menor, las mugeres, y las madres casadas segunda vez, y los sacerdotes, y deudor del mozo: sabemos tambien por los *núms.* 6 *y* 7, lo que es curatela,

que sólo la ley dativa, y legítima, y que están bajo ella todos los que no pueden atender al cuidado de sus bienes, y los mayores de 12 y 14 años hasta los 25; que parece la opinion mas conforme á derecho, el que puedan estos ser obligados á recibir el curador que el juez les nombre para administrar sus cosas; que la guarda de los menores se acaba por varios modos espresados en *el núm.* 8; uno de ellos la venia de edad, que puede conceder la corona, y de ningun modo las justicias; que todos los guardadores, inclusos los legítimos, esceptuados los ascendientes, tienen que alegar justa escusa para dejar de serlo, cuyas escusas calificadas en necesarias y voluntarias, y estas en de privilegio é impotencia, quedan referidas en los *núms.* 9 y 11; que estas deben proponerse dentro de 50 dias, y fallarse durante cuatro meses, *núm.* 10: y por último, que los guardadores pueden ser removidos como sospechosos por las causas, y del modo espresado en *d. núm.* 11.

§. II.

Modos de desempeñar la tutela y curaduría.

Núm. 1. *Qué debe hacer el guardador, luego que está constituido tal; y en especial de su juramento, é inventario.* Desembarazado el guardador de escusas y sospechas, debe encargarse de la administracion de la tutela. Pero antes de entrar en ella, debe jurar ante el juez, que cumplirá sus deberes con fidelidad y exactitud, y que hará todas las cosas á pro ó beneficio de los huérfanos que se le encomendaron, guardando lealmente sus personas y cosas. Debe ademas presentar en seguridad de sus promesas, fiadores valiosos al juez, que prometan y se obliguen por los guardadores, sino desempeñan fielmente su encargo; *ley* 9, *tit.* 16, *P.* 6.

Prestado el juramento y fianza en manos del juez, debe este discernirles el cargo de tutor, ó curador, otorgando al efecto la corresponidente autorizacion, poder ó título. Sobre sus particulares, y modo de recibir el juramento y fianza

véase Feb., 2 *P. lib.* 2, *cap.* 10, §. 1. En el *lib.* 1, *cap.* 1 §. 2, habla estensamente de las tutelas.

Autorizado el guardador por el discernimiento, debe proceder incontinenti á la formacion de inventario de todos los bienes y derechos del huérfano, de modo, que si no lo hiciere, puede ser removido por sospechoso, á no ser que mostrase justa causa para no haberlo hecho, que entonces no se le debe remover, sino mandarlo que lo haga luego; *ley* 15, *tit.* 16, *P.* 6. Y por cuanto esta ley usa de la palabra *luego* sin espresar tiempo, juzga Gut. en su *lib. de tutela par.* 2, *cap.* 1, *núm.* 10, que lo debe hacer *tan pronto como pueda, sin valerse del tiempo* concedido á los herederos. El modo de hacerlo, y cuando el guardador testamentario podrá ó no verificarlo judicialmente, lo esplicaré en el título de inventario y particiones. Es de tanta fuerza este inventario hecho por el tutor, que no le es permitido dar prueba en contrario, *ley* 120, *tit.* 18, *P.* 3. Si el huérfano no tuviese bienes, debe el guardador protestarlo ante el juez, y esta protesta le sirve de inventario, y pone á cubierto, por no haberlo hecho; Greg. Lop. *glos.* 3, *á la ley* 99, *d. tit* 18. *P.* 3.

Núm. 2. *Qué guardadores están obligados á afianzar.* En cuanto á la obligacion de afianzar, que dejo ya indicada, es bien sabido que las leyes romanas eximian de esta carga á los tutores testamentarios, fundadas en la razon de que su fé y diligencia están aprobadas por el testador, que cuida de nombrar sus mayores servidores y mas fieles amigos. Gut. *lug. cit. cap.* 5, *núm.* 1, y Greg. Lop. *glos.* 5, *á la ley* 9, *tit.* 16, P. 6, son de opinion de que entre nosotros deben igualmente estar exentos. Nuestras leyes guardan en esto bastante silencio, y si hubiésemos de juzgar por él, deberia decirse que solo los guardadores legítimos están obligados á afianzar, puesto que las *ll.* 9, *d. tit.* 16, *P.* 6, *y* 94 *tit.* 18, P. 3, al tratar de esta obligacion, solo de ellos hablan. Con todo, la práctica, Sr. Hern. de la Rua. *lec.* 17, parece determina exigir fianza á todos, inclusos los testamentarios, á no ser que el testador les relevase de afianzar, como suele hacerse; y los jueces deben ser cautos en tomarlas, y en que sean buenas, y valiosas, pues como esplica Feb. *d. cap.* 1, *núm.* 77, sus bienes están obligados á los menores subsidiariamente.

Añadé este, que á los curadores para pleitos, ó como suele decirse, *ad litem*, no se les exige fianza, á no ser en un caso escepcional, sino solo juramento. Acerca de la madre y abuela ya vimos arriba, qué renuncias deben hacer para tomar la tutela: y hablando de ellas en cuanto á la obligacion de afianzar Aso y de Manuel en sus *instituciones lib.* 1, *cap.* 3, *vers. como*, dicen, que solo están obligadas á hacer las dichas renuncias. Conceptuo empero, por mas probable la contraria opinion de que deben afianzar, como prueban latamente Greg. Lop. en *la glos* 8, *á d. ley* 9, y Gut. *lug. cit. cap.* 12. Véase *Feb. núm.* 78.

Si los guardadores de los huérfanos fueren muchos, y se levantare desacuerdo entre ellos, de manera que no se puedan todos juntar, ni convenir en hacer aquellas cosas que son obligados, puede uno de ellos decir al juez que quiere afianzar, y obligarse á cumplir por todos, ó sino que lo haga otro de ellos; y si se acordaren en esto, debe el juez recibir el afianzamiento. Pero si se desacordaren de manera que cada uno quiera obligarse, debe escoger el juez aquel que entendiere que lo hará mejor, y será mas provechoso al huérfano, y tomándole fiador en los términos referidos, darle poder para que él solo administre la tutela, *ley* 11, *d. tit.* 16 P. 6. En su *glos.* 4, dice Greg. Lop. que si el testador espresó cual de los que nombraba queria que administrase, este debia ser preferido á todos; sino es que por alguna circunstancia debiese ser repelido. Si no conviniéndose en que uno solo administre la tutela, piden que esta se divida por regiones, y que cada uno cuide la que se le señale, deberán ser oidos.

Núm. 3. *Cómo debe cuidar el guardador de la persona del huérfano.* En el gobierno de la administracion de su oficio, debe el guardador cuidar ante todas cosas de la persona del menor; y en consecuencia de ello de sus bienes. Veámos pues primero, qué debe hacer en cuanto á la utilidad de la persona. Ha de cuidar de su educacion, y alimentos; y limitándome por ahora á aquella, digo que debe tenerse por regla para poder decir cual debe darse á los menores, y reconvenir á los guardadores sino lo hacen asi, el principio de que « los huérfanos tienen derechos á que se les coloque en aquel estado, para el que atendidas su calidad y circuns-

»tancias les hubieran destinado sus padres, si vivieran.» Asi es, que debe cuidar ante todo el guardador, que el huérfano aprenda buenas costumbres, y á leer y escribir, beneficio á que hoy atendido el presente estado de cosas, tendrán derecho á aspirar casi todos los menores; y despues ponerle á que aprenda aquel menester ó destino, que mas le conviniere, segun sus circunstancias y riqueza, *ley* 16, *tit.* 16, P. 6. De consiguiente, cuando esta es poca, ó ninguna, es un deber en los tutores destinarles á artes y oficios, á servir á otros para que puedan ganar su alimento y ahorrar alguna parte de su caudal, si le tienen, ó no siendo á prósito para servir, deben implorar la piedad de los vecinos, por si alguno se mueve á recogerlos, y ampararlos en su horfandad. Mol. *de justit. et jure. disp.* 224 *vers. quando min.* Con efecto, asi lo dicta de llano la equidad aunque nos falte ley espresa, como en casos semejante dijo con su acostumbrada elegancia el célebre jurisconsulto Ulpiano, y asi vemos practicarse, como que no hay otro camino que tomar. No seria dificil citar algun tutor que por haber dejado lo dicho, se le condenó á no pequeños desembolsos, y abono de rentas.

Si el padre ó el abuelo señalaren en su testamento el lugar en que deba su hijo educarse, se educará en él y si no lo hubiere hecho, procurará el juez con mucho cuidado, escoger un hombre bueno, que ame la persona del huérfano, y el provecho de él, y que sea tal, *que muriendo el mozo no haya derecho de heredar lo suyo.* Pero si tuviese madre que fuese muger de buena fama, bien le puede dar el hijo para que lo crie, y ella lo puede tener mientras se mantuviese viuda. Mas luego que se casare, deben sacar el huéfano de su poder; *ley* 19 *d. tit.* 16 P. 6.

Del contesto de esta ley deducese tambien que la madre que vive lujuriosa y escandalosamente debe perder la tutela de sus hijos *Feb.* 2 *part. cap.* 5, *núm.* 37, Gom. *ley* 15 *de Toro núm.* 13, como dije ya en el *núm* 9, y que no deben encomendarse al pariente que los haya de heredar. Mas esto no se practica, por estar casi en contradiccion con lo dicho de tutores legítimos.

Núm. 4. *Sobre los alimentos del huérfano.* Los alimentos del huérfano debe tasarlos el juez segun su arbitrio, atendida su riqueza, tanto en cuanto al comer como en el vestir

ya de él, ya de los de su compañía y servidumbre. Debe procurarse con cuidado que salgan estos gastos de los réditos ó frutos de los bienes, quedándole salvas las fincas, si se pudiere hacer, segun espresa la *ley* 20, *d. tit.* 16. Comentando Greg. Lop., *glos.* 3, estas últimas palabras, *si se pudiese facer*, dice, que puede el guardador hechar mano de las propiedades del huérfano, cuando no bastaren sus réditos para alimentarle, mayormente si fuese noble. Lo mismo dice Gut. en *d. lib. p.* 2, *cap.* 3, *núm.* 10, y Mol. en el *lug. cit.* en el *núm. ant.*

Cuando los frutos ó réditos de los bienes de los pupilos igualan poco mas ó menos á los alimentos que les corresponden, hay la práctica de pedirse por los tutores y concedérseles por el juez frutos por alimentos, es decir, que alimentando al pupilo segun su estado y circunstancias, hagan suyos los frutos, sin obligacion de dar cuenta de ellos: y en este caso no podrán sacar su decima, de que luego hablaré. Es un método muy desembarazado, y si se jecuta sin fraude y con justificacion, no contiene iniquidad alguna, ni es perjudicial á los pupilos.

Adviertase que, si el guardador entendiese que seria daño del mozo el descubrir su riqueza ó pobreza, y por esta razon lo gobernase de lo suyo, espendiendo por él cuanto fuese guisado, ó poco mas por esta razon, lo puede hacer asi, y debe despues el mozo, cuando fuere de edad, pagarle todo lo que de esta manera hubiere espendido por él, como espresamente lo establece *d. ley* 20, *tit.* 16, *P.* 6. Esta doctrina es de dictámen Gut. *tit. cit.*, *núm.* 5, que tiene lugar cuando el guardador hizo lo dicho por justa causa que para ello tuvo, aunque por descuido no acudiese al juez á participárselo, ó á que le autorizase para hacerlo.

Núm. 5. *De la administracion de los bienes del menor.* Con la misma buena fé, y lealtad que su persona debe cuidar el guardador de los bienes del huérfano, enderezandolo todo á su beneficio, conservando los edificios, que no caigan, labrando las tierras, y criando los ganados que hallare, *ley* 15, *d. tit.* 16, *P.* 6. De suerte que está en el deber de procurar que su caudal prospere, y reciba los aumentos, á que lo elevaria si fuera el suyo propio. Asi es que, aunque nada hallamos espresamente establecido en nuestras leyes so-

bre obligacion de emplear el guardador el dinero del huérfano, vemos y advertimos que nuestros mas célebres juris consultos, Covar. *lib.* 3, *var. cap.* 2, *núm.* 1, *de tutela p.* 2, *cap.* 3, y otros que tratan de este asunto, dicen estar obligado á emplearlo en compras de fincas, ó á entregarlo á algun mercader á participacion de un lucro honesto, ó en otras ganancias segun el estilo de la provincia. Y de consiguiente, que debe ser condenado á satisfacer al huérfano el perjuicio, que le haya causado, con tener el dinero y demas capital ocioso y por emplear. Advierte Sala, que este lucro ó interés del huérfano sea leve, segun dice está recibido en la prática, como atestigua Ayora, *de part. par.* 1.ª *cap.* 4, *núm.* 30. El lector sabrá regular el mayor ó menor aprecio de esta advertencia. Y este empleo añade, lo deberá hacer dentro de los seis primeros meses, desde que recibió la tutela; ó de dos, si fuese ya nombrado anteriormente, si no es que hubiese impedimento para ello.

Núm. 6. *Que otras gestiones debe hacer el guardador y de los contratos del menor y de aquel.* Es tambien obligacion del guardador demandar en nombre del huérfano, y defender su derecho en todo pleito que moviese, ó le fuese movido en juicio; y lo puede hacer uno solo de los guardadores, si fuesen muchos, aunque los otros no estuviesen delante. Sobre esta intervencion en juicio de los guardadores establece una diferencia la *ley* 17, *d. tit.* 16, *P.* 6, que mal podria observar ni observa siempre la práctica, como veremos al tratar de los juicios. Dice, que si el huérfano es menor de siete años, debe parecer en juicio el tutor solo, pero siendo mayor de esta edad, que deben estar presentes él y su guardador, y que valdrá lo que uno y otro hagan con su mútuo otorgamiento.

La misma *ley* 17 dá por nulos cualesquiera contratos que el huérfano haga sin otorgamiento del guardador, en cuanto sean en su daño, dejándolos válidos si le fuesen provechosos. Véase el *núm.* 2 §. 1, *tit.* 10, *lib.* 2. Nada dice de los que el curador hace sin concurrencia del menor; pero Feb. *libro* 1, *cap.* 1 *citado*, *núm.* 84, quiere que no pueda aquel celebrar contrato alguno, no asistiendo este. No sé de ley que que tal diga, antes bien si examino *la citada* 17, veo que solo exige esto para comparecer en juicio, y veo indi-

ca lo contrario cuando dice, que los contratos los debe otorgar el guardador por sí, y no por mandadero ni carta. Podrá pues el guardador celebrar sin la concurrencia del menor algunos contratos.

Acabo de decir que el guardador puede celebrar por sí algunos contratos: preciso se hace ver cuáles sean estos. Por utilidad de los huérfanos tienen prohibicion de enagenar sus bienes raices, *ley* 18, *d. tit.* 16, *ley* 60, *tit.* 18, *P.* 3; entendiéndose tambien por enagenacion el empeñarlos, *ley* 8, *tit.* 13, *P.* 5.

Aunque estas tres leyes todo lo espresan de los bienes raices; con todo en atencion á que la *ley* 4, *tit.* 5, *P.* 5 dice generalmente, que los guardadores no deben enagenar las cosas de los huérfanos, opinan algunos de nuestros doctores á imitacion del derecho romano, que tampoco pueden enagenar los muebles preciosos, útiles al huérfano, que puedan guardarse. Gut. en su *citad. lib.*, *cap.* 21 examina lata y fundadamente esta cuestion, resolviendo á lo último, que aunque no las pueden enagenar, las *pueden empeñar*. Del mismo dictámen es Greg. Lop., *glos.* 3 *de d. ley* 4, *y glosa* 3 *á la ley* 8, *tit.* 13, *P.* 5. Se fundan en que esta *ley* 8 concede al guardador la facultad de empeñar los muebles indistintamente; bien que con la añadidura de que debe emplear en beneficio del mozo los maravedís, que tomare sobre los empeños. Nuestro instituto no nos permite engolfarnos mas.

Esta absoluta prohibicion debe entenderse, sino interviniere decreto del juez; pues con este podrán enagenar los guardadores dichos bienes, cuando fuere grande la necesidad ó provecho de los huérfanos; como si lo hicieren por pagar deudas, casar alguna de las hermanas del mozo, por casamiento del mismo, ó por otra razon derecha no lo pudiendo escusar en ninguna manera. De suerte, que el juez debe otorgar el decreto, si entendiere que tal enagenamiento se hace por alguna de las razones sobredichas.

Se hará la enagenacion en pública almoneda de 30 dias: cuidando el juez que la casa, que fue del padre ó del abuelo del huérfano, y en que él nació, no se enagene en ninguna manera, pudiéndolo escusar; *ds. leyes* 18, *tit.* 16, *P.* 6, 60, *tit.* 18, *P.* 3

No estendiéndose la prohibicion de enagenar los guarda-

dores los bienes de sus huérfanos, mas que á los bienes raices segun nuestras leyes, y á los muebles preciosos, ó útiles, que pueden guardarse conforme á la opinion que vimos, claro está que pueden enagenar los demas muebles sin decreto del juez, cuidando siempre de hacerlo por beneficio del huérfano; y de consiguiente empeñarlos, *ley* 8, *tit.* 13, *P.* 5. Esta ley nos ofrece una nueva prueba de que no es necesaria la concurrencia del menor en los contratos, que sobre sus cosas haga el curador; y sea esto dicho de paso.

La *ley* 4, *tit.* 5, P. 5, permitia que el guardador pudiese comprar bienes de su huérfano bajo ciertas solemnidades; pero está corregida por la *ley* 1, *tit.* 12, *lib.* 10, *Nov. Rec.* que prohibe, que el cabezalero, guardador de huérfanos, ú otro hombre, ó muger que sea, pueda comprar cosa alguna de los bienes de aquel ó aquellos, que administrare, previniendo, que si la comprare pública, ó secretamente, pudiéndose probar la compra que asi fuere hecha, no vala, y sea desfecha; y torne el cuatro tanto de lo que valia lo comprado, y sea para la camara del rey.

Núm. 7. *Obligaciones del guardador y del huérfano concluida la guarda.* Fenecida la tutela, está obligado el tutor ó guardador á dar cuenta buena, y verdadera de su administracion, entregando al mismo huérfano ó á su sucesor todos los bienes, asi muebles como raices. Estas cuentas se arreglarán atendido lo esplicado en los *núms.* 3 y 5, para saber cuanto, ademas de los bienes, deberá dar el guardador; y al efecto téngase ademas presente, que este debió cuidar del menor y sus cosas con la misma diligencia é interés, con que suelen hacerlo ordinariamente los hombres prudentes y activos. Mas breve, y en lenguage de derecho: está obligado á prestar la culpa leve. Al cumplimiento de lo dicho estan obligados el guardador y sus bienes desde el dia, que comenzó á usar su oficio, *ley* 23, *tit.* 13, P. 5; y los fiadores, que diò y sus herederos con todos sus bienes, como lo establece la *ley últ.*, *tit.* 16, P. 6, de cuyas últimas palabras infiere Greg. Lop., *glos.* 8, que aun los bienes propios de los herederos de los fiadores están obligados á favor del huérfano, y recomienda la memoria de esta ley. Segun la 8, *titulo* 23, *Partida* 3, el tutor que habiendo alegado escusa no se le estimó por bastante, y por no querer encargarse

de la tutela, padeciò daño el menor, deberá pagarlo.

No solo los tutores legítimos, y dativos, sino los testamentarios están sujetos al dicho rendimiento de cuentas; pues las citadas leyes hablan sin distincion; y como dice muy bien, Feb. *lug. cit.*, no valdria la relevacion de ellas, que el padre hiciese en su testamento, por ser en perjuicio de sus hijos, y dar motivo á fraudes.

Si bien es cierto, que el huérfano tiene derecho á que el guardador le de cuenta de su administracion, asiste á este el de poder reclamar de aquel lo que justa y legítimamente hubiese gastado en su beneficio y provecho; y por separado la décima parte de los frutos de sus bienes. Asi lo estableció la *ley* 3, *tit.* 3, *lib.* 4, *del Fuero Juzgo*, y despues la 2, *tit.* 7, *lib.* 3, *Fuero Real.* Y por cuanto estas dos leyes espresan, que la décima ha de ser de frutos de los bienes del huérfano, y por fruto en el sentido civil se entiende, lo que sobra deducidas las espensas, *ley* 4, *tit.* 14, P. 6. *vers. ca segun*, prueba bien Gut. *de tutela, p.* 3, *cap.* 27, que antes se han de sacar las espensas, y de lo que resulte líquido la décima. Pero por estas espensas entiéndese las que se hubiesen hecho por razon de los frutos, como en recogerlos, cuidarlos, cultivarlos etc.; pero no las hechas para utilidad perpetua ó mejora de los mismos bienes, como reparar la casa ú otras semejantes, las cuales se han de pagar por entero de los frutos pertenecientes al huérfano, y no disminuyen la décima del tutor. En el *cap.* 23 entiende con razon por frutos de que debe sacarse décima, los naturales, industriales, y civiles. Está de ver sobre esto tambien Feb., en el citado *cap.* 1, *núm.* 88 *y sig.*, que entre otras cosas asienta, no debe sacarse décima de los frutos que estando maduros se recogieron luego que empezó la tutela; y de los, que acabada esta, esten pendientes, solo se sacará la parte que pueda merecer por el trabajo que llevaren.

Si el guardador fuese labrador, y trabajase con sus manos en tierra del huérfano, podrá cobrarlo á título de espensas ademas, y antes de percibir la décima; mas no podrá pretender cobrar algo por razon de haber cuidado de los negocios del huérfano, cobrando y pagando sus deudas, porque esto pertenece al oficio del guardador, como advierte el mismo Gut., *d. part.* 3.ª, *cap.* 2, *núms.* 19 *y* 20.

Cuando á los administradores de bienes agenos ó de ausentes no se les señala sueldo, como suele suceder, sino la décima, siguen en su cobro las reglas que de los guardadores van dichas, Feb. *lug. cit.*

Núm. 8. *Resúmen del* §. 2. De lo dicho en *este* §. sobre el modo de desempeñar la tutela y curadoría resulta, que lo primero que el guardador nombrado debe hacer, es prestar el debido juramento y fianza, para que el juez le discierna el encargo; que incontinenti debe hacer inventario, cuya fuerza vimos en el *núm.* 1: que aunque las leyes solo hablan de la fianza de los tutores legítimos, la práctica la exige á todos, segun dije, *núm.* 2: que los huérfanos deben ser destinados, y colocados en aquel estado á que sus circunstancias les llamen, en los términos esplicados en el *núm.* 3: que su educacion debe encargarse principalmente á la madre quien, viviendo lujuriosamente, la pierde con la tutela, *número* 4: que los alimentos del menor ordinariamente deben salir de sus frutos; y que suelen concederse estos por aquellos; que puede el guardador alimentarle de lo suyo por no descubrir su riqueza; que no solo debe el guardador cuidar los bienes, sino tambien ponerlos á ganar, *núm.* 5: que deberá defenderle en juicio segun, y como dije en el *núm.* 6: que el curador puede contratar por sí solo sin concurrencia del menor; y que los contratos de este son nulos, á no ser que le sean provechosos; que aunque puede enagenar los bienes muebles por sí, los raices, y muebles preciosos, ó que pueden guardarse, no puede hacerlo sin decreto del juez: ni la casa en que nació el menor; y que el guardador no puede comprar nada de este, *d. núm.* 6: y por último, que concluida la guarda está obligado á rendir cuentas; pero tiene derecho á que se le abonen los gastos y la décima, todo segun queda esplicado en el *núm.* 1.

TITULO IX.

De la restitucion in integrum *de los menores, y otros.*

Título 19, *P.* 6.

§. I.

De la de los menores.

Razon del método. Me parece muy bastante lo que va dicho de tutores y curadores. Y en atencion á que los huérfanos que están bajo la potestad, y gobierno de estos, tienen la restitucion *in integrum*, cuando son perjudicados por razon de sus tratos ó negocios, creo no ser inoportuno tratar aqui de estas restituciones, siguiendo en esto el mismo orden que el libro de las Partidas.

Núm. 1. *Qué es restitucion, y que se requiere para concederla.* Es constante, que el juicio de los menores es fragil y débil, y por lo mismo espuesto á muchos engaños y perjuicios, que padecen con frecuencia por su propia debilidad, por culpa de sus guardadores ó de otros. De ahi es, que los legisladores han tenido á bien mandar, que sean restituidos, ó restablecidos de los daños que hayan recibido por estos motivos, *princ. del tit.* 19, *P.* 6. A este remedio de los menores llamaron las leyes romanas *restitutio in integrum*; y asi le llaman tambien las nuestras, *ley* 3, *tit.* 13, *lib.* 11, *Nov. Rec.*, *y otras*; y se entiende por ella la «reposicion »de la cosa al estado que tenia antes de haber padecido el »daño el menor» *ley* 1, *tit.* 19, P 6, *ley* 1, *tit.* 25, P. 3. Por esta definicion déjase ver, que en la cuestion presentada por el señor Hern. Rua, *lec.* 19, de si el que contrato con el menor tendrá derecho á obligar á este á recibir el precio

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA SANTIAGO CHILE

compensatorio del daño que hubiese recibido, continuando válido el contrato, ó si por el contrario, se anulara este, parece mas probable la opinion de que debe ser esto último, adoptada por aquel. Si la ley dice que la cosa, pudiendo ser, se vuelva al estado que tenia antes de padecer el daño, claro está que el contrato es como sino existiera, pues no siendo asi, no vuelve la cosa al estado que antes tenia. De consiguiente, por la restitucion se anularán, siempre que el menor lo quiera, cualesquiera contratos, aunque en su origen fuesen, y sean verdaderamente válidos.

Dos cosas se requieren para que este beneficio de restitucion pueda tener lugar: que el menor hubiese recibido daño, y que este fuese ocasionado por su debilidad, por culpa de su guardador, ó por engaño de otro, *ley* 2, *d. tit.* 19; cuyas últimas circunstancias no es necesario concurran copulativamente, sino que basta cualquiera de ellas sola. Si falta una de dichas cosas no será el menor restituido: por eso suele afirmarse que no cabe este beneficio cuando en las adjudicaciones de herencias ú otras particiones, habiéndose hecho por suertes, recibe daño el menor, porque este nadie, sino la suerte se lo causa, y porque hace lo que haria el hombre mas diligente.

Nada dicen nuestras leyes sobre á cuanto debe ascender el daño, para tener lugar el beneficio de restitucion; y en su silencio puede asegurarse, que no es necesario llegue á la mitad del justo precio, como se infiere de la *ley* 10, *d. tit.* 19, P. 6 de que luego hablaré, y porque necesitándose lesion enorme, diríase malamente favor de menores, puesto que en tal caso todos pueden pedir la rescision, segun veremos á su tiempo. Por eso dice bien el señor La Rua, que los jueces deberán medir los daños, ó las ventajas que la restitucion podrá acarrear, y concederla ó negarla segun vean.

Núm. 2. *En qué casos compete al menor; y contra quién.* Regla general: « Tiene derecho el menor á gozar de » la restitucion *in integrum* tanto en los actos estrajudiciales, » como en los judiciales de cualquiera naturaleza que sean, » *ley* 2, *tit.* 25, P. 3, *ley* 5, *d. tit.* 19, » en la que se ponen varios ejemplos, sin impedir la restitucion el haber intervenido decreto del juez, *ley* 1, *tit.* 13, P. 3. Imposible es referir todos los asuntos en que puede tener lugar: por lo mis-

mo referiré solo algunos, que por envolver dificultad espresan las leyes. Uno de ellos es, para desamparar el menor la herencia, que hubiese ya adido. Pero deberá hacerlo delante de los acreedores de la herencia, para que sepan las razones por que la desampara; y porque en todo caso deben ser citados aquellos que pueden tener interés en el negocio de que se trata. En vista de serle dañosa acuerda el juez la restitucion; pero poniendo primeramente en seguridad todas las cosas, que perteneciesen á la herencia, *ley 7, d. tit. 19, F. 6.* En cuanto á prescripciones previene la *ley 9*, que las de 20 ó menos años no corren contra los menores, sino en el caso que hayan empezado contra sus predecesores, de quien se deriba la cosa que poseen; y entonces compete la restitucion por razon del tiempo que corrió contra ellos durante su menor edad. Pero que las de mayor tiempo corren contra los mayores de 14 años, sin distincion, compitiendo para rescindirlas la restitucion. Con un ejemplo se pondrá esto en claro. Supongamos que uno empieza á poseer una cosa de un menor, y que esta cosa ha ser de otro la ganancia por la posesion regular de 10 ó 20 años, de que hablaré en el *título de pos. y presc.*: para hacer suya esta cosa del menor por la posesion, deben empezarse á contar, y correr los 10 ó 20 años desde que el menor cumple los 25, sin que al efecto le aprovechen cuantos hasta entonces hayan corrido, y en cualquier edad del menor, que empezase á poseer. Esto mismo tiene lugar en un todo, aunque la cosa necesite mas de 20 años para prescribirse con respecto á los impúberes; mas llegados estos á los 14 años, desde ellos empiezan á contarse los años de posesion, cuando, para prescribir una cosa por ella, se necesiten mas que los dichos 20 años. Pero tanto en este caso, como en el dicho de empezar uno á poseer una cosa, no en la menor edad de un pupilo, sino en la de quien se deriba, cuya posesion en este caso se cuenta y empieza á correr desde el momento que posee, y no desde que el menor cumple 25 años, gozan del beneficio de restitucion *in integrum*. ¿Y qué efectos producirá en estos casos este beneficio? ¿Hará retroceder, y volver á su principio la posesion, y por consiguiente la prescripcion? De ningun modo, pues la ley dice que corrieron. ¿Pues qué deberá hacerse? En estos casos puede pedirse la nulidad del acto hasta los 29

años, segun luego diré; cuando en el primeramente propuesto tiene lugar esta hasta 10 ó 20, contados desde los 25.

Compete tambien la restitucion al menor cuando, despues de comprados sus bienes, viniese un nuevo postor ofreciendo mas cantidad, y el menor pidiese que en este se rematara, *ley* 5, *d. tit.* 19, *P.* 6.

Nada dicen nuestras leyes en esplicacion de las personas contra quienes gozan los menores de su beneficio; pero parece regular, y equitativo que tenga lugar, no solo contra lo comun de las gentes, sino contra el fisco, y demas que gozan de privilegios, contando entre estos los que los Senados-consultos Veleyano, y Macedoniano concedieron á las mugeres, é hijos de familia, segun asi lo estableció el derecho romano.

En el choque de dos menores implorando el beneficio de restitucion se presenta mas difícil la solucion: suele con todo decirse, que debe ser preferido y gozar de la restitucion, el que trata de evitar un daño, contra el otro que quiera percibir lucro: Gom. *Var. resol., cap.* 14.

Este autor en *d. cap.*, digno de verse verdaderamente, asienta que se dá el tal beneficio contra un tercero poseedor directamente, sin necesidad de hacer primero escusion en el primer contratante, para recuperar la cosa, cuando el daño del menor está en haberla enagenado; pero que si este consiste en parte del precio ó cosa equivalente, debe proceder primero contra el primer contratante, y á su falta contra el poseedor. No parece mal esta distincion; con todo, de lo dicho en el número primero dedúcese, que debe tener lugar, cuando el menor lo quiera asi.

Núm. 3. *Cómo debe concederse la restitucion, y dentro de que tiempo.* No debe concederse la restitucion por solo pedirla el menor, sino con conocimiento de causa, como suele decirse; esto es, debe preceder un juicio, en que el juez con citacion de la parte contraria, examine si en el asunto sobre que se reclama medió alguna de las causas espuestas, *núm.* 1: y si hallare justa la reclamacion, ha de tornar el pleito, juicio ó cosa sobre que demandan la entrega, á aquel estado *en que era antes*, de manera que cada una de las partes haya en salvo su derecho, *asi como lo habia primeramente*, *ley* 2, *tit.* 25, P. 3. De esta regla es-

ceptúase la restitucion sobre actos judiciales, que se concede con solo pedirla.

Puede el menor interponer la demanda de restitucion, no solo durante su menor edad, sino tambien cuatro años despues, esto es, hasta los 29: y no solamente el menor, sino tambien sus herederos, *ley* 8, *d. tit.* 19, P. 6. Pero téngase presente que los daños que puede reclamar hasta los 29 años, no son los que sufriese hasta esta edad, sino solos los sentidos hasta los 25: y que los cuatro concedidos á los herederos para implorar la restitucion se cuentan desde la muerte del menor, si falleció antes de la mayor edad. Cuando los mayores de 20 años obtuvieron dispensa de edad, parece lo mas regular que empiecen á contarse los cuatro años legales desde la consecucion de esta por lo que diré abajo. De lo dicho se infiere, que aunque se proponga incidentemente por via de escepcion el beneficio de restitucion, no dura perpetuamente, sino solo el cuadrienio legal, contra la regla *quæ sunt annalia ad agendum, sunt perpetua ad scipiendum*, observable tan solo, cuando uno no no puede proponer su accion en juicio, Gom., *lug. cit.*

Mientras el mencionado juicio de restitucion esté pendiente, nada nuevo puede hacerse en la cosa ó negocio sobre que verse; *d. ley* 2, *tit.* 25, P. 3.

Núm. 4. *Casos en que cesa la restitucion.* Carleval, en su *lib. de judit., tit.* 3, *quæst.* 16, *núm.* 36, y Gut., *practicar. quæstio.* 32, *n. pen.*, juzgan, que no debe denegarse la restitucion sino en los casos, que espresamente esté prevenido, sin que basten palabras generales; y asi lo persuade la suma equidad que ha dado causa á este remedio. Los casos en que se niega, son: 1.° Si digese el menor engañosamente, que era mayor de 25 años y por su persona pareciese tal, *ley* 6 *d. título* 19; la cual da la razon de que las leyes ayudan á los engañados, y no á los engañadores. Pero si por el rostro pareciese menor, dice Greg. Lop. en su *glos.* 1, fundado en las palabras de la ley, y citando á otros, y á las leyes romanas, que tendria lugar la restitucion, porque no se podria decir engañado el que trató con el menor, sino que los dos fueron dolosos; y el dolo del uno se compensaria con el del otro, como si ninguno lo hubiese tenido. 2.° Si el pleito fuese comenzado siendo el huérfano menor, y la sentencia se die-

re cuando ya era mayor, *ley* 2, *d. tit.* 25, P. 3. 3.° Si el huérfano mayor ya de 10 años y medio fuese sentenciado por haber cometido homicidio, hurto, ú otros delitos semejantes, ó siendo mayor de 14 constase haber cometido adulterio: con respecto á estos casos no puede usar de la restitucion, *ley* 4, *tit.* 19, P. 6. El que Sala pone por cuarto caso no tiene lugar hoy que se desconoce la esclavitud. 4.° Si el deudor del menor le pagase con otorgamiento del juez. Pero si pagase de otra manera, y despues el menor se jugare el dinero, ó lo gastare mal, ó lo perdiese, tendria lugar la restitucion. La razon de cesar en el primer caso, sin embargo de competir aun cuando interviene decreto del juez, como noté en el *núm.* 2, es porque el deudor pagó por la necesidad que tuvo de obedecer el mandamiento del juez; lo que es justo le liberte, y dé seguridad, *ley* 4, *tit.* 14, P. 5. El principio arriba espuesto se observa empero siempre, pues en este caso si bien no podrá reclamar contra el deudor, sí contra el juez, habiendo sido perjudicado por el pago. 5.° Cesa la restitucion si el daño que ha padecido el menor por razon de sus tratos viniese por caso fortuito, porque para tenerla, como vimos en el *núm.* 1, es preciso que le haya sucedido el daño por la debilidad de su juicio, culpa del guardador, ó engaño de otro, *ley* 2, *d. tit.* 19. 6.° Cesa tambien, si el menor tuviese el remedio de la nulidad, por haber sido nula la sentencia, que le dañaba, *ley* 1, *d. tit.* 25, *P.* 3. Y es la razon, dice el señor Sala, porque la restitucion es remedio estraordinario, y subsidiario, y los que son de esta clase cesan cuando compete alguno ordinario, y lo que es nulo no puede rescindirse; cuya razon indica la misma ley por aquellas palabras: *E por ende no seria menester de desatarla por restitucion.* 7.° Se niega tambien la restitucion á los mozos mayores de 14 años por haber jurado no hacer uso de su menor edad para rescindir sus contratos ó pleitos, *ley* 6 *de il. tit.* 19, *P.* 6, aprobándose la famosa auténtica de los romanos, *Sacramenta puberum*, que tanto ha turbado la jurisprudencia, como claman muchísimos autores, y últimamente Castro, *discurso crítico sobre las leyes, libro* 3, *discurso* 2.° *y* 4.° Vemos con gusto su inobservancia, y hemos manifestado nuestro dictámen sobre ella en el *Apéndice de minor. 25 annor.* que va en su título

correspondiente en nuestro Digesto Romano-Español. Asi concluye este párrafo Sala, sobre que debo decir que el señor Hern. de la Rua, *lec. cit.*, asienta que es de ningun valor el juramento, cuando el contrato en que se interpuso era nulo. Ya veremos qué valor se merecen regularmente los contratos jurados.

Núm. 5. *En que otros casos no hay restitucion.* Tampoco hay restitucion de algunos términos dilatorios, que por eso llamamos *fatales*; cuales son, el de nueve dias para intentar el retracto de sangre ó abolengo, *ley* 2, *tit.* 13, *libro* 10, *Nov. Rec.*: el de 3 para suplicar de la sentencia interlocutoria, *ley* 1, *tit.* 21, *lib.* 11, y *el de* 6 para tachar los testigos, *ley* 1, *tit.* 12, *d. lib.* 11, *Nov. Rec.*

El tiempo en que puede pedirse restitucion en juicio sobre probanzas, y son 14 dias, se espresa en las *leyes* 1, 3 *y* 4, *tit.* 3, *lib.* 11, *d.*, previniéndose que no puede pedirse dos veces, y que asi se esprese al concederla.

Si cuando el mayor de 20 años obtuvo la vénia de edad, que dije en el *tit. anter.*, pierde ó no el beneficio de restitucion es muy dudoso. El derecho romano, *ley* 1, *C. de his qui veniam ætat.*, estableció, que le perdiesen porque no pareciese habian sido engañados por la real concesion los que contrageron con ellos. El citado Sr. Hernandez de la Rua sostiene esta misma opinion con razones convincentes, de que diré tan solo, que parece muy justo se iguale en todos sus efectos á los mayores de 25 á aquel que se esforzó por probar que tenia toda la discrecion de tal, y porque asi se declarase, y se declaró en efecto. Si pues se le conceptuó, y él se supuso con toda la capacidad suficiente para poder gobernar sus cosas ¿á qué vendrá el implorar un favor concedido esclusivamente á la debilidad? Con arreglo á esta opinion debe entenderse lo dicho de los tales en el *núm.* 3.

Núm. 6. *Resúmen de este.* §. Tenemos en conclusion, que restitucion es la reposicion de las cosas á su estado antigüo, y que con arreglo á esto, y á lo dicho al principio del *núm.* 3, podrá el menor, si lo quisiere, anular ó rescindir cualquier contrato; que para gozarla se requieren las dos cosas dichas en el *núm.* 1, y que no es necesaria una mayor lesion ó daño; en el 2 vimos, que generalmente tiene lugar en asuntos judiciales, y estrajudiciales; en la repudiacion de

herencias; en las prescripciones, del modo allí dicho; en las ventas dando otro mayor precio, que regularmente se dá contra las personas privilegiadas, y contra otro menor cuando este trata de percibir lucro, dañando al otro; y que se le concede contra un tercero poseedor: que á ello debe preceder conocimiento de causa, y que debe pedirse dentro del cuadrienio legal, segun dije en el *núm.* 3; y por último vimos, que no tiene lugar en los casos dichos en los *núms.* 4 *y* 5.

§. II.

De la restitucion de otras personas.

Núm. 1. *Se refieren algunas.* Puede considerarse como una emanacion de la de los menores, y permítaseme esta espresion, la que gozan sus herederos en los asuntos en que aquellos tendrian derecho á usarla, *ley* 8, *d. tit.* 19, *P.* 6; y sus fiadores. Pero á estos no siempre les aprovecha el beneficio del menor; por lo que téngase por regla para saber distinguir cuando les comprende ó no, «que si al menor » le compete, no por ser menor, sino porque es nulo, ó tie» ne otro defecto el negocio de que fue fiador, le aprove» cha á este en este caso, *ley* 4, *tit.* 12, P. 5; mas no asi, » cuando el menor rescinde el tal negocio por serle gravoso » en algo, fundado solo en su menor edad.» Y es bien clara la razon de este segundo estremo, de que á aprovechar en él al fiador la restitucion, era lo mismo que sino le fiase. Uno sale garante con otro de que el contrato que un menor celebra con él no se rescindirá, respondiendo de la indemnizacion, de lo contrario: ¿pues á qué esta garantía, esta aseguranza, si rescindido el contrato no por vicio que mediase, sino por el beneficio de restitucion, pudiese el fiador amparándose de este, eludir sus palabras? Véase sobre esto á Antonio Gomez, *var. resol. d. cap.* 14.

Este en el mismo sitio pone por dudoso, atendido el silencio de las leyes, si comprende el beneficio de restitucion á un pródigo, y lo mismo deberá decirse de los demas, que

se hallen en curatela, que por culpa de su curador, ó engaño de otro reciben perjuicio en sus cosas: dicho autor con todo se inclina á la afirmativa.

Gozan del mismo beneficio de la restitucion las iglesias, el fisco, y los concejos, ciudades ó universidades, cuando reciben daño por engaño ó negligencia de otro; la que debe pedirse dentro de cuatro años contados desde el dia, en que recibieron el engaño ó menoscabo. Pero adviértase con cuidado, que si el daño fuese de mas de la mitad del precio, podrá entablarse la accion dentro de 30; *ley* 10, *tit.* 19, *P.* 6. El señor Hern. de la Rua quiere, que atendida la *ley* 63 *de Toro*, prescriba antes esta accion; pero reservo para otro sitio examinar si esta ley ataca todas las prescripciones ordinarias.

Los que reciben daño de algun contrato otorgado por fuerza ó miedo pueden hacer que este se rescinda y anule, *ley* 56, *tit.* 5, *P.* 5, por el beneficio de la restitucion *in integrum*, dice Sala. Dejo para cuando hable de los contratos el examinar si es esta, ú otra la causa de anularse. Por ahora solo advierto, que el miedo que da lugar á la restitucion ha de ser grave, segun se acostumbra decir, que cae en varon constante, como es el de la muerte, perdimiento de miembro, de la libertad, ó de la fama, porque el leve ó vano no sirve, *ley* 7, *tit.* 33, *P.* 7.

Núm. 2. *Quiénes mas le gozan.* Ademas de los menores corporaciones y otros de que acabo de hablar, tienen el beneficio de restitucion aquellos cuyas cosas, estando ellos ausentes por causa de guerra, mandamiento del rey, ú otra causa de la república, de estudios, romería ú otra semejante, ó en cautiverio, las usucape, ó prescribe otro: y se les cuenta el cuadrienio legal para pedirla, desde el dia en que se restituyeron á sus hogares; y á sus herederos, desde el en que murieron ellos en el lugar de su ausencia, *ley* 10, *tit.* 23, *ley* 28, *tit.* 29, P 3, cuyo beneficio amplía la *ley* 4, *tit.* 34, *lib.* 11, *Nov. Rec.* Concluye este *núm.* 11 el señor Sala diciendo, haber sido de dictámen en su *disgesto, lib.* 4, *tit.* 6, *núm.* 10, que este beneficio compete á los ausentes, aun en el caso que hubiesen dejado procurador en el pueblo, fundado en razones que parecen sólidas.

El señor Sala en el *núm.* 12 dice, que compete última-

mente este beneficio de la restitucion á aquellos que queriendo demandar alguna cosa á otro, la enagena este á persona mas poderosa, oponiendo por este medio un contrario mas fuerte. Pero de esto me reservo hablar, cuando esprese los contratos nulos en el título de obligaciones.

Núm. 3. *Resúmen.* Resulta de este pàrrafo, que ademas de los menores compete la restitucion *in integrum* á sus herederos, y á sus fiadores. Segun dije, *núm.* 1: que es probable que compete tambien á los demas que viven bajo curatela: que le gozan igualmente el fisco, iglesias y corporaciones, pudiendo interponerla dentro de 30 años si son perjudicados con lesion enorme: los que fueron violentados á otorgar contratos por fuerza ó miedo, que caen en varon constante: los ausentes, cautivos ó presos, y se les cuentan los cuatro años en que deben usarla desde el dia que volvieron á sus hogares; y finalmente, que compete contra el que dolosamente enagena una cosa á persona mas poderosa.

LIBRO II.

DE LAS COSAS.

LIBRO II.

DE LAS COSAS.

TITULO I.

DE LA DIVISION DE LAS COSAS, Y DEL MODO DE ADQUIRIR SU DOMINIO.

Título 28, P. 3.

§. I.

Division de las cosas.

Habiendo adoptado generalmente nuestros tratadistas y los romanos, la division de los objetos del derecho en personas, cosas y acciones, se está en el caso de seguir el rumbo por ellos trazado, pues aunque la division no sea enteramente exacta, contribuye sobremanera á metodizar las ideas, y á facilitar su conocimiento, y conservacion en la memoria. Tratado ya el primer objeto, que son las personas, paso á hablar del segundo, esto es, de las cosas.

Núm. **1.** *Qué es cosa, y algunas de sus divisiones.* El nombre cosa es generalísimo, pues comprende cuanto hay en el mundo; pero aqui se toma por. «Aquello que no siendo »persona, ni accion, puede ser de algun útil, ó comodidad »al hombre.» Es muy inexacta, y aun puede decirse muy er-

rada la division y clasificacion que hacen de las cosas, la *ley 2, y sig. del tit.* 28, P. 3, y con ellas el Sala, *números primeros*, por lo que los que las han leido, creo que disculparán que me separe algo de ellas. Dividiré, pues, las cosas en «comunes, públicas, propias de universidades ó de »corporaciones, propias de particulares y en no pertene»cientes á señorío alguno á que por lo mismo solemos decir »*nullius.* »

Dícense comunes aquellas cosas, cuyo uso, siendo comun hasta á los animales, no se puede impedir á hombre alguno español ó estranjero. Tales son el aire, la lluvia, en muchos casos el agua de los rios y fuentes, y otras semejantes.

Pertenecen á la clase de públicas, las cosas de que suelen, y pueden aprovecharse todos los individuos de la nacion; pero no los estranjeros, á no ser que esta se lo permita por convenios y tratados particulares; los puertos y riveras hasta aquella distancia, á que puede estenderse su ocupacion (1); los caminos públicos, fuentes, rios, y demas cosas de esta especie.

Como de los rios caben diversos usos, y por lo mismo pueden pertenecer á las otras dos clases de cosas, que faltan por decir, es preciso especificar qué estension tiene el uso de ellos como cosas públicas: y al efecto distingo los rios y canales, en navegables y que no lo son. En estos por lo regular no cabe otro que el de la pesca, y el aprovechamiento de sus aguas para el riego, molinos etc. Para determinar quien puede pescar en ellos, debe distinguirse si les sirven de linde y rivera tierras de propiedad particular, ó terrenos de propios, y comunes de los pueblos. En el primer caso, pueden pescar hasta la mitad de la corriente solamente sus dueños, y las personas á quienes estos den licencia, con sujecion á las reglas de ordenanza, *art.* 40, *de la ley de 5 de mayo de* 1834: y en el segundo, los vecinos del pueblo, cuyos son los comunes, ó los forasteros con la competente li-

(1) El derecho de gentes no la señaló aun; esta parte suele empero decirse que llega á lo qué puede alcanzar una bala de cañon, disparada desde la playa.

cencia, *art.* 42. Siendo los rios ó canales navegables, su pesca sigue las mismas reglas; con la limitacion de que se ha de hacer sin perjuicio de la navegacion, y de las servidumbres, á que con motivo, y á beneficio de ella están sujetas las tierras riveras. *art.* 43.

En cuanto al aprovechamiento de aguas en unos y otros, por real órden *de 5 de abril de* 1834, espedida con el fin de aclarar una consulta sobre las aguas de los rios Munda, y Segura, se sirvió S. M. declarar por regla general, que ningun particular, ni corporacion pueda distraer en su orígen, ni en su curso las aguas de *manantiales ó rios*, que de tiempos antiguos riegan otros terrenos mas bajos: los cuales no pueden ser despojados del beneficio adquirido en favor de otros que por el hecho de no haberle aprovechado antes, consagraron el derecho de los que le aprovecharon.

De lo dicho debemos concluir, que el uso de los rios como cosas pública se limitan á lavar, y á otros de esta clase; y á la navegacion en los navegables, cuando el gobierno la permita como tal, y no la restrinja. Y que esta no priva del dominio de las riveras confinantes al rio ó canal navegable al señor de sus tierras, quien por lo mismo podrá cortar sus árboles, y hacer de ellas los usos que le agraden, *ll.* 6 *y* 7, *tit.* 28, P. 3; aunque con la limitacion del antes dicho *art.* 43.

Núm. 2. *De las cosas de la tercera clase.* A la tercera especie de cosas pertenecen los montes, dehesas, y otros lugares semejantes á estos de las ciudades, y pueblos destinados al pro, ó utilidad comun de ellos: de los cuales puede usar cualquiera que fuese morador suyo, mas no los que moraren en otro pueblo, *ley* 10, *tit.* 11, *ley* 9, *tit.* 28, P 3. ¿Y pueden todos los moradores de los pueblos aprovecharse de estas cosas? Seguramente que no. ¿Pues de cuáles podrán? Parece que los autores no están en todo acordes en este importante punto, señor Her. de la Rua *lec.* 20; y verdaderamente no sé á que agitar una cuestion, que reduce á polvo la regla sencilla, pero innegable, «de que deben aprovecharse »de las utilidades de un pueblo todos y solamente aquellos, »que estén sujetos á sus cargas vecinales.» Si, pues, alguno quiere aprovecharse de los pastos de los comunes de un pueblo, de su caza y pesca, y de sus rios, que se avecinde, que se

sujete á sus cargas, y el pueblo no perderá nada en el cambio. Por lo regular solos los vecinos soportan estas; por lo mismo solo ellos son acreedores al goce de sus utilidades. De ello nos ofrece una prueba el citado reglamento de caza y pesca *de* 5 *de marzo de* 1834, que las permite en las tierras y rios de los cumunes de los pueblos solo á sus vecinos, ó á los forasteros, pero á estos previa licencia de su autoridad. Debo empero decir, que sujetando por real órden *de enero de* 1839 á las cargas vecinales de un pueblo á los forasteros, que tengan en él casa abierta con dependientes y labranza, la regla antes puesta dicta se les admita igualmente á la particion de sus utilidades.

En estas cosas comunes de los pueblos deben distinguirse aquellas, que solemos decir valdias, cuyo uso, por no estar cerradas, ni encotadas, es público entre sus vecinos y moradores, segun ya dije, de las que se administran en particular por arrendatarios, por foristas, ó de otro modo, que los ayuntamientos determinen. En estas su uso no es, ni podria ser comun, aunque sí lo son sus rentas; y asi es que unas y otras cosas se conocen con el nombre de propios, y comunes de los pueblos. Entendia antes en su administracion una junta dicha de propios y arbitrios, como puede verse en los *tít.* 11 *y* 16, *lib.* 7, *Nov. Rec.*; pero esta dejó de existir por decreto *de* 4 *de enero de* 1822, restablecido en mayo de 836, desempeñándose sus atribuciones por las diputaciones provinciales, y ayuntamientos: véase ademas del dicho decreto la instruccion para el gobierno económico político de las provincias *de* 3 *de febrero de* 1823, restablecida *en* 15 *de octubre de* 836. Son varias las disposiciones que en esta época han salido sobre propios y comunes de los pueblos; y las refiriera con gusto si mi instituto me lo permitiera. Los que deseen verlas registren los boletines oficiales, las gacetas, ó los tomos de decretos: y advierto que las que yo cito en toda esta obra es fácil encontrarlas en los tomos de estos, pertenecientes al año en que fueron dadas.

Núm. 3. *De las dos últimas clases de cosas.* A la cuarta especie de cosas pertenecen aquellas, cuyo señorío ó dominio, puede ganar ó perder cualquier hombre, *ley* 2, *tít.* 28, P. 3, cuales son, las que llamamos privadas, ó de particulares. Algunas de las destinadas al patrimonio de alguna ciudad, ú

otra cualquiera universidad ó cuerpo, segun vimos en el número anterior, pueden pertenecer tambien á esta cuarta clase, en cuanto pueden los particulares ganar su propiedad por prescripcion, ú otro medio, sin dejar por eso de ser de la tercera.

La quinta y última especie de cosas es de aquellas, dice la citada *ley* 2, *tit.* 28, que non pertenecen á señorío de ningun hombre, ni son contadas en sus bienes; á los que solemos llamar de derecho divino, por estar establecidas para el servicio de Dios. Aunque la *ley* 12, *d. tit.*, dice son de tres especies, *sagradas*, *religiosas*, *y santas*, hoy no pueden decirse de derecho divino mas que las primeras, esto es las sagradas. Dícense tales *aquellas que consagran los obispos*, como iglesias, altares, cruces, cálices, y otras semejantes establecidas para el servicio de la iglesia. Y debe advertirse que si alguna iglesia se derribare, queda sin embargo sagrado el lugar en que está construida, *ley* 13, *d. tit.* 28, P. 3. La siguiente *ley* 14, conforme al derecho romano, sigue diciendo cosas religiosas las en que esté enterrada la cabeza de un hombre; y santas los muros, y puertas de la ciudad. Pero ¿quién no ve que en la actualidad todos se entierran en los cementerios públicos, y que estos deberán llamarse cosas sagradas, como bendecidos al efecto; y que los muros de los pueblos y plazas, no pueden decirse de derecho divino? En Roma se decian santos por ciertas causas, que no existen en España; y si bien es cierto que deben ser inviolables, no es esto por santidad que envuelvan, sino por el respeto y consideracion, que se merece una plaza fuerte. Señor Hern. de la Rua *lec.* 20.

Núm. 4. *Segunda division de cosas.* Otra division de cosas se menciona en *la ley* 1, *tit.* 30, *P.* 3, y es, en corporales y no corporales, ó incorporales. Estas son las que por no tener cuerpo, que reciba el tacto, no se pueden tocar, como son las servidumbres, derechos, y herencias. Corporales por lo contrario, las que pueden tocarse, como la casa, el caballo, etc.

De estas unas son inmuebles ó raices, que tambien se llaman bienes sitios, dichas asi, porque no pueden moverse del lugar en que están, como son los campos, las casas con las cosas que las componen, como las puertas, venta-

nas etc.; y otras muebles, que pueden moverse, ó bien por sí mismas, como las mulas, bueyes, y demas ánimales, ó por los hombres, como vestidos, mesas, y los frutos de la tierra, *ley* 4, *tit.* 29, *P.* 3, estos no estando verdes, pendientes en la tierra, ó árboles. Sobre esta diversidad de cosas, que es bien tener presente por el diferente derecho que producen en varios asuntos, véase Feb. 2.ª *part. lib.* 3, *cap.* 2, §. 2, *núms.* 88, *y siguientes.*

§. II.

Del dominio y algunos modos de adquirirlo.

Núm. 1. *Del dominio y otros derechos.* Esplicada la primera parte de este título; paso á la segunda; y como ella y todo este libro solo versa sobre el modo de adquirir derechos, es muy del caso decir algo de estos. Dividen los juristas el derecho que puede asistirnos á una cosa, en *jus in re*, derecho sobre la cosa, y *jus ad rem*, derecho á ella. El *jus in re* es tan inherente á las cosas, que podemos perseguirlas siempre, é intentar su consecucion por muchas que sean las personas á que se traspasen, sin anuencia del que tiene tal derecho en ellas. El *jus ad rem* no asi; cuando es de esta clase el derecho, con que las pretendemos, solo hay accion á reclamar contra la persona, que se obligó á darlas, para que las dé, si puede todavia, ó indemnice los perjuicios en caso contrario. Con un ejemplo se pondrán perfectamente en claro uno y otro, y sus diferencias. Supongamos que Juan me vende y entrega una pieza de paño por mil reales, que le dí en el acto; por esta venta, entrega, y dacion de precio me dan las leyes dominio, ó derecho sobre la cosa, esto es *jus in re*, y si Juan despues la vendiese á otra persona, y esta á otro tercero, podria sacarla de cualquiera de ellos. Pero si esta misma pieza de paño me la vende Juan, sin entregármela, ó posesionarme de ella, y asi vendida, la vende de nuevo, y entrega á otro. ¿Podré yo reclamarla de este, como en el caso anterior? De ningun

modo. Las leyes por solo la venta sin entrega no me conceden mas que derecho á la cosa, *jus ad rem*; y en virtud de este, solo se me permite reclamar contra Juan, que fue quien trató conmigo. De estos axiomas de derecho universal, en cuyo apoyo se hallan algunos casos en nuestras leyes, aunque no los establecen espresamente, dedúcese el siguiente: *Del jus in re nace accion real*, ó accion á la misma cosa, y *del jus ad rem accion personal*, esto es, accion contra la persona ¿Y por qué actos, contratos, ú obligaciones adquirimos *jus in re*, y accion real, por cuales *jus ad rem* y accion personal? Eso es lo que debe enseñarnos todo este libro, pues no es otro su objeto, siendo imposible presentar una reglageneral al efecto.

No es menos dificil descifrar que especies hay de derecho *ad rem*, pues son tantas, cuantas las diferentes obligaciones; pero del derecho *in re* suelen señalarse cuatro: *dominio, servidumbre, derecho hereditario, derecho de hipoteca, y algunos añaden la posesion.* De consiguiente tenemos derecho *in re* sobre aquellas cosas de que somos dueños, sobre las agenas gravadas con servidumbre á nuestro favor, ó hipotecadas á nuestra seguridad, comprendiendo entre ellas las empeñadas, y sobre una herencia, que hubiésemos adido.

Núm. 2. *Del dominio y sus divisiones.* He dicho que el dominio es una de las especies de derecho *in re*, y segun esto debe definirse. «El derecho de disponer de una cosa se»gun arbitrio, y voluntad del que lo tiene, en cuanto no lo »impide la ley, la voluntad de un testador, ó alguna con»vencion.» Se llama tambien en nuestras leyes *señorío ó propiedad, ley* 27, *tit.* 2, *P.* 3; bien que este nombre *propiedad*, se toma con frecuencia por aquel dominio al cual falta el usufructo, y por lo mismo suele llamarse entonces *nuda* propiedad; de que se infiere, que puede haber dominio consistente solo en propiedad; ó solo en usufructo.

Efectivamente suele dividirse el dominio en pleno y menos pleno; y este en directo, é indirecto ó útil; division y nomenclatura, que es indispensable hacer y esplicar, por mas inexacta é impropia que sea, á causa del mucho uso que de ella se hace en derecho. El dominio pleno de una cosa consiste en ser dueño de ella en propiedad y usufructo, y el menos pleno, en serlo de una de las dos cosas. Si este

es sobre la propiedad, tendré dominio menos pleno directo sobre una cosa; si es solo al usufructo, mi dominio entonces llámase indirecto ó útil, cuya distincion se ve, y observa con toda claridad en el contrato de enfiteusis, como allí veremos.

Núm. 3. *Qué estension tiene el derecho de dominio.* Dije en su definicion, consistir el dominio en el derecho de disponer de nuestras cosas segun queramos, á no ser que la ley nos lo impida, la voluntad de un testador, ó la convencion. Es claro que el que nos lega algo, ó nos lo dá por convencion, puede ponernos en su uso las restricciones que le acomoden; y no lo es menos que las leyes pueden igualmente restringirnoslo, y limitarlo en aquello que pueda redundar en perjuicio nuestro, del público ó de los particulares; pero no es esto de lo que me propongo hablar en este número. ¿Y que podria decir que no se ofrezca al mas simple raciocinio? Mi objeto es referir varias disposiciones sábias que en los últimos tiempos cortaron las trabas, que impedian el sagrado derecho de propiedad. De todas las que el hombre puede poseer, ninguna mas respetable que la personal, por lo mismo no debo pasar en silencio que por *ley de* 6 *de diciembre de* 1836 fue restablecido el *decreto de* 8 *de junio de* 813, por el que se permitió á todos los avecindados en España, ó que se avecinden, establecer cualquiera fábrica, y egercer todo género de industria, sin necesidad de prévia licencia, y sin sujecion á reglamentos. Consecuencia de esta disposicion son *varios decretos de julio de d. año*, que mandan cesar las corporaciones gremiales de artesanos, no debiendo tener otro objeto que el de ilustrarse, y fomentarse mútuamente. Con respecto á la propiedad agrícola, por *real órden de* 11 *de febrero de dicho año de* 36 se dispone, que los propietarios puedan cerrar sus propiedades, y aprovechar sus pastos, sin que ningun ganadero pueda impedirlo á no ser que presente título de adquisicion, cuyo título no basta sea dado por los ayuntamientos sobre pastos, que siempre fueron de dominio particular; sin que baste alegar, ni fundarse en una posesion mal introducida para impedir dicho acotamiento. Con el bien entendido, que este no ataque las servidumbres legítimamente introducidas. En el título de ventas me reservo esponer las disposiciones, que les dieron la debida libertad.

Núm. 4. *Modos de adquirir el dominio.* Antes de decir cuales son estos, debo esplicar qué cosa sean. Al efecto distingo con el derecho romano el título del modo de adquirir, como que son cosas distintas; y digo que el primero es aquel acto, porque empezamos á adquirir derecho á una cosa; y modo de adquirir, el acto porque adquirimos el derecho en la cosa, mejor dicho, la cosa misma; de suerte que el título solo dá derecho *ad rem*, y el modo el *jus in re*, ó el verdadero dominio, despues de haberle aquel precedido. Asi Heinecio llama bien á aquel, causa remota, y á este causa próxima en la adquisicion del dominio. En el contrato de venta, (y en los demas modos sucede lo mismo) se percibe con entera claridad su distincion, pues el mismo contrato es el título, y la tradicion ó posesion de lo vendido el modo de adquirir; y se vé lo antes indicado de ser necesarios uno y otro para la adquisicion del dominio. De aqui se formó un axioma, que debe tenerse muy presente, *que no basta el título sin la tradicion ó modo de adquirir, ni esta sin el título, para adquirir dominio, ó derecho* in re. Estos principios, aunque no espresados en las leyes, son reconocidos, como no podia menos, en nuestro derecho, y aun ofrecen aquellas algunos ejemplos en su apoyo. Tal es la 50, *tit.* 5, *P.* 5. Debo advertir que el derecho romano esceptuaba del espuesto axioma el derecho que se adquiere en la servidumbre negativa, en las cosas adjudicadas por uno de los tres juicios divisorios de particion de herencia, de una cosa comun, y de apeo de bienes, *finium regundorum*, el de hipoteca, y las adjudicadas por última voluntad; de suerte, que en estos cuatro casos se adquiria el *jus in re* por solo el título, sin tradicion. Los dos últimos están apoyados en las *leyes* 34, *tit.* 9, *P.* 6, 13, *tit.* 13, *P.* 5.

Viniendo ahora á los modos de adquirir, digo que unos pertenecen al derecho civil, como introducidos por él, tales son las prescripciones, sucesiones, contratos etc., otros al de gentes, y de estos me limito á tratar ahora. Para hacerlo con claridad, me parece conveniente dividirlos con Heinecio en originarios y derivativos. Llamo originarios aquellos modos porque adquirimos cualquier cosa por hechos propios, aunque esta sea agena; y derivativos, cuando otro nos transfiere su dominio. De modo, que yo busco la dife-

rencia entre el modo de adquirir originario y derivativo, no en ser la cosa *nullius*, ó ser agena, sino en adquirirla mediando ó no hechos de otra persona. Los que hayan leido el Hernandez de la Rua hecharán de ver qué es lo que me mueve á esplicarme asi. El modo de adquirir originario se subdivide en originario *simpliciter*, y originario *secundum quid*. Aquel tiene lugar cuando adquirimos la sustancia, ó llámese lo principal de una cosa; y este, cuando los frutos, ó emolumentos. Modo de adquirir derivativo no se reconoce mas que la *tradicion*; por originario *simpliciter*, la *ocupacion* y originario *secundum quid*, *la acesion*; pero estos dos envuelven en sí varias especies, segun paso á esplicar.

Antes debo advertir, que para adquirir el dominio de una cosa, cualquiera que sea el modo con que lo pretendamos, se requiere 1.° buena fé; 2.° ánimo ó intencion de adquirir, y 3.° aprehension corporal.

Núm. 5. *De la caza y pesca. Ocupacion es la aprehension de una cosa corporal, que no es de otro, con ánimo en el que la aprehende de hacerla suya.* Esta definicion está suficientemente esplicada en la anterior advertencia. Tiene lugar este modo de adquirir en la caza y pesca; y en la invencion, ó hallazgo: por ahora me limito á hablar de las primeras.

Para saber qué animales podemos apropiarnos por la caza, cuya definicion me parece inútil dar, conviene decir que unos son y se llaman absolutamente fieros ó salvages; que otros son tambien de naturaleza fiera, pero que se llaman domesticados ó amansados, porque lo están; y otros domésticos ó mansos. En los primeros y los últimos síguense reglas enteramente diversas en cuanto á la ocupacion: y en los segundos, seguimos las reglas de los mansos, mientras conservan la costumbre de irse, y volver al poder del que los tiene, y la de los fieros, cuando la han dejado.

Fieros es sabido son aquellos animales, *que por instinto tienen inclinacion de ir, y vaguear por todas partes, sin apetecer la compañía del hombre*, sean terrestres, acuátiles ó voladores. Sobre su caza, y es la única que puede llamarse verdaderamente tal, se publicó en el *citado real decreto de 5 de mayo de* 1834, una instruccion, de que referiré por alto algunas disposiciones, separándome por consiguien-

te de la doctrina de Sala en este punto. Haré con la instruccion la oportuna distincion de tierras de propiedad particular, y de los propios ó comunes de los pueblos. En las tierras primeras, estando cerradas pueden cazar, *sin sujecion á reglamentos*, sus dueños tan solo, ó aquellos, á quien den licencia por escrito; si la licencia es verbal, podrán cazar igualmente, pero arreglándose á aquellos; *artículos* 1, 2, *y* 3. En las tierras abiertas de particulares, que no estén labradas, ó esten de rastrojo, puede cazarse sin licencia del dueño, á no ser que este espresamente lo prohibiese, *art.* 4. Cazando contra la voluntad del dueño, ó en tierras abiertas, si entrase ó cayese pieza herida, y el dueño no permitiese entrar al cazador, perderá este la pieza segun espresa la *ley* 17, *tit.* 28, *P.* 2, *art.* 7. Como esta ley habla de cuando la pieza es levantada en la misma heredad, debe limitarse á este caso el citado *art.* 7. Por el *art.* 8 señálase la pena en que incurren los que violasen ó saltasen los cercados de tierra de propiedad particular.

En el *tit.* 2 háblase de la caza en terrenos de propios, y pueden cazar en ellos sin licencia, *cuando la caza no está arrendada*, *art.* 12, los vecinos, *art.* 14, debiendo obtener aquella de la autoridad, los forasteros que quieran hacerlo; pero unos y otros se sujetarán á las ordenanzas de caza. Por algunos artículos de esta, prohíbese cazar desde 1.° de abril, á 1.° de setiembre en Castilla, Galicia, Asturias y Provincias Vascongadas; y en las demas del reino, é islas Baleares, y Canarias, desde 1.° de marzo á 1.° de Agosto; y en todo tiempo hacerlo con hurones, lazos, perchas, redes y reclamos, salvo á las aves de paso, y en dias de nieve y fortuna. Debo advertir, que el favor concedido á solos los vecinos, parece dice respecto á solos los terrenos propios de aquel pueblo; y no á los que son propiedad del estado, pues en estos, como cosas públicas, podrán cazar todos los españoles. *El título* 3.° *de la instruccion* trata de la caza de las palomas de que luego hablaré; y el 4.°, de la de animales dañinos, que por lo regular es enteramente libre, como puede verse en él, con los premios señalados á sus cazadores.

Por ahora paso á ocuparme de dos especies, que no toca este decreto, y de que habla Sala, *núms.* 13 *y* 15. ¿Si al-

guno hiriere alguna fiera, y persiguiéndola herida la cogiese otro, será de este? ¿y hará suya el que cogiere la enredada en un lazo, que otro hubiese puesto? La *ley* 21, *d. tit.* 28, *P.* 3, dice que sí; añadiendo empero que en otros lugares se usa lo contrario. Greg. Lop. en sus *glosas* 1 *y* 3, inclina á favor de esta costumbre, que dice ser general, citando á Aron y á otros, mayormente cuando la fiera estaba tan enredada, que no podia escapar; y añade no tener duda si el que puso el lazo estaba á la vista. Es en apoyo de esta costumbre la *ley* 16, *tit.* 4, *lib.* 3 *del Fuero Real.*, que prohibe pueda alguno coger la fiera, mientras la persigue el que la hirió. De lo dicho puede deducirse, y sentarse por regla, que los animales fieros que no han tenido dueño, ó que habiéndole tenido, se han escapado y recobrado su libertad, se hacen por la ocupacion del primero, que los coge.

Núm. 6. *Siguese hablando de la caza y pesca.* Entre los animales fieros ó salvages se cuentan tambien las abejas; pero por la grandísima utilidad, que traen á los hombres, se ha introducido generalmente recogerlas y cuidarlas bien en colmenas, y que sean parte del patrimonio del dueño de estas, el cual conserva el dominio de los enjambres, que vuelan de ellas, mientras los tiene á la vista, y no tan lejos que se considere imposible recogerlos; porque entonces, se hacen del primero que las ocupa, metiéndolas en colmena, ú otra cosa, aunque posaren en árbol ageno, sino es que el dueño del campo, estando delante se lo prohibiese; y lo mismo debe decirse de los panales, que alli hubiesen hecho, *ley* 22, *d. tit.* 28, *P.* 3. Pero no podrá prohibir el dueño del campo el entrar en él y recogerlas, al de las abejas que las persigue, *ley* 17, *d. tit.* 4, *libro* 3, *Fuero Real.* ¿Y estará derogada parte de esta doctrina por el decreto antes citado? En mi concepto no; el decreto, como se conoce claramente, solo se propone impedir cazar en terrenos de particulares, como antes se hacia en desprecio del derecho de propiedad, y el dueño que persigue un enjambre, solo quiere recoger una cosa, cuyo dominio conserva aun segun *d. ley* 22. ¿Y se impide acaso en algun artículo recobrar las cosas, de que somos dueños, existentes en terreno ageno? Escriche, *pal. Abejas*, parece quiere poner esto en duda.

Los animales mansos ó domésticos son aquellos que nacen y se crian en las casas de los hombres, como las gallinas, y los ansares ó patos. Y estos aunque vuelen, y se vayan de las casas de aquellos que los crian, y no vuelvan, no por eso pierde su dominio aquel cuyos son; de suerte que se pueden pedir al que los retenga con intencion de hacerlos suyos, *ley* 24, *d. tít.* 28, *P.* 3. Es pues regla en estos animales, *que sin embargo de cualquiera ocupacion, permanecen siempre en el dominio de aquel de quien eran.*

Los domesticados ò amansados son, segun dije, de naturaleza fiera ó salvage; pero tienen la costumbre de ir, y volver á los abrigos, que les proporcionan los hombres por lo útiles que les son. Mientras conservan la costumbre de ir y volver, se observa en su ocupacion la regla establecida en los mansos, y si la dejan, la de los fieros. Refiere algunos la *ley* 23, *dicho título* 28, y entre ellos otra especie de ansares, que no se crian en casa, y los mas conocidos y útiles, que son las palomas. De su caza habla el *citado decreto de* 5 *de mayo*, y prohibe tirarlas á no ser fuera de la distancia de mil varas de los palomares, escepto en los meses de octubre y noviembre; y desde 15 de junio á 15 de agosto, en que por deber estos estar cerrados, permite tirarlas á cualquiera distancia en que pueda hacerse con la espalda vuelta al palomar. Habla de esta caza su *tít.* 3; al que como á los demas remito á mis lectores, por no convenir á mi objeto estenderme mas.

El *tít.* 5 habla de la pesca, sobre la que, habiendo por repetido lo que dije al hablar de los rios, solo diré que es uno de los modos de adquirir el dominio por ocupacion; y que no se puede pescar de 1.° *de marzo á últimos de julio* á no ser con caña ó anzuelo, ni con redes ó nasas, cuya malla no tenga una pulgada castellana, ó inficionando y corrompiendo las aguas. En los estanques y lagunas particulares puede pescarse en cualquier tiempo y con todo aparejo; pero no podrán inficionarse las aguas, á no ser que haya entera seguridad, de que no resultará daño alguno.

Concluyo este asunto de caza y pesca diciendo, que el modo de proceder en cuanto ocurra sobre las disposiciones del *dicho decreto de* 1834 es por lo regular gubernativo, *art.* 48. Con todo, cuando se proceda por queja de parte

agraviada, sino se avienen en conciliacion, continuará conociendo el alcalde constitucional tan solo cuando el interés, que se litiga no pase de diez duros, *art.* 51.

Núm. 7. *De la invencion.* Por la invencion ó hallazgo, especie de ocupacion, adquirimos aquellas cosas, que por ser de ninguno aprehendemos, apropiándonoslas *ley* 5, *d. tit.* 28, *P.* 3. ¿ Y podrémos apropiarnos por aprehension, y ocupacion todas las cosas que estén sin dueño particular? Atendidas las leyes de Partida sin duda alguna; pero por *ley de* 16 *de mayo de* 1835; *dicha de mostrencos*, se dispone pertenecer al estado. 1.° Todos los bienes muebles é inmuebles que estuvieren vacantes, y sin dueño conocido por no poseerlos individuo ni corporacion alguna. 2.° Los efectos de buques, y cuanto la mar arroje á las playas sin dueño conocido. Se esceptuan los productos de la misma mar; y los efectos que las leyes conceden al primer ocupante. 3.° La mitad de los tesoros hallados en terrenos del estado, observándose lo dispuesto por la *ley* 45, *tit.* 28, *P.* 3, *art.* 1. 4.° Los detentados ó poseidos sin título legítimo; *art.* 3. Debe verse todo este decreto, por otras varias disposiciones que encierra, pues yo no hice mas que estractar las que vienen á mi objeto. Segun él pregunto ¿qué cosas de las que son *nullius* podemos adquirir por la ocupacion? Tal vez vaya equivocado, pues el decreto está obscuro, pero yo opino que solo aquellas que siendo producto de la naturaleza, no pertenecieron nunca á la propiedad de nadie. Las que en un tiempo hicieron parte de esta, y despues llegaron á hacerse *nullius*, las veo prohibidas de adquirirse por las disposiciones 1.ª *y* 2.ª *art.* 1, y principalmente por *el art.* 3. Por el contrario, fundo la adquisicion de las que siendo obra de la naturaleza jamás fueron de alguien, en aquellas palabras, *se esceptúan los productos de la misma mar; y los efectos que las leyes conceden al primer ocupante.* No parece sino que al dictar estas últimas espresiones, dificiles verdaderamente de conciliar con otras de la ley, solo tenian sus redactores presente la *ley* 5 *d. tit.* 28, *P.* 3, que permite la adquisicion de las piedras preciosas, y otras cosas semejantes.

Con respecto á los tesoros encontrados en terrenos del estado, ya vimos lo que la ley dispone: en los encontrados en terrenos particulares, tampoco ganará el que le encuentre

mas que la mitad, segun la *ley* 45, *d. tit.* 28, cuya observancia, como vimos, se halla recomendada en la *ley de* 1835, quedando para el dueño del fundo la otra. Suele empero en esto hacerse una distincion, y es que si lo encontró labrando la tierra, ó por otro medio casual, ganará la mitad del modo dicho, pero si de intento pasó á buscarle nada ganará, porque nadie está autorizado para buscar tesoros, ni otra cosa en terrenos ó edificios agenos, y asi será todo para el dueño de estos, como cuando éste los encuentra, *d. ley* 45. Esto parece es lo que debe observarse despues de la citada ley *de* 5 *de mayo*, aunque en tiempo del señor Sala, *núm.* 19, se practicaba dar al que lo encontraba aun en terrenos de particulares solo la cuarta parte, y lo restante del tesoro cedia en beneficio del estado.

Núm. 8. *De la acesion.* Vistos los modos de adquirir el dominio por *la ocupacion*, paso á hablar de aquellos en que se adquiere por *la acesion*, cuyo nombre suele tomarse latamente, de manera que no solo se estienda á aquellas cosas que juntándose á las nuestras constituyen con ellas un solo cuerpo, sino tambien á las que nacen de las que poseemos. A esta última especie de acesion llaman los doctores *discreta*, por la separacion de cuerpos, que en ella se efectua, y á la otra continua, porque accesorio y principal están unidos. Por la discreta pertenecen á nuestro dominio los partos de nuestras vacas, ovejas, yeguas, y otras bestias, *ley* 25, *d. tit.* 28, *P.* 3, y los frutos, que producen nuestros campos.

De la acesion continua hay dos especies, ó se divide *en natural é industrial.* Aquella tiene lugar cuando se junta algo á nuestras cosas por solo beneficio de la naturaleza, sin cooperacion alguna del hombre; en la industrial por el contrario lo agregado á nuestras cosas procede de nuestra industria, y hechos. Se adquiere de muy distintos modos lo agregado á las cosas que poseemos cuando la acesion es natural, de cuando es industrial; asi es que es indispensable tratar de una y otra con separacion, y empiezo por la primera.

Núm. 9. *De la acesion natural.* De varios modos puede la naturaleza dar aumento á nuestras cosas como se deja ver; con todo sucediendo esto mas ordinariamente «por aluvion, »fuerza manifiesta de los rios, por mutacion del alveo, ó »cauce de los mismos, por nacimento de alguna isla en ellos,

»y por parto de los animales,» que poseemos, solo de ellos se ocupan nuestras leyes, cuyo orden estoy en el caso de seguir.

Dícese aumentado por aluvion, «aquel crecimiento len»to que los rios dan á nuestros campos, tomándolo de otros »tan poco á poco, que no puede entenderse el tanto, que se »une cada vez.» Este aumento se hace del dueño del campo á que se agrega, por derecho de accesion, *ley* 26, *tit.* 28, *Part.* 3.

Cuando en una grande avenida se lleva una porcion de terreno conocidamente con árboles ó sin ellos del campo del vecino, y lo deja junto al del otro, «el aumento que este «recibe, dícese producido por fuerza manifiesta del rio.» En este caso, no gana al momento el dominio del terreno agregado el dueño del campo, á que se agregó, sino desde que los árboles que haya en el terreno agregado echan raices en el principal. Pero aunque en este tiempo le transfiere la ley, es con obligacion de resarcir al dueño de lo desmembrado el menoscabo, que recibió, á juicio de peritos, *d. ley* 26. En sus *glos.* 6 y 7, advierte Gregorio Lopez, seria lo mismo si el no haber echado raices en mi campo los árboles, fuese porque no los habia en la tierra unida, de suerte, que todo pende de haberse pasado mucho tiempo, haciéndose constante la union, y que el valor en cuanto á los árboles debia regularse como si fueran arrancados.

Si el rio muda de alveo, el nuevo se hace público, y el viejo abandonado le adquieren los dueños de los campos vecinos, *ley* 31, *d. tit.* 28, *P.* 3. Parecia regular fuese de aquellos cuyo terreno ocupa el nuevo cauce del rio, mas la ley asi lo dispone.

Si los campos se inundan, ó cubren de agua por las avenidas de los rios, pero sin formar por eso nuevo cauce, conservan su dominio los que antes le tenian; aunque pierden la posesion mientras están cubiertos. Mas luego que se descubren, y vuelven las aguas á su lugar, pueden usar de ellos, como antes lo hacian, *ley* 32, *tit.* 28, *d.*

El dominio de las islas, que nacen en el rio, lo adquieren *por accesion* los dueños de los campos mas vecinos, cada uno por lo que afronta con ellas; y se debe seguir con tanto rigor la mayor próximidad, que, si alguna isla naciese

en el rio, de manera que casi toda estuviese mas cerca de los campos del un lado, no seria toda suya, sino solo la porcion que les estaba mas cerca, y la otra de los del opuesto; á cuya averiguacion deben medirla con una soga, segun dice la *ley* 27, *d. tit.* 28. Si los campos vecinos perteneciesen á uno en el usufructo y á otro en la propiedad, seria la isla del propietario en propiedad y usufructo, *ley* 30. No debe decirse lo mismo de lo que se adquiere *por aluvion ó fuerza manifiesta del rio*, pues en este caso pertenecerá su usufructo al usufructuario del campo á que se agregó; *d. ley* 30, *tit.* 28, *P.* 3. Si las islas de los rios no hubiesen nacido en ellos, sí que las formaron los mismos entrando con grande avenida en las heredades, y reduciendo á isla algun campo, siempre permanecerá éste de quien era, *ley* 28, *d. tit.* 28. Si la isla naciere en el mar, lo que sucede muy raras veces, es del que la poblaré primeramente; mas debe obedecer al señor en cuyo señorío es aquel lugar donde apareció, *ley* 29, *d. tit.* 28. La disposicion de esta ley de suyo se conoce puede solo tener lugar en las islas que nacen en las costas de los dominios de España, dentro de la distancia de que hablé en una nota de este título.

Los partos de los animales, y sus demas utilidades, como la leche, lana etc., ya vimos al principio son de sus dueños, *ley* 25, *d. tit.*, que añade no pertenecerá nada del parto al dueño del macho, á no pactarlo asi.

Núm. 10. *Accesion industrial de cosas muebles.* Esplicados los modos de adquirir por accesion natural, paso á hablar de la industrial, la cual para mayor claridad, distingo *en accesion á cosas inmuebles, y muebles*; y empiezo por estas. La accesion industrial de cosas muebles puede suceder *por conjuncion, especificacion, y mezcla ó comistion.* Por ahora hablo de la primera.

Hay *conjuncion*, cuando una cosa agena se une ó junta á la nuestra, sea *por inclusion*, como si un diamante de otro se engasta en mi anillo; por soldadura, por testura, y por escritura ó pintura. ¿Y cual de los dueños de estas dos materias asi unidas gana su dominio? Por regla general, cuando dos cosas pertenecientes á distintos dueños se han unido por conjuncion, el de la cosa principal se hace dueño de la accesoria, y menos principal, cuya regla debe tenerse muy pre-

sente en esta materia. Pero ha de entenderse bajo la siguiente distincion espresa en la *ley* 35, *d. tit.* 28, *P.* 3. O la union se ha hecho por el dueño de la cosa principal, ó por el de la accesoria. Si se ha hecho por el de la cosa principal, debe adjudicarse al mismo el todo, que resulte de la union, con tal que al hacerla hubiese tenido buena fé, creyendo que la cosa accesoria era suya, pagando al dueño de esta su respectivo valor; «y con tal que la union, habiéndose hecho con sol»dadura, se hiciese con el mismo metal de que se componen »las cosas.» Si la hizo el dueño de la cosa accesoria, sea con buena ó mala fé, debe adjudicarse el todo al dueño de la cosa principal, con obligacion de pagar al otro el precio de la cosa accesoria, si este la uniera con buena fé; pero si con mala, nada está obligado á restituirle el dueño de la cosa principal. Véanse los ejemplos en aplicacion de esto en las *ll.* 35 *y* 36, *d. tit.* 28, *P.* 3. La espuesta doctrina no tiene lugar en un todo en la pintura, pues si alguno pinta en tabla agena con buena fé es dueño de la pintura, debiendo dar el valor de la tabla á su anterior dueño, y si con mala, pierde la pintura, y debe ser de quien era la tabla, *ley* 37, *d. tit.* 28. En la escritura tiene en un todo valor la anterior regla, llevándose lo escrito el dueño del pergamino por suponerse este lo principal, *d. ley* 36. Con todo, si lo que se escribió fuese secreto, ó interesara mucho en retenerlo, dicta toda equidad el que pueda quedarse con lo escrito, pagando al dueño del pergamino su estimacion, aunque no hay ley que lo apoye.

Núm. **11.** *De la especificacion y conmistion.* La especificacion no es otra cosa, que *formacion de una nueva especie.* Para saber cuando gana ó no el dominio de la nueva especie que resulta el que la hace de materia agena, debe distinguirse en cuanto á su dominio, el caso en que no puede tornar al primer estado que tenia antes de hacerse nueva especie, del en que puede. En el primero, pertenece el dominio al que formó la especie, y asi será mio el paño que hice de lana agena, ó por usar del ejemplo de la ley, aunque no muy exacto, será mio el vino, ó aceite, que hice de uvas ó aceitunas agenas; pero es necesario, haya sido hecha la nueva especie con buena fé, y que pague al otro el valor de lo perdido. De lo contrario, no solo pasa esta nueva es-

pecie, que no puede volverse á su pristino estado, á poder del que no la hizo, sino que no está este obligado á resarcir valor alguno al que obrara con mala fé.

Por el contrario, si la cosa que resulta hecha puede tornarse á su antiguo estado, pertenece la nueva especie al dueño de la materia, haya tenido el que la hizo buena ó mala fé; pero con obligacion en el primer caso de restituir el valor del trabajo y espensas al que la hizo. Será pues, tuyo el vaso, que otro hubiese hecho de plata tuya; y es la razon por considerarse haber permanecido siempre la misma materia, que como mas principal, y fundamento de la forma la atrajo á sí; *ley* 33, *tit.* 28, *P.* 3.

Dije ser la conmistion uno de los modos industriales de adquirir por accesion; y no es otra cosa *que la mezcla de dos materias*, y suele llamársele *confusion*, cuando se mezclan en términos, que ni aun por abstraccion cabe distinguir las materias despues de unidas; tal es la union que resulta del agua y vino ó de dos vinos etc. Para saber quien adquiere el dominio de materias de diversos dueños asi mezcladas, debe distinguirse; si se unieron con ciencia y consentimiento de sus dueños partirán el resultado de la union á proporcion de la materia de cada uno ó segun pactasen; si la union depende de la casualidad, se dice lo mismo, si las materias pueden separarse con facilidad, sino, tendrá derecho el dueño de la materia menos principal á que el otro le pague su valor, y habiéndose hecho la mezcla por uno solo, tendrá lugar á proponer igual alternativa el dueño de la materia agena, que el otro uniera; *ley* 34, *d. tit.*

Núm. 12. *De la accesion industrial en cosas inmuebles.* La accesion industrial en cosas inmuebles sucede por edificacion, plantacion, insercion, y siembra. Puede uno edificar casa ú otra cosa en suelo ó edificio ageno con materiales propios; plantar árboles, y sembrar frutos tambien propios de uno en terreno de otro; é ingerir en árboles agenos ingertos de nuestro peculiar dominio. Estos casos, aunque no están espresos todos en nuestras leyes, deben no obstante decidirse de un modo, siguiendo el principio de que lo acesorio sigue lo principal. Segun esto digo, que el que edificó, plantó, sembró é ingirió en cosas agenas, pierde sus materiales, árboles ó frutos, tuviese buena ó mala fé, pudiendo empero

recobrar su valor, si obró con aquella, *th.* 42 y 43, *tit.* 28, *P.* 3. Si uno edifica, siembra, planta, ó ingiere en fundo ó cosa de su propiedad con materiales, frutos, ó árboles agenos, gana el dominio de estos, pero con obligacion de restituir su valor, tuviese buena ó mala fé, *ds. leyes.* La *ley* 38 *de d. tit.* dice en cuanto al edificante, que debe volver el doble de los materiales, tuviese buena ó mala fé; pero afirma Sala, *núm.* 26, que en la práctica jamás ha visto ni cree se verá condenar al pago doblado al que edificó con buena fé.

No debo omitir que la *ley* 43 citada añade, que si un árbol propio de uno tiene las principales raices en suelo ageno de que se sustenta, es del dueño de este, aunque las ramas caigan sobre el del otro, (empero en algunos sitios se atiende á estas) y si mitad de las raices están en un lado, y mitad en otro, lo partirán á medias.

Núm. 13. *De la percepcion de frutos.* No perteneciendo ni á la ocupacion ni á la accesion el modo de adquirir los frutos de una cosa agena, que se estuvo poseyendo, ya con buena ó mala fé, determiné tratar de ella en particular y en número separado. Para la mejor inteligencia de esta materia conviene esplicar, quienes son los poseedores de buena y mala fé y que diferencias hay de frutos.

Poseedor de buena fé es aquel, que retiene en su poder una cosa adquirida por título hábil para transferir el dominio, celebrado con el que creia dueño de aquella. De los poseedores de mala fe hay dos especies, unos que poseen en virtud de título, pero sabiendo que fue celebrado con el que no podia enagenar; y otros que poseen sin título de ninguna especie.

Fruto es lo que nace de una cosa, ó con ocasion de su uso se percibe: se distinguen los frutos en naturales é industriales, y estos son naturales ó civiles. Naturales, segun los ejemplos puestos por la *ley* 39, *d. tit.* 28, *P.* 3, son los que nacen de la cosa sin necesidad de cultivo; é industriales los productos del arte sola, ó de la naturaleza y la industria. Frutos naturales en oposicion á civiles, son aquellos que nacen de la cosa; y civiles los que con ocasion de la misma se perciben, v gr. las rentas de un arrendamiento.

Bajo estos principios puede establecerse, que el poseedor

de buena fé hace suyos los frutos industriales consumidos, hasta que apareciendo el dueño de la cosa, se la pidiese, y comenzase pleito entre los dos por demanda y respuesta, ó como suele decirse, los consumidos hasta la contestacion del pleito; pero no los industriales estantes, ni los naturales consumidos, ó por consumir, como las peras, nueces, etc.; sino que tiene que restituirlos al verdadero dueño. Podrá empero deducir las espensas por los industriales estantes, que restituye, y no por los naturales, porque ningunas se suponen hechas. El poseedor de mala fé no hace suyos frutos algunos, sino que deberá restituir hasta los industriales despendidos; pero quitando antes las impensas necesarias hechas en estos, porque estas páganse hasta al ladron, por la sencilla razon de que si no las hubiera gastado, la cosa no existiria, *ley* 39, *d. tit.* 28, *P.* 9.

En cuanto á los frutos naturales son pues iguales los derechos del poseedor de mala y buena fé, porque uno y otro tienen que devolverlos todos, consumidos y por consumir, segun el contesto de *d. ley* 39; no obstante que Greg. Lop. en su *glos.* 9 lo entienda solo acerca del poseedor de buena fé, en lo que se hubiera hecho mas rico; porque en verdad esta interpretacion parece tener poco ó ningun fundamento en la ley.

Dije que el poseedor de mala fé tiene que restituir todos los frutos percibidos industriales ó naturales; cuya restitucion debe efectuarse con arreglo á la diferencia establecida en la *ley* 40, *d. tit.* 28, *P.* 3. Segun ella, los poseedores de mala fé sin título, esto es, aquellos que roban las cosas ó las entran sin derecho, deben tornar la cosa con los frutos que percibieron y con los que hubiera podido producir, cultivada por su dueño: y los poseedores de mala fé con título, ó que tienen la cosa por razon de compra, donadío, etc. han de restituir solo los frutos percibidos por ellos, pero no los que pudiera haber percibido el dueño. Con todo, en cuatro casos les impone igual obligacion que á los primeros, de los que uno es, cuando el vendedor vendió la cosa con intencion de engañar á sus acreedores, y el comprador fué partícipe del engaño.

Hasta aqui estas leyes, sobre que debo decir, que en los partos de animales agenos parece debe tener en un todo

lugar lo dicho de frutos naturales, puesto que pertenecen indudablemente á esta clase; y lo mismo digo respecto á los que decimos frutos civiles, cuales son las pensiones, renta, etc. Es verdad que estos pueden dimanar, y pagarse por los frutos industriales que otro percibe; pero no es menos cierto, que respecto á ellos concurre de lleno la razon de la ley. Esta no pudo tener para conceder al poseedor de buena fé los frutos industriales espendidos, y no los naturales, otra razon que la industria y el trabajo que tuviera que emplear para producir aquellos, cuando para estos no tenia que poner ninguno. ¿Y los frutos civiles no le vienen tambien sin trabajo alguno? Tal vez con menos que los naturales.

Núm. 14. *Del modo de sacar las espensas hechas por un poseedor en cosa agena.* De las espensas, que hace el poseedor de una cosa agena habla con estension la *ley* 44 *de d. tít.* 28, *P.* 3, distinguiéndolas en necesarias, útiles y voluntarias. Dice de las necesarias, que las puede cobrar todo poseedor, sea de buena ó de mala fé, no debiendo entregar la cosa al dueño hasta que se las pague; pero téngase muy presente que debe tomar en descuento los frutos ó provechos que hubiese percibido. En las no necesarias pero útiles ó provechosas, distingue entre el poseedor de buena y de mala fé. El de buena las puede cobrar como las necesarias; y el de mala las puede llevar, y sacarlas si el dueño de la cosa no quiere pagárselas. Esto mismo puede hacer el de buena fé en las espensas voluntarias; bien que deberá dejarlas si el dueño de la cosa le pagare lo que debia sacar de ellas. El poseedor de mala fé nada saca por razon de estas espensas. Así la *ley* 44, que habla con mas claridad que las 41 *y* 42, *d. tít.*, referentes al mismo asunto.

Atendido lo que ella dispone, podria dudarse si el poseedor de beneficio eclesiástico podrá recobrar los perfectos hechos en él, á lo menos los necesarios, puesto que estos hasta deben abonarse al poseedor de mala fé. Con todo, juzgo que ni aun las espensas de esta clase debe recobrar, porque consumió sus frutos, y la *d. ley* 44 dice se tomen á cuenta. Mas supongamos por un momento que deban abonársele, ¿quién hará tal abono? ¿La iglesia propietaria del fundo? Claro está que no. No queda otro que el sucesor en el usu-

fructo, y la razones porque se utiliza de ellos; y bien. ¿no se utilizó y percibió tambien los frutos el fabricante? Claro está que sí; luego sobre él deben cargar puesto que quiso hacer ese beneficio. Esto se pone mas claro si se atiende á lo dispuesto por la *ley* 46, y á lo que en ella dice Llamas Molina sobre mayorazgos, como veremos al tratar de estos: no hay paridad mas igual ni exacta.

Aunque el poseedor de pieza eclesiástica no tiene derecho á exigir se le abonen sus mejoras, está obligado él á resarcir los desperfectos, que en ella resulten á su muerte. Si hay perfectos y desperfectos, en lo que lleguen, dice Vega, *tit. de usufructo, cap. sec.* 1, se deben compensar unos con otros, y cita una constitucion de Clemente XIII, dirigida al señor obispo de Lugo.

Núm. 15. *De la tradicion.* Esplicados los modos de adquirir originarios, solo falta decir algo en general de los derivativos. Ya dije que de esta clase no hay mas que la tradicion, pues aunque los títulos, que pueden y deben precederla son de varias clases, ya queda dicho, *núm.* 4 *de este* §., que son cosas muy distintas título, y modo de adquirir. De lo allí esplicado dedúcese, que la tradicion, considerada como modo de adquirir es «aquel acto por el cual el señor de una co»sa corporal, que tiene derecho é intencion de enagenarla, la »transfiere y entrega á otro, que la recibe, despues de preceder »un título translativo de dominio.» Parecerá tal vez larga esta definicion; pero toda ella es indispensable para dar idea de la tradicion, modo de adquirir. De ella se infiere, que para adquirir el dominio de una cosa que se nos entrega, es necesario lo haga su dueño, pues si otro nos la entrega seremos poseedores de buena ó mala fé, pero no señores de ella; que pueda transferirnos su dominio, pues no siempre está esto á disposicion del señor de una cosa, como se ve en el menor; y que tenga intencion de hacerlo, pues bien puede entregarnos sus cosas en depósito, arriendo, ó de otros modos en nada conducentes á dar dominio. Es necesario ademas para que la tradicion confiera este, que la precedise un título habil, segun queda esplicado, *núm.* 4.

Esta tradicion no es menester que sea real ó corporal, basta que sea fingida ó presumida por el derecho, que es en dos maneras. La una se llama por los intérpretes ficcion de

breve mano, introducida para la mayor facilidad y brevedad de los negocios y contratos, por ejemplo; tengo yo en mi poder una cosa de Juan en arrendamiento ó depósito, y me la vende, se hace mia sin tradicion real; porque para ahorrar rodeos se finge que yo se la restituí, y él me la entregó despues, *ley* 47, *d. tit.* 28. Si poniéndole á la vista de las cosas que le transferia, y entregaba por solo el acto de verlas, el otro no las tocase, se diria tradicion por longa mano. La otra especie de tradicion fingida es la llamada *simbólica*, que se hace por la entrega de algun símbolo ó señal, que representa y denota la tradicion de lo que se vende. Por este término se hace del comprador el trigo que hay en un almacen, entregándole el vendedor sus llaves á vista del mismo almacen, *d. ley* 47, 6 *y* 7, *tit.* 30, *P.* 3. Es efecto de la tradicion simbólica la posesion que se adquiere en una cosa con solo entregar á este efecto la escritura ó instrumento traslativo del dominio, *ley* 8, *d. tit.* 30, *P.* 3; ó por solo poner en este la cláusula de constituto, *ley* 9, *d. tit.* Esta cláusula consiste en declarar el enagenante que desde aquel momento se reputa por poseedor á nombre del á quien transfirió la cosa.

Dije en la definicion ser la tradicion entrega de cosas corporales, porque en las incorporales, como las servidumbres y demas derechos, no cabe esta. Con todo, representa la verdadera tradicion, y surte los mismos efectos el uso de aquel á quien se conceden, consintiéndolo el que sufre estos derechos, *ley* 1, *d. tit.* 30, de lo que viene el decir que en estas cosas se tiene *cuasi posesion.*

Tambien se hacen por la tradicion fingida del que los coje los dineros, que en funciones de alegria se echan al pueblo, pues aunque no los entrega corporalmente quien los echa al que los coje, como los echa con este fin, se finge que se los entrega, *ley* 48, *d. tit.* 28, *P.* 3.

Núm. 16. *Resúmen de todo este título.* Reasumiendo lo dicho en uno y otro párrafo de este importante título sabemos; por el primero, qué son cosas y que se dividen en comunes, públicas, propias de corporaciones, de particulares, y *nullius*, cuyas diferencias he especificado; que los rios pueden considerarse como cosas públicas ó privadas, y los diversos usos que debe hacerse en ellos en uno y otro ca-

so, *núm.* 1; que de los propios y comunes de los pueblos deben disfrutar los sujetos á sus cargas vecinales, y que entre ellos hay algunos, cuyo uso no es comun, aunque sí sus emolumentos; *núm.* 2: en el 3 vimos que hoy no conocemos mas cosas *nullius*, por ser de derecho divino, que las sagradas: que se dividen tambien las cosas en corporales é incorporales, y que aquellas unas son muebles, é inmuebles las otras. Del párrafo segundo *núm* 1, resulta, que respecto á cualquier cosa puede asistirnos derecho *in re*, ó *ad rem*; que de este hay varias especies, pero de aquel suelen señalarse cuatro, dominio, servidumbre, derecho hereditario, y de hipoteca; por el 2 *y* 3 sabemos, qué es dominio, y que le hay pleno ó perfecto, y menos pleno ó imperfecto, y que este es directo ó indirecto; que el derecho de propiedad hoy recibió una estension considerable: por el 4, que el título y modo de adquirir son cosas distintas, y que deben concurrir los dos para ganar el dominio, ordinariamente hablando; que los modos de adquirir por derecho de gentes son la ocupacion y la accesion, que envuelven muchas especies, y la tradicion: que por la caza en los términos esplicados en los *núms.* 5 *y* 6, hacemos nuestros los animales fieros, ó amansados que perdieron la costumbre de irse y volver; pero no los mansos, y por la pesca, cuyo uso queda alli dicho qué estension tiene, los peces que cojamos: en el *núm.* 7 vimos que la invencion es otra especie de ocupacion, y que solo podemos apropiarnos por ella las cosas, que como producto de la naturaleza, no fueron jamás de nadie, segun aparece de la *ley de* 5 *de mayo* de 835; que los tesoros encontrados en terrenos del estado pertenecen por mitad al inventor, y en los hallados en propiedad de particulares debe observarse lo dispuesto por la *ley* 45, *tit.* 28, *P.* 3: en el 8 que la accesion puede ser natural é industrial, adquiriendo por aquella lo que se agrega á nuestras propiedades por aluvion, fuerza manifiesta de los rios, por mutacion de su alveo, por nacimiento de alguna isla, y los partos de los animales segun lo esplicado; *núm.* 9: que la accesion industrial tiene lugar en cosas muebles por conjuncion, especificacion y comistion, y en las inmuebles, por edificacion, plantacion, insercion y siembra; cuyos diversos efectos quedan esplicados, *núms.* 10, 11 *y* 12; y que por ley de Partida, para averi-

guar á quién pertenece el dominio de un árbol se atiende á sus raices: que el que posee con buena fé una cosa agena, hace suyos los frutos industriales consumidos, pero no los estantes, ni los naturales, ya los consumiese ó no, y los civiles: que el de mala debe restituirlos todos, observándose la diferencia establecida en la *ley* 40, *tit.* 28, *p.* 3, segun queda esplicado, *núm.* 13: que se observa tambien alguna diferencia en el modo de sacar los gastos hechos en cosa agena entre uno y otro poseedor, como dije *núm.* 14, y que el poseedor de pieza eclesiástica, sin tener derecho al abono de perfectos, está obligado á pagar desperfectos; si bien pueden compensarse unos con otros; y por último, que se adquiere dominio por la tradicion, efectuada en los términos dichos, *núm.* 15, ya sea natural, ya fingida.

TITULO II.

De la posesion y prescripciones.

Titulos 29 *y* 30, *P.* 3. *Tit.* 8, *lib.* **11**, *Nov. Rec.*

§. I.

De la posesion.

Razon del método. Contemplé oportuno dedicar un párrafo aparte á la posesion, y anteponerla al tratado de prescripciones, por ser como su eje y principal apoyo: y consideré un deber discurrir largamente sobre una materia que tiene tantos puntos de contacto con las mas principales del derecho. Voy á tocar, tanto en este párrafo como en el siguiente, algunas cuestiones tal vez las mas escabrosas del derecho, porque despues de agitarla los espositores, quedan en la misma confusion: en términos, que ni aun puede decirse casi qué es lo que opinan. En ningun otro punto se ve acaso citado el derecho romano con tanta frecuencia: yo por mi parte, firme en mi propósito de oir solo la voz del patrio, hace algun tiempo ya que tengo formadas mis opiniones, que sino son nuevas, puedo asegurar no se ven en ningun autor, en los términos esplícitos, y concisos que las he adoptado. Posterior á esto leí al señor Llamas en las *leyes* 45 y 63 *de Toro*, y un autor moderno, que cité ya mas de una vez; y en ellos hallé doctrinas casi diametralmente opuestas, doctrinas que lejos de hacerme variar, me afirmaron ma y mas en las opiniones, que sobre posesion y prescripciones iré presentando á mis lectores. Espero dispensen mis lectores esta digresion, dirigida á llamar su atencion sobre la importancia del asunto; y á reclamar su consideracion, que sa-

brá disculpar mi osado arrojo, hijo solo de la conviccion mas íntima, no del capricho ni otras afecciones vanas.

Núm. **1.** *Qué es posesion y cómo se divide.* Posesion, dice la *ley* **1**, *título* 30, *Partida* 3, es «tenencia dere» cha, que ome ha en las cosas corporales, con ayuda del » cuerpo e del entendimiento; » y casi siempre la apellidan las leyes de las *Partidas* con el nombre de *tenencia*. De esta definicion se infiere, que no se pueden poseer propiamente las servidumbres, ni otras cosas incorporales; mas usando de ellas aquel á quien pertenece su uso, y consintiéndolo aquel en cuya heredad se tiene, es como manera de posesion *ley* **1**, *dicha*, en cuya *glosa* 4 añade Greg. Lop., llamarse esta *cuasi posesion*, y que tambien se comprende bajo la palabra posesion.

La *ley* 2, *d. tit.* 30, divide la posesion en *natural y civil*. Es natural la que uno tiene corporalmente por sí mismo, como cuando está en su casa ó heredad: civil cuando sale de la casa ó heredad, no con ánimo de desampararla, sin porque no puede estar siempre en ella, y vale tanto como la otra. Llámase civil esta posesion; porque siendo la verdadera solo la natural, la ley á pesar de eso, finge en el caso que se propone, que subsiste aquella. De la misma especie parece ser la que se tiene en las cosas dadas en arriendo, ó depósito, en las poseidas por el comunero, etc. Esta posesion civil, diga lo que quiera el señor Llamas, *ley* 45, *núm.* 37, es diferente de la natural, como seria fácil demostrar, sino nos bastara por decirlo asi, el verlas diferenciadas espresamente por la *ley* 2, *d.*

Núm. 2. *Qué se requiere para adquirir la posesion.* Siempre la falta de bases originó confusion, y siempre por alta de principios estaria envuelto en ella este título de Sala. Dice, *núm.* 15, que no hay posesion derecha sin justo título, citando la *ley* **11**, *tit.* 30, *P.* 3; cita inexacta, y por consiguiente su aserto. Atendidas las *ll.* **1** *y* 6, *d. tit.* 30, dos cosas, y solo dos cosas son necesarias para ganar la posesion, y decirse uno poseedor. La una, voluntad ó intencion de adquirirla; otra, la tradicion, ó entrar en ella por sí mismo, ú otro en su nombre; de suerte que no se puede adquirir faltando una de las dos. Pero debo advertir, que la última se puede verificar, y basta suceda por tradicion fingida ò presunta,

en los mismos términos, que he esplicado *tit. antec. al número* 15, tratando de este modo de adquirir el dominio. Las *leyes* 6, 7, 8 *y* 9 *de este tit.* 30, *P.* 3, traen los mismos ejemplos allí presentados.

No es pues preciso título, hablando en general, para decirse que uno es poseedor de alguna cosa; basta tenerla corporalmente, con ánimo de hacerla suya, *leyes* 1 *y* 6 *d.* Por falta de este ánimo ó intencion, los arrendadores, depositarios, hipotecarios y otros que detentan cosas agenas, no ganan la posesion de las que toman en arriendo, depósito, etc, y por ello nunca pueden adquirir por este medio el dominio, *leyes*, 22, *tit.* 29, 5, *tit.* 30, *P.* 3, *ley* 1, *tit.* 8, *lib.* 11, *Nov. Rec.* Ni tampoco ganan la verdadera posesion los que entran por fuerza en la cosa, ó la roban, *ley* 10, *d. tit.* 30, *y* 1, *tit.* 8, *d.*; porque como dice esta ley última, todos los referidos poseen á nombre de otros. El feudatario de algun heredamiento, el que tenga su usufructo, ó el que le tenga á censo, si se apoderan de él, ganan su posesion, dice la citada *ley* 5, *d. tit.* 30. Pero advierte Greg. Lop. *glosa* 2, debe esto entenderse de la posesion natural, porque en la civil están el propietario, y el dueño directo. Efectivamente convencen de lo recto de esta esposicion las últimas palabras de la ley.

De lo dicho, y de las *citadas leyes* 1 *y* 6, *tit.* 30, se deduce, no ser necesarios para adquirir posesion sobre cosa alguna, los actos posesorios, de que habla Greg. Lop. *glosa* 2 *á la ley* 15, *tit.* 31, P. 3, y con él otros, sin apoyo alguno legal. Hasta la misma *ley* 15, *d. tit.* 31, está terminante en contrario. Por lo mismo (y nótese todo esto con cuidado, porque se ve mucho en la práctica) el principal acto posesorio, el único bastante, es el *uso, tenencia, y aprovechamiento de la cosa*, sea del modo, y por los actos que se quiera.

Núm. 3. *Quiénes pueden adquirir posesion.* Todo hombre sano de entendimiento, puede ganar ó adquirir la posesion por sí mismo, por su hijo, que tenga en su potestad, ó por su personero ó procurador que se apoderen de la cosa, á nombre de su padre ó principal. Y aun el hijo, si la gana á nombre suyo, la adquirirá para su padre, por razon del usufructo que le compete, á escepcion de lo perteneciente al

peculio castrense y cuasi castrense, *ley* 3, *d. tit.* 30, *Partida* 2.

Asi mismo, la pueden ganar los tutores y curadores para los huérfanos, ó locos, que tuvieren en guarda, y tambien el oficial ó síndico del comun de algun pueblo, para dicho comun, como si todos comunalmente se hubieran apoderado de la cosa; siempre que tomasen la posesion en nombre de sus representados, *ley* 4, *d. tit.* 30. En los mismos términos se adquiere en favor del estado, y ganará este su dominio por prescripcion como si fuese un particular, por aquellos, que encargados de la administracion de sus cosas, se apoderan de alguna bajo este concepto, *art.* 12, *de la ley de* 5 *de mayo de* 1835.

Núm. 4. *Modos de perderse la posesion.* Vistos los modos de adquirir la posesion, veamos cuáles son aquellos por que se pierde. Trata de ellos la *ley* 17, *d. tit.* 30, diciendo, que solas son tres las maneras de perderse la posesion de los bienes raices. 1.° Si echan de la cosa raiz al poseedor por fuerza. 2.° Si la entra otro alguno no estando él delante, y cuando viene despues no le recibe dentro de ella. 3.° Cuando oye que alguno entró la cosa de que él era tenedor, y no quiere ir allá, porque sospecha que no le querrán dejaren ella, ó le echarán de alli por fuerza, si entrase. De las cosas muebles dice, que puede uno perder su posesion, aunque no lo sepa al tiempo que la pierde, como sucederia si se la hurtasen. Debo advertir que el referir esta ley tasativamente, los tres modos de perder alguno la posesion de las cosas raices, alli, «non pierde la tenencia della, si non por una de estas »tres maneras» es porque solo quiso hablar de los modos porque la pierde con fuerza que se le hace ó teme, porque segun otras leyes, que voy á citar, la puede perder por otros medios.

Efectivamente, perdemos tambien la posesion de nuestras cosas raices, si el rio en sus avenidas, ó el mar en su acrecimiento las cubriese del todo, de manera, que ni nosotros, ni otro alguno pudiese fincar en su tenencia, *ley* 14, *d. tit.* 30. Y adviértase, que segun esta doctrina, tiene solamente lugar mientras las tierras se hallaren cubiertas de agua, pues luego que fueren descubiertas, usaremos de ellas como antes lo hacíamos.

Asi mismo la perdemos, si nuestros arrendadores metiesen á otro en la tenencia de la cosa que les hubiésemos dado en arriendo, con la intencion de que la perdiésemos, ó nos echasen de ella por fuerza. Pero si los tales arrendadores la desamparasen, aunque fuese maliciosamente, para que otro se apoderase de ella, no la perderíamos, *ley* 13, *d. tit.* 30.

En cuanto á las cosas muebles, perdemos tambien la tenencia, ó posesion de aquellas que cayesen en el mar ó algun rio, *d. ley* 14, lo que debe entenderse, cuando hubiesen caido de tal suerte, que no fuese fácil su recobro. Lo mismo sucede en la huida de las bestias bravas, que habíamos cogido, con la diferencia, que en este último caso, perdemos tambien el dominio, y en el otro le conservamos, pudiendo demandar la cosa á cualquiera que la hallare, *ll.* 14 *y* 18, *d. título* 30, *ley* 19, *tit.* 28, P. 3. Que se pierde tambien la posesion desamparando la cosa el poseedor, con ánimo de no tenerla, es bien claro, *ley* 12, *tit.* 30.

Núm. 5. *Consecuencias importantes de esta doctrina.* Insistiendo en la espinosa cuestion, que propuse ya al *número* 2, digo; que por las disposiciones de las leyes, referidas casi á la letra en aquel número y en el anterior, se convence con evidencia, que atendido lo que de si arrojan, debe sentarse como principio del derecho español: «que el te» ner ó no título no influye nada para adquirir ó perder la » verdadera posesion.» No desconozco el argumento que puede formarse de la *ley* 10, *d. tit.* 30, *P.* 3, refundida en la 1, *tit.* 8, *lib.* 11, *Nov. Rec.*, cuya disposicion referí, *número* 2; pero, tanto en los que roban, ó entran por fuerza cosas agenas, como en los arrendatarios, depositarios &. digo, que las leyes hacen una escepcion del principio espuesto, al negarles la posesion; pero sin destruirlo: ó que lo disponen asi, por poseer los tales á nombre de otro, como dice la citada *ley* 1, en cuyo caso sentí, *núm.* 2, no se gana de ningun modo la posesion.

Para poner esta materia mas en claro debo decir; que en mi concepto, los que exigen título para que haya posesion verdadera, confunden esta con el derecho á poseer, cosas enteramente distintas. Efectivamente, puede uno no tener posesion, y sí derecho á ella, ó á poseer sobre una misma cosa; y tener posesion sin *verdadero* derecho á continuar-

la, ó á poseer. El que segun los tres medios referidos en la *ley* 17, esplicada, está privado de sus bienes; el que carece de ellos por haberlos cubierto el rio ó el mar ¿no tienen derecho á poseerlos? Es evidente que si: ¿y tienen su posesion? Las citadas leyes dicen que no. Luego el derecho á poseer y la posesion, son distintos. Hay mas: antes que el dueño volviese á las cosas cubiertas por el mar, las tomó otro, ¿tendrá este verdadera posesion? Puede que alguien diga que no; pero yo sostengo que sí. ¿Y tiene derecho á poseerlas? Contra otro, que no sea su verdadero dueño ó el estado, lo tendrá; mas de ningun modo contra estos. Por lo mismo, no se puede decir verdadero derecho á poseer, pues igual á él le da toda detentacion aun la mas ilegítima contra todo otro, que no siendo uno de los dichos, perturbe al detentador: y no obstante nadie dirá, que esta dé derecho á poseer. Es pues, distinta en nuestras leyes del derecho á poseer, la posesion.

¿Y es necesario título para adquirir derecho á la posesion de una cosa? No diferenciándose este en nada del *jus ad rem*, mejor dicho, siendo el mismo, claro es, que como este, se adquiriria ó por título legítimo, ó por prescripcion.

No se crea perjudica á lo esplicado la *ley* 3, *tit* 8, *lib.* **11**, *d. Nov. Rec.*, que exige título y buena fé para ser amparado en la posesion el que la tiene solo por año y dia, pues no niega sea poseedor el que entró una cosa del modo dicho, solo sí quiere, no se le ampare en ella caso de disputa, por solo poseer por un año y un dia sin título y buena fé. Por el contrario, de esta ley, cuyo objeto es muy distinto del que nos ocupa, puede formarse un argumento no pequeño á mi favor, puesto que segun ella, debe ser amparado en su posesion el que sin título, y con mala fé poseyó mas de un año, y un dia; ¿y qué es esto, sino declarar poseedor aun al que no le asisten?

Núm. 6. *¿Qué es detentacion?* Es demasiado usada esta voz en el derecho para no ocuparme de ella: el mismo nombre dice; es *la detencion de una cosa agena como tal, y no en el concepto de propia.* Son confundidos muy á menudo los detentadores con los poseedores, y al contrario; pero por lo esplicado debemos distinguirlos perfectamente. Asi se

dirá poseedor, todo aquel que tenga una cosa agena con ánimo de apropiársela, y como suya: esceptuados los que las tienen robadas ó forzadas, los arrendatarios, depositarios, comodatarios, comuneros, y demas que las tienen en nombres de otros. Estos tales son los solos detentadores, y la accion con que las ocupan se llama detentacion. No es pues, del título, buena ó mala fé con que se ocupa una cosa agena, de donde nace la diferencia entre detentacion y posesion, sino de la intencion y representacion; esceptuados siempre los que las roban, ó entran por fuerza, pues estos aunque las ocupen con ánimo de apropiárselas, en odio de su hecho les niega la ley la posesion.

Debo hacer aquí una observacion sobre la doctrina de algunas leyes referidas. Segun *la* 17 *citada del tit.* 30, pierde la posesion el que por fuerza es despojado de sus cosas, y segun la 10 *d. tit.* el que hace fuerza no gana la posesion, y lo que es mas, pierde cualquier derecho que tuviese en la cosa: *ley* 1.ª *tit.* 34, *lib.* 11, *Nov. Rec.* ¿quién pues tiene la posesion? Parece atendidas una y otra, que estará en suspenso, ó sino que será del primero.

Núm. 7. *Resúmen del* §. 1. De lo dicho sobre la importante materia de la posesion sabemos, como se define, y que sea esta; que en las cosas incorporales no se tiene posesion, sino cosa que se le imita, y llamamos cuasi posesion; que una y otra se dividen en natural y civil, *núm.* 1: que sin necesidad de título se gana, con solo entrar y apoderarse de una cosa con ánimo de hacerla suya; que por falta de este, y por escluirlos la ley no la ganan los dichos, *núms.* 2, *y* 5, pero sí ganan la natural los que tienen el dominio útil; que no son necesarios actos posesorios para adquirirla; y que puede ganarse, y tenerse por medio de otros en los términos esplicados, *núm.* 3: que se pierde por diversos modos, *núm.* 4: que la posesion se diferencia enteramente del derecho á poseer, como que este no es otra cosa que el *jus ad rem*, y que este es el que verdaderamente necesita la asistencia de título para adquirirse ó perderse, *núm.* 6: que la diferencia entre poseedor y detentador se toma, no de la falta de título, sino de la ocupacion de las cosas en nombre propio, ó ageno; y por último, que el que por fuerza desapodera á otro de una cosa, pierde no solo su posesion, sino otro

cualqier derecho, que tubiese á ella, *ley* **1**, *tit.* 34, *lib.* **11**, *Nov. núm.* 6.

§. II.

De las prescripciones.

Núm. **1**. *Si la prescripcion es modo de adquirir del derecho civil, ó del de gentes, y su difinicion.* Por el uso de la cosa con justo título y buena fé se adquiere tambien su dominio; pero este modo de adquirir se reputa civil á causa de resistirle á primera vista la razon natural, que no permite se le quite á uno su dominio sin culpa ni intervencion suya. No deja empero de tener mucha equidad, fundada en exigirlo asi el bien público; de suerte, que no hallamos grande reparo en decir, que puede tambien referirse al derecho de gentes secundario. Con efecto, su introduccion la hizo necesaria la pública utilidad y tranquilidad de la república; porque sin ella estarian espuestos á infinitos pleitos los poseedores de cosas, sin bastarles á evitarlos su larga posesion, aunque adquirida por título de compra ú otro legítimo. Podria clamar cualquiera, pretendiendo haber sido la cosa de sus antecesores, y nunca del que la vendió, ó enagenó: y el dominio estaria en incierto con los perjuicios del estado, que se dejan considerar. Con razon la llamó Ciceron fin de la solicitud y de los pleitos.

A este modo de adquirir llamaron las leyes romanas usucapion ó prescripcion, y tambien le dá este último nombre el *tit.* 8, *lib.* **11**, *Nov. Rec.*: y no es otra cosa que; «Adqui»sicion de dominio por continuacion de posesion por el tiem»po, y previos los requisitos prescritos por la ley.»

Núm. 2. *De los requisitos necesarios para la prescripcion; en especial del título.* Para tener lugar la adquisicion de dominio por prescripcion requiérense cinco cosas. **1.°** Razon derecha ó justo título. 2.° Buena fé. 3.° Posesion continuada. 4.° Que la cosa no sea viciosa, esto es, que no tenga en sí impedimento para prescribirse. 5.° El tiempo

tasado por la ley. Adquiriré yo pues, por prescripcion el dominio de una cosa, si habiéndola comprado de quien no era su dueño, creí que lo era, y que me la podia vender; y en seguida la poseí sin interrupcion el tiempo determinado por la ley; y si en la cosa no habia circunstancia alguna, que pudiese impedir su prescripcion, *ll.* 6, 9 *y* 18, *tit.* 29, *P.* 3. Estas circunstancias no concurren de un mismo modo en todas las cosas sujetas á prescripcion; es por lo mismo indispensable esplicarlas con separacion.

El título que debe preceder en la mayor parte de las prescripciones, ha de ser idóneo para transferir el dominio; esto es, que por él adquiriésemos inmediatamente el dominio seguida la tradicion, si procediese del verdadero dueño de la cosa, que pudiese enagenarla. Pero por cuanto viene de quien no lo es, produce solo el derecho de prescribir. Tales son la compra, donacion, permuta y otros semejantes. Y no así por la razon contraria los contratos de locacion, depósito, hipoteca etc., porque estos, aunque procedan del verdadero dueño de la cosa, no transfieren dominio; ni el simulado, aunque en sí sea translativo de dominio; ni el revocable.

Este título, necesario para la prescripcion, en la de las cosas *muebles* debe existir real, y verdaderamente, sin que baste el existimado. De ahí es que no puede prescribir el que tiene una cosa, creyendo haberla comprado ó que se le ha dado, y no es así, á no ser que esta falsa creencia provenga de la ignorancia de un hecho ageno, que le sea tolerable ó inculpable. Por ejemplo, si habiendo dado yo órden á mi procurador que me comprase alguna cosa, me la entregase, diciendo contra la verdad haberla comprado: ó si la tuviese por legado, que ignorándolo yo, hubiese sido revocado; en cuyos casos tendria lugar la prescripcion, *ll.* 14 *y* 15, *d. tit.* 29, P. 3. Nótese que esto tiene solo lugar en cosas muebles, pues Sala, *núm.* 4, *de este tit.*, lo pone como doctrina general, cuando en las citadas leyes 14 y 15, se habla espresamente de cosas muebles.

Núm. 3. *De la buena fé.* La buena fé consiste en creer el poseedor de la cosa, que era dueño de ella, ó tenia facultad de enagenarla el que se la vendió ó dió, *ley* 9, *d. tit.* La *ley* 12, *del mismo tit.* imitando las romanas establece, que

basta tuviese buena fé el poseedor al tiempo que se le entregó la cosa; de suerte que no impide la prescripcion la mala fé, que sobrevenga despues de la entrega. En el contrato de venta es menester tener buena fé al tiempo de celebrarlo, y al de consumarlo por la tradicion, *ley d.*

Gregorio Lopez *en su glos* 1, Covar. *lib.* 1, *var. cap.* 3, *núm.* 7. é *in regula posesor part.* 2, §. 8, *núm.* 5, Vela *disert.* 48, *núm.* 45, Cast. *de tertiis. cap* 26, *núm.* 13, y Mol. *de primog. lib* 2, *cap.* 6, *núm.* 66, y todos los demas intérpretes nuestros, segun afirma el señor Sala, *núm.* 5, en que cita los espuestos, dicen que en este particular seguimos en España al derecho canónico, que en el *cap. últ. de prescript. de las decretales* de Greg. IX establece, debe durar la buena fé hasta el complemento de la prescripcion: cuya disposicion estienden algunos hasta en las prescripciones largas de 30 años é inmemorial.

No deja de ser muy dudosa esta preferencia que los intérpretes citados quieren dar al derecho canónico sobre una ley del reino; y yo entraria en esta cuestion, sino la conceptuára poco menos que inutil, por ser casi ó del todo imposible probarle á un poseedor su mala fé, teniendo título justo, y hábil. Asi es que este segundo requisito de la buena fé depende del primero; y siempre podrá presentar cualquier poseedor su título como un testimonio irrecusable de la buena fé, con que procede. Prescindo de los amaños, que al constituir el título pudieron intervenir; pero si realmente se hizo con fraude, estamos fuera de la cuestion, pues en este caso faltan el título, y la buena fé al principio.

Núm. 4. *De la posesion.* Ya sabemos lo que es esta; por lo mismo solo diré que para adquirir dominio con ella por prescripcion no basta la detentacion, sino que es necesaria la verdadera posesion, y que esta debe ser continua, y no interrumpida, *ley* 9, *tit.* 29, *P. ley* 6, *tit.* 8, *lib.* 11, *Nov. Rec.*

Puede interrumpirse la posesion natural ó civilmente. Del primer modo, porque realmente la pierde el que la tenia por cualquiera de los medios dichos en el *núm* 4, *del* §. *anter.* Y aunque parece no deberia interrumpirse, cuando la posesion se perturba por cubrir el mar ó el rio las cosas, y por efecto de la naturaleza ó casualidad, sin intervencion de hecho ageno, preciso es decir, que la *ley* 29, *d. tit.* 29,

habla en general. *Véase empero su glos.* 2. Se interrumpe la posesion civilmente porque se emplaza, ó pone demanda al poseedor, ó se le reconviene ante testigos; y siendó en deudas, si el deudor la renovase faciendo carta, ó fiadura sobre sí, ó dando peños, ó pagando algo, ó faciendo alguna cosa semejante de estas. En todos estos casos de tal manera queda cortada la prescripcion, que debe empezarse de nuevo; *ley* 29 *d*; *ley* 6, *d. tit.* 8.

Por pasar la cosa á otro, dándosela el que la tenia no se perturba la posesion, asi es que sigue la continuacion del antecesor en su sucesor ya sea heredero universal, ya singular, con tal que estos tengan buena fé, juntándose al tiempo que poseyó el antecesor el del que le sucede. Si pues tú poseiste una cosa mueble dos años, ó nueve una inmueble, y despues soy tu heredero ó me la vendes, poseyéndola con buena fé otro año, completaré su prescripcion, *ley* 16, *d. tit.* 29, *P.* 3; la cual estiende esta doctrina al caso, en que poseyendo alguno cosa agena, la empeñó, y dió al acreedor en prenda, en el cual puede aquel juntar á su posesion el tiempo en que está la cosa en poder del acreedor.

Nótese que esta *ley* 16, para continuar la posesion el sucesor solo exige buena fé en este, sin distinguir entre singular ni universal, ni en que la tuviese buena ó mala el antecesor, como hacian las romanas, y con ellas varios autores nuestros.

Núm. 5. *De las cosas viciosas.* El cuarto requisito para ganar una cosa por prescripcion es, que esta no sea viciosa; quiere decir, que por la ley no esté prohibido adquirir su dominio por prescripcion. Pertenecen á esta clase las siguientes. 1.° Las sagradas, ó de derecho divino, y el hombre libre, *ley* 6, *d. tit.* 29. 2.° Las forzadas ó robadas, y las que alguno tiene escondidas, *ley* 4, *d. tit.*, *ley* 2, *tit.* 8, *lib.* 11, *Nov. Rec.* 3.° Las dadas en arriendo, comodato, depósito, y demas cosas semejantes, que se tienen en nombre de otro, *ley* 22, *tit.* 29, *ley* 1 *tit.* 8, *ds.* 4.° Las plazas, calles, dehesas, caminos, y otros bienes de los pueblos, ó del estado, de que usan todos comunalmente, *ley* 7, *d. tit.* 29. 5.° La accion, que tiene un comunero de alguna herencia, ó cualquiera otra cosa para que esta se divida y se le dé su parte, no puede prescribirla por tiempo alguno el otro coheredero

ó comunero, que la poseyere de consuno sin dividir, *ley* 2, *d. tit.* 8, *lib.* **11.**

Puede ocurrir sobre el contesto de esta ley la duda de si su disposicion se limita á las cosas comunes poseidas como tales por el compartícipe, ó si se estiende aun á las que, siendo verdaderamente comunes, el que las tiene cree no lo son, y las posee, no bajo aquel concepto, sino como privativamente suyas. Yo, sin que pretenda dicidirla, conceptuo mas probable que se limita á las primeras, fundado en las palabras de la ley, principalmente en aquellas, *que la poseyere de consuno*; y en que, pareciendo ser la razon de la ley el poseer el comunero la cosa pro indiviso á nombre de los otros, falta esta en el que la tiene como suya con *buena fé*. Vienen muy bien en apoyo de esta opinion los principios, que dirigen la materia de prescripciones, y que yo esplayaria, sino temiese estenderme demasiado.

Todas las cosas, que van espresadas como viciosas, no se pueden prescribir de ningun modo ni por tiempo alguno, segun las *leyes citadas*. Sala, *núm.* 9 dice con la *ley* 4, *tit.* 8, *lib.* **11**, *Nov. Rec.*, que se pueden prescribir por tiempo inmemorial cualesquiera ciudades y pueblos, y las jurisdiciones civiles y criminales con las cosas anexas al señorío y jurisdicion. Pero nada de esto puede tener lugar despues de *ley de* 2 *de febrero de* 1837, y demas citadas en el *tit.* 2 *del lib.* **1**. Asi es, que deben contarse entre las absolutamente prohibidas de prescribirse las cosas y derechos, que en este he espresado.

Otras cosas hay que, aunque envuelven impedimento para la prescripcione, no es tal que no puedan prescribirse en tiempo alguno. Tales son: **1.°** Las de los menores de 25 años, que solo pueden prescribirse del modo dicho en el *título de restitucion in integrum.* 2.° Las de los hijos, que están bajo la patria potestad, mientras esta dura, *ley* 8, *dicho tit.* 29, *P.* 3. 3.° Las de los ausentes por causa de la república, cautiverio, ó estudios, segun luego diré, *ley* 28, *d. título.* 4.° Las dotes, contra las que no corre la prescripcion, sino despues que el casamiento fuese partido. Con todo, aun en este caso no correrá, si la dote recae en menores, ausentes ó hijos constituidos en patria potestad, como con evidencia se deja ver. Si siendo el marido un pródigo y di-

sipador, callase la muger, sin pedirle la restitucion de su dote, empieza á correr la prescripcion desde el tiempo de la enagenacion, *d. ley* 8, *tit.* 29.

Esta doctrina en cuanto á las cosas dotales debe entenderse, cuando la dote fuese inestimada, dice el señor Sala, *núm.* 8: porque siendo estimada, ya no son dotales las cosas que se dieron en dote, por haberse subrogado por ellas su precio.

Núm. 6. *Del tiempo necesario para las prescripciones.* Es regla sabida en esta materia, que hablando en general y ordinariamente, la posesion para ganar por prescripcion el dominio de las cosas ha de ser de tres años en las muebles, *ley* 9, *d. tit.* 29; y de diez entre presentes y veinte entre ausentes, si fuesen raices, *ley* 18, *d. tit.*: concurriendo, como se deja entender las demas circunstancias esplicadas de justo título, buena fé, y no ser las cosas viciosas, *ds. leyes* 9 y 18, *y las citadas en los números anteriores.* Entiéndese presente, el dueño de la cosa que se trata de prescribir, cuando está en la misma provincia; y ausente, cuando está fuera de ella. Si parte del tiempo estuviese fuera, y parte en la provincia, el tiempo que está en ella se gobernaria por la regla de los presentes, y el en que está fuera, por la de los ausentes, *ley* 20, *d. tit.* 29. Advierto que la ley en la prescripcion de cosas muebles no hace diferencia de presentes ni ausentes.

Esta regla padece no pocas escepciones, pues son varias las cosas que necesitan mas tiempo para prescribirse, y muchas mas las que menos. Tales son, entre las primeras, la enagenada por quien sabe no tener derecho para ello, que no se prescribirá hasta pasar 30 años, sino es que supiese de la enagenacion el que podia hacerla, y callase; en cuyo caso se prescribiria por 10 años entre presentes, y 20 entre ausentes, *ley* 19, *d. tit. P.* 3.

Las cosas raices pertenecientes á alguna iglesia ó lugar religioso prescríbense por la posesion de 40 años, y siendo de la iglesia romana por la de 100; pero para la prescripcion de las muebles bastan tres años, *ley* 26, *d. tit.*

Como el tiempo ordinario de 3, 10 y 20 años, necesario en las prescripciones, se entiende bastante, solo cuando concurren las otras circunstancias esplicadas del título idó-

neo, buena fé, posesion, y de no ser la cosa viciosa, segun ya dije, dispone la *ley* 21, *de d. tit.* 29, *P.* 3, que las cosas poseidas sin título y buena fe, sean muebles ó inmuebles, se ganen por prescripcion de 30 años sin diferencia entre presentes ni ausentes. Y aunque comprende en su disposicion las forzadas, ó robadas, y otras, entiéndase derogada en esta parte por lo dicho, *núm.* 5; puesto que las cosas comprendidas en él, no se prescriben por tiempo alguno; asi como las en este y siguientes, por menos del que espresaré. Advierto ademas que, disponiendo la *d. ley* 21, que la prescripcion de 30 años tiene lugar contra la falta de título, y buena fé, no son segun ella necesarios estos en las prescripciones mas largas. Me esplicaré con un ejemplo. Las cosas eclesiásticas, y las de los pueblos, de que luego hablaré, se prescriben por la posesion de 40 años, pues se prescribirán por este mismo tiempo, aunque falten título y buena fé, porque la falta de estos se prescribe por 30 años, si puede decirse asi, sin distincion de cosas, pues la ley no distingue.

El derecho de exigir imposiciones á algun pueblo ó personas prescríbese por posesion inmemorial, probada segun previene la *ley* 1, *tit.* 17, *lib.* 10 *Nov. Rec*, *ley* 7, *tit.* 8, *lib.* 11, *de id.*: bien que si son de las abolidas por las leyes citadas, *núm.* 5, no se podrán pedir en tiempo alguno.

Núm. 7. *Siguese hablando de otras prescripciones largas.* Aquellas cosas, que, al paso que constituyen el patrimonio de algun pueblo, no son usadas por todos por manipularse en particular, se prescriben por el tiempo de 40 años, ó 44, *ley* 7, *tit.* 29, *P.* 3. sean muebles ó inmuebles, como se ve por los ejemplos que pone la ley. Dije ó 44 años, porque aunque esta dice, que se prescriben por 40 da cuatro mas para pedir contra la prescripcion.

¿Y los bienes del estado, por qué tiempo se prescriben? No sé de autor, ni de otra ley, que hable de esto, fuera de la que ya cité en otro sitio, *de 5 de mayo de* 1835, dicha de Mostrencos, porque se declara qué bienes se dicen tales. Esta en su *art.* 11 dice: «la prescripcion con arreglo á las » leyes comunes escluye las acciones del estado, y cierra la » puerta á las reclamaciones contra los bienes declarados de » su pertenencia en esta ley:» en el 12: «las prescripcio- » nes en igual forma legitiman las adquisiciones hechas á

» nombre del estado. » Los bienes declarados del estado en la ley, repito que son los conocidos bajo el nombre de Mostrencos, esto es, todos los que no tienen dueño conocido, segun indiqué en el *tit. anter.*

Dejando su interpretacion á mis lectores, solo diré, que sobre el espresado *art.* **11** se me ocurren dos dudas, que someto tambien á su consideracion. Una, si en lo que dispone su primera parte abraza todos los bienes del estado, pues parece comprenderlos todos, ó solo los de que trata esta ley: la otra, si la prescripcion, de que habla, es la ordinaria de **10** años ó 3 en cosas muebles, ò de la de 44, que vimos ser necesarios en la de las cosas de los pueblos, á cuya clase y categoria parecen pertenecer los bienes del Estado. El *articulo* **11** solo dice «que la prescripcion con arreglo á las le» yes comunes escluye las acciones del estado » sin especificar si habla de las leyes comunes que arreglan la prescripcion ordinaria, ó de las leyes comunes, que arreglan la prescripcion de las cosas de los pueblos, de cuyas prerogativas es justo que gozen las del estado.

Pertenecen tambien á las prescripciones largas las de las acciones en el juicio ejecutivo, de que me reservo hablar muy luego en particular.

Núm. 8 *Cosas que se prescriben en tiempo mas breve que el ordinario.* Empiezo este número deshaciendo una equivocacion del señor Sala, que indiqué ya en el §. *anterior.* Dice, *núm.* 7 *de este tit.*, que para prescribir la posesion basta un año y un dia, y cita la *ley* 3, *tit.* 8, *lib.* **11**, *Nov. Rec.*: idea inexacta, no mentada en la ley, que, refiriéndose al juicio sumarísimo de ínterin, no debiera mentarse en este lugar. Para poner esto en claro distingo, como que son cosas enteramente distintas, los tres actos de ganar la posesion, ganar derecho á ser amparado en ella, y ganar el derecho á poseer. Siento tener que hablar aqui de cosas que casi es imposible percibir sin estar enterado del juicio de amparo de posesion, que no es de este lugar esplicar. La posesion se adquiere por solo el hecho de tomar una cosa con intencion de apropiárnosla, como espliqué, *núm. anter.*, sin necesidad de que medie mas tiempo que el indispensable al efecto. Para adquirir derecho á ser amparado en la posesion que uno tiene, en caso de litigio, teniendo título justo y bue-

na fé, tampoco es necesario que pase tiempo alguno desde que se adquirió; pero faltando aquellos, es preciso haber poseido por mas de un año, y un dia para ser amparado en la posesion, *d. ley* 3, *tít.* 8, *lib.* **11**. Finalmente el derecho á poseer, no siendo otra cosa que el dominio ó *jus ad rem* que se tiene sobre una cosa, adquiérese y prescríbese por los mismos medios y por el tiempo que este; esto es, por 3, **10**, 30 ó 40 años, segun sea la cosa, como queda esplicado en todo este §., que no se refiere á otra cosa que al modo de adquirir el dominio por prescripcion.

Tres años bastan para prescribirse, y quedar cortadas las acciones siguientes. **1**.ª La que tienen los letrados, procuradores y demas dependientes de los tribunales, para pedir sus salarios, á no ser que antes hubiesen repetido y reclamado el pago, *ley* 9, *tit.* **11**, *lib.* **10**, *Nov. Rec.* que ademas prohibe que pueda renunciarse su contenido. 2.ª La que tienen para cobrar sus servicios ó salarios los que hayan servido á otros, contándose los tres años desde que fueron despedidos. 3.ª La que compete á boticarios, joyeros, menestrales, y otros oficiales mecánicos; y á los especieros, confiteros y otras personas que tienen tiendas de comestibles, por razon de lo que hubieren dado de sus tiendas y hechuras que hubiesen hecho. Los tres años se cuentan en estos desde la entrega de lo comprado ó del trabajo hecho: y basta para impedir esta prescripcion cualquiera peticion de la deuda, aunque fuese estrajudicial, *ley* **10**, *d. tít.* **11**.

Debo decir de paso, que á los artesanos y menestrales les corre el interés de un 6 por **100** del valor que se les adeude y á los criados el del 3, desde que pidieron sus deudas en juicio: y que pueden pedir estas ante la jurisdiccion ordinaria, aun contra toda clase de aforados, esceptuados los militares en activo servicio, *ll.* **12** *y* **13**.

Los arrendadores de rentas reales tienen derecho á cobrarlas durante el año de recaudacion, y cuatro mas; salvo si hiciesen algun acto durante los cuatro años, porque fuese interrumpida la posesion de sus deudores. Pero esto no tiene lugar en las rentas, que directamente se deben á la nacion ó al rey, *ley* 8, *tít* 8, *lib.* **11**, *Nov. Rec.*

En el *decreto de* 5 *de mayo de* 1834, de que hice mencion en el *núm.* 5, *tít. anter.* se lee lo siguiente: «Las in-

:

fracciones de que se trata en este decreto, *prescribirán á los* 30 *dias* en los casos de aguas maleficiosas, ó de cepos y armadijos fuera del cercado; esto es, cuando se cazó ó pescó de este modo en tierras no cerradas: y en todos los demas á *los* 20 *dias.*» Pasados estos plazos, las justicias no procederán de oficio, ni admitirán queja, ni denuncia alguna, *art.* 52.

Debo notar, que en la prescripcion de las acciones de los letrados, oficiales mecánicos etc., de que acabo de hablar en este número, no perjudica la falta de buena fé, y título, como se infiere del silencio de las leyes citadas, cuando es casi imposible que aquellos no falten en los casos que espresan.

Las cosas de los ausentes por causa de la república, en romería, ó estudios, no pueden prescribirse por el tiempo de su ausencia, y cuatro años despues que se restituyan á sus hogares, *ley* 28, *d. tit.* 29, *P.* 3. De modo, que si durante estos reclaman contra la prescripcion que corriera mientras estuvieron ausentes, no se consumará esta aunque pasase el tiempo ordinario. Pero si se consumará en este caso, cuando no usen del favor que la ley les concede hasta pasados los cuatro años; pues concluidos estos, no hay lugar á reclamacion alguna, si pasó todo el tiempo necesario para la prescripcion, debiéndose contar en él en el último supuesto el que corrió durante la ausencia.

Hay otras cosas que se separan de la regla general; tales son, la accion porque se acusa de inoficioso un testamento, que debe entablarse dentro de cinco años, *ley* 4, *tit.* 8, *P.* 6, la de pedir la nulidad de los contratos por lesion enorme, y otras que seria impropio y fastidioso referir aqui, y que por lo mismo se reservan para los correspondientes lugares.

Núm. 9. *Resúmen del §. anterior.* Sabemos por lo dicho en él: que la prescripcion se reputa comunmente modo de adquirir el dominio por derecho civil, y qué cosa sea, *número* 1; que para ganar este por aquella deben concurrir las cinco circunstancias dichas *núm.* 2; que la primera que es el justo título debe ser idóneo, y translativo de dominio, y que en la prescripcion de cosas muebles no basta sea existimado, *d. núm.* 2: en el *núm.* 3 vimos, que segun ley de Partida, basta tener buena fé al principio de la prescripcion, bien que el derecho canónico dispone otra cosa: en el 4, que la posesion, que dá derecho á prescribir el dominio, es la ver-

dadera, y no la detentacion, y que debe ser continuada sin interrumpirse por ninguno de los modos en él dichos: que hay ciertas cosas, cuyo dominio no se puede prescribir de modo alguno, y otras que no envuelven una prohibicion tan absoluta; todas quedan esplicadas, *núm.* 5: que el tiempo ordinario para ganar por prescripcion el dominio de las cosas es de tres años en las muebles sin diferencia de presentes ni ausentes, y de 10 entre presentes y 20 entre ausentes, siendo raices, cuando concurren las otras circunstancias esplicadas: que esta regla tiene varias escepciones esplicadas *núms.* 6, 7 y 8: que por lo dicho en este resulta, no ser necesario tiempo alguno para ganar la posesion: para ser amparado en ella es necesario haberla tenido por mas de un año y un dia cuando se posee sin título y buena fé; pero no asi teniendo estos; y que el derecho á poseer se prescribe cuando el dominio: que ciertas acciones esplicadas, *núm.* 8, se prescriben por tres años, y por cuatro la de los arrendadores de rentas reales aunque falte la buena fé; y por último, que los bienes de los ausentes no se ganan por prescripcion, siempre que cuatro años despues de vueltos á sus hogares interpusiesen la debida reclamacion.

§. III.

De la prescripcion de acciones.

Núm. **1.** *Identidad de la prescripcion de la accion real y del dominio.* Me pareció debia tratarse en particular una cuestion de las mas obscuras del derecho, y cuya mala inteligencia puede llenar de confusion, y aun destruir cuanto va dicho de las prescripciones. Por cuanto la cuestion versa sobre la *ley* 63 *de Toro*, *ley* 5, *tit.* 8, *lib.* **11**, *Nov. Rec.*, entro en ella transcribiendo esta literalmente. «El derecho » de ejecutar, » dice, « por obligacion personal se prescriba » por diez años, y la accion personal, y la ejecutoria dada » sobre ella se prescriba por veinte años, y no menos; pero » donde en la obligacion hay hipoteca, ó donde la obliga-

» cion es mista de personal y real, la deuda se prescriba por » treinta años, y no menos; lo cual se guarde sin embargo » de la ley del rey don Alonso, que puso que la accion per- » sonal se prescribiese por diez años. » Al esplicar esta ley asienta el señor Sala, *tit.* 2, *núm* 10 (y no es él solo á decirlo entre los autores modernos) que la prescripcion del dominio es diferente del modo de prescribir las acciones; dando por razon que, cuando se prescriben estas, se está tan lejos de significar su adquisicion, que por el contrario se adquiere su destruccion, como que la prescripcion produce á favor del prescribente el cortar la accion dándole una escepcion que la destruye. Siento tener que caracterizar esta proposicion y su razon segun la generalidad conque las presentan de falsas, é inexactas y destructoras de cuanto con el mismo autor llevo dicho de prescripciones. Digo atendida la generalidad conque las asientan, pues aunque respecto de la accion personal son muy ciertas, respecto de la real no merecen otro dictado que el proferido. Pero vamos por partes.

Son falsas é inexactas, si se trata de la accion real, porque como se deja conocer con evidencia á la mas simple reflexion, ganado el dominio por la posesion regular, gano ó prescribo por el mismo acto una accion igual para perseguir la cosa; destruyo el dominio del contrario contra quien prescribí, y al mismo tiempo, la accion que le asistia á aquello de que fuera dueño; cosas todas enteramente idénticas. Mas se dice, que la prescripcion de acciones lejos de significar su adquisicion, significa su destruccion ¡qué inexactitud! En la accion real significa uno y otro; adquisicion de accion á favor del prescribente, y destruccion de la accion de aquel contra quien se prescribió. Mas *retorqueo argumentum*: la prescripcion de dominio significa su destruccion, luego no su adquisicion; y es claro que significa su destruccion, porque se destruye el que tenia en la cosa el dueño de quien se prescribió. Convéngase pues en que la prescripcion del dominio produce su adquisicion respecto de uno, y destruccion en otro; adquisicion de accion real en el primero, y destruccion de la misma accion en el segundo; y que por lo mismo, adquisicion y destruccion de dominio, y adquisicion y destruccion de acciones reales son cosas idénticas.

Con respecto á la accion personal, la proposicion de Sa-

la es muy cierta, como no puede negarse Efectivamente, su prescripcion lo mas que puede hacer y hace es destruir la accion del contrario, y dar un derecho general al prescribente de no ser inquietado sobre lo que fue objeto de aquella; mas no el ganar en su virtud dominio. Esto es tan claro que no necesita demostracion. Es absolutamente imposible, que por la prescripcion de la accion personal adquiera dominio el prescribente ni le pierda el otro que tiene la accion á su favor, en razon de que ni le tenia este en su virtud, ni aquel le habia perdido por tener la accion contra sí, pues es bien sabido, que la accion ú obligacion personal da derecho *ad rem*, mas no dominio. No puede por consiguiente la prescripcion quitar á uno y dar á otro lo que no existe.

Núm. 2. *Propónense los argumentos y la cuestion.* Demostratrado esto, veamos como el señor Sala destruye todo cuanto enseñó de prescripciones. Afirma ó parece afirma en el *núm. d*, que la accion real sola, sea ó no mista de personal y real no se prescribe sino por 30 años, comprendiéndola, segun indica en la disposicion de la expuesta *ley* 63 *de Toro*. Siendo cierto esto, y tambien que el dominio no se prescribe hasta prescripta aquella accion, resulta, que el de la mayor parte ó el de todas las cosas no se prescribe sino por 30 años. Y entonces ¿qué es del tiempo ordinario de 3, 10 y 20 años que digimos bastante á prescribir el dominio? Formemos el caso: despues de poseer por 10 años, prévios todos los requisitos de la ley, esplicados en el §. *anter.*, una cosa agena presente su dueño, á los 16, 20, en fin, antes de pasar 30 de posesion, me la viene pidiendo este ¿tendrá derecho á sacármela? El Sala y los que afirman que la accion real dura 30 años deben decir que si, porque durante estos tiene derecho segun él á proponerla y reclamar su cosa. Pero ¡cómo! ¿no gané yo pasados los 10 años su dominio? El señor Sala debe afirmarlo asi tambien. He aqui pues dos acciones enteramente contrarias, destructoras una de la otra; y aqui lo que es peor, destruido todo cuanto va dicho de prescripciones.

Efectivamente, he visto arguir de este modo, y sostener que no se prescribe el dominio de las cosas por los términos establecidos en las leyes de Partida de 3, 10 y 20 años, despues de la 63 *de Toro*, que como posterior es derogatoria

de aquellas. Conozco la fuerza del argumento, dada por cierta la opinion de Sala; y yo pensaria del mismo modo si esta determinase que la accion real dure 30 años; pero en mi débil concepto está muy lejos de ser asi.

Yo opino que la *d. ley* 63 se limita tan solo á señalar ó fijar el tiempo dentro del que se debe hacer uso de la obligacion ò accion personal, y de la mista de esta y la real, tanto en la via ó juicio ejecutivo como en el ordinario: y por lo mismo, que la prescripcion de la accion real ordinaria, ò lo que es igual, la del dominio en general, la deja en los mismos términos que antes se usaba.

Tal es el objeto de este §.: resolver el fuerte argumento que suele formarse contra lo dicho en el anterior y contra todo el sistema de prescripciones. Si hasta aqui me he dilatado sin tocar en lo principal, fue para aclarar y presentar la cuestion en su verdadero punto de vista.

Núm. 3. *Pruébase la proposicion que acabo de sentar.* Conozco es verdaderamente por demas el que me ocupe en probar lo que terminantemente está arrojando de sí la letra de la ley; pero es este un punto que no vi tratado en los términos que yo lo hago: es por otra parte muy importante, y quiero que quede consignada con la posible claridad mi opinion por si agrada á alguien adoptarla. Debo decir pues, que en su fondo no es nueva la disposicion de la *ley* 63; que es conforme á los principios generales de prescripciones; y que ya por las leyes de Partida se prefijó tiempo mas largo para la prescripcion de la accion personal, que para la de la real ó del dominio. La *ley* 22, *tit.* 29, *P.* 3, dice asi: « Perezoso seyendo algun home treinta años continuadamente » que non demandase en juicio sus deudas á aquellos que ge » las debiesen, podiéndolo facer, si dende en adelante ge- » las quisiese demandar, poderse yan amparar contra él por » este tiempo. » Habla la ley de las demandas de deudas; pero es bien sabido que el carácter de estas no es otro que el de las acciones personales y nada mas. Hace por consiguiente una diferencia de la prescripcion de ellas, á las demas prescripciones, señalándole 30 años, durante los que tenia tiempo á perseguir su crédito el acreedor. No da razon alguna la ley de su disposicion; pero bien se puede decir que consiste en que el tal deudor no puede alegar título ni buena fé

y faltando, estos ya vimos que cabe solo la prescripcion de 30 años, *ley* 21, *d. tit.* 29. Esta por lo mismo la *ley* 22 conforme en un todo á las demas que hablan de prescripciones.

Mas en medio de su conformidad el señor don Alonso XI, corrigiéndola, redujo por la *ley* 2, *tit.* 9, *ord. de Alcalá* á 10 años la prescripcion de la accion á cobrar deudas; y de esta ley es correctoria la 63 *de Toro*, segun asegura la misma en sus últimas palabras: y lo es al propio tiempo y no en poco de la *ley* 22 *de P.* como se deja ver de su simple lectura. Véase segun esto, cual es el objeto de estas tres leyes. Correctorias unas de otras, solo hablan y solo se refieren á la prescripcion de la accion personal. Ademas del que resulta de su letra, formo argumento en apoyo de esto de la direccion que dieron á sus interpretaciones cuantos se ocuparon en esponerlas; quienes se entretienen en hablar solo el juicio ejecutivo. Véanse Greg. Lop., *glos.* 1.ª *á d. ley* 22, Diego Perez en la *glosa á la ley* 4, *tit.* 13, *lib.* 11 *de las ordenanzas de Castilla*, Llamas Molina á la *ley* 63 *de Toro*, Feb. 1.ª *parte, cap. núm.* 72 *al* 76, y los que citan.

Circunscribiéndome ahora á *d. ley* 63, no encuentro en ella una palabra que no diga tendencia á las acciones personales; y solo á ellas. Reflexiónense sino las de que usa siempre, « el derecho de ejecutar por obligacion personal la » accion personal y la ejecutoria dada sobre ella, la de obli» gacion tantas veces repetida, que la deuda se prescriba por » treinta años; » toda ella en fin. Añade al último, lo de la obligacion con hipoteca ó la mista de personal y real; pero esto en nada es hablar de la accion meramente real ò de dominio. No tiene otro objeto que el de alargar en tal caso la prescripcion de la accion personal, como era justo, atendido el mayor respeto que se merece la obligacion con hipoteca.

Hay mas: dejamos por supuesto, que la *d. ley* habla de la prescripcion de las acciones ordinarias ya personales ya reales, ¿qué doctrina ha de regir en este caso en las prescripciones? La enteramente contraria á la establecida y observada generalmente, puesto que es cosa demostrada que el dominio se prescribe en un todo lo mismo que la accion. ¿Y hay regla de interpretacion que dicte esto? ¿qué haga presumir fuese este el objeto de los legisladores de Toro? No: no lo es; pues á serlo se hubieran espresado con otra claridad.

Núm. 4. *Fíjase el tiempo, por que se prescriben las acciones personales.* Probado que la *ley* 63 solo dice relacion á lo que debe observarse en la prescripcion de acciones personales, y no en la de las meramente reales, falta únicamente saber qué es lo que dispone acerca de esto. No es de este lugar el esplicarla, como seria indispensable hacer para ponerla en claro; por lo que me limito á decir que, cuando una persona nos debe algo, podremos exigirle el pago por los trámites breves que enseña el juicio ejecutivo, dado que nos asistan las circunstancias que esto requiere, durante **10** años, los que pasados, prescribe el derecho de usar de este remedio breve y sumario: pero durante otros **10** puede pedirse la deuda en juicio ordinario, ò dentro de otros 20 si estaba asegurada con hipoteca; cuyos plazos pasados, prescribe enteramente el derecho á pedirla tanto en juicio ejecutivo como en ordinario. Conozco que todo esto está lleno de obscuridad; pero no es posible hablar aqui con mas claridad. Puede verse esplicada está ley con alguna exactitud en Feb. *lug. cit.*, y en la Curia filípica, 2.ª *part.* §. **1**, *número* 7.

Antes de concluir debo anotar, que algunos al hablar de la *ley* 63 y con su motivo de la prescripcion de acciones citan las *ll.* **21**, *tit.* 29 *y* **19**, *tit.* 22, *P.* 3 para probar que la accion real dura 30 años; idea que no tiene el mas leve apoyo en las espresadas leyes. La última es verdad señala 30 años para prescribirse la accion que trae origen de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; pero tambien lo es que no se acuerda de las otras acciones reales. Pocas veces se le ve al rey sábio caer en contradicciones tamañas cual seria esta. Aun cuanto á lo que asienta debe estarse ahora á lo esplicado con la *ley* 63 *de Toro*, segun Feb., 2.ª *part.*, *libro* 3, *cap.* **1**, §. **13**, *núm.* 482.

Núm. 5. Reasumiendo lo dicho resulta por el *núm.* **1**, que prescripcion de dominio y prescripcion de acciones reales son una misma cosa, y que por lo mismo se adquieren ó pierden de un mismo modo y por un mismo é idéntico acto; pero que prescripcion de accion personal y de dominio son enteramente distintas: de consiguiente, que el decir que habla la *ley* 63 *de Toro* (*es la* 5, *tit.* 8, *lib.* **11**, *Nov. Rec.*) de la de las acciones reales, es destruir toda la doctrina de

prescripciones; mas tan lejos de eso solo versa acerca de las personales, como se probó principalmente por sus mismas palabras, *núms.* 2 *y* 3: y en el 4 vimos por último, dentro de que tiempo se pierde ó lo que es lo mismo, debe entablarse la accion personal ya en la via ó juicio ejecutivo ya en el ordinario, esté ó no asegurada con hipoteca.

Podria tratarse en este título de las acciones ó juicios que llaman interdictos, por ser todo su objeto la posesion; pero me parece mas propio de ellos en el juicio sumarísimo de ínterin.

TITULO III.

De las servidumbres personales y reales: y de la denuncia y construccion de obras.

Títulos 31 *y* 32, *P.* 3.

§. I.

De las servidumbres personales.

Núm. **1.** *Qué es servidumbre en general; como se di viden y definicion de las personales.* Como las servidumbres son un derecho real tan semejante al dominio, segun he manifestado en el *tit.* **1**, §. 2, *núm.* **1**, pareció á los componedores del libro de las Partidas tratar delas servidumbres en el *tit.* 31 *de la Part.* 3, despues de haber hablado en los dos antecedentes del dominio y de la posesion y prescripcion. Seguiremos su orden, aunque no en un todo, pues determino tratar primero de las servidumbres personales que de las reales, por parecerme debe posponerse esta accidental y pequeña inversion del orden que sigue *d. tit.* 31 al mejor y á la claridad que resultará sin duda de unir las últimas á las materias que pienso tocar en el §. 3.

Servidumbre en general es «derecho y uso que tienen los » hombres en los edificios ó heredades agenas, para servirse » de ellas en utilidad de las suyas ó de sus personas.» Y adviértase llamarse derecho solo respecto del dueño á quien se debe.

Divídense las servidumbres en *personales y reales*: estas admiten varias subdivisiones de que ya hablaré. Se dicen personales aquellas que solo se dirigen á la utilidad de la persona, sin señalamiento, respecto, ni beneficio de sus cosas,

ley **1**, *tit.* **31**, P. 3. Suelen señalarse por tales el usufructo uso y habitacion: pero pueden ser tantas como los diversos provechos y utilidades que las cosas pueden prestar á las personas. Estas servidumbres se espresan siempre con el nombre especifico que tienen; de suerte que cuando se pone el general *servidumbre*, sin añadidura alguna, se entiende de las reales.

Núm. 2. *Del usufructo; sobre que cosas puede constituirse, y como.* De las servidumbres personales es la principal y frecuentísima el usufructo: y no es otra cosa que «de»recho de usar de casas, tierras, ganados, ú otra cosa agena, »que pueda dar renta, aprovechándose de todos sus frutos.

De esta definicion, sacada con exactitud de lo que dispone la *ley* 20, *tit.* 3, *ley d.*, parece inferirse, que no puede constituirse el usufructo sobre cosas fungibles, esto es, que se consumen del todo usándolas, ni sobre las que se deterioran por el uso, como son vestidos, vasos y alhajas de plata, caballos y otras, por cuanto estas mal se puede decir que den renta y frutos. Con todo, por cuanto no lo prohibe la ley espresamente, no se halla grande inconveniente en que uno deje á otro el usufructo de tales cosas, y que este las aproveche del modo que luego diré.

Los de constituirse el usufructo son los mismos porque se adquiere otro cualquier derecho en las cosas agenas; esto es contrato, instituccion por última voluntad, y prescripcion, *ll.* **14** *y* 20, *d. tit.* **31**: á escepcion del modo legal de constituirse el que goza el padre en los bienes adventicios del hijo, cuyos derechos, muy distintos de los de los otros usufructuarios, en muchas cosas, vimos ya en otro sito. Que puede establecerse el usufructo por tiempo cierto y bajo condicion, segun quiera el que le concede, es cosa clara.

Núm. 3. *Derechos del usufructuario.* Que pertenecen al usufructario todas las rentas y frutos de la cosa en que tiene el usufructo sin distincion de naturales ó civiles, esto es, ó nacidos de la cosa misma, ó producidos y percibidos por ocasion de ella: y que los puede vender como quisiere; he aqui lo que nos dice la *ley* 20, *tit.* **31**, *P.* 3, y no se de otra, que hable de esto, acerca de la materia espinosa, que debo tratar en este número. ¿Y qué clase de emolumentos de las cosas, pues pueden ser y son muy varios, se

reputan frutos suyos, y por lo mismo pertenecen al usufructuario, y cuáles no? Esto era lo que debia especificarnos la ley, para poder distinguir algunos casos importantes, pero no lo hace.

Con todo de lo que ella dice puede deducirse y sentarse como principio, que corroboran otras que iré citando, «que »el usufrutuario tiene derecho á aprovechar y sacar de las »cosas, cuyo usufructo se le concedió, todos aquellos frutos y »emolumentos que suelen reputarse tales en el pais, y del »modo que los propietarios prudentes usufructuan en el mis»mo sus cosas. »

Pasando á la aplicacion de esto, solo diré del usufructo de casas, ganados, y tierras, que no se entienden frutos de estas, sino parte de su propiedad; el estiercol y demas barbechos de esta clase; y que por lo mismo, al acabarse aquel, deberá restituirlas con las mismas culturas, con que las recibió; y que de los ganados podrá matar algunos, con la obligacion, que luego diré, percibir su leche, crias, y estiercol, y dedicarlos á la labranza ó al trabajo, que soliesen prestar. Por esta última razon un caballo de cria ó de lujo, por ejemplo, no deberá destinarlo á alquiler, un jardin, á tierra labrantia etc.

Las cosas fungibles, cuales son, el vino, aceite, y demas que no se usan sin consumirlas, podrá aprovecharlas como mejor le agrade, pues de cualquier modo que lo haga siempre será consumiéndolas, y tendrá que restituir todo su valor. Por esto, solo en un sentido muy lato se puede decir usufructo, ó cuasi usufructo como suele llamársele, el de estas cosas, en nada diferente del verdadero mutuo. Las que se deterioran por el uso deberá usufructuarlas en un todo arreglado al principio espuesto, ó como suele decirse, á arbitrio de buen varon.

Todas las cosas dichas no envuelven mayor dificultad; pero pregunto ¿qué clase de utilidades, qué emolumentos puede sacar de ellos uno á quien se dejaron árboles, ó un bosque en usufructo? La *ley* 27, *tit.* **11**, *P.* 4, dice hablando del usufructo del marido en los bienes dotales, que no serán suyos los árboles que tajase, «no siendo acostumbrados de »tajar; ca non puede tomar, nin contar por fruto el árbol; »como quier que podria llevar el fruto de él, ante quel cor-

»tase.» Por esta ley vemos, que al marido usufructuario de los bienes de la muger no se le permiten cortar toda especie de árboles; pero sí por lo que indica, los que sean acostumbrados de tajar.

Esto supuesto, respondo á la pregunta, distinguiendo el caso en que los árboles, cuyo usufructo se tiene, constituyen bosque, del en que por ser tan pocos no merecen esta consideracion. En el primer caso me parece indudable que podrán cortarse cuantos árboles permita el uso del pais ademas de los esquilmos de repola, fruta si la dan, como el castaño, y avellano, y demas de esta clase, por dictarlo asi la dicha ley, el principio espuesto, y la naturaleza del usufructo. Efectivamente, este consiste en gozar las cosas, salva su sustancia, y aqui se conserva la sustancia, y constitutivo de bosque que consiste, no en la tierra, como dicen algunos, ni en los árboles considerados en particular, sino en el conjunto, que todos ellos formen.

No constituyendo bosque los árboles siendo frutales, no se pueden cortar mientras den fruta, segun la ley dicha; pero no siéndolo, envuelve mayor dificultad. Los principios del usufructo dictan que sea *salva rerum sustantia* ¿y quien podrá dudar que ehando abajo árboles, que por ser tan pocos no constituyen bosque, se acaba con sus frutos y sustancia? Por otra parte, la *ley* 27, *d.* permite cortar los árboles que hay costumbre de hacerlo, y los árboles no verdaderamente frutales; aun los castaños es no menos cierto se acostumbran á tajar. Segun esto, me parece que podrá cortarse alguno que esté muy en sazon; pero bajo la estricta obligacion de acordarse en tiempo de tener plantados otros, de modo que concluido el usufructo puedan ya ser de alguna utilidad al sucesor.

Los frutos pendientes al tiempo de constituirse el usufructo, por lo regular y comunmente suele decirse que pertenecen al usufrutario; por el contrario, los que quedan pendientes al acabarse; todo fundado en el principio del derecho romano; «que los frutos pendientes se reputan parte de »la cosa, y siguen su condicion.»

Bien que en el último caso, los herederos del usufructuario tendrán derecho á cobrar las espensas hechas en labores, semillas etc., aunque no las culturas si el recibiera ya la tierra

con ellas. *Feb.* 2.ª *part. lib.* **1**, *cap.* 7, *núm.* 45. Con respecto á las pensiones de frutos arrendados, dice al *núm.* 46, que debe observarse lo mismo, si los colonos no los tenian cogidos al acabarse el usufructo; pero que si los separaran ya del fundo, pertenecerian al usufructuario, por suponerse cogidos por este. Por el contrario el señor Hernandez de La Rua, *lec.* 24, dice que deben prorratearse entre el propietario y herederos del usufructuario, segun esplicaré al hablar de mayorazgos, y lo funda en que los frutos civiles ó rentas de arrendamiento vencen por dias, ó lo que es lo mismo, si el usufructuario gozára por sí ó percibiera cada dia la utilidad.

Como por el *decreto tantas veces citado de 5 de mayo de* 1835, pertenece al dueño del fundo la mitad del tesoro que en él se encuentre, puede dudarse si el hallado en terreno ó edificio dado en usufructo pertenece al propietario ó al usufructuario. Febr. *lug. cit. núm.* 6, y Sala, *núm.* **11**, opinan que al propietario, porque el usufructuario tiene solo derecho á los frutos ordinarios de la cosa, y el tesoro mal puede decirse tal. Si el inventor es el mismo usufructuario, entonces es claro que le pertenece la mitad asignada á este por la *ley* 45, *tit.* 28, *P.* 3, cuya observancia restableció el mencionado decreto.

Núm. 4. *Obligaciones del usufructuario.* Lo primero que debe practicar aquel, á quien se concedió el usufructo de alguna ó algunas cosas, es formalizar inventario de ellas con las correspondientes formalidades, pues aunque no hay ley que lo preceptue, tiene que hacerlo asi por ser casi imposible de otro modo dar la fianza y cuentas á que está obligado, y deberá estrechársele á ello en caso de pedirlo el propietario, *Febr. lib.* **1**, *cit. cap.* **1**, *núm.* **101**. Añade este, que no es necesario que haga inventario solemne, como el heredero y otros, sino que basta una descripcion, y nómina simple en que se comprendan con la debida claridad y exatitud el estado y valor de lo que debe restituir. Asi es, que si por ejemplo, se legó á uno por otro el usufructo de todos sus bienes, deberán incluirse en el inventario los frutos cogidos, y pensiones que deje vencidas, y estando beneficiadas las tierras, sus labores, semillas, y culturas, porque reputándose todo propiedad del legante, deberá restituirse al sucesor en

ella con los demas bienes. Que debe hacerse el inventario ante testigos, y aun ante inteligentes que sepan apreciar el valor de lo inventariado, y con citacion del interesado mas inmediado, ó en su defecto, con un defensor, que se nombre á los bienes, es cosa clara.

Está igualmente obligado el usufructuario á dar fianza de que cuidará la cosa, como si fuese suya propia; de que no se perderá ni empeorará por su culpa; y que cuando se acabe el usufructo la restituirá á su dueño, ó á quien se le haya mandado. Por esto y por lo dicho en el número anterior se ve que no puede enagenar, ni empeñar la cosa, *ley* 20, *d. tit.* 31, *P.* 3.

Como se acostumbra conceder en usufructo cosas de diversas especies examina con razon Febr. *d. cap.* 7, §. 2, hasta donde se debe estender la fianza, y su restitucion en unas, y hasta donde en otras. Al *núm.* 19 dice, que si legan á uno usufructo de bueyes, caballos, y otras cosas improductibles no está obligado á su restitucion en caso de fallecer sin su culpa. Lo mismo se entiende siendo hembras, si eran, no un rebaño, sino ciertas cabezas en particular; á no ser que criasen algun hijo, pues debe conservarlo. Asi lo dicta la naturaleza del usufructo, y se infiere de las *ll.* 20 *y* 22, *d. tit.* 31, P. 3. En el *núm.* 24 afirma, que el usufructuario de cosas, que se consumen con el uso, tiene que dar fianza de restituir su valor concluido el tiempo. En esto no hay duda: ¿mas sino se consumen, solo si las deteriora el uso como vasos de plata, vestidos etc? Aunque es dudoso si deberá restituirlos segun queden al concluirse el usufructo, ó el valor que tenian al constituirse este, él con todo, *núm.* 25, se inclina á lo primero, y que por lo mismo solo debe dar fianza de usarlos á arbitrio de buen varon. A no ser asi poca ó ninguna utilidad sacaba del tal usufructo; y cuando se le concedió es regular que fuese por servirle.

Febr. *d. cap.* 7, *núm.* 16, *y* 1, *núm.* 102, empéñase en sostener que no puede el que concede el usufructo relevar de hacer inventario, y dar fianza al usufructuario. Pero como dice muy bien el antes citado señor La Rua, si podia conconcederle propiedad y usufructo ¿por qué no podrá relevarle de una fianza dirigida á asegurar aquella? Tanto mas cuanto viendo el sucesor en la propiedad que el usufructua-

rio abusa, ó la justicia en su ausencia, puede usar de la accion que le compete, para que se le declare concluido el usufructo.

Las personas que no están obligadas á hacer inventario, ni á afianzar, y sea dicho de paso, son el marido por los bienes que usufructuan de su meger, *ley* 20, *tit.* **11**, P. 4; los padres por los de sus hijos, y los poseedores de mayorazgo y bienes eclesiásticos, á no ser en el caso grave de abuso probado. Los ultimamente dichos les exime la costumbre, aunque no hay ley que diga que la den, ó dejen de darla, Veg. *tit. de serv. cap.* 2, *sec.* 2.

Núm. 5. *Siguese hablando de las obligaciones del usufructuario.* Debe este, en conformidad de lo que ya va esplicado, cuidar bien las cosas, cuyos cuidados deben ser tan diversos, como lo pueden ser estas. Empezando por las casas y edificios digo que su usufructuario no está obligado á mas que á las reparaciones moderadas de sosten, á evitar que se caiga ó empeore por su culpa, *ley* 22, *d. tit.* 31, *P.* 3; y si hace otras, deberán abonársele. Asi lo dice hablando de la dote la *ley* 32, *tit.* **11**, *P.* 4: pero debo advertir, que esto último no tiene lugar en el usufructuario de bienes eclesiásticos ó de mayorazgo, como diré al tratar de estos; y que los otros usufructuarios no tienen que tomar en cuenta de estas mejoras, que hicieron sin estar obligados, los frutos percibidos como dije de otros poseedores en el *tit.* **1** *de este lib., número* **14**; pues va mucho de los frutos percibidos por el poseedor de cosa agena, á los percibidos por uno á quien se deben, cual es el usufructuario.

De lo asentado por la citada *ley* 22, infiérese que este no está obligado á reedificar lo inutilizado por el tiempo ó caso fortuito, á no ser que diesen ocasion á esto por no hacer las debidas reparaciones en el tiempo ordinario y oportuno: y que no hay una razon en que puedan apoyarse esas sumas tan exorbitantes, que suelen exigirse por desperfectos á los eclesiásticos.

El que tiene usufructo de tierras debe labrarlas, estercolarlas y cultivarlas bien. El de viñas, amaderarlas si son de esta clase, y plantar cepas en lugar de las que se sequen. El de árboles, debe plantar otros en lugar de los que se *sequen*, dice la *ley* 22 y de los que hubiese cortado, ya compongan

bosque ó no. El usufructuario de ganados, si componen rebaño, debe conservarlos en pie, y lo mismo siendo hembras que den hijos, *d. ley* 22; pero no será responsable ni en uno ni en otro caso si perecieren todos sin su culpa, de modo que no quede hijo ni hembra alguna con que reponerlos.

Es igualmente obligado el usufructuario á las cargas anuales, como contribuciones y pensiones, réditos de censo, si lo que usufructúa está grabado con él, y demas reputadas cargas de frutos, *d. ley* 22, *tit.* 31; pero las que pesen sobre la propiedad son de cuenta del propietario, por ejemplo la redencion de un censo, y por lo regular y ordinariamente, el pago de las deudas del anterior dueño de la propiedad. Dije ordinariamente, porque aunque es principio sentado *que la obligacion personal no pasa al particular sucesor*, cual es el usufructuario por lo regular, puede haber casos en que se observe lo contrario. Véase Feb., *d. cap.* 7, *núm.* 9.

Núm. 6. *Modos de acabarse el usufructo.* Se estingue este: 1.° Por la confusion ó consolidacion de dominios, esto es, por adquirir el usufructuario la propiedad de la cosa, ó el propietario su usufructo. 2.° Por la remision ó condonacion, que casi viene á ser el mismo que el anterior. 3.° Por la prescripcion, ó no uso por el tiempo de 10 años entre presentes, y 20 entre ausentes, *leyes* 13 *y* 17, *dicho título* 31. 4.° Por la muerte ó destierro perpétuo del usufructuario, *ley* 24, *d. tit.* 31, *P.* 3. 5.° Por haberse cumplido el tiempo, ó condicion bajo que se concediera: si nada dijese el concedente, durará toda la vida de aquel á quien se concede, pues esta se supone ser la duracion de todas las servidumbres personales, *ley* 27. 6.ª Se acaba igualmente enagenándole el fructuario á favor de un tercero, en cuyo caso se consolida tambien con la propiedad; pues aunque puede vender, arrendar ó dar á otro la percepcion de los frutos, no así el mismo derecho que él tiene, *d. ley* 24, *ley* 3, *tit.* 8, *P.* 5. Los intérpretes para esplicar esto con mas claridad distinguen dos derechos en el usufructuario. El uno real ó de comodidad consistente en el hecho de percibir los frutos que nadie puede impedirle; y otro personal inherente á su persona, de los cuales puede enagenar como quisiere el primero, cuya duracion pende del segundo; pero si intenta enagenar este siempre se estingue, y va á unirse con la propiedad.

7.º Concluyese tambien pereciendo y concluyéndose la cosa, en que se tenia, *ley* 25, *d. tit* 31. 8.º Si fuese dejado á alguna ciudad ó villa, sin espresion de tiempo, dura cien años, y pasados ellos se acaba y une á la propiedad: y se acabará aun antes de ellos, si se despoblase del todo, labrándose ó quedando yermo su sitio, *ley* 26, *d. tit.* 9.º Por concluir y finalizar el derecho que tenia en la cosa el que le concedió, segun ya tendré ocasion de esplicar. Véase el *núm* 5, *tit. de Arrendamientos.*

Sobre el modo de acabarse el usufructo legal que los padres tienen sobre los bienes de sus hijos ya dije algo, título de patria potestad, lo que continuaré esplicando en los lugares oportunos.

Núm. 7. *Del uso y habitacion.* La segunda especie de servidumbres personales es la conocida por el nombre de *uso* que puede definirse «derecho de usar de cosa agena fructífera, »aprovechándose de solos aquellos frutos bastantes á cubrir »sus necesidades, y las de su familia.» En el número de estas compréndese todo aquello que es indispensable, no solo para cubrir las primeras necesidades, sino tambien las que emanan de la clase y posicion del usuario; y aun los oficios de pura amistad, tal es el hospedar á un amigo en la casa que se tiene en uso, y otros de esta especie.

Todo cuanto va dicho del usufructo, modos de adquirirle y perderle, de aprovecharse de él, etc. tiene lugar en el uso, á escepcion de las diferencias, que voy á espresar, y las que á ellas son consiguientes. Las principales son: 1.ª Que al usuario no pertenecen todos los frutos como al usufructuario, sino solamente los que necesita para su familia: y de ahi es, que nada puede tomar para dar ni vender, *ley* 20, *d. tit.* 31, *P.* 3. De consiguiente, si muriese teniendo algunos percibidos y no consumidos, no serian de su heredero sino del propietario. 2.ª Que el usuario de bestias puede usar de ellas para sus labores, ú otro servicio suyo, cual será el percibir su leche, estiercol, crias, etc.; pero no las puede alquilar, ó prestar ni tampoco sus productos á favor de otro, *ley* 21, *d. tit.* 3.ª Que el usuario no debe pagar las espensas del reparo de la cosa, ni los tributos ò pechos sobre ella impuestos, *ley* 22; sino es que diese tan cortos frutos, que todos fuesen del mismo usuario.

La tercera servidumbre personal se llama de habitacion ó morada, y es *derecho de habitar en casa agena con la compañía, que tuviere.* Se distingue del usufructo de una casa en que puede en este destinarse para toda clase de servicios, de que sea capaz, cuando el derecho de habitar debe contenerse dentro de los límites de la habitacion; asi es que en una casa, grabada con esta servidumbre, no podrá destinarse á graneros ó almacenes sus piezas habitables: y del uso, en que en este no puede el usuario percibir mas que conforme á su necesidad, y gozando por sí mismo y su familia, y el habitador puede arrendar ó alquilar la casa ó sus piezas á otras personas que la habiten, con tal que hagan buena vecindad, *ley* 27, *d. tít.* 31, *P.* 3.

La servidumbre de habitacion, aunque la ley no lo dice espresamente de suyo, se deja ver que se acaba por la muerte, ó conclusion del tiempo determinado, y por la remision, *d. ley* 27, por la prescripcion, abuso y demas modos que las otras servidumbres personales.

Núm. 8. *Resúmen del* §. 1. Sabemos por lo en él dicho, qué es servidumbre en general, que se dividen en reales y personales, que de estas la principal es el usufructo, cuya definicion, con las cosas sobre que puede constituirse, y modos porque suele hacerse, vimos *núm.* 2: que el usufructuario puede sacar de la cosa todos aquellos frutos y provechos, que la costumbre repute tales, segun queda especificado en algunas clases de cosas, *núm.* 3: que los frutos naturales pendientes al constituirse el usufructo pertenecen al fructuario; no asi los pendientas á su disolucion; y que es dudoso si debe observarse esto mismo con los civiles: que del tesoro encontrado, si él mismo es el inventor percibirá la mitad como tal; pero nada segun lo mas probable, hallándole otro, *d. núm.* 3: que el usufructuario está obligado á hacer inventario, y á afianzar, observando en su constitucion lo dicho, *núm.* 4, á no ser que el concedente, la ley ó la costumbre le releve de ello: que debe igualmente cuidar la cosa de modo que evite el que se arruine por falta de los debidos reparos, sin estar obligado á mas por esta parte; de que se infiere, que no son de su cuenta los menoscabos que padezca por ocasion, vejez ú otro defecto inculpable, y que deben abonársele las espensas mayores: que el usufructuario

de árboles debe ir reponiendo con la debida anticipacion, los que se sequen ó corte; y el de ganados que den crias lo mismo, aunque sus madres hubiesen perecido por ocasion, á no ser que pereciesen madres é hijos, *núm.* 5: en el 6 vimos los modos de acabarse el usufructo, que convienen tambien á las otras dos servidumbres del uso, y habitacion, esplicadas en el *núm.* 7.

§. II.

De las servidumbres reales.

Núm. **1.** *Qué cosa sean, y cómo se dividen.* Queda espresada en el *núm.* **1** *del* §. *ant.* la definicion de la servidumbre en general, en cuanto comprende las personales y reales. Dícese servidumbre real, cuando el derecho de usar de cosa agena está constituido á favor de otra cosa inmueble, ó si en favor de una persona es solo con respecto, y por relacion á una cosa suya.

Puede ser *rústica* ó *urbana*. Dícese rústica, la que debe una heredad á otra, de cualquier clase que sea, aunque esté destinada á jardines, huertas ú otras cosas de recreo; y urbana, la constituida á favor de edificios, *ley* **1**, *tit.* 31, *P.* 3.

Divídense tambien las servidumbres reales en *contínuas* y *descontínuas*; y en *afirmativas* y *negativas*. Continuas decimos ser aquellas de que usamos cada dia, como se esplica la *ley* **15**, *d. tit.*, poniendo por ejemplos las cinco primeras, que luego referiré en la clase de urbanas; y descontínuas por lo contrario, las de que no usamos cada dia, de las que pone tambien ejemplos en las tres primeras, que contaré entre las rústicas. La de llevar agua para regar nuestra heredad la pone la misma *ley* **15**, en su primera parte entre las contínuas, y en la segunda entre las descontinuas; pero ella misma allana esta dificultad, pues hablando en esta segunda parte del agua, que viene una vez en la semana, en el mes ó en el año, y no cada dia, dá á entender manifiestamente que en la primera habló de la que cada dia viene ó usamos.

La servidumbre afirmativa consiste en el uso que se tiene sobre cosa agena, como sucede en la mayor parte de las servidumbres; la negativa en el derecho que puede asistir á uno para impedir que otro haga en sus cosas aquello que naturalmente y en derecho podia hacer. Tal es la 5.ª que pondré entre las urbanas.

De la definicion y divisiones que van espuestas de las servidumbres reales, déjase inferir que para su constitucion debe haber dos predios, uno *dominante*, por cuyo respeto y beneficio se constituye, y otro dicho *sirviente*, porque sufre la carga.

Núm. 2. *Qué clases se conocen de servidumbres urbanas.* Estas, que como acabamos de ver son las que ha una casa ó edificio en otro, son de varias especies ó clases, esto es, se constituyen para diferentes fines, que se refieren en la *ley* 2, *d. tit.* 31, *P.* 3. Las principales son: **1.** El derecho de que la casa del vecino haya de sufrir la carga de ponerse en ella un pilar ó columna, sobre que pueda yo edificar en la mia. 2. El derecho de agujerear la pared del vecino, para meter en ella una viga en beneficio de mi casa. 3. El mismo derecho para poner una ventana que dé luz á mi casa. 4. El derecho de echar el agua que cae sobre mis tejados, á la casa de mi vecino por canal, caño, ó de otra manera. 5. El derecho de poder prohibir á mi vecino que levante mas su casa, quitando la vista y la luz de la mia, ó pudiéndomela registrar. 6. El derecho de entrar en mi casa ó corral por la casa ò corral de mi vecino. Las leyes romanas llamaron á la **1** de estas servidumbres *oneris ferendi*; á la 2, *tigni immitendi* á la 3, *luminum*; á la 4, *stillicidii recipiendi vel fluminis avertendi*; á la 5, *altius non tollendi*; y la 6, no la establecieron formalmente.

Las mismas leyes reconocieron otras servidumbres menos frecuentes; y tambien manifiesta haberlas nuestra citada *ley* 2, diciendo al fin, despues de haber referido las espresadas, ó alguna semejante de estas que sea á pro de los edificios.

Núm. 3. *Se refieren las clases de servidumbres rústicas.* Rústica servidumbre es, segun ya dije, aquella que ha una heredad ó campo en otro, y son tambien muchas sus especies; las mas frecuentes son las que se siguen. **1** *Senda*, esto

es, derecho de pasar por la heredad de otro, yendo á la mia á pie ó cabalgando solo, ò con otros, de manera que vaya uno detras del otro, y *no en par*. La anchura que debe tener el sitio del tránsito, la indica bien esta última circunstancia, en los casos que no esté regulada por el uso ó por convenio de los que la imponen. 2. *Carrera*, que es derecho de llevar bestias ó carretas cargadas á mano, cuyas cosas no puede llevar el que tiene senda. Su anchura debe ser mayor que en esta proporcionalmente. 3. *Via*, esto es, derecho de ir por heredad agena á la nuestra á pie ó cabalgando, solo ó acompañado, y llevar carretas ó piedras, ó maderos arrastrando, ú de cualquier otro modo que fuere menester para la utilidad de nuestra heredad. Debe tener la anchura que las partes hubieren convenido, y si no la señalan, la de *ocho pies en lo derecho ó recto y diez y seis donde tuviese alguna tortura*, *ley* 3, *d. tit.* 31, *P.* 3. 4. La que los romanos llamaron *aquæductus*, esto es, derecho de llevar agua por heredad de otro, para nuestros molinos ó regar nuestras tierras, *ley* 4. 5. El derecho de sacar yo agua de la fuente y pozo de otro para beber yo, ó mis labradores, bestias, y ganados; y teniendo conseguido este derecho, le tengo tambien para entrar y salir en la heredad, en que está el agua, siempre que esta me fuere menester. 6. El derecho de meter mis bueyes ú otras bestias en prado ó dehesa de otro, *ley* 6, *d. tit.* 31, P. 3. 7. El derecho de sacar yo tierra, arena ó hacer cal en heredad de otro, para hacer casa en la mia, ú otro uso, *ley* 7, *d. tit.* 31.

Núm. 4. *Derechos y obligaciones respectivas de los dueños del predio dominante y sirviente.* Asi como el dar mas ó menos amplitud á la carga ó derecho de servidumbre depende de la voluntad de los dueños, del mismo modo á esta se arreglarán sus obligaciones respectivas, sin que pueda, cuando la espresan, darse otra regla mas que sus tratos. Pero suponen las leyes, y dictan ciertas circunstancias, observables cuando nada se trató sobre ellas, que conviene espresar. Debe tenerse por regla, que el dueño del predio ó edificio dominante debe servirse con el menor daño posible del sirviente, pudiendo hacer solo aquellas cosas necesarias al efecto, y nada que no sea conducente, ó sea contrario á esto: y el del sirviente no puede hacer tampoco en él cosa que impida ó

destruya la servidumbre. Las *leyes* 4 *y* 5, *d. tit.* 31, P. 3 ofrécennos dos ejemplos en confirmacion de esto, aplicables á otros muchos casos.

Dice la primera que es obligacion del dueño del predio dominante guardar ó mantener el cauce, acequia ó canal por donde corre el agua, de manera que no puede ensanchar, alzar ni bajar, ni hacer daño á aquel por cuya heredad pasare. Si este mismo dueño, dice la 5, tuviere el derecho de llevar el agua de fuente que naciere en heredad agena, no podrá el amo de esta conceder á otro el mismo derecho sin consentimiento de aquel, sino es que fuese tanta el agua que abundare para las heredades de ambos. Véase comprobada la segunda parte de la regla espuesta.

Es sensible el silencio que guardan nuestras leyes sobre el caso tan frecuente de á quién corresponde reedificar, caso de arruinarse la cosa que sufre la servidumbre, si á su dueño ó al de la dominante.

En derecho romano es bien sabido el axioma, *servitus non in faciendo, set in patiendo consistit*; es decir, el dueño del predio sirviente no debe hacer nada mas que sufrir lo que otro hace, esto es, la servidumbre: axioma á lo menos implícitamente reconocido en el nuestro, como demostraré. De lo que va dicho resulta, que servidumbre real, segun las leyes de Partida, es la que se tiene sobre cosas agenas en utilidad de las nuestras; luego no sobre las personas. ¿Y quién no ve que, si el dueño de la cosa sirviente estuviese obligado á reedificarla, por solo estar gravada con servidumvidumbre, pesaria esta no solamente sobre la cosa, sino sobre él tambien? Es tan claro esto, que sin insistir con mas pruebas, concluyo, que el dueño de cosa sirviente, por solo imponer servidumbre sobre ella, no queda obligado á repararla.

No es esto decir que el dueño de una finca, ó edificio no puede obligarse á hacer en ella algo por sí mismo en utilidad de otra, pues como dije ya al principio, la ley en esto habla, cuando los contratantes callan. Podrá de consiguiente ligarse por medio de un pacto; pero este no pasará de una obligacion personal muy diferente de la real, que produce la servidumbre; obligacion que como las demas personales no pasará de su persona, cuando la de esta es perpetua.

No se opone, con todo, esto á que se obligue á sí, y á sus sucesores en la finca gravada, aunque lo sea por título singular; pues si le impone esta carga, una vez que la adquieran, ha de ser con ella, y lo mas que podrán hacer es renunciar á la finca y á su gravámen.

Núm. 5. *Por quién, y cómo pueden imponerse las servidumbres.* Solo los que son dueños de alguna heredad pueden imponer servidumbre sobre ella, *ll.* 9 *y* 13, *d. tit.* 31, *P.* 3. Si la heredad fuese comun de muchos, todos la deben otorgar cuando la ponen; y si por ventura la otorgasen unos, y otros no, no pueden resistir su uso aquellos que la otorgaron. Pero los que no la quisieron otorgar, bien la pueden contradecir cada uno de ellos, tan bien por su parte como por la de los otros; mas si despues consintieron todos los que lo habian contradicho, valdria como si al principio la hubiesen otorgado todos, *ley* 10, *d. tit.* Lo mismo debe decirse en cuanto al predio dominante.

La siguiente *ley* 11 *del mismo tit.* dice, se reputan tambien por dueños para el efecto de poder imponer servidumbres los enfiteutas y censatarios que solo tienen el dominio útil. No espresa la ley qué tiempo debe durar esta servidumbre; pero parece muy regular que dure por el mismo tiempo que el dominio útil de aquellos, pues es bien sabido que el derecho del que recibe se acaba concluido el del que dá. Mas entiéndase esto cuando el dominio útil se devuelve á otro por haber espirado los derechos del que le tenia, como si era usufructuario á tiempo cierto, de por vida, pendiente condicion, etc.: no asi cuando la union de los derechos directo y útil, ó el traspaso de este á otro tercero se efectua por contrato ó de libre voluntad del dueño del útil, porque entonces el que adquiere la cosa tiene que pasar y consentir en todas sus cargas. *Véase la glos. de Greg. Lop. á d. ley* 11.

Es cosa clara, que el dueño de la heredad ó cosa á quien se debe servidumbre, no puede conceder esta á otro, pues solo le fue concedida en beneficio de su cosa; podrá sí enagenar esta, pasando asi ella y la servidumbre á poder de otro, *ley* 12, *d. tit.* 31, *P.* 3. Un caso presenta esta que parece opuesto á lo dicho y no lo es. Dice que aquel á quien se debe servidumbre de llevar agua para regar su heredad bien pue-

de conceder el agua que ya tuviere en su campo á otro para que este riegue la suya. Y aun puede añadirse, que respecto al agua llegada á su campo podrá imponer servidumbre á favor de otro; y la razon es, porque en este caso en nada perjudica al primitivo predio sirviente, ni dispone de su servidumbre.

En cuanto al como pueden constituirse las servidumbres, es evidente que como todas las cosas que se adquieren por transmision de otro, se pueden dejar desde ó por tiempo cierto, bajo condicion, y su uso con mas ó menos amplitud. Por ejemplo, el derecho de sacar agua del pozo tantas ó cuantas veces al dia, á la semana, al mes, de apacentar tantas cabezas, el derecho de via en tales ó cuales dias, y estaciones, etc.

Dije el uso de la servidumbre, pues esta ó el derecho que la constituye es indivisible segun principio del derecho romano, y de nuestra *ley* 9, *d. tit.* 31, *P.* 3. Esto de ser la servidumbre individua, y no su uso puede esplicarse con alguna claridad en el caso propuesto por *d. ley* 9, de que, aun cuando se dividan entre varios herederos los predios ó edificios dominante y sirviente, su servidumbre no se dividirá, sino que se deberá toda á todos los partícipes de aquel, y por todos los del sirviente. Efectivamente, en una heredad ó casa, que no tiene mas que una entrada por la de otra, claro es que, aunque se divida en partes entre algunos, deberán todos y cada uno entrar á la suya por todo aquel sitio, por donde antes entraba el primitivo dueño; y no cada uno por la tercera, cuarta, octava ó vigésima parte del lugar de la entrada, por no ser esto posible; y he aqui como la servidumbre es individua. Pues será dividuo el uso de esta misma, si por ejemplo, el dueño de la heredad, de quien derivan su derecho los que la partieron, solo podia entrar en ella por la otra en ciertos dias, y de cada vez solo, pues en este caso sus partícipes deberán proratearlos entre sí.

Núm. 6. *Modos de adquirir la servidumbre.* Tres son las maneras de constituirse ó adquirirse las servidumbres espresadas en la *ley* 14, *d. tit.* 31, *P.* 3. 1.ª Por contrato ó concesion entre vivos, seguida la cuasi-tradicion. 2.ª Por testamento ó última voluntad. 3.ª Por el uso. De la la 1 y 2 cualquiera puede formarse ejemplos, pues por ellas se gana

la servidumbre lo mismo en un todo que cualquiera otro derecho *in re*: pero la 3.ª envuelve alguna particularidad segun es la servidumbre contínua ó descontínua. *Véase el número* 1.

Que el uso ó cuasi-posesion haya de ser contínuo y no interrumpido, segun lo esplicado en el *tit. ant.* §. 2, *número* 1, con ciencia del dueño del predio sirviente con buena fé, y no por fuerza ni por ruego, son requisitos esenciales para adquirir, tanto la servidumbre contínua como la descontínua. Pero en el tiempo hay diferencia, porque las primeras se constituyen ó adquieren por 10 años entre presentes y 20 ente ausentes; y en las descontínuas, es necesario el inmemorial, *ley* 15, *d. tit.* 31, P. 3. Greg. Lop. *en sus glosas* 3 *y* 12, y Ant. Gom. *Var. res. lib.* 2, *cap.* 15, *número* 27, quieren que tambien estas últimas se adquieran por diez ó veinte años, cuando se tienen de un tercero por título justo; pero prueban esto solo con leyes romanas. Mas interesante es la advertencia hecha por el último, *lug. cit.* de que el tiempo para ganar las servidumbres contínuas, si son de las afirmativas, se empieza á contar desde el dia en que se empieza su uso; y en las negativas desde que el prescribiente prohibe al otro usar de la libertad. Si posees pues enfrente de mi casa una área ó solar que siempre ha sido tal, no tendré derecho de prohibirte que edifiques, y levantes tú edificio, sino es que habiéndolo querido hacer, te lo impedi, y desde este acto hubiesen pasado los 10 ó 20 años

En el modo, que acabo de referir, de adquirir la servidumbre por el uso, la ciencia y paciencia del predio sirviente equivale y sirve de justo título y tradicion; y bajo el mismo supuesto y por identidad de razon sirve y hace la ocupacion de posesion el uso del dominante. Por ello advierte muy bien el mismo Gom., *sit. cit. vers. servitus*, que quien quiera aprovecharse de esta adquisicion, debe ser cauto en alegar y probar la ciencia y paciencia del otro, ademas de su uso y egercicio por el tiempo necesario.

Nótese que en cuanto dije de adquirir la servidumbre por el uso, no mentè la palabra prescripcion; y lo hice por no atribuir á la ley espresion que no es suya; no porque crea que ella no se refiere en lo que dice á la prescripcion, como algunos pretenden. En efecto, los citados Gom. y Greg. Lo-

pez quieren establecer un cuarto modo de adquirir las servidumbres, por la prescripcion, segun se ha esplicado en el *tit. anter.* Podria discurrir algo sobre esto; pero lo tengo por muy inútil.

Asi, concluyo con asentar, que la *ley* 15 *d.*, *y la* 16, de que luego me ocuparé, hablan de la verdadera prescripcion, aunque con las diferencias de tiempo que establecen. ¿Y quién por lo dicho de ellas y por ellas no se convencerá de esto? Que aunque no hablan de tener justo título, es necesario, como infiere de sus palabras, *ciencia del dueño y buena fé*, que son su equivalente; pero que por tenerle no ha de ser por eso por menor el tiempo de posesion para ganar las servidumbres descontínuas, perder las contínuas, como ya espresaré abajo. Que faltando el título y buena fé parece que debe tener lugar la prescripcion de 30 años, segun lo dicho en el *tit. ant.* §. 2, con la *ley* 21, *tit.* 29, *P.* 3, pues no diferenciando ella, no hay para que esceptuar las servidumbres. Y que cuando la *ley* 15 dice, *con ciencia del dueño del predio sirviente*, quiere significar que esta en este caso hace las veces de título, y no es en él necesario este; pero no que, aunque haya este, si falta aquella, no valga la prescripcion lo mismo. Greg. Lop. *glos.* 3 *á d. ley* 15 *y Gom.* Se convence esto por las palabras de la *ley*, *de* 20 *años entre ausentes*; pues si el dueño sabe de la servidumbre, y es necesario para ganarla que lo sepa, entonces siempre se adquiriria esta por 10 años, como que el dueño se supone por saberlo siempre presente y seria intempestivo é inoportuno lo que dice de 20 años entre ausentes.

Núm. 7. *Modos de perderse las servidumbres.* Son tambien varios los modos de acabarse ó perderse las servidumbres. Los principales y si se quiere únicos son: 1. Por la confusion de dominios, esto es, si el dueño del predio dominante adquiere el dominio del sirviente ó al contrario; y se estingue de tal manera, que aunque despues vuelvan á separarse los dominios, no se debe la servidumbre, si de nuevo no fuese puesta, *ley* 17, *d. tit.* 31, *P.* 3. Es la razon de esto el que, como se dijo en un principio, la servidumbre se tiene sobre cosa agena, pues el hombre no usa de sus cosas á manera de servidumbre, sino por derecho de dominio, *ley* 13, *d. tit.* 31. 2. Por la remision ó condenacion de la

servidumbre, que hace el dueño del campo, á que se debe, *d. ley* 17. Y no es menester que la remision sea espresa, bastará que sea tácita, como si el dueño de la servidumbre permitiese al que la debe, hacer alguna cosa, que impida su uso, *ley* 19, *d. tit.* 3. Piérdense las servidumbres rústicas por el no uso de 20 años sin diferencia de presentes ni ausentes, si son de las descontínuas, y de tiempo inmemorial siendo contínuas. De suerte que al paso que estas necesitan para perderse, de mas tiempo que las descontínuas, sucede lo contrario para adquirirse, trocándose los tiempos, *ley* 16, *d. tit.* 31. Nótese que dije las servidumbres rústicas, pues de ellas solas se entiende lo dicho; porque de las urbanas que se deben á los edificios, establece la *misma ley* 16 perderse por 10 años entre presentes y 20 entre ausentes, concurriendo la precisa circunstancia, y no de otra manera, de impedir el que debia la servidumbre su uso con algun hecho, á buena fé, por ejemplo, cerrar la ventana por donde entraba la luz, que es el de que usa la *misma ley*.

Si la servidumbre se debiese á un predio comun de algunos, aunque algunos de ellos no la usen, no la pierden por eso, pues usando de ella uno solo de sus dueños la conserva tambien para los otros que no la usaron. Lo contrario será, si el no usarla estos fuese despues de haberse dividido los dueños el predio, que era comun, *ley* 18, *d. tit.* 31, *P.* 3; y dá por razon la ley el ser una la servidumbre en el primer caso y en el segundo dos.

Debe tenerse presente en esto de perderse la servidumbre, que esta es una cualidad tan inherente ó afixa á las cosas, á que dice respecto, ya se considere pasivamente en cuanto es carga, ó activamente en cuanto es derecho, que no se pierde ni acaba por mudar de dueño el predio sirviente ó el dominante, si que pasa al nuevo poseedor, *ll.* 8 *y* 12, *d. tit.* 31.

Ni en nuestras leyes, ni en el Sala pude encontrar cosa alguna que diga tendencia al 4.° modo de estinguirse las servidumbres que establecieron las leyes romanas, *por perecer la cosa sirviente.* Puede ser tan frecuente esto, que es de estrañar le hubiesen omitido. La cuestion consiste en saber, si caso de perecer la cosa sirviente, perece y se acaba la servidumbre en términos que esta no reviva, aunque aquella se

reponga. Para esplicarme en breve con la posible claridad, distingo entre la servidumbre que se tiene sobre un predio, y la que sobre otras cosas. En la primera me parece revive la servidumbre, caso de volver aquel á su antiguo estado, en tiempo en que su primitivo y verdadero dueño conserva aun su dominio. Tan derecho *in re* como este y tan sagrado lo es la servidumbre, pues si el dominio no se ha perdido, y revivió, en igual caso está esta. En cuanto á las otras servidumbres me esplicaré con un ejemplo. Supongamos que tengo derecho de introducir una viga en la pared de mi vecino, ó de sostener cualquier peso sobre su columna, pereciendo estas ¿conservaré el mismo derecho si vuelve á reedificarlas? ¿ó podré yo hacerlo? Será un error; pero yo contestaria á estos dos casos con la siguiente distincion: ó se concediera el derecho de servidumbre limitada y esclusivamente sobre la pared ó columna arruinadas, ó sobre cuantas hubiese en el mismo sitio; y en este último caso podria decirse con igual propiedad servidumbre de fundo. Si lo primero, la servidumbre se acaba en términos que no revive, aunque vuelvan á su antiguo estado la pared ó columna, ni yo podria exigir que se me permitiese reedificarlas; pues tener derecho á esto, nada menos era que tener derecho de que el fundo me sufriese una pared ó columna, el que nadie me concediera. En el segundo caso, tendré derecho, ó á poner la viga ó peso sobre la pared y columna, si las reedifican; ó á que se me permita hacer esto, porque como ya dije, esta es mas bien servidumbre de fundo que otra. Pero no podré obligar á su dueño á reedificarlas, segun lo dicho en el *núm.* 4 *al fin.*

Núm. 8. *Resúmen del* §. 2. Por lo en él dicho resulta, que siempre que la servidumbre redunda en favor de cosa, es real, por el contrario, es personal si quien inmediatamente recibe el provecho es la persona: que las servidumbres reales se dividen en urbanas, rústicas, contínuas, descontínuas, afirmativas, y negativas; *núm.* 1: que las primeras son de varias especies, *núms.* 2 *y* 3: que así el dueño del predio dominante, como el del sirviente no deben perjudicarse en nada, y que toca á aquel reedificar y sostener la cosa sirviente, segun lo mas probable, *núm.* 4: que solo el dueño puede imponer servidumbre reputándose bastante al efecto los que tienen el dominio útil; pero la impuesta por estos cesa-

rá concluidos sus derechos del modo esplicados en el *núm.* 5; en el mismo se dice, cómo pueden imponerse las servidumbres, y cómo se entiende ser estas individuas, y no su uso: en el 6 esplícanse los modos de adquirirlas, con dos importantes advertencias sobre el modo de contar el tiempo en las afirmativas y negativas, y de alegar la ciencia y paciencia del sirviente el que pretende adquirirla; véanse las no menos importantes proposiciones sentadas á su fin: en el *número* 7, refiérense las causas porque se pierden, y con particularidad al fin, esplícase cuando se acaban ó no por perecer la cosa sirviente.

§. III.

De la denuncia y construccion de obras.

Razon del método. Lo que bajo este título pienso decir, lo trata en la mayor parte el señor Sala en el *lib.* 3, *tit* 12, al hablar de los juicios sumarios. No me opondré á que tal vez sea este el mejor orden; pero siendo objeto esclusivo de los juicios sumarios, como el de todas las especies de juicios que se esplican en la tercera parte del derecho, tan solo enseñar los medios que deben ensayarse para llegar á conseguir los derechos, que en las otras dos se dicen que pertenecen á los hombres respectivamente, me parece que no será fuera de él tratar en estas de lo que dá ó quita derechos, dejando para la tercera solo lo que pertenece á la ritualidad de los juicios.

Debiendo pues tratarse en una de las dos primeras partes de las tres en que al principio dije que se divide el cuerpo del derecho, de las obligaciones y derechos que producen la denuncia y construccion de obras, ningun sitio mejor que este por la gran conexion que tiene con las materias de posesion y servidumbres, tratadas en *los dos* §. *y tit.* anteriores; y por ser este el orden observado en la Partida tercera.

Núm. 1. *Qué es denuncia y que se requiere para que tenga lugar.* Es la denuncia, considerada como aprobada

por el juez, *legítima prohibicion de hacer alguna obra nueva*, se dice nueva óbra la que se hace enteramente de nuevo sobre sus cimientos propios, y tambien cuando se añade ó quita á otra vieja, haciéndola mudar de forma, ó figura de como estaba antes, *ley* **1**, *tít.* 32, P. 3.

Como el fin de la denuncia es que se prohiba hacer obra nueva, es claro, dice el señor Sala, *núm.* 2, *d. tít.* **12**, que no tiene lugar contra obras viejas, sino solo para impedir las nuevas que van á hacerse, ó en lugar ya edificado ó en vacío. Efectivamente, demasiado claro es esto, (prescindiendo de cuando las obras viejas amenazen ruina segun diré abajo) para que no me pare á demostrarlo. Debo decir empero, que cuando la obra que al hacerse y en un principio no parece ser dañosa, y bajo este supuesto no se estorbó su conclusion, despues variadas las circunstancias se conoce que lo es, llegado este caso, parece que podrá entablarse la denuncia, y pedir su derribo ó indemnizacion de daños, siempre que se haga luego que estos se adviertan, pues si se deja pasar mucho tiempo, supondrá el dueño de la obra, y con razon, que aquellos se le consienten. En el *núm.* 5, se verá que las leyes presentan algunos ejemplos de esto.

Deben ademas para ser legítima la prohibicion y poderse intentar esta accion, concurrir las circunstancias de que el vecino reciba ó pueda recibir daño; que este nazca de obra que haya hecho otro á la que solemos llamar manufacto, y no de obra de la naturaleza, y sin cúlpa agena; y estar hecha la denuncia por los que tienen derecho de hacerla, y por los modos que aprueban las leyes. Estos esplicanse en la tercera parte.

Núm. 2. *Quien puede hacer la denuncia; que efectos causa, y contra quien obra.* La denuncia se hace ó para conservar nuestro derecho, ó para preservarnos del daño, ó para defender el derecho del público. En el último caso, que sucederia si uno quisiere edificar en la plaza, calle, ó egido comunal, puede denunciar la obra cualquiera del pueblo á escepcion de los huérfanos menores de **14** años, y de las mugeres, *ley* 3, *tit.* 32, P. 3.

Por razon de conservar su derecho ó evitar su daño, solo puede hacer la denuncia el que tiene algun interés, Gom. *ley* 46 *de Toro, núm.* 23; y puede hacerla por sí mismo,

por sus hijos, por sus siervos, sus personeros ó mayordomos, y tambien los guardadores á nombre de los huérfanos, ó sus amigos. Pero estos deberán dar recabdo ó caucion que la aprobarán aquellos á cuyo nombre la hacen, *ley* **1**, *d. tit.* Y adviértase, que la esclusion antes dicha de los menores y mugeres, es solo respecto á las obras públicas, pues cuando alguno hace obra nueva en cosa de ellos mismos pueden denunciarla, *d. ley* 3, *tit.* 32.

Ademas del dueño del lugar donde se hace la obra nueva, puede denunciarla por razon de tener interés quien tenga algun derecho en él, como si lo tuviera á peños ó á censo, *ley* 4, *d. tit.* 32. Lo mismo dice del usufructuario, cuando es un estraño el que hace la obra nueva, pero no si la hiciere el propietario: en cuyo caso añade, que puede pedirle que le mejore ó pague el daño, si le hay, que le causó la nueva obra. Greg. Lop. con su sed insaciable de conciliar nuestras leyes con las romanas quiere en *su glos.* **1**, que el fructuario no pueda denunciar sino á nombre del propietario, sin hacer ver en dicha *ley* 4, palabra alguna, en que pueda apoyarse.

A aquellos, á quienes se deben servidumbres urbanas, concede el derecho de denunciar la *ley* 5, *d. tit.*, al paso que lo niega al que tiene la de camino ú otra rústica. Pero añade que pueda quejarse al juez, de la obra que se hace; y que si este hallare que se hace á tuerto ó sin razon debe mandar deshacerla, y que se satisfagan los perjuicios al que se quejó: de suerte, que con esto que añade apenas se podrá encontrar diferencia sustancial entre los que tienen servidumbres rusticas y aquellos que las tienen urbanas. Ant. Gom. *en d. ley* 46, y otros se han fatigado mucho en buscar la razon de tal diferencia, sin haberla podido hallar sólida. Y dice el mismo Gomez, que el negarse al que tiene la servidumbre de camino la facultad de denunciar, deberá entenderse cuando en el campo no hay parte alguna destinada á sufrir la servidumbre.

Los que no tienen derecho alguno en la cosa no pueden denunciar, cuales son los arrendadores; pero estarán obligados por razon de su contrato á avisar al dueño, si ven que se hace alguna cosa contra su utilidad. Gom. en *d. ley núm.* 27.

El efecto de la denuncia es suspender enteramente la

obra, aunque se hubiese hecho sin derecho, de suerte que si continuase despues la obra el denunciado, debe el juez mandar derribar cuanto haya hecho despues de la denuncia, á costa suya, *ley* 8, *d. tit.* 32, *P.* 3. Este efecto de la denuncia obra tambien contra el poseedor singular; por lo cual, si el denunciado vende la pieza en que hacia la obra, tiene obligacion de avisarle la denunciacion; y sino se la avisa, deberá pagarle los daños y menoscabos que le vinieren por esta razon. Si avisado continuase la obra, habrá de sufrir el daño que tuviere, pues le vendria por culpa suya, *ley* 6, *d. tit.*

Si bien pasa la obligacion de recibirla, y sufrir los efectos de la denuncia al sucesor singular, como acabamos de ver, tambien sucede en el derecho de intentarla, *ley* 16, *d. tit.* 32, P. 3; de modo, que esta accion va siempre activa y pasivamente con el dominio, esto es, la tiene el que compró el campo, que recibe el daño y la sufre el comprador de aquel en que se hizo la obra que daña, *d. ley* 16.

La siguiente 17 añade que si fuesen muchos los que hiciesen la obra, que causa el daño, puede el que lo recibe dirigir contra todos, ó cada uno de por sí, su accion para que la demuelan; pero que el resarcimiento de perjuicios si los hay, deberá pedirlo siempre á cada uno separadamente segun la parte que le corresponde. Lo mismo se observará cuando solo uno hizo la obra, y son muchos los que reciben el daño; es decir, que uno solo puede pedir la demolicion, pero el todo del resarcimiento se ha de dividir entre todos ellos, *ley* 17, *d. tit.* 32.

Núm. 3. *Qué obras no pueden denunciarse.* Queda demostrado por lo dicho, que la accion de denuncia compete solo contra aquellas obras hechas por otro, que nos causan un daño, que tenemos derecho á evitar. Aunque es bastante fácil la aplicacion de este principio á los casos que puedan ocurrir, con todo las *leyes de d. tit.* 32, y el señor Sala, *d. tit.* 12, especifican algunos, en que pueda tener lugar, ó en que no, que estoy en el caso de referir.

Con razon llama utilísima el Sala, á *la ley* 18, *d. tit.* 32, que prohibe á los dueños de los molinos harineros, de aceñas, de pisar paños, y de hornos, el poder denunciar ó impedir á otro que haga su molino, aceña ú horno á título de

que se les disminuirian sus rentas. No es esto decir que el dueño del nuevo no deba hacer su molino ó aceña de manera que el curso del agua no se le embargue al dueño del viejo, pues deberá ir libremente de la manera que antes corria.

Tampoco puede ser denunciada la obra, que alguno hiciere reparando ó limpiando los caños, ó las acequias donde se acogen las aguas de sus casas ó sus heredades, aunque alguno de sus vecinos se tuviese por agraviado de tal obra, por que el mal olor, ó porque echasen en la calle ó suelo de alguno, que estuviese cerca de los caños, piedra, ladrillos, tierra ú otra cosa de las que fuesen menester para aquella obra; ó porque atravesase las calles en abriendo los caños con madera ó de otro modo, hasta que hubiese acabado la obra, *ley* 7, *d. tit.* 32, que dá por razon de no impedirse esta obra, el ser en grande utilidad y guarda de las cosas, y aprovechar tambien á la salud de los hombres que los caños estén bien reparados y limpios. Y advierte á lo último que los que hacen estas obras deben cuidar que se hagan de manera que, cuando fuesen acabadas, no embaracen ni quiten á otro de manera alguna su derecho por razon de ella, de modo que queden las cosas como estaban antes.

Aunque esta ley habla solo del caso en que la suspension de la obra podria causar perjuicio á la salud ó utilidad pública, estienden su doctrina los intérpretes á los casos en que la suspension pudiera causar mucho perjuicio al denunciado al paso que fuera muy corto el del denunciador de que se continuase la obra, en los cuales dicen, podria continuarse dando el demandado fiador de que demolería la obra si se probare habia justicia para la denuncia. Y ponen el ejemplo de cuando uno edifica en el verano algun molino junto á un rio, y teniendo grande acopio de madera ú otros materiales, se le denuncia la obra por otro á quien causaria poco perjuicio la continuacion: en este caso dicen, podrá continuar, dando la fianza, para evitar que estando tadavia sin emplear los materiales acaezca en el invierno alguna avenida del rio, que se los lleve, Gom. *en d. ley* 46, citando á otros.

Núm. 4. *Qué otras cosas no están sujetas á la accion de denuncia.* Como dije al fin del *núm.* **1**, para intentar la

accion de denuncia es preciso que el daño no suceda por obra de la naturaleza, y sin culpa agena. De esto nos presentan dos casos las *leyes* **14** *y* **15**, *d. tit.* 32, *P.* 3. Dice la primera que, cuando un campo inferior recibe daño del agua, que le viene del superior, no por obra de los hombres, sino por sola la razon natural de que el agua corre de lo mas alto á lo mas bajo, no podrá el dueño de aquel en este caso reclamar nada de él del superior; porque, como dice muy bien una ley romana, el campo inferior tiene compensacion de su daño en la grosura ó sustancia que del superior pasa con el agua al suyo.

El caso que presenta *la* **15** es cuando el cieno, piedra ú otra cosa, que lleva poco á poco el agua corriendo naturalmente, queda en mi campo de modo que no pudiendo el agua continuar su curso ordinario, que solía llevar, se va por otro lugar, ó se estanca causando daño á algunos vecinos. Y dice que podrá entonces cualquiera de estos precisarme á que haga una de dos cosas, ó que limpie y abra el lugar embarazado por donde antes corria el agua, ó que le permita que lo haga él.

Las leyes romanas, dice el Sala, *núm.* **18** *d. tit.* **12**, hablaron con mucha mas estension, que las nuestras en este asunto, como que tiene 26 leyes, y de ellas algunas bien largas, *el tit. de las Pandectas de agua et pulvia arcenda*, que trata de este particular. Y por cuanto hallamos en ellas algunos casos dignos de saberse por ser harto frecuentes y muy equitativa su decison, queremos notar los principales, aunque no tengan apoyo espreso ni aun mencion en nuestro derecho. Estos casos presentados por *d.* señor Sala son. **1.°** La fuerza del agua se llevó una margen, que habia en la tierra de Pedro, y por ello daña á mi campo. No podré intentar contra él que la reponga, porque no hay título ninguno por donde puede venir obligado á ello; pero tendré accion para poderla yo reponer, si la reposicion me beneficia sin perjudicar á Pedro, porque asi lo dicta de lleno la equidad, aunque falten espresiones de la ley que lo apoyen. Cuya equidad está fundada en la regla digna de perpetua observancia de que «en ninguno se prohibe hacer»se bien á sí, con tal que no dañe á otro ni obrando de es»ta manera está tenido á cosa alguna.»

2.° Tampoco podrá intentarse accion contra aquel que, para guardar su campo, procura apartar algun rio ó barranco que hay junto á él para que no le haga daño, aunque de ahí resulte perjuicio al vecino, porque apartarle solo es cuidar que no fluya por su campo, lo que es permitido si no lo hace para dañar á otro sino para provecho suyo. Pero adviértase que esta doctrina solo dice respecto á las aguas de las avenidas, porque las del curso natural del rio ninguno las puede alterar: le es sí permitido á cualquiera fortificar la ribera del rio, bien que sin injuria del vecino. Es pues, muy delicado este asunto de apartar las aguas con perjuicio de otro, en el cual deberá el juez considerar mucho las circunstancias en cada caso para determinar lo mas justo.

3.° Si tengo algun campo que solia regar á ciertos dias, como se hace en la tierra-huerta, puedo tener en él agua continua, como se tiene para criar el arroz, aunque de ello le resulte algun daño al del vecino, con tal que no allane ó disponga de tal modo el mio, que por ello caiga en él de otra manera que antes caia.

Que no puede intentarse, en cualquier caso que sea aun fuera de lo dicho, accion alguna cuando el recibir daño el campo ú otra cosa pende de obra antigua que esté hecha ya há 10 años, estando presente el dueño de la cosa que le sufre, ó 20 estando ausente; ó cuando lo recibe en virtud de servidumbre constituida, es cosa clara.

El señor Sala, en *su cit. tit.* 12, *núms.* 13 *y* 19, presenta otros dos casos, en que dice no haber lugar á la denuncia, que es preciso examinar. 1.° Puede uno hacer en su casa un pozo, aunque haciéndolo quite ó mengue el agua de otro pozo de su vecino; á no ser que lo hiciere maliciosamente sin haberlo menester por hacer daño á su vecino; pues en este caso podrá este usar del remedio de la denuncia, para que no se hiciera, y aun despues de hecho pedir que se derribe y cierre, porque las leyes no deben dar pasada á las maldades de los hombres, sino antes bien ir contra ellas, y cita la *ley* 19, *tit.* 32, *d.*, que efectivamente lo establece asi. 2.° Que puedo cortar en mi campo, cavando en él ó de otro modo, para beneficio mio el agua que, corriendo por él, pasaba á beneficiar el tuyo; porque haciendo esto, no se entiende que te haga daño, sino que te impido el uso de la

ganancia, que te permitia hacer. Si en esto, añade, hubiese malecia, ó tuvieses constituida servidumbre á tu favor, se debe decir lo contrario. No habiendo ley patria que presente este caso, como él lo pone, lo funda solo en el derecho romano y en la equidad que cree tener.

Prescindiendo de que esta decision sea ó no justa y equitativa, me seria fácil probar que es contraria á la *ley* **15**, *tit.* **31**, *P.* 3, cuando el agua corrió al cámpo inferior sin intervencion por tiempo bastante á poder ganarla por prescripcion el dueño de este. Pero hay una real órden ó llámesele *ley de 5 de abril de* **1834**, que indudablemente destruye el aserto de Sala, en el 2.° *caso*; y aun no dudare decir que destruye tambien lo establecido en *el* **1**.° con *la dicha ley* **19**, por aquellas sus palabras, *no se puedan distraer en su origen ni en su curso las aguas de manantiales*. Podrá decirse que la orden habla solo de las que riegan terrenos mas bajos; y efectivamente ella de estos hace espresion; pero no escluye los otros, y si atendemos á su razon y espíritu, digo que claramente está indicando que su disposicion debe estenderse á las aguas de manantiales ó rios, que otros de tiempos antiguos tienen aprovechado para cualquier uso. Omito trasladar aquí toda la orden por dejarla ya citada en el *tít.* **1**, §. **1**, *núm* **1**.

Núm. 5. *Especificanse algunas cosas, que están sujetas á la accion de denuncia ó á otra.* Vimos en los dos números anteriores que varias obras no están sujetas á la accion de denuncia ni á otra; conviene igualmente espresar algunas en que sucede lo contrario. Pero lo haré, limitándome á las que presentan nuestras leyes ó envuelven alguna dificultad; pues ademas de ser absolutamente imposible fijarlarlas todas, en los números primeros, quedan ya sentadas las reglas que en general, y comunmente deben tenerse presentes para decidir cuando la accion, que se entabla contra una obra es ó no legítitima, y procedente.

Debe establecerse como primer caso en que cabe la denuncia los dos que acabo de referir, de cortar el agua, que otro tiene adquirido ó prescrito el derecho de aprovechar. 2.° El establecido al *fin de la ley* **15**, *tit.* 32, *d. P.* 3, de que cuando corre agua por acéquia, canal ú otro sitio, que fuese comun de muchos, puede ser obligado cada uno en la frontera

de su heredad á que ayude á limpiarlos, y no haga cosa que impida seguir al agua su curso acostumbrado. 3.° Se puede prohibir á cualquiera que haga casa arrimándola á los muros de alguna ciudad ó villa, ó embarazando la calle, que habia junto á ellos, pues si la quisiere hacer, deberá ser dejando el espacio de 15 pies entre el edificio y el muro, *ley* 22, *d. tít.* 3, *P.* 3, que pone por razon una que solo tiene lugar en los pueblos fortificados ó espuestos á contrabando. Lo mismo debe decirse si alguno edificáre arruinando alguna iglesia, *ley* 24 *d. tít.* 32. 4.° Está tambien prohibido que pueda hacerse molino, casa, ni otro edificio en los rios por donde se navega, ni en sus riveras, por los cuales se embarace su comun uso; y si alguno lo hiciere de nuevo, ó estuviese hecho de antiguo, de modo que causase daño, puede ser derribado *ley* 8, *tít.* 28, *P.* 3. En los mismos términos prohibe generalmente *la ley* 23, *d. tít.* 32, que ninguno haga casa, edificio ú otra obra en plazas, egidos, ni caminos comunales á todos: previniendo que si alguno hiciere algo en contrario, debe derribarse aquello que hubiese hecho; á no ser que acordare el pueblo donde esto acaeciere retener para sí el edificio sin quererlo derribar, pues puede hacerlo, usando de su producto, como de las otras rentas comunes. El que lo hizo nunca podrá retenerlo á título de haberlo ganado por razon de tiempo, pues no puede caver prescripcion en cosas muy perjudiciales al público. Debe advertirse que en el *cap,* 15 *de la instruccion de correjidores*, mandada observar por la *ley* 5, *tít.* 35. *lib.* 7, *Nov. Rec.*, se manda tambien que se cuide, de que no se introduzcan los labradores ni otras personas en los caminos públicos, y que se conserven corrientes.

Es muy semejante á estas la accion que puede usar, y se concede al que teme venga daño á sus bienes por razon del agua de las lluvias, á causa de alguna obra, que ha hecho su vecino en tierra propia suya. Tres ejemplos pone la *ley* 13, *d. tít.* 32, en que tiene lugar. 1.° Si alguno hiciere torre ú otro edificio, y cojiese agua de las lluvias por canales, sacándolas tanto á fuera que cayese el agua sobre las paredes ó tejados del vecino. 2.° Si alzase pared, ó hiciese otra obra, como estacada ó valladar, de manera que el agua no pudiese correr por el lugar que solía, y por ello

se hubiese de hacer estanque que hiciese daño á los vecinos. 3.° Si levantase alguna obra en lugar por donde el agua solía venir y por aquel alzamiento se mudase el curso de ella, y cayese de tan alto que hiciese hoyos ó caños en la heredad de su vecino, ó embargase ó detuviese el agua, de manera que los que la solían haber no pudiesen regar sus tierras como acostumbraban. En cada uno de estos casos ú otro semejante en que viniese ó pudiese venir daño á las heredades de los vecinos se debe derribar la obra á costa del que la hizo, tornando la cosa al primer estado, y pagar ademas el daño que hubiese causado; pues aunque todo hombre puede hacer en lo suyo lo que le parezca, debe ser de manera que no haga daño á otro, *d. ley* 13.

La ley 28, *dicho título* 32, *Partida* 3, hablando de árboles presenta tres casos dignos de notarse por la mucha frecuencia con que pueden ocurrir. 1. Si un vecino tuviere un árbol arraigado en su tierra, cuyas ramas colgasen sobre mi casa, podria yo pedir al juez que mande á aquel que lo corte hasta en las raices, y el juez deberá mandarlo asi, si entendiere que hace daño: y si el vecino no lo quisiere hacer podré yo cortarlo sin incurrir en pena alguna. 2. Si del árbol ó vid arraigados en tierra de mi vecino, colgaren ramas sobre mi heredad, puedo demandar al juez que mande cortar las ramas que asi cuelgan, de que recibo daño; y si el vecino mandado por el juez no lo quisiese hacer, por mi mismo las podré cortar, sin caer en pena alguna. 3. Si de algun árbol colgasen las ramas sobre algun camino público, de manera que los hombres no pudiesen pasar por él desembarazadamente, cualquiera que corte las ramas que asi cuelgan, no merece pena alguna. Pero debe advertirse sobre este tercer caso, que será mejor siempre que suceda, que se acuda al juez para que lo mande, por evitar riñas y pendencias, diciendo el dueño que cortó mas de lo que correspondia.

Núm. 6. *De la denuncia de obras hechas clandestinamente ó por fuerza.* Es estraño el silencio de nuestras leyes sobre esta accion ya por ser tan conocida en el derecho romano bajo el nombre del famoso interdicto *quod vi aut clam*, asi dicho de las primeras palabras con que pronunciaba su decreto el pretor, y ya por las muchas cuestiones, en que

puede tener lugar. Por esta razon se está en el caso de trasladar la justa y equitativa doctrina de aquel, emitida por Sala, *núm.* 26 *y sig.*, *d. tit.* 12. Compete esta accion, ó llámesele interdicto, cuando uno ha hecho por fuerza ò clandestinamente alguna cosa, que perjudica á otro, para que se restituya al pristino estado; de donde se ve, que es de los llamados interdictos restitutorios, que se esplican en el tratado de juicios sumarios. Y compete no solo contra lo que se hace en el suelo, ó bien sea obra ó árboles, cortándolos (aunque no cuando se quitan frutos) sino tambien cuando se deshace ó quita algo de la obra en perjuicio de otro, como si alguno derribase un edificio en todo ó en parte, aunque solo quitase las tejas. Y asimismo, cuando alguno echa algo en el pozo del vecino, con lo que corrompe el agua, ó le quita las pérticas de sus viñas.

Veamos ahora cuando y como se entiende que alguna cosa se ha hecho por fuerza ó clandestinamente, de modo que tenga lugar la accion de denuncia. Se entiende que hace fuerza, y por lo mismo que está sujeto al interdicto, no solo el que confiado en ella la usa abiertamente, sino tambien aquel que hace la obra habiéndosele prohibido que la hiciera; y el que sabiendo que se le iba á prohibir, maquinó con fuerza que no se le prohibiera: é igualmente aquel que, habiéndoselo yo prohibido desistió y despues volvió á hacerla, á no ser que en este caso la hiciese con permiso mio, ó por alguna justa causa, que sobrevino. Y basta que hubiese hecho la fuerza al principio sin ser necesario que perseverase en hacerla. Pero adviertase, que no tendrá lugar la accion ó este interdicto si alguno dejase de prohibir la obra por su debilidad ò por contemplar á otro á quien estimaba.

En cuanto á la clandestinidad, la comete el que ocultó á su adversario lo que iba á hacer; ni se lo denunció, temiendo ó debiendo temer que se lo disputaría. Lo msimo debe decirse del que hace la obra de otra manera que la habia denunciado, ó la denunció engañando á aquel á quien pertenecia; ó cuando sabia que el otro no podia prohibirlo; ó tan tarde que no podia el contrario intentar su remedio antes de hacerse la obra. Debe tambien para que no pueda decirse que hizo la obra claudestinamente, espresar en la denunciacion el dia, hora, lugar, y cuál es la obra, que quie-

re hacer y no hablar oscuramente. Estando tenido á este interdicto el que hizo la obra despues de habérsele prohibido, como dije al principio, es preciso decir, que lo está á dos, porque le alcanza tambien la accion de denuncia de obra nueva, como advierte Ant. Gom. en la *ley* 46 *de Toro, número* 21. Debo advertir antes de pasar de aqui, que no veo una razon muy clara para decir que deba denunciar la obra, so pena de incurrir en la clandestinidad, el que teme que le sea disputada por otro: pues ¿por qué el que quiere hacer obra ha de estar obligado á cuidar de los intereses de este?

Por esta accion ó interdicto que, como ya dije de la denuncia, va tanto activa como pasivamente con el dominio, restitúyese la cosa contra que se intenta, y la de aquel que lo intenta al mismo estado que tenia antes con los perjuicios que le causaron, cuya restitucion deberá hacer el que dió motivo al interdicto, quedando todo como si no se hubiese hecho la obra.

No hay lugar á esta accion en algunos casos, aunque la obra se haya hecho con fuerza ó clandestinamente. 1. Cuando nuestras cosas no han recibido daño, como se deja conocer. 2. Si el daño fuese hecho por miedo de incendio, como si yo derribase la casa de Pedro, para que no llegara á la mia el fuego que venia por aquella parte, *ley* 12, *tit.* 15, *P.* 7, porque como dice esta ley «aquel que derriba la casa por tal »razon como esta, non face á sí pro tan solamente, mas á »toda la ciudad. Ca podria ser que, si el fuego non fuese así »destajado, se apoderaria tanto que quemaria toda la villa »ó gran parte de ella: onde, pues que á buena estension lo »face, non debe por ende recibir pena.» 3. Cuando pasó un año despues que se perfeccionó la obra, ó dejó de hacerse, aunque no quedase perfectamente concluida. Este tercer caso, que el señor Sala funda solo en una ley romana, no deja de tener equidad, pues como dije al principio, aunque puedan denunciarse las obras despues de concluidas, debe esto entenderse cuando al hacerse no se notó el daño, y se hace la denuncia tan pronto como se advierte.

Núm. 7. *De la accion que compete contra obras viejas.* Por el epígrafe conque rotulé este §., y por lo que ya va dicho en algunos números anteriores, déjase conocer que mi

objeto en él no se limita solo á hablar de la denuncia de nueva obra, sino tambien de otras acciones concedidas por las leyes para el derribo ó sosten de obras, sean nuevas ó no, y sean viejas. Igual estension de objetos se encuentra en el tantas veces citado *tit.* 32, *P.* 3, de quien es lo que voy á decir.

Dice su *ley* 10 que, cuando las obras de nuestros vecinos, ó porque fueron mal hechas, ó por su vejez amenazan ruina, que tememos nos pueda dañar, puede y debe mandar el juez del lugar á los dueños de los tales edificios que los enderecen ó que los derriben. Y para que mejor se pueda hacer esto, debe el mismo juez tomar buenos maestros, y sabedores de este menester, é ir al lugar donde están los edificios; y si viere y entendiere por lo que le dicen los maestros que están tan mal parados que no se pueden reparar, ó no lo quieren hacer aquellos cuyos son, de suerte que facilmente caen y hacen daño, entonces debe mandar derribarlos. Pero que si no estuviesen tan mal parados debe apremiar á los dueños á que los reparen y den fiadores á los vecinos que no les vendrá mal por ellos. Y si tal fianza no quisieren dar, ó fuesen rebeldes no queriendo repararlos, deberán los vecinos, que se querellaron ser metidos en la tenencia de aquellos edificios: y se les han de dar por suyos, si el dueño del edificio durare en su rebeldía hasta aquel tiempo en que ellos los han de reparar ó derribar por mandado del juez.

Si en el caso de haber dado el dueño fianza de pagar el daño que el vecino recibiese por la caida del edificio, cayese este por flaqueza de sí mismo, deberá pagarlo y resarcirlo segun afianzára: pero no, si el caer fué por terremoto, rayo, gran viento, lluvia ú otra ocasion semejante. Tampoco lo debería pagar, si cayese antes de haberse dado la querella sobre ello al juez; pero si en este caso quisiere el dueño del edificio llevarse la teja, madera ò ladrillo que cayó sobre la casa del vecino, y dejarse las ripias y la tierra, no lo podrá hacer, porque todo lo deberá llevar ó dejarlo todo á beneficio del que recibió el daño, *ley* 11, *dicho tit.* 32, *Partida* 3.

Compete esta accion, no solo cuando tememos el daño por razon de algun edificio ó pared del vecino, sino tambien por la de algun árbol que amenaza caer sobre heredades ó

casas nuestras, haciendo daño en ellas. El juez en este caso debe á instancia del interesado tomar hombres buenos y peritos, y reconocerlo por ellos, y hacerlo cortar si encontrare estar tan malo que debia temerse que caería y dañaría, *ley* 12, *d. tit.* 32.

Núm. 8 *De la construccion de obras.* Casi todo cuanto hasta aqui va dicho en este §. versó sobre la destruccion de obras agenas; debo hablar ahora de algunas reglas que ademas de las que he ido indicando, deben observarse en su construccion. No sé que otras leyes toquen este asunto, que suele dar ocasion á muy reñidas contiendas, fuera de dos, que ya citaré, del *d. tit.* 32. El uso ha suplido su silencio; y por lo mismo estoy en el caso de referir algunas disposiciones, que este guiado de la equidad tiene adoptadas, y que presenta el señor Vega, *tit. de serv., cap.* 2, de quien saqué cuanto voy á decir.

Toda pared ó muro, y lo mismo todo seto, ó zanja que sirven de separacion entre dos edificios, corrales, jardines ó campos circundados, de dos ó mas dueños, se presume medianero ó comun, sino hay título ó señal, de lo contrario, como mojones etc. La reparacion de construccion de tales paredes, ó la conservacion de las zanjas medianeras ó comunes son del cargo de todos los que han derecho en ellas, y en proporcion al de cada uno. El compartícipe, que no saque utilidad de tal pared medianera, puede eximirse de su reparo.

Cada uno, dice en otro sitio, puede obligar á su vecino á contribuir á las construcciones y reparos de cerramientos, divisorios de sus casas, corrales y jardines, segun los usos reconocidos en cada pueblo. Prescindiendo del respeto que estos se merecen siempre, no me parece muy desacertado decir que tendrá esto lugar solo cuando al otro le sea indispensable cerrar, y aun asi no queriendo hacerlo solo sobre su terreno.

El condueño de pared, muro, ó casa, que la repara de buena fé y en nombre de los compañeros, á quienes antes lo hizo saber, tiene accion á que le reintegren la respectiva parte de gastos hasta cuatro meses, desde la conclusion de la obra, y desde que se los demandó, de suerte que si en ellos no se los abonan, hace suyo todo lo reparado; pero no la

tiene si obró de mala fé y sin requerir antes á los compartícipes; si en su nombre y sin avisar á estos hace en la cosa comun alguna cosa nueva, no solo pierde las espensas sino que lo edificado se hace comun, *ley* 26, *tit.* 32, *P.* 3. De modo que solo tiene derecho á cobrar las espensas, ó hacer suya la cosa que reedificó por amenazar ruina.

Puede el compartícipe alzar el muro comun; pero debe hacerlo á su costa, y á la misma conservarle en lo que se alzó. Si el muro no se halla en estado de sufrir el alzamiento, debe construirlo todo á sus espensas y el mayor anchor que haya que darle, tomarle de su lado.

El vecino que no ha contribuido al alzamiento, puede adquirir la medianería del muro pagando mitad de su coste, y del suelo agregado á su anchor. Todo dueño en general de predio ó casa confinante puede hacer medianero el muro ageno, reembolsando á su propietario la mitad del valor del muro, que quiere hacer medianero, y la mitad del valor del suelo que ocupa, ademas del valor total del terreno que dejase fuera el dueño por la parte que el otro confina, por estar en uso dejar libre algun terreno ó por otra causa. Adviértase que estas reglas no suelen ser coactivas, sino cuando lo exige asi la policía urbana, y no en otros casos como opuestas al sagrado derecho de propiedad. Veg. *d. capítulo* 2, *sec.* 1.

Aunque la *ley* 25, *d. tit.* 32, *P.* 3 prohibe alzar las casas descubriendo mucho las de los vecinos, con todo, hoy el dueño de una casa no sujeta á servidumbre alguna, puede alzarla lo que le pareciere aun disminuyendo la luz y las vistas de la del vecino, y puede abrir ventanas y balcones desde las cuales se vean heredades agenas cerradas ó no cerradas *mediando las distancias regladas por el uso*, y una altura proporcionada y con las precauciones debidas de enrejados ó celosías espesas y fijas de hierro cuando las luces están muy inmediatas al suelo. Efectivamente, asi lo tiene adoptado el uso, y lo dicta el derecho de propiedad y las reglas de la hermosura, y policía urbana. Veg *sec.* 3. Pero adviértase con cuidado, que el que quiere echar las ventanas debió haber dejado alguna distancia de terreno libre, ó como suele decirse, aguas vertientes, pues de lo contrario podrá el vecino si no impedirle absolutatamente abrir ventanas, obligarle á lo me-

nos á poner celosías espesas aun en las mas altas, que impidan arrojar ni caer nada en la tierra de este. Adviértase mas, que lo dicho de mediar las oportunas distancias es espresion de *d. ley* 25.

Debe pues concluirse en este punto importante, que pueden echarse toda clase de luces en los edificios, siempre que medien conjuntivamente estas dos circunstancias: una, que entre ellos y la tierra agena medien las distancias señaladas por el uso, ó lo que es lo mismo, que caigan las ventanas sobre terreno del dueño del mismo edificio; otra, que aun en este caso se pongan en las inmediatas al suelo enrejados fijos de hierro para impedir que del edificio se pase á la propiedad agena. Si el edificio no tiene aguas vertientes del lado de la propiedad agena, parece muy probable que el dueño de esta puede impedir echar en aquel ventana alguna ni aun en lo alto, ó cuando no esto, obligar á su dueño á poner celosías espesas. Pero en todo caso se estará á lo adoptado por uso constante en el pais.

Cuando los diferentes altos ó viviendas de una casa pertenecen á diversos dueños, no habiendo título que arregle las reparaciones y reconstrucciones, deben hacerse como sigue. Los cimientos y el techo son de cargo de todos los dueños, cada uno en proporcion del valor de la vivienda ó alto, que le pertenece. El dueño de cada suelo ò piso hace el sobre que marcha. El dueño del primer piso hace la escalera que le conduce á él: el del segundo la hace desde el primer suelo hasta concluir el suyo; y asi los demas.

Aunque cada uno puede hacer en lo suyo lo que quiera, debe hacerlo de manera que no dañe á otro. Por consiguiente, si uno quiere hacer pozo, cloaca, forja ú otras cosas, que por humo raido, mal olor ó de otro modo incomoden al vecino, si la servidumbre se halla establecida debe sufrirse: no estándolo, se sufrirá ó impedirá la incomodidad segun la calidad de los lugares y de la incomodidad, y segun esté previsto en las leyes de policía, y de uso si las hay. Véase *secciones* 1 *y* 2.

Ni en este autor ni en otro he visto tocado el punto de si cuando algunos tienen una cosa comun de imposible ó dificil particion y varios de ellos quieren darle otra forma por ser mas útil, por ejemplo, un molino de una rueda,

hacerle de tres, ó hacerlo nuevo por estar algo deteriorado, podrán obligar á los otros que lo resisten, á que no impidan que se haga la obra, y caso de hacerse á que contribuyan á ella, ó renuncien su parte. Sin que pretenda decidirle, paso á esponer lo que en él me parece.

Tanto los que quieren se reforme la cosa, como los que no pueden alegar con igual razon de su derecho de propiedad; pues estos dirán le tienen á que permanezca aquella en el mismo estado; y los otros á que se le dé la perfeccion, de que es capaz. Por lo mismo creeré debe estarse á lo que decida la mayor parte de los condueños, tanto mas cuanto seria chocante privarles de un justo y sabido lucro por el capricho de unos pocos. Pues, dado que se deba andar con la obra, es no menos claro que á los que lo resisten podrá obligárseles á la alternativa antes dicha de ó renunciar su parte ó ayudar á ella, por no ser justo se utilicen á cuenta de los otros.

Tal vez parecerá á algunos que he sido demasiado lato en este §.; pero adviertan que cuantos puntos toqué en él se ven con mucha frecuencia; y que, no diré lo que abraza nuestro derecho, pero ni aun sus principios pueden enseñarse con solos los códigos, y espero aplaudirán supla vacíos que estos debieran llenar. Con el fin de colocar las materias por su verdadero orden dejo el tratar, para los juicios de los otros puntos tocados por Sala en su *título* 12.

Núm. 9. *Resúmen de este* §. 3. Sabemos por su *número* 1 lo que és denuncia de obra nueva, y que en algunos casos puede tener lugar en obras concluidas con las circunstancias necesarias para poder establecerla: quién puede hacerlo, qué efecto causa, y que tanto activa como pasivamente pasa al sucesor singular, *núm.* 2: en los *núms.* 3 *y* 4 especificanse algunos casos en que no hay lugar á accion alguna, espresando al último, que despues de la *ley de* 5 *de abril* de 834, puede intentarse contra los que distraen las aguas de manantiales, ó rios: por el *núm.* 5 sabemos, en qué obras principalmente puede entablarse accion ya para que no se hagan, ya para que, si están hechas se derriben: por el 6, cuáles se dicen hechas clandestinamente ó por fuerza,

y á qué acciones están sujetas; prescindiendo de bien pocos casos espresados tambien en él: por el 7, á cuál lo están las obras ó árboles viejos, que amenacen ruina: y por último en el 8, queda esplicado largamente, como deben construirse las cosas comunes, ó inmediatas á otras agenas.

TITULO IV.

De los Testamentos y Codicilos.

Titulos **1** *y* **12**, *P.* 6 *y* **18**, *lib.* **10**, *Nov. Rec.*

§. I.

Modo de hacerse los testamentos y codicilos.

Razon del método. Al tratar del modo de adquirir universal, cual es la adquisicion de herencia ya testada, ó intestada, y de las muchas partes que este comprende, cuales son, testamentos, instituciones, substituciones, desheredaciones, mejoras, legados, etc., etc.; nunca mas necesario el buen orden por los diversos puntos que hay que tocar. Y por ninguno dicta aquel se empiece primero que por los testamentos; puesto que pueden decirse la piedra fundamental de cuanto va á esplicarse.

Núm. **1**. *Qué es testamento, y como se divide.* Testamento, dice la *ley* **1**, *tit.* **1**, P. 6, « es una de las cosas » del mundo en que mas deben los homes haber cordura » cuando lo facen, por dos razones: la una porque en ellos » muestran cual es su postrimera voluntad: é la otra, porque » despues que los han fecho si muriesen, no pueden tornar » otra vez á enderezarlos.» La verdadera definicion del testamento está esplicada en esta, « voluntad ordenada, en que » uno establece su heredero ò departe lo suyo en aquella » manera que quiere quede lo suyo despues de su muerte, » *ley* 2, *d. tit.* **1**, *P.* 6.»

Considerado por razon de las personas que le hacen se divide en *solemne* ó *pagánico*, y *privilegiado* ó *militar*. Este es el que siendo otorgado por todos aquellos que gozan del fuero de guerra, carece de las formalidades exijidas por la

ley, por una relajacion de esta, segun luego diré: y solemne es el que hacen con todas las solemnidades de la ley las demas clases de personas. En razon de la persona ante quien se hace, dícese *testamento atorgado con fé pública* el hecho delante del rey, en cuyo rarísimo caso, valdria, aunque no hubiese otro testigo sino él, *ley* 5, *d. tit.* 1; y *testamento otorgado con fé privada*, que es el que se hace ordinariamente. Considerados segun el diverso modo de hacerlo, son dos sus especies, y esta es su principal division. Los de la una se llaman *numcupativos ó abiertos*, y los de la otra *escritos ó cerrados*, *d. ley* 1, *tit.* 1, *ley* 1 *y* 2, *tit.* 18, *libro* 10, *Nov. Rec.* Cada cual requiere sus solemnidades que copiaremos de estas *leyes* 1 *y* 2, *d. tit.* 18, que las establecen, variando en parte las que habian establecido las *ll.* 2 *y* 3, *d. tit.* 1, *P.* 6. Pero adviértase, que cuando se dice testamento *escrito y nuncupativo*, no es porque consista su diferencia en la escritura, pues el nuncupativo puede ser escrito, y las mas de las veces se otorga por medio de escritura pública sin dejar, por eso de ser tal testamento nuncupativo, sino por las diferentes solemnidades conque se hacen.

Núm. 2. *Solemnidades y circunstancias observables en la formacion de los testamentos ya abiertos ya cerrados.* En los testamentos puede considerarse y distinguirse su parte dispositiva, ó llámese la materia sobre que versa; y lo ceremonial, esto es, la forma y solemnidades conque debe hacerse. Sobre lo que el testador puede disponer en su testamento, y sobre las leyes á que debe arreglar su voluntad háblase en los títulos siguientes. El objeto de este es esplicar como debe arreglarse su formacion para ser válido y para producir los efectos legales.

Circunscribiéndome pues á esto, digo que hoy las solemnidades y circunstancias que deben observarse al hacer los testamentos, pueden decir respecto á la persona testante, al modo de hacerlos, y á los testigos necesarios, y esta es la principal. En cuanto á la persona es preciso que no tenga incapacidad física ó legal, y espresaré quienes la tienen ó no al referir los que pueden testar.

Con respecto al modo, asienta Ant. Gom. en la *ley* 3 *de Toro*, *núm.* 33 *y* 47 *bis*, y con él casi todos los antiguos y aun modernos tratadistas, que tanto el testamento

BIBLIOTECA SANTIAGO HISTORIA

nuncupativo como el escrito deben hacerse ú otorgarse en un tiempo, lugar y contesto, ante todos los testigos, sin interpolar entre su principio, medio y fin, no diré dias, pero ni aun actos no pertenecientes á la faccion del testamento. No me cabe una duda en que debe hacerse el nuncupativo, y otorgarse el escrito ante todos los testigos juntos á un tiempo; de modo que no será suficiente oiga la voluntad del testador el número bastante de testigos unos despues de otros, sino que es preciso que todos juntos á la vez oigan la disposicion de este, si el testamento fuese abierto, ó vean el papel que pone á su vista, y dice contiene su voluntad, y suscriban juntos al tiempo que el escribano, si fuese cerrado. De lo contrario, los testigos no serían contestes sino singulares, y es bien sabido qué valor tiene esta prueba. La observancia de los otros tres puntos, fundada en derecho romano, y aun prescrita en la *ley* 3, *tit.* 1, *P.* 6, creeré con el señor Llamas en su *núm.* 5, que está derogada por la *ley* 37 *de Toro*, por la que se ve puede uno empezar su testamento, y luego dar poder á otro para que lo acabe por él; cosa no muy compatible con la unidad de contesto.

Las dos circunstancias dichas son igualmente necesarias en los testamentos nuncupativos ó abiertos, y en los cerrados ó escritos, y lo mismo la de la actitud y capacidad de los testigos que ya esplicaré; pero en cuanto al número de estos hay mucha variedad de unos á otros, como paso á esponer, empezando por el nuncupativo.

Dice la *ley* 1, *tit.* 18, *d. lib.* 10, *Nov. Rec.* que «si el testamento nuncupativo ó abierto se ordenare con escribano público, deben ser presentes á verlo otorgar tres testigos á lo menos, vecinos del lugar donde el testamento se hiciere; y si se hiciere sin escribano público, ha de haber á lo menos cinco testigos, vecinos segun dicho es, si fuere lugar donde los pudiere haber; y si no pudieren ser habidos cinco testigos ni escribano en el dicho lugar, á lo menos han de ser presentes tres testigos, vecinos del tal lugar; pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante escribano, teniendo las otras calidades que el derecho requiere, vale el tal testamento.» Por estas palabras de la ley referidas literalmente, tenemos que es igual que sea hecho el testamento nuncupativo ante tres testigos

vecinos del lugar con escribano ó sin este, ante cinco vecinos, ó ante siete aunque no haya escribano, ni sean vecinos: pero que el hecho ante tres testigos vecinos sin escribano será válido solo en el caso que se pruebe que no se pudieron encontrar en el lugar donde se hace, ni este, ni mas que tres vecinos, sin que sea necesario probar tambien que no se pudieron hallar siete no vecinos, porque en la alternativa de solo hallar estos ó tres vecinos, parece ser libre la eleccion.

En el testamento cerrado, llamado en latin *in scriptis*, manda la *ley* 2, *d. tit.* 18, que es la 3 *de Toro*, « que intervengan á lo menos siete testigos con un escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escritura del testamento, ellos y el testador, si supieren, y pudieren firmar; y si no supieren, y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del escribano. Y que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos á lo menos, y en los codicilos intervenga la misma solemnidad que en el testamento nuncupativo ó abierto: los cuales dichos codicilos y testamentos, si no tuvieren la dicha solemnidad de testigos, no hagan fé ni prueba en juicio ni fuera de juicio. » Hasta aqui estas dos célebres leyes con respecto á la solemnidad de testigos necesarios en los testamentos.

Ahora paso á referir la no menos importante disposicion que contiene en su segunda parte la *d. ley* **1** *del tit.* 18. Nótese que al espresar las solemnidades de los testamentos puse esta espresion, *hoy*; pues antes del establecimiento en las cortes de Alcalá de *d. ley* **1**, se requiera por ley de Partida en conformidad del derecho romano, como su solemnidad principal, el nombramiento de heredero. Por el contrario la dicha ley ordena, que el testamento valga tambien en cuanto á las mandas y otras cosas que contiene, aunque el testador no haya instituido heredero alguno, y entonces herede aquel, que segun derecho y costumbre de la tierra, habia de heredar en caso que el testador no hiciera testamento, y que se cumpla este. Y que lo mismo suceda si el testador instituyere heredero en el testamento y este no quisiere heredar. Y ordena últimamente, que si el testador nombrase á alguno por heredero, ó le legare ó mandare alguna cosa para que la

dé á otro á quien substituyere en la herencia ó manda, y el tal heredero ó legatario no quisiere aceptar, el substituto ó substitutos lo puedan hacer todo. Resulta pues, que segun esta *famosa ley*, para que valga en España el testamento, no es necesario que contenga institucion de heredero, ni que, en el caso de contenerla, ada ó admita este la herencia.

Núm. 3. *Advertencias útiles sobre las solemnidades de los testamentos.* Conteniendo las dos citadas *leyes* 1 *y* 2, *título* 18, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, lo principal que hay que observar en la formacion de los testamentos, contemplo oportuno y aun necesario para la mas completa esplicacion de su preciosa doctrina, y satisfaccion de las dudas, que sobre ella pueden suscitarse, proponer las siguientes cuestiones y advertencias, que deberán tenerse muy presentes.

1.ª Que los testamentos, que se hacen en tiempo de peste, deben otorgarse con las dichas solemnidades, lo mismo que si se hiciesen en tiempo ordinario; porque la ley no distingue. Gomez en la *ley* 3, *de Toro* (*es d. ley* 2, en su mayor parte) *núm.* 48. 2.ª Que no solo en los testamentos abiertos, como de ellos dice en su primera parte la *ley* 3, *de Toro*, sino tambien en los cerrados, que hacen los padres entre sus hijos ó descendientes legítimos, deben observarse las mismas solemnidades que en los en que testan entre estraños, establecidas en *dichas leyes*, como prueba Gomez *núm d.* De la misma opinion es el señor Llamas *número* 24, y da por razon el que, exigiendo *d. ley* 3 en el testamento nuncupativo entre padres é hijos ó descendientes, las mismas solemnidades que entre estraños, se seguiria el absurdo de requerir mayor solemnidad en este que en el escrito. Si bien se examina la misma *ley* 3, apoya este modo de pensar. 3.ª Este último autor, *núm.* 39, afirma que los testigos en el testamento *in scriptis* deben ser vecinos del lugar en que se hace, y lo funda en la razon antes dicha, y en que exigiéndolo en el nuncupativo la del ordenamiento de Alcala (*es la d. ley tit.* 18) parece que la de Toro exige las mismas calidades en los testigos. 4.ª En el *núm.* 70, se inclina á que el que no sabe escribir ni leer no puede testar *in scriptis*: porque como él dice, el ciego no puede hacer este testamento por el fraude que puede mediar, é igual cabe en este caso, y por aquellas palabras de la ley, *y el*

testador no pudiere firmar; conque parece indicar debe saber hacerlo. 5.ª Que no basta para suscribir y ser válido el mismo testamento que sepa firmar solo un testigo, y que él lo haga por los demas, sino que se necesitan dos á lo menos, porque la ley habla en plural cuando dice *que los unos firmen por los otros*. 6.ª Téngase presente, como dice muy bien Gom. *núm.* 42, que en el testamento en escrito debe ponerse el dia, mes, y año de su fecha, *ll.* 54 y 103, *tit.* 18, P. 3, entiéndase en la cubierta al signarle el escribano, pues este es el acto de su otorgamiento; pero no asi en el nuncupativo, á no ser que se haga por escribano, por ser escritura privada, bien que los testigos deberán dar razon del dia en que le presenciaron. Quiere decir esto, que si aparece un testamento cerrado sin las dichas fechas, solo por esto es nulo, porque lo es toda escritura pública en que estas faltan, y lo mismo el nuncupativo hecho por escribano, *ll. cit.*; pero no lo será por esta falta el nuncupativo que escrito en papel simple, ó aunque sea sellado fue hecho ante testigos solos. 7.ª Que no puede en modo alguno sostenerse la validez de un testamento cerrado en que no medió escribano, ni la del en que falte un solo testigo de los exigidos por la ley, sea cerrado ó abierto, Gom. *núm.* 38. 8.ª Que el escribano en unos y otros debe ser numerario del pueblo donde se hace, sin que baste real, porque segun la *ley* 7, *tit.* 23, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, solo ante los escribanos numerarios pueden otorgarse instrumentos públicos, á no ser que en el pueblo no los haya, como se verá mejor al hablar de ellos. 9.ª Que ni en el testamento abierto ni en el cerrado es necesario que los testigos sean rogados, formalidad esencialísima en derecho romano, porque *dichas leyes* 1 y 2, que espresan las solemnidades, que deben observarse en uno y otro, no hacen mencion de esta, que era la mas escrupulosa. Asi lo prueba Ant. Gom. *en d. ley* 3, *de Toro núm.* 49, cuyas razones parecen mucho mas sólidas que las que alega por la contraria Acevedo *en d. ley* 1, *núm.* 48, *y sig. y en d. ley* 2, *núm.* 5. 10.ª Que aunque las *ds. leyes* 1 y 2, al exigir en los testigos la cualidad de vecinos, no dicen quienes entienden por tales, es regular hablen de los reconocidos por propiamente vecinos ante la ley, y no los que algunos impropiamente llaman tales. Véase el *lib.* 1, *tit.* 2. 11.ª Que

lo que dice del ciego *d. ley* 2, se entiende segun ya insinué del testamento nuncupativo, como que este no lo puede otorgar cerrado, como lo enseñan Greg. Lop. *glos.* 2, *á la ley* 3, *tit.* 12. *P.* 6. Gom. en *d. ley* 3, *núm*, 51, y Acevedo en *d. ley* 2, *núm.* 25. 12.ª Sala al paso que opina no ser necesario que sean vecinos los testigos en el testamento del ciego, adopta la opinion de Acevedo en *d. ley* 2, *núm.* 25, de ser necesario que lo haga por ante escribano. Tanto Gomez *núm.* 50, como Llamas, *núm* 60, *de d. ley* 3, *de Toro* sostienen lo contrario á esto último, fundados en que ni la ley del ordenamiento, que corrigiera las de partida, ni la de Toro esplicativa de aquella lo exigen; en que la misma *ley* 14, *tit.* 1, P. 6, principal fundamento de los contrarios no lo requiere tampoco como de necesidad; y en que no pudiendo hacer otro que testamento nuncupativo, le basta las solemnidades que á este. Esta última razon me suscita la duda de si los testigos deberán ser ó no vecinos en el testamento del ciego; porque verdaderamente parece chocante que los cinco testigos hayan de ser por necesidad vecinos en los demas testamentos nuncupativos y no en el del ciego, mas espuesto á fraudes. Por otra parte, puede argüirse como en la regla tres dije arguye Llamas sobre el escrito. 13.ª El que se vé en la precision de hacer testamento en reinos estranjeros, no es necesario que observe las solemnidades que van espresadas, pues, por lo regular en aquellos se ignoran; y no es justo quede privado de testar por esta razon; sino que lo hará segun las de aquel en que teste. Esto entiéndase solo en cuanto á las solemnidades, ó para decirlo con mas claridad, á la simple fórmula; pero en cuanto á sus disposiciones ha de atenerse á lo que le permitan las leyes del pais sobre que recaigan. 14.ª Concluyo estas reglas con la 6.ª de Sala, que no me pareció justo omitir. Dice en ella: en nuestras *Instituciones Romano Hispanas lib.* 2, *tit.* 10, §. 14, *núm.* 6, rechazámos con razones al parecer de mucho peso, la opinion de Ant. Gom. en *d. ley* 3, *núm.* 47, de que bastarán tres testigos para el testamento abierto, aunque no interviniere escribano pudiendo haberle; y en el *núm* 7, la del Sr. Cov. que en *el cap.* 10, *de testam. núm.* 3, pretende probar, que bastan dos testigos con el escribano, si en el lugar no se pueden encontrar mas con facilidad.

Núm. 4. *Solemnidades del testamento militar.* Deben observarse las solemnidades que van esplicadas por todas las personas que quieran hacer testamento segun fuere abierto ó cerrado, esceptuados solos los militares. Las leyes de las Partida les suelen apellidar caballeros, y solo en el caso de estar en hueste y no en otro les hacia exentos de toda solemnidad la *ley* 4, *tit.* 1, *P.* 6, imitando en esto á las leyes romanas; de suerte que segun ella, pueden testar como quisieren, y pudieren de palabra ó por escrito, bastando para la prueba dos testigos llamados y rogados. Y si no estaban en la hueste, deberán testar como los paisanos. Pero en las *ordenanzas generales del ejército art.* 4, *tratado* 8, *tit.* 11, *en la ley* 8, *tit.* 18, *d. lib.* 10, *Nov. Rec.*, y ultimamente en *real orden de* 17 *de enero de* 1835, se ordena, que en confirmacion de las *dichas. ll. y orden*, los que gozan fuero militar estén en activo servicio ó no, pueden testar como tales, observando solo los necesarios requisitos para que el testamento haga prueba, ó como los paisanos, segun eligieren, en cualquier lugar que se hallen, y ya testen en sana salud ó amenazados de algun peligro. Nótese esto de *en cualquier lugar*, pues tiene tendencia á lo que motivó la real orden, espedida por pretender en cierto hospital que un militar no testase como tal, sino segun las ordenanzas de este.

Núm. 5. *Quienes pueden ó no ser testigos en los testamentos.* Visto el número de testigos necesario en los testamentos y cuando deban ser vecinos del lugar del otorgamiento, hemos de ver quienes pueden serlo. A cuya pregunta se suele responder, que lo pueden todos aquellos que no están prohibidos de serlo. Refiriendo pues los que lo están, sabremos que podrán serlo todos los demas. Los cuenta la *ley* 9, *de d. tit.* 1, *P.* 6, segun sigue 1.° Los condenados por canciones injuriosas, libelos ó pasquines con intencion de infamar, por hurto, homicidio, ú otro delito semejante á estos ó mas grave. 2.° Los apóstatas que habiendo dejado nuestra religion católica pasaron á ser moros ó judíos, aunque volviesen despues á la nuestra. 3.° Las mugeres. 4.° Los menores de 14 años. 5.° Los esclavos. 6.° Los mudos. 7.° Los sordos. 8.° Los locos mientras estuvieren en la locura. 9.° Los pródigos. En los del *núm.* 1, juzga Greg. Lop. *glos.* 2, *á d. ley* 9, que se comprenden todos los infames con infamia de

derecho. Y en los del *núm.* 5, añade la misma *ley* 9, al verso *pero*, que si algun esclavo andaba ó estaba reputado por libre en aquella sazon, esto es, al tiempo del otorgamiento del testamento, valdria este aunque despues se averiguase ser esclavo.

Los testigos inhábiles que acabo de referir lo son para todos los testamentos, por ser su inhabilidad absoluta y general; pero hay otra respectiva ó particular, que solo obra en algunos testamentos, siendo los que la tienen, hábiles ó idóneos para los otros. De esta clase son los hijos para los testamentos de sus ascendientes, y estos para los de sus descendientes. Esceptúanse de esta regla los testamentos militares, *ley* 14, *tit.* 16, *P.* 3. 2.° El heredero y todos sus parientes hasta el cuarto grado en el testamento en que fuere instituido, *ley* 11, *d. tit.* 1, *P.* 6. Pero los legatarios ó fideicomisarios particulares no tienen inhabilidad alguna para ser testigos en los testamentos en que se les dejan sus mandas; siempre que se les llame para testificar en favor ó en contra del heredero ó de otros legatarios instituidos con ellos; mas no asi tratándose de la validez de su mismo legado, *d. ley* 11. Y en este caso creeré que tampoco podrán ser testigos los parientes del legatario, pues milita la misma razon que en los del heredero. Lo demas perteneciente á testigos en pleitos y contratos esplicase al tratar de pruebas en los juicios.

Núm. 6. *Quienes pueden ó no testar.* Dije en el *núm.* 2, que una de las circunstancias mas esenciales para poder testar es la capacidad en el que quiere hacerlo. La incapacidad puede considerarse fisica, moral, y legalmente. Tendrán incapacidad fisica aquellos que no pueden espresar su voluntad; tales son el privado del habla, el loco, y el mudo que no sabe escribir. La tienen moral aquellos cuya voluntad supone la ley será desordenada, como los menores y pródigos. Y legal, los que la ley priva de testar no por las circunstancias dichas, sino por otras. Véamos pues, quienes son los que la ley contempla que reunen algunas de estas incapacidades.

Testar pueden todos los que no tienen prohibicion *ley* 13, *d. tit.* 1, y están prohibidos los siguientes. 1.° Los menores de 14 años si son varones y de 12 si hembras á quienes con un nombre comun llamamos impúberes. 2.° El desmemoriado mientras que lo fuere, por cuyo nombre entienden las

leyes de Partida al loco ó mentecato. Por sus palabras, mientras fuere desmemoriado, déjase ver que vale, segun la ley, el testamento que hagan en sus lucidos intérvalos, como disponia el derecho romano, y se sostiene comunmente como razonable, *véase su glos* 6. 3.° El desgastador ó pródigo, desde que es declarado tal judicialmente; pero valdrá el que tuviese hecho antes. 4.° Los sordo-mudos de nacimiento que no pueden hablar ni saben escribir ni leer. Sabiendo solo leer podrá escribírselo otro con licencia del rey. 5.° El privado de habla por enfermedad claro es que tampoco puede testar; pero si sabe escribir podrá hacerlo, escribiendo el testamento por su mano misma. Si sabe solo leer, puede como el mudo hacerlo con licencia real, *ley* 13, *d. tit.* 1, *P.* 6. 6.° Los obispos no pueden disponer ni por última voluntad ni por disposicion entre vivos de los bienes adquiridos *intuitu eclesiæ*, comprendiendo en ellos los emolumentos de sus mitras, y demas piezas eclesiásticas; bien que pueden dárselos á sus parientes ó amigos en vida, *ley fin. tit.* 21, 1, y Febr. 1.ª *part. cap.* 1, § 1, *núm.* 19, en donde cita ademas el derecho canónico.

Segun las *leyes* 15, 16 *y* 17, *d. tit.* 1, *P.* 6, no pueden hacer testamento los hijos que están bajo el poder de su padre: los condenados á muerte, ó destierro perpetuo; los condenados por heregia ó traicion, y por haber calumniado á otro gravemente: ni los religiosos profesos. Pero todo esto esta derogado, pues á los hijos que tengan la edad competente de 14 ó 12 años segun antes dije, les habilita para testar *la* 4, *tit.* 18, *lib.* 10, *Nov. Rec.* (5 *de Toro*). A los condenados á muerte ó destierro, *la* 3, *d. tit.* 18, (4 *de Toro*) de modo que pueden testar, ó hacer codicilo, ó dar poder al efecto en un todo como las demas personas. Y adviértase que por *d. l.* 3, se esceptua de su disposicion los bienes que fuesen, ó hubiesen de ser confiscados á favor del rey; pero hoy está abolida la pena de confiscacion de bienes por el *art.* 10 *de la constitucion de* 1837; y por lo mismo pueden disponer de todos sus bienes.

Con respecto á los religiosos debo decir, que esclaustrados en todos los dominios de España á fines del año 1836, aprobaron las córtes en 29 de julio de 1837 su secularizacion, estableciendo en el *art.* 38 *de la ley promulgada al efecto,*

que gozasen de la testamentifaccion y demas derechos civiles que corresponden á los eclesiásticos seculares los religiosos secularizados de ambos sexos. En *el tit. sig.* espresaré las otras partes de *este art.*

Los condenados por heregía y traicion, y demas que refiere la *d. ley* 16, aunque espresamente no sé de ley que los habilite para testar, me parece que están incluidos en la *d.* 4, *de Toro*, y que el *citado art. de la constitucion* les favorece tambien. Pues no sacándoles esta sus bienes parece les deja su libre disposicion; y la ley de Toro disponiendo en general que todos los condenados á muerte ó destierro puedan testar, debe comprender los condenados por los delitos espresados. Tal vez por esta razon dejó el señor Sala de hablar de *d. ley* 16. De cualquier modo, es ocioso discurrir mas sobre esta materia, de que tal vez no llegará á verse un caso.

No debo pasar de aquí sin advertir, que aunque por derecho canónico y de las partidas, los clérigos no podian testar de los bienes adquiridos *intuitu eclesiæ*, solo sí de los patrimoniales, en España pueden disponer de unos y de otros por costumbre autorizada por la *la ley* 12, *tit.* 20, *lib.* 10, *Nov. Rec.* Los obispos ya dije no se comprenden en ella, y que solo pueden testar de los patrimoniales. *Febr. lug. antes citado.*

Suscitan los tratadistas al hablar de los incapaces para testar la cuestion, de si es válido el testamento del que era capaz cuando lo hizo, y despues de hecho se hizo incapaz. Contemplo ocioso distraerme mucho en ventilarla; por lo mismo me limito á sentar, que si se habla de incapacidad física ó moral, es indudable que no se anula el testamento aunque le sobrevenga, despues de hecho, al testador, como se convence por lo dicho del loco y pródigo con la *ley* 13: si de la legal, cual seria la del condenado á muerte, ó la del hereje tal vez le anularia; pero puede decirse que esta cuestion no tiene lugar hoy, que no dudo afirmar no se dá otra incapacidad puramente legal que la del obispo. Aun en este es ociosa, pues creo que no dirá nadie que sea nulo el testamento, que hizo antes de serlo, de los bienes adquiridos *intuitu eclesiæ.*

Que para saber, si el testador era ó no capaz al hacer el testamento, debe atenderse al momento en que le otorga ante los testigos, declarando que aquella es su voluntad, es

cosa clara. Asi, nada valdrá probar que cuando lo estendió por escrito, estaba loco: él declara en su sano juicio que aquella es su voluntad y esto basta.

Núm. 7. *De los Codicilos.* Hay ademas de los testamentos otras especies de última voluntad, que se distinguen de estos, ya por las diversas formalidades, que la ley exige, ya por la materia de que pueden ser objeto. Tales son los codicilos y las donaciones, *mortis causa*. De estas hablaré cuando trate de la otra especie de donaciones dichas *inter vivos*; limitándome por ahora á los primeros. *La ley* **1**, *tít.* **12**, *P.* 6. dice ser codicilo «escritura breve, que hacen algunos »omes, despues que son fechos sus testamentos, o antes.»

Sus especies son las mismas que dije del testamento, esto es, pagánico, militar, nuncupativo y escrito: y pueden hacerlo, las mismas personas que vimos pueden testar.

En cuanto á sus solemnidades, téngase por repetido lo que dije hablando de las de los testamentos, pues deben observarse en su formacion las mismas en un todo; á no ser respecto al número de testigos. La última ley, que habla de esto es *la ley* 2, *tit*, **18**, *lib.* **10**, *Nov. Rec.* (*3 de Toro*), y mis lectores habrán notado, cuando la trasladé en el *núm.* 2, para espresar el número de testigos necesario en el testamento cerrado, estas sus palabras, «y en los codicilos intervenga »la misma solemnidad que en el testamento nuncupativo ó »abierto.» Nótese que la solemnidad de que habla es la del número de testigos.

Como esta ley no especifica de que especie de codicilos habla, si del escrito, ó nuncupativo, debaten fuertemente los autores la cuestion de si comprende en su disposicion el codicilo escrito, de suerte que en este lo mismo que en el nuncupativo se observe solo la solemnidad de testigos que en el testamento de esta clase, ó si habla solo del codicilo nuncupativo. Sala, *núm.* 5, *tít.* 4, es de opinion, que la *d. ley* 3, *de Toro* solo habla de estos; y que por lo mismo en los que se otorgaren cerrados deben necesariamente intervenir cinco testigos con sus firmas, como lo estableció la *ley* 3, *tít.* **12**, *P.* 6, y lo prueba lata y fundadamente Greg. Lop. en su *glos.* 2, y lo mismo siente Gom. en *d. ley* 3, *núm.* 69. En ellos pueden verse sus razones. El señor Llamas por el contrario en el *núm.* 28, *de d. ley* 3, opina, que no solo en el co-

dicilo nuncupativo, sino tambien en el escrito bastan las solemnidades que en el testamento nuncupativo, fundado entre otras cosas en que *la d. ley* 3, dice en plural, *y en los codicilos*, siendo asi que hasta allí siempre viniera hablando en singular del testamento nuncupativo primero, luego del escrito, y despues de el del ciego; y en que parece chocante exigir mayor solemnidad en el codicilo escrito que en el testamento, instrumento mucho mas esencial que el codicilo.

El mismo Llamas, *núm*, 48, afirma contra los que sostienen lo contrario, que la muger no puede ser testigo en los codicilos, pues todos dicen no puede serlo en los testamentos, y la *ley* 3, *d.* exige en aquellos la misma solemnidad que en estos. Y en *el* 66, que el ciego puede otorgar su codicilo como las demas personas, pues si no, lo hubiera espresado la misma ley.

Limitado mi objeto en *este* §, á esplicar el modo de hacerse testamentos y codicilos, me reservo hablar en los lugares oportunos de las causas por que se anulan, y del modo de instituir en ellos heredero.

Núm. 8. *De los comisarios testamentarios y algunas de sus facultades.* Tenemos en España la singularidad de que la facultad de testar se puede someter á otro, cosa no solo desconocida sino aun prohibida por las leyes romanas, y de partida, *ley* **11**, *tit.* 3, P. 6. Llamas *ley* 31, *de Tor. núm.* 7, Si bien se examina la *misma ley* **11**, establece ya en su última parte la doctrina de comisarios. La primera ley que segun este autor, *núm.* 8, habla de esto entre nosotros es *la* 6, *tit.* 5, *lib.* 3, *Fuero Real*, cuya ley por las muchas facultades que concedia á los comisarios, dió lugar á los escesos, de que hablan, y que trataron de cortar las *leyes* 31, *y sig. hasta la* 40 *de Toro*, trasladadas en *el tit.* 19, *d. lib.* 10, *Nov. Rec*, que paso á esplicar.

Dice *la ley* 31, *d. tit.* 19, que «porque muchas veces acaece que algunos, porque no pueden, ó porque no quieren facer sus testamentos, dan poder á otros que los fagan por ellos: e los tales comisarios facen muchas fraudes, y engaños con los tales poderes, estendiéndose á mas de la voluntad de aquellos que se lo dan: por ende por evitar los dichos daños, de aqui adelante el tal comisario no pueda por virtud de tal poder hacer heredero en los bienes del testador, ni mejo-

ría del tercio ni del quinto, ni desheredar á ninguno de los hijos, ó descendientes del testador, ni les pueda sustituir vulgar ni pupilar, ni ejemplarmente, ni hacerles sustitucion alguna de cualquier calidad que sea, ni pueda dar tutor á ninguno de los hijos ó descendientes del testador; salvo si el que le dió el tal poder para hacer testamento, especialmente le dió el poder para facer alguna cosa de las subsodichas: en esta manera el poder para facer heredero nombrando el que da el poder por su nombre á quien manda que el comisario faga heredero, y en cuanto á las otras cosas señalando para qué le da el poder, y en tal caso el comisario pueda hacer lo que especialmente el que le dió el poder señaló e mandó, y no mas. »

Tal es el contesto de esta ley, sobre la que dice muy bien el d. señor Llamas, que por aquellas palabras, *porque algunos no pueden*, no debe entenderse que habla la ley de los que no pueden testar, por ser de los que el derecho vimos *en el núm.* 6, prohibe de testar por incapaces, sino de los que no pueden, por estar muy enfermos, y achacosos, ó por otra causa.

Con respecto al poder de mejorar, sustituir y demas que espresa, aunque fuera mejor que la ley mandase que se señalara en él la persona que debia ser mejorada, sustituida etc., como en el nombramiento de heredero, vemos con todo que no lo hace, ni le anula por eso: al contrario dice que basta le dé poder para hacer v. g. la mejoría sin especificar á favor de que hijo. Véase el citado Llamas *núm.* 12 y siguientes sobre los términos en que debe ponerse este poder para ser válido.

Habiendo esplicado la *ley* 1, *d. tit.* 19 lo que el comisario puede hacer cuando el poder especial que le da el poderdante está concebido en los términos que espresa, pasa la 2 á señalarle sus facultades cuando le da en general poder solo para testar, y dice que, cuando al testador no hizo heredero, ni dió poder al comisario que lo hiciese por él, ni para hacer alguna de las cosas que acabo de espresar con la *ley* 1, *d.*, sino solamente para que por él pueda hacer testamento, puede el comisario descargar los cargos de conciencia del testador que le dió el poder, pagando sus deudas, car os de servicio y otras semejantes, y mandar distribuir por el alma del testador la quinta parte de sus bienes, que

pagadas las deudas montare; y el remanente se repartirá entre los parientes á quienes tocare heredarle abintestato; y si parientes tales no tuviere el testador estará obligado el comisario, dejando á la muger del que le dió el poder lo que por derecho le corresponde, á disponer de todos los bienes por causas pias y provechosas á su alma, y no en otra cosa alguna. Nótese que esta *ley* 2, al paso que cuando no hay herederos abintestato usa de la palabra *sea obligado el comisario á disponer de todos los bienes*, cuando hay parientes que hereden, dice tan solo que *puede* distribuir todo el quinto por el alma del testador, pero sin obligarle á ello.

El comisario debe usar del poder que se le dió, dentro de 4 meses, si estuviese en la ciudad, villa, ó lugar donde se le dió el poder, al tiempo que se le dió; y si entonces estaba ausente, pero dentro de los reinos de España, dentro de 6 meses; y si estuviere fuera de estos, tendrá el término de un año y no mas, cuyos términos corren tambien contra el comisario ignorante, *ley* 3, *d. tit.* 19, *lib.* 10, (33 *de Toro*) El señor Llamas en ella, *núm.* 5, oponia que, siendo concedidos los términos de esta ley en favor del poderdante, para que su voluntad tenga pronto cumplimiento, está en su arbitrio cortarlos, ó alargarlos. Lo mismo sienta Gom. *d. ley* 33, y Matienzo, *ley* 7, *tit.* 4, *lib.* 5, *Nue. glos.* 2.

Núm 9. *De otras facultades de los comisarios; que debe hacerse cuando no hacen uso del poder; y cómo ha de otorgarse este.* En el caso que el testador nombrada y señaladamente hizo heredero, y dió poder á otro *para que acabase por el su testamento*, no podrá el comisario disponer mas que de la quinta parte de los bienes del testador, despues de pagadas las deudas, y cargos de servicio del mismo testador; á no ser que este le hubiese dado poder para mas, *ley* 6, *d. tit* 19, (33 *de Toro*).

El comisario no puede revocar el testamento que el testador habia hecho en todo ni en parte, salvo si le dió poder especial para ello, *ley* 4, *d. tit.* 19, (34 *de Toro*). Ni puede tampoco revocar el testamento, que el hubiese hecho en uso de su poder, ni despues de una vez hecho puede hacer codicilo, aunque sea para causas piadosas, por mas que se reserve el poder revocar, añadir, menguar, ó hacer codicilo ó declaracion alguna, *ley* 9, *d. tit.* 19, (35 *de Toro*).

Si fueren muchos los comisarios, y algunos no quisieren ó no pudieren usar de su poder, ó se murieren, se refunde y queda por entero el poder en los sobrevivientes, y siempre se está á lo que hace la mayor parte, y en el caso de no haberla, se acude á la justicia para la decision en los términos que refiere la *ley* 7, *d. tit.* 19, (38 *de Toro*).

En el poder que se diere al comisario para testar, dice la *ley* 8, *d. tit.* (39 *de Toro*) que ha de intervenir la solemnidad del escribano y testigos, que hemos visto ser necesaria en los testamentos, y que de otra manera no valgan ni hagan fé los dichos poderes.

Hasta aqui he hablado de lo que el comisario debe y puede hacer en virtud del poder para testar que se le dió y aceptó; veamos que es lo que debe hacerse de los bienes del poderdante, cuando el comisario no hace uso del poder. La *ley* 33, *de Toro* citada al fin del *núm. antecedente* dice, que pasados los términos, que ella señala, y espresé en este, que no pueda el comisario hacer uso del poder, sino que vayan los bienes á los que los habian de haber muriendo el testador *abintestato*. Pero que si el testador le mandò señalada y determinadamente hacer alguna cosa, señalando la persona del heredero, ó cosa cierta que debia de hacer; estará el comisario obligado á hacerla; y si pasado el término no lo hiciese, que sea habido como si el comisario lo hubiese hecho y declarado. Esta cosa cierta de que habla la ley es claro debe ser determinada, y no basta señalar cosa cierta en abstracto, v. g. poder de mejorar algun hijo.

En el caso de que el comisario no haga testamento ni disponga de los bienes del testador, (debe añadirse) ni este nombrase heredero en el poder, ordena la *ley* 13, *d. tit* 19, (36 *de Toro*) que vayan los bienes del testador á sus herederos abintestato; los cuales no siendo descendientes ó ascendientes legítimos suyos estarán obligados á disponer de la quinta parte de ellos por el alma del testador, y sino lo cumplieren dentro de un año, contándose desde la muerte del testador, podrá compelerles la justicia á peticion de cualquiera del pueblo. Nótese que esta ley solo obliga á los parientes laterales á invertir el quinto, en los dos casos de que el comisario no haga testamento, ni disponga de los bienes del testador, y no generalmente en todos.

Debo advertir en conclusion de este asunto de comisarios, que como diré en otro sitio son distintos de los *albaceas* ó ejecutores testamentarios: que no hay cosa que impida sea comisaria la muger; y que es cosa clara atendidas las citadas *leyes de Toro* que no muere intestado el que dió poder para testar, si el comisario hace testamento; por el contrario, si este no lo hace, aunque el otro hubiese dado poder. Llamas *ley* 36, *núm* 19.

Núm. 10. *Resúmen de este* §. 1.° Sabemos por lo en él dicho qué es testamento, y como se divide, *núm.* 1: que para ser válido debe ser hecho por persona capaz de testar, y otorgado ante el número de testigos que la ley exige juntos á un tiempo; que este número debe ser de siete en el nuncupativo sino son vecinos del lugar donde se hace el testamento, de cinco, siendo vecinos del lugar, ó de tres vecinos solos pero con escribano, y que si se hace presentes tres testigos vecinos sin escribano, es válido solo en el caso que se pruebe no poderse hallar en el lugar, ni este, ni cinco vecinos; que el cerrado tiene que ser subscrito por siete testigos, por el testador, y ser signado por el escribano, de modo que sean ocho firmas y ademas el signo de este, pero pueden firmar los unos por los otros; que en el testamento del ciego deben ser presentes cinco testigos; y que hoy es válido todo testamento, aunque carezca de institucion de heredero teniendo las otras solemnidades, *núm.* 2: en el *núm.* 3, quedan espresadas 13 reglas, que deben tenerse presentes para la mejor inteligencia de esta doctrina: sabemos igualmente por lo dicho, *núm.* 4, que los que gozan fuero de guerra pueden otorgar testamento ó codicilo sin observar tantas solemnidades como las demas personas: y por el 5, quienes pueden ser ó no testigos en ellos: por el *núm.* 6, sabemos quienes tienen ó no capacidad de testar, y si basta tenerla al tiempo que se hace el testamento: por el 7, con que solemnidad deben hacerse los codicilos con algunos particulares sobre esto: y últimamente por los 8 *y* 9, sabemos, que se puede testar por medio de otros que decimos comisarios, á cuanto se estienden las facultades de estos, y qué debe hacerse de los bienes del testador cuando el comisario no hace uso de su poder; que este debe otorgarse con las formalidades necesarias en los testamentos, y que

la muger puede ser comisaria con lo demas espresado al fin del *núm.* 9.

§. II.

De la apertura, y corroboracion de los testamentos y codicilos, de su rescision y anulacion, y de la libertad de testar.

Núm. **1.** De *la apertura del testamento cerrado, y penas del que teniéndole en su poder no lo entrega.* Antes de morir el testador nadie bajo pretesto alguno tiene derecho á pedir que se le comunique su testamento; pero, una vez muerto el que hubiese otorgado testamento cerrado, puede pedir al juez cualquiera, á quien se mande algo en el, que se abran jurando primero que no pide su apertura maliciosamente, sino por el interés que le tiene, *ley* **1**, *tit.* 2, *P.* 6; y añade Greg. Lop. *en su glos.* **1**, citando á otros, que tambien puede pedirla cualquiera que tuviese en ello algun interés, aunque nada se le deje en el testamento, como el hijo preterido que quisiere probar ser nulo este. Si el testamento estuviese en el lugar donde se pide que se abra, debe mandar el juez que se lo lleven á su presencia, y que se abra luego, y si estuviese en otra parte señalar plazo á los que lo tengan en su poder para que se lo lleven.

Si por ventura el que le tuviese en su poder fuese rebelde de manera que no lo quisiese mostrar por mandato del juez debe pagar al que lo demandase, todo cuanto le fuese mandado en el testamento, y todo el perjuicio que le hubiese causado por su resistencia, *ley* 2, *d. tit.* 2. Ademas de esta pena la *ley* 5, *tit.* **18**, *lib.* **10**, *Nov. Rec.*, condena á perder todo cuanto le fuese mandado en el testamento, y 2,000 maravedís para la cámara del rey al que, teniendo algun testamento ageno en su poder, no le presenta á la justicia para su apertura dentro del mes siguiente á la muerte del testador.

Si este mandare que no se abra ó publique todo ó alguna

parte de su testamento hasta cierto tiempo, deberá hacerse asi, ya pida alguien su apertura ó no. Y aunque no lo mande no debe el juez dar traslado de aquello que entendiese que puede traer algun peligro, *ll.* 5 *y* 6, *d. tit.* 2, *P.* 6. Por esta razon deberá el juez mirarlo reservadamente antes de mandar al escribano que lo publique

Traido el testamento al juez, acostumbra practicarse el que, antes de abrirlo, mande á los testígos reconocer sus firmas, y su signo al escribano, y declarar bajo juramento si aquel es el testamento en que las pusieron. Si algunos de los testigos ó todos, y el escribano hubiesen muerto, ó estuviesen ausentes, debe mandarse reconocer y acreditar la identidad de las firmas y signo, y su semejanza con las del comun uso de los firmantes, sin perjuicio de mandar reconocerlas de nuevo á los ausentes luego que pudiesen ser hallados. Constando de la identidad de las firmas ya por la deposicion de los firmantes ya por el cotejo de letras, y que el testamento no está roto segun luego diré, debe ser abierto y leido ante los que lo firmaron ú otros en su falta, y luego debe mandar el juez protocolizarlo con las diligencias de la informacion, de que acabo de hablar á su continuacion, *ley* 3, *d. tit.* 2, en el registro de escrituras públicas, y que de allí se saquen los testimonios, que se pidieren por los interesados. Tal es el modo de abrir los testamentos cerrados, que la práctica tiene adoptado; modo casi en todo conforme al que presenta *d. ley* 3, *tit.* 2, *P.* 6, que añade no deje de abrirse y leerse el testamento aunque algun testigo niegue haber puesto en el su signo, y apesar de la sospecha, que contra aquel resulte por esto.

Greg. Lop. en *la glos* 4, *á d. ley* 3, y Ant Gom. *ley* 3, *de Toro, núm.* 37, dicen, que esta práctica debió haber cesado desde que los testamentos cerrados son verdaderas escrituras públicas, como no puede decirse menos que son, atendido el modo de otorgarse por ante escribano prevenido en *d. ley* 3, *de Toro*. Y efectivamente ¿qué corroboracion, confirmacion, ó como ellos dicen, publicacion (palabra que no me parece muy propia) necesitan las escrituras públicas? Media con todo una diferencia no pequeña, cual es la de que las otras escrituras se sabe que fueron otorgadas por el escribano que suena, por solo el hecho de hallarse su protocolo

ó registro en su archivo, lo que no puede decirse de los testamentos cerrados que no suelen pasarse al protocolo del escribano hasta la muerte del testador. De consiguiente para saber si dió ó no fé del testamento, que aparece en poder de un particular, es muy oportuna la informacion que he esplicado.

Por esta breve reseña que hice del modo con que suelen abrirse los testamentos cerrados, déjase ver que su valor no pierde nada porque hubiesen muerto la mayor parte ó todos los testigos y el escribano. Estos es verdad no pueden testificar de su contenido; pero no se les exige esto; ni podria exigírseles aunque estuviesen vivos y presentes. Para hacer fé y merecer autoridad basta ver las ocho firmas y el signo del escribano, que solo con él testifica bajo su fé pública ser aquel el verdadero testamento otorgado por el que suena, siempre que reconocido signo y firmas aparezca ser idénticas y semejantes á las del comun uso, de los que aparecen firmantes.

Dije antes que, para ser protocolizado y públicado el testamento cerrado, es preciso que no aparezca en èl rotura alguna, porque, como ya diré, se anula el testamento por haberle roto el testador, y una vez que este le rompiese y anulase, claro es que no debe publicarse. Con todo como su rotura pudo haber sido casual, y sin ánimo de anular el testamento, lo que en este caso se deberá hacer es comunicar á los interesados lo que hay para que respectivamente aleguen de su derecho. Igual noticia debe dárseles siempre que aparezca alguna duda, como la sospecha que dice la *citada ley* 3 resulta de negar su firma algunos testigos.

Núm. 2. *De la corroboracion del testamento nucupativo, y su reduccion á escritura pública.* Por lo dicho *en el §. anter.* sabemos, que el testamento nuncupativo puede otorgarse ante tres testigos y escribano, ó sin este. Otorgado del primer modo no necesita mas corroboracion que otra cualquiera escritura pública, y que mueran ó dejen de morir el escribano y testigos, tendrá el mismo valor que estas; como que este testamento, á diferencia del cerrado, se protocoliza desde el momento de su otorgamiento. Si no se hizo por ante escribano debe distinguirse, ó se redujo á escritura simple, que firmaron todos los testigos, ó quedó su contesto y disposiciones fiado á la buena fé, y memoria de estos.

En este caso dice la *ley* 4, *tit.* 2, P. 6. debe el juez llamar los testigos ante sí, y tomado juramento de decir verdad examinar sus deposiciones, mandarlas escribir y reducirlas á escritura pública. «E vale tanto, añade la ley, el escrito, »que fue fecho de esta guisa de los dichos de los testigos, co»mo el testamento, que es fecho en escrito.» Debe advertirse en esplicacion de esta ley que si murió algun testigo, antes de declarar, no podrá corroborarse, ni tendrá efecto alguno el testamento, porque paga la validez del nuncupativo hecho de este modo, se necesitan cinco ó siete testigos, y muerto uno solo que sea, ya no es posible que sean cinco ó siete á testificar, véanse Gom. *d. ley* 3, *núm.* 46, *y su nota* 6, y Gregorio Lop. *glos.* 4, *d. ley* 4. Y que, aunque la ley no lo dice, es preciso, para proceder el juez á reducir á escritura pública el tal testamento, que los testigos esten contestes en sus declaraciones, como se deja conocer. Asi lo que, caso de no estarlo, deberá hacerse es participar sus deposiciones á los interesados, para que aleguen de su derecho.

Si el testamento nuncupativo fue hecho por escritura simple ante el suficiente número de testigos quienes la han suscrito, que es el otro caso que distinguí antes, y de que no hablan nuestras leyes, ni he visto especificado, tal vez lo erraré, pero yo creo puede sostenerse que, aunque muriese algun testigo, no será nulo, y que podrá reducirse á escritura pública, y verdadero testamento tomando declaracion á tenor del escrito á los testigos presentes, y haciendo el correspondiente cotejo, y confirmacion de firmas por los muertos. Fundo este modo de pensar en que en este caso no es necesario que los testigos declaren los términos, en que fue hecho el testamento; ni podrian prestar semejante declaracion en muchos casos, como sucederia si hubiese mucho tiempo que estaba hecho; sino que basta que testifiquen que el escrito, que aparece firmado por las de su uso, contiene la última voluntad del que aparece su autor. Y este testimonio ¿no bastan á darle sus firmas? Seguramente que si, pues se supone que ellos no hubieran firmado aquel papel, comprensivo de un verdadero testamento, sino se les llamara para firmarlo, y dijera, y no supieran que lo era. Hay mas: no hay ley que diga que los testigos deben declarar y deponer del tenor y disposiciones, en que son hechos los testamentos, sino solo que

deben otorgarse ante tantos ó cuantos testigos. Pues ahora bien, que el que suena en el papel simple fue hecho ante los cinco ó siete firmantes bastan á probarlo sus rúbricas, que repito no hubieran echado en el tal papel, si no presenciaran el otorgamiento del testamento. Podria alegar mas pruebas en apoyo de este mi sentir, que deduzco de los principios, que en general rigen en el tratado de pruebas en los juicios, pero concluyo con advertir que en el caso, que estoy esplicando, el tal testamento estendido en el papel simple debe ser suscrito por los cinco testigos, ó siete no siendo vecinos del lugar, con cinco ó siete firmas distintas, porque de lo contrario firmando unos á ruegos de otros, si los que no firmaran muriesen, seria imposible ó muy dificil saber y probar si se hallaran ó no presentes. Con todo, si se hallasen vivos los testigos que no firmaran, aunque muriesen los que firmaran, ó si se pudiese probar por otros medios que los que no firmaran y murieran, se hallaran verdaderamente presentes á la confeccion del testamento, valdria este lo mismo que si le hubiesen firmado todos. De suerte que de lo dicho pueden sacarse y sentarse las dos conclusiones siguientes: 1.ª El testamento nuncupativo que no fue hecho por escribano, si no se redujo á escritura simple, sino que sus disposiciones quedaron depositadas en la buena fé y memoria de los testigos, para corroborarlo y reducirlo á escritura pública es preciso que estos, vivos todos, depongan de su tenor. 2.ª Si no se fió á la memoria de los testigos, sino que se redujo á escritura simple, no es necesario probar sus disposiciones y lo en él ordenado, pues esto consta del escrito, sino que se hallaron presentes á hacer el testamento los testigos que en el escrito suenan; y esto último basta probarlo por cualquiera de los medios de prueba adoptados por las leyes.

Núm. 3. *Causas que anulan en un todo los testamentos.* Nótese ante todo que cuando hablé de las solemnidades y circunstancias necesarias en los testamentos, no exigí el que el testador lo hiciese en el pueblo de donde es vecino ó mora, ni el que lo hiciese en papel simple ó sellado, como que es indiferente hacerlo en uno ó en otro ya sea abierto ó cerrado, *ley* 12, *tit.* 1, P. 6, á no ser que aquel se otorgue por ante escribano, y el hacerlo en cualquiera pueblo. No son

pues estas de ningun modo causas de nulidad. Al espresar estas deben distinguirse las que anulan en un todo los testamentos y las que solo en parte: en este número hablo esclusivamente de las primeras.

Debe establecerse como principal causa de nulidad de los testamentos la falta de alguna de las solemnidades y circunstancias, que en el §. *ant.* dije que deben observarse en su formacion; de modo que un solo testigo que deje de asistir á oir el nuncupativo, la falta de una firma en el escrito, aunque realmente le hubiesen presenciado los siete necesarios, basta para anularlos. Lo mismo digo si el testador carece de la necesaria capacidad. Y aqui debo advertir con Greg. Lop. en sus *glos*, 2, 3 y 4, que despues de las *leyes* 3 *y* 4, *tit.* 18, *lib.* 10, *Nov. Rec.* (4 *y* 5 *de Toro*) no se anula el testamento, que uno hizo, tan solo porque despues sea condenado á muerte, ó destierro perpetuo, ó reducido á la patria potestad de otro, como dispone la *ley* 18, *d. tit.* 1, *P.* 6.

Se rompe y anula tambien el testamento si al testador, despues de haberle otorgado, le naciese algun hijo, que estuviese preterido ó no instituido en él, cuyo hijo llama la *ley póstumo*, aunque con rigor solo se llaman asi los que nacen despues de muerto su padre; ó si prohijase, esto es, adoptase á otro de manera que el prohijado se tornase en poder del adoptante, *ley* 20, *tit.* 1, *P.* 6. Algunos quieren dudar si por el nacimiento del póstumo se anula el testamento en todo, ó solo en la parte correspondiente á la legítima de este, de suerte, que sean válidas las mejoras y legados que el padre hubiese hecho en él. Su fundamento es el que aunque se quebranten los testamentos por causa de desheredacion ó preterition se conservan los legados, *ley* 7, *tit.* 8, *P.* 6, y las mejoras de tercio y quinto, *ley* 8, *tit.* 6, *lib.* 10, *Nov. Recopilacion* (24 *de Toro*) segun ya esplicaré, y en que no es necesaria la institucion de heredero para ser válidos los testamentos en cuanto á los legados y mejoras, entendida la *ley* 1, *tit.* 18, *d. lib.* 10, que referí en el §. *anter.*, *número* 2. Diré un error, pero yo creo que el nacimiento de un hijo en que el padre no pensára al hacer testamento anula este en todas sus partes; paso á esplicarme y despues júzguese. ¿Cuándo las *citadas leyes* 7 *y* 8, principal fundamento de la opinion contraria, dicen que valgan los legados y

mejoras, hablan del caso en que el padre desherede ó pretiera alguno de sus hijos *vivos*, como se convence en la *ley* 7 con solo leerla, y en la 8 por la opinion marcada de sus comentadores, todos los cuales al esplicarla suponen este caso, y por sus mismas palabras desheredacion y pretericion, que serian muy impropios si hablase de la falta de institucion del póstumo? ¿Y qué razon pudieron haber tenido las *leyes* 7 *y* 8 para conservar los legados y mejoras cuando el padre deshereda ó pretiere algun hijo que sabe está vivo? El suponer que una vez que su voluntad era privarle hasta de su legítima, si la ley se lo permitiera, con mayor razon querrá privarle de los legados y mejoras hechas á favor de otros; y por lo mismo, debe respetarse su voluntad en aquello de que dispuso por permision de la ley. ¿Y milita igual razon en el caso del nacimiento del póstumo? Por el contrario; la razon que parece tener la *ley* 20 *d.* es el que el padre muda enteramente de voluntad por nacerle un objeto caro, en que no pensaba, cuando dispuso de sus bienes; presume la ley, con justicia, que el padre hubiera variado á saber de su nuevo heredero, la direccion que sin pensar en él diera á su herencia. Véase pues, y esta es la principal razon en que apoyo mi sentir, cuan diferentes motivos hay para conservar los legados y mejoras en un caso, que en otro. En uno supone la ley que la voluntad del testador es que se conserven; en el otro por el contrario todo hace presumir que no los hubiera hecho, á saber lo que sucedió. Demasiado me he estendido en esto, sin poderlo evitar; asi concluyo con decir, que una ley terminante cual lo está la 20 *citada* no deben bastar á proscribir su observancia solas presunciones.

El modo mas natural y sencillo de anularse los testamentos es la revocacion del testador, cuya voluntad es tan libre en este particular que la puede mudar siempre que le parezca; y no solo es libre en mudarla, sino que añade la *ley* 25, *tit.* 1, *P.* 6, «que ningun ome puede facer testa» mento tan firme que lo non pueda despues mudar cuando » quisiere, fasta el dia que muera.» Esta revocacion puede efectuarse espresa ó tácitamente. Se revocá ó anula espresamente un testamento por otro cumplido ó perfecto que otorgare despues el testador, *ley* 21, *d. tit.* 1. Sobre el contesto de esta ley quiere suscitarse tambien la duda de si se entien-

de revocado en todas sus partes el primer testamento por otro posterior, ó si deberán conservarse los dos en todo cuanto no se contradigan. No es de mi objeto distraerme demasiado con cuestiones, por lo que me limito á decir, que la *citada ley* 21 ordena se anule el testamento en todas sus partes, como se convence por las limitaciones, que añaden ella y la siguiente; y que por lo mismo ademas de los casos que en estas se espresan, solo se conservará el primer testamento, cuando el testador manifieste que es su voluntad que se observen los dos, pues de lo contrario por solo hacer un segundo testamento perfecto supónese derogado el primero. Es bien sabido el principio, *de dos voluntades la última.*

Hay algunos casos, como acabo de indicar, en que un segundo testamento no anula el primero. Tales son: 1.° Si el segundo no fuese acabado ó perfecto, *ley* 23, *d. tit.* 1, *P.* 6. 2.° No le romperá, aunque fuese acabado y perfecto, cuando el testador instituyó á alguno por heredero en su primer testamento, y por haber oido nuevas que habia muerto, y creídolo asi, otorga segundo en que diga que, por cuanto no puede ser su heredero el que tiene nombrado á causa de ser muerto segun se ha dicho, nombra otro; pues si fuese hallado ser vivo el instituido heredero en el primer testamento, valdrá entonces este, y tendrá la herencia el que fué instituido en él, por haber sido falsa la razon, en que se fundó el testador para hacer el segundo. Pero téngase presente que, aunque en este caso parece que se hace nulo el segundo testamento, valdrán con todo las mandas que el testador hizo en los dos, *d. tit.* 21. 3.° Cuando el padre, habiendo hecho testamento en que instituyó por herederos á sus hijos, hace otro segundo, no romperá este al primero sino hiciere mencion de él, *ley* 22, *d. tit.* 1. 4.° Cuando el primer testamento contiene cláusula derogatoria, del mismo modo que espresa la *misma ley* 22, para romperse por otro segundo es preciso que se haga en este mencion del primero, diciendo el testador señaladamente que le revocaba, y que no hiciesen daño á aquel testamento que entonces hacia, las palabras que hubiese dicho en el primero. Con todo, como esto pende de la voluntad del testador dice el señor Covar. *de testam. part.* 2, *rúbr. á n.* 57, y Greg. Lop. *glos.* 2 *de dicha ley* 22, citando á otros, que, derogará el segundo al pri-

mero, siempre que se conozca por las conjeturas quererlo asi el testador.

Dije antes, que puede revocarse ó anularse tácitamente un testamento; y sucede esto, aunque el testador no haga otro, si á sabiendas quebrantase y rayase sus firmas (la ley usa de la palabra sellos, porque entonces se usaba en lugar de firmas) ó el signo del escribano, ó lo rompiese; pero si todo esto aconteciese por casualidad no perderia su valor el testamento, *ley* 24, *d. tit.* 1, *P.* 6. Sobre las palabras de esta ley pueden ocurrir dudas de no pequeña importancia. Comunmente se dice, que ella habla solo del testamento cerrado, Sala, *tit.* 5, *núm.* 26, Greg. Lop. *glos.* 1; pero esto para mi es una suposicion sin apoyo alguno en la ley, antes al contrario. Pues dado que hable del testamento abierto igualmente que del cerrado, supongamos que el testador dió al escribano el original del testamento cerrado para que lo colocase entre sus protocolos, como puede hacerlo, quedándose con copia debidamente legalizada; ó que otorgó testamento nuncupativo por ante escribano, cuyo original lleva siempre este, quedándose con copia, ó que hizo este mismo testamento en escritura simple por ante el suficiente número de testigos: en todos estos casos, si el testador rompe á *sabiendas* las copias y escritura simple que tiene en su poder ¿se anula el testamento? Mas de una vez tengo visto decir que no; y da por razon un escritor moderno el que el testador no rompe el verdadero testamento cual es el original, y el depositado en la memoria de los testigos. Pero dígaseme discurriendo con buena fé, el que rompe á *sabiendas* las copias en los casos que presenté ¿hace ó no hace lo que la *ley* 24 exije para anular los testamentos? Yo no puedo hacer mas que apuntar las cuestiones; por eso dejando á mis lectores que diluciden esta, me limito á decir, que presentado un caso le decidiria por la regla siempre observable en los testamentos, de escudriñar cual fuese la voluntad del testador y preferirla á todas las presunciones.

Concluyo esta materia de la anulacion de los testamentos en todas sus partes con la proposicion asentada por Antonio Gomez, *ley* 3 *de Toro*, *núm.* 18, que no deja de ser cuestionable, de que vale el testamento que la muerte no deja concluir al testador, si consta que este no tenia que

mudar ni añadir á lo dispuesto, mas no asi de lo contrario. Es del todo inexacta la cita que hace en su apoyo de la *ley* 23, *tit.* 1, *P.* 6, en medio de que no deja de ser razonable su aserto.

Núm. 4. *Causas que anulan los testamentos en parte.* Téngase por regla: cuando un testamento fue hecho con todas las circunstancias y solemnidades que vimos ser necesario observar en su formacion, y solo contiene vicio en la asignacion ó distribucion de los bienes, solo se anula en esta parte viciosa. Esta rescision en parte solo puede tener lugar, prescindiendo de un caso que espresaré en los testamentos otorgados por personas que tienen descendientes, ó por las que tienen ascendientes; pues como veremos en el *tit. sig.* solo estas están obligadas por la ley á dejarse respectivamente parte de sus bienes, de modo que á no ser por ciertas causas espresadas en las leyes, y que referiré en *d. tit.* no pueden privarse unos á otros de parte de los bienes, que dejan á la muerte.

Pueden de consiguiente rescindirse ó perder la fuerza los testamentos de las dichas personas á instancia de los desheredados, que acusan de inoficioso, esto es, hecho contra la piedad ó merced que debian guardar los testadores, el testamento en que fueron desheredados, cuya acusacion llamaron *querella inoficiosi testamenti* las leyes romanas. Tiene lugar esta querella ó acusacion en dos casos: uno, cuando pretende el ascendiente ó descendiente desheredado ser falsa la causa de desheredacion, que espresó el testador; y obtendrá victoria y se rescindirá el testamento, si no probare ser cierta el heredero instituido, á quien toca probarlo, *ll.* 8, 10 *y* 11, *tit.* 7, *P.* 6. Otro, cuando los ascendientes ó descendientes desheredan, ó pretieren sin hacer mencion de ellos, á sus descendientes ó ascendientes sin espresar causa alguna, *ds. ll. y* 1, *tit.* 8; pues es tan necesarario que el testador desheredante la esprese, que aunque quiera darla y probarla el heredero instituido no se le admite, segun dice la *d. ley* 10 *al fin* hablando de cuando el padre deshereda á un hijo; y por cuanto en esto de sucesiones los derechos son recíprocos debe decirse lo mismo cuando el desheredado es un ascendiente. Pero esto, repito, ya se verá mas por estenso en el *tit. sig.* Por ahora téngase por sentado que «todos aquellos,

» á quienes veremos que se les debe legítima forzosa, pueden » pedir la rescision de los testamentos, siempre que se les » prive de ella, ó pretiera sin espresar el testador una causa » justa y legal.»

¿Y en qué parte se anulará ó rescindirá el testamento? Si atendemos á las citadas *leyes* **10**, *tit.* 7, y **1**, *tit.* 8, *P.* 6, parece debia decirse que se anula en un todo el testamento, en que la desheredacion ó preterícion no se apoyan en justa causa por las palabras que terminantemente usan de que «non vale, nin es nada, y que por lo mismo que non debe » valer, non se puede quebrantar.» Pero tanto estas palabras como otras semejantes, que se encuentran en algunas leyes, entiéndase que solo se refieren á dar de nulo el testamento de que hablan, en la parte de herencia, y legítima correspondiente al injustamente desheredado ó preterido. A anularse todo el testamento por sola la causa de haber sido injusta la desheredacion, es claro que ni legados, ni mandas, ni mejoras, ni las otras cosas en él dispuestas valdrian: pues he aquí que la *d. ley* **11**, *tit.* 7 *al fin*, ordena que valga el testamento en que es desheredado injustamente un ascendiente, en «cuanto á las mandas, é las otras cosas que el testa» dor estableciese en él; pero no en cuanto al desheredamien» to de él:» que por la *ley* 7, *tit.* 8, *d. P.* 6 se conservan los legados, y mandas hechas en el testamento, que se anuló por haber sido injustamente desheredado un descendiente: y que la *ley* 8, *tit.* 6, *lib.* **10**, *Nov. Rec.* (24 *de Toro*) dispone que «cuando el testamento se rompiere ó anulare por » causa de preterícion, ó desheredacion, en el cual oviere » mejoria de tercio y quinto, no por eso deje de valer el di» cho tercio y quinto.» Concluyamos de consiguiente sentando por principio, que los testamentos en que hay desheredacion ó preterícion injusta, solo pueden rescindirse á peticion del interesado en *cuanto al desheredamiento de él*, por usar de la palabra de *d. ley* **11**.

Las *leyes* 4 *y* 6, *d. tit.* 8, *P.* 6 presentan dos casos en que el testamento no se anulará ni aun en parte, ó lo que es lo mismo, en que no se admite la *querella de inoficioso testamento* por causa de desheredacion ó preterícion, aunque no hubiese sido injusta **1.°** Si el desheredado callase, dejando pasar cinco años desde que el heredero nombrado en-

tró en la herencia, no podrá intentar la querella, y si la intenta queriendo mostrar razon derecha porque no debia ser desheredado no debe ser oido. A no ser que fuese menos de 25 años, que puede hacerlo durante su menor edad y cuatro años despues. 2.° Si el mismo desheredado aprueba el testamento, recibiendo para sí ó para otro algun legado que en él se dejaba, ó defendiendo el testamento como abogado ó procurador de otro, ó le consintiese en alguna otra manera semejante de estas, no podrá despues pretender quebrantar el testamento, ni debe ser oido.

La *ley* 5 *de d. tit.* 8 dice que, si el padre instituye heredero á su hijo en porcion menor de la que se le debe por legítima, queda válido el testamento, y el hijo con derecho de pedir el suplemento de su legítima; porque ni está preterido ni desheredado. Pero que si aquella parte, que le deja en el testamento no es como heredero, sino en razon de manda, entonces que podria pedir su nulidad; á no ser que recibiese el legado sin protestar que le quedase en salvo la querella, que le competia contra el tal testamento.

El otro caso, en que indiqué se anulan los testamentos en parte, es el de que habla la *ley* 15, *tit.* 20, *lib.* 10, *Novísima Recopilacion*, y que esplicaré en el *tit. sig.*, *número* 3.

Núm. 5. *Corroboracion y anulacion de los codicilos.* Entiéndase dicho de los codicilos todo cuanto va esplicado de la apertura, corroboracion y rescision ó anulacion de los testamentos con solas estas dos diferencias. 1.ª Que el codicilo no se rompe como el testamento por otro posterior, á no ser que aparezca querer quien lo hizo que no valga el primero. 2.ª Que tampoco se rompe por haberle nacido despues algun hijo al que le otorgó, á diferencia del testamento, *ley* 3, *tit.* 12, *d. P.* 6.

Núm. 6. *De la libertad de testar.* Habiendo hablado en este título de los testamentos, y de los modos de hacerse y anularse, no debo concluir su tratado sin hacer mencion de las justas leyes dictadas para protejer y sostener la libre facultad de testar. Estando tan aprobada por ellas esta libertad, es justo que sufran penas los que la embarazan. Cualquiera pues, que impidiese á otro poder testar, pierde el derecho que debia haber en los bienes de aquel á quien impi-

dió, en cualquier manera que los debiese haber, y lo que perdiere debe ser de la cámara del rey, dice la *ley* 26, *titulo* **1**, *P.* 6. Y si teniendo Pedro voluntad de nombrar heredero á Juan ó de legarle alguna cosa, se lo impidiese otro por fuerza ó por engaño, probado esto tendria obligacion de pagar á Juan el doble de lo que le hizo perder, *ley* 29, *d. tít.* **1**. Los modos reprobados con que puede impedirse á uno testar con libertad los refiere la *ley* 27, *d. tit.*

Como se ve por esta última ley, no solo se incurre en las dichas penas por impedir testar absolutamente, sino por prohibir la revocacion del testamento primero que uno tuviese hecho. Y téngase muy presente que segun la *ley* 25, *d. tit.* **1**, es tan libre la facultad de poder revocar los testamentos, que atendidas sus palabras, ningun ome puede facer testamento tan firme que lo non pueda despues mudar cuando quisiere, fasta el dia que muera. De modo que dice Greg. Lop. en su *glos.* **1**, que no hay medio alguno concedido en el derecho, por el que no puedan mudarse los testamentos.

Nuu. 7. *Resúmen del* §. 2. Por lo dicho en su *núm.* **1** sabemos quién puede pedir la apertura de un testamento cerrado, cómo se hace esta, en qué penas incurre el que teniéndole en su poder no se le entrega, que si el testador lo manda no debe abrirse, que no pierde de su valor por haber muerto los testigos y escribano, pero sí estando roto, y lo que deberá hacerse en este caso: por el 2, que el testamento nuncupativo, otorgado ante escribano no necesita corroboracion, que el que, hecho ante testigos, no se pasó á escritura simple, muerto un solo testigo no puede corroborarse; que si el testamento se estendió en escritura simple, que firmaron todos ó algunos testigos, puede corroborarse aunque muriesen los que firmaran, cotejando sus firmas, ó aunque muriesen algunos que no firmaran probándose por otros medios que se hallaran presentes á la confeccion del testamento; debo con todo decir, que este último caso encierra mucha mayor dificultad que los otros: sabemos ademas por el *número* 3 que no se anula ningun testamento, que no es hecho por escribano, por estenderse en papel simple ni por otorgarse en otro pueblo del que uno es vecino; y que si se anula por faltar alguna de las circunstancias esplicadas en el

§. *anter.*, por el nacimiento ó adopcion de un hijo, por hacer otro testamento esceptuados algunos casos alli espresados; y por romperle el testador ó rayar sus firmas y sello, sobre cuyas causas de nulidad en un todo de los testamentos, suscítanse algunas cuestiones en *d. núm.* 3 esplicadas: por el 4, que se anula el testamento en cuanto á la herencia, pero conservándose las mandas y mejoras, por haberse desheredado en él injustamente, ó sin espresar causa á un heredero forzoso, esceptuados dos casos, ó si se quiere tres, alli espresados; y que se anula tambien en parte por otra causa que diré en el *tit. sig.*: en el *núm.* 5, se habla de la anulacion, y corroboracion de los codicilos: y en el 6 de la libertad de testar, penas en que incurren los que la atácan, y de la revocabilidad de los testamentos.

TITULO V.

De la institucion de heredero; sustituciones, y desheredaciones.

Titulos 3, 4, 5, 6 *y* 7, P. 6, *y* 20, *lib.* 10, *Nov. Rec.*

§. I.

De la institucion de heredero.

Núm. 1. *Qué es herencia y heredero; y qué especies hay de estos.* Al principio del título antecedente dejo indicado, que la herencia es el modo de adquirir mas universal que hay; y puede considerarse bajo este concepto, ó bajo aquel en que solemos decir que alguno tiene tanta ó cuanta herencia, tantos ó cuantos bienes. Tomada en este no es otra cosa que *universal patrimonio de alguno con sus cargas y obligaciones.* Pero considerada la herencia como modo de adquirir, y asi la tomamos ahora, debe definirse « sucesion en todo ó en parte de los bienes de alguno é igualmente en sus cargas y obligaciones: » ó mas breve « sucesion en los derechos activos y pasivos de uno. » No sé de ley patria que presente esta ni otra definicion de la herencia; pero puede asegurarse está sacada con exactitud de los principios que rijen en nuestra legislacion: y que bajo la denominacion de herencia se comprenden las deudas, y demas cargas, demuéstrase por el *principio y ley* 1 *del título* 6, *Partida* 6 que solo por esto concede al heredero el beneficio de deliberar.

La herencia, modo de adquirir, es testada ó intestada, ó lo que es lo mismo, se difiere por testamento, y faltando este, abintestato, *principio y ley* 3, *tit.* 13, *P.* 6. Creo que no lo erraría mucho el que dijese que puede tambien deferir-

se por donacion entre vivos segun se verá por lo que diré de estas.

Sabido lo que es herencia, lo está la definicion de heredero. Segun la *ley* **1**, *tit.* 3, *P.* 6 puede decirse tal « el su» cesor de otro en todo ó parte de lo suyo, de manera que » finque señor de ello.» Pero esta definicion es muy diminuta porque no distingue el legatario y fideicomisario singular del heredero, á no ser que en la palabra *suyo*, quiera comprender todo el derecho activo y pasivo del á quien se hereda. Por lo mismo la verdadera definicion de heredero, conforme á la de herencia es la de « sucesor en todo ó parte de » los bienes de otro, y en sus cargas y obligaciones,» ó mas breve, de « todos ó parte de sus derechos activos y pasivos.» Dícese en todo ó parte de los bienes de otro, porque nadie está obligado á nombrar un solo heredero universal de sus bienes, ni á serlo, sino que se puede dejar la herencia en parte, y aceptarla solo en parte: y dícese en cargas y obligaciones, porque efectivamente el que no sucede igualmente en estas será un legatario, ó fideicomisario singular, pero no un verdadero heredero.

Pueden dividirse los herederos en *universal*, que es el sucesor en todos los bienes y obligaciones de otro, y *singular* que solo sucede en parte de unos y otros; y en *necesarios ó forzosos*, *y en voluntarios ó estraños*. Hoy por herederos necesarios entendemos aquellos que deben necesariamente ser instituidos ó desheredados cuales son los descendientes que ocupan el primer lugar, y en su defecto los ascendientes segun luego diré: y por voluntarios aquellas personas que no hay obligacion de instituir herederas, cuales son todas las otras fuera de las dichas, inclusos los parientes laterales. Dije que hoy es esto lo que se entiende por herederos necesarios, pues en la *ley* **21**, *tit.* 3, *P.* 6 se adopta la division del derecho romano de los herederos en *suyos*, *necesarios y estraños*, entendiendo por suyos los dichos ahora necesarios ó forzosos, por estraños los dichos voluntarios, y por necesarios los esclavos. Y se les llamaba necesarios, no porque el testador estuviese obligado á instituirlos herederos, que es la idea que significa hoy esta palabra, sino porque ellos estaban obligados á aceptar la herencia.

Núm. 2. *Qué sea institucion de heredero; y qué perso-*

nas hay obligacion de instituir. Aunque segun dije *al fin del núm.* 2, *tit. antece.*, no es necesaria en España la institucion de heredero para que el testamento valga, forzoso es confesar, ser su parte mas principal, y que es muy raro que no la haya. Instituir heredero es «nombrar sucesor á otro »para que, muerto el que le nombró, quede dueño de sus »bienes ó de alguna partida de ellos, *ley* **1**, *tit.* 3, *P.* 6:» y debe añadirse segun lo dicho, *núm. antece.*, «quedando »igualmente sujeto á sus cargas y obligaciones.»

Por la division que vimos de herederos en necesarios y voluntarios, déjase conocer, que hay personas á quienes no puede dejarse de instituir herederas. Tales son con la preferencia entre unos y otros conque los pondré: **1.°** Los hijos y descendientes legítimos del testador en las cuatro quintas partes de su haber, como se infiere de las *leyes* 8 *y* 9, *tit.* 20, *lib.* **10**, *Nov. Rec.* (28 *y* 30 *de Toro*) y como espresa literalmente la **10**, *tit.* 5, *lib.* 3, *Fuero Real*, cuya práctica es indudable. Los descendientes legítimos de que acabo de hablar entiéndense los nacidos en matrimonio legítimo ó legitimados por él, pues estos equipáranse en un todo á aquellos, como es corriente, y se infiere entre otras de la *ley* **1**, *tit.* **13**, *P.* 4. Faltando los dichos hijos (pues si los hay no pueden serlo, *ley* 7, *d. tit.* 20 (**12** *de Toro*) son **2.°** herederos forzosos de sus padres y demas ascendientes los legitimados por rescripto del rey, ó por los otros dos medios espresados en las *leyes* 6 *y* 7, *tit.* **15**, *P.* 4, y que espliqué, *núm.* 3, *tit.* 7, §. **1**, *lib* **1**; *leyes* 4, 7 *y* 9, *d. tit.* **15**. **3.°** Son herederos legítimos de la madre, que no tiene descendientes legítimos, tanto *ex-testamento* como *abintestato*, todos sus hijos naturales ó espúreos por su orden y grado de cualquier clase que sean, esceptuados los que tuviere de clérigos ó frailes, y los de monjas profesas de que luego hablaré, y los de dañado y punible ayuntamiento por parte de la madre, *ley* 5, *d. tit.* 20 (9 *de Toro*). **4.°** Los ascendientetes legítimos por su orden y línea derecha, es decir, primero los padres y luego los abuelos, son herederos forzosos de las dos terceras partes de los bienes de sus descendientes á no ser que estos tengan descendientes legítimos, ó que hayan derecho de los heredar, *ley* **1**, *d. tit.* 20 (6 *de Toro*). Por las últimas palabras de esta *ley*, *ó que tengan derecho de*

los heredar entienden comunmente que habla (véase Llamas *en ella*, *núm.* 9) de los hijos naturales y espúreos que como vimos son herederos forzosos de la madre con preferencia á sus ascendientes, y de los naturales respecto del padre, pues aunque estos no son herederos forzosos suyos, puede instituirlos si quisiere, aun teniendo ascendientes, *ley* 6, *d. tit.* 20 (**10** *de Toro*).

Fuera de los descendientes y ascendientes en los términos que van esplicados, todos los demas ciudadanos, incluyendo los parientes, escepto aquellos que leyes especiales prohiben instituir y luego espresaré, pueden ser nombrados herederos; pero no es de necesidad instituirlos, por lo que se llaman *voluntarios*.

Aunque todo esto se pondrá mas en claro con la demas doctrina, que debe tratarse en este título y en los dos siguientes, debo aqui decir algo en su esplicacion. Empiezo por la sucesion de los hijos naturales y espúreos á la madre; y como en el *núm.* **1**, §. 3, *tit.* 3, *lib.* **1** queda esplicado quienes se dicen hijos naturales segun la *ley* **1**, *tit.* 5, *lib.* **10**, *Nov. Rec.* (**11** *de Toro*) y qué diferencias hay de hijos espúreos, me limito ahora á asentar que, aunque la *citada ley* 5 no dice espresamente que la madre esté obligada á instituir herederos en testamento los hijos naturales y espúreos, es opinion seguida comunmente, que quiso espresar esto, porque, como dice muy bien el señor Sala, *tit.* 8, *núm.* 4, no encontramos que pueda esplicarse de otra manera la sucesion *ex testamento*, Llamas, *núm.* 47, *en d. ley* 9. Este *en el núm.* 44 á la misma ley afirma, que está por sus palabras, que los hijos naturales y espúreos *sucedan por su orden y grado*, quiere significar, que los naturales son preferidos á los espúreos, y lo mismo Sala, *ds. tit.* 8 *y núm.* 4: y en el 46, que los espúreos son igualmente escluidos por los hijos de sus hermanos naturales, porque los hijos representan siempre los derechos de los padres, y porque asi lo indica la ley por sus palabras *orden y grado*. Esceptúa la citada *ley* 5 (9 *de Toro*) de suceder á la madre entre los espúreos los hijos de dañado y punible ayuntamiento por parte de la madre, y dícese dañado y punible ayuntamiento cuando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural. Verdaderamente que esto es decir mucho y decir nada por lo du-

doso que es averiguar por qué ayuntamiento incurre la madre en tal pena. Con todo puede averiguarse que cuando se publicó la ley citada de Toro imponian las leyes pena de muerte á la muger que yacía mas de una vez con judío ó moro, pero no por la primera, *ll.* 9, *tit.* 24 *y* 10, *tit.* 25, *P.* 7; á la doncella de un señor, parienta que viva con él, al ama que diere leche á sus hijos, y á la cobijera de la señora por haber tenido hijos de otro sirviente de la misma casa, pero no si fueren de otro, *ley* 2, *tit.* 21, *Ordenamiento de Alcalá*, trasladada en la 6, *tit.* 20, *lib.* 8, *Nuev. Recopilacion*, que es la 2, *tit.* 29, *lib.* 12, *Nov. Rec.*; y á la muger casada, que comete adulterio (pero no debe decirse lo mismo de la soltera, que tiene coito con un casado) como prueba bien el citado señor Llamas en la *d. ley* 9, *núm.* 56, fundado en la *ley* 5, *tit.* 28, *lib.* 12, *Nov. Recopilacion* (82 *de Toro*) por la que se echa de ver puede el marido matar á su muger adúltera no solo cogiéndola *in fraganti* al cometer el adulterio, sino con autoridad de la justicia. Véanse ademas las *ll.* 1 *y* 2, *d. tit.* 28. Matienzo, *núm.* 1, *glos.* 11 *á la ley* 7, *tit.* 8, *lib.* 5, *Nuev. Rec.* quiere sostener incurre tambien en pena de muerte la incestuosa por cierta interpretacion que da á la *ley* 3, *tit.* 18, *P.* 7; pero comunmente se sigue la esposicion de Greg. Lop. en *la glosa* 2 *á la misma ley* 3. Averiguado por qué ayuntamientos incurre la madre por nuestras leyes en pena de muerte natural, tanto cuando se publicó la *d. ley* 9 *de Toro*, como en la actualidad, pues no sé de ley alguna que derogue las citadas, solo tengo que advertir, para poner en claro qué hijos están privados por esto de la sucesion de sus madres, que no priva de decirse hoy todos los espresados hijos de dañado y punible ayuntamiento aquel que procedió de madre de la clase de las citadas á quien por el cambio suave que sufrió la opinion, no se impusiese la pena de muerte. De consiguiente, aun en la actualidad no debe admitirse á la sucesion de sus madres los espresados hijos de judío ó moro, sirvienta y sirviente, y adulterino, ni por esta razon puede entenderse derogada la citada *ley* 5, *tit.* 20, *lib.* 10, *Novísima Recopilacion* (9 *de Toro*) en esta parte. ¿Y lo estará por la que espresa el señor Llamas en su *núm* 65? Quiere este decir que la *ley* 1, *tit.* 5, *lib.* 10, *Nov. Rec.* (11 *de*

Toro) deroga en su mayor parte la 9 en este punto, porque diciendo aquella que son hijos naturales los que nacen en tiempo en que sus padres pueden casarse justamente sin dispensacion, podrá suceder que en muchos casos los concebidos en dañado ayuntamiento sean naturales; y por consiguiente infiere él que como tales deben suceder y ser herederos legítimos de las madres. Omito detenerme en probar cuan inexacta é ilegítima es esta ilacion, por dejarlo demostrado, *ley* 1, *tit.* 3, §. 3, *núm.* 1.

Puesto en claro cuáles hijos espúreos está obligada la madre á instituir herederos y cuáles no, debo decir ahora respecto de la sucesion de esta á ellos que, aunque la *ley* 1, *título* 20, *lib.* 10, *Nov. Rec.* (6 *de Toro*) antes citada, al espresar qué padres son herederos forzosos de sus hijos uso de la palabra ascendientes *legítimos*, la madre natural ó espúrea, si puede llamarse asi, debe ser heredera forzosa de los hijos naturales y espúreos que vimos que lo son de ella, y en los mismos términos, por el principio inconcuso en esta materia de que la sucesion es recíproca.

No teniendo ningun derecho á ser instituidos en testamento los hijos adoptivos, *ll.* 8 *y* 9, *tit.* 16, *P.* 4, me reservo hablar del que les asiste á la sucesion intestada para el tratado de estas.

Núm. 3. *Quiénes tienen prohibicion absoluta para ser instituidos herederos; quiénes la tienen respectiva á algunos testadores.* Queda dicho en el *núm. antec.* qué sea institucion de heredero, y á qué personas hay obligacion de instituir; en este veremos quiénes no pueden ser instituidos ya absoluta ya recíprocamente. Como dice la *ley* 2, *tit.* 3, *P.* 6: pueden ser instituidos herederos todos aquellos á quienes no les está prohibido por las leyes; por lo que para saber quiénes pueden serlo, es lo mas espedito referir los prohibidos, y son: 1. Los desterrados para siempre, llamados en latin *deportati*. 2. Los condenados á trabajar para siembre en las minas de los metales del rey, pero á estos se les puede legar. 3. Los hereges y los apóstatas. 4. Las cofradías, cuerpos ó sociedades que se hubiesen formado contra derecho, y contra la voluntad del rey, *ley* 4, *d. tit.* 3. Y adviértase que aunque *esta ley* no hace mencion de los moros ni de los judios, están tambien prohibidos como espresa

la *ley última*, *tit.* 7, *P.* 6, *ver. Eso mesmo, y su glos.* 6.

Por la *ley* 5, *d. tit.* 3 la muger que casare dentro de un año despues de la muerte de su marido, no podia ser instituida heredera por ningun estraño, ni pariente del cuarto grado en adelante; pero está corregida por la *ley* 4, *tit.* 2, *lib.* 10 *de la Nov. Rec.* que concede licencia á todas las mugeres para poder casarse con quien quisieren dentro de dicho año, sin incurrir en pena alguna.

A los que acabo de referir ninguno puede instituirlos herederos, porque su prohibicion de ser instituidos es absoluta; otros hay que solo la tienen respectiva, es decir, que todos les pueden instituir á escepcion de ciertas y determinadas personas que no pueden hacerlo, y son los siguientes: 1. Los hijos naturales del testador, aunque estuviesen legitimados por rescripto del príncipe, no pueden ser instituidos por sus padres ni madres, si estos tuvieren *despues* hijos ó descendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio; pero les podrán dejar dichos sus padres ó madres la quinta parte de sus bienes, *ll.* 5 *y* 7, *tit.* 20, *lib.* 10, *Nov. Recopilacion* (9 *y* 12 *de Toro*). Mas si no tuvieren hijos ni descendientes legítimos podrá el padre si quiere instituir á sus hijos naturales aunque le sobrevivan sus ascendientes legítimos, *ley* 6, *d. tit.* 20 (10 *de Toro*); y la madre ya vimos está obligada á hacerlo tanto con los naturales como con los espúreos en general. 2. Los hijos espúreos propiamente dichos, y los llamados manceres (en el citado *tit.* 3, *lib.* 1 queda esplicado quienes sean) no pueden ser instituidos por el padre que tiene ascendientes legítimos, pues la *citada ley* 6 solo le permite preferir á estos á los hijos naturales. 3. Los de fornicacion, incesto, y adulterio están absolutamente prohibidos de ser instituidos por el padre y de recibir nada de él, ni aun por donacion, *ley* 10, *tit.* 13, *P.* 6. Aunque no puede decirse con exactitud á quienes llama esta ley hijos de fornicacion, *véase el citado tit.*: y debo ahora advertir, que en los de adulterio parece comprender no solo á los hijos de casada, sino tambien á los de casado y soltera, quienes por lo mismo no podrán ser instituidos por el padre, si fueron concebidos y nacidos durante el matrimonio de este; pero sí, caso de haber sido concebidos, ó nacer estando aquel disuelto, pues entonces no serán hijos de adulterio si no natu-

rales, segun la *ley* 11 *de Toro*. 4. Los hijos de dañado y punible ayuntamiento por parte de la madre no pueden ser instituidos herederos por ésta absolutamente; pero podrá dejarles el quinto y no mas, *ley* 5, *d. tit.* 20 (9 *de Toro*). 5. Los hijos de los clérigos, frailes ó monjas profesas no pueden ser instituidos, ni gozar de legados, donaciones, ó ventas que les hicieren sus padres, ni parientes por parte de padre, siendo nulo cualquier privilegio, que se concediere en contrario, *ley* 4, *d. tit.* 20: y la misma disposicion debe observarse con respecto á la madre, *d. ley* 5 (9 *de Toro*) *al fin*. Por clérigos deben entenderse aqui los ordenados de orden mayor, ó *in sacris*, como suele decirse, como hace ver Acevedo en *d. ley* 4, *núms.* 3 *y* 4. Y adviértase que las *leyes* 4 *y* 5 que acabo de citar corrigen en parte lo que generalmente dispuso de los hijos nacidos de dañado ayuntamiento la *ley* 4, *tit.* 3, *P.* 6 *al fin*: ya Greg. Lop. en su *glos.* 11 advirtió debia limitarse la generalidad que tiene de que no pudiesen ser instituidos, sin espresar por quienes 6. Nada pueden percibir por disposicion del testador el que le hubiere confesado en la última enfermedad, de que murió, sea clérigo ó religioso, ni sus parientes, iglesia ó religion, segun el *auto acordado* 3, *tit.* 10, *lib.* 5. *Nuev. Rec.* confirmado por la *ley* 15, *tit.* 20, *d. lib.* 10, *Nov.* Se infiere en *dicho auto acordado* por justa causa de esta prohibicion el evitar las persuasiones, sugestiones y fraudes con que se turban las conciencias de los enfermos, y se les trueca la voluntad. Por esta misma razon por *real orden de* 30 *de mayo de* 1830, que me pareció oportuno referir aqui por la gran conexion que tiene con lo dispuesto en el *d. auto acordado*, se previene que, cuando los testadores dejan mandas ú otros sufragios de cualquier especie que sean por sus almas, no pueda encargarse su cumplimiento á sus confesores ni á sus parientes.

No debo pasar de aqui sin advertir y hacerme cargo que en *el citado auto* ademas de la pena de privacion de oficio impuesta al escribano que autorizase cualquiera instrumento en su contravencion, se declaran nulos los que se hicieren en contrario. Mas como opina el señor Sala, *núm.* 3, *tit.* 5, parece que esta nulidad no debe entenderse de todo el instrumento sino solo de aquella parte, que contiene la institucion

de heredero ó manda en la persona del confesor. Lo funda en haber observado ser este el modo de establecerse las leyes de esta naturaleza. Asi vemos, continua, que la *ley* 8, *tit.* 8, P. 6, *y la* **11**, *tit.* 7, *al fin, al paso* de disponer que es nulo el testamento en que un ascendiente ó descendiente se desheredan sin espresar causa alguna de las justas, añaden deber entenderse esta nulidad en cuanto á la desheredacion; pero que las mandas y otras cosas contenidas en el testamento valgan. Y al mismo tenor la *ley* 8, *tit.* 6, *lib.* **10**, *Nov. Rec.* (24 *de Toro*) manda, que si el testamento se rompiere ó anulare por causa de preterícion ó desheredacion, y en él hubiese mejora de tercio ó quinto, no por eso se rompa ni menos deje de valer el dicho tercio y quinto, como si dicho testamento no se rompiese. Lo establecieron tambien asi las leyes romanas; y lo persuade la equidad que no permite tenga lugar la pena mas allá del particular en que ocurriò la sinrazon ó iniquidad que la motivó.

Núm. 4. *Presèntanse algunas cuestiones sobre la anterior doctrina.* Es de las mas importantes, mejor dicho, la mas interesante de todas las materias del derecho la presente para que no sea disculpable mi latitud en ella, y el que me detenga en darla y ponerla con la posible claridad y exactitud. Asi, aunque incurra en la nota de pesado y fastidioso insisto en los puntos que acabo de tratar.

En el primer caso de los que tienen prohibicion respectiva de ser instituidos herederos dije, que los hijos naturales del testador, aunque estuviesen legitimados por rescripto del pìncipe, no pueden ser instituidos por sus padres ni madres, si estos tuvieren despues hijos ó descendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio: y debo ahora advertir, que puse la palabra, despues, por ser de la ley, no porque crea con Palacios Rubios, y Greg. Lop. *glos.* 2, *á la ley* 9, *tit* 15, P. 4, que los legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio existentes al ser legitimado el otro ú otros por el rey no le escluyan lo mismo que los que nacen despues. Efectivamente, como dice Llamas, *núm.* 34, *á d. ley* 12 *de Toro*, parece mas fundada la contraria opinion de Acevedo, Gomez, y Matienzo; y la razon esporque mas fundado es el derecho á no ser perjudicados en sus legítimas de los nacidos antes, que el de los nacidos despues, y pueden aplicarse para

persuadir esta verdad los fundamentos que propone Gom. *al núm* 63, para probar que el legitimado por subsiguiente matrimonio no perjudica en la sucesion de un mayorazgo al legítimo de otro matrimonio anterior á la legitimacion. Por estas razones tal vez usó la ley de la palabra despues, como que en los nacidos en este tiempo habia mayor duda en si escluian ó no á los legitimados por el rey. Puede tambien aqui proponerse la duda de si los legitimados por los otros dos medios espresados en las antes *citadas leyes* 6 *y* 7, *d. tit.* 15, P. 4, pues la *d. ley* 7, *tit.* 20, (12 *de Toro*) no habla de ellos, y por la 9, *de d. tit.* 15, P. 4, sucedian con los legítimos lo mismo que los legitimados por rescripto del rey. Con todo forzoso es entenderlos igualmente esceptuados por la *ley* 7, porque los asi legitimados, y los legitimados por el rey deben conceptuarse, (y asi los conceptuan efectivamente las *ds. leyes de part.*) con iguales y no mas derechos en un todo unos que otros, y porque seria anomalía conceder mayor valor á la tal legitimacion que á la por rescripto del rey. Si al conceder el rey la legitimacion, espresa que se entienda para poder heredar con los legítimos ya nacidos ya por nacer, en este caso, no esceptuado en la *ley* 7, es opinion general que sucederán los asi legitimados. Véase el señor Rua *lec.* 27, y Llamas, *núm.* 33, que presenta otros casos que en el dia es muy inutil agitar por lo que voy á decir. Acabo de asentar que, si el rey espresa, al conceder la legitimacion que se entienda para heredar el legitimado con los legítimos, asi será; pero esto entiéndase cuando está autorizado al efecto por las córtes. ¿Y lo está hoy? Es indudable que por la *ley de* 14 *de abril de* 1838, que cité en el *núm.* 2, *tit.* 7, *lib.* 1, se autoriza á la corona para legitimar, mas me parece no menos cierto que esta solo autorizacion no es bastante para decirse la corona autorizada para poder perjudicar con su legitimacion los derechos de los legítimos que haya. Debe pues implorarse de las córtes la autorizacion para poder heredar con los legítimos los hijos legitimados; y he aqui porque dije parece inutil agitar mas cuestiones, pues la sabiduria vinculada en aquellos cuerpos, si llega á conceder alguna legitimacion de esta clase, debemos suponer sabrá evitarlas todas. Por lo mismo concluyo asentando la siguiente conclusion deducida de todo lo dicho: que los legitimados por el rey ó por

los otros dos medios espresados en las *ds. leyes 6 y 7, tit.* **15**, *P.* 4, deben ser instituidos herederos por sus padres y ascendientes, y podrán serlo no teniendo estos ascendientes legítimos ó legítimados por subsiguiente matrimonio; pero que, para poder heredar en consecuencia con estos, tendrán que obtener la competente autorizacion, ó legitimacion de las córtes.

Por el segundo caso déjase ver, que el padre solo tiene prohibicion de instituir los hijos espúreos propiamente dichos, y los manceres teniendo descendientes ó ascendientes legítimos, porque en este caso se lo prohiben las *leyes de Toro citadas*; pero no asi no los teniendo, de suerte que podrá instituirlos, si quiere, como á otra persona estraña, segun asienta Gom. *á la ley* **11**, *núm.* **14**. El señor Sala citando á Gutierrez. *lib.* 3, *practic. quest.* 94 *de la ley* **1**, *tit.* 5, *lib.* **10**, *Nov. Rec.* (**11** *de Toro*), y otros son de la contraria opinion, y siento no haber podido hallar la cita del Gutier. aunque la he buscado, para ver en que la fundan. Llamas Molina, *núm.* 34, *en la ley* **10** *de Toro* parece ser de la misma opinion, y atribuirla *á la* **10** *tit.* **13**, P. 6, pero esta ley, como espresé ya en el tercer caso, solo prohibe de ser instituidos y recibir nada del padre por donacion ó legado á los de fornicacion, incesto, y adulterio, y no á los manceres y espúreos tomados propiamente. Citarán tal vez la *ley* 3, *tit.* **15**, *d.* P. 4; que dice que los hijos que non son legítimos no pueden aspirar á las dignidades, ni podrian heredar los bienes de los padres, nin de los abuelos, nin de los otros parientes que descendieren de ellos, asi como se dice en las leyes del título de las herencias, que fablan en esta razon: mas esta ley dice mucho, y dice nada como se ve si se advierte que no hace mas que referirse á lo que en otro lado se dirá, que habla de todos los ilegítimos comprendiendo á los naturales, y que les priva no solo de la sucesion de los ascendientes; sino de la de los demas parientes.

En el quinto caso vimos lo que las leyes disponen acerca de la sucesion de los hijos de los clérigos, frailes, y monjas en los bienes de sus padres y madres; pues para eludir su disposicion, que asi debe decirse, proponen algunos tres medios: véase el señor Posadilla, *ley* **10** *de Toro*, uno, que el testador instituya heredero á una persona estraña de confianza,

y que le grave con un fideicomiso, como afirma puede hacerlo espresamente, con obligacion de alimentar á su hijo; otro, el casarle é instituir á su consorte, y el tercero, instituir un nieto hijo del hijo sacrílego. ¿Y que diremos de estas tes proposiciones? La primera no dudo afimar choca de frente con la letra de la *ley* 13, *tit.* 7, P. 6, *vers. la sesta*, en términos que si procediese á entregar la herencia el fideicomisario, y á cumplir la voluntad del testador la pierde él tambien. Véase Gom. *d. ley núm.* 20 *y* 21. Las otras dos sino están espresamente derogadas por las leyes, estas verdaderamente opuestas á su espíritu y por lo mismo las desecha el señor Castro, *lib.* 3, *dis.* 1, *ejem.* 3, encargando que en estas y semejantes cuestiones se atienda á la razon y espíritu de las leyes despreciada toda sutileza de los intérpretes.

En el tercer caso dije con la *ley* 10, *tit*, 13, P. 6, que el padre ni aun por via de donacion ó legado puede dejar cosa alguna á los hijos de fornicacion, incesto, ó adulterio; y debo advertir que segun Llamas Molina *ley* 10 *de Toro núm.* 26, *y sig.*, no se opone por esto *la ley* á que les de alimentos; que solo impide ejerza el padre con los tales, actos de generosidad, pero no el que cumpla con obligaciones sagradas y siempre atendibles. Cuando afecta á los padres esta obligacion de dar alimentos á sus hijos ilegítimos ordena *la ley* 6, *tit* 20 *lib.* 10 *Nov. Rec.* (10 *de Toro*), que no les puedan mandar por virtud de tal obligacion mas que la quinta parte de sus bienes. Como esta *ley* 10 parece indicar que solo puede el padre dejar el quinto al hijo ilegítimo, cuando esté obligado á darle alimentos, opina el citado Llamas, *núm.* 42, *y sig.* contra otros, que no podrá dejárselo, si el hijo es rico, pues á estos le exime la *ley* 6, *tit.* 19, P. 4, de la obligacion de alimentarles, opinion que no deja de estar fundada en el espíritu de *d. ley* 10. En este sitio podia entrar en otras cuestiones interminables en los escritos de los espositores al tratar de sucesiones; pero es poca ó ninguna su utilidad.

Efectivamente debe tenerse presente que se observan pocas de las disposiciones legislativas, que prohiben suceder las varias clases que van referidas de hijos bastardos, por lo dificil, si no imposible, que es probar su origen. Asi vemos hijos de clérigos suceder á sus padres diariamente. Por

lo mismo casi es inutil estar al alcance de ellas por no poder hacerse su aplicacion, á causa de que no se ven nunca probadas paternidades de esta clase.

Quiere cuestionarse tambien si puede dejar el quinto á un hijo natural un padre que tiene mas de cinco legítimos; y aunque hay quien dice que no, porque resultaria ser aquel de mejor condicion, parece mas regular la opinion de Matienzo, *núm.* 5, *glo.* 4, *ley* 7, *tit.* 8, *lib.* 5, *Nov. Rec.*, pues las leyes permiten al padre disponer de él á su gusto.

Cuando los padres dejan el quinto á sus hijos ilegítimos lo llevan estos, á no disponer aquellos lo contrario, en propiedad y usufructo, y pueden disponer de él á su gusto, *ds. ll.* 5 *y* 6, *tit.* 20, (9 *y* 10 *de Toro*). Y advierto con este motivo, que á veces mandan los padres simplemente den á los tales los alimentos regulares sus herederos; y en este caso pueden estos, si quisieren, darselos en cantidades determinadas, pues no hay ley que les obligue á darles el quinto, el cuarto ú otra parte de la herencia, no mandándolo el testador, segun pretenden ordinariamente los alimentos, como si las leyes dispusiesen que se haya de dar forzosamente el quinto por alimentos, cuando ordenan solo se pueda dar si se quiere por el alimentante.

Núm. 5. *Cómo debe hacerse la institucion de heredero y què dictan las leyes cuando se hace en términos obscuros y dudosos.* Debe nombrar su heredero el testador por sí mismo, *ley* 11, *tit.* 3, *P.* 6; y esto debe observarse aun cuando dé poder á otro para que teste por él, *ley* 1, *tit.* 19, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, como vimos al tratar de los comisarios: y debe hacerse el nombramiento con palabras que le señalen cierta y claramente; de modo que se sepa con seguridad cual es la persona nombrada, y que el testador quiso fuese su heredero, *ley* 6, *d. tit.* 3, que pone diferentes fórmulas ó locuciones con que pueda esto hacerse, sin que sea preciso, constando con seguridad de la persona por otos medios, que la señale espresamente por su nombre, *ley* 13, *tit. d.* Por defecto de este seguro nombramiento no valdria la institucion, en que nombraba por heredero á Pedro su amigo, si tuviese dos amigos de este nombre, y no pudiese constar por algunas señales de cual de las dos quiso hablar, asi iria la herencia en este caso á los mas próximos parientes, que hubieren de

suceder abintestato. Lo mismo debe decirse si el testador con error y equivocacion nombró una persona por imitar á la que queria nombrar, *ley* 12, *d. tit.* 13, *P.* 6, que presenta los ejemplos.

Tampoco valdria el nombramiento, si el testador señalase al heredero por injurias ó dicterios especiales, como si digese, nombro por heredero á Juan, pues es traidor ó hereje, para deshonrarle ó infamarle. Pero sí valdria si en general digese de él que era malo, sin espresar la especie de maldad, *ley* 10, *d. tit* 13.

El nombramiento de heredero suele hacerse ordinariamente en testamento, y en él dispone se haga la *ley* 7, *d. tit.*, sin que pueda hacerse en codicilo segun ella, sino indirectamente. Cuando quiera pues darse alguna herencia en codicilo, deberá hacerse oblicuamente, como si alguno mandase ó rogase en él, sin haber hecho testamento, que su heredero abintestato diese la herencia á Pedro; y lo mismo sucederia, si habiéndolo otorgado, lo mandara ó rogara al heredero que instituyó, *ley* 2, *tit.* 12, *P.* 6.

Puede suceder que un testador instituya herederos en general, y sin especificar, á los pobres de alguna ciudad ó villa, ó que legue á los mismos sus bienes, y en este caso ordenan las leyes que se repartan entre los que se hallaren en los hospitales de aquella ciudad, y señaladamente entre aquellos que por sus achaques no pueden salir de los hospitales. Pero si el testador no señalare lugar, deben darse á los pobres de aquel en que hizo el testamento, *ley* 20, *d. tit.* 3, P 6; bien que dice Greg. Lop. *en su glos* 7, debe esto entenderse en el caso que el testador tuviese allí su domicilio.

Núm. 6. *Cómo puede hacerse la institucion de heredero, y si uno puede morir parte testado, y parte intestado.* Debe ante todo distinguirse, para poder conocer qué libertad tiene el testador en el nombramiento de su heredero, en el caso en que teste entre herederos forzosos, del en que testa entre herederos estraños ó voluntarios. En el primero en lo que pertenece á su legítima forzosa, cuales son las dos terceras partes de todos los bienes si son ascendientes, y las dos terceras de las cuatro quintas si descendientes, como diré *tit. sig.*, tiene que instituirlos simplemente, sin poder imponerles

suspension de entrada en la herencia, condicion, ni otro gravamen alguno de ninguna especie, *ley* **11**, *tit.* 4, P. 6. En la otra tercera parte, si es un hijo que testa entre sus ascendientes, como que podria dejarla si quisiese á un estraño, claro es que, dejándola como la mas legítima á un ascendiente, podrá imponerle las mismas condiciones y gravámenes, que podria si la dejase á aquel: y si testa un ascendiente entre sus descendientes debe decirse en parte lo mismo, pero esto ya lo esplicaré como en lugar mas oportuno, *d. tit sig. núm.* 7, §. **1.**

En el caso de testar entre herederos estraños ó voluntarios cuales son los parientes de travieso etc. las leyes de Partida conformes con el derecho romano permitian al testador instituir heredero simplemente ó bajo ciertas condiciones esplicadas en *d. tit.* 4, *P.* 6, de que luego me ocuparé. Pero no le conceden la misma libertad para instituir heredero en parte de la herencia, y en parte no, ó para instituirlo hasta cierto tiempo ó desde tiempo cierto, por ser opuesto al famoso axióma de los romanos de *no poder morir uno parte testado, y parte intestado, ll.* **14** *y* **15**, *d. tit.* 3, P. 6. Mas es cosa evidente que la célebre *ley* **1**, *tit.* **18**, *lib.* **10**, *Nov. Rec.*, transcrita *al fin del núm.* 2, *tit. antec.*, corrigió y arruinó este decantado axióma de los romanos; puesto que segun ella nada influye para la validez de las disposiciones del testador el que nombre ó deje de nombrar heredero y que este acepte ó no la herencia, y no obstando el que no nombre absolutamente heredero, menos obstará el que le nombre hasta ó desde tiempo cierto, ó solo en parte de los bienes omitiendo disponer de los restantes.

Podrá pues indudablemente en España despues de esta *ley de la Recopilacion*, morir uno parte testado y parte intestado, esto es, disponer de parte de los bienes, omitiendo hacerlo de la otra; valdrá como suena la institucion de heredero desde ó hasta tiempo cierto, y podrá en fin disponer en un todo como le agrade de sus bienes, siempre que sea, se entiende, sin perjuicio de los herederos forzosos cuando los hay, y no en favor de las personas, que vimos no pueden ser herederas.

Núm. 7. *Modo de dividirse la herencia segun el diverso con que los herederos han sido instituidos, y del derecho*

de acrescer. Cuando uno instituye muchos herederos, puede dividir su herencia en las partes que quisiere; pero la comun ú ordinaria division es en doce partes que se suelen llamar *onzas,* porque este número es el mas proporcionado para subdividirse, completarse ó multiplicarse, respecto á que se puede partir en mas porciones iguales que ningun otro. Al total de doce onzas llaman las leyes *as,* á su doble, *dipondium,* y á su triple *tripondium,* cuyos nombres se espresan tambien en las nuestras de las Partidas. Su noticia es útil para el caso en que el testador, llenando ó escediendo el *as,* nombrare á otro heredero sin espresion de partes. Si nombrara á varios sin espresar partes en ninguno, todos las tendrian iguales; y si en todos las espresare, cada cual sacaria la que le señaló. Si en alguno ó algunos señalase partes y en otro no, tendrian aquellos las señaladas, y este lo que falta hasta cumplir el *as,* y llenado ó escedido el *as,* lo que faltase hasta el *dipondium,* y con la misma regla hasta el *tripondium.* Si por ejemplo dijere el testador, Juan sea heredero de cuatro onzas, Pedro de tres, Diego sea heredero, tendria este cinco que faltan para completar el *as,* y si al primero señalara ocho, al segundo siete, y el tercero estaba nombrado sin partes, sacaria nueve que faltan hasta el *dipondium*; y por la misma razon tendria doce, si entre los otros dos tuviesen señaladas otras doce; como todo consta en las *ll.* 17, 18 *y* 19, *d. tit.* 3, *P.* 6, que en esto imitaron á las romanas que establecieron los mismos, fundada en notoria equidad, como dice el el señor Sala, de quien es todo este periodo.

Tambien las imitó la *ley* 14, *d. tit.* 13 en disponer, que si el testador instituyese heredero á uno solo en cosa señalada, como en viña ú otra cosa cualquiera, debia este llevarse toda la herencia; cuya disposicion se fundaba solo en el riguroso y escrupuloso principio del derecho romano antes dicho, de no poder morir uno parte testado, parte intestado. Este axioma, establecido formalmente en una de sus leyes les precisó á admitir el derecho de acrescer en el caso de que siendo uno solo el heredero é instituido en cosa cierta, ó parte cuotativa de la herencia, como una, dos ó tres onzas, recojia en su virtud los bienes restantes del testador por necesidad, aunque este lo prohibiese. Esta misma doctrina tuvo lugar en España por la *citada ley* 14, hasta que

salió la famosa *ley* 1, *tit.* 18, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, *citada núm. ant.*, que indudablemente corrije, y asi es opinion universal, la *d. ley* 14.

Diremos pues, atendida esta correccion, que cesa ya entre nosotros el ser necesario el derecho de acrescer en las herencias; y por consiguiente, que cuando un testador señale heredero en parte ó partes ciertas, sin hacerlo en todas, y le sobrase algo, vendrán los herederos abintestato á heredar las de que no dispuso aquel. Véase á Vela *disputa.* 47, *núm.* 58.

No es esto decir que no tenga nunca lugar entre nosotros el derecho de acrescer; por el contrario, debe admitirse y nadie hay que no le admita, cuando viene de la voluntad del testador, la que quiso *d. ley* 1 se guardase y cumpliese religiosamente, de suerte que debe tenerse presente que esta ley destruye el derecho de acrescer que se funda solo en el caprichoso axioma antes espuesto, pero no cuando aparece por algunas señales quiso el testador que la herencia ó parte de ella se acresciese à falta de unos herederos en otros. Asi, si instituyese á muchos, juntándolos ò en toda la herencia, ó en alguna parte de ella, como por ejemplo, en el tercio ó en el quinto, diremos habria entre ellos derecho de acrescer, por juzgarse ser esta la voluntad del testador cuando los llama juntos á una cosa. De esta manera y por la misma razon siempre ha tenido lugar en los legados cuando hay conjuncion real.

Núm. 8. *Esplícanse las condiciones que pueden intervenir en la institucion de heredero.* Cuando no ordena su legítima entre herederos forzosos puede el testador, como he dicho, instituir heredero no solo puramente ó á dia cierto, sino tambien bajo condicion, la cual suele significarse por la palabra *sí*, y no es otra cosa que una « circunstancia, ó disposicion puesta por el testador á cuyo acontecimiento, ordinariamente incierto, quiere se verifique » lo que haya ordenado, *ley* 1, *tit.* 4, *P.* 4. » Sus efectos son varios, y dependen del modo con que hayan sido puestas; por lo mismo, y por ser muy frecuente su uso en testamentos y contratos, debo tratar de sus varias especies con alguna estension.

Pueden dividirse las condiciones: 1.° En suspensivas y

resolutivas. Hay condicion suspensiva cuando el nacimiento del derecho depende de una circunstáncia que ha de suceder, v. gr. (por usar de ejemplos de la materia que estoy tratando) si uno dijese, instituyo por heredero á Pedro si sucediese ó cuando suceda un eclipse de sol: y resolutiva, cuando depende del cumplimiento de la circunstáncia la conservacion del derecho, de suerte que puesta ó no puesta segun ella sea se acaba este, como si en el caso arriba dicho dijese, instituyo heredero á Pedro desde hoy si no sucediere el eclipse. 2.° Unas y otras son posibles é imposibles. Posibles son aquellas que no hay impedimento alguno para que se cumplan, y por lo contrario son imposibles las que lo tienen. 3.° Estas se subdividen en imposibles por naturaleza, por derecho y por ser perplejas ó dudosas, de modo que no pueden entenderse. Imposibles por naturaleza llámanse aquellas, cuya existencia resiste la misma naturaleza, como si el testador dijere «nom» bro heredero á Pedro, si alcanzare el cielo con la mano;» y por derecho, las que son contra honestidad, contra buenas costumbres, contra obras de piedad ó contra derecho, *ll.* **1** *y* 3, *tit. d.*, *P.* 6. Es tan piadosa y digna de tenerse en la memoria, dice el señor Sala, *tit.* 5, *núm.* 7, la razon de llamarse imposibles estas condiciones, que dió el celebérrimo jurisconsulto Papiniano que nos ha parecido notarla aqui, á saber: «Debe creerse que no podemos hacer aquellas cosas » que ofenden la piedad, estimacion, y rubor nuestro, y » generalmente las que se hacen contra las buenas costumbres, » como si uno dijera, te establezco por mi heredero, si no » sacares á tu padre del cautiverio, ó no le dieres de comer.» Condiciones dichas imposibles por ser dudosas y perplejas son aquellas que en sí mismas se embarazan la existencia por no poder entenderse lo que quiere el testador, como si dijere, Pedro sea mi heredero, si lo fuere, séalo Juan; y sea Juan mi heredero, si lo fuere Pedro, *ley* 5, *d. tit.* 4, *P.* 6. Su antecedente *ley* 4, pone otra clase de condiciones imposibles que llama de hecho, porque, aunque de potencia absoluta de la naturaleza pueden existir, á la accion humana le son imposibles, y pone el ejemplo en dar ó hacer un monte de oro. Véase su *glos.* **1**.

Dejando ya á un lado las condiciones imposibles, que si se habla con rigor, no son propiamente condiciones, como ni

tampoco las que se refieren á tiempo pasado ó presente, por no contener suspension ó alargamiento, á causa de no poder estar en duda la cosa en que se ponen, requisito necesario de toda condicion, *ley* 2, *d. tít.* 4; paso á las posibles, á las cuales pertenecen las otras divisiones que se siguen. 3.° Se dividen las condiciones posibles en potestativas, casuales, y mezcladas. Son las primeras las que están en nuestro poder, como si dijera Pedro que te lega cien pesos, si fueres á Madrid. Casuales las que penden de la casualidad ó ventura, como que te los legaba, si te hacian obispo. Y mezcladas ó mistas las que en parte están en nuestro poder, y en parte penden de otro ó de la casualidad, como que te los lega, si te casares con Fulgencia, lo que no puedes cumplir sin que con tu voluntad concurra la de esta, *ll.* 7, 8, *y* 9 *de d. título* 4. 4.° En espresas y tácitas. Son espresas las que manifiestan claramente las palabras, como lo son las de los ejemplos referidos; y tácitas las que no se manifiestan asi; pero se entienden espresadas. De estas unas se sobreentienden, porque asi lo exige la misma necesidad, como cuando uno lega ó promete los frutos que nacerán tal año en su campo, en cuyo caso se entiende la condicion si nacieren, *ley* 20, *tít.* 11 P. 5. Y otras nacen de la presunta voluntad del testador que, aunque no las espresó, se entiende que las quiso. De esta clase es la condicion, *si muriese sin hijos*, que se entiende cuando el testador instituyó á dos hijos, ambos legítimos ó naturales, substituyendo el uno al otro simplemente, en cuyo caso para pasar al segundo la parte que perteneció al que murió primero, es preciso que este hubiese muerto sin hijos por entenderse ser esta la voluntad del padre testador, aunque no espresó esta condicion. Lo contrario sería si los instituidos son estraños, segun todo consta de la *ley* 10, *d. tít.* 4. Y si uno fuese hijo y el otro estraño juzga muy bien Greg. Lop. en la *glos.* 13 *de la misma*, que se entenderia tambien la citada condicion en el hijo, si fuese él quien muriese primero.

Adviértase, que el dia incierto se considera condicion, cuando se duda si asistirá ó no, como si el testador dijere «lego á Pedro cien pesos cuando le hicieren capitan, ó cuando cumpliere 50 años, *ley* 31, *tít.* 9, P. 6:» pero si se sabe que existirá, ignorándose solo el cuando, *como si mu-*

riere, no hace condicion, como no la hace ninguna condicion cuya existencia es necesaria, *ley* 8, *d. tit.* 4, P. 6, por la razon antes dicha de no contener suspension ó alargamiento á causa de no poder estar en duda la cosa en que se ponen, *ley* 2 *d.* Nótese mas, que á veces añade el testador en las instituciones y legados ciertas espresiones que si no son condiciones les imitan mucho, á que llama Sala, *tit.* 6, *núm.* 19, causa y modo. Dá el primer nombre al « motivo de cosa pa- » sada que espresa aquel tener para legar: » y el segundo á la « espresion del fin para que hace el legado, » como si dijera, « lego á Juan 50 pesos para que me haga un sepulcro. »

Omite el señor Sala esplicar aqui las condiciones divi-duas é individuas, remitiendo á los que quieran ver esta division á su *digesto*, *lib.* 35, *tit.* 1, *núms.* 4, 5, 6, 7, 8 *y* 9, por no hablar de ella nuestras leyes. Pudiera trasladar aqui parte de la doctrina que he visto en la citada obra; pero contemplo por demas ya las divisiones que llevo hechas con el citado señor Sala, para dar un regular conocimiento de esta materia de condiciones.

Núm. 9. *Qué efectos producen estas cuando se interponen al nombrar heredero.* Esplicadas las principales clases de condiciones paso á espresar qué efectos producen, cuando se interponen al nombrar heredero ó legatario, en las siguientes reglas. 1.ª No se puede imponer condicion alguna á los herederos forzosos por lo que mira á su legítima segun lo dicho, *núm.* 6, *y ll.* 9 *y* 11, *d. tit.* 4. 2.ª Tanto las condiciones imposibles por naturaleza, como las por derecho no causan embarazo alguno ni sirven, pues se tienen por no puestas; y el heredero ó legatario cojen lo que se les deja, como si se les hubiese dejado pura y simplemente, *ley* 3, *d. tit.* 3.ª Por el contrario, las dichas imposibles por ser perplejas ó dudosas, y las imposibles de hecho anulan el nombramiento de heredero, *ll.* 4 *y* 5, *d. tit.* 4.ª Cuando la condicion es de las casuales es siempre preciso que se cumpla, para conseguirse lo que se deja, *ley* 8, *d. tit.* 4, P. 6. 5.ª De las condiciones potestativas dicen las *ll.* 7 *y* 14, *d. titulo*, que ganan el heredero ó legatario lo dejado si el no cumplirse sucede por aventura ò casualidad, y sin culpa de aquel á quien se imponen; y la 22, *tit.* 9, P. 6 añade, que pierde el legatario la manda si deja de cumplirse por culpa

de otro tercero distinto de él, y de aquel en quien habia de cumplirse la condicion. De suerte, que segun esta ley debe decirse que es nulo lo dejado bajo condicion potestativa siempre que esta deja de cumplirse por culpa de aquel á quien se impuso, ó por culpa de un tercero distinto de él, y de aquel en quien habia de cumplirse; pero no asi dejando de cumplirse por otra causa. 6.ª Si la condicion potestativa consiste en no hacer alguna cosa, como por ejemplo «lego á Pe» dro cien pesos si no fuere á Cádiz,» valdrá la institucion desde la muerte del instituyente, y se le habrian de entregar al punto de efectuada esta, siempre que diere fiadores de que los restituirá, si fuese á Cádiz, *d. ley* 7; á cuya famosa caucion llamaron los romanos *Muciana* por haberla inventado Quinto Mucio. 7.ª La condicion mista impuesta al nombrado heredero ó legatario, anulará la institucion si deja de cumplirse, ya sea por culpa del legatario ya por casualidad; pero valdrá la institucion si queriendo cumplirla el instituido, no se efectúa esto por culpa de la otra persona de cuya voluntad pende, *ley* 22, *d. tit.* 9, *y ejemplo de la ley* 14, *d. tit.* 4. Debo advertir que dice este no perderá el legado el legatario, aunque no quiera casarse con la persona que se le señaló, si el no querer proviene de ser parienta ó tal que no pudiese casarse con ella segun derecho. 8.ª Si el testador nombra dos herederos al uno puramente, y al otro bajo de condicion, puede aquel tomar la parte de herencia que le corresponde, sin esperar el cumplimiento de la condicion, *ley* 12, *d. tit.* 4. 9.ª Cuando instituye heredero bajo de dos condiciones deberán cumplirse todas, si las pone conjuntivamente, como si dijera «sea Pedro heredero, si se casare y » fuere á Madrid;» pero si lo hace disyuntivamente, diciendo «ó va á Madrid,» bastará se cumpla cualquiera de ellas, *ley* 13.

Dije, *núm. antec.*, que el dia incierto hace condicion, si se duda que existirá; de consiguiente, y sea la 10.ª regla, si á uno se le nombra heredero ó legatario para tiempo incierto, cuya existencia es dudosa, como si cumpliere catorce años, no gana lo dejado hasta que llegue á cumplirse como en las condiciones casuales, ni hay por que entregarselo hasta este tiempo, porque puede suceder que se muera antes, *ley* 31, *d. tit.* 9. Si no hay duda que existirá el dia

incierto, pero si ignorase el cuando, como el dia de la muerte, dice el señor Sala *en este tít.* 5, *núm.* 8, que no hace condicion si se pone á la persona del interesado, y la hace si se pone á la de un estraño, como probamos, añade, en nuestras *instituciones*, *lib.* 2, *tít.* 14, §. 9, *núm.* 5. He evacuado esta cita, y debo decir que no veo el mas pequeño indicio en nuestras leyes que apoye esta doctrina: por lo mismo paso á referir lo que estas dicen del tiempo cierto sin diferenciar en que sea puesta tal condicion á la persona del interesado, ó estraño. Cuando en el nombramiento de heredero ó legatario se hace referencia y mencion de tiempo cierto puede considerarse como legado ó institucion condicional, ó como institucion, y legado á tiempo cierto; y nótese bien esta diferencia que es muy esencial. Será legado é institucion *á tiempo ó dia cierto* en todos los casos en que se use la palabra *cuando*, como para significar no tenga efecto la institucion hasta que aquel llegue: y *condicional* siempre que se pone la partícula *si*, y no es su objeto dilatar el cumplimiento de la voluntad del instituyente ó legante. Un ejemplo pondrá esto en claro: «si Pedro dijese instituyo á Juan mi » heredero para cuando muriere Diego,» tendríamos una institucion á tiempo cierto, ó llámese incierto, pero que indudablemente existirá, y si dijese, *si muriera Diego*, seria legado ó institucion condicional.

La diferencia esplicada entre uno y otro modo produce los siguientes efectos: regla **11.ª** El legado ó herencia dejada á tiempo cierto ó incierto, cuya existencia es infalible, pues es lo mismo, y usando de la palabra cuando, para, ú otra equivalente, como *para la próxima natividad*, vale al punto que muere sin revocarle el instituyente, sin necesidad de que llegue el dia, de suerte que, aunque muera antes de este el legatario, pasa y le gana su heredero. Pero no hay obligacion de entregarlo, aunque puede hacerse si se quiere, á uno ni á otro hasta que llegue el dia; y este es todo el efecto de la suspension, *ley* 34, *tít.* 9, *P.* 6. **12.ª** Cuando al dejar una cosa se hizo mencion de un tiempo cuya existencia no es dudosa, pero como condicion, y usando la partícula «si, como » si muriere, si naciere el sol, de aquí á un año,» (que es lo que llama la *ley* condiciones necesarias) en nada se suspende el legado, sino que muerto el instituyente sin revocarlo,

lo gana el instituido, y debe entregársele al punto que muera aquel, *ley* 8, *tit.* 4, *P.* 6; asi es que lo transfiere á su heredero en cualquier tiempo que muera siendo despues del legante, no antes, *ley* 34, *tit.* 9, *v.* 6: de suerte que como dije ya, esta propia y verdaderamente no es condicion. Asi se esplican nuestras leyes sin mentar repito, la diferencia de persona interesada ó estraña. **13.**ª Si al dejar una cosa hace el testador espresion de la causa porque la deja, como si dijera « lego á Pedro cien pesos por haber cuidado de mis ne- » gocios, ó hecho este ó el otro servicio, » no impide el valor del legado ó institucion el que sea falsa la causa, *ley* **21**, *d. tit.* 9. **14** ª Cuando usó de la espresion que al *fin del número anter.* llamé *modo*, debe entregarse luego que muere el testador, lo dejado al nombrado, dando fiador de que cumplirá lo que mandó aquel; y gana su dominio tan pronto lo cumpliere ó hizo cuanto estuvo de su parte para cumplirlo, *d. ley* **21**. Concluyo este punto con recordar cuanto va en los legados é instituciones de tiempo cierto ó incierto, cuya existencia es infalible, de poner la partícula *si* á la de *cuando*; con la primera se gana el legado muerto el instituyente, y en la segunda al llegar el dia, sin que por eso deje de valer lo mismo uno que el otro desde que muere el instituyente sin revocarle: y con recomendar en él á Febrero, **1.**ª *parte*, *cap.* **1**, *núm.* 47 *y sig.*, 2.ª, *lib.* 2, *cap.* 6, y Gomez, *varias resoluciones*, *lib.* **1**, *caps.* **11** *y* **12**.

Concluye el señor Sala esta materia de condiciones advirtiendo en el *núm.* **10** estar recibida en la práctica y apoyada por nuestros autores por útil al estado y conforme á las buenas costumbres la doctrina de las leyes romanas de no valer y tenerse por no escrita la condicion de no casarse cuando se impone á un celibe y con mas particularidad si fuere muger; pero que deberá cumplirse si se pusiere á un viudo, como puede verse en Gom. en la *ley* 4 *de Toro*, *número* 8, Covar., Gutier. y otros. Añade haber tratado tambien con estension de ella en su *Digesto*, *lib.* 35, *tit.* **1**, *número* **11**, manifestando en él deber tambien cumplirse cuando la prohibicion de casarse no es general, ni tiene veces de tal, poniendo ejemplos de leyes romanas.

De que sea nula la condicion de no casarse, continua dicho señor Sala, no debemos inferir que lo sean tambien las

adicciones ó espresiones tan frecuentes en los testamentos de los padres, que teniendo hijas solteras las mejoran, «mien-» tras se mantengan solteras ó sin casarse,» porque no respiran el fin de la condicion antes dicha, de impedir absolutamente el matrimonio con perjuicio del estado, sino el de socorrer á las hijas mientras están destituidas del auxilio de marido, y no hacen la mejora condicional sino modal. De ahi es que se debe desde luego que fallezca el testador, y mientras las tales hijas fuesen célibes, sin dar caucion alguna, y sin que tengan nada que restituir de lo que comieron y percibieron aunque lleguen á casarse, lo que es claro, como dije poco ha, no sucederia si fuese verdadera condicion de no hacer. Añádase que las adiecciones ó espresiones de esta naturaleza, antes deben considerarse en caso de duda modos que condiciones, Castillo, *lib.* 4, *controv.*, *cap.* 55, Parladorio, *diffe.* 147, Barbos. *de dict. usufrequen. dicti. Donec.* 93, *núm.* 4.

Debe por fin tenerse presente en esto de condiciones que no se puede poner condicion en el codicilo al instituido heredero en testamento, *ley* 2, *tit.* 12, *P.* 6.

Núm. 10. *Resúmen de este* §. 1. Sabemos por lo dicho *núm.* 1, que la herencia, modo de adquirir, es la sucesion en todos ó parte de los derechos activos y pasivos de uno, y por lo mismo heredero el sucesor en unos y otros, á diferencia del legatario, y fideicomisario singular, y qué especies hay de herederos: por el 2 qué sea institucion de heredero, y qué personas hay obligacion de instituir con varias aclaraciones de esto: por los *núms.* 3 *y* 4 sabemos quiénes tienen prohibicion absoluta y respectiva para ser instituidos herederos, y por lo en ellos dicho resulta que la madre á los hijos de dañado y punible ayuntamiento solo puede dejarles el quinto, y á los sacrílegos nada absolutamente, tanto ella como el padre; que este á los espúreos y manceres puede instituirlos como á los estraños á falta de hijos ó ascendientes legítimos, y que á los de fornicacion, incesto y adulterio podrá cuando mas dejarles el quinto por alimentos: que cuando se deja este á los hijos pueden disponer de él á su gusto, y que cuando se les dejan solos alimentos no están los herederos obligados á asignárselo por ellos, con otros varios particulares: en el 5 dije como debe hacerse

el nombramiento de heredero, que no puede hacerse en codicilo, y qué disponen las leyes cuando el testador usa de ciertas palabras obscúras: en los 6 y 7 cómo puede hacerse, ya se teste entre herederos forzosos ó voluntarios; que se puede morir parte testado y parte intestado; como puede dividirse la herencia; y que hoy no hay derecho de acrescer necesario pero si voluntario: por el 8 sabemos qué diferencias hay de condiciones; y por el 9 qué efectos causan en la institucion de heredero ó legatario, y cuando la anulan, ó no.

§. II.

De las substituciones.

Núm. **1.** *Qué sea substitucion, sus especies, y se esplica la vulgar.* Son muy pocas ó ningunas las cuestiones de entidad que se agitan en materia de substituciones, ya por la poca y rara práctica de ellas y ya por estar tratadas con bastante exactitud en las *leyes de la Partida* 6, *tit.* 5, cuyo estracto fiel presenta el señor Sala en el *núm.* **11** y *siguientes*, *tit.* 5. Por lo mismo me limitaré en ellas á presentar la doctrina de este casi literalmente, y con bien pequeñas diferencias.

En lugar de los que el testador instituye herederos, dice, *núm.* **11** *cit.*, en primer grado, puede nombrar otros en el grado siguiente que se llaman substitutos, y su institucion substitucion. Esta por consiguiente es la «institu» cion de otro heredero en segundo ó ulterior grado, para » que suceda á falta del nombrado ó nombrados en primer » lugar.» De ella pone seis especies la *ley* **1**, *d. tit.* 5, que iré esplicando y son: **1.**ª Vulgar. 2.ª Pupilar. 3.ª Ejemplar. 4.ª Compendiosa. 5.ª Brevilocua ó recíproca; y 6.ª Fideicomisaria. La 5.ª no tanto es especie de substitucion, como modo de substituir perteneciente á las **1.**ª y 2.ª especies; y la 4.ª es tambien modo de substituir, como luego veremos.

La vulgar es aquella en que se nombra substituto de una persona cualquiera, que se habia instituido; y se llama asi porque puede hacerla cualquiera del pueblo en favor y en substitucion tambien de cualquier persona, *d. ley* 1. Se hace regularmente por palabras negativas bajo esta fórmula «ins» »tituyo á Pedro mi heredero y si no lo fuere, séalo Juan.» Pero puede tambien hacerse tácitamente, como si el testador dijese «instituyo herederos á fulano y fulano, y séalo el que »de estos viviese;» y se dice tácitamente, porque sin espresarlo el testador se entiende substituido el segundo para el caso que el otro no pudiese ó no quisiese admitir la herencia, *ley* 2, *d. tit.* 5, *P.* 6.

Ya se hiciese la subtitucion de un modo ya de otro, dice *esta ley* que ganará la herencia el substituto en los dos casos, de que el primer instituido no pudiese adquirir la herencia por haber muerto antes que el testador ú otra causa, ó de que no quisiese admitirla; lo que suelen esplicar los intérpretes diciendo que el caso general de estas substituciones comprende los particulares de impotencia y de noluntad, de suerte que el sustituto gana la herencia siempre que el instituido no la admite por no poder ó no querer, *d. ley* 2; lo que era muy cuestionable entre los intérpretes de las leyes romanas.

Si el testador, como puede, nombrara tres ó mas herederos señalando á cada uno partes, y substituyéndoles vulgarmente entre sí, pero sin espresar partes en la substitucion, uno de ellos no fuese heredero, tendrian los otros su porcion vacante, no por partes iguales, sino segun las que tenian señaladas en la institucion, *ley* 3, *d. tit.* 5, cuya clara razon es por creerse les amó el testador lo mismo en la substitucion, que en la institucion á uno mas y á otro menos. Y adviértase, segun lo dicho al principio, que la substitucion hecha en estos términos de estar sustituidos entre sí los mismos instituidos es la quese llama *brevilocua ó recíproca.*

Como ya antes iudiqué, para tener entrada en la herencia el sustituto vulgar es preciso que no sea heredero el que está instituido: por lo mismo si este tomare la herencia ó dijere que la quiere, porque de cualquiera de estos modos se hace heredero, espira la substitucion, *ley* 4, *d. tit.* Que el sustituto sucede en la misma porcion de herencia y no mas y en los mismos derechos y obligaciones en que sucederia

aquel de quien es sustituto: y que para saber quienes pueden serlo, y como debe hacerse la substitucion rigen las reglas que vimos en la institucion de heredero, es cosa clara y demostrada.

Núm. 2. *De la substitucion pupilar.* Pupilar substitucion es el nombramiento de un heredero que hace el padre para que suceda á su hijo menor de 14 años ó 12, si es hembra siempre que este muera antes de esta edad, *ll.* 1 *y* 5, *d. tìt.* 5. Esta si bien se examina mas bien debe llamarse institucion de heredero á nombre del hijo que sustitucion, y de ello presenta un argumento irrefragable, *la ley* 6, en el hijo desheredado, de que luego hablaré.

La *d. ley* 5, en seguida de haber nombrado á los hijos del testador añade: é á los que descienden de ellos, de suerte que segun ella podian los abuelos substituir pupilarmente á sus nietos; pero debe advertirse que, siendo dictada esta disposicion por estar entonces los nietos en la patria potestad de los abuelos, no tiene lugar ordinariamente en el dia, por haber establecido la *ley* 3, *tìt.* 5, *lib.* 10, *Nov. Rec.* (47 *de Toro*) que el hijo casado y velado no está ya en la potestad de su padre, por cuyo motivo no pueden estarlo sus hijos en la del abuelo: asi la citada adicion de la *ley* 5, podrá servir solo en los rarísimos casos que en el *tìt.* 3, *lib.* 1, dije no salen los hijos del poder de sus padres ó vuelven á él. Por la razon dicha de fundarse la sustitucion pupilar en la patria potestad, no pueden substituir pupilarmente las madres, asi es que *d. ley* 5, no la menta; por el contrario puede hacerlo el arrogador á su arrogado, bien que solo con respecto á la cuarta parte de los bienes en que debe heredarle ò en los que hubiese conseguido de él con motivo de la arrogacion, y en los que tuviese por otra parte sucederán sus herederos abintestato, *ley* 9, *d. tìt.* 5.

La fórmula espresa y ordinaria de esta sustitucion es, «mi hijo sea heredero, y si lo fuere y muriere dentro de la »edad pupilar, séalo Pedro;» y tambien puede hacerse calladamente sin esta espresion, diciendo el testador. «Sean »herederos mi hijo menor de 14 años y Pedro y Juan mis »amigos, y cualquiera que sea mi heredero, séalo tambien de »mi hijo,» *ley* 5, *d. tít.* Añade mas esta ley, que bajo la substitucion vulgar espresa se comprende tácitamente la pupi-

lar, quiere decir, que aunque el testador use de esta cláusula de substitucion vulgar, «quiero que sea heredero mi hijo y si »no lo fuere, séalo Pedro,» será este heredero del hijo, aunque este lo hubiese sido del padre, contra lo que parece indicar la cláusula. En el *vers. Fueras ende*, pone una escepcion de esta última doctrina en el caso de que, teniendo el testador dos hijos en su potestad uno mayor de 14 años, ó de 12 si es hembra, y el otro menor, les sustituye entre sí vulgarmente, pues entonces no seria el mayor substituto pupilar del menor, aunque siendo este heredero muriese durante su menor edad. Y da la razon de la escepcion, porque se juzga les quiso hacer iguales, y por lo mismo fue su voluntad que el mayor solo recogiese á su favor la substitucion vulgar del menor, puesto que este no podia recojer otra, por ser el mayor incapaz de tener substituto pupilar. Y añade al fin, que lo mismo seria si en lugar del hijo mayor fuese instituido un estraño aunque fuese menor, por la propia razon de no poder ser el hijo del testador substituto pupilar suyo, como que este no puede dar substituto pupilar sino á sus hijos.

No solamente puede el padre dar substituto pupilar al hijo impúbere que instituye heredero, sino tambien al que deshereda; y entonces muerto este en la edad pupilar, heredaria el substituto los bienes que viniesen al tal hijo por parte de su madre ó de otros, *ley* 6, *d. tìt.* 5. Y aunque esta ley exige que el padre nombre algun heredero, no es ya esto preciso atendida *la ley* 1, *tìt.* 18, *lib.* 10, *Nov. Rec.* segun la cual no es necesaria la institucion de heredero para que valga el testamento.

Es efecto de la substitucion pupilar como se deja conocer, que el substituto recoja todos los bienes del pupilo que murió antes de la pubertad de cualquier parte que le hayan venido, como si este le hubiese nombrado heredero en tiempo en que pudiese hacer testamento, por cuya razon se considera como testamento del hijo, *ley* 7, *d. tìt.* 5, P. 6. De esta regla esceptuase el substituto que el arrogador dió á su hijo adoptivo, el cual no heredará, como dije antes, mas bienes que los que el arrogado hubo del padre arrogador ó por su contemplacion, *ley* 9, *d. tìt.*

La *ley* 12, *del mismo*, hablando de la substitucion pupilar comprendida en la compendiosa, *vers. E si aquel* es-

tablece espresamente que el substituto del pupilo hereda á este con total esclusion de su madre. Agitase fuertemente la cuestion de si debe observarse esta disposicion hoy, despues de la *ley* 1, *tit.* 20, *lib.* 10, *Nov. Rec.* (6 *de Toro*) tantas veces citada: y aunque el señor Sala, en este *núm.* 13, sigue con Anton. Gom. *var. resol. lib.* 1, *cap.* 4, *núm.* 7, la opinion afirmativa, no dudo afirmar que hoy universalmente se prefiere á la madre. Por esto seré breve en alegar las razones de esta opinion. Como vimos en el *núm.* 2, *del* §. *anteced. la d. ley* 1 ordena, que los ascendientes sean herederos forzosos de sus descendientes, lo mismo que lo son estos á ellos en las dos terceras partes de sus bienes: si pues el hijo como es indudable no podria privar de los bienes á la madre ¿por qué podrá privarle una persona que testa por él? Dícese que quien la priva es el padre, y que este nada debe á la madre; esto es cierto, pero lo primero es una suposicion. ¿No nos dice la *ley* 7, *d. tit.* 5, que se considera como testamento del hijo esta substitucion? Luego la ley supone que quien instituye al substituto es el hijo, y es bien sabido porqué el derecho romano, y con él el de Partida hácia esta suposicion. Hay mas: verdaderamente en la substitucion pupilar es al substituto á quien se sucede, y no al substituyente, como indiqué al principio, al contrario de en la vulgar; puesto que en aquella, para que tenga lugar, es preciso sea primero heredero del padre el hijo, y en este caso de ser heredero el primer instituido ya cesó la institucion, sobre cuya idea quiero se mediten las *citadas ll.* 4 *y* 5, *tit.* 5. Pues si verdaderamente no puede decirse que suceda el substituto al padre, porque el sucesor de este fue su hijo, si no á este, ¿cómo podrá sostenerse esto cuando la *d. ley* 1, quiere que forzosamente le suceda su madre? Los que llevan la opinion, que impugno, quieren ver en aquellas palabras de esta ley; »en caso que los descendientes no tengan hijos ó descendien»tes legítimos, ó que hayan derecho de los heredar,» comprendido el substituto pupilar, sin hacerse cargo que la palabra *ó que* no puede referirse á otros que á descendientes, (*y en el núm* 2, *d.*, ya espliqué de cuales habla) y que tendria lugar su interpretacion solo en el caso que digese, *ú otras personas*. Es para mi esto tan claro que contemplo inoportuno dilatarme mas; por lo mismo concluyo con

decir que, si se quiere sostener que *la cit. ley* 1, no deroga la 12 *de d. tit.* 5, es forzoso convenir en que su observancia está proscripta por la tendencia y espíritu de la legislacion verdaderamente nacional consignada en los otros códigos, cuya observancia es primero que la de una ley absolutamente estraña para nosotros.

Como la causa de haberse introducido esta substitucion fue porque, no pudiendo testar los que están en la edad por no tener el correspondiente entendimiento para ello, pareció justo y útil la pudiesen hacer por ellos sus padres en cuya potestad están; y como esta sea necesaria para que subsista la substitucion, de ahí es que se acaba, primero, por cesar la patria potestad de cualquier manera que sea; segundo, por salir el hijo de la edad pupilar, pues despues de esta puede él mismo testar. Tambien se acaba; tercero, por infirmarse el testamento por el nacimiento de un póstumo, ú otro motivo; y cuarto, cuando el instituido no quiere, y repudia la herencia del padre, *ley* 10, *d. tit.* 5. Sobre esta última causa dice el señor Sala, *núm.* 13, *al fin* que, por cuanto la famosa *ley* 1, *tit.* 18, *lib.* 10. *Nov. Rec.*, dispone que si el heredero no admite la herencia vale y debe observarse todo lo demas que se halla ordenado en el testamento, corrige en este particular á *d. ley* 10.

Núm. 3. *De la substitucion ejemplar.* Ejemplar substitucion es el nombramiento de heredero que hacen los padres ó madres en lugar de sus hijos locos ó mentecatos. Suele hacerse diciendo «intituyo por heredero á mi hijo Pedro, y si »muriese en la locura ó enagenacion de potencias que pade»ce, establezco por heredero suyo á Juan,» *ley* 11, *d. tit.* 5, *P.* 6. Aunque esta ley habla solo de locos ó mentecatos, dice el señor Sala, *núm.* 14, que convienen todos en que puede tambien darse substituto ejemplar á los demas que por algun vicio ó impedimento no pueden testar, como los pródigos, sordo-mudos etc. Covar. *in cap. Raimutius.* §. 6, *núm.* 1. Llámase ejemplar esta substitucion por haberse introducido á ejemplo de la pupilar, por concurrir en los locos ó mentecatos la propia razon que en los pupilos de no poder testar por sí. Con la misma analogía suele tambien llamarse, *cuasi-pupilar.*

Entre ella y la pupilar hay sin embargo algunas diferen-

cias. **1.ª** Que esta solo puede hacerla el padre y al hijo que tenga en su potestad, como hemos visto; y la ejemplar tanto el padre, tenga ó no patria potestad, como la madre; y es la razon porque la ejemplar no es efecto de dicha potestad como la pupilar, pues nace del afecto que tienen los padres á sus hijos, cuya circunstancia no puede negarse á las madres. Por esto sin duda dice el señor Hern. de La Rua, que el órden para nombrar substitutos es; primero los padres luego las madre, y despues los abuelos. Y efectivamente parece muy bien su asercion, puesto que es indudable que las leyes de Partida permiten á estos nombrarlos; y que deben hacerlo despues de las madres lo prueba la razon espuesta. **2.ª** Que en la pupilar puede el padre nombrar por substituto á quien le parezca, y en la ejemplar debe nombrar á los hijos del loco, si les tuviere, y en su defecto á algunos de sus hermanos. **3.ª** Que la pupilar se da y acaba por razon de la edad de aquel á quien se dá, y la ejemplar por haberle nacido un hijo al fátuo, y por haber recobrado la sanidad de su entendimiento, *ley* **11**, *d. tit.* 5, *P.* 6. En el caso en que este, despues de haber recobrado el juicio lo volviese á perder, es cuestion si debe considerarse que dura ó se ha restablecido la substitucion, ó que está acabada. La trata entre otros el señor Covar. *d.* §. 6, *núm.* **11**, con la solidez que acostumbra, inclinándose á la media sentencia si el intérvalo del recobro es breve, y no si es largo: lo que penderá del arbitrio del juez, y yo diria de una consulta que se hiciese á la competente autoridad. A la misma sentencia se inclina Greg. Lop. en la *glos.* 9, *de d. ley* **11**.

Núm. 4. *De la substitucion compendiosa, brevilocua y fideicomisaria.* La primera que, como dije, *núm.* **1**, mas es modo de substituir que propia especie de substitucion, es aquella «que puede comprender y comprende cualesquiera herede» ros, todos los tiempos y edades de ellos, y todos los bienes;» de suerte, que comprende la vulgar, la pupilar, y cualquier otra, segun la calidad ó capacidad del que la hace y del que la recibe, como lo esplica Ant. Gom. *lib.* **1**, *var. cap.* 7. La *ley* 12 *de d. tit.* 5 pone su siguiente fórmula «Hago mi he» redero á Pedro mi hijo, y cuando quier que él muera sea » su heredero Juan.» Si el heredero no fuese el hijo deberia omitirse esta espresion.

Tampoco es mas que modo de substituir, la que se dice, « substitucion brevilocua, recíproca ó mútua; » y acontece cuando el testador dispone que sean substitutos entre sí los mismos que instituye herederos, como si teniendo dos hijos pupilos les estableciese herederos, diciendo « Hago herederos » á mis dos hijos, y les establezco por substitutos al uno del « otro. » Asi la esplica la *ley* 13 *de d. tit.* 5, añadiendo, que hecha de esta manera contiene cuatro substituciones, dos vulgares y dos pupilares. Y advierte muy bien Greg. Lop. *en su glos.* 3 que el hablar de hijos asi substituidos es por ejemplo, porque tambien puede tener lugar esta substitucion en herederos estraños.

Substitucion fideicomisaria es el nombramiento de un segundo heredero, pero oblícua é indirectamente, pues debe recibir la herencia del primer nombrado, á quien ordena el testador que se la entregue. Su fórmula suele ser « Establez- » co á Pedro por heredero, y le ruego, quiero ó mando que » restituya mi herencia á Juan. » Y el heredero establecido de esta manera debe pasar la herencia á otro, sacando para sí la cuarta parte de toda ella, que se llama la *cuarta trebelianica*, *ley* 14, *d. tit.* 5; pero de esto ya hablaré como en lugar mas oportuno al tratar, *tit. sig.*, de los fideicomisarios. Lo que añade *al fin esta ley*, que el heredero asi instituido puede ser apremiado por el juez á que admita la herencia está derogado por la tantas veces citada *ley* 1, *tit.* 18, *lib.* 10, *Nov. Rec.*

Debo advertir en conclusion de este asunto de substituciones, que no se encuentra tratada en las leyes de España la célebre cuestion de si la condicion puesta en la institucion de heredero, se entiende repetida en la substitucion, que tanto ha dado que discurrir á los intérpretes de las romanas. Si sucediese un caso, dice el señor Sala, *núm.* 8 *de este tit.* 5, que se inclinaria á que se resolviese afirmativamente á tenor de lo que dice en su *digesto*, *lib.* 35, *tit.* 1, *núm.* 4, en donde examina la cuestion latamente.

§. III.

De la desheredacion.

Núm. **1.** *Entre qué personas tiene lugar; y qué se requiere para que sea válida.* Desheredar es, dice la *ley* **1**, *tìtulo* 7, *Partida* 6. « Escluir de la herencia á aquel, que » por derecho debia suceder en ella. » De consiguiente, solo pueden decirse desheredadas por un testador aquellas personas, que le hubieran heredado, por disponerlo asi la ley, si él no les privara de sus bienes. Quienes sean estas personas, que la ley llama á suceder en los bienes de otros, ya lo vimos en la mayor parte, §. **1**, *núms.* 2 *y* 3; y quienes otras tengan algun derecho en los bienes de otro se verá en el *tìt.* 7, §. **1.**

Es necesario en general para que sea válida toda desheredacion. **1.**° Que sea hecha en testamento, *ley* 2, *d. tìt.* 7 *y su glos.* **1.** Comunmente se dice que en los codicilos no se puede desheredar directamente, y cítase la *ley* 2, *tìt.* **12**, P. 6. Pero esta ley dice solo que, cuando no hay causa, no se puede sacar directamente la herencia en el codicilo al instituido en testamento; mas si hay justa causa para la desheredacion es espreso en la misma que puede desheredarse directa ó indirectamente. Segun esto en codicilo podrá efectuarse la desheredacion, de que trata *este* §. lo mismo que en testamento. 2.° Que el testamento, y lo mismo el codicilo, no sea nulo en todas sus partes, pues anulado por falta de alguna solemnidad es claro se anula tambien la desheredacion, *ley* 2, *d. tit.* 7, *P.* 6. 3.° La desheredacion debe hacerse nombrando al desheredado por su nombre, ò por otra señal cierta, sea varon ó hembra, esté ó no en poder de quien deshereda, de manera que pueda saberse ciertamente quien es el desheredado. Y no quita la fuerza á la des-

heredacion el que hable mal de su hijo el padre que le desherеda, como si teniendo un solo hijo dijera «Desheredo á » mi hijo ladron que no merece llamarse mi hijo, *ley* 3, *d. tit.*» 4.° Debe ser la desheredacion absoluta y simplemente, y sin condicion; 5.° y de toda la herencia, y no de una cosa ó parte solamente: si no se hiciese asi no valdria, *dicha ley* 3. 6.° Para poder los ascendientes desheredar á sus descendientes que estén en primer lugar para heredarles abintestato (cuya circunstancia debe observarse en todos los que desheredan) es necesario, ademas de las cinco circunstancias dichas, que tenga justa causa, y que el desheredado sea de 10 años y medio á lo menos, *d. ley* 2; escepto en dos casos de que habla la *ley* 6, que son necesarios 18. 7.° Tampoco pueden los descendientes desheredar sin justa causa á sus ascendientes, *ley* 2 *d.* Y adviértase que lo dicho en estos dos números últimos no dice solo relacion á ascendientes ó descendientes legítimos, sino á todos los que espresé son herederos forzosos unos de otros, sean legítimos ò ilegítimos, como se deja conocer convincentemente, aunque la *ley* no lo dice. 8.° Para desheredar á los hermanos y demas parientes de travieso ú otros que no tengan un derecho riguroso á la herencia, no es necesaria causa alguna; basta que el testador no instituya á hombre de mala vida ó infamado; bien que aun en este caso perderá la herencia el desheredado, si lo fue por una de las tres causas que espresa la *ley* 12, *d. tit.* 7, P. 6. 9.° Que la causa porque se desheredan los ascendientes y descendientes sea de las que espresan las *leyes* como bastantes; de suerte que no aprovechará alegar otras aun mayores *leyes* 8 *y* 12, *d. tit.* 10.° Que la causa se esprese por el mismo desheredante; en términos que si él no motivó la desheredacion, no se admite al heredero instituido alegarla, ni probarla, *leyes* 8, 10 *y* 11. 11.° No basta solo alegar causa, sino que es preciso probar al menos una, caso de decir el desheredado que es falsa; y esta prueba puede y es obligado á darla el heredero instituido ó el desheredante, *ds. leyes* 8 *y* 10; «porque» añade esta última «maguer diga el padre en su testamento razon » cierta porque desherеda su fijo ó su nieto, non debe ser » creido, á menos de la probar él mismo, ó aquellos que » estableció por sus herederos.» Mis lectores advertirán en

las palabras de esta ley, y sea dicho de paso, una prueba irrefragable de que en este y semejantes casos no basta la declaracion simple de un testador para ser creido en perjuicio de personas que el derecho le obliga á atender, no teniendo motivos á otra cosa. Las *leyes* 3 y 9, *tìt.* 14, P. 3 prueban bien el ningun valor de los dichos de los padres en perjuicio de sus hijos. Si los dichos de los testadores son de ningun valor en estos casos, menos deben tener cuando son en perjuicio de tercero.

Núm. 2. *De las causas de desheredacion; y de las por que un heredero instituido perderá la herencia.* Podria dilatarme en referir las catorce causas, por qué los ascendientes pueden desheredar á sus descendientes; pero contémplolo ocioso por poder verse con facilidad en las *leyes* 4, 5, 6 *y* 7, *d. tit* 7, P. 6 que las espresan con claridad. Debo sí recordar las otras dos causas de desheredacion mas recientes que las *leyes de las Partidas*, y son el haber contrahido matrimonio clandestino, *ley* 5, *tìt.* 2, *lib.* 10, *Nov. Rec.* (49 *de Toro*), y el casarse los hijos (no por contraer esponsales) sin el consentimiento paterno, ú otros en su defecto, segun el tenor de la *ley* 9, *dicho tìt.* 2, que dejo esplicadas con alguna estension en el *número* 5, *tìtulo.* 4, *libro* 1.

Las justas causas para desheredar los hijos á sus ascendientes son ocho, espresadas en la *ley* 11 *de d. tìt.* 7. Son menos porque á los padres les son permitidas muchas cosas para con los hijos, que les están prohibidas á estos para con sus padres. En las desheredaciones de los otros parientes, á quienes no se debe legítima forzosa, ya dije no es necesaria espresion de causa.

Todas las causas espresadas en las leyes hasta aquí citadas refiérense á los justos motivos porque puede un testador privar á su heredero de la herencia; mas la *ley* 13 *de d. tìt.* 7 refiere seis por las que perderá la herencia un heredero instituido por otro, como si no pide justicia contra los asesinos del instituyente, si fue este muerto por consejo ó culpa del instituido, si conoció carnalmente la muger del que le instituyó, y otras. Pueden verse tambien en Febrero, 1.ª *parte, cap.* 1, *núm.* 119, en que habla con bastante estension de instituciones y desheredaciones.

Núm. 3. *Efectos de la desheredacion, y remedios del desheredado.* La desheredacion hecha por justa causa, y segun va esplicado, priva al desheredado de la herencia toda de quien le desheredó, que le pertenecia por parentesco; y digo de la herencia toda, porque, *como vimos núm.* **1**, la desheredacion en parte es de ningun valor.

De la porcion de herencia, que el desheredado hubiera de percibir en union con los demas herederos, disputan algunos autores si el padre podrá disponer á su gusto, ó si se hace legítima de aquellos como los demas bienes. Parece muy oportuna la contestacion que dá á esto el señor Rua, *lec.* 27, Dice que, si se atiende á que está en su mano desheredar ó no al otro, y á que los demas no sufren perjuicio, porque en la realidad no hubieran de percibir mas que la cantidad que les cupiese de la legitima comun en proporcion al número de herederos que eran, parece que, dándoles el padre esta suma, deberá tener libertad para disponer del sobrante, á favor de quien quiera. Mas cuando no hay una ley que hable del caso, y si la que dispone que son legítima de los descendientes las cuatro quintas partes de todos los bienes de sus ascendientes, y de estos las dos terceras de los de aquellos, segun queda esplicado en *el* §. **1**, sin determinacion de número; y atendiendo á que las que permiten al padre desheredar (y lo mismo digo de los demas ascendientes ó descendientes) solo para esto y nada mas le autorizan, creo que, sin estender estas últimas á mas casos de los que comprenden, no puede el padre ó desheredante disponer de los bienes, que el desheredado habia de percibir.

Efectuada la desheredacion, y muerto el desheredante, si el desheredado se considera agraviado, por haber sido falsa la causa de la desheredacion, ó por no haberla espresado el testador, puede usar la accion que le compete, y entablar la acusacion dicha *querella inoficiosi testamenti*, que espliqué ya en el *tit. antec.*, *núm.* 4. Podrá tambien argüir contra la desheredacion, bien que por accion distinta de la *querella inoficiosi testamenti*, cuando por alguna otra causa, ó por faltarle las circunstancias espresadas, *núm.* **1** sea nula. Y pueden usar de estas acciones no solo el desheredado, sino los que son sus herederos forzosos, porque en virtud del cuasi dominio que la ley les supone, sienten un agravio directo por

la desheredacion, no obstante que las acciones de injurias no pasen á los herederos; lo primero porque de esta regla son escepcion los hijos, y segundo, porque son ellos igualmente interesados que su padre.

Omito recapitular la doctrina de los dos últimos párrafos por estar demasiado comprendida y precisa en sí misma.

INDICE

de las materias contenidas en el primer volúmen.

Pág.

Breve resùmen histórico-crítico de nuestros códigos y su autoridad 1

LIBRO PRIMERO.

DE LAS PERSONAS.

Título I. *De la justicia y del derecho* 1
Título II. *Del estado de los hombres* 9
Título III. *De la patria potestad, sus efectos y de los alimentos.*
§. I. *Qué sea esta, y modos de adquirirla y perderla* 22
§. II. *Efectos de la patria potestad; y obligaciones que de ella emanan entre padres é hijos* 31
§. III. *De la crianza de los hijos ó de los alimentos.* 38
Titulo IV. *De los desposorios y matrimonio* 51
§. I. *De los esponsales* . . . . . *id.*
§. II. *Del matrimonio* 60
Título V. *De los gananciales y otros efectos civiles del matrimonio* 70
§ I. *De los gananciales* . . . . . *id.*
§. II. *De otros efectos civiles del matrimonio* . . . 91

Título VI. *De las dotes, donaciones* propter nupcias, *arras y otras donaciones entre marido y muger.*
§. I. *De las dotes.* 94
§. II. *De otras donaciones.* 108
Título VII. *De la legitimacion y porfijamientos.* .
§. I. De *la legitimacion.* 117
§. II. De *los porfijamientos.* 121
Título VIII. *De la tutela y curadoría.*
§. I. Del *nombramiento de tutores y curadores.* . 125
§. II. *Modos de desempeñar la tutela y curadoría.* 141
Título IX. De *la restitucion* in integrum *de los menores y otros.* . . . . . .
§. I. *De la de los menores.* 151
§. II. *De la restitucion de otras personas.* 158

LIBRO SEGUNDO.

DE LAS COSAS.

Título I. *De la division de las cosas, y del modo de adquirir su dominio.*
§. I. *Division de las cosas.* 162
§. II. *Del dominio y algunos modos de adquirirlo.* . 167
Título II. *De la posesion y prescripciones.*
§. I. *De la posesion.* 188
§. II. *De las prescripciones.* 195
§. III. De *la prescripcion de acciones.* 205
Título III. De *las servidumbres personales y reales; y de la denuncia y construccion de obras.*
§. I. De *las servidumbres personales.* 212
§. II. De *las servidumbres reales.* 222
§. III. De *la denuncia y construccion de obras.* . . 232
Título IV. De *los testamentos y codicilos.*
§. I. *Modo de hacerse los testamentos y codicilos.* 250
§. II. De *la apertura, y corroboracion de los testamentos y codicilos, de su rescision y anulacion, y*

de la libertad de testar. 267
Título V. *De la institucion de heredero; sustituciones, y desheredaciones*. 281
§. I. *De la institucion de heredero*. . . . . *id.*
§. II. *De las sustituciones*. 305
§. III. *De la desheredacion*. 313

ERRATAS.

PROLOGO.

Pág.	*Lín.*	*Dice.*	*Léase.*
1	19	venciendo	reuniendo
5	9	Caso	Curso

DISCURSO PRELIMINAR.

8	23	1196	1136
12	18	1808	1805
18	36	Legislatura	legislacion

LIBRO PRIMERO.

2	16	nombrada	mandada
4	33	renunciar	reunir
5	27	sea lejana	se alegaria
19	20	que lo aleguen	que aleguen de abogados
21	32	filis	filii
33	13	adventicio profeccticio.	ó profecticis
34	22	no se ve	no ve
35	2	preguno	pregunto
44	26	que deba dárselos á otro,	suprímase y no se lea esto
45	32	los abuelos descendientes,	si los abuelos son ricos
49	20	declaraciones	declamaciones
62	19	declarada	declarado
63	18	*ley cit.*	*lug. cit.*
69	31	indisoluble	disoluble
88	9	rebutar	rebatir
90	24	haya	haga
97	12	espresare	espresé
97	24	que á sus abullos	que sus abuelos
104	6	de mejorarlas	para hermosearlas
104	39	pertenecian	pertenecerian
105	14	*núm. ant.*	periodo ant.
105	22	pues habiéndose	pues no habiéndose
110	23	á que se siguió	cuando se siguió
111	14	al Sala, á Ant. Gomez	el Sala, como Ant. Gomez
115	21	dotaciones	donaciones
118	6	fundo	fondo
121	15	otra del género	otra el del género
127	18	consecuencia	concurrencia
139	13	escediese	escondiese
143	39	derechos	derecho
144	19	dejado lo dicho	dejado de hacer lo dicho

Pág.	*Lin.*	*Dice.*	*Léase.*
153	19	ha ser de otro la ganancia,	á ser de otro la ganancia
163	7	decir	llamar
182	20	entienda	entiende
182	21	porque	pero
184	5	*ley* 26	*ley* 26 *de Toro*
182	21	dispensen mis lectores,	dispensen estos
189	36	por decirlo	para decirlo
191	37	que segun esta doctrina	que esta doctrina
204	1	fracciones	acciones
209	15	el juicio	del juicio
209	32	dejamos	demos
216	10	ó lo que es lo mismo	ó que es lo mismo que si
240	9	arruinando	arrimando á
262	22	someter	cometer

NOTA. La circunstancia de no hallarse su autor presente al hacerse la impresion de esta obra no dejó de contribuir bastante á que no saliese con todo el esmero y correccion que era de desear. Mas, con fin de indemnizar en lo posible esta falta, ha procurado poner una estensa y completa fé de erratas: la que por lo mismo aconseja se registre con cuidado, siempre que se encuentre alguna en el testo. No siendo posible comprender en ella las que pudiesen haberse cometido de citas de autores y leyes, lo mas que puede hacer respecto á estas es mostrarse pronto á rectificar cuantas se le advierta están equivocadas.

OTRA. Habiendo salido tantas y tan varias ediciones del Febrero me pareció conveniente advertir, por lo mucho que le cito, que las citas de sus tratados están arregladas á la primera obra de aquel, reformada por el mismo.

UNIVERSITARIA
SANTIAGO

R. 129.980

SALA NOVÍSIMO,

Ó NUEVA ILUSTRACION

DEL

DERECHO REAL DE ESPAÑA.

Reducida á mejor método, corregida en muchas de sus partes, considerablemente aumentada y adicionada con un tratado nuevo de adicion y particion de herencia, y con los decretos publicados desde la Novísima Recopilacion hasta el dia, á que se han arreglado todos los tratados.

POR

D. Joaquin Romero y Ginzo,

abogado de los tribunales nacionales y sócio honorario de la Academia Literaria de la ciudad de Santiago.

DEDICADA

al Sr. D. Ramon de la Sagra,

Miembro del Instituto Real de Francia y de varias Academias Nacionales y Estrangeras.

TOMO SEGUNDO.

C. 9 y 1

Madrid:

Libreria de GARCÍA, *calle de la Concepcion Gerónima.*

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA

MADRID, 1844.
Imprenta de BARBON, calle del Amor de Dios,
número 7.

ILUSTRACION

DEL DERECHO REAL DE ESPAÑA.

LIBRO SEGUNDO.

TÍTULO SEXTO.

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO, COLACIONES, LEGADOS, FIDEICOMISOS, Y CUARTAS FALCIDIA, Y TREBELIÁNICA.

Tit. 6, lib. 10, Nov. Rec., tit. 9 y sig., P. 6.

§. I.

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO.

Número 1. *De las legítimas de los hijos, y de los padres; y qué sea mejora.* Es digno de tenerse muy presente en España el asunto de mejoras de tercio y quinto, porque apenas hay testamento de padres entre hijos, que no las contenga, por los muchos casos que en él ocurren, y por las muchas y graves cuestiones á que puede dar lugar. Efectivamente, casi no podremos dar en él un paso sin tropezar con estas, en términos que me temo que mas de una vez se vea envuelto y trastornado el órden, verdaderamente difícil, mejor diré, imposible de sostener en un asunto tan vasto y tan inconexo.

En él conviene saber ante todas cosas, que son legítima de los padres todos los bienes de sus hijos que no tienen descendientes, á escepcion de la tercera parte, de la cual, y no

:

de mas, tienen estos libertad de disponer como quieran, *ley* 1, *tit.* 20, *lib.* 10, *Nov. Rec.* (6 de Toro). Y de los hijos son legítima todos los bienes de sus padres, á escepcion de la quinta parte, que hablando substantivamente solemos llamar el quinto: el cual, y no mas, pueden dejar por su alma y á quien les parezca, como se infiere, segun ya insinué, *núm* 2, *tit. ant.*, de las *leyes* 8 y 9, *d. tit.* 20 (28 y 30 de Toro), y como espresa literalmente la *ley* 9, *tit.* 5, *lib.* 3, *Fuero Real.* Algunos hay que pretenden sostener que los padres tienen facultad de disponer de mas que del quinto por donaciones intervivos, fundados en que los derechos y las legítimas de los hijos dicen respecto solo á los bienes existentes á la hora de la muerte; que hasta esta no hay legítimas, y en que ni las citadas leyes ni otras se lo prohiben. Débiles razones son estas, como nos lo demuestra la sola *ley* 8, *tit.* 4, *P.* 5, que sin duda ignoran los que asi hablan, en su disposicion de que el «*que teniendo hijos legí-*» *timos, quisiese facer donacion á otro, puédalo facer en tal* » *manera que todavia finque en salvo á los fijos la su parte* » *legitima, tambien en vida de su padre, como despues de la* » *muerte*", y la 8 *citada*, que prohibiendo disponer de mas que de un quinto en vida y en muerte á favor de los descendientes, con mayor razon debe entenderse lo prohiba entre estraños. Véanse la *glos.* 12, *á d. ley* 8, y Febrero 2.ª *part.*, *lib.* 2, *cap.* 1, §. 2, *núms.* 21 y 22, que al paso que siguen esta opinion, encargan no deben imputarse en el quinto, ni hacer caso de algunas donaciones moderadas que los padres hubiesen hecho.

Pero aunque el padre (entiéndase siempre lo mismo de la madre) solo pueda dejar el quinto á estraños, tiene libertad para dejar el tercio á uno ó muchos de sus hijos, segun quisiere, y aun á sus nietos, aunque á estos les viva su padre, *ley* 2, *tit.* 6, *d. lib.* 10 (18 de Toro). Aunque todas las leyes hasta aqui citadas, y que citaré, hablan espresamente de hijos y descendientes legítimos, parece cosa clara que deben hacerse estensivas á los naturales y espúreos, que vimos son herederos forzosos de la madre por la *ley* 9 *de Toro*: cuya idea emito aqui para que se entienda repetida en cuanto hable en los *números siguientes.*

De lo dicho resulta, que son legítima de los ascendientes las dos terceras partes de los bienes de sus descendientes; y de estos son legítima las cuatro quintas partes, si se consideran con relacion á personas estrañas, y es lo que suele llamarse legítima larga, y si se consideran respectivamente entre sí, son legítima de cada uno de ellos las dos terceras de las dichas cuatro quintas partes, y por eso esta legítima se llama corta. Dije de las cuatro quintas, porque, como luego veremos, si el ascendiente dispone del quinto de los bienes, se saca este antes que nada, y por lo mismo solo quedan cuatro quintas, de que haya de salir el tercio si mejoró con él á algun descendiente.

Con respecto á la definicion de la mejora es casi del todo imposible darla exacta, porque no fijaron aun los autores qué es lo que se comprende bajo este nombre. Por lo mismo, antes de presentarla estoy en el caso de discurrir algo con estos. El Sr. Hernandez de la Rua, *lec.* 29, en la definicion de la mejora y su esplicacion, es de opinion, que no hay mejora si no entre herederos forzosos cuando se deja á alguno de ellos mas que la legítima con preferencia á los otros. Cuando se deja el quinto á un estraño hay un legado, dice él, pero no una mejora. El Sr. Llamas-Molina por el contrario, en la *ley* 18 *de Toro, núms.* 10 y 24, sostiene que esta palabra mejora no es término comparativo, de suerte que denote tener el mejorado un aumento de bienes sobre la legítima, porque, como dice muy bien, en virtud de *d. ley* 18, puede hacerse la mejora á los nietos y otros descendientes á quienes no se debe legítima; y la 20 (*que es la* 4. *d. tit.* 6, *lib.* 10, *Nov. Rec.*) llama mejora de quinto á la donacion, que de este hace un padre á un estraño. Con arreglo á esto dice, *núm.* 24, la voz mejora significa eleccion y prelacion, pero no precisamente solo entre herederos forzosos, sino entre los descendientes del mejorante, si es la del tercio, y si es la del quinto entre estos y los estraños. De consiguiente, puede salvarse perfectamente la significacion de la voz mejora, sin que se haga precisamente entre herederos forzosos. Estas razones prueban igualmente que hay tambien mejora cuando un descendiente dispone, ya entre sus ascendientes, ya entre otros, del tercio que las leyes le permiten.

Segun estas dos opiniones, puede definirse la mejora de

diverso modo; pero yo lo haré arreglado á la del Sr. Llamas, porque me parece la mas conforme á las leyes. Asi digo, que mejora es la *porcion de bienes de que dispone uno que tiene herederos forzosos, ya á favor de alguno de estos, ya á favor de estraños.* Y digo en la definicion *uno que tiene herederos forzosos*, porque no hay ley que dé el nombre de mejora á lo que se deja entre herederos voluntarios. No ignoro que tambien carecemos de ley que aplique dicha denominacion al tercio de que se dispone entre ascendientes, por lo que no me esforzaré para que se llame mejora á este: pero como ya dije antes, se le acomodan tambien las propiedades de la verdadera mejora, que merece se haga con él una escepcion, mejor dicho, que se le comprenda en la regla general. Con todo, repito, si no se quiere dar al tal tercio el nombre de mejora, puede esta definirse, la porcion de bienes de que dispone el ascendiente, ya entre sus descendientes, ya entre estraños.

La cantidad de la mejora, como queda insinuado, es mayor ó menor, segun son las personas mejorante y mejorada; puesto que si uno que tiene descendientes mejora á alguno de estos, puede ser del tercio y quinto, si á un estraño, solo de este último; y si mejora á un descendiente, cuyos ascendientes viven, puede hacerlo en el tercio de todos los bienes.

Núm. 2. *Por quién y á quiénes se puede mejorar.* Debe advertirse antes de nada, que aunque, como dije, hay verdadera mejora en el caso de que un descendiente instituya á su ascendiente en el tercio de sus bienes, de que podia disponer entre estraños, con todo, cuando se habla de mejoras entiéndese siempre de las que los ascendientes hacen á sus descendientes; y de estas solas hablan las leyes de Toro trasladadas en el *tit.* 6, *lib.* 10, *Nov. Rec.*

Circunscribiéndome pues á estas últimas digo, que pueden mejorar todos los ascendientes, *ley* 2, *d. tit.* 6, (18 de Toro); siempre que como se deja suponer, no tengan incapacidad de disponer de sus bienes. Esta incapacidad la tienen los mismos que vimos tenerla para testar, cuales son, los locos, pródigos, &c. Aqui tocamos ya con la cuestion de si la madre puede mejorar á sus hijos sin licencia de su marido; Febrero, 1.ª *part.*, *cap.* 1, *núms.* 75 y *siguientes*; Sr. la Rua, *lec.* 19.

Consiste la duda en que las *leyes* 17, 18, 19, 22, 23, 26 y 27 *de Toro*, de que hablaré en *este* §., siempre que disponen algo acerca de las mejoras, usan de las palabras el padre ó la madre, ó de la de ascendientes en general, por lo que parece indudable que no se puede negar la facultad de mejorar á la muger. Pero como por la 55 *tambien de Toro*, (*ley* 11, *tit.* 1, *lib.* 10, *Nov. Rec.*) se dispone, que la muger no pueda celebrar contrato alguno, ni cuasi contrato sin licencia del marido, tampoco dicen podrá efectuar el contrato de mejora sin la misma, y las *citadas leyes* 17 y *siguientes*, deben entenderse con esta limitacion. Puede sentarse como indudable en esta cuestion que no necesita la muger licencia del marido para hacer mejoras en testamento ó en donaciones *mortis causa*, porque si puede hacer estos instrumentos sin ella, como nadie niega, claro es que en ellos podrá disponer de sus bienes como mejor le agrade. Con respecto á las mejoras hechas por donacion entre vivos, parece debe decirse lo mismo sino son de las dichas mejoras irrevocables, ya por las palabras tan terminantes de que usan las dichas leyes, y ya porque no concurre en este caso la razon de *la* 55, que es el evitar perjuicios al marido, y el que se le defraude de su administracion y utilidades de los bienes de su consorte, que la ley le concede; pues en el caso dicho, como que la mejora no se entrega hasta muerta la muger, y como que puede revocarse caso de ser necesario disponer de los bienes en que se hizo, ningun daño puede resultarle. Mas no debe decirse lo mismo por las razones contrarias, de las mejoras irrevocables, á pesar de que las *leyes* 17 y 22 *de Toro*, al hablar de ellas usen de las palabras «el padre ó la madre" porque en ellas es siempre perjudicado el marido, aun dado caso que no se entregasen hasta la muerte; puesto que siendo la mejora irrevocable por parte de la madre, no es libre ya su administracion y disposicion.

Viniendo á quienes pueden ser mejorados, la *cit. ley* 2, (18 de Toro) dice, que pueden el padre ó madre mejorar no solo á sus hijos sino tambien á cualquiera de sus nietos ó descendientes legítimos, aunque á estos les viva su padre. Cuestionan los intérpretes sobre esta ley entre otras cosas, 1.° si puede haber mejora de tercio, cuando un padre no tiene mas que

un descendiente; y dice Llamas, *núm.* 15 *de su com.*, que universalmente se dice que no, porque el tal hijo único lleva el tercio como legítima en este caso, puesto que el padre no puede disponer de él á favor de nadie: y 2.° si puede un padre mejorar á algun nieto que tenga de un hijo único. Molina de *hispan. primog. lib.* 2, *cap.* 11, *núm.* 5, Covarrubias, *lib.* 1, *var. cap.* 19, *núm.* 4, y Llamas, *núm.* 38, opinan, que en el caso de tener un padre solamente un hijo, y de él uno ó muchos nietos, podrá dar el tercio al nieto que le pareciere, cuya opinion juzgo debe adoptarse sin embargo de tener la contraria Antonio Gomez en *d. ley* 18, por la razon en que la funda el mismo Covarrubias, de que el tercio no es legítima de ningun descendiente en particular, sino de todos en comun respecto de los estraños, en cuanto no puede darse á estos habiendo descendientes, que es la única prohibicion que tiene el padre testador.

Esta facultad tan general de mejoras á cualquiera descendiente, que concedian las leyes de Toro, fué limitada por la *ley* 6, *tit.* 3, *lib.* 10, *Nov. Rec.* que suele llamarse la *pragmática de Madrid*, por haberse establecido allí en el año 1534, la cual prohibe que ningun padre pueda dar ni prometer por via de dote ni casamiento á su hija tercio ni quinto de sus bienes, ni pueda esta entenderse tácita ni espresamente mejorada por ninguna manera de contrato entre vivos, sopena que lo que mas diere ó prometiere lo haya perdido ó pierda. Señala ademas esta ley ciertas cantidades, que pueden darse en dote segun el caudal de los padres, que omití por ser ninguna ó muy rara su práctica. Antes de entrar en algunas cuestiones que se suscitan sobre ella, conviene fijar á qué hijas prohibe mejorar. Por las palabras que de ella he referido demuéstrase que ataca las mejoras que ya espresa ya tácitamente se hacen á las hijas tan solo por causa de matrimonio ó como dote; luego siendo por otras causas y no en fraude de la ley, podrán los padres hacer cualesquiera mejoras á las hijas, ya sea en testamento, como dice Acevedo comentándola, ya por contrato entre vivos, ya sea á *una hija casada*, ya á una soltera: y no solo valdrá la mejora hecha, no por causa de matrimonio ni en fraude de la ley, muerto que sea el me-

jorante sin revocarla, sino que como asienta Posadilla en la *ley* 22 *de Toro*, será irrevocable en los mismos casos, en que diré lo son las hechas á los hijos.

Entrando ahora en las famosas cuestiones, que prometí, dice el Sr. Sala en *este tit. 6, núm. 7*, que Acevedo en la *citada ley 6, núm. 6 y siguientes*, examina con fervor la cuestion muy probable por ambas partes de si vale ó no la promesa que, al casarla, hace un padre á su hija ó yerno, de que no mejorará á ninguno de sus otros hijos; apoyando con razones fuertes la opinion afirmativa, al paso que refiere estar por la contraria su amigo y conciudadano Gutierrez, fundado en otras varias. Pueden verse por la opinion de Acevedo, Matienzo, *núm. 7, glos. 1, ley 6, tit. 6, lib. 5, Nov. Rec.*, Posadilla, *ley* 22 *de Toro*, Llamas *en ella*, *núm.* 108 y *siguientes*, aunque *en el* 80 parece decir ó dice lo contrario; y últimamente del Sr. Rua, *lec.* 29, y por la de Gutierrez, á que se inclina Sala, puede verse apoyada en Gomez *d. ley* 22, *núm.* 19 *not. d.*; de suerte que segun esto á lo ménos entre los modernos parece mas seguida la opinion afirmativa. ¿Y en qué se funda principalmente esta opinion? En que la *d. ley* 6 habla solo de la mejora afirmativa, que es la que propiamente debe llamarse tal; que es una injusticia privar á la hija de un recurso que no tiene otro objeto que establecer igualdad entre su legítima y la de los demas hermanos; que *la d. ley* solo se propuso cortar los escesos de las dotes, y el que por esta causa no se perjudicase á los demas hermanos, pero no el que se perjudique á las hijas; y en la promesa de no mejorar, no solo no hay esceso, sino que antes bien se favorece á todos aquellos. Verdaderamente que estas razones son muy poderosas, y serian convincentes si fuesen en un todo ciertas. Mas ¿es así? en mi concepto lo son en parte, y en parte no, digo mas, segun se presentan son enteramente falsas. Me esplicaré. Toda la cuestion, y toda la fuerza de los argumentos dichos están en saber si la hija es ó no mejorada, si pueden ó no ser perjudicados los otros hermanos por la promesa de no mejorar hecha á ella. ¿Y puede ó no ser mejorada la hija por esta promesa? Sostengo que sí. Como diré en el *núm. sig.*, por el pacto de no mejorar á los demas hermanos que el padre hace solo á favor de un hijo, no se priva

de poder mejorar á otros, siempre que el que con quien pactó saque toda su legítima larga, ó lo que es lo mismo, que no le perjudique á él la nueva mejora. Pues supongamos que un padre, que tiene cuatro, cinco ó mas hijos, al casar una hija hace con su yerno el dicho pacto, y que despues mejora, como puede, á otro hermano de los cuatro restantes, ¿quién no ve que la hija es aqui mejorada sobre estos en la parte de tercio y quinto que deja de sacarse de su legítima? Un ejemplo demostrará esto palpablemente. Supongo que este padre que teniendo cuatro hijos hizo con uno el pacto de que no mejoraria á ninguno, y luego á pesar de eso mejora á otro en tercio y quinto, deja á su muerte 20,000 pesos. Al partir estos, antes de sacar el mejorado su mejora, debe el otro con quien se hizo el pacto sacar toda su legítima larga como que aquella á él no puede perjudicarle. Sacada la legítima, que será de 5,000 duros, de los 15,000 restantes percibirá el mejorado su tercio y quinto, que de 15,000 serán 7,000, y los otros 8,000 restantes se partirán entre el mismo mejorado y los otros dos hermanos (con el otro no se parten estos, porque ya tiene toda su legítima) á razon de 2,000 pesos y medio, y un corto esceso. ¿Quién no ve aqui que el hermano á quien se hizo la promesa de no mejorar, lleva de esceso sobre estos dos cerca de 3,000 pesos? Pues este pacto de no mejorar fué otorgado en los términos dichos con una hija al casarla. ¿Es ó no mejorada por él? Si el padre no quiere mejorar á otro hermano, diráse que no; yo convengo en ello; pero no es esta la cuestion. Esta consiste en esto; hizo el padre con dicha hija la promesa de no mejorar y á pesar de eso mejoró un hijo, como no se negará puede hacerlo, ¿esta mejora perjudica á la hija á pesar de la promesa, y es por lo mismo nula esta? Digo que sí, y la mejora se sacará de todos los bienes, pues de lo contrario la hija, como acabo de demostrar, es mejorada por causa de matrimonio. Si la promesa de no mejorar envuelve mejora, y por consiguiente es nula en el sentido esplicado cuando es hecha solo á favor de la hija, creo que no lo es cuando el padre, aunque la celebre con esta, no la hace solo en favor de ella, sino en el de todos sus hijos, segun esplicaré; porque en este caso, como que el padre se priva absolutamente de poder mejorar, conozco

con los citados autores que la hija no es verdaderamente mejorada. Por eso dije antes, que su proposicion de que la promesa de no mejorar no envuelve mejora, es en parte cierta, y en parte falsa. En lo que va dicho, vése consignada una opinion media conciliadora en este punto, que si no es nueva puedo asegurar no la he visto, ni aun indicada en autor alguno. Asi yo diré, la promesa de no mejorar que por causa de dote ó matrimonio fué hecha á una hija solo en favor de ella, queriendo el promitente, no produce valor ni efecto alguno; pero es válida y producirá todos los efectos de tal, si fué hecha, aunque con ella, no en favor suyo tan solo, si no en el de todos los hermanos.

Suscítanse ademas sobre la misma *ley* 6, las dudas de si se estiende su prohibicion á los abuelos, á las madres, y á las hijas naturales, que resuelve muy bien dicho Sr. La Rua, diciendo que, aunque la ley no espresa las tales personas, las comprende su razon; por lo que no siendo esta otra que el cortar los escesos, que segun el testimonio de la esperiencia, se cometian á favor de las hijas en perjuicio de los herederos forzosos, parece que todos los de esta clase pueden usar de aquel derecho contra todas las personas de quienes son tales herederos, para que no se les perjudique por esta razon.

Núm. 3. *Casos en que los padres no pueden mejorar; casos en que están obligados á hacerlo.* Hablando absolutamente no hay caso alguno en que los padres estén privados de poder disponer del tercio de sus bienes en favor de alguno de sus descendientes, y del quinto en favor de estraños; ni le hay tampoco en que tengan que hacer forzosamente semejantes disposiciones. Por el contrario, uno y otro depende en un todo de su voluntad. Mas asi como todo hombre capaz de obligarse puede renunciar á la libertad que le asiste de hacer ó dejar de hacer alguna cosa por medio de promesa ó estipulacion hecha con otro, del mismo modo puede suceder que un padre se obligue en favor de uno ó de todos sus hijos á hacer ó no uso de la facultad de mejorar que la ley le concede: y en este sentido cabe el decir, que hay casos en que los padres no pueden mejorar á sus hijos, y casos en que están obligados á hacerlo. Espresa unos y otros la *ley* 6, *tit.* 6, *lib.* 10, *Nov. Rec.* (22 de

Toro) mandando, que si el padre ó la madre, ó alguno de los ascendientes prometió por contrato entre vivos que no mejoraria á ninguno de sus hijos ó descendientes, y pasó sobre ello escritura pública, en tal caso no pueda hacer la dicha mejora de tercio ni quinto, y que si la hiciere no valga: y asimismo, que si prometieron mejorar á alguno de sus hijos ó descendientes en el dicho tercio y quinto por via de casamiento, ó por otra causa onerosa, en tal caso sean obligados á lo cumplir y hacer; y si no lo hicieren, que pasados los dias de su vida sean habidas por hechas las dichas mejoras de tercio y quinto. Tales son las disposiciones de esta ley, sobre cuyo contesto, siguiendo su constante prurito, suscitan nuestros comentadores no pocas cuestiones, de que daré alguna noticia con la posible brevedad. Antes de nada conviene reflexionar, que en la promesa de no mejorar espresa la ley que pase sobre ella escritura pública, pero no exige que se haga por causa; y que todo al contrario, en la de mejorar no menta que se haga ó no por escrito, pero quiere sí que se haga por causa onerosa.

El Sr. Llamas en su *núm.* 16 y *siguientes*, quiere que una y otra promesa deban hacerse segun la *misma ley* 22, por causa onerosa, y por escritura pública, porque dice, debe suplirse lo que omitió en un caso con lo que espresó en otro; pero no veo un fundamento sólido para esta interpretacion.

Hallo mas sólidas las razones con que prueba desde el *número* 27, que para ser irrevocable la promesa de no mejorar, no basta que fuese otorgada por escritura privada, aunque sea reconocida por el otorgante, ó aunque sea de aquellas que los autores sin fundamento sólido equiparan á las públicas, y aun quieren decir tales, como son la dicha reconocida, de que habla la *ley* 119, *tit.* 18, *P.* 3, y las que ponen las *leyes* 31, *tit.* 13, *P.* 5 *y* 3, *tit.* 14, *P.* 1. Estas escrituras es verdad que hacen prueba como las públicas, pero esto no basta, porque la *ley* 22 para ser irrevocable la promesa de no mejorar exige la escritura pública, no como medio de prueba tan solo, sino como requisito sustancial, y por forma. Para poner esta cuestion con toda claridad, propone los tres únicos casos en que puede tener cabida la duda de si la escritura privada reconocida, y lo mismo milita en las demas, es bastante para hacer la promesa

de no mejorar de algun valor é irrevocable, y convence de que en ninguno puede decirse tal. Uno es, cuando el padre que hizo la escritura privada dice que la reconoce, pero que no quiere cumplirla, ¿y cómo se le obligará á ello en este caso, cuando la ley para que sea obligado exige como circunstancia esencial que se ligase con escritura pública? Otro, cuando mejoró á un hijo á pesar de la promesa de no mejorar que en escritura privada hiciera con otro, ¿y cómo se querrá dar por nula la tal mejora si el padre podia verdaderamente hacerla por lo que acaba de decirse? Y el otro caso es, cuando el padre ó madre que hizo la escritura privada está pronto á hacerla pública, que entonces si hace esta, quedará obligado; pero en este caso ya no hay cuestion. Sabido que para ser irrevocable la promesa de no mejorar en tercio ni quinto debe ser otorgada por escritura pública, y que para serlo la de mejorar debe ser hecha por causa onerosa, solo me falta advertir, que esta causa onerosa debe ser con otra tercera persona, pues aunque esta *ley* 6 no espresa esto último, debe esponerse por la 1, *tit.* 6, *lib.* 10 *Nov. Rec.* (17 de Toro), de que hablaré, *núm.* 5, y por la 4, *tit.* 17, *d. lib.* 10, (44 de Toro), que para hacer irrevocable la fundacion de mayorazgo por causa onerosa exige que fuese con otro tercero, por indicar esto mismo la *ley* 6, en el ejemplo que pone, y por ser la principal razon de la disposicion de esta, como reconocen todos sus comentadores, el perjuicio que se seguirá á otro no siendo irrevocable la mejora.

Examinado con qué circunstancias deben hacerse las promesas de mejorar ó no mejorar para tener valor y efecto, veamos si por la última se privan los padres en un todo de poder mejorar. Al efecto debe distinguirse el caso en que el padre promete á un hijo que no mejorará á ninguno de los otros, del que hace igual promesa, no por favor de un solo hijo sino por el de todos, para que sucedan por iguales partes. Afortunadamente todos nuestros comentadores, véase Matienzo en *las* 3 *glos. prim. á la d. ley* 6, *tit.* 6, *lib.* 5, *Nov. Rec.*, Gomez, *ley* 22, *núms.* 24, 25 y 29, y Llamas, *núm.* 72 y *sig.*, convienen en que si el padre hizo solo á favor de un hijo la promesa de que no mejoraria á los otros hijos, no por eso se priva de poder mejorar al con quien se obligó, ó á otro, siempre que

aquel no sea perjudicado por la mejora, y de suerte que esta pese sobre los otros hermanos; y en que solo en el segundo caso se priva el padre absolutamente de la facultad de mejorar. La razon de estas dos opiniones es demasiado convincente. Es sabido que en casos de esta naturaleza la voluntad del padre y de todo testante es la que dá la ley; siendo pues en el primer caso la de obligarse en favor de un hijo, no debe estenderse esta obligacion al de los demas; lo que sucede al contrario en el segundo.

¿Y por la promesa de no mejorar á los hijos, hecha de cualquiera de los modos espresados, ya en favor de uno ó de todos, entenderáse privado un padre de poder mejorar á sus nietos? El citado Sr. Llamas *al núm.* 93, resuelve esta duda negativamente contra otros. Respeto su opinion; pero no puedo menos de decir, que no la hallo muy conforme con la naturaleza de las obligaciones. Cuando el padre ofrece no hacer mejoras, lo principal á que se obliga es á no perjudicar con estas á los agraciados, ¿y no se falta á esta obligacion mejorando al nieto? Claro es que sí. Se dirá que él solo prometió no mejorar á otro hijo, sin hablar de los nietos; pero esta es una evasiva muy despreciable, pues nadie negará que en semejantes obligaciones el objeto del hijo que las exige es, no el privar á sus hermanos de las mejoras que el padre podia hacerles, sino el que no se le perjudique á él.

Respecto al valor que se merecerá la promesa de no mejorar, hecha á favor de una hija por causa de dote ó matrimonio, ya vimos en el *núm. antec.* lo que hay.

Núm. 4. *En qué términos pueden hacerse las mejoras, y en qué casos se supone las hay.* De suyo se deja conocer, que pueden ser muy varios los modos con que un padre esprese su voluntad de mejorar. Puede usar de términos particulares, como mejoro á mi hijo fulano en tal casa, tales ó cuales fincas, de los generales le mejoro en el tercio ó quinto de mis bienes, en tanta ó cuanta parte de ellos; ó puede decir simplemente que mejora á su hijo, espresion mucho mas genérica, pero tambien muy equívoca; con otros modos semejantes. Las mejoras hechas, ya de un modo, ya de otro, tienen el valor, que suena con arreglo á la voluntad del mejorante, y á lo que

las leyes le permiten disponer: asi las dejadas del primero valdrán en un todo, siempre que el valor de las fincas quepa en el tercio y quinto de los bienes y en la legítima; pero lo que esceda de estas cuotas, estará el mejorado obligado á restituirlo á sus hermanos. Por la misma razon, si el valor de las piezas dejadas es menor que el tercio y quinto, no hay necesidad de completar estos, á no ser que la voluntad del mejorante fuese mejorarle no solo en las fincas que señalaba, sino en el tercio ó en el quinto. En cuanto á las mejoras hechas del segundo modo, los solos términos dicen qué valor tienen; y el mismo parece puede decirse que deben tener, cuando un testador poco cauto diga simplemente, mejoro á mi hijo fulano; pues de estas espresiones con fundamento puede presumirse sea su voluntad mejorarle en cuanto las leyes le permiten. Véase Febrero, 2.ª *part.*, *lib.* 2, *cap.* 2, *núm.* 86.

Si bien es cierto que el mejor y verdadero modo de mejorar es por palabras espresas, es indudable que pueden algunos hijos resultar y ser mejorados tácitamente por sus padres; sobre cuyas mejoras tácitas se ocupan los intérpretes en presentar casos, véase Febrero *d. cap.* 2, *núm.* 32 y *sig.*, con los que cita, de los que no me ocupo, por contemplar poco acertado este modo de esplicar las leyes, pudiendo ser aquellos innumerables. Por esta razon, me limito á presentar como única y verdadera regla, admisible en este y semejantes casos, que para conocer cuando hay ó no mejora tácita, debe solo escudriñarse si aparece ser tal la voluntad del testador con arreglo á los principios que rigen en este título, y en los de testamentos y sucesiones. Omitiendo pues hablar de las tales mejoras, paso á esplicar otras que la ley supone en ciertos casos, apoyada tambien en la presunta voluntad del testador ó mejorante.

Para presentar con alguna claridad este punto, es indispensable discurrir algo sobre las *leyes* 26 y 29 *de Toro* (10, *tits.* 6, y 5, *tit.* 3, *lib.* 10, *Nov. Rec.*) Ordena la primera, que si un padre, ya sea por última voluntad, ya en contrato entre vivos, hiciere donacion á alguno de sus hijos ó descendientes, aunque no diga que le mejora, se entienda mejorado en el tercio y quinto de sus bienes, en lo que cupiere la tal donacion; y que en el caso de esceder del valor del tercio y quinto, se

aplique y compute en la legítima, debiendo restituir lo que esceda de estas tres cuotas; y da por razon, la ley para evitar que pueda mejorar á él ni á otro en mas valor que el que montare el tercio y quinto. La *ley* 29 dispone por el contrario, que cuando algun hijo ó hija viniese á heredar ó partir los bienes de sus padres, sean obligados ellos y sus herederos á traer á colacion y particion la dote y donacion *propter nuptias*, y las otras donaciones que hubieren recibido de aquel, cuyos bienes vienen á heredar, para poder saber si son ó no inoficiosas; y para averiguar esto, que se debe mirar á lo que esceda de la legítima, en que se deben imputar primero, y del tercio y quinto de mejoría. Por este breve resúmen de *dichas dos leyes*, déjase ver que la 29 contradice en mas de un sitio á la 26, pues esta dice, que las donaciones hechas por los padres á los hijos se entienden mejoras, y la 29, que deben traerlas á colacion y particion lo que no tiene lugar en estas: aquella dice, que se computen en el tercio, quinto y legítima como las verdaderas mejoras, y la segunda, que en legítima primero, y no cabiendo en ella, en tercio y quinto. Mucho se han fatigado los comentadores en conciliarlas; mas hoy puede proponerse como doctrina sentada y recibida entre todos ellos, que la *ley* 26 habla de las donaciones simples, que quiere se entiendan mejoras, y la 29 de las que los padres hacen movidos por alguna causa, como dote, donacion *propter nuptias*, y otras semejantes. Mejor dicho, la *ley* 26 quiere que se entiendan mejoras aquellas donaciones en que se vé las hizo el padre movido solo del amor y afecto especial que tenia al hijo favorecido, y todas las que aparezcan hechas en demostracion de especial cariño, y con el fin de distinguir con algo al donatario: y la 29, cuando dice que se traigan las donaciones á colacion, y que se imputen primero en legítima, habla de las donaciones *propter nuptias*, dotes, y otras de esta clase, dadas principalmente para satisfacer ciertas necesidades y exigencias de los hijos, que se suponen hechas por lo mismo á cuenta de la legítima, y no con el fin de mejorar al donatario, de modo que, como dice muy bien el citado Sr. Llamas, *d. ley* 29, *núm.* 131, la diferencia de las donaciones de que hablan las *leyes* 26 y 29 no se toma principalmente de haber sido hechas por causa ó sin ella,

como dicen generalmente los autores, pues aun las dichas simples siempre se fundan en causa ó motivo, sino en la intencion del donante de haberlas hecho como mejora, ó á cuenta de la legítima. Véanse el citado Llamas, Posadilla y Gomez *on la misma ley*, Acevedo en *d. ley* 10, *tit.* 6, *núm.* 26, y Covarrubias *in cap. Reinaldus*, §. 2, *núm.* 16. Visto lo que las dichas dos leyes disponen, y la interpretacion tan sentada de ellas, admitida por la opinion comun de los autores y por la práctica, concluyo sentando el siguiente principio. Que cuando los padres hacen alguna donacion á un hijo sin espresar si le mejoran ó no con ella, se entenderá hecha á cuenta de la legítima, y estará obligado á traerla á colacion y particion, siempre que fuese hecha por satisfacer alguna necesidad del hijo, ú otra causa semejante, que no se funde principalmente en su cariño y afecto: por el contrario, si la donacion se debe á este, como se conocerá por su naturaleza de ser de las remuneratorias ó de las dichas simples, debe tenerse por mejora con arreglo á lo dispuesto por la *ley* 26, aunque el donante no lo esprese. Pero téngase presente, que cuanto llevo dicho tiene solo lugar cuando el padre no espresa al hacer la donacion si la hace á cuenta de la legítima ó como mejora; pues manifestando su voluntad, tanto que sea la donacion simple como por causa, á ella hay que atenerse, porque las *leyes* 26 y 29 limítanse á interpretar cual sea la intencion de aquel, en el caso de que al hacer la donacion no esprese su voluntad.

Antes de concluir este punto no puedo menos de hacer mencion de la opinion singular del Sr. Posadilla, que pretende en la *ley* 29, que cuando los padres hacen patrimonio eclesiástico á un hijo para ordenarse, se entiende mejorado en él forzosamente, y que no puede imputársele en legítima, fundado en que el patrimonio es un gravámen, y no pudiendo los padres gravar la legítima de sus hijos, debe entenderse hecho aquel del tercio y quinto. Pero es mas especiosa que sólida esta razon, como se convence con solo considerar que el patrimonio no es un verdadero gravámen, y que aunque lo fuera quien se lo impone es el mismo hijo, pues los padres si lo hacen es á peticion suya para poder optar á las órdenes, y por consiguiente, *sibi imputet*. Asi, la opinion mas seguida es que

se impute primero en la legítima como toda donacion por causa, con arreglo á la *ley* 29. Véase Febrero *d. lib.* 2, *cap.* 3, *número* 58. Gomez en *d. ley* 29, *núm.* 21, sigue la opinion de Posadilla por una razon que no me ocupo siquiera en refutar.

No se limitaron las leyes á conceder á los padres la facultad de mejorar, si no que les permitieron la de poder señalar las mejoras que hicieren, en la cosa cierta ó parte de su herencia que quisieren: cuya facultad es tan privativa de los padres que no pueden cometerla á otra persona alguna, *ley* 3, *tit.* 6, *d. lib.* 10, *Nov. Rec.* (19 de Toro). Está tan terminante esta ley en sus ultimas palabras, que parece no necesitan ni admiten interpretacion alguna. Mas á pesar de eso, Acevedo en *su número* 32, y Angulo, *glos.* 4, *núm.* 1, *ley* 3, de *meliorat.* pretenden sostener que deben entenderse y limitarse á la comision general, y que puede tener lugar la especial con arreglo á lo que en el *núm.* 8, §. 1, *tit.* 4. vimos disponer la *ley* 1, *tit.* 19, *d. lib.* 10 (31 de Toro) sobre los comisarios testamentarios, cuya opinion reprueba el Sr. Sala, *núm.* 5 *de este tit.* 6. Efectivamente los términos de la *ley* 3 están tan absolutos y terminantes, que no permiten siquiera formar el caso de semejante comision especial. Querrá decirse que la *ley* 31 deroga en esta parte la 19, pero como ya indiqué en otro lado no cabe en regla alguna semejante interpretacion de dos leyes hechas á un mismo tiempo, y por unos mismos legisladores. Al paso que, segun dije, reprueba el Sr. Sala la opinion de Acevedo, adopta la de que la prohibicion de la ley no alcanza á impedir al padre que pueda cometer al mismo hijo que mejora el que pueda señalar ó escoger los bienes en que haya de consistir la mejora, cuya opinion dice ha visto practicar. Funda su sentir, 1.º en que no mencionando la ley este caso en que se ofrece mayor dificultad, no se debe entender escluido por sus palabras y prohibicion general; del mismo modo que la *ley* 5, *tit.* 13, *P.* 5, dice no se comprenden en la obligacion general las cosas que, por no ser verosímil pensase en ellas el que se obligó, necesitan de mencion especial: y 2.º, en que versando en utilidad de los mismos hijos la facultad de señalar bienes en que consista la mejora, debe ampliarse en beneficio de ellos. Siento decirlo, pero en mi concepto son muy fútiles estas ra-

zones. Por de pronto la paridad que forma es muy violenta, y la otra parte de su primer apoyo está rebatida con lo dicho sobre la opinion de Acevedo. El segundo no sé como siquiera le menta, pues debiera considerar que bastante perjuicio se causa á los demas hermanos con la mejora, sin querer causárselo mayor, concediendo al mejorado una facultad tal. Juzgo por lo mismo que como materia odiosa, y gravosa á los hermanos, antes debe restringirse en favor de estos que ampliarse en el de uno solo. Hé aquí mi principal fundamento para en una y otra opinion seguir estrictamente lo literal de la ley sin darla ensanche alguno.

Núm. 5. *De la irrevocabilidad de las mejoras.* Esplicado qué sean las mejoras, por quien y á quienes se puede mejorar, los casos en que los padres están obligados á hacerlas, y los modos con que puede haber mejoras, veamos si pueden ó no ser revocadas despues de hechas. La única ley que habla de esto es la 1. *d. tit.* 6, *lib.* 10, *Nov. Rec.* (17 de Toro), cuya doctrina procuraré emitir, reducida á principios, de que haré incontinenti la oportuna aplicacion á algunos casos. Es inútil recordar que los padres pueden hacer las mejoras en testamento ó última voluntad, y por contrato entre vivos. Si las hicieren del modo primero, pueden variarlas y revocarlas, hasta que mueran, en cualquier caso; atendido á que hasta entonces pueden variar el testamento, como hemos visto en los *núms.* 3 y 6, §. 2. *del tit.* 4, y á que la *d. ley* 1, al espresar qué mejoras son irrevocables habla solo de las hechas por contrato entre vivos: véase *esta ley*, y á Matienzo *en su glos.* 4, *núm.* 24, Gomez, *núm.* 24, y á Febrero, *cap.* 2 *cit. princip. del* §. 2. Estos autores suelen añadir, que la mejora hecha en testamento será irrevocable, si fué dejada en él como contrato entre vivos, lo que no parece infundado; pero esto no destruye en nada la regla establecida, pues en este caso no debe decirse dejada la mejora por última voluntad, antes al contrario. Algunos hay, como puede verse en los mismos *lugares cit.*, y en Febrero, *núm.* 84, que quieren sostener ser irrevocable la mejora dejada por última voluntad, y lo mismo afirman de los legados, en que hubiese seguido tradicion, por pasar en este caso á ser donacion intervivos. Mas se equivocan, pues la tradicion no puede ha-

cer mudar su naturaleza al instrumento en que fueron dejadas, ni les quita por consiguiente la versatilidad, que sigue á todas las cosas dejadas por última voluntad, cuya naturaleza pide, repito, que no tengan efecto hasta despues de la muerte.

Si los padres hubiesen hecho la mejora por contrato ó donacion entre vivos, debe sentarse tambien por regla general que pueden revocarla cuando quieran. Pero esceptúanse tres casos en que es irrevocable la mejora del tercio, y uno en que lo es la del quinto. No puede el mejorante revocar la mejora del tercio. 1.° Si hubiere entregado la posesion de la cosa ó cosas en el dicho tercio contenidas al mismo mejorado ó á su procurador: cuya entrega de posesion bastará se efectúe por uno de los actos fingidos que en el *núm.* 15, §. 2, *tit.* 1, *lib.* 2, vimos causarla segun nuestras leyes, como opina con mucha razon Gomez, *núm.* 16, de *d. ley* 17. 2.° Cuando se entregó ante escribano la escritura que contiene la donacion ó mejora. 3.° Cuando el contrato de donacion ó mejora se hubiese hecho por causa onerosa con otro tercero, asi como por via de casamiento, ó por otra causa semejante, *d. ley* 1. *tit.* 6, (17 de Toro). 4.° El caso en que dije ser irrevocable la mejora del quinto, es este último de haberse hecho la mejora por causa onerosa con tercero, pues aunque esta *ley* 1 no lo espresa, es indudable, atendido á que *la ley* 6 *del mismo tit.* (22 de Toro) que espliqué, *núm.* 3, dice que está el padre obligado á hacer tanto la del tercio como la del quinto que hubiese prometido por causa onerosa, y como discurren Matienzo, *glos. cit.*, *número* 23, y Llamas, *ley* 17, *núm.* 60, mas eficaz debe ser la mejora que la promesa, y puesto que esta es irrevocable, con mayor razon aquella. El último autor, *núm.* 66. pretende sostener que la mejora del quinto será tambien irrevocable en los otros casos dichos de entrega de posesion, ó escritura; pero esta opinion, que no veo apoyada en una razon sólida, es á mi ver infundada, ya si se atiende á la *ley* 22 que, como dije, solo dá por irrevocable la promesa de hacer la mejora del quinto cuando fué otorgada por causa onerosa, y ya por la muy diferente razon que media de este á los otros dos casos, cuya disparidad resalta con tanta fuerza que no la pudo rebatir Llamas.

La misma *ley* 1 *del tit.* 6, que refiere los dichos tres casos en que las mejoras son irrevocables, esceptúa dos en que los padres pueden revocarlas aun en aquellos; y son, si se reservaron el poder de hacerlo, ó si sobrevino alguna de las causas, en que segun nuestras leyes pueden revocarse las donaciones perfectas, pues entonces puede revocarse la mejora, aunque se entregase su posesion, escritura, &c., *d. ley* 1, ó 17 *al fin.* Estas causas pueden verse en las *leyes* 4, *tit.* 7, *P.* 6, y 10, *tit.* 4, *P.* 5. Pero debo advertir, que entre estos dos casos en que la ley dice ser revocable cualquiera mejora, media una notable diferencia, pues en el de que el padre se reservase el poder de revocarla, podrá hacerlo aunque la mejora fuese hecha por causa onerosa con tercero, no asi cuando la revocacion se funda en causa de ingratitud del mejorado, porque no dicta razon alguna de derecho que por causa de este sea aquel perjudicado, Llamas en *d. ley*, *núm.* 47, y Matienzo, *glos.* 11.

Tal vez se criticará mi empeño de esplicar las leyes, siguiendo en sus cavilosidades á nuestros comentadores, pero estoy tan firmemente persuadido de que no se puede dar ni aun una pequeña idea de lo que aquellas disponen sin entrar con estos en muchas cuestiones á que su confusion da orígen, que no puedo resistir al deseo de presentar otros dos casos que pueden ser muy importantes, y prácticos en esta materia. Los Sres. Gomez, y Llamas Molina, *números* 11 y 34 *de d. ley* 17, proponen el siguiente. Cuando un padre hizo una mejora, no de cantidad determinada, sino del tercio ó del quinto en general, y es de las irrevocables por haberse entregado la posesion, ó escritura, si el padre adquiere despues mas bienes, á que segun la *ley* 7 *de d. tit.* 6, (23 de Toro) se estiende la mejora, como verémos *n.* 7, ¿será tambien irrevocable la mejora en cuanto á los nuevamente adquiridos? Tanto un autor como otro asientan por indispensable, como opinion recibida por todos, y conforme á leyes, que es irrevocable la mejora en cuanto á los bienes nuevamente adquiridos, si la irrevocabilidad se funda en causa onerosa con otro tercero, en la entrega de la escritura, ó en la posesion hecha simple y genéricamente sin limitacion á los bienes presentes. Si la posesion no se entrega de este modo sino de los bienes presentes, bien que sin mentar que

no se estendiese á los que despues pudiese adquirir, aunque es mas dudoso, opinan como en los casos anteriores, y lo funda el Sr. Llamas, *núm.* 44, en la misma razon general que apoya estos, razon que como siempre, hemos de buscar con las leyes en una mano, y el caso en la otra. Efectivamente estendiéndose y diciendo respecto la mejora á los bienes futuros que despues adquiera segun la *d.* 17, y siendo irrevocable segun la 1, *tit.* 6, (17 de Toro) en los tres casos que espresa, sin distincion de mejora de bienes presentes ó futuros, ni de que la posesion se entregase de este ó del otro modo, es claro que aun siendo entregada la posesion de solos los bienes presentes, se estiende la mejora irrevocablemente á los que despues adquiriese, siempre que al hacerla ó entregar la posesion no esprese el mejorante lo contrario; y nótense estas palabras con cuidado, pues todo lo dicho, como dejo ya advertido repetidas veces, se entiende cuando el mejorante no esprese lo contrario; de modo que tanto el estenderse la mejora á los bienes futuros, como el ser irrevocable en estos, entiéndese no espresando otra cosa; y esta espresion de su voluntad debe hacerla antes de constituirse la mejora irrevocable, como es inútil demostrar. Febrero en *el cit. cap.* 2, *núms.* 82 y 83, sigue en un todo las opiniones espuestas.

Este en el *núm.* 78, presenta el caso digno de referirse en este lugar, de si, habiendo hecho un padre mejora á un hijo, se entiende esta revocada por el nacimiento de otro ú otros; cuyo caso estiendo yo al de si el padre podrá revocarla por esta razon, siendo la mejora irrevocable. En cuanto al primero opina Febrero con varios autores, entre los que está de ver el Sr. Molina, de *primog. lib.* 4, *cap.* 2, *núm.* 80, que la mejora se entiende revocada solo en la parte de legítima correspondiente á los recien nacidos, cuya razon es demasiado clara, pues una vez que el mejorante no espresa otra cosa, de suponer es que quiere continúe la mejora en lo posible. No me parece menos evidente y conforme á las leyes, que el padre por esta causa podrá revocar la mejora en sí irrevocable, atendido á lo que vimos dice á su fin la *ley* 1, *d. tit.* 6, y á que segun la *ley* 8, *tit.* 4, *P.* 5, la supernascencia de hijos es causa bastante para revocar las donaciones perfectas. Pudiera esten-

derme en discurrir con los autores sobre otros casos, pero temo haberme olvidado ya demasiado de mi objeto, y contemplo bastantes los espresados, para la oportuna esplicacion y aplicacion de las leyes.

Núm. 6. *Gravámenes de las mejoras.* Dice la *ley.* 9, *d. tit.* 6, *lib.* 10, *Nov. Rec.* (21 de Toro) que los mejorados pueden aceptar sus mejoras aunque renunciaren la herencia; pero sin que por eso se entiendan exentos de pagar las deudas del difunto. Por el contrario, les sujeta á cargar á proporcion del valor de su mejora con las que apareciesen ser de aquel, tanto cuando se partió la mejora, como despues; lo mismo, añade la ley, que si fuesen herederos en el tercio ó en el quinto; cuya razon sencilla es el que estos deben salir de solos los verdaderos bienes del mejorante, y es bien sabida la regla de no decirse bienes sino lo que sobrare despues de pagadas las deudas.

Era muy natural é indispensable que pesase sobre las mejoras esta, que mas bien debe decirse carga de todos los bienes. Mas no puede decirse lo mismo del gravámen perpétuo de restitucion ó feidecomiso que la *ley* 11 *d.*, *tit.* 6, (27 de Toro), permitia á los padres imponer sobre el tercio; lo mismo debe decirse del quinto que dejasen á sus descendientes por el órden siguiente: 1.° A favor de sus descendientes legítimos. 2.° De los ilegítimos que tengan derecho de suceder. 3.° De los ascendientes. 4.° De los colaterales, ó parientes. 5.° y último, de los estraños. Cuya imposicion de gravámen perpétuo cesa en el dia por la *Cédula del año* 1789, que esplicaré hablando de los Mayorazgos. Debe advertirse con cuidado que *d. ley* 11, habla solo del gravámen de restitucion, ó por usar de otro nombre mucho mas conocido, del de vinculacion, y no de otros; porque, como dice muy bien Febrero, 1.ª *part.*, *cap.* 1, §. 5, *núm.* 68, el tercio es legítima de los descendientes, y en esta no pueden los padres imponer gravámenes, segun dejo asentado en el *núm.* 6, §. 1, *tit. antec.* Asi con arreglo á esto diré, que sobre el tercio no puede imponerse otro gravámen que el de restitucion por el órden espuesto; y este en la actualidad no puede ser perpétuo.

Pero lo primero no milita con respecto al quinto, del que

tienen los padres derecho á disponer con tal libertad, que si se prescinde del dicho de vinculacion ó amortizacion, pueden imponer sobre él cuantas cargas quieran: aunque si bien es esto cierto, lo es tambien que cuantas impongan han de pesar sobre dicha parte sin poder excederse, por ser la única, como dejo dicho *al principio de este* §, de que se les permite disponer. Asi es, que los padres pueden legarla, gravarla con misas, ú otras disposiciones piadosas ó no piadosas; pero del mismo modo, aunque no lo quieran, aunque manden lo contrario, los legados, cera, misas, gastos de entierro con las otras mandas graciosas, tienen que sacarse de solo el quinto y no del cuerpo de su herencia, *leyes* 8 y 9, *tit.* 20, *d. lib.* 10, *Nov. Rec.* (es la 30 de Toro). Ni puede dejar de ser asi, porque no pudiendo el padre, como acabo de decir, imponer gravámen á la legítima de sus hijos, y siéndolo todos sus bienes, á escepcion del quinto, es preciso se saquen de él estos gastos. Hay con todo que esceptuar un caso en que los padres no pueden hacer legado ni disposicion alguna sobre el quinto, por estar este fuera de su libre disposicion, y es cuando tiene hecho de él la donacion irrevocable, que dejo esplicada, *núm. antecedente.* Lo que tiene sí que pagar siempre el mejorado en el quinto son los funerales, segun la clase de su padre, y costumbre del pais, porque estos de necesidad hay que hacerlos, y segun *dicha ley* 9, cargan siempre sobre aquella parte, y no sobre la legítima; pero sin poder obligársele por la razon espuesta á espender mas que lo que la clase del difunto y la costumbre exijan por necesario.

A pesar de lo que dejo dicho *al principio de este núm.*, de no poder los padres imponer sobre el tercio otro gravámen que el de restitucion, puede con todo suceder, que alguna vez se mejore en él á un hijo con obligacion de funerar y pagar legados; y en este caso dice muy bien Febrero, *cap.* 1 *cit.*, *núm.* 87, y 2.ª *part.*, *lib.* 2, *cap.* 2, *núm.* 54, que debe hacerse asi en lo que llegue el quinto, y que el mejorado se entiende serlo en lo sobrante del tercio. Puede verse en el mismo Febrero, *d. cap.* 1, *núm.* 84 y *sig.*, cual de ellos se entiende tercio, y de cual como verdadero quinto deben salir los legados, y funerales, cuando un padre hace, como puede, una

mejora de quinto en vida, y otra tambien de quinto á la hora de la muerte.

Debo hacer mencion, antes de concluir este *núm.*, de la cuestion que he visto agitar mucho, de si las cargas de entierro y legados deben salir del cuerpo de todos los bienes, ó del tercio, cuando el testador no teniendo descendientes, tiene solo ascendientes. Febrero, *d. cap.* 1, *núm.* 123 y *sig.*, lleva la primera opinion, fundado en que siendo una deuda del difunto, debe salir como todas del cuerpo del caudal; pero yo digo como el Sala, que me parece mejor la contraria de Covarrubias, *en el cap. Reinaldus*, §. 3, *núm.* 4, Angulo, *de meliorat. ley* 3, *glos.* 3, *núm.* 7 y *otros*, atendido á que le conviene de lleno la razon que vimos tuvieron los legisladores de Toro para mandar que aquellos gastos se pagasen solo del quinto cuando el difunto tenia descendientes, puesto que nadie negará que las dos terceras partes de los bienes sean tan legítima forzosa de los ascendientes, como las cuatro lo son de aquellos.

Núm. 7. *Modo de hacer la deduccion de las mejoras.* Mediando tan notable diferencia y tanta desigualdad de deducir la mejora del tercio antes que la del quinto, ó al reves, parecia regular que nuestras leyes dispusiesen algo acerca de esto. Mas fué especie que hasta ahora siempre se les pasó por alto á los legisladores españoles; pues creo no hay ley alguna que la presente, prescindiendo de *la* 214 *del Estilo*, que no merece verdadero carácter de tal. Esta, declarando *la* 9, *tit.* 5, *lib.* 3 *del Fuero Real*, dice que cuando no hay fuero ó costumbre en contrario, está introducido y se usa en favor del alma del testador el que se saque antes del tercio el quinto de sus bienes: véase *d. ley en Febrero*, *cap.* 2 *cit.*, *núm.* 46, que asegura estar en práctica, y lo mismo afirma Gomez, *ley* 17 *de Toro*, *núm.* 2. Habiendo sido introducida la costumbre en favor del alma del testador, como testifican la ley y los autores citados, parece indudable que no se sacará primero la mejora del quinto sino la del tercio, cuando aquel renunciando á este favor lo dispusiere asi, como observa el dicho Febrero, *núm.* 48, y Cifuentes en la *ley* 25 *de Toro*, citado por el anotador de Gomez.

Ademas de este caso, pretenden Sala en este *tit.* 6, *núm.* 2;

y Febrero, *núm.* 49, con Angulo *de meliorat. en la ley* 9, *glos.* 2, *núm.* 45, y otros, que debe sacarse la mejora del tercio antes que la del quinto, cuando el testador tuviese hecha esta de antemano irrevocablemente. Pero para mí esto, aunque sea en parte cierto, no lo es en un todo; porque, como dice muy bien el mismo Febrero, en *d. núm.* 46, el ser irrevocable la mejora del tercio no le debe dar mas valor: se donó irrevocablemente el tercio es verdad, pero el tercio de los bienes deducido antes el quinto, segun la costumbre dicha, y no el de todo el caudal. Así con arreglo á esto diré, que es admisible la opinion de Angulo, cuando al hacer la mejora irrevocable del tercio, se espresó ser de todos los bienes de que era dueño el mejorante al constituirla; no asi cuando simplemente dijo que mejoraba en el tercio de sus bienes.

Si mejorando un padre en este á un hijo no dispusiese del quinto á favor de ninguna persona, si bien no se saca el tercio antes que el quinto, deberá deducirse del remanente de este despues de pagado lo pio, como afirma muy bien Febrero, *núm.* 53. Su razon es demasiado clara, el padre le donó el tercio de su caudal, y á este pertenece el sobrante del quinto.

Para poder formar debidamente las deducciones de las mejoras, no basta saber que debe sacarse primero la del quinto; esto es lo menos. Es preciso ademas tener presente lo dispuesto por las *leyes* 19, 23, 25 y 29 *de Toro*, (*leyes* 3, 7, 9, *tit.* 6, *d.* y 5, *tit.* 3, *lib.* 10, *Nov. Rec.*), que en algunas de sus decisiones ofrecen la materia mas complicada de este tratado verdaderamente muy práctico. A fin de proceder con la debida claridad en puntos tan delicados, antes de ocuparme en algunas cuestiones con los comentadores, contemplo conducente, siguiendo el órden que hasta aquí, detenerme en esplicar las disposiciones y espíritu de dichas leyes. Las 19, 23 y 29 al fin vienen á disponer lo mismo, con sola la diferencia que esta última usa de la palabra donaciones. Mandan pues que el valor de la mejora del tercio (lo mismo debe decirse de la del quinto) se regule por lo que valieren los bienes del mejorante á la hora de su muerte, y no á la en que se hicieron, aunque el padre hubiese señalado la mejora en vida. La razon, y por consiguiente el espíritu de estas leyes, no puede ser otro que el

hacer que no salgan perjudicados en sus legítimas los otros hermanos, y tambien tal vez, que el mejorado no llevase menos de lo que debia; Febrero, *cap.* 3, *d. lib.* 2, *núm.* 154 *al fin.* Efectivamente puede suceder muy bien que la mejora cupiese en el tercio y quinto de los bienes que el mejorante tenia al hacerla, y que hubiese en seguida padecido tal quebranto y desfalco su caudal, que no solo no quepa en el tercio y quinto, sino que esceda á todos ó la mayor parte de sus bienes; ó por el contrario, que pudieran estos haber tenido aumentos considerables. ¿Y quién no vé que en el primer caso son gravemente dañados los otros hijos respecto al mejorado, y que este en el segundo no lleva el tercio y quinto de los bienes del mejorante? Concluyamos pues admirando la justicia de estas leyes, una vez que hasta la muerte de los padres no puede saberse cual es la verdadera legítima de los hijos, ni por consiguiente cual el tercio y quinto de ella, para que el mejorado lleve estas partes y no mas sobre los otros hermanos. Véase Gomez, *en la ley* 23, y todos los comentadores. La disposicion de *la ley* 25, es como una emanacion de la 23, pues manda que las mejoras de tercio y quinto no se saquen de las dotes y donaciones *propter nuptias*, ni de las otras donaciones que los hijos trajeren á colacion y particion. Digo que es una emanacion de la *ley* 23, atendido á que, como dice Febrero, *cap.* 3 *cit.*, *núm.* 142, y Gomez, comentándola con la mayoría de los intérpretes, la razon de la 25 no es otra que la de que las dotes, donaciones *propter nuptias*, y demas que los hijos traen á particion, pasaron al dominio de estos, dejando de pertenecer al del padre, y por lo mismo no puede sacarse de ellas la mejora consiguiente á lo dispuesto por la *ley* 23, de que se mire su valor por el de los bienes del mejorante á su muerte. No está muy conforme con esta interpretacion el Sr. Llamas; pero de esto hablaré á su tiempo.

Por ahora debo decir que, aunque la *ley* 23 manda en general que el valor de las mejoras se compute segun el de los bienes á la hora de la muerte, no falta quien pretenda sostener lo contrario cuando las mejoras son irrevocables, y que las *leyes* 19, 23 y 29, hablando del caso en que no lo son; fundados en que por la mejora irrevocable adquirió el mejorado

:

un derecho de que no puede ser privado, y no entendiéndose la *ley* 23 de este modo, le sería lo mas fácil á un padre caprichoso el darla por nula, y faltar acaso al contrato mas sagrado; sería contrariar la *ley* 17. Son mas especiosas que sólidas estas razones, pues el derecho adquirido por el mejorado irrevocablemente dice respecto al tercio ó al quinto, ó lo que sea, atendido el valor de ellos á la muerte, no al tiempo en que se hizo la mejora; asi la *ley* 23 no contraría en nada la 17, aunque aquella se entienda de las mejoras irrevocables, porque esta solo dice que no pueda revocarse la mejora del tercio, prescindiendo de que este se compute por el valor de los bienes en este ó el otro tiempo. A la otra razon de ser fácil de este modo á un padre el faltar al contrato, que irrevocablemente celebrára con su hijo, desfalcando y enagenando su caudal, satisfago diciendo, que las enagenaciones serán válidas, y el mejorado irrevocablemente tendrá que sufrir la correspondiente rebaja en su mejora, cuando su padre las hizo de buena fé por verse verdaderamente necesitado, y sin ánimo de damnificarle; pero no asi de lo contrario, porque las leyes no dan nunca asa ni patrocinio al fraude, cuya cortapisa contemplo necesaria, y al mismo tiempo bastante para sostener los derechos de padres é hijos. Conceptúo tan cierta esta esposicion, que juzgo deber guardarse, aunque al hacer la mejora irrevocable dijese el padre ser del valor presente de sus bienes, porque este no puede causar á sus otros hijos los daños que podrán seguírseles en muchos casos, y que trataron de evitar las *leyes* 19, 23 y 29. Para conocer evidente y palpablemente cuantos pueden ser estos, supongamos que un padre con varios hijos, cuyo capital es de 5,000 pesos, mejora irrevocablemente á uno en el tercio y quinto de ellos, y que despues por pérdidas y contratiempos está reducido aquel en la hora de su muerte á 2,000, 1,000 ó menos, ¿quién no vé aquí el gran perjuicio que se seguiría á los otros hermanos, llevando el mejorado el tercio y quinto de los 5,000 pesos? ¿Y permiten esto las espuestas leyes, su espíritu, el de toda nuestra legislacion? seguramente que no. Querrá decirse tal vez que el mejorado pueda dar por nulas las enagenaciones del padre, pero como? ¿no puede este haber enagenado los demas bienes que le quedaban despues del

tercio y quinto? nadie dirá que no. Pues una vez desfalcados, es justo que el único resíduo de los 5,000 pesos, esto es, el tercio y quinto lo parta segun ley el mejorado con sus otros hermanos. Hay mas; la pérdida del capital muy bien pudo provenir de fracasos inevitables; ¿y entonces recaerán estos solo sobre los no mejorados? Cierto que no. Pues no habiendo mas razon para decir que la mejora irrevocable se compute segun los bienes existentes á la muerte en este caso, que en el de perderse aquellos por efecto de enagenaciones del mejorante, convéngase en que siempre debe estarse á lo prescrito por la *ley* 23.

Viniendo á lo dispuesto por la *ley* 25, creeré que nadie se oponga á la inteligencia que dí á esta en toda su estension, sobre que dadas las dotes y donaciones colacionables con anterioridad ó posterioridad á la mejora; y por consiguiente á que nunca se sacará de ellas, cuando esta es revocable (entiéndase siempre á no espresar el mejorante los contrario). Mas si la mejora es irrevocable dicen que no saldrá de las tales donaciones, si estas fueron hechas anteriormente á la mejora; pero que si son posteriores debe sacarse de ellas. Véase Matienzo, *tit.* 6, *ley* 9, *glos.* 3, y Febrero, 2.ª *part.*, *cit. cap.* 3, *núm.* 145. La razon principal para mí de esta opinion, (que contemplo muy cierta y sentada cuando al hacer la mejora irrevocable dijo el padre se entendiese del valor de los bienes presentes), es el que no debe decirse puedan los padres por favorecer á unos hijos faltar á las obligaciones contraidas irrevocablemente con otros, lo que sucederia en este caso; y el que en él falta la razon de la *ley* 25. Esta se funda como afirman los comentadores al decir que las mejoras no salgan de las donaciones colacionables, en que aquellas no pueden salir de bienes de que el padre no es capaz de disponer; y esta razon, como se deja conocer, tiene lugar cuando las donaciones fueron anteriores á la mejora, y no, siendo posteriores. Asi yo diria, que cuando un padre hizo una mejora en los términos dichos, no puede dar dotes ni otras donaciones sin entenderse sin perjuicio del derecho adquirido por el mejorado. Diráseme que este caso es igual al puesto poco há de poder ó no el padre hacer enagenaciones despues de hecha una mejora irrevocable, y de computarse es-

ta por los bienes existentes á la muerte del mejorante, que decidí por la afirmativa; pero media entre uno y otro la gran disparidad de que en el primero serían enormemente perjudicados los otros hijos, como dejo demostrado, cosa que trató de evitar la *ley* 23. Todo al contrario, en el segundo, cuando el capital se disminuyó en hacer donaciones *propter nuptias* ú otras colacionables; porque como estas á la muerte del padre deben dividirse con igualdad entre todos sus hijos, lo mismo que si él las hubiera conservado en su poder, igual porcion les toca de un modo que de otro; y asi el verdaderamente damnificado sería el mejorado si su mejora irrevocable se hiciese nula ó disminuyese por sola esta razon, cosa que ademas sería enteramente opuesta á la *ley* 17 *de Toro*, y á los principios que dejo emitidos arriba. He sido ya demasiado largo en estos puntos; pero lo exigia su importancia, y no es posible esplicarse con mas concision. Asi concluyo sentando, 1.° que aunque un padre diga que hace mejora irrevocable á un hijo en el tercio ó quinto del valor presente de sus bienes, debe computarse con arreglo al que tengan á la hora de su muerte, fuera del caso en que quisiese significar y espresar, que si adquiria mas bienes no se estendiese á ellos la mejora: y 2.° que cuando hizo mejora irrevocable del tercio y quinto de sus bienes presentes, sin espresar que se computase segun lo que dejase á su muerte, debe aquella sacarse de las dotes y donaciones colacionables hechas despues.

El Sr. Llamas, segun ya indiqué antes, comentando *la d. ley* 25, no se conforma con la esposicion, que de ellas acabo de hacer con la comun de los intérpretes, sosteniendo que las mejoras deben sacarse de las dotes y donaciones *propter nuptias*, escepto en la parte que estas escedan de la legítima. El fundamento de su singular opinion, segun puede colegirse de lo que dice estensa y confusamente, es el siguiente: Dice que no debe sacarse de la parte en que escedan las donaciones de la legítima, porque en este esceso se reputan mejoras, y no puede sacarse mejora de mejora, en lo que discurre muy bien; aunque esta razon no cabe en las dotes, porque en estas no pueden tener lugar las mejoras. Atendido esto último, dicen algunos, y no sin fundamento, que estas se sacan siempre de lo

que aquellas esceden de la legítima, como que en este esceso no adquirió derecho alguno la dotada, y es por consiguiente lo mismo que si permaneciera en el patrimonio del padre, Véase Febrero, *lib.* 2 *cit.*, *cap.* 3, §. 4, *núm.* 146. Funda la primera parte de su proposicion Llamas, en que segun el espíritu de nuestras leyes, los padres pueden hacer mejora del tercio y quinto de todos sus bienes, y no se dirá con verdad que disponen del tercio y quinto de todos estos no saliendo las mejoras de las dotes y donaciones colacionables. Por lo mismo, sopena de poner en pugna con todas las demas leyes *la* 25, es indispensable adaptarla al caso esplicado. No parece mal á primera vista esta interpretacion; pero no puede adaptarse sin trastornar las ideas y la práctica generalmente recibidas y seguidas en este punto. Por otra parte, puede responderse á su gran argumento, que nuestras leyes permiten es verdad á un padre mejorar en el tercio y quinto de todos sus bienes; pero es entendiéndose de todos los bienes de que puede disponer sin perjuicio de tercero, sin privar á otro hijo de derechos que le tiene cedidos.

Ademas de todo lo dicho, debe tambien tenerse presente al hacer la deduccion de las mejoras, que cuando el mejorante las señaló en ciertos bienes, en ellos deben pagarse: y si no hizo tal señalamiento, en parte de la herencia del difunto, sin que les sea permitido á los demas herederos del testador, sea la mejora del tercio ó la del quinto, decir que quieren pagarlas en dinero efectivo; sino es que la hacienda del testador fuese de tal cualidad que no se pueda cómodamente dividir, *ley* 4, *d. tit.* 6, *lib.* 10, *Nov. Rec.* (20 de Toro).

Núm. 8. *Modo de deducir las mejoras cuando el padre mejorante tenia hecha donacion simple al mismo mejorado ó á otro.* Dos objetos me propongo en este *núm.*; uno deshacer las equivocacion que en mi concepto padeció el Señor Sala en el tercer ejemplo, que presenta en el *núm.* 9 *de este tit.* 6.; y otro el poner mas en claro lo dicho en el anterior ó anteriores. Atendido el modo que tiene de girar el ejemplo, dice el citado autor, que cuando un padre hizo á un hijo una donacion de las que segun la *ley* 10, *d. tit.* 6, *Nov. Rec.* (26 de Toro) se entienden mejoras, no lleva este precisa-

mente la donacion, sino que se saca el tercio y quinto de los bienes del padre sin contar con esta, la que despues se junta al demas caudal que queda, y se divide con este entre todos los hermanos. No da la razon por qué gira asi la cuenta; pero supongo que esta será la de que las mejoras se computan por el valor de los bienes á la hora de la muerte segun las *cit. leyes* 19, 23 y 29 *de Toro*, y que no se sacan de las donaciones que se traen á colacion, segun la 25; ¡miscelánea y confusion de ideas inconcebible verdaderamente, aunque no singular, pues el Sr. Castillo, con otros, que pueden verse en Febrero, *d. cap.* 3, *núm.* 152, *lib.* 2, opina del mismo modo! Quiero preparar á mis lectores para lo que voy á esponer con el siguiente pensamiento, que dejo á su consideracion. ¿Cuando el padre hizo á un hijo una donacion simple de tanto ó cuanto, se entiende que le mejora en su importe? Todos dirán que sí conforme á los principios espuestos, *núm.* 4, que son los de las leyes, y los del mismo Sala. ¿Y entonces cómo para saber cuanto debe llevar de mejora, no se hace caso de la misma donacion en que fué mejorado? Por qué, oigo responder, atendidas las *leyes* 23 y 25 *de Toro*, no debe salir de ella la mejora. Bella respuesta. ¡No debe salir de ella la mejora, se dice cuando la donacion es la misma mejora! Pero dejemos el estilo satírico, impropio de tratado tan sério.

Quedando, como queda esplicado, lo que las leyes disponen, contemplo por el mejor medio de esponer este punto, que pudiendo ser muy práctico, es por lo mismo muy delicado el presentar un ejemplo. Supongamos que un padre con tres ó mas hijos, despues de haber hecho á uno una donacion por causa de 2,000 pesos, y otra simple de 1,000 á otro, mejora á este mismo en tercio y quinto á la hora de su muerte, dejando de capital otros 5,000 pesos; de suerte que el mejorado, ademas del tercio y quinto, se entiende serlo en los 1,000 pesos con arreglo á la *ley* 26 *de Toro*, que ya dije queda esplicada, *núm.* 4. ¿Y cómo giraremos la cuenta para conocer cuanto corresponde al mejorado? El Sala, como vimos, la hace sacando el tercio y quinto de los 5,000 pesos, sin contar para nada con la donacion simple, que despues agrega al resíduo con la por causa, para partirlo todo como legítima entre los demas

hermanos y el mejorado. ¿Y no choca esto de frente con la *ley* 26? ¿No dice esta que la donacion simple se entienda mejora? Pues entonces ¿con qué razon se le priva de ella al mejorado y se divide como legítima? No veo una plausible; solo se alega, segun ya indiqué, las *leyes* 23 y 25 *de Toro*, que solo por medio de la interpretacion mas violenta pueden traerse á este caso, como luego demostraré. Antes paso á proponer el verdadero modo de hacer su cuenta al donatario y mejorado con arreglo á la *ley* 26. Ya vimos en el *núm.* 4, que esta dispone, que cuando un padre hace donacion simple á un hijo, se entiende que le mejora; y que la tal donacion se cuente en el tercio y quinto de sus bienes, para que no pueda mejorar en mas que el valor de estas dos cuotas á él ni á otro. ¿Quiere verse espresado con mas claridad el caso en cuestion? No dudo afirmar que la misma ley lo presenta. Asi diré con arreglo á ella, que para que el mejorado y donatario no perjudique á sus hermanos llevando los 1,000 pesos de donacion y ademas el tercio y quinto, ni al mismo tiempo lo sea él, deben indispensablemente unirse los 1,000 á los otros 5,000 pesos, y del total de los 6,000 sacar el tercio y quinto, y esto es lo que le pertenece llevar. Despues de sacados el tercio y quinto de este modo, deben agregarse los otros 2,000 de la donacion por causa, porque estos no se entienden mejora, y porque de ellos tampoco debe salir esta; y hé aqui en la donacion por causa el caso de la *ley* 25 *de Toro*. Que este sea el único modo verdadero de sacar estas mejoras, pruébase convincentemente por el siguiente raciocinio. El mejorado y donatario puede llevar solo el tercio y quinto de los bienes del padre, contando en ellos la donacion, y no esta, y ademas el tercio y quinto segun la *ley* 26. Si es cierto que no puede llevar mas que estas cuotas, no lo es menos que tiene derecho á ellas sin descontar el valor de la donacion, porque este se lo tenia donado el padre, y la ley está muy lejos de privarle de él; solo le manda llevarlo como parte del tercio y quinto. Es asi que llevando la donacion sin agregarla al demas caudal, y ademas el tercio y quinto de los 5,000 pesos, incurrimos en el primer escollo, y no la agregando, como hice, en el segundo; es por lo mismo consecuencia legítima que solo del modo espuesto pueden conciliarse los de-

rechos del mejorado, y de los demas hermanos. Veamos ahora si este modo de sacar la mejora, dictado por la *ley* 26, es ó no conforme á *las* 23 y 25. Dice la primera, que aquella se compute por el valor de los bienes á la hora de la muerte: asi lo hice, pues yo giré la cuenta solo sobre los 5,000 pesos existentes á esta. Se dirá que hice cuenta con la donacion simple; pero ¿cómo no habia de hacerla si esta formaba parte de la misma mejora? *La* 25 manda que no se saque esta de las donaciones que traen á colacion y particion; tampoco la saqué, pues en primer lugar las donaciones simples siendo mejora no son de las que se traen á colacion, como veremos §. *sig.*; y en segundo, yo no saqué de ella la mejora, si no que hice lo que debia, esto es, la consideré la misma mejora. En la donacion por causa sí que tiene lugar lo dispuesto por estas dos leyes, por eso observé con ella tan distinto órden. Pudiera discurrir mas sobre este punto, que despues ví tratado estensamente en Febrero, en el *tan cit. lib.* 2, *cap.* 3, *del núm.* 148 *al* 167. Pero concluyo con la siguiente observacion. Que la causa del modo errado que tiene el Sr. Sala de girar la cuenta en el caso propuesto, consiste en no haber reparado bien que la *ley* 25 *de Toro*, en lo que dice, habla y tiene lugar cuando precedieron á la mejora donaciones por causa, no cuando precedieron donaciones de las que segun la *ley* 26 deben entenderse mejoras. Déjase conocer la verdad de esto con solo reflexionar, que entendiéndose de unas y otras la *ley* 25, destrúyese *la* 26, y no habria diferencia entre las donaciones de esta, y las de que habla *la* 29. Asi es que siento como principio: cuando se trate en una division de herencia de donaciones por causa, de las que no se entienden mejoras, gírase la cuenta como dije enseña el Sr. Sala; cuando de donaciones, que son verdaderas mejoras, del modo esplicado.

En el caso que acabo de proponer y esplicar, supuse que el mejorado en tercio y quinto fuera el mismo hijo á quien antes se hiciera la donacion. Si fuese uno el donatario, y otro el mejorado, la cuenta se gira del mismo modo; pues este tiene que ser siempre uno, porque las leyes son unas mismas, y no distinguen de casos; sin mas diferencia que en el segundo, del valor del tercio y quinto se rebaja el de la donacion que

lleva por entero el favorecido con ella, quedando al otro el resíduo. Si no hubiere mas que donaciones de las que se entienden mejoras, la cuenta se hace tambien lo mismo por la razon propuesta, para saber si caben en el tercio y quinto, y cabiendo, cada donatario lleva la suya, sufriendo de lo contrario la rebaja que quepa en ley.

Núm. 9. *De los frutos de las mejoras.* Obsérvase en nuestras leyes sobre este punto el mismo silencio que en otros muchos; cuya omision han procurado suplir los autores. Entre ellos Matienzo, en la *ley* 4, *glos.* 3, *núm.* 4 y *sig.*, *tit.* 6, *lib.* 5, *Nov. Rec.*, y Febrero, *lib.* 2 *cit.*, *cap.* 2, §. 4, sientan varias conclusiones sobre la pertenencia de frutos de las mejoras, dignas de tener en consideracion. Para la perpétua inteligencia de esta doctrina conceptúa necesario distinguir el caso en que el mejorado está en la patria potestad, del en que no. En el primero, tal vez erraré, pero yo creo que los frutos de la mejora pertenecen siempre al padre, por ser frutos de peculio adventicio. Si está libre de patria potestad, serán del hijo los frutos de la mejora, cuando por habérsele entregado adquirió el dominio de ella; pues parece lo mas regular que la cosa fructifique para su poseedor y dueño; y tal, por otra parte, parece ser la voluntad del padre mejorante y tradente. Esto mismo afirman los citados autores cuando la mejora se hizo por causa onerosa con tercero, aunque no mediase tradicion, y para esplicarse en términos mas generales y comprensivos de uno y otro caso, pudieran decir siempre, que la mejora es irrevocable. No me opondré á esto; mas debo confesar que no veo tan clara y demostrativa la razon en este caso, como en el de que se entregase la mejora, porque si bien es cierto que esta es irrevocable, no lo es menos que la irrevocabilidad no hace que tenga de ser efectiva, y llevarla el mejorado desde el momento que fué hecha. Asi con arreglo á esto diré, que en el caso de no entregarse la mejora, fuese esta hecha ó no con tercero, debe estarse en cuanto á sus frutos á lo que se hubiese pactado; y si nada se pactó, en mi concepto solo se deben al mejorado desde la muerte del mejorante. Febrero, *ley cit.*, *núm.* 123, pretende sostener, que no se deben á aquel los frutos de la mejora desde la muerte del mejorante, sino desde que se par-

tió la herencia, y entregó aquella, cuando la mejora no consiste en cosa cierta, si no en tanta ó cuanta parte de herencia en general; pero no veo entre cuantas pone, una razon sólida para que el mejorado no perciba los frutos correspondientes á la parte de su mejora, pues desde el obito del mejorante, tan dueño es él de esta, como los demas herederos de su parte de herencia. Solo creo pueda tener lugar la opinion de Febrero en el caso de que estos estuviesen poseyendo y disfrutando los bienes de la mejora sin saber esto; entonces harán los frutos suyos mientras el mejorado no la pida, pero no por la razon que quiere aquel autor, sino por la que dije en el *núm.* 13, §. 2, *tit.* 1, *lib.* 2, hablando del poseedor de buena fé.

Todo lo que va dicho entiéndese tanto que hubiese hecho la mejora el padre, como la madre ó abuelos paternos, pues aunque en algunos de estos casos parece que aquella debe ser peculio profecticio, y de consiguiente del padre en propiedad y usufructo, no puede ser así. De lo contrario no habria mejora; cosa repugnante á todas luces.

Debo advertir, que los frutos pendientes á la muerte del mejorante no pertenecen al mejorado, como parece indica el principio de que los frutos son parte de la cosa, sino que los debe aquel tomar á cuenta por aumentar el valor de la mejora. De lo contrario saldria mejorado mas que en el tercio, ó quinto, ó valor que le hubiesen donado. Los percibidos y nacidos despues del obito del mejorante, ya dije que eran suyos segun el valor de la mejora.

Núm. 10. *Resúmen de este* §. 1. Por lo en él esplicado sabemos, qué parte de bienes son legítima de los ascendientes, y descendientes respectivamente, que sea mejora, y en cuanto pueden mejorar unos á otros, *núm.* 1.: por el 2, que pueden usar de esta facultad todos los ascendientes; pero las madres, mientras vive el marido, si bien es cierto que pueden, es cierto que pueden tambien hacerlo por última voluntad aun sin su licencia, pero es mas dudoso, si se trata de mejorar por contrato entre vivos, y mas aun siendo la mejora irrevocable; que pueden ser mejorados todos los descendientes, y aunque estos provengan de un hijo único, no asi cuando hay un solo descendiente; pero esta regla general padece una notable escepcion,

pues las hijas no pueden ser mejoradas por causa de dote ó matrimonio; en cuya prohibicion se debe entender incluido el pacto de no mejorar á otros hermanos, hecho por aquella causa en favor de sola la hija, no si fué hecho en el de todos aquellos, y comprendidos todos los ascendientes que tienen herederos forzosos, sean padres, abuelos, y madres legítimas ó naturales: en el *núm.* 3 vimos, que por regla general no hay caso alguno en que los padres estén obligados á mejorar, ni en que deban dejar de hacerlo; pero que pueden privarse de esta libertad, prometiendo uno y otro á sus hijos; qué circunstancias deben reunir estas promesas para ser obligatorias; que por la hecha á favor de un solo hijo no se priva en un todo de poder mejorar á otro; y que en los mismos casos en que no puede mejorar á estos, tampoco podrá á los nietos: en *el* 4, en qué términos pueden hacerse las mejoras, y qué valor tienen segun los diversos que se usasen; que pueden resultar algunos hijos mejorados tácitamente, y que entre estas mejoras tácitas son dignas de tenerse muy presentes las de que habla la *le y de Toro*, y resultan cuando un padre hizo alguna donacion á un hijo, no porque este la necesitase, sino por puro cariño; que aunque la *ley* 29, parece decir lo contrario, no es asi, pues habla de las otras donaciones hechas por satisfacer alguna urgencia de aquel, y á cuenta de la legítima; que el patrimonio eclesiástico pertenece á estas últimas; y que los padres pueden señalar las mejoras en la cosa que les agrade, pero no cometer esta facultad *ni al mejorado*, ni á otra persona: por lo esplicado en *el* 5, sabemos, que las mejoras, sean del tercio ó del quinto, dejadas por testamento ó última voluntad, son siempre revocables; pueden sin embargo en estos instrumentos ser dejadas por donacion ó contrato entre vivos, y entonces serán por supuesto irrevocables en los mismos tres casos que lo es la del tercio, y en el único en que la del quinto, que son constituidas en ellos; que de estos casos se esceptúan dos en que pueden revocarse; que cuando adquiere mas bienes el que tenia hecha mejora irrevocable, se estiende esta irrevocablemente á la parte correspondiente á los nuevamente adquiridos, no espresando el mejorante lo contrario antes ó al constituir la mejora irrevocable; que esta no se entiende revocada y anulada en un

todo por la supernascencia de hijos, pero que esta presta causa legítima para revocar aun la irrevocable: *por el núm.* 6, que los mejorados pueden aceptar la mejora, y repudiar la herencia, pero pagando á prorata las deudas de su causante; que sobre el tercio hoy puede imponerse solo el gravámen de restitucion, pero que este no puede ser perpétuo; y sobre el quinto por el contrario, no siendo el de amortizacion, pueden los ascendientes cargar cualquier otro, lo mismo que los descendientes sobre el tercio de sus bienes, cuando no teniendo sucesion legítima tienen ascendientes; mas tambien debieran cargar sobre ellos los gastos de legados y funerarios; que cuando se manda pagar estos al mejorado en el tercio, está solo obligado á gastar el importe del quinto, y quién debe pagarlos cuando un padre legó un quinto en vida, y otro en muerte: *por el* 7 sabemos, que la mejora del quinto debe sacarse antes que la del tercio, á no disponer el testador lo contrario, aunque esta fuese irrevocable; que para hacer la debida deduccion de las mejoras debe tenerse presente el valor de los bienes al tiempo de la muerte del mejorante, sea la mejora revocable ó irrevocable; que no deben sacarse nunca de las donaciones *propter nuptias*, y demas que los otros hijos traen á colacion, cuando estas fueron dadas con anterioridad á aquellas; pero se sacarán siendo posteriores y la mejora anterior irrevocable, ó aunque sea revocable, si al hacer las tales dotes ó donaciones lo espresa el padre asi; que no puede admitirse la opinion del Sr. Llamas sobre este punto; y que las mejoras deben pagarse en los bienes señalados, si lo fueron algunos, ó si no en otros de la herencia: de todo lo dicho *en el* 8 resulta el modo con que debe girarse la cuenta de deduccion de las mejoras, cuando á algunos hijos fueron hechas donaciones de las que dije que se entienden como mejoras, y cómo, cuando aquellas son de otra clase: y del 9, los casos en que hace suyos los frutos de la mejora el mejorado.

§. II.

De las Colaciones.

Número 1. *Qué es colacion.* Despues de haber hablado de los peculios y alimentos de las dotes, donaciones *propter nuptias*, arras y demas donaciones, y de las herencias, y desheredaciones, puede decirse que con lo esplicado en el anterior §. sobre las mejoras, se concluyó de presentar y poner á la vista cuanto debe tenerse presente para saber cuales son las obligaciones y derechos, respecto de padres é hijos, qué es lo que pueden y suelen dar á estos, qué parte de la herencia de aquellos pueden y deben percibir los hijos; y por consiguiente como habrá de dividirse entre ellos la herencia de un padre comun. Pero para esto aun falta examinar las dudas que puede haber sobre si los hijos deben colacionar ciertos gastos que los padres hayan hecho con ellos, y otras muchas cosas que vimos que pudieron haber recibido de aquellos por tantos títulos. Como todas quedan esplicadas en los anteriores tratados, por lo en ellos dicho hemos de resolver las dudas que ocurran. Y hé aquí los motivos porque coloca en este lugar la materia de colaciones, que deben mas bien considerarse como un apéndice del §. anterior, que tratado aparte.

Yo defino la colacion, la aglomeracion ó acumulacion de ciertos bienes que deben hacer los hijos á la masa comun del caudal paterno ó materno, para dividirlo con igualdad entre todos ellos. Esta definicion que puede verse en iguales ó semejantes términos en Febrero, *lib.* 2, *cap.* 3, §. 1, en Escriche, *pal. colacion*, y en otros, no está muy conforme con la doctrina del Sr. Llamas Molina, en su *coment. á la ley* 29 *de Toro.* Pero en mi concepto toda la divergencia de este autor, consiste en no hacer la debida distincion entre la colacion y la computacion; cosas para mí muy distintas. Para esplicar qué entiendo por una, y qué por otra, necesito, anticipando parte de la doctrina del número siguiente, discurrir sobre la diferencia que haya de la computacion que se debe hacer de

las mejoras, á la colacion que se hace de las dotes, donaciones *propter nuptias*, y demas de esta clase. Diga lo que quiera el Sr. Llamas, *en dicha ley* 29, las primeras no se traen por los hijos á colacion, si no á computacion; y lo que tuvieren recibido á cuenta de legítima, como dotes y donaciones *propter nuptias*, se puede traer á colacion y á computacion. A esta se la traerá siempre como las mejoras; á colacion solo en dos casos: el uno es cuando son escesivas, en la parte que lo fueren, bien que en esto tambien las mejoras se traen á colacion: el otro, cuando no se quieren contentar con ellas, y llevarlas como legítima los que las tienen: me esplicaré. Llamas *de los* 161 *números* en que divide el comentario de la *ley* 29, 100 seguramente los consagra en decir, qué es lo que los romanos entendian por colacion, y en sostener lides bien infructuosas con los comentadores que le precedieron en igual manía. Dejando como siempre aparte el Derecho Romano, me fijo tan solo en la *ley* 29 *de Toro*. ¿Y qué es colacion segun esta? es, como dije, la aglomeracion de ciertos bienes á la masa comun del caudal que debe partirse entre todos los hijos. ¿Y están sujetas las mejoras á esta aglomeracion y particion? No: con las mejoras nada mas se hace que computarlas y regularlas con los demas bienes para ver si esceden ó no del tercio y quinto. Diráse que este acto que yo denomino computacion y regulacion no es otra cosa que la colacion: á lo que contestaré que lo será en Derecho Romano, pero no atendida la *ley* 5, *tit.* 3, *lib.* 10, *Nov. Rec.* (29 de Toro); lo que pruebo con el mismo argumento que forma Llamas, *núm.* 91, en apoyo de su opinion. Dice que la diferencia que constituye la colacion, no consiste en que lo que se colacione haya de dividirse y partirse entre los coherederos, porque las dotes y donaciones *propter nuptias*, cuando quieren los que las tienen, no se dividen con los demas bienes, si no que se quedan con ellas en lo que no escede de la legítima, y no obstante se traen á colacion segun la *ley* 29. Es ageno de verdad que las donaciones y dotes se traigan á colacion en este caso, antes bien de dicha ley se infiere todo lo contrario. Dice esta, que los hijos sean obligados á traer á colacion y particion la dote y donacion *propter nuptias*, y las otras donaciones que hubiesen recibido de aquel cuyos

bienes llegan á heredar. Pero que si quieren apartarse de la herencia lo pueden hacer; salvo si la tal dote y donaciones fueren inoficiosas, que en este caso en la parte en que lo son están obligados á tornarlas á los otros herederos para que la partan entre sí. ¿Quién no ve que la ley exime en este caso de colacionar las dotes y donaciones? luego, segun ella, colacion no es otra cosa que traer á particion. No me dilato mas en esta cuestion, en sí demasiado obscura, por ser casi del todo inútil; pues siempre resulta que los hijos no pueden llevar de la herencia paterna mas que su legítima y el tercio y quinto si fueron mejorados en ellos: que para saber si llevan ó no mas, debe hacerse la correspondiente valuacion de todos los bienes: y que esta valuacion puede hacerse reuniendo materialmente todo el caudal para despues partirlo, á cuya reunion llamo yo verdadera colacion; ó solo regulando su valor, á que llamo computacion: y que el hacer la valuacion, ya de un modo, ya de otro, depende de lo que los padres dispusieron, y en su defecto, de la voluntad de sus hijos dotados, y de los mejorados, pues las *dichas leyes* 5, *tit.* 3, y 5 *tit.* 6, *lib.* 10, *Nov. Rec.* (29 y 21 de Toro) dejan esto á su eleccion en unos y otros.

Núm. 2. *Entre qué personas tiene lugar la colacion.* Lo que tengo que decir acerca de las personas entre quienes tiene lugar la colacion, está comprendido y fundado en el indudable y sencillo principio de que todos aquellos, que han recibido de uno que tuviese herederos forzosos algo mas de lo que podia dejárseles, están obligadas á traerlo á colacion. De aqui es que no solo debe haber colacion, segun los casos que abajo espresaré, entre los hijos y descendientes legítimos, ó legitimados que segun el título anterior vimos, son herederos forzosos, sino entre los naturales y espúreos respecto de la madre: de aqui es tambien que debe haberla entre los ascendientes, digan lo que quieran Gomez, en la *ley* 29, *núm.* 9, y Febrero, 2 *part.*, *lib.* 2, *cap.* 3, *núm.* 19; y de aqui que no se dá colacion entre los colaterales y herederos estraños, á no ser que el testador espresase otra cosa.

De los dichos, solo de los ascendientes se pone en duda si estarán ó no obligados á colacionar entre sí. Por lo mismo

veamos cuanto hay en esta duda de contrario á los principios de nuestras leyes, espuestos en los títulos anteriores. Me parece muy sentada la proposicion de Febrero, *lug. cit.*, de que los ascendientes no están obligados á colacionar ó imputar en su legítima, (espresion para mí muy propia, por mas que quiera decirse que entre aquellos no hay legítima) cualquiera donacion que los hijos ó descendientes les hubiesen hecho; porque las donaciones que estos hacen á aquellos no deben suponerse dadas á cuenta de la legítima, por no acostumbrarse ni estar obligados los hijos á anticipársela, ni dar nada á cuenta de ella á sus padres, como vimos que lo hacen estos á ellos. Pero, si estas donaciones ó legados, que un hijo deja á un ascendiente mas que á los otros, esceden de la parte de bienes en que debia forzosamente heredarle, y del tercio de que aquel podia disponer á su arbitrio, ¿quién pondrá en duda que el ascendiente debe colacionar el esceso de tales cuotas para partirlo con el otro? Creeré que nadie que considere que las dos terceras partes de los bienes de los descendientes son tan de sus ascendientes, como las cuatro quintas de los de estos lo son de aquellos.

Dije que la colacion tiene lugar no solo entre los hijos, sino entre los demas descendientes, pero esto necesita esplicacion, pues hay casos en que los nietos están obligados á colacionar lo que sus padres recibieron de los abuelos, y puede haberlos en que los padres deban colacionar los recibidos por sus hijos de aquellos, y otros en que no; los que no dejan de ser algo complicados. Con respecto á los primeros digo, que los nietos, muertos sus padres, están obligados á traer á colacion las dotes, donaciones *propter nuptias*, y demas cosas, que luego veremos son colacionables, hechas á estos cuando á la muerte de los abuelos traten de dividir su herencia con sus tios, por pasar á los herederos el derecho de conferir tanto activa como pasivamente. En cuanto á las donaciones hechas por los abuelos á los nietos diré, que si el abuelo hizo una donacion por causa como dote, ó *propter nuptias* á alguno, muerto el abuelo, estará obligado el padre á colacionarla al partir su herencia, y despues su hijo con sus hermanos, si la hizo con su consentimiento, ó en las cosas en que el padre es-

taba obligado á hacerla, espresando la hacia en su nombre; por suponerse en estos casos hecha principalmente al padre. Mas no asi, faltando estas circunstancias; la razon es, porque adquiriendo el nieto la donacion sin lucro del padre, este no puede ser defraudado en su legítima; y así se imputará en el tercio y quinto, en que el abuelo pudo mejorarle. Pero ¿supongamos que este manda despues que se colacione? En este caso, si la donacion era revocable deberá hacerse segun mande el donante, ó sino entenderla revocada. Mas, si por haber mediado la tradicion ú otra causa, se constituyó mejora irrevocable, claro es que no tendrá lugar la nueva disposicion del abuelo. Puede verse esto, aunque esplicado de otro modo, en los Señores Posadilla y Gomez, *ley* 29, *núm.* 41, y Febrero, *d. cap.* 3, *números* 100 y 101.

Núm. 3. *Qué cosas deben traerse á colacion, y cuáles no.* Instituida la colacion para hacer que se guarde la debida igualdad entre las legítimas de los hijos ó herederos forzosos, debe establecerse como principio, que estos están obligados á colacionar lo que hubiesen recibido á cuenta de la legítima y cuanto recibiesen ascendiendo de lo que podía dejarles la persona á quien suceden. De este principio se deduce otro: que no deben colacionarse las mejoras. Pero téngase presente que, como espresé en el *núm. anter.*, si los hijos, contentándose con lo que recibieron, se quisiesen apartar de la herencia, lo podrán hacer; mas será con obligacion de computar lo recibido en legítima, y de restituir y tornar á los demas herederos cuanto esceda de esta; *ley* 5, *tit.* 3, *lib.* 10, *Nov. Rec.* (29 de Toro).

En el principio que acabo de sentar tenemos puesto en claro qué cosas estarán obligadas á colacionar los hijos. Asi diremos, que deben colacionarse todas las donaciones, que vimos en el *núm.* 4 *del* §. *ant.*, supónense hechas á cuenta de la legítima; y no las que lo fueron como mejora, cuales son las dichas donaciones simples y remuneratorias, á no ser que el padre esprese otra cosa al hacerlas. Y nótense bien estas últimas palabras; pues aunque mande despues de haberlas hecho que se traigan á colacion con la legítima, no se hará, antes bien se computarán en el tercio y quinto, si las tales donaciones

simples son de las irrevocables. En el primer caso están por lo regular las dotes, donaciones *propter nuptias*, las esponsalicias, el dote que se dá á las religiosas al profesar, y sus demas gastos, y otras de esta naturaleza: Gomez, *d. ley* 29, *núm.* 12 y *sig.*, y Febrero, *d. cap.* 3, §. 2. Por la misma razon colacionará ó computará tambien un hijo en su legítima las arras, joyas, y demas cosas que los suegros dan á las novias cuando aquellos se casan, por ser dadas en su nombre y participar de la condicion de lo demas que llevan cuando se casan: á no ser que el padre esprese que se lo dá graciosamente, pues entonces dicen algunos, (véanse Gomez, *núm.* 15, y Posadilla) que si es una donacion moderada se entiende como hecha á un estraño, y si escesiva, la reputan mejora hecha al hijo. Los gastos de lucimiento que se hacen en las bodas, como comidas, refrescos, &c., dice Febrero, *d.* §. 2, *núm.* 53, que no deben colacionarlos los hijos, sino ser de cuenta de los padres como gastos de honor; lo que es muy justo, y sería practicable, si no pareciera estar en contradiccion con la *ley* 8, *tit.* 3, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, que indica lo contrario, por cortar los escesos que en esto se veian con escándalo.

Deben asimismo los hijos llevar á colacion y particion el peculio profecticio que tuvieren, *ley* 3, *tit.* 15, *P.* 6, por ser propiedad del padre; pero no, por la razon contraria, el castrense ó cuasi-castrense, ni el adventicio; los cuales les quedan libres para sí, sin derecho alguno en sus hermanos á ellos, *ley* 5, *d. tit.* 15. Al hablar de esto entra Febrero, *d.* §. 2, *núm.* 87 y *sig.*, en varias cuestiones, sobre qué cosas pertenecen á estos peculios, las cuales dejo tratadas en el *tit.* 3, *lib.* 1, §. 2. Por lo mismo dejándolas á un lado, paso á proponer la que se agita sobre si debe colacionar el hijo los frutos del peculio adventicio que el padre le dejó recoger en su vida. Los que dicen que sí, se fundan en que son propiedad del padre y de su patrimonio; razon poderosa verdaderamente. Pero debe observarse que hoy apenas se verá nunca, por llevarle los hijos salidos que son de la patria potestad, y porque nunca los padres se lo conceden mientras están en ella. Mas si llegase á verse este caso, siempre se estará á lo que se trate entre padre é hijo, siendo conforme á derecho; y si nada se trata, lo que esceda de los

alimentos lo imputará en mejora ó legítima, segun sea donacion simple ó por causa.

De los frutos de las dotes y donaciones *propter nuptias* debo decir, que si no son inoficiosas, ó si aunque lo sean son de la parte en que no lo son, ninguno se colacionará por hacerlos suyos el dotado: que aun siendo inoficiosas, tampoco se colacionarán los percibidos durante la vida del donante, por haber sido dados como alimentos para soportar las cargas del matrimonio: en cuanto á los percibidos, correspondientes á la parte inoficiosa despues de la muerte de aquel, digo que, siendo poseedor de buena fé de ellos, hasta que se le hace saber que la dote y donaciones eran inoficiosas, hará suyos los industriales, y no los naturales y civiles, con arreglo á lo dicho del que posee con buena fé en el *tit.* 1, *núm.* 13, §. 2. Véase á Escriche, *pal. colaciones*, y Febrero, *d. cap.* 3, *núms.* 131 y 32. Los frutos de las mejoras ya vimos en el *núm.* 9, §. *ant.*, cuando los hace ó no suyos el mejorado; y en los de la parte que fueron inoficiosas, se observará lo mismo que en las dotes y demas donaciones.

¿Y deben traerse á colacion las mejoras ó pérdidas que hubiesen recibido las cosas colacionables? Los citados Escriche y Febrero, *núm.* 121 y *sig.* dicen, que si son cosas inmuebles y se dieron apreciadas con apreciacion que causa venta, no se colacionarán nunca; si no, se colacionarán las mejoras debidas á la naturaleza, pero no las procedentes de la industria ó trabajo. En los bienes muebles, semovientes ó consistentes en número, peso ó medida, si se apreciaron, se colacionará el valor en que lo fueron, tengan mejoras ó pérdidas al tiempo de la muerte del mejorante ó donante; si no se apreciaron, colacionaránse segun se hallen á esta. Si los bienes colacionables se perdieron, ó destruyeron por dolo ó culpa del que los tenia, los colacionará segun su valor al tiempo que se le entregaron; si por acaso, nada colacionará de las pérdidas. No dejan de estar fundadas en la equidad todas estas proposiciones; pues si es justo que en el último caso las pérdidas pesen sobre todo el caudal, por la misma razon deben ser suyas las mejoras en el primero.

Núm. 4. *Si son colacionables los gastos hechos en dar*

carrera á los hijos, y otros. Las *leyes* 3, *tit.* 4, *P.* 5, 5, *tit.* 15, *P.* 6, dicen, que se quedan para solo el hijo sin obligacion de llevarlo á colacion lo que el padre hubiere gastado en darle estudios ó armarle caballero, y los libros que le dió para aprender alguna ciencia. Son muy varios los comentarios que hacen los autores á estas leyes: unos quieren que aunque no los colacionen en legítima, los imputen en mejora del tercio y quinto; otros que ni aun en estas, y por lo mismo que deben pagarse tales gastos del comun de la herencia, y que puede un hijo ser mejorado sobre lo que el padre haya gastado en darle carrera. Véanse los Sres. Sala, *tit.* 6, *núms.* 11 y 12, que defiende acérrimamente esta última opinion: Febrero, *d. cap.* 3, *núm.* 77, Gomez, *ley* 29, Matienzo, *ley* 3, *tit.* 8, *lib.* 3, *Nov. Rec.*, y otros.

No me parece demasiado sentada esta opinion estrema del Sr. Sala, ni otras que esplayan los autores; por lo que paso á proponer lo que en esta materia, que puede ser tan práctica, contemplo mas arreglado á nuestras leyes. En primer lugar creo, que lo dispuesto por las dichas de Partida debe limitarse á cuando los padres no mandan otra cosa; y por lo mismo que deberán colacionar los hijos los tales gastos, siempre que aquellos quieran que los tomen á cuenta de su legítima, ya digan esto al tiempo de hacerlos, ya despues. No hay razon alguna que dicte otra cosa en este caso no comprendido en *dichas leyes de Partida.* Por el contrario, no discurriendo asi, incidiríase en el absurdo de que los padres están obligados á dar tales carreras á sus hijos á cuenta de los bienes suyos y no de la legítima de estos, y á cuenta de los intereses de los otros hijos. No falta, empero, quien sostenga, que si el padre no protestó al tiempo de abonar dichos gastos, aunque despues lo haga, no basta: y se funda, en que la mejora despues de entregada la posesion es irrevocable. Razon fútil, pues lo primero que se niega es que sea mejora una donacion por causa; y segundo, que haya ni aun esta, pues el padre solo se los anticipó sin espresar si se los donaba ó eran á cuenta de la legítima. Segun esto, solo cuando el padre diga que le dona lo gastado en el estudio, ó si se lo tuviese donado ya, podrá decirse que lo hizo suyo irrevocablemente el hijo, y que es mejorado en ello.

Si el padre no dijo nada, ó si le hiciera antes una donacion para ir al estudio, (entiéndase lo mismo de los otros gastos de esta clase) lo que gastase en dicha donacion lo imputará, no en legítima, no obstante que sea donacion por causa, si no en mejora de tercio y quinto, y últimamente en legítima, en consideracion á lo dispuesto por las *citadas leyes* 3 y 5. Si escede de estas cuotas restituirá el esceso; pues ningun hijo por razon alguna puede obtener mas porcion. Esta razon destruye la opinion de Sala, pues aunque la *ley* 3 *d.* estuviera terminante en su apoyo, lo que se niega, deberia entenderse derogada en esto por la legislacion de Toro. La razon alegada por algunos de ser peculio cuasi-castrense, solo en el último caso puede tener lugar; puesto que, cuando el padre no le quiere trasladar el dominio, mal se puede decir haya peculio.

De los doctorados, y demas grados de universidad ú otras dignidades, que no tienen salario ni otros frutos civiles, dice el Sr. Sala lo mismo que de los demas gastos de estudio, por no contemplarlas en manera alguna lucrativas, sino como cargas de honor. Yo por el contrario, las contemplo en lo general muy lucrativas, y nunca como cargas, y lo mismo hará cualquiera que reflexione un poco. Asi digo, que si bien entre personas de distincion dicta el honor y su decoro no se haga caso de gastos, que en lo regular suponen muy poco, con lo comun de las personas que se dedican á las carreras literarias y militar en los grados de doctorado y otros, debe observarse lo dicho de los otros gastos.

Se duda tambien si se deberá colacionar lo gastado por adquirir órden sagrado, en patrimonio eclesiástico, por delitos, y otras cosas semejantes, que pueden verse en Gomez. *d. ley* 29, Matienzo, *d. ley* 3, y Febrero, 2 *part.*, *d. lib.* 2, *cap.* 2 y 3. Yo me contento con decir que se esté á la voluntad de los padres, ó ignorada, á la regla tantas veces repetida de las donaciones simples ó por causa.

Núm. 5. *A qué tiempo se debe atender para hacer la colacion.* Puede interesarse mucho la igualdad que debe haber entre las legítimas de los hijos de colacionar las cosas que recibieron de sus padres, atendido el valor de los bienes de estos al tiempo en que las dieron á aquellos; ó al valor que

tengan á la hora de su muerte. En el §. *antec.* ya vimos, que la *ley* 7, *tit.* 6, *lib.* 10, *Nov. Rec.* (23 de Toro) ordena, que las mejoras se regulen segun este último: y lo mismo dispone la *ley* 5 *al fin*, *tit.* 3, *d. lib.* 10, (29 de Toro) de las otras donaciones que se hacen á los hijos, por aquellas sus palabras de que para decirse estas inoficiosas se haya consideracion á lo que valieren los bienes del donante al tiempo de su muerte.

Hace escepcion esta ley con las dotes, y manda, que para decirse inoficiosas se atienda al valor que tengan los bienes del que las dió ó prometió, ya al tiempo de constituirla, ya al de su muerte, segun escogieren las mismas personas dotadas. Es muy agitada la cuestion de si esta disposicion de la *ley* 29, fué ó debe entenderse derogada por la *ley* 6, *d. tit.* 3, que segun vimos en el §. *anterior*, prohibe mejorar por via de dote á las hijas, tácita ni espresamente por ninguna manera de contrato entre vivos. Los Sres. Sala en este *tit.* 6, *núm.* 7, y Escriche, *palabra dotes*, sientan la disposicion de la *ley* 29, sin mentar esta duda, que puede verse entre otros en Posadilla, en *su comentario*, y en Febrero, *d. lib.* 2, *cap.* 2, *núm.* 90, quienes siguen la contraria opinion. Es verdaderamente grande esta duda, en que, sin que pretenda decidirla, me parece mejor la opinion de los dos primeros autores, aunque no presentan las razones en que se fundan, al paso que Febrero y Posadilla esplayan las suyas.

Como esta cuestion está en saber si la *ley* 6 *del tit.* 3, deroga *la* 5, en esta parte, todas las razones que no se dirijan á este objeto, son impertinentes. Por lo mismo, omitiendo contestar algunas de congruencia presentadas por Febrero, y discurrir sobre otras, con que pudiera apoyar la opinion de Sala, digo que en mi concepto la *ley* 6 no deroga en nada *la* 5, ni espresamente, como se deja ver con solo leerla, ni tácitamente, como pruebo. ¿Qué es lo que prohibe aquella? que los padres, al dotar á sus hijas, las mejoren, ya por medio de una mejora espresa, ya por una tácita, ó en otros términos, simulada. Por esta razon me opuse en el §. *antecedente* á que sea válido el pacto de no mejorar por ninguna manera de contrato entre vivos. ¿Y es mejorada en contrato alguno entre vivos por su padre la hija, en el caso en cuestion, por solo aprovecharse del

beneficio de la *ley* 29? Ciertamente que no. El padre por darle en dote su legítima atendido al valor de los bienes que tiene cuando se lo da, no le mejora en modo alguno. Pero se dice, que resulta, ó puede resultar tácitamente mejorada. No negaré que suceda asi en algunos casos; pero ¿qué se deduce de ahi? ¿resulta por ventura mejorada tácita ni espresamente por su padre? No: su mejora nace del beneficio que la *ley* 29 le dispensa. ¿Y es esta la mejora, que ataca la *ley* 6? Yo creo que sus palabras, que espuse con rigurosa exactitud, no lo hacen. Veamos si tal vez se opone á ella su razon y espíritu. ¿Qué razones motivaron la disposicion de la *ley* 6? Ella misma nos las presenta: el cortar los escesos á que los padres se entregaban por casar bien algunas hijas, con perjuicio de sus demas hijos. ¿Y en qué están los escesos de los padres en el caso en cuestion? No los veo.

Núm. 6. *Resúmen de este* §. 2. Por su *núm.* 1 sabemos, qué es colacion, y en qué se diferencia de la computacion: por *el* 2, que tiene lugar entre todos los herederos forzosos, sean descendientes ó ascendientes; los casos en que estos están obligados á colacionar y en cuales no; y los en que lo están los nietos á traer á colacion lo recibido de sus abuelos tanto por ellos como por sus padres, con los casos en que estos deben ó no colacionar lo donado á sus hijos por su padre y abuelo respectivo: en el *núm.* 3 vimos, que por regla general, lo que se trae á colacion es lo recibido por los herederos forzosos de uno á cuenta de la legítima, y no lo que como mejora; que por lo mismo deben colacionarse las dotes, donaciones *propter nuptias*, y otras cosas alli especificadas; que en igual caso está el peculio profecticio, pero no asi los otros tres; cuándo estará obligado á colacionar los frutos del adventicio, y los de las dotes, mejoras, y demas donaciones, que hubiese percibido en vida de aquel á quien sucede; y cuándo las mejoras ó pérdidas que en su poder tuviesen las cosas colacionables: por *el* 4 sabemos, que los hijos no están obligados á colacionar lo gastado en sus carreras científica ó militar, á no ser que el padre, ya al ponerlos en ellas, ya despues, esprese que se lo dá por cuenta de su legítima; que esta declaracion del padre deberá observarse aunque la haga mucho despues de estar hechos los gas-

tos, escepto en el caso de que le donase lo gastado, ó le tuviese hecho antes alguna donacion con este objeto, pues entonces como consumido lo hizo suyo irrevocablemente el hijo; que cuando el padre nada espresa, siempre deben tenerse tales gastos como mejora; que lo dicho de ellos debe estenderse á los de los doctorados, y demas grados de la carrera científica ó militar; y cuándo debe ó no colacionarse lo gastado para recibir órden sagrada, ó por delitos, dignidades, y demas cosas de igual naturaleza: y por último, sabemos por *el* 5, que la colacion debe arreglarse al valor que tengan los bienes de aquel á quien se sucede á la hora de su muerte, esceptuando la dote que se da á las hijas, en que pueden estas escoger el tiempo en que se les dió ó el dicho de la muerte segun la opinion mas probable.

§. III.

Legados, Fideicomisos, y Cuartas Falcidia y Trebeliánica.

Núm. 1. *Qué es legado; por quiénes, y á quiénes se puede legar; y qué se requiere para que sea válido.* El nombre general de *mandas*, de las que trata el *tit.* 9 *de la Partida* 6, comprende en nuestras leyes á lo que, hablando con separacion, llamamos legados y fideicomisos particulares ó singulares, cuyos efectos ya fueron igualados por Justiniano en las leyes romanas. Dejó sin embargo alguna muy leve diferencia, y siempre quedó, que una cosa fuese legado y otra fideicomiso. Hablaremos nosotros con esta separacion, llamando *legados* á las mandas que deja el testador con palabras directas; porque con efecto está mucho mas recibido en el uso el nombre *legado* que el de *manda*.

La *ley* 1 *de d. tit.* 9 dice, que esta es «una manera de »donacion que deja el testador en testamento *ó en codicilo á* »*alguno por amor de Dios ó de su alma*, ó por facer algo á »aquel á quien deja la manda." Con arreglo á esta definicion divide Febrero, 2.ª *part.*, *lib.* 2, *cap.* 6, §. 1, *núm.* 2, las mandas en forzosas y voluntarias. Las primeras son los 12 reales

en la Península, y 60 en Ultramar, mandados pagar por *decreto de* 15 *de Setiembre de* 1825, en las sucesiones testadas é intestadas de todas clases, hasta de mayorazgos; y las que los testadores de estos reinos están obligados á dejar para los Santos lugares de Jerusalen, hospitales y otras casas de beneficencia.

Puede dejar legados todo hombre que puede hacer testamento, porque en ellos deben hacerse: y pueden dejarse á todos aquellos que pueden ser instituidos herederos, bastándoles para adquirir el legado tener capacidad para ello al tiempo en que muriese el testador, *ley* 1, *d. tit.* 9, *núm.* 6, á diferencia de los instituidos herederos que necesitan tenerla en tres tiempos.

Pueden dejarse pura y simplemente, ó añadiendo el legante algunas espresiones, que forman condicion, causa ó modo, sobre las que se puede ver lo esplicado en el *tit. antec.*, §. 1, *núms.* 8 y 9, que quiero se tenga en un todo por repetido aqui, pues sus efectos son los mismos en instituciones y legados, como se deja conocer y se ve por las leyes ya del *tit.* 4, ya *del* 9, *P.* 6, que hablando de las condiciones, usan indistintamente de la palabra heredero ó legatario.

Para que valga el legado, ademas de tener el instituido capacidad de adquirirle al tiempo dicho, deberá constar ciertamente de su persona en los mismos términos que dije de la del heredero en *d. tit. ant.*, *núm.* 5, *ley* 9, *d. tit.* 9. Basta pues que el testador señale la persona del legatario, (y lo mismo se dice de la cosa legada) de manera que conste ciertamente de uno y otro, sin que le embarace haber errado en el nombre, si es de aquellos que ponen los hombres en particular por su voluntad, como si dijese Pedro al que se llama Juan, ó Campo Tusculano al que se dice Ticiano; con tal siempre que conste la persona y cosa por otras señales ó demostraciones seguras. Pero si el error fuese en nombre general, en que acuerdan todos los hombres en todas las tierras, sin imposicion particular, como son pan, paños, oro y otros semejantes, no valdria el legado, aunque quisiese probar el legatario ser la voluntad del testador que valiese en lo que era la cosa, en cuyo nombre errára, como si queriendo legar oro, le llamase laton, *ley* 28, *dicho titulo* 9.

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA SANTIAGO

Núm. 2. *Qué cosas puede legar un testador, y cuáles no.* Pueden legarse, no solo las cosas ya existentes, sino las que están por venir, como los frutos que han de nacer de tal campo; *ley* 12, *d. tit.* 9, y tanto las corporales como las incorporales, cuáles son los derechos, deudas que se le debieren, y servidumbres en cosas suyas, *ley* 13, *d. tit.* Hay mas: no solo puede el mandante legar las cosas de su propiedad, como se deja conocer, sino tambien las de su heredero, y las agenas, esto es, que son de algun otro, y las suyas que tiene empeñadas, *leyes* 10 y 11, *d. tit.* 9. Pero el legado de estas no siempre es válido, como lo es ordinariamente el de las primeras. Las dos leyes citadas nos dicen qué es lo que debe atenderse para saber cuándo lo es y cuándo no. Sus disposiciones, como todas las de este tratado, (y adviértase esto con cuidado) están adoptadas por suponerse las mas conformes á la voluntad del legante. Así es que debe establecerse como regla segura en materia de legados que, para conocer cuál será la disposicion de nuestras leyes en un caso dado, debe solo escudriñarse cuál será la voluntad del legante en él. Es esta tan respetada en ellas, que no dudo sentar como principio, el que debe guardarse siempre que conste ciertamente; y con arreglo á ella decidirse todas las dudas.

Viniendo con estos antecedentes, que emití aquí para que se tengan presentes en todo este §., al legado de cosas agenas y empeñadas, digo que para ser válido el de las primeras es menester que sepa el testador cuándo las lega, que no son suyas, de suerte que si lega una cosa agena, por creer que le pertenece, no vale el legado; á no ser que la dejase á persona que tuviese alleganza con él, como á su muger ó algun pariente, en cuyo caso valdria, aunque ignorase que eran agenas, por presumirse en él que á saber el testador que no eran suyas las cosas que les dejaba, mandaría darles lo mismo en valor de sus bienes propios, *ley* 10, *d. tit.* 9, *P.* 6, cuya disposicion bien meditada es la mas conforme que podia darse á la presunta voluntad de un testador. Si hubiese duda de si este sabia ó no que las cosas eran agenas, toca al legatario probar que lo sabia, *d. ley* 10, cuya razon es el ser el actor á quien toca la prueba, *ley* 1, *tit.* 14, *P.* 3, y el tener la presuncion á su fa-

vor el heredero. Este, cuando vale el tal legado de cosa agena, debe comprarla para darla al legatario; y no queriéndola vender su dueño, ó pidiendo mas de lo que vale, darle su estimacion á juicio de dos peritos; *d. ley* 10. Para conocer bien el valor del legado de cosas suyas, que el testador tiene empeñadas á otro, conviene distinguir el caso en que lo están por dinero ó precio igual ó mayor á su valor, del en que este es mayor y escede á aquel. En el primero debe luir ó redimir la cosa empeñada el heredero, y darla franca al legatario, tanto que supiese, como que ignorase el testador el empeño. Y en el segundo debe redimirla aquel, solo si este sabia que estaba empeñada; é ignorándolo, incumbe esta obligacion al legatar o, *ley* 11, *d. tit.* 9. Si teniendo el mismo legante en su poder alguna cosa empeñada á su favor, por dinero que hubiese dado sobre ella, la legára al que la empeñó, valé el legado para el efecto de haberse de entregar la tal cosa á aquel á quien se lega; pero queda este con la obligacion de pagar á los herederos del difunto el dinero que sobre ella le habia prestado el testador, *ley* 16, *d. tit.* 9; entendiéndose por consiguiente legado solo el derecho de prenda, y no la deuda. Pero si este, teniendo en su poder alguna carta ó escritura probatoria de lo que se le debia, la legase al deudor, entiéndese que le lega ó condona la deuda, *ley* 47, *d. tit.*

Las cosas que están fuera del comercio de los hombres absolutamente por todo respecto, como son las sagradas, no se pueden legar; ni tampoco las que son del procomunal de los pueblos, como las plazas, y los ejidos. Lo mismo sucede cuando la cosa está fuera del comercio, solamente por cierto respecto que está en ella misma, como los mármoles, pilares ó maderas que están puestas como parte integrante de los edificios; de cuyos legados ni aun la estimacion deberá dar el heredero, *ley* 13, *d. tit.* 9, *P.* 6. Se ha prohibido este último legado para conservar la hermosura de los edificios y precaver su ruina, *d. ley* 13, *ley* 16, *tit.* 2, *P.* 3.

Núm. 3. *Del legado general y de algunas cosas dudosas: y derechos respectivos del heredero y legatario en ellos.* Hay legado de cosa genérica, y de cosa específica. Dáse el primero, cuando se dejan cosas de número, peso ó medida, ó cuando

aunque sean cosas específicas, no se distinguen por la espresion con que está hecho; v. g. un caballo ó una casa de las que poseo: y es legado de cosa específica, cuando estas son espresadas con individualidad, y entera distincion; v. g. la casa, sita en tal parte, el buey de tal color, &c.

Cuando el testador legase una cosa generalmente sin señalar ninguna con especificacion, como por ejemplo, un caballo, será del legatario el derecho de escogerle, si el testador tenia caballos; pero no podrá escoger el mejor. Mas si no los tenia, está en eleccion del heredero, comprar uno comunalmente bueno, esto es, mediano ó regular, para darlo á aquel; *ley* 23, *d. tit.* 9, la cual pone en un siervo el ejemplo; y añade, que debe tener lugar esta doctrina en las bestias ú otras cosas semejantes, esto es, segun entiendo, que sean obra de la naturaleza; porque, hablando en seguida, en el *vers. pero*, de cosas que son obra de los hombres, establece otra regla. Dice que si el testador lega algunas casas, sin señalarlas, debe el heredero dar unas de las del testador, cualesquiera que sean; y si solo tuviera algunas (usa del número plural por el singular) aquellas mismas; y que si por ventura no tuviese casa ninguna, no vale el legado.

Si dijere el testador que legaba cien pesos que tenia en el arca, los deberá dar el heredero al legatario, si con efecto se encontrasen allí; pero si se encontráre menos, cumplirá dando lo que se halláre. Y si se encuentra mas, solo debe dar los cien pesos, *ley* 18, *d. tit.* 9, *P.* 6, la que con esta decision da una prueba de que en caso de duda está siempre la presuncion á favor del heredero. Legando el testador un carro ó carreta, debe dársele al legatario con la bestia que la traia; y si esta muere, se estingue el legado, á no ser que el testador en su vida metiese otra en lugar de la muerta; *ley* 42, *d. tit.* No pone la razon, que parece no puede ser otra que la de considerarse la bestia lo principal, y el carro lo accesorio; y es bien sabida la regla de que no subsistiendo lo principal no tiene lugar lo accesorio.

Cuando al legar un testador alimentos señala la cantidad que en su razon quiere se dé al legatario, claro es que esta debe darle el heredero; mas si no la hubiese espresado, y acos-

tumbraba en su vida á dar cierta cantidad de pan ó dineros por gobierno de aquel á quien hace la manda, está tenido el sucesor á darle otro tanto; *ley* 24, *tit.* 9, *P.* 6. Y si por ventura no le daba cosa cierta, ni se la señaló, deberá suministrarle de alimentos lo que hubiere de menester para comer, beber, vestir y calzar, y cuando enfermase, las cosas necesarias para recobrar la salud, y ademas la habitacion, porque todas estas son necesarias para la vida del hombre; *leyes* 5 *al fin*, *tit.* 33, *P.* 7, 2, *tit.* 19, *P.* 4. Pero todo ha de ser en justa proporcion, atendidas las circunstancias del legatario y los bienes que el legante dejó al heredero, *d. ley* 24, *tit.* 9. Si se legan alimentos á uno hasta que llegue á la pubertad, sin mas especificacion, afirma Febrero, *d. cap.* 6, *núm.* 60, que se mandan pagar hasta los 18 años á los varones, y 14 á las hembras, por práctica fundada en que hasta estas edades no pueden ganarlos por sí.

Viniendo á los derechos del heredero y legatario digo, que cuando un legante deja á alguno la eleccion ú opcion de dos cosas, para que escoja la que le pareciere, no podrá arrepentirse despues de haber escogido una. Y si la eleccion fuese puesta en el arbitrio, ó mano de un tercero, y este no escogiere dentro de un año por no poder ó no querer, pasa al legatario el derecho de escoger.

Si legase el testador dos veces una misma cosa determinada, v. g. una viña, á uno mismo, no está el heredero obligado á darla mas de una vez; y lo mismo sería si le legase muchas veces cierta cantidad de dinero, ú otra cosa de las que se pueden contar, pesar ó medir, si no es que probáre el legatario haber sido la voluntad del difunto, que se le dieran cuantas veces las espresó. Pero si habiéndole legado en el testamento cierta cuantía, se la legára otra vez en el codicilo, se la deberá dar dos veces el heredero, salvo si probáre haber sido la voluntad del testador, que solo se le diese una; *ley* 45, *d. tit.* 9, *P.* 6, de suerte, que en el primero de estos dos últimos casos está la presuncion á favor del heredero, y en el otro, á favor del legatario.

Es libre este en admitir ó no lo que se le deja; pero no podrá admitir una parte de la cosa que se le lega y desechar la

otra, aunque sea un cuerpo que tiene en sí muchas cosas, como una manada de ganado que tiene muchas cabezas: mas de sus herederos podrá uno admitir la que le toca, y desechar el otro la suya. Tambien el legatario, cuando le dejan muchas cosas, puede tomar la que mejor le agrade, y dejar las otras; á no ser que le dejasen una con carga y otra sin ella; en cuyo caso no podria tomar esta y dejar aquella, *ley* 36, *d. tit.* 9.

Núm. 4. *Del derecho de acrescer, y á quién pertenecen los aumentos de las cosas legadas: cuándo adquiere su dominio y frutos el legatario, y cuándo y en qué lugar puede pedirlas.* Dejo hablado lo bastante del derecho de acrescer en sucesiones y legados en el *tit. antec.*, §. 1, *núm.* 7; por lo mismo, remitiendo á él, nada mas diré que si el testador lega á dos una misma cosa, ó bien ayuntadamente en una misma oracion, ó á cada uno de por sí, esto es, separadamente en dos oraciones, la partirán igualmente entre sí; y si uno por haber muerto el otro, ó haber renunciado su parte, no la tomáre, acrescerá el otro, *ley* 33, *d. tit.* 9.

Si viviendo el testador tuviese la cosa algun aumento por haberse construido una casa en el lugar legado, ó añadido por aluvion al campo, ó de otra manera, será del legatario la cosa con su aumento, *ley* 37, *d. tit.* 9, *P.* 6.

Para saber cuando pasa el dominio de lo legado al legatario, debe distinguirse el caso en que fuese dejado pura y simplemente, del en que bajo alguna de las condiciones ó modos esplicados en el *tit. ant.*, *núm.* 8, §. 1. En este caso, ya espresé en el *núm.* 9 lo que debe observarse. Por lo mismo, limitándome al en que se deja puramente, digo, que si es legado de cosa cierta y específica pasa el dominio de ésta al legatario luego que muere el testador, y no antes; por manera, que aunque aquel falleciese antes de entrar el heredero en la herencia, ó él en la posesion de la cosa, pertenecería esta á su dominio, *ley* 34, *d. tit.* 9. Si el legado es de cosa genérica, como que no se sabe fijamente cual toca al legatario, es claro que no puede transferírsele su dominio; y de aquí es, que tendrá accion personal é hipotecaria para pedir el cumplimiento de la voluntad del testador, mas no accion real y de dominio para demandar tal cosa determinadamente, como en el primer caso. Pero debo adver-

tir, que asi como en este transfiere su dominio á su heredero, asi en el legado genérico le transfiere, luego que muere el testador, el derecho y accion que le asiste á pedir que se cumpla su voluntad.

Sobre estos mismos principios gira la doctrina que debe regir en la percepcion de los frutos de la cosa legada. La *citada ley* 37 dice, que estos se deben al legatario desde el dia en que el heredero entró en la herencia; pero fundada su disposicion solo en ficciones del Derecho Romano, habiendo sido destruida la influencia que estas tuvieran en la redaccion de las *leyes de Partida*, que tratan de sucesiones, por la célebre *ley* 1, *tit.* 18, *lib.* 10, *Nov. Rec.* citada en *el núm. tit. antec.*, juzgan comunmente nuestros comentadores, que la entrada ó no entrada del heredero en la herencia, no debe influir en la pertenencia de los frutos de las cosas legadas, del mismo modo que ordena esta ley que no influye en nada en el valor de estas. Véanse Gregorio Lopez, *glos.* 4, *á d. ley* 37, Matienzo, *glos.* 14, *núm.* 30, *á d. ley* 1, *tit.* 4, *lib.* 5, *Nov. Rec.*, y Febrero, *d. cap.* 6, *núm.* 151, con los que citan. Con arreglo á esto y á lo que asientan estos autores digo, que los frutos del legado específico pertenecen al legatario desde la muerte del legante; y los del genérico, en que no se sabe qué cosa toca á aquel, desde que el heredero se constituye en mora ó tardanza. Quiero decir, y me esplicaré con un ejemplo, para hacerlo con mas claridad. Legó un testador tal heredad, sita en determinado sitio, á Pedro, pertenecen á este sus frutos desde la muerte de aquel: lególe una de sus fincas indeterminada, y generalmente, en este caso, como que no se sabe cual lleva Pedro hasta que el heredero se la determine, es claro que este no le debe frutos algunos; mientras aquel, como interesado, no le interpele por el legado. Mas una vez interpelado, cesó ya de asistir la buena fé al heredero, y por consiguiente la omision que antes fué de Pedro, está ya de su parte. Cuando el legado es específico en la parte y cuota de bienes, pero genérico en la determinacion y cualidad de estos, por ejemplo, si se hace de la cuarta ó quinta parte de los bienes del testador sin asignacion de cuales han de darse en pago, juzgan los autores citados que debe decirse lo mismo de sus frutos, que de los del

legado genérico. Pero creo no sería muy errado decir, que debe percibir el legatario los percibidos desde la muerte del legante á prorata de la parte que por el legado hace en sus bienes: y la razon es, porque en este caso sabemos determinadamente que es dueño de tanta parte de herencia, y aunque es verdad no se sabe en qué bienes la llevará, tambien se ignora en cuales llevará las suyas el heredero; y de consiguiente, por la misma razon tampoco deberia percibir fruto alguno. Véase lo que dije, hablando de las mejoras.

Con respecto á la entrega de las cosas legadas, téngase presente que, segun se echa de ver de la *ley* 48, *d. tit.* 9, *P.* 6, no puede el legatario tomarlas por sí solo, sino que debe pedirlas y recibirlas del heredero; y observaban esto con tal rigor los romanos, que cuando aquel se apoderaba de ellas por su propia autoridad, concedian á este el interdicto *quorum legatorum*, para que se le restituyesen. La *ley* 7 *del tit.* 6, *d. P.* 6, dispone que, hasta que sea cumplido el tiempo que concede el derecho para hacer el inventario, no puedan pedir cosa alguna al heredero á aquellos á quienes se deja algo en el testamento; pero que durante este tiempo, nada pierdan estos de su derecho. Ni tampoco debe el heredero pagar las mandas que dejó el testador, sin haber satisfecho primero sus deudas. El legatario, cuando la cosa legada es cierta ó determinada, puede pedirla, ó donde moráre el heredero, ó en el lugar donde existieren la mayor parte de los bienes del testador, ó en cualquiera otro en que se halláre la cosa legada: y si el heredero mudase engañosamente la cosa de un lugar á otro, para hacer perjuicio al legatario, la debe llevar á su costa al de donde la traspasó, y darla á este. Cuando el legado es general, como si el testador dijese *lego á Pedro un caballo*, sin espresar cual, ó legáre cierta cantidad de cosa que se puede contar, medir ó pesar, podrá Pedro pedir el legado en el lugar de la morada del heredero, ó en donde estuviere la mayor parte de los bienes del difunto, ó en cualquiera otro en que el heredero empezáre á pagar los legados; á no ser que el testador señalase lugar y tiempo, en cuyo caso asi se ha de cumplir, *ley* 48, *d. tit.* 9, *P.* 6.

Núm. 5. *Anulacion y minoracion de los legados, y de*

dónde deben sacarse. Veamos ahora los modos por los que desfallecen ó pierden su valor los legados que lo tuvieron en su principio. Se estinguen, en primer lugar, por la revocacion del testador, aunque la haga en codicilo conservando el testamento en que los dejó, ó si no, borrando la escritura en que estaban escritos, *ley* 39, *d. tit.* 9. 2.° Tambien se estingue, si la cosa legada se perdió, ó murió sin culpa del heredero, *ley* 41, *d. tit.*: y si la cosa legada mudase de condicion sin culpa de este, de manera que estando en el comercio cuando se legó, dejase de estarlo despues, al tiempo de la muerte del testador, como si siendo profana fué consagrada, no valdria tampoco el legado, quedando el heredero sin obligacion de pagar la estimacion que antes tenia; *ley* 13, *d. tit.* 3.° Acábase igualmente haciendo de la cosa legada el mismo testador una nueva especie, que no pudiese reducirse al pristino estado de la materia, como de lana, paños, de madera, una casa, ó una nave, *ley* 42, *d. tit.* 4.° Si diere el legante la cosa que tenia legada, se entiende ó presume que lo hizo con intencion de revocar el legado, y quedará estinto. Lo contrario se presume vendiéndola ó empeñándola, y por ella en este caso tendrá el heredero obligacion de dar al legatario el precio porque fué vendida ó empeñada: bien que en uno y otro podrá probar lo contrario de la presuncion el que tuviese interés en ello, *leyes* 17, 40, *d. tit.* 9, *P.* 6. 5.° Si habiendo legado una deuda que tenia á su favor, la pidiere y cobráre despues, se acaba el legado, por entenderse que le revocó. Otra cosa sería si el deudor la pagáre de su grado ó voluntad, sin habérsela pedido; por lo mismo, en este caso debe el heredero dar al legatario la cosa ó estimacion que hubiese cobrado el testador, por presumirse ser la intencion de este tenerla guardada á este fin, *ley* 15, *d. tit.* 6.° Se estinguirá tambien el legado, si despues de hecho el testamento adquiere el legatario el dominio de la cosa por donacion ú otro título lucrativo; pero no si la adquiere por oneroso, como compra ó cambio; porque entonces puede pedir al heredero la estimacion de ella, *ley* 43. Es título lucrativo el que nada cuesta, como donacion, legado; y oneroso el que cuesta algo, como compra, permuta. La razon de estinguirse en el primero de los dos casos espresados es el axioma, que *dos*

causas lucrativas no pueden concurrir en una persona acerca de una misma cosa. En conformidad de esto, si dos testadores legasen á Pedro una misma cosa cada uno en su testamento, y consiguiera en fuerza de uno de ellos su posesion y propiedad, en términos que no se le pudiese quitar, nada podia pedir de la misma cosa por el otro testamento. Pero si primeramente lográra por uno de ellos la estimacion de dicha cosa, bien podrá pedir esta despues en virtud del otro, *ley* 41, *d. tit.* 9, *P.* 6. 7.º No gana el legado el legatario, que nombrado tutor por el legante, de sus hijos, no quiere encargarse de su guarda; ni el que rehusase sacar á este de cautiverio; ni el que hubiese robado el testamento en que aquel se le dejaba, *ley* 17, *tit.* 7, *d. P.* 6. 8.º Serán por último de ningun valor los legados, cuando el testador deja mas de los que cabe en la parte de bienes de que podia disponer. En este caso dicen comunmente los autores, que los legatarios todos deben sufrir rebaja, á proporcion, en sus legados, sin que los nombrados primero sean preferidos por suponerse, y con mucho fundamento, que el testador, una vez que legó á todos, lo hizo con afecto igual, y con igual deseo de que llevasen sus legados. Si apareciese por algunas circunstancias ser otra su voluntad, es claro que debe estarse á ella; Febrero *d. cap.* 6, §. 3.

Por lo esplicado en los *párrafos y títulos anteriores* consta, que cuando el legante tiene descendientes, ó ascendientes, sus mandas solo pueden salir del quinto y tercio respectivamente; y que aunque tenga colaterales, faltando aquellos, salen de todos sus bienes, no disponiendo otra cosa.

Núm. 6. *Obligaciones de los legatarios.* Pudiendo dudarse fácilmente por algunos, poco versados en los principios del derecho, si afecta á estos alguna obligacion de concurrir á soportar las cargas de la herencia del legante, contemplo oportuno detenerme en esplicar lo que conviene saberse en esto. Al efecto debe distinguirse entre legado condicional y simple. En el primero es visto, que el legatario está sujeto á las condiciones impuestas por el legante, sea de pagar deudas ú otra, con arreglo á lo esplicado al hablar de ellas. En el segundo lleva aquel su legado sin sujecion á carga alguna, prescindiendo de las anexas á la cosa legada; como se deja conocer con solo aten-

der y considerar que la voluntad del testador es que lleve todo aquello que le lega, y que lo lleve sin gravámen, puesto que no se lo impone. De esto se infiere, que no está tampoco obligado á pagar las deudas de este, porque de lo contrario no vendria á llevar todo el legado: pero aquí conviene hacer una distincion. O se lega á uno cantidad cierta y determinada; ó, aunque cierta, indeterminada. Me esplicaré con un ejemplo. Puede un testador decir, mando ó lego á fulano el tercio, cuarto, ó quinto, &c. de mis bienes, y en este caso tendremos cantidad cierta, pero indeterminada; ó, légole la casa ó tierras, sitas en tal parte, cuyo legado, como se ve, es de cosa cierta y determinada. En el primer caso, está el legatario sujeto á las deudas del legante, porque hasta que están pagadas, no se sabe cuanto es el tal tercio, quinto, &c.; mas no asi en el segundo, por la razon antes espuesta.

Esto, que solo fundé hasta ahora en la voluntad del legante, lo está igualmente en dos principios reconocidos universalmente en todo el derecho, y que están apoyados en nuestras leyes, aunque no se encuentren espresos en ellas. El uno es, *que la obligacion personal no sigue al particular sucesor*, y el otro, que puede decirse el mismo modificado es, *que quien está sujeto á todas las cargas y obligaciones del antecesor es el heredero ó herederos, ya insolidum, si es uno solo, ya á prorata, siendo muchos.* Pero téngase presente, que tanto uno como otro principio ceden á la voluntad del testador ó donante.

De lo dicho puede sacarse motivo para dudar quién carga con las deudas y demas obligaciones de la herencia, cuando uno distribuye toda esta en legados, sin nombrar heredero alguno. Mas en este caso, si efectivamente no nombró heredero en particular, vienen á serlo todos los legatarios, y asi soportarán á proporcion aquellas. Si nombró heredero, aunque consumiendo la mayor parte de los bienes en legados, debe observarse lo que esplicaré, *números siguientes*, al hablar de las cuartas falcidias y trebeliánicas.

Núm. 7. Si tiene ó no lugar hoy en España la Cuarta Falcidia. Es muy famosa en el derecho romano la *ley Falcidia*, establecida para menguar los legados, á fin de asegurar la

adicion de la herencia, sin la cual no podia, segun él, subsistir testamento alguno. De ella se trata con bastante estension en el *tit.* 11 *de d. P.* 6. Pero como por derecho mas nuevo, contenido en la célebre *ley* 1, *tit.* 18, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, que tantas veces hemos citado, no es hoy necesaria en España la adicion de la herencia para que el testamento valga, opinó Antonio Gomez, *lib.* 1 *var.*, *cap.* 12, *núm.* 11, y otros, que en el dia no tiene lugar entre nosotros dicha ley falcidia. Pero dice el Sr. Sala, *núm.* 25, *de este tit.* 6, que tiene por mucho mas probable la opinion contraria que latamente defienden soltando las objeciones, Pichard *in Instit. por de lege Falcidia*, *número* 33, *et. sig.*, Matienzo *en d. ley* 1, *glos.* 19, *núms.* 18 y 19, Molina *de hispan. primog*, *lib.* 1, *cap.* 17, *núms.* 10 y 11. Castillo *de usufruc. cap.* 60, y otros muchos. No seré yo el que decida esta duda, que será verdaderamente grande mientras una ley no salga á ponerla fin; pero al mismo tiempo no puedo resistir al deseo de presentar algunas razones en pro y en contra. El principal fundamento de la opinion adoptada por Sala, es el que no debe decirse que disponga cosa alguna nueva acerca de las cuartas falcidia y trebeliánica (si tiene lugar aquella tambien le tiene esta, y al contrario) la citada *ley* 1, por solo ordenar que valgan el testamento, legados, y fideicomisos, á pesar de que no se nombrase heredero en él, ó que este repudie la herencia. Dice esto la ley, es verdad; pero en ello nada dispone sobre lo que deba hacerse cuando el testador grava á su heredero con tantos legados que consumen la herencia, ó con un fideicomiso universal: por consiguiente, ¿por qué en este caso no habrá de observarse lo ordenado en las leyes de Partida, en nada contrario á la disposicion última de la recopilada? Asi discurre el Sr. Molina, *d. núm.* 10.

Parece verdaderamente poderosa esta razon; pero tal vez no encierra tanta fuerza como aparenta: veámoslo. En el *número* 4 dejo dicho, que nuestros comentadores, y con ellos Sala, opinan comunmente, que despues de la *ley* 1, *del tit.* 18, hace suyos el legatario los frutos desde la muerte del legante: y la razon que alli vimos que tienen para decir esto ¿no milita lo mismo para decidir la cuestion en que estamos? Yo creo que sí. Por las mismas ficciones del Derecho Romano porque

disponen las *leyes de Partida*, que los frutos del legado no pertenezcan al legatario mientras el heredero no entra en la herencia, ordenan lo de las dichas cuartas. Tales eran el no tener valor los legados no admitiéndola el heredero, y el asegurar por tanto el que este la admitiese. ¿Y destruyó estas ficciones la *ley* 1? ¿Son necesarias despues de ella? Tal vez alguien dirá que sí: yo creo que no son necesarias, y que las destruyó. ¿Y cesando la razon y motivos de la ley, no deben suspenderse sus efectos? la buena interpretacion así lo dicta. El Sr. Molina dice, que el asegurar la adicion de la herencia no es la sola razon porque el Derecho Romano estableció las cuartas falcidia y trebeliánica, y por lo mismo que, aunque cesase este motivo por la *ley* 1, deben conservarse aquellas porque subsisten otras. En buen hora que en Derecho Romano se apoyasen en otras razones; el de Partida las establece por aquel. Véase el principio de *d. tit.* 11, *P.* 6.: de consiguiente su solucion en esta parte es de ningun valor.

Repito que mi objeto no es resolver la duda, sino presentar las razones de una y otra opinion. Por lo mismo, sin estenderme mas, concluyo diciendo, que atendidas unas y otras, deberán tener ó no lugar la cuarta falcidia y trebeliánica, segun aparezca ser la voluntad del testador, la que debe observarse con religiosa exactitud despues de la *ley* 1, con preferencia de toda sutileza y caprichos de una legislacion estraña.

Núm. 8. *Qué debe observarse en la deduccion de la Cuarta Falcidia.* Puesto que es tan dudoso, como acabamos de ver, si debe tener hoy lugar la cuarta falcidia, me pareció oportuno trasladar lo que sobre ella enseña el Sr. Sala. Ya vimos, *núm. ant.*, que quien la dió orígen y nombre fué la famosa ley Falcidia, por determinarse en ella que haya de quedar al heredero la cuarta parte de la herencia. Conforme pues á su determinacion, si el testador consumiera todos sus bienes en hacer legados, de modo que nada dejase para el que nombraba heredero, quitará este á cada legatario la cuarta parte de lo que se le lega, para formar su falcidia; y si le quedáre, quitará á cada uno á proporcion hasta completarla. Si el heredero fuese descendiente ó ascendiente del difunto, á quienes se debe su legítima en los términos que he esplicado en los *párrafos pri-*

meros de este titulo y anteriores, deberá siempre sacar esta, *ley* 1, *d. tit.* 11, *P.* 6, que añade *al fin*, que debe sacarse tambien la cuarta de las donaciones que se hacen por razon de la muerte. Gregorio Lopez, *en su glos.* 3, prueba bien que los herederos forzosos cuando llevan su legítima, no sacan ademas la cuarta falcidia.

Antes de sacar el heredero su cuarta, se deben bajar y pagar las deudas que debia el difunto, las espensas de su muerte, y las que se hicieron por razon del testamento, ú otros escritos pertenecientes á los bienes del mismo difunto, *ley* 2, *d. tit.* 11. Advierte aquí el Sr. Sala, *núm.* 26, que se tenga presente en cuanto á gastos de entierro, que estos solo son carga de la herencia, y bajan su valor, cuando á ninguno se deja el quinto, porque si se dejáre á alguno, de este y no de aquella son carga, y cita la *ley* 9, *tit.* 20, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, (30 de Toro) de que hablé en el §. 1 de este título. Mis lectores juzgarán de la oportunidad de esta advertencia; y al efecto deberán tener presente, que las cuartas falcidia y trebeliánica solo entre herederos estraños pueden tener lugar, y la *d. ley de Toro*, habla del solo caso en que suceden descendientes, como probaré en el *tit.* 17, §. 2, *núm.* 5.

El valor de los bienes del difunto para sacar la falcidia, debe considerarse, atendido el tiempo de la muerte del difunto; de manera, que el aumento ó disminucion de su patrimonio, sucedió despues de ella, es en beneficio ó perjuicio del heredero, porque á los legatarios siempre les quedaria la misma porcion que si no se hubiese aumentado ó disminuido, *ley* 3, *d. tit.* 11, que pone ejemplos.

No están sujetos á la detraccion de la falcidia los legados siguientes. 1.° Los dejados á iglesias, hospitales, ú otra obra de piedad. 2.° Los que fuesen dejados en testamento militar, *ley* 4, *d. tit.* 11. 3.° Los de cosa cierta que hiciere el testador, prohibiendo al legatario que la venda ó enagene, *ley* 6, *d. tit.*; si el heredero hubiese pagado algunos legados sin sacar su cuarta, creyendo ser bastante la herencia para pagarlos asi todos, deberá satisfacer los otros cumplidamente; sino es que despues que comenzó á pagar así, se descubriese alguna deuda grande del difunto que no se supiese antes; porque entonces bien la

podria sacar de aquellos legados que todavía no hubiese pagado, *d. ley* 6. Pierde el derecho de sacar la cuarta falcidia aquel heredero que maliciosamente cancelase el testamento ó los legados para que no valiesen, y aquel que hubiese hurtado alguna de las cosas que legaba el testador, ó las negase maliciosamente diciendo ser suyas propias, si fuere vencido en juicio por cualquiera de estas razones. Tampoco puede sacarla cuando lo prohibe el testador, *d. ley* 6; y cuando no hubiese hecho inventario, *ley* 7, *d. tit.* 11, *P.* 6.

Núm. 9. *De los Fideicomisos, y Cuarta Trebeliánica.* Espuesto lo perteneciente á legados, paso á hablar brevemente de los fideicomisos, comprendidos tambien, como dije, en nuestras leyes, bajo el nombre general de *mandas*: y con efecto lo mismo manda ú ordena el testador unos que otros. Divídense los fideicomisos en *universales, y singulares ó particulares.* De los primeros hablan la *ley* 14, *tit.* 3, *y la* 8, *tit.* 11, *P.* 6, y de los segundos *la* 3, y *algunas siguientes de d. tit.* 9, *de la misma P.* 6. Fideicomiso en general es, *todo aquello que con palabras oblicuas dispuso el difunto que se diese á alguno.* Universal ó hereditario es, *aquel en que el testador manda ó ruega al que establece heredero, que restituya la herencia á otro, d. ley* 8. Singular es aquel *en que el testador ruega al heredero ó á aquel á quien lega algo, que dé á otro alguna ó algunas cosas singulares.* En este caso debe cumplir el heredero lo que se le manda, y lo mismo el legatario hasta aquella cuantía, que montáre lo que se le legó. Pueden ser hechos los fideicomisos tanto en testamento como en codicilo, *ley* 3, *tit.* 9, *P.* 6.

Cuando el testador grava á su heredero con un fideicomiso universal, tiene este derecho á retener la cuarta parte de la herencia, que habiendo tambien adoptado el nombre latino, llamamos *trebeliánica*, y es muy semejante á la falcidia. Al sacarla, debe contar en ella el heredero las cosas que el testador le hubiese mandado, si las recibió; y los frutos que tomó de la herencia mientras la tuvo: de suerte que si montáren tanto como la cuarta, no debe tomar cosa ninguna de aquella, debiéndola dar libre y entera; y si importáren menos, los tendrá á cuenta de la cuarta, y tomará lo que le faltáre para comple-

tarla. Puede suceder que los frutos percibidos monten mas que la cuarta; y en este caso debe distinguirse; si habiendo el testador señalado plazo en que el heredero hubiese de restituir la herencia, este lo cumplió, puede quedarse con todos los frutos percibidos en lugar de la cuarta; si aquel no señaló dia cierto, y el que debia haber la herencia fué negligente en pedirla sabiéndolo, tendrá el heredero los frutos, sin contarlos en la cuarta; y esto mismo parece regular que se observe aunque importáren menos. Pero téngase presente que en cualquier caso, si el heredero fuere rebelde, difiriendo malamente la restitucion de la herencia, está obligado á dar con esta aquella parte de frutos que escediere de la cuarta. Mas toda esta doctrina de frutos no se estiende al caso de ser hijo del testador el que debe restituir la herencia; pues este retendrá todos los frutos que hubiere percibido sin hacer en su razon imputacion alguna en la legítima que se le debe, *ley* 8, *d. tit.* 11. Lo mismo creo que deberá decirse cuando el heredero fuere ascendiente, por concurrir la propia razon de debérsele la legítima, independientemente de la voluntad del testador. Pero recuerdo con Gregorio Lopez, *glos.* 9, *d. ley* 8, en conformidad de lo dicho en el *núm. anter.*, de la falcidia, que el heredero forzoso no podrá sacar á un mismo tiempo la legítima, y cuarta trebeliánica.

Núm. 10. *Resúmen del* §. 3. Por su *núm.* 1, sabemos lo que es legado ó manda, que estas en España son voluntarias y forzosas, y qué cantidad comprenden; por quién y á quién pueden dejarse, y de qué modo, y que para que sea válido, se requiere conste ciertamente qué cosas y personas son las legadas, con algunas otras circunstancias en él espresadas; por *el* 2, que pueden legarse en general todas las cosas que están en el comercio de los hombres, existentes ó por venir, corporales ó incorporales, y hasta las agenas, y las suyas que el testador tiene empeñadas; que para conocer cuando deben tener efecto y cuando no unas y otras, lo que principalmente debe mirarse es cual sea la voluntad del legante; y segun esta regla, en qué casos tiene ó no valor el legado de las últimas; cual sea el del por qué uno entrega la cosa que tiene empeñada á su favor, ó la escritura de deuda; y que no pueden legarse las

cosas que componen los edificios, ni los comunes de los pueblos, y demas prohibidas de enagenar; en el *núm.* 3 vimos cual legado es genérico, cúal específico; que en el primero toca la eleccion al legatario por lo regular, cuando la cosa legada es obra de la naturaleza, y al heredero cuando de los hombres; qué debe entregar este legando el testador cosa existente en lugar determinado, v. g. cien pesos en tal arca, qué legando un carro ó carreta; qué cosas se comprenden bajo el legado de alimentos; si puede ó no arrepentirse despues de haber elegido una cosa aquel á quien se dejó su opcion; cuándo debe ó no dar duplicada el heredero una cosa legada dos veces; y cuándo podrá el legatario admitir ó no lo que se le deja: *en el* 4 queda esplicado, cuando tiene lugar el derecho de acrescer en los legados; que para saber en qué casos pasa su dominio al legatario debe distinguirse entre el condicional y simple; que el de este se le transfiere luego que muere el legante, siendo de cosa cierta y determinada, y si es de cosa genérica, el derecho de pedirlo y su dominio luego que se le entrega; que sobre los mismos principios gira la pertenencia de frutos, que en el legado de cosa cierta pero indeterminada pertenecen al legatario los correspondientes á su parte; que este no puede por sí apoderarse de la cosa legada, y cuándo y en qué lugar puede pedirla: *en el núm.* 5, referí los casos en que se anulan los legados, espresando que cuando la herencia no llega para todos, se rebajan á proporcion, no manifestando el testador otra cosa; y de qué parte de esta deben salir: *en el* 6 vimos que en el legado simple no está obligado el legatario á las cargas de la herencia, á no ser en los que son de parte cierta de esta, pero indeterminada, que esprese lo contrario el legante, ó que consumiese toda aquella en legados: *en el* 7 lo dudoso que es si tienen hoy en España lugar las cuartas falcidia y trebeliánica: *en el* 8, cómo se deduce aquella; y finalmente *en el* 9, como la trebeliánica, qué es fideicomiso, y qué especies hay de ellos.

TÍTULO VII.

DE LAS SUCESIONES INTESTADAS Y DE LAS RESERVACIONES.

§. I.

De las Sucesiones Intestadas.

Tit. 13, P. 6 y 20, lib. 10, de la Nov. Rec.

Número 1. *Quién se dice intestado; y del primer órden de suceder, ó de descendientes.* Intestado se llama el que no hizo testamento, y aquel que lo hizo nulo ó aunque le hubiese hecho válido se rompió ó rescindio en los términos referidos al hablar de ellos, *ley* 1, *tit.* 13, *P.* 6. Esta ley cuenta tambien por intestado á aquel que habiendo hecho testamento no quiere ó desecha la herencia el heredero que él instituyó; pero esto está espresamente derogado por la *ley* 1, *tit.* 18, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, como ya he notado en el *lugar citado.*

Las leyes romanas variaron mucho en las sucesiones intestadas, hasta que enfadado Justiniano de sus ridiculeces y rodeos en este particular, estableció un método muy sencillo y equitativo, fundado en el afecto que la misma naturaleza inspira á los hombres, que primero aman á los descendientes, despues á sus ascendientes, y en tercer lugar á sus parientes laterales ó de travieso. Nuestras leyes han adoptado este método de Justiniano con pocas y levísimas diferencias, estableciendo los tres órdenes de descendientes, ascendientes, y laterales, *ley* 2 y *sig.*, *d. tit.* 13, *P.* 6.

Es pues en España el primer órden de suceder abintestato el de los descendientes del difunto, sin distincion de varones ó hembras, retenidos en la patria potestad, ó salidos de ella, *ley* 3, *d. tit.* Comprende á todos los descendientes que ocupan el primer grado en la línea del difunto, esto es, entre quienes y el mismo difunto no media ninguno, como son sus hijos, y los nietos cuyo padre haya fallecido. Estos entonces entran

ocupando el lugar de su padre, y por otra razon considéranse tan próximos del difunto como los hijos de este en el primer grado. Y por lo mismo de ser admitidos en lugar y representacion de su padre, no sacan mas porcion que la que sacaria su padre si viviera; *d. ley* 3; y esta se la dividirán en partes iguales.

Los intérpretes, para esplicar esto con claridad y generalidad, han formado una regla fundada en las mismas leyes; diciendo, que las sucesiones, ó son en estirpes ó en cabezas. Estirpe no es otra cosa que orígen de generacion; y asi el padre es estirpe de los hijos, el hijo de los nietos. Suceder pues en estirpe es suceder representando á su orígen, y por ello este modo de suceder se llama por derecho de representacion; y suceder en cabezas es suceder por su propia persona sin representar á otra. Cuando se sucede en estirpes, se hacen tantas partes ó porciones cuantas son las estirpes; y cuando en cabezas cuantas son las personas. Declarémoslo mas con un ejemplo: muere uno dejando á Pedro, hijo, dos nietos nacidos de otro hijo, Juan, ya difunto, y tres de otro hijo, llamado Diego, tambien difunto. Pedro sucederá en cabezas, y los nietos, hijos de Juan y Diego, en estirpes ó en representacion de sus padres, y por ella se consideran en el primer grado en que está Pedro; y la herencia se dividirá en tres partes iguales, una para Pedro, otra para los hijos de Juan, y otra para los tres de Diego, *d. ley* 3, *tit.* 11, *P.* 6.

Adviértase que no hereda á sus padres el hijo, á quien no considera la ley naturalmente nacido, ya por haber muerto recien nacido, ya por otra de las causas espresadas en *mis números* 1 y 2, *tit.* 2, *lib.* 1, *ley* 2, *tit.* 5, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, (13 de Toro): que los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio suceden juntamente con los legítimos, de cuyos derechos gozan en un todo, segun yo espresé en el *núm.* 2, *tit.* 5: y que en la línea de descendientes la representacion es infinita, esto es, no tiene término señalado; y de ahi es, que si falleciese un padre dejando á un hijo, y de otro hijo un biznieto, cuyo padre y abuelo fuesen ya muertos, sucederian igualmente al difunto su hijo y el biznieto, aquel por la sucesion en cabezas, y este por la en estirpes, *d. ley* 3. Las *leyes* 7 y 9, *tit.* 15, *P.* 4,

llamaban á suceder con los legítimos á los legitimados por rescripto del Rey ó por los otros dos medios espresados en el *número* 3, *tit.* 7, *lib.* 1; pero está derogada en esta parte por la *ley* 7, *tit.* 20, *lib.* 10, *Nov. Rec.*: de suerte que hoy suceden solo á favor de aquellos, como espliqué en *d. núm.* 2, *tit.* 5 *de este libro.*

Despues de los dichos entran á suceder á sus ascendientes los hijos naturales; pero para saber como suceden estos, conviene distinguir entre la sucesion intestada del padre, y la de la madre. La *ley* 11, *tit.* 13, *P.* 6, llamábalos á suceder á esta juntamente con los legítimos; pero fué derogada por *la* 5, *tit.* 20, *d. lib.* 10, *Nov. Rec.*, (9 de Toro). Esta llama á suceder á su madre, aunque tenga ascendientes legítimos, á sus hijos naturales y espúreos por su órden y grado, salvo los de dañado y punible ayuntamiento, y algun otro, mas es con la precisa condicion de que esté sin descendientes legítimos. Dejo esplicada latamente esta *ley* 5, *núms.* 2 y 3, *d. tit.* 5; asi omito detenerme mas en ella: y en el *núm.* 1, §. 3, *tit.* 3, *lib.* 1, quienes sean hijos naturales y espúreos. Al padre difunto que no dejó hijos legítimos ni legitimados, tienen derecho á sucederle los naturales *solo en dos partes* de las doce en que regularmente se divide la herencia, esto es, en el 6.° que deberán partir con su madre, *ley* 8, *d. tit.* 13. Pero adviértase, que si el padre hace testamento y dispone de dicha sesta parte, no tendrán derecho alguno á pedirla sus hijos naturales, porque la ley se las concede muriendo intestado, mas no contra la voluntad del padre, á quien no obliga ley alguna á dejárselas; es en apoyo de esta la misma *ley* 8, *verso penúltimo.* Bien que en todo caso tendrán derecho á pedir alimentos. No teniendo el padre parientes laterales dentro del 4.° grado, suceden los hijos naturales en todos sus bienes, segun esplicaré en el *núm.* 4.

En cuanto á los hijos adoptivos les dan derecho de suceder á su padre adoptante las *leyes* 8 y 9, *tit.* 16, *P.* 6. Pero nuestros intérpretes, atendiendo á las *leyes* 5, *tit.* 6, *lib.* 3, 1, *tit.* 22, *lib.* 4, *Fuero Real*, y á las 1 y 7, *tit.* 20 *de d. lib.* 10, *Nov. Rec.* (6 y 12 de Toro), juzgan que debe esto entenderse cuando el padre adoptante no tuviere hijos legítimos ó naturales legitimados, Gregorio Lopez, *glos.* 5 *de d. ley* 8, Pichard,

ley 3, *instit. tit.* 1, §. 4, *núm.* 4, por ser indudable que estos le deben heredar forzosamente con preferencia á todo otro. Por ser tambien los ascendientes herederos forzosos de sus descendientes, segun *d. ley* 1, (6 de Toro) Acevedo comentándola, *núm.* 66, es de dictámen que aquellos en la sucesion de estos escluyen á los hijos adoptivos que tuvieren. Es esto tan fundado, que no debe presentarse como opinion, sino como cosa espresa en la *ley* 1, en aquellas palabras, de que los ascendientes legítimos hereden ex-testamento y abintestato á sus descendientes en caso que estos no tengan hijos descendientes legítimos, *ó que hayan derecho de les heredar.* Por consiguiente toda persona que no sean estos, deben posponerse á aquellos. No falta quien diga, que en las últimas palabras, *ó que hayan derecho de les heredar*, deben comprenderse los hijos adoptivos; pero esto es falso á todas luces, porque el relativo *que* refiérese solo á descendientes, y aquellos no pueden decirse tales. Véase lo que dije en el *cit. núm.* 2, *del tit.* 5, sobre la esposicion que á ellas dan los comentadores.

Núm. 2. *De la cuarta marital, y sucesion de los cónyuges.* Este primer órden de suceder, al paso que escluye á los otros dos, admite con los descendientes á la muger del difunto, *que no tuviese de lo suyo con que poder vivir bien y honestamente:* la cual tiene derecho de heredar la cuarta parte de sus bienes, que no ha de montar mas de cien libras de oro. Del valor de estas libras puede verse á Covarrubias en el tratado de *veter. núm. col., cap.* 6. Antonio Gomez, *var. cap.* 4, *núm.* 6, y alli á Ayllon que cita á muchos. Gutierrez de *juram. confirmat. part.* 4, *cap.* 4, quiere que en esto se atienda la práctica de los Tribunales. Tiene derecho á heredar esta cuarta la muger, tanto que muriese su marido intestado como con testamento; á no ser que en este caso le dejase lo bastante con que vivir, aunque fuese menos que aquella: de modo, que la hereda siempre que aquel no la deje lo suficiente con que subsistir bien y honestamente: y debe sacarse no solo del quinto ó tercio sino de todos sus bienes, á pesar de tener el marido ascendientes ó descendientes, *ley* 7, *d. tit.* 13, *P.* 6. Parece á primera vista que debe hallarse derogada esta doctrina en las leyes posteriores de la Recopilacion que hablan de la

sucesion forzosa de padres é hijos; pero verdaderamente no se encuentra una que la ataque ni aun indirectamente. Adviértase que estará la muger obligada á reservar dicha cuarta parte de bienes en los mismos términos que los demas bienes recibidos de su marido, segun diré §. *siguiente*.

Con motivo de la cuarta marital, de que fué indispensable hablar, paso á espresar aqui, aunque con alguna inversion del órden, el nuevo derecho concedido á los cónyuges de heredarse uno al otro abintestato. Hállase establecido en la ley de bienes mostrencos, sancionada *en 9 de Mayo de* 1835. De su *art.* 2, *vers. segundo*, dedúcese, que despues de los parientes hasta el cuarto grado inclusive, y de los hijos naturales legalmente reconocidos, debe suceder al otro difunto el cónyuge no separado por demanda de divorcio al tiempo del fallecimiento; pero esto entiéndese con la condicion de que á su muerte los bienes raices de abolengo han de volver á los colaterales.

Núm. 3. *Segundo órden de suceder, ó de los ascendientes.* Faltando el primer órden de sucesion, entran á ella los del segundo, que comprende á los ascendientes del difunto, segun la proximidad de su grado: quiere decir, que en este órden no tiene lugar la representacion, sino que el mas cercano escluye siempre al mas remoto. Si alguno pues muriese sin tener ya padre, dejando madre y abuelos paternos, llevará la madre toda su herencia, *ley* 1, *d. tit.* 20, *lib.* 10, *Nov. Rec.* Y no debe hacerse division de bienes paternos y maternos, sino que todos se dividirán igualmente entre los que son de igual grado, *ley* 4, *d. tit.* 13, *P.* 6, salvo en las villas ó lugares en que segun fuero de la tierra se acostumbra tornar los bienes al tronco, ó la raiz á la raiz, *d. ley* 1, *al fin.* Habiendo esta costumbre en el caso puesto arriba, no heredaria la madre los bienes que su hijo heredára del padre procedentes de los abuelos, sino estos.

Si los ascendientes que han de heredar son abuelos del difunto, porque ya habian fallecido sus padres, adviértase que la division de sus bienes debe hacerse por líneas en partes iguales, aunque las personas sean desiguales en número; es decir, que si por parte de padre solo quedó un abuelo, y por la de

madre ambos abuelos, será la mitad de aquellos para el abuelo paterno, y la otra mitad para los maternos, *d. ley* 4. Será pues este modo de suceder medio entre los dos famosos de en estirpes, y en cabezas. No es en estirpes, porque no hay lugar á la representacion, escluyendo siempre el mas próximo al mas remoto: y no es en cabezas porque un solo abuelo de una parte saca tanto como los dos de la otra. Algunos autores le llaman en líneas.

A falta de ascendientes legítimos sucederán los naturales en los mismos términos que los hijos naturales suceden á sus padres, *ley* 8 *al fin, d. tit.* 13, *P.* 6.

Núm. 4. *Tercer órden de suceder, ó de los laterales.* Faltando descendientes y ascendientes en los términos esplicados, la ley llama á heredar al que murió intestado á sus parientes laterales, ó de travieso, que nunca llegan á concurrir por lo mismo con los ascendientes del difunto, aunque sean sus hermanos; *ley* 2, *d. tit.* 20, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, que corrige á *la* 4, *tit.* 13, *d. P.* 6, que llamaba á los hermanos de ambos lados y á sus hijos juntamente con los ascendientes.

No todos los parientes laterales existentes á su muerte tienen igual derecho á suceder al difunto, sino que la ley los llama por cierto órden. Suceden, pues, primero sus hermanos de ambos lados, esto es, por parte de padre y madre, y los hijos de algun otro hermano entero que haya muerto. 2.° Faltando estos, los hermanos de un solo lado, ó como solemos decir, medios hermanos, y sus hijos. Segun esto, si concurrieren hermanos de padre, ó sus hijos con hermanos de madre, ó los suyos, á heredar á un hijo de los dos padres, medio hermano por consiguiente de todos ellos, se dividirán sus bienes de modo que los paternos vayan á los hermanos de padre, y los maternos á los de madre; y los demas bienes se partirán entre todos ellos con igualdad, *leyes* 5 y 6, *d. tit.* 13. Pero adviértase, que aunque los hijos de los hermanos, segun espresé, tienen igual derecho á suceder á su tio, tanto que vivan otros hermanos de este, como que hereden solos, va mucha diferencia á suceder y partir los bienes entre uno y otro caso. En el segundo, ó cuando el difunto no dejó hermano alguno, y sí hijos de hermanos, le heredarán y partirán aquellos en cabezas, haciéndo-

se tantas partes iguales entre ellos cuantas son sus personas: y en el primero, ó cuando concurren con sus tios, suceden en estirpes; *ley* 5, *d. tit.* 20. Nótese con cuidado que, como queda indicado implícitamente en lo dicho, los hijos de los hermanos son preferidos en la sucesion del difunto á los tios de este, como lo prueba bien la *ley* 6, *d. tit.* 13, que despues de los hermanos y sus hijos llama á suceder al lateral difunto á los parientes mas cercanos, por sola la razon de mayor proximidad: y sea esta la 3.ª regla que se observe para conocer qué parientes son preferidos en la sucesion lateral. Por lo que se ha espuesto, se han formado dos axiomas dignos de tener muy presentes. 1.° *En la linea lateral la representacion no pasa de los hijos de los hermanos; y solo tiene lugar en ellos cuando concurren con sus tios.* 2.° *Tampoco pasa de los hijos de los hermanos el dar preferencia al mayor parentesco, ó su doble vínculo*, esto es, tenerlo por parte de padre y madre respecto del que solo le tiene por un lado.

Debo advertir, pues es muy fácil incurrir en errores y equivocaciones peligrosas, y conviene tener muy presente, que lo dicho de suceder en representacion de sus padres los sobrinos á los tios, tiene lugar tan solo en la sucesion intestada de que voy hablando; pero no en la por testamento, á no ser que en este fuesen instituidos herederos tambien los mismos sobrinos; bien que en este caso, ya no cabe decir que sucedan en representacion, sino por derecho propio. De ahí es que, cuando uno instituyó por herederos á sus hermanos, y viviendo aun él, murieron algunos dejando hijos, estos no sucederán, y sí solos sus tios, hermanos del instituyente que sobrevivan. Asi Febrero, 1 *part.*, *cap.* 1, §. 20, *núm.* 230, fundado en lo dicho de no haber representacion en la sucesion *ex testamento*, y en que del que está vivo no hay herencia, legados, ni otros derechos que trasmitir á los herederos.

Dije que despues de los hermanos y sus hijos, son llamados á heredar en la sucesion lateral los otros parientes de travieso, segun su mayor proximidad. Pero esto, hoy, debe entenderse hasta el cuarto grado inclusive; pues despues son llamados á suceder, 1.° los hijos naturales legalmente reconocidos, y sus descendientes por lo respectivo á la sucesion de su padre, y

sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos para suceder á la madre. 2.º El cónyuge en los términos dichos en el *núm. antec.* Y á falta de todos los dichos, por el órden espresado, entran á heredar los demas colaterales desde el quinto hasta el décimo grado inclusive, computados civilmente al tiempo de abrirse la sucesion, *art.* 2 *de la cit. ley de 9 de Mayo de* 35.

Segun esto dejó de existir la duda de si la sucesion lateral en España debia pasar del cuarto grado y llegar al décimo.

Por lo que va dicho al principio de *este núm.*, échase de ver cuan errada es la opinion de Antonio Gomez, *ley* 8 *de Toro, núm.* 14, de que, cuando concurren laterales descendentales con laterales ascendentales á dividirse la herencia de un lateral comun, es decir, de un tio y sobrino respectivo, estando en igual grado, son siempre preferidos los primeros; pues, como vimos, las *leyes* 5 y 6, *tit.* 13 *d.*, solo prefieren á los hermanos y sus hijos con esclusion de los tios del difunto, aunque estos estén en igual grado con ellos; mas despues llaman con igualdad á todos los parientes sin atender á otra cosa que á su proximidad.

Núm. 5. *Sigue lo mismo respecto á la sucesion de los laterales naturales, y de la de los religiosos.* Lo hasta aquí dicho de la sucesion entre los laterales, debe observarse entre los legítimos, ó los legitimados, ya sea por rescripto del Rey, ya por los otros dos medios espresados en las *leyes* 6 y 7, *tit.* 15, *P.* 4, que espliqué en el *núm.* 3, *tit.* 7, *lib.* 1, pues las *leyes* 7 y 9, *d. tit.* 15, y 7, *tit.* 20, *lib.* 10, *Nov. Rec.* (12 de Toro) les igualan en un todo á aquellos para suceder á sus parientes, y en los honores y dignidades. Pero si el difunto, ó el que lo ha de suceder fuere ilegítimo, obsérvanse muy distintas reglas. Cuando el que murió era hijo natural, y no tenia ascendientes ni descendientes, entran á sucederle: 1.º Los hermanos de madre y sus hijos. 2.º A falta de estos, los hermanos de padre y los suyos, con la circunstancia, que si algunos de estos son legítimos, tienen preferencia y escluyen á los ilegítimos, *ley* 12, *d. tit.* 13. Comentando esta ley Gregorio Lopez, dice en su *glosa* 2, que en la sucesion del hermano natural por parte de madre deben ser preferidos sus hermanos legítimos, fundado

en su *versículo Fueras ende*, y *sig.*; que como acabo de decir, lo dispone así en cuanto á los hermanos por parte de padre. Pero no veo una razon en que pueda fundarse esto; por el contrario, en la misma *ley* 12, y en *su anter. la* 11, encuéntranse razones poderósas para contradecir dicha opinion. Efectivamente esta última, admitiendo á los hijos ilegítimos para suceder á su madre en concurrencia con los legítimos, da una prueba de que con mayor razon deben admitirse á la sucesion de sus parientes laterales; y de que tal es el espíritu de la *ley* 12, al llamar para suceder á un hermano natural, á los otros sin restitucion alguna. Y aquí debo notar que esta ley no distingue si los que sucedan al hermano natural han de ser hijos naturales de su comun madre, ó si pueden suceder tambien los otros hijos espúreos que esta hubiese tenido. Parece debe decirse esto último, atendido á que dicha *ley* 11, en la sucesion de su madre, los admite á todos, esceptuados los incestuosos y sacrílegos. Dice mas Gregorio Lopez, *glos.* 3 *de d. ley* 12, y lo mismo nota Antonio Gomez, *ley* 9 *de Toro*, *núm.* 50, que los hermanos ilegítimos por los dos lados escluyen á los que lo son solamente por uno, cuya opinion parece conforme, atendido á que en la sucesion de los legítimos disponen esto las leyes, como vimos al *principio del número anterior*.

Si se trata de suceder á un legítimo, que no dejó parientes legítimos, si no solo naturales, le heredarán únicamente los que lo son por parte de madre, *d. ley* 12 *al fin;* y los parientes por parte de padre estarán del todo escluidos, aunque sean hermanos, segun está espreso, á no dudarlo, en la misma *ley*, *vers. Otro si.* Apoyado con razon en este, defiende el Señor Sala, *núm.* 9 *de este tit.*, esta opinion contra Gregorio Lopez, que en *la glos.* 7, y Antonio Gomez, *d. ley* 9, *núm.* 48, quieren sostener lo contrario. Pero ademas de que la de estos no puede acomodarse á la letra de *d. vers. Otro si*, es muy débil y despreciable el argumento en que la pretenden fundar, de que la sucesion debe ser recíproca, y que por ello sucediendo el hermano legítimo al natural, como hemos visto, debe este suceder á aquel: porque si hubiese sido la intencion de la *ley* 12 establecer aqui la reciprocidad, lo hubiera espresado, como lo espresó la *ley* 8, *del mismo tit.* 13, hablando de la lí-

nea recta. Ni se comparan aqui naturales con naturales, como en *d. ley* 8, si no naturales con legítimos: y es bien sabido ser mejor la condicion de estos; y tal la hace la *misma ley* 12, por lo que puede creerse que quiso esta desigual sucesion. Por otra parte, aunque es regular que esta sea recíproca, no siempre sucede así: en el adoptado por otro, que no sea ascendiente suyo, vemos ser aquel heredero de este, y no al contrario.

Con respecto á la sucesion de los ex-religiosos, es preciso advertir que, aunque por una pragmática de 1792 se prohibió suceder á los de ambos sexos á sus parientes abintestato, no dejaban por eso de ocurrir innumerables pleitos en los tribunales, ocasionados ya de la sucesion *ex testamento*, de que pretendian no estar escluidos, ya de las renuncias que solian hacer antes de profesar, llenas de dificultades, y ya por los conventos, que en fraude de las leyes aspiraban á la sucesion en nombre de sus individuos. Pero la mayor parte de estas cuestiones han cesado desde que fueron espelidos de aquellos á últimos del *año de* 1836, con habilitacion para adquirir en los mismos términos que los eclesiásticos seculares, *ley de* 29 *de Julio de* 837, *art.* 38: y como estos en España suceden tanto *ex testamento*, como abintestato en un todo como los legos, los esclaustrados por esta razon observarán en las sucesiones de cualquiera clase de sus parientes la doctrina esplicada *en este y anteriores títulos.* Pero adviértase con cuidado, que su habilitacion para adquirir entiéndese solo con respecto á las herencias que vacasen desde el momento de su espulsion de los conventos; y no á las que pasáran ya á sus parientes en fuerza de su anterior incapacidad para suceder, *art.* 38 *d.*

Núm. 6. *A quiénes y cómo se han de entregar los bienes de los que mueren intestados; y resúmen de este* §. 1. En la *ley* 11, *tit.* 20, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, mandada observar aunque haya costumbre inmemorial en contrario, ordénase que los bienes de los intestados se entreguen enteramente sin deduccion alguna á los parientes á quienes pertenezcan por derecho de sucesion: que estos parientes deben hacer el entierro, exequias, funerales y demas sufragios, que se acostumbran en el pais, con arreglo á la calidad, caudal y circunstancias del difunto: y que solo en el caso de no cumplir con esta obligacion los he-

rederos, se les compela á ello por sus propios jueces, sin que por dicha omision y para el efecto referido, se mezcle ninguna justicia eclesiástica ni secular en hacer inventario de los bienes. Lo que deba hacerse de la herencia intestada de aquel, que habiendo nombrado comisario para testar, no se efectuó que este testára, queda espuesto en el *tit.* 4, §. 1, *núm.* 9.

Reasumido lo esplicado en *este* §. 1, con arreglo al órden hasta aqui seguido, resulta de su *núm.* 1, quién debe decirse intestado; que esta sucesion en la actualidad se funda en el mútuo amor de unas personas á otras, que arreglado á esto el primer órden de suceder es el de descendientes, quienes siendo hijos suceden por cabezas, y si nietos ú otros, en estirpes del modo allí esplicado; que en esta sucesion son preferidos, 1.º los descendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio; 2.º los legitimados por los otros modos, y faltando unos y otros los naturales y espúreos en la de la madre en los términos allí dichos, y los primeros de estos en la 6.ª parte de la del padre, á no ser que en la muerte intestada de este no quedase pariente alguno suyo dentro del cuarto grado, que entonces suceden en toda la herencia; y que los hijos adoptivos hoy deben posponerse en la sucesion de su padre adoptante á los descendientes y ascendientes que sean herederos forzosos de este: del 2, que la muger pobre, á quien su marido no deja lo bastante con que poder vivir bien y honestamente, tiene derecho á levantar la cuarta parte de sus bienes, muriese testado ó intestado; la que debe salir de todos ellos; y que los cónyuges suceden uno al otro abintestato despues de los parientes dentro del cuarto grado y de los hijos naturales, bien que en los bienes raices de abolengo, solo es por dias de vida: del 3, que el segundo órden de suceder es el de los ascendientes, en que no tiene lugar la representacion, si no que el mas próximo es preferido al mas remoto, sin que se haga division de bienes paternos y maternos, esceptuados los sitios en que se acostumbráre; que estando en igual grado el ascendiente por una línea saca la misma parte de herencia que los dos de la otra, por lo que se llama esta sucesion en líneas; y que los ascendientes naturales y espúreos suceden á sus descendientes en los mismos términos que estos á ellos; del *núm.* 4

que en el tercer órden de suceder ó de los laterales legítimos son preferidos: 1.° Los hermanos de ambos lados y sus hijos: 2.° Los de un solo lado y los suyos, con la circunstancia que si concurrieren medios hermanos de dos lados á heredar á otro, que respecto de todos ellos lo es entero, los bienes que este heredó de cada padre los llevan solo los hijos de este, y los demas se dividen con igualdad: 3.° Faltando hermanos y sus hijos, suceden los otros parientes laterales ó ascendentales, segun su mayor proximidad; que los hijos de los hermanos cuando suceden entre sí, lo hacen en cabezas, y cuando en concurrencia con sus tios en estirpes, en representacion de sus padres; que esta tiene solo lugar en la sucesion *abintestato*, y no en la ex testamento; y que, aunque la sucesion lateral llega al décimo grado, despues del cuarto son preferidos los hijos naturales y los cónyuges: del *núm.* 5 resulta, que en la sucesion lateral de los ilegítimos son preferidos: 1.° Los hermanos de madre y sus hijos, sin distincion, segun la opinion mas probable, de que sean legítimos ó ilegítimos: 2.° Los hermanos de padre y los suyos; y entre estos son preferidos los legítimos, tambien parece que deben serlo los ilegítimos que lo son por ambos lados, á los que lo son solamente por uno, sea en laterales de madre ó de padre; que son llamados á suceder á un legítimo, que no dejó mas que hermanos naturales, solo los que lo son por parte de madre; y que están enteramente escluidos los que por la de padre; que los ex-religiosos de ambos sexos hoy suceden en un todo como las demas personas: y por último *del* 6 resulta, que no tienen en qué mezclarse las justicias eclesiásticas en los bienes de los interesados, á pretesto de entierros, ni otra cualquier cosa.

§. II.

Reservaciones de los Cónyuges.

Número 1. *Qué entendemos aqui por reservacion; y en qué se funda hoy su establecimiento.* Por cuanto en los bienes que los padres, casados segunda vez, están obligados á re-

servar á sus hijos del anterior matrimonio, suceden estos por derecho de sucesion intestada, de suerte que verdaderamente los reciben en fuerza del tal derecho, no del padre reservante, sino del otro de quien primitivamente fueron, pareció al Señor Sala ser este el lugar mas oportuno para tratar la materia de que vamos á ocuparnos brevemente. Por la misma razon me pareció conveniente seguir su órden.

Consiguiente á esto digo, que por reservacion entendemos aqui la obligacion que tiene el cónyuge, que se vuelve á casar, de reservar para los hijos del anterior matrimonio ciertos bienes, que luego espresaré. Usé de la palabra cónyuge, y de ella debe usarse en este tratado, porque la obligacion de reservar es la misma en el marido que en la muger, como establece espresamente la *ley* 7, *tit.* 4, *lib.* 10, *Nov. Rec.*; y asi lo que se diga del padre entiéndase tambien de la madre, y al contrario.

Antes de hablar de las cosas, que están sujetas á la reservacion, juzgo conveniente examinar por qué razones se halla hoy establecida esta. En algunos puntos, que tuve que tocar en el discurso de esta obra, no dudé, confiado en la indulgencia de mis lectores, en rebatir opiniones recibidas comunmente por los autores: en el presente, me hallo en igual caso. En todos cuantos he leido sobre esta materia, incluso el Sala, he visto adoptado, sin ponerlo en duda siquiera, el principio contrario del que voy á sentar, de que casi todos deducen las mismas consecuencias, á las que por consiguiente, como á aquel tendré que oponer otras. Dicen que la reservacion es una pena impuesta tan solo por no guardar el superstite mas respeto y decoro á la memoria del cónyuge difunto; á lo cual substituyo, *que la reservacion en la actualidad está introducida, no por pena, sino tan solo por favor de los hijos del anterior matrimonio;* favor y atencion la mas justa é indispensable. Bien que algun dia, en los tiempos en que se pensaba que penaba el alma del difunto y se contristaba por saber en la otra vida que se volviera á casar el superstite, *Febrero*, 2.ª *part.*, *lib.* 2, *cap.* 5, *núm.* 4, pudiese la reservacion ser introducida principalmente con ese objeto; hoy no cabe decir esto, muy otro es el blanco de las leyes al mandarla. En primer

lugar, se convence que no es tal pena por las muchas nuestras que desde la publicada por D. Enrique III en 1400, es la *ley* 4, *tit.* 2, *d. lib.* 10, *Nov. Rec.*, prohiben incurra en alguna la viuda, que pasa á segundas nupcias; pues á mirar la reservacion como castigo, la prohibirian por aquella razon. Mas tan lejos de eso ésta la recomiendan á pesar de todo. Segun la legislacion antigua solo la muger era infamada por pasar á segundas nupcias, y hoy, segun dejo dicho, tanto está obligada á la reservacion ella como el marido: solo se la castigaba casándose dentro del año de viudez, hoy deben reservar por mucho que tarden en casarse. Hay mas: los mismos autores, que impugno, afirman que no están sujetos á la reservacion los cónyuges casados segunda vez, si no hay hijos del anterior matrimonio; pues si solo se incurre en pena de casarse segunda vez por el ningun respeto guardado á la memoria del marido, ¿qué mas dará el que quedasen ó no quedasen hijos? Vistas estas razones y otras, tengo por indudable que hoy la reservacion está introducida por favor de los hijos; la que lejos de restringirse debe ampliarse en obsequio de estos.

Núm. 2. *Quiénes están sujetos á la obligacion de reservar; y cuando cesa esta.* Como dejo indicado en el *núm. ant.*, están obligados á reservar las cosas que veremos para los hijos del anterior matrimonio cualquiera de los cónyuges que sobreviviendo al otro se volvió á casar, *d. ley* 7, *tit.* 4, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, (15 de Toro), y 26, *tit.* 13, *P.* 1: y aunque la *ley* 23, *tit.* 11, *P.* 4, impone igual obligacion á los cónyuges de reservar á sus hijos lo que hubiesen recibido uno del otro; sin mentar el que esto sea solo volviendo á casarse, no debe tener lugar, atendido á que las *leyes* 7 y 26 *citadas*, posteriores á ella, suponen el que se celebre segundo matrimonio, á que permaneciendo viudos falta el motivo en que se funda la reservacion, y á la opinion generalmente recibida sin cosa en contrario. Hay empero un caso en que se cuestiona si está sujeta á la reservacion, ó á algo mas, esto es, á perder los bienes, aun sin pasar á segundo matrimonio la muger, y es, cuando despues de viuda vive lujuriosamente. Acevedo en *d. ley* 7, *tit.* 4, *lib.* 10, *núm.* 10, defiende la opinion afirmativa, á que se inclina el Sr. Sala, *núm.* 16; y Antonio Gomez, *ley* 15 *de Toro*, *núm.*

16, *al principio*, está por la negativa, al paso que al *último* dice, que la tal viuda debe perder y pasar á los herederos del marido todo cuanto hubiese recibido de este, y cita la *ley* 9, *tit.* 12, *lib.* 3, *Fuero Real*, que efectivamente lo ordena asi. Aunque puede decirse que falta probar la práctica de esta *ley*, y que no habla de los bienes que hubiese heredado de sus hijos, los que hay tambien obligacion de reservar; á pesar de eso parece muy regular que perdiendo la viuda lujuriosa los gananciales, que son suyos, con doble razon debe perder lo heredado ó habido de su marido é hijos, á quienes ofende con su conducta. Empero rara vez ó nunca tendrá esto efecto por la imposibilidad de la prueba.

Nótese que dije para los hijos del anterior matrimonio, ó descendientes suyos, porque faltando estos, aunque no sé de ley que lo diga espresamente, es indudable que cesa la obligacion de reservar, atendido á que esta solo tiene por objeto la utilidad de aquellos, y á que asi lo suponen las *dichas leyes* 7 y 26.

Cesará tambien la obligacion de reservar segun la opinion de los autores, véanse Acevedo y Matienzo, *d. ley* 7, Gomez y Llamas Molina, *ley* 15, Febrero. *d. cap.* 5 y otros, cuando el cónyuge sobreviviente se casa segunda vez con licencia del príncipe, con el beneplácito que el premuerto le hubiese concedido al efecto, ó si contrajese matrimonio de consentimiento de los mismos hijos, á quienes habia de aprovechar la reservacion. Fundándose esta opinion solo en el principio que combatí en el *núm. ant.*, de que, siendo la reservacion una pena impuesta por la injuria que hace en casarse el sobreviviente al premuerto, si esta se le remite debe por lo mismo cesar la pena, creo que, establecida hoy aquella solo por favor de los hijos, cesará tan solo cuando estos conceden á su padre, que se vuelve á casar, licencia para disponer de los bienes que debia reservarles. Por lo demas, el príncipe ó el otro cónyuge podrian remitir su injuria; mas no privar de un beneficio tan grande á sus hijos.

No debo omitir aqui el pensamiento que se me ocurre (pues creo se verá con bastante frecuencia) de si debe concluir la obligacion de reservar, cuando el cónyuge que contrajo segundo matrimonio queda nuevamente viudo y sin hijos de es-

té, siempre, ó mientras que no contraiga otro nuevo. Me parece no sería un despropósito sostener la opinion afirmativa, atendido á que en este caso concurre de lleno y con evidencia la razon porque se dice que no tiene lugar la reservacion cuando el cónyuge sobreviviente no se vuelve á casar.

Núm. 3. *Qué cosas están sujetas á la reservacion.* En primer lugar debe tenerse presente, que no está obligado á reservar el cónyuge que se casa segunda vez ningunos de cuantos bienes pueda tener, siempre que no los hubiese de su anterior marido, ni de los hijos ó parientes de este. Por esta consideracion de que no los adquiere por ellos, sino por derecho propio, no estará obligado á reservar los gananciales que le perteneciesen del anterior matrimonio, *ley* 6, *d. tit.* 4, (14 de Toro).

Pero tiene lugar la reservacion en cuantos adquiriese del cónyuge difunto por cualquier título que fuere, siendo lucrativo, ó bien universal, como sucesion de herencia testada ó intestada, ó singular, aunque sea el de arras, *leyes* 26, *d. tit.* 13, *P.* 5, y 1, *tit.* 2, *lib.* 3, *Fuero Real.* De los bienes que hubiesen donado á un cónyuge los parientes ó amigos del otro, no parece infundado el decir que deben reservarse, porque, como vimos, *lib.* 1, *tit.* 5, §. 1, supónense donados y adquiridos por él ó por consideracion suya, Gomez, *ley* 15 *de Toro*, *núm.* 7, Alvarez Posadilla en *la misma* lleva la contraria opinion por la razon bastante poderosa de que *d. ley* 15 habla solo de las cosas habidas de su anterior marido, ó heredadas de sus hijos, y que como ley penal, lejos de ampliarse, debe restringirse.

En cuanto á la obligacion de reservar el cónyuge, que se vuelve á casar, los bienes heredados de alguno de sus hijos, que se nota en *d. ley* 15, *tit.* 4, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, encuentro la mayor obscuridad. Por una parte *esta ley* supone que la muger casada segunda vez tenia obligacion de reservar á sus hijos del matrimonio anterior los bienes que hubiese heredado de alguno de ellos; y por otra nótase que no se halla en los códigos españoles alguna que especifique y nos conduzca á saber si en esta espresion deben comprenderse los adquiridos por herencia testada é intestada, y aun por otros títulos, ó si solo los que por la intestada, como dicen los autores, véanse Posadilla y

Gomez, *en d. ley* 15, y los que este cita, Sala, *núm.* 14, y Febrero, *d. cap.* 5. De modo que en este punto no tenemos otra guia que las sentencias de estos. Si atendemos á ellas, no debe estenderse la reservacion á los bienes que los padres hubiesen heredado de sus hijos por testamento, donacion, ú otro título de esta clase, y sí solo á los que por sucesion intestada, y de esta aun esceptúan algunos aquellos que el hijo tuviese sin haberlos heredado de su padre ó madre difunto. Pero yo creo que en este particular debemos oir con mucha desconfianza semejantes dictámenes, por fundarse en la idea tan establecida entre ellos de que la reservacion como pena debe restringirse. Segun esto, contemplo fundado el decir, y puede que incurra en un error, que deben los padres reservar de los bienes habidos de sus hijos todos los heredados, sea que estos los tuviesen por herencia del cónyuge premuerto ó no, y tanto por herencia testada como intestada. Suponiendo la *ley* 7 *d.* que la madre debia reservar lo heredado de aquellos, no comprendo por qué razon se hace diferencia entre herencia testada é intestada, pues creo que este epíteto *heredados* conviene y comprende del mismo modo á los habidos por una y por otra. Atendiendo á que no cabe decir esto de lo que pasa del hijo difunto al padre casado segunda vez por otro título que no sea el de herencia, no me opondré á que no debe estar sujeto á la reservacion.

Suscítase tambien la duda de si esta comprende las donaciones remuneratorias hechas por un cónyuge al otro; sobre la que me limito á decir se tenga presente que, como vimos en *d. tit.* 5, §. 1, las tales donaciones ordinaria y regularmente mas bien deben decirse título oneroso que lucrativo, y que solo lo que se tiene en razon de estos está sujeto á aquella.

Núm. 4. *Derechos de los padres y de los hijos en los bienes reservables.* La obligacion de reservar en los padres no se estiende á mas que á conservar para sus hijos del anterior matrimonio la propiedad de los bienes que vimos están sujetos á ella, *d. ley* 7, (15 de Toro); pero su usufructo y administracion le conservarán durante su vida; aunque sus hijos del anterior matrimonio sean casados velados, pues el que pasa á es-

tos, segun la *ley* 7, *tit.* 3, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, es el del peculio adventicio. De esto resulta, que el tal usufructo es el único derecho que los padres tienen en los bienes reservables; que de ningun modo les asiste el de poder enagenarlos. Con todo, como puede suceder que á pesar de eso lo hagan, forzoso es examinar qué derecho incumbe en este caso á los hijos.

Al efecto conviene distinguir las enagenaciones que hiciesen antes de contraer el segundo matrimonio, y las que despues de efectuado. Estas son sin duda alguna nulas; pero al mismo tiempo la *ley* 24, *tit.* 13, *P.* 5 dispone, que aquellos, antes de reclamar lo enagenado del que lo tiene, deban primero hacer escusion y buscar la correspondiente indemnizacion en los bienes del padre enagenante, repudien ó acepten su herencia; y que á falta de estos puedan dar contra el otro, con tal y siempre que repudiasen la herencia, como se nota en las últimas palabras de *d. ley* 24, que lo funda en que declarándose los hijos herederos de sus padres, les es forzoso estar y pasar por sus contratos. Las enagenaciones hechas antes de contraer segundo matrimonio, como celebradas cuando todavía no les afectaba la obligacion de reservar, parece no puede dudarse el que son válidas; pero creo cabe la duda de si debe indemnizarse por ellas á los hijos como en el caso anterior. Tanto Posadilla en la *ley* 15 *de Toro*, como Antonio Gomez, *núm.* 5 *al fin*, sientan la opinion afirmativa, á que no me opondré abiertamente; pero debo sí decir que no deja de haber razones que apoyen la contraria. La obligacion de reservar en tanto pesa sobre los cónyuges en cuanto se casaron segunda vez; por consiguiente, mientras no lo hicieron no les ligaba semejante traba, ni los hijos tenian derecho alguno, como nadie puede negar. Pues ¿qué es lo que se lo da despues? El segundo matrimonio, oigo decir. Pero este, mejor dicho la ley, por haber mediado él, les concede solo el de que aquella ate las manos de sus padres despues que se efectuó, no antes. Para decirlo en mas breves palabras, la obligacion de reservar y todos sus efectos tienen valor y cabida para despues de contraido el segundo matrimonio, pero no respecto á lo hecho antes de él; salvo siempre los fraudes que puedan mediar. No deja de apoyar esto mismo la razon de que parten las leyes en

lo que disponen sobre las reservaciones, la que tiene buena aplicacion en las enagenaciones hechas durante el segundo matrimonio, mas no asi en las que antes.

Consecuencia de lo que asenté al principio de *este núm.*, que los padres ningun otro derecho tienen, que el de usufructo y administracion de los bienes reservables, es el que estos deben dividirse con igualdad entre los hijos del anterior matrimonio, sin que aquellos puedan dar mas á uno que á otro, Gomez *al fin del núm.* 3.

Debo advertir en conclusion que, aunque conserva la madre el usufructo de los bienes que tiene de su difunto marido durante su vida, no se entiende y debe limitarse esto cuando los pierde por su vida lujuriosa, pues entonces como que se le sacan en pena, hay derecho á privarla de ellos tan pronto como se le pruebe su delito.

Núm. 5. *Resúmen del* §. 2. Por lo en él esplicado sabemos, *núm.* 1, qué sea reservacion y que hoy no tiene por objeto penar al cónyuge casado segunda vez, sino favorecer y evitar perjuicios á los hijos del matrimonio anterior: que están sujetos á aquella los cónyuges solo cuando contraen segundo matrimonio, y la viuda que vive lujuriosamente, la que con mas propiedad debe decirse está obligada á perder los bienes que tuviese de su difunto marido; que no hay la obligacion de reservar no habiendo hijos del anterior matrimonio, pero que es dudoso si cesa tambien cuando el segundo se contrajo con licencia de estos, con la del príncipe ó del anterior consorte, ó despues de haber quedado nuevamente viuda sin hijos del segundo matrimonio, *núm.* 2: en *el* 3 vimos, que los cónyuges no tienen obligacion de reservar los bienes que son de su privativa pertenencia, ni los gananciales; pero sí todos los habidos de su anterior consorte por título lucrativo de cualquier clase que sean este ó aquellos, y los heredados de sus primeros hijos; y que es dudoso si en estos deben comprenderse los provenientes de sucesion testada, y si en los habidos del otro cónyuge lo donado por los parientes ó amigos de este, y si deben reservarse las donaciones remuneratorias: y por último en *el* 4, que los padres en los bienes reservables ningun otro derecho tienen que el de usufructo y administracion,

y por consiguiente que son nulas las enagenaciones que de ellos hagan durante el segundo matrimonio, de las que caso de efectuarse, deben los hijos del anterior ser indemnizados en los términos en él dichos; que puede dudarse si esta indemnizacion tiene lugar respecto á los enagenados antes; que los bienes reservados deben dividirse con igualdad entre aquellos; y que la viuda lujuriosa pierde el usufructo de cuanto tuviese de su difunto marido tan luego se le pruebe su delito.

TÍTULO VIII.

ADICION Y PARTICION DE HERENCIA.

Títulos 6 y 14, P. 6 y 21, lib. 10, Nov. Rec.

§. I.

De la adicion de herencia; y formacion de su inventario.

Número 1. *Qué sea adicion de herencia, y de qué modos puede hacerse.* Por adir la herencia entiéndese en derecho el aceptarla ó manifestar la voluntad en que está de ser heredero el que es llamado á ella, ya sea por testamento ó abintestato. Asi adicion de herencia, segun el mismo nombre dice, es *su aceptacion por el que la ley ó el testador destinaron para ella.*

El heredero, tanto que lo sea ex testamento como abintestato, puede admitir la herencia en voz y por palabras, diciendo llanamente que la quiere; á cuyo modo de admitirla llamaron los romanos simplemente *adicion:* y puede manifestar su voluntad de aceptarla, aunque no la esprese con palabras, por medio de hechos; cuando se conduce como heredero y dueño de los bienes, haciendo actos ó gestiones que solo competen al que lo es, y no puede hacer sin que sea visto haberla aceptado; *v. g.* entrar en la posesion de aquellos, vender ó dar órden para la venta de algunos, labrarlos, arrendarlos, dis.

frutarlos ó usar de ellos como dueño, cumplir la condicion con que fué instituido, transigir algunos créditos de la herencia, comparecer en juicio como tal heredero, y practicar otros actos, por los cuales se prueba su adicion, *ley* 11, *d. tit.* 6, *P.* 6. A este modo de admitir la herencia se llama *gestion proheredero*. Pero es de advertir que, si practica algunos actos de estos, no con ánimo de aceptarla, sino de evitar el estravío ó pérdida de algunos bienes de ella, como dar de comer á los ganados, pedir en juicio á fin de interrumpir la prescripcion, por tal uso como este, no se diria que quiso mostrarse heredero; y debe protestarlo asi delante de algunos testigos ó del Juez, para que no se le irrogue perjuicio, como encarga *d. ley* 11, *tit.* 6, *P.* 6. Segun esto último, déjase ver, que puede el heredero practicar algunos hechos, sin que por ellos se crea acepta la herencia, y puede obligársele á solventar sus cargas; lo que envuelve dudas no pequeñas en muchos casos, en que aquellos arrepentidos de haber gestionado como herederos, y tal vez despues de aprovecharse de la herencia, se acogen al efugio, que la ley les presenta, de decir que lo hicieron con el fin, no de aceptar la herencia, sino de que esta no se desperdiciase ¿Y debe bastar este dicho suyo aislado, para declararles no herederos, y libres de la responsabilidad que puede afectarles como tales? De ningun modo: si gestionaron como herederos, por tales tienen que pasar, teniendo derecho á serlo. ¿Y qué medio hay entonces para poder conocer cuando su salida es dictada por la mala fé? Presentan varios los autores, que pueden verse en el Sr. Escriche, *palabra aceptacion de herencia*; pero todos ellos no aumentan nada ó bien poco al que vimos se deduce de las palabras de la *ley* 11: siempre que los actos que practique sean propios solo de un heredero, del dueño y señor de la herencia, debe tenérsele por tal, á no protestar lo contrario.

Por los mismos dos modos que puede el heredero admitir la herencia puede desecharla, esto es, en voz ó por hechos que manifiesten su voluntad de no querer ser heredero, *ley* 18, *d. tit.* 6. Desechando un descendiente la herencia de su ascendiente, puede entrar en ella dentro de tres años, si las cosas pertenecientes á la misma no hubiesen sido enagenadas,

en cuyo caso tan solo podria entrar siendo menor de 25 años, *ley* 20, *d. tit.* 6.

Segun la legislacion de Partida, conforme con el Derecho Romano, ni valia la institucion de heredero, *ley* 15, *tit.* 3, *P.* 6, ni la adicion de la herencia desde ó hasta tiempo cierto, *ley* 15, *tit.* 6 *d.* En el *tit.* 3, §. 1, ya vimos que la *ley* 1, *tit.* 18, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, tantas veces citada, derrocó la disposicion de no poder ser uno instituido heredero desde ó hasta tiempo cierto; de consiguiente valdrá hoy la adicion de herencia del mismo modo. ¿Y podrá tambien admitirse bajo condicion? ¿ó deberá hacerse simplemente? El Sr. Escriche dice, que no puede interponerse condicion al admitir una herencia; y efectivamente media muy diversa razon. El adir la herencia bajo condicion, sería al mismo tiempo no adirla, pues es evidente que la interposicion de aquellas suspende el cumplimiento de las cosas. Agréguense á esto los perjuicios que de ahí se seguirian á los interesados contra la herencia, á quienes, siendo admisible la adicion condicionalmente, se obligaria indirectamente á suspender sus reclamaciones. No se crea que en lo dicho quiero reprobar la espresion tan frecuente en las admisiones de herencia de que se ade con ó bajo el legal beneficio de deliberar, ó con el de inventario, de que luego hablaré; pues esta es una verdadera adicion pura y simple, y lo único que quiere espresar el aceptante á beneficio de inventario, es que sean de cuenta de sola la herencia las cargas y deudas que sobre ella pueden pesar.

Núm. 2. *Qué efectos produce la adicion.* En el principio del *tit.* 6, *P.* 6, dáse por supuesto que el que admite una herencia, queda obligado á sus cargas por sola la adicion. Quedando sujeto á estas, es justo y consiguiente que se haga por la misma dueño de aquella. Efectivamente en Derecho Romano asi se hallaba establecido; y esto mismo debe sentarse como principio de la legislacion española, deducido de varias de sus leyes, aunque ninguna lo ponga espresamente. Díganlo sino *el proemio citado*, y la *ley* 11 *del mismo tit.* 6, que dice, *que debe tenerse por verdadero heredero al que adió la herencia de palabra ó gestionó como tal:* y esta palabra verdadero heredero ¿no equivale aquí á la de verdadero dueño? Con todo, nece-

sita esto esplicacion por la contradiccion en que aparece estar con otras leyes de Partida.

En el *tit.* 14, *P.* 6, que habla de la entrega de la herencia, lejos de encontrarse ley que esprese que por sola la adicion se gane esta, su *ley* 1 dice, que cuando un heredero recurre al juez con un título fehaciente, por donde prueba fué instituido tal, demandando le entregue ya su posesion y tenencia (cuya accion debe entablarse en uso del remedio *quorum bonorum*, con arreglo á la *ley* 3, *tit.* 34, *lib.* 11, *Nov. Rec.*, véase *glos.* 1, *á d. ley* 1), ya la propiedad, (por la accion de peticion de herencia, *glos.* 3) debe aquel entregársela; y que esta entrega tiene gran pro al heredero, porque gana luego el señorío de la herencia, cuando se hace con derecho. De estas últimas palabras parece que debe inferirse, que por sola la adicion no se adquiere el señorío de una herencia, contra lo que vimos que ordena la *d. ley* 11, *tit.* 6, sino que es necesaria judicial entrega de ella. Pero yo creo que se encuentra la interpretacion y concordia de estas dos leyes en *la primera y siguientes de d. tit.* 14. Todas ellas hablan de la entrega de la herencia, que uno pide por ante el juez contra otro que la posee ó detenta ilegítimamente; y en este caso y sentido sin duda dice *d. ley* 1, que gana el señorío de la herencia, que pide, luego que con derecho es posesionado de ella: cuyo señorío es muy justo que no lo gane antes, porque siendo dudoso si le pertenece ó no, puesto que tambien otro la pide, el juez, ó por su medio la ley, debe decidir á quien corresponde. El que tiene testamento ó título legítimo por donde aparece que debe ser suya la herencia, de que otro es poseedor, diremos que tiene derecho á pedirla; pero no que sea verdadero dueño suyo. Si la *ley* 1, *d. tit.* 14, habla de cuando el que quiere ser heredero no poseia la herencia, por el contrario *la* 11 *del tit.* 6; déjase conocer de su simple lectura, que en lo que dice de deberse tener por heredero al que adió la herencia de palabra, ó gestionó como tal, habla de los que son pacíficos poseedores de ella. Visto lo que disponen estas dos leyes, siento las proposiciones siguientes, que como nuevas someto al juicio de mis lectores. El que, por pertenecerle por justo título, ade una herencia, se hace dueño de ella por la adicion sola, cuando nadie la

posee ó detenta. Por el contrario, si otro la posee, la adicion acompañada de justo título le da solo derecho á pedirla; el dominio se le transfiere cuando se le entrega la posesion por la competente autoridad. ¿Y este derecho, porque puede pedirse en este caso, es *jus in re* ó *jus ad rem?* Que sea uno que sea otro, los efectos son los mismos, por lo que sin detenerme en esto, opino que es *jus in re*, el verdadero derecho llamado hereditario, pues la herencia puede perseguirse contra cualquiera que la posea, *d. ley* 3, *tit.* 34, *lib.* 11, *Nov. Rec.*, lo que no conviene al *jus ad rem.*

Ademas del derecho y dominio espresados, es consiguiente á la adicion de herencia el que despues de admitida ya no se puede desamparar, *ley* 18, *d. tit.* 6, *P.* 6; y el quedar sujeto el aceptante, asi como á sus utilidades á pagar los legados, *ley* 3, *tit.* 9, *d. P.* 6, y á satisfacer las deudas y demas cargas, que resulten contra ella, *principio del tit.* 6. Adviértase en cuanto á la obligacion de pagar las deudas, que durante los primeros nueve dias, despues de la muerte del difunto, no puede el heredero ser demandado por ellas, *ley* 9, *tit.* 13, *P.* 7. Febrero, 2.ª *part.*, *lib.* 1, *cap.* 1, *núm.* 4: quiere decir, que no pueden los deudores hacer reclamacion alguna mientras aquel formaliza el inventario, y cita la *ley* 7, *tit.* 6, *P.* 6, que realmente lo espresa asi al principio.

Núm. 3. *Qué se requiere para que la adicion sea hecha legalmente.* Para que la adicion de herencia sea bien hecha y produzca efecto, deben tenerse presentes las circunstancias siguientes: 1.ª Que el que la ada sea capaz, y tenga uso perfecto de sus potencias. Por esto, si el heredero fuere loco, mentecato, ó menor de siete años, debe entrar en la herencia el que le tenga en su guarda, ó el padre á nombre del hijo, si le tuviere en su poder. Si fuere menor de catorce años, podrá él mismo entrar en ella; pero teniendo padre ó guardador ha de ser con otorgamiento suyo, y sino con el del juez; siendo menor de veinte y cinco años, y teniendo padre ó curador debe tambien aceptarla con su consentimiento; y si está sin ellos, puede hacerlo por sí mismo, salvo el beneficio de restitucion, *ley* 13, *d. tit.* 6. 2.ª Los descendientes para poder ser herederos, deben tener capacidad de serlo al tiempo en que muere el testador,

y esto basta, aunque no la tuviesen cuando se hizo el testamento; y lo mismo se debe decir hoy de los ascendientes, porque la *ley* 22, *tit.* 3, *P.* 6, habla de los herederos llamados *suyos*, á cuya clase pertenecen sin duda alguna. Los demas deben tenerla en tres tiempos, cuando los establecen herederos ó se hace el testamento, al de la muerte del testador, y cuando aden ó admiten la herencia, *d. ley* 22. 3.ª No puede aceptarse la herencia, pendiente la condicion, y mientras no se cumple, el que estuviese instituido bajo ella. 4.ª Ni el que ignorase la condicion, del que le estableció, quiere decir, si podia ó no hacer testamento, y por consiguiente si este es válido, *ley* 14, *d. tit.* 6, *P.* 6. 5.ª Debe saber el que quiere aceptar la herencia, ya le pertenezca por testamento ó abintestato, que es muerto aquel á quien quiere heredar, pues si lo dudáre, no puede entrar ni ganar la herencia, *d. ley* 14. Con todo, como puede suceder que alguno se ausente á tierras lejanas, y no sea fácil saber con entera seguridad y certeza si es muerto ó vivo, dispone en este caso la *ley* 14, *tit.* 14, *P.* 3, que siempre que se pruebe que han pasado mas de diez años sin saberse de él, y sea fama en su lugar de haberse muerto, deben entregarse los bienes al que deba heredarle: cuya entrega debe hacerse con cuenta y razon, por si sucede estar vivo el que se creia muerto. 6.ª El heredero abintestato es necesario que sepa que ningun otro consanguíneo le precede, ó, si le antecede, que no quiere la herencia. 8.ª Conviene por último tener presente, que cuando uno al morir deja su muger en cinta, ó se cree que lo está, debe esperarse á que dé á luz, y que en el entretanto no puede ninguno entrar en la herencia, *ley* 16, *d. tit.* 6. Las diligencias que han de practicarse en este caso para la custodia y seguridad del parto, y evitar todo engaño y fraude, las esplica con mucha estension la *ley* 17, *d. tit.* 6, *P.* 6.

Núm. 4. *Del derecho de deliberar.* Como acabamos de ver *al fin del núm.* 2, despues de admitida la herencia, ya no puede desampararse, y queda el adente sujeto á sus cargas y obligaciones. Por esta razon, no siendo justo que se precise á los herederos á que admitan á ciegas las herencias que se les dejan, sin examinar si les son útiles ó dañosas, como pueden serlo, por importar mas sus cargas que los bienes, se les con-

cedió el derecho de deliberar, *princ. del tit.* 6, *P.* 6. Este consiste en la *facultad que tiene el heredero de tomar acuerdo por sí, ó ayudado de sus amigos, de si le conviene admitir ó desechar la herencia.* Compete el tal derecho tanto á los herederos abintestato, como á los testamentarios; y deben hacer uso de él antes que se otorguen por herederos, de palabra ó de hecho. Al efecto pueden pedir que se les enseñen todos los escritos pertenecientes á la herencia, para instruirse mejor de lo que les conviene, *ley* 1, *tit.* 6 *d.* Tanto para su exámen, como para otras diligencias que les convenga practicar, pueden pedir plazo al Rey ó al juez del lugar donde esté la mayor parte de la herencia del difunto, pudiendo el primero conceder un año, y este nueve meses, sin perjuicio de que le acorte hasta cien dias, si entendiere bastar estos. Si antes de haberse concluido el término que se le habia concedido, muriese el heredero, tendrá el de este el que restáre. Pero si falleciese acabado el plazo, sin haber admitido la herencia, y fuese estraño, esto es, no descendiente, añádase, ó ascendiente, no tendria su heredero derecho alguno en la herencia, sobre la cual el finado habia obtenido el término de deliberar; mas si fuese descendiente ó ascendiente del testador que le habia dejado heredero, podria el suyo haber la herencia, aunque aquel á quien heredaba hubiese muerto despues del plazo que se le concedió, *ley* 2, *d. tit.* 6, *P.* 6.

Mientras dura el tiempo de deliberar, no puede el heredero enagenar cosa alguna de las pertenecientes á la herencia, sin preceder mandato del juez, dado por alguna justa razon, como sería para pagar el entierro del difunto ú otras cosas precisas, que si no se hiciesen, tendrían daño ó menoscabo los bienes hereditarios, *ley* 3, *d. tit.* 6, que pone varios ejemplos. Si el heredero se resolviese á no tomar la herencia despues de haber ocupado algunas cosas de ella, debe restituirlas á aquel á quien deben ir; y en el caso que no lo haga así, jurará éste cuantos son dichos bienes que ocupó el heredero, y será creido, estimando el juez segun su arbitrio la suma en que debe jurar, *ley* 4, *d. tit.* 6.

Núm. 5. *Qué es inventario, y quiénes están obligados á hacerlo.* Despues de establecido el derecho ó beneficio de deli-

berar, introdujeron los Romanos otro llamado de inventario, que tambien ha sido adoptado por nuestras leyes, el cual es mas desembarazado y útil á los herederos, porque hecha esta escritura ó inventario, no están obligados á pagar mas deudas del difunto que en lo que montaren los bienes de la herencia, *leyes* 5, 7, *d. tit.* 6, *P.* 6. En este lugar debiera hablar solo de los inventarios que deban hacer los herederos; pero practicándose las mismas diligencias en los que se hacen por otros motivos, estáse en el caso de tratar de todos por no dividir las materias.

Es el inventario un *instrumento en que se escriben y sientan los bienes que se encuentran, ya sea por muerte de alguno, por embargo ú otro motivo.* Le hay solemne y simple. Este es una simple descripcion ó nómina de bienes sin solemnidades legales. En el solemne por el contrario, interviene una descripcion pública y demas solemnidades que la ley prescribe, Febrero, 2.ª *parte*, *lib.* 1, *cap.* 4, *núm.* 2 *y* 3.

Las personas obligadas á hacer inventario solemne, hablando regular y ordinariamente son: 1.° el heredero, ya sea *ex testamento*, *ya abintestato*, cuando no quiera tomar de su cuenta las cargas y obligaciones que tenga contra sí la herencia, sino que todas pesen sobre esta, pues si no la aceptó bajo este beneficio, ó no hace inventario, queda obligado en un todo á aquellas, *leyes* 5, 10, *d. tit.* 6. 2.° El tutor ó curador, véase *tit.* 8, §. 2, *lib.* 1. 3.° El administrador de bienes de ausente por la misma razon que estos. 4.° El usufructuario, á no ser que el que haya de suceder en la propiedad ó el concedente le dispensen de ello. Febrero, *d. cap.* 1, *número* 102, quiere sostener con bien poco fundamento que no puede relevar de hacer inventario al usufructuario el que le concedió el usufructo, sobre lo cual, véase el *tit.* 3, §. 1, *número* 4, en donde ademas espreso si deben ó no hacerlo el poseedor de mayorazgo, de pieza eclesiástica y otros usufructuarios.

Del padre por los bienes que usufructúa ó administra de sus hijos, dice, *núm.* 98, que de los castrenses y cuasi castrenses debe formar verdadero inventario por la cuenta que tiene que dar de sus frutos; y que de los adventicios no está obliga-

do á mas que á formar una descripcion simple, por la razon contraria de no tener que dar cuentas de aquellos, cuya razon de diferencia es verdaderamente bien pequeña. ¡Como si el inventario no se dirigiese mas que á asegurar la propiedad que los frutos de las cosas! No es esto decir que el padre deba hacer inventario solemne de los bienes que usufructúa de sus hijos, sino que no hay mas razon para asentar que deba hacerlo de unos que de otros. Debe por consiguiente, respecto de unos y otros, estarse á la costumbre de que hablé *al fin de d. núm.* 4, y de que habla Sala, *núm.* 41, *tit.* 7, *lib.* 1, citando á Castillo, *de usufruc.*, *cap.* 3, *números* 10, 69 *y sig.* 6.° Dejando uno herederos menores ó ausentes, es claro que debe proceder la justicia á la formacion de inventario, para asegurarles los bienes. Véase sobre esto el *núm. sig.*

Núm. 6. *A qué juez toca conocer del inventario solemne, y cómo debe éste hacerse.* Debo antes de nada advertir, por no dar lugar á equivocaciones, que en cuanto diga acerca del juez que debe conocer en la formacion de inventario, tan lejos de querer dar á entender que deba asistir á toda ella y autorizarla, (pues luego veremos que no es necesario) quiero solo espresar á cual toca conocer de sus incidencias, si alguna ocurre, y bajo cuyos auspicios debe entablarse cuando hay menores ó ausentes, en cuyo caso debe proveer á su formacion por un auto de oficio.

Hecha esta advertencia, digo, que comun y ordinariamente el juez competente para conocer de testamentarías é inventarios, es el ordinario del domicilio del difunto, y no el del que hereda como se deja conocer; y aunque muriese en otro punto ó sus bienes estuviesen en distintos pueblos. En este caso debe enviar requisitorias á sus justicias, á peticion del heredero para que inventaríen y tasen los alli existentes, remitiéndole originales las diligencias obradas para unirlas á las principiadas en su juzgado. Dije comun y ordinariamente, porque es tan estensa la jurisdiccion ordinaria en esta materia, que comprende las testamentarías de toda clase de personas, sean ó no pertenecientes á otros fueros privilegiados, esceptuados solos los militares y aforados de marina, y estos no en todo, como luego diré. De las testamentarías de los aforados

de hacienda, conocen los jueces de esta hasta que se halle cubierta en sus créditos contra aquellos, y luego entran á conocer los ordinarios, *ley* 8, *tit.* 21, *lib.* 10, *Nov. Rec.* Con respecto á las justicias eclesiásticas por *Cédula de* 13 *de Junio de* 1775, copiada por Febrero, *d. cap.* 1, *núm.* 8, mándase se abstengan de conocer de nulidades de testamentos, inventarios, secuestros, administracion de bienes y asuntos semejantes, tanto que sean ellos los otorgantes, como los nombrados herederos, conventos, obras pías, ú otra persona eclesiástica. De las testamentarías, inventarios y particiones de herencias de los que gozan fuero militar ó de marina, aunque estén retirados, si gozan fuero civil militar, y sus hijos varones hasta los 17 años, *ley* 20, *tit.* 4, *lib.* 6, *Nov. Rec.*, conocen sus justicias en las herencias de cualquier clase que ellos dejan ó les quedan á ellos de otros militares; mas no asi en las que les vienen de personas estrañas á este fuero, ó les pertenecen *ex testamento ó abintestato* de sus padres ó hermanos no aforados. Véanse las *leyes* 20 *y* 21, *tit.* 4, 1, *tit.* 7, *lib.* 6, *Nov. Rec.*, 5 *d.*, *tit.* 21, *lib.* 10, *y la Ordenanza de Matrículas, arts.* 2, *tit.* 3, *y* 24, *tit.* 6, y lo que diré hablando de la competencia de jueces. De lo dicho sale de suyo la siguiente proposicion: que á la jurisdiccion comun ordinaria corresponde conocer de las testamentarías y particiones sobre toda clase de personas, esceptuados los aforados de guerra y marina en algunos casos y los de hacienda.

Son varias las circunstancias que deben observarse en la formacion del inventario solemne para que pruebe y produzca los demas efectos legales, esplicados por Febrero, *d. cap.* 1, *núm* 14 *y sig.* Tales son: 1.ª Debe citarse no solo á los herederos legatarios y demas á quienes se mande algo en el testamento, *ley* 5, *d. tit.* 6, *P.* 6, sino tambien á los acreedores y demas interesados en los bienes que se inventarían, aunque la citacion de estos no la esprese la ley. La razon es clara. ¿Tienen tanto derecho como aquellos á pedir la formacion del inventario, á que se comprendan en él todos los bienes con exactitud y sin fraude? Sin duda que lo tienen; y siendo asi, igual derecho les asiste á cerciorarse personalmente de que ha sido aquel rectamente hecho: por lo que no citándoles, no les

perjudicará. Con todo, aunque pueden asistir, si quisieren, no se practica el que asistan, y aun añade Febrero, *núm.* 15, que ni el citarles, por tener lugar de decir contra el inventario lo que les parezca al traslado que de él debe comunicárseles, siempre que sepan que se omitió poner en él algunos bienes. 2.ª Si las personas dichas no quieren asistir ó estuvieren en otra parte, debe hacerse la escritura ante tres testigos, que ademas de ser hombres de buena fama, conozcan al heredero ó herederos inventariantes, y por ante escribano que lo autorice, como otro cualquiera instrumento público, *d. ley* 5, *tit.* 6. 3.ª El inventariante lo suscribirá con los testigos y escribano, y si no sabe firmar, lo hará un testigo á su ruego; (pues aunque la ley dice que lo haga otro escribano no se practica) asegurando estar hecho el inventario lealmente y sin engaño, con protesta de añadir los bienes que llegue á su noticia pertenecen á la herencia, *d. ley* 5, Febrero, *núm.* 36. 4.ª Siendo el inventario solemne una verdadera escritura pública, debe contener todas las solemnidades necesarias en estas, cuales son la espresion de fecha y lugar en que se hace, y otras que se esplican en el tratado de escribanos. De ser un verdadero instrumento público, y nada mas, convéncese evidentemente que no es necesaria, como dejo indicado, la asistencia del juez á la formacion del inventario, tanto mas si se atiende á que ni las *leyes* 99 *y* 100, *tit.* 18, *P.* 3, ni las de *d. tit.* 6, que prescriben la forma de hacerlo y estenderlo, ni otra alguna lo manda; á que quien le da la verdadera fé y vigor es el escribano, como se deja conocer, y á que en un arancel dado por el Consejo *en* 1768, que cita Febrero, *número* 16, dícese que asista solo al recuento de dinero ó alhajas preciosas, sin emplear en esto mas que dos dias, aunque haya menores ó ausentes por quienes basta que asistan sus curadores ó defensores. 5.ª Por estas palabras últimas, y por lo que dicta la razon, déjase ver que cuando algunos interesados son menores ó ausentes, cuyo paradero se ignora, ó herencia vacante, sin dueño cierto, se les debe nombrar curador ó defensor, como en otro cualquier negocio, y con su anuencia ó asistencia, formar el inventario. Febrero, *lib.* 2, *cap.* 10, §. 1, *Not.* 1. 6.ª Debe comenzar el inventario el heredero dentro

de 30 dias despues que supiere que lo es, y acabarle en tres meses; á no ser que no estuviesen en un lugar todos los bienes de la herencia; pues entonces puede dársele un año, ademas de los tres meses, para reconocerlos y ponerlos en la escritura, *d. ley* 5, *tit.* 6, *P.* 6. 7.ª Que se inventaríen todos los bienes que dejase el difunto en su casa y poder, sean propios ó agenos. 8.ª Concluido el inventario, debe darse traslado á los interesados, quienes pueden decir contra él lo que les parezca, ó pedir que el inventariante y testigos juren que no se encubrió cosa alguna, y que el inventario fué hecho bien y lealmente, *ley* 6, *d. tit.* Si con este motivo ocurriese pleito sobre el inventario, dice la *ley* 9, que el juez debe concluirle, lo mas tarde dentro de un año.

Núm. 7. *Cómo debe hacerse el recuento de los bienes, con otros particulares sobre el inventario.* Acabo de establecer, y debe tenerse por regla, que se deben inventariar cuantos bienes se hallen en casa, y aparezcan pertenecer al difunto, cuya herencia se inventaría, aunque sean agenos; pues esto hay tiempo de averiguarlo despues. Deben, pues, ponerse con entera claridad y distincion, con especificacion de clases, peso, medidas y demas conducente á un perfecto convencimiento de lo que hay: de lo contrario sería nulo, como inconducente é inútil para su fin, que es cortar los fraudes y desfalcos, que no podrían conocerse, haciéndose el inventario en globo y sin especificacion. Con el mismo objeto es oportuno que se vayan tasando al propio tiempo por los maestros regulares. En algunos sitios se practica tasarlos despues. Febrero, *lib.* 2, *cap.* 10, §. 1, *epigr. Tasacion de bienes.* Se inventariarán asimismo sus deudas activas y pasivas, frutos cogidos y pendientes de bienes libres ó vinculares, vestidos de muger é hijos. Los agenos, si los interesados convienen en dárselos á sus dueños, podrán hacerlo, probando breve y sumariamente que son suyos; si no, siempre les quedará derecho para reclamarlos. La *ley* 18, *d. tit.* 6, dice, que los gastos que hubiere pagado el heredero por el entierro del difunto, ó por otra justa razon, no los debe notar en el inventario; y que, si acaeciere alguna contienda sobre ellos, deberá probar que los hizo por testigos, ante quien los pagó, ó por su juramento.

En todo esto el escribano no debe proceder por inquisicion ni apremio, como en la vía ejecutiva ó criminal, sino meramente por voluntaria manifestacion del inventariante; pues si se verificase ocultacion, toca á los interesados usar de la accion que les concede el derecho.

Si probasen á aquel que hizo maliciosamente el inventario, encubriendo ó hurtando algunos bienes del difunto, deberá pagar el doble valor de lo encubierto ó hurtado, á aquellos que tienen derecho á recibir algo del testador, *ley* 9, *d. tit.* 6.

Lo inventariado se depositará en quien quieran los interesados, ó en poder del mismo inventariante, ó si no aparece heredero ni hay quien quiera encargarse de los bienes, lo hará el juez en persona abonada. A veces hay casos en que no se hace tal depósito, como cuando el curador inventaría los del menor y otros tales. Febrero, *d. cap.* 1, *desde el núm.* 17 *al* 33.

He dicho que, cuando se inventarían bienes agenos que tenia el inventariante en su poder, podrán sus dueños reclamarlos, sin que les perjudique ni pruebe nada contra ellos el hecho de haberlos inventariado. ¿Y lo hará contra el inventariante? Parece que sí; y por consiguiente que no podrá decir son suyos parte de los bienes inventariados; pues él no está á inventariar los suyos, sino los del difunto. Con todo, no es tan fuerte esta prueba que no deba admitírsele otra en contrario; y que no deban volvérsele los bienes que pruebe con claridad son suyos, y que los inventarió incautamente, Febrero, *d. cap.* 1, *núm.* 7 *y sig.*

Como indiqué al principio del *núm.* 5, son muchas las ventajas que se pueden seguir á los herederos de aceptar las herencias bajo el beneficio legal de inventario. No solo no están obligados en este caso á pagar mas deudas y legados que á lo que llegaren los bienes de aquellas, *leyes* 5 *y* 7, *d. tit.* 6, sino que les quedan salvos, para poder ensayarlos como cualquiera otro acreedor, cuantos derechos tuviese contra su causante, *ley* 8, *d. tit.* 6, ó la herencia, comprendiendo en ellos el de recobrar las espensas que hiciese en defenderla de los que intentasen algun derecho ilegítimo contra ella; y aun debe ser preferido en ellas á los demas acreedores, si obtuvo

escluirlos de aquella, Febrero, *d. cap.* 1, *núm.* 44. Podrá tambien sacar la cuarta falcidia ó trebeliánica, en su caso, si sobráre algo despues de pagar las deudas, *d. ley* 7.

Pero si habiendo entrado en la herencia el heredero dejó pasar el tiempo que la ley le concede, sin hacer el inventario en la forma regular, está obligado á pagar deudas y legados, *ultra vires hereditarias*, como suele decirse, porque sus derechos y bienes se confunden con los del finado, por la admision de herencia y omision en hacer inventario, y quedar tan obligados como los de este, á pagar aquellas cumplidamente sin poder sacar para sí la cuarta parte, *ley* 10, *d. tit.* 6. Limita esto Febrero, *núm.* 45, en 10 casos, de los que los principales son, cuando fué violentado ó inducido con dolo á aceptar la herencia, siendo heredero forzoso, á quien despues de pagadas las deudas debe quedar siempre salva su legítima, y cuando siendo menor fué dañado ó perjudicado; pues estos en todo caso pueden usar del beneficio de restitucion.

Debo notar aqui, y quiero se advierta con cuidado, que de las palabras primeras de la *d. ley* 10, que presenté al *princ. del último per.*, me parece que puede deducirse con fundamento, que por solo adir uno la herencia sin espresar si es con beneficio de inventario ó sin él, no se entiende quedar sujeto á sus cargas, hasta que pasa el tiempo concedido para hacer el inventario. De consiguiente, mientras no pasan los 30 dias, está en el de decir la acepta con el beneficio de este, á no ser que, como se deja entender, hubiese espresado lo contrario.

Núm. 8. *Resúmen del* §. 1. Por lo dicho en su *núm.* 1, sabemos, qué sea adicion de herencia, que puede hacerse de palabra, y con hechos; cuáles de estos suponen una verdadera adicion, cuáles no, y qué debe hacerse por la duda que de esto resulta; que de los mismos modos puede desecharse; y que puede aceptarse hasta ó desde tiempo cierto; pero no bajo condicion; por *el* 2, que el que adió una herencia, queda sujeto á sus cargas; que por solo este hecho se hace dueño de ella, cuando nadie la posee, y poseyéndola otro, aunque tiene derecho á pedirla, su dominio no le adquiere hasta que se le entrega judicialmente; que de admitida no se puede desampa-

rar; que el aceptante está obligado á pagar, ademas de los legados, las deudas del difunto, y cuándo pueden pedírsele estas: en el *núm.* 3, vimos, que para ser la adicion bien hecha, se requiere que el adente esté en su juicio; que tenga capacidad; y como es necesaria esta en los herederos suyos, que llamamos hoy necesarios, como en los estraños; que no sea heredero bajo condicion; que no ignore la del que le instituyó; que sepa la muerte de la persona á quien hereda, á no ser que haga mucho tiempo que está ausente; que no le preceda otro de mejor derecho, y que no se espere el nacimiento de algun infante que deba ser preferido: en *el* 4, lo que hay que observar sobre el beneficio de deliberar: en *el* 5, qué sea inventario, cómo se divide, quiénes están obligados á hacerlo; y si lo está el padre, de los bienes que usufructúa ó administra de sus hijos: en *el* 6, que los jueces ordinarios conocen de todos, esceptuados en algunos casos los aforados de marina, guerra y hacienda; y qué formalidades deben observarse en la formacion del inventario solemne: y por último, en el *núm.* 7, vimos la exactitud y demas formalidades que han de observarse en el recuento de los bienes; que no debe usar de inquisiciones el escribano al hacerlo; qué pena tiene el heredero que defrauda algunos; que deben depositarse y en quién, que el inventario no hace prueba alguna contra personas estrañas, pero sí contra el que lo hizo; que el heredero que lo formó legalmente, tiene derecho á no pagar mas legados y deudas que lo que importen los bienes inventariados, á cobrar la cuarta falcidia ó trebeliánica en su caso, y á ensayar los que le asistan contra la herencia; que al que dejó pasar los 30 dias que se le conceden, sin hacerlo, ninguno de estos favores le asisten; y que mientras aquellas no espiran tiene lugar, aunque hubiese aceptado la herencia simplemente, á decir no la quiere sino á beneficio de inventario.

§. II.

De la Tasa y Particion de bienes.

Es nada, ó poco menos que nada, cuanto habla Sala de la materia de todo este título, en especial de la de *este* §., ya sea en su *tit.* 5, en que trata algo de inventarios, ya en *el* 7, *lib.* 3, en que por incidencia habla de particiones. Por lo mismo me fué indispensable suplir su silencio en una materia tan práctica que se está viendo todos los dias en el foro, y formar de ella un título nuevo que no se encuentra en aquel autor. Al efecto, prescindiendo de los párrafos que pongo sobre adicion de herencia, me valí para todo él del Sr. Febrero, que en los *capítulos primeros y últimos de los libros* 1 y 2 *de su* 2.ª *parte*, habla de ellas con estension y magistralmente.

Número 1. *Del nombramiento de peritos; y diligencias que pueden ocurrir en la tasa de los bienes.* He asentado en *el núm.* 7, §. *anter.*, que al hacer el inventario, es conveniente que se tasen con distincion los efectos que comprenda, por ser muy conducente á su fin y á evitar gastos; y que en muchos sitios se practica tambien traerlos despues. Ya se haga ó no la tasa al mismo tiempo, para efectuarla pueden las partes conformarse en un perito, ó si no quieren, pues eso pende de su voluntad, nombrar cada una el suyo; y si alguna omite nombrarlo ó conformarse en el elegido por la otra parte (practícase el que nombre uno el juez por ella). Los que resultan nombrados, dice Febrero, *lib.* 1, *d. cap.* 1, §. 3, *núm.* 118, que una vez aceptado el encargo, se le puede apremiar á perfeccionarlo, porque por su aceptacion se obligaron á ello; y que, aunque no lo hayan aceptado, á no tener causa legítima, no podrán tampoco repudiarlo, siendo titulares, por ser personas públicas destinadas á esto, ó aunque no lo sean, si no hay otros de quien valerse, y son peritos en el arte, lo que no deja de tener equidad. Pero debo aqui advertir que, si bien es cierto que se practica admitir á hacer partijas, y aun habilitar con este fin los jueces, á peritos no titulares, está esto prohibido por varios decretos modernos, que ordenan por quién

y cómo se han de despachar los títulos al efecto, y por consiguiente ejercer la pericia á los que no le tengan; cuya observancia se ve reclamada algunas veces por los agrimensores titulados.

Con respecto á su recusacion, en que no está muy exacto Febrero, véanse *números* 119 y 20, debe observarse lo siguiente: 1.° Una parte no puede recusar ni sin causa ni con ella el nombrado por la otra ú otras, porque cada una puede elegir quien quiera para sostener sus derechos, lo mismo que la otra eligió el suyo. 2.° Parece regular que las partes puedan recusar, sin necesidad de alegar causa, los peritos que nombraron ellas mismas, mientras no se les notifique y acepten su comision los nombrados, porque ninguna injuria se les hace; pero, por la razon contraria, despues de haber aceptado el nombramiento, solo podrán recusarles mediando justa causa, sin que baste decir que les tienen por sospechosos, puesto que ya depositára en él su confianza. 3.° Cuando el juez nombra el perito, si lo hace á nombre de una parte que fué omisa, opina Febrero, y no sin fundamento, que no podrá ser recusado por la contraria; porque siendo elegido en nombre de la otra, es lo mismo que si lo nombrára esta; y no podrá recusarlo esta (á no ser que tenga causa legítima) por haber sido nombrado por su contumacia. Pero cuando el juez nombra perito tercero, de que luego hablaré, aunque Febrero, *núm.* 120, parece indicar que no puede ser recusado sin causa, siendo titular, lo contrario es lo cierto, atendida la *ley* 9, *tit.* 21, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, que dice que puedan ser recusados hasta tres peritos, observándose lo mismo en un todo que en las recusaciones de asesores. Y adviértase que aunque la ley habla en general, debe interpretarse y limitarse del modo dicho por las razones que van espuestas.

Los peritos que resultan nombrados, sin poder delegar su oficio, pues ninguna ley les autoriza á ello, y ademas las partes depositaron su confianza en ellos y no en otros, prévia aceptacion y juramento de costumbre, (siendo titulares, dice Febrero, que no están obligados á jurar porque ya lo hicieron al recibirse, aunque la *ley* 2, *d. tit.* 21, les manda jurar sin distincion, proceden á la tasa cada uno segun su ciencia y sentir,

pero por el órden regular. Asi es, que deben ver y registrar cada cosa de las que valúan, sopena de nulidad; ¿pues cómo podrian juzgar de lo que no vieran ni examináran? Deben tambien tasarlas con separacion, y no muchas por un precio. Asimismo, han de hacer la respectiva valuacion de todas, por lo que justamente valen al tiempo que se hace la tasa, de suerte que en venta se pueda sacar por ellas el precio que se les dé; cuyo justo valor se ha de regular, no por la singular aficion á lo que tasan, sino por la general y comun estimacion de los hombres, atendidos el tiempo en que hacen la tasacion, la costumbre del pueblo, el sitio y producto anual, la cualidad, cargas y condiciones de las mismas cosas. Tampoco se deben valuar precisamente por el precio porque se compraron, ó por el que valiesen en otros tiempos, porque para el efecto de partir los bienes entre los herederos, han de atender siempre al valor justo, intrínseco y efectivo que tienen, cuando se hace la division, Febrero, *d. cap.* 1, *núms.* 122 y *siguientes.*

No siendo conformes en sus tasas los primeros peritos, debe nombrarse un tercero por las partes ó por el juez, sino se conforman ellas en uno, y esto es lo que se practica; cuyo tercer perito puede conformarse con el dictámen de uno de los anteriores, ó disentir y dar otro nuevo del de los dos, pues no hay razon que dicte tenga en ningun caso que sujetar su parecer al de otro.

Concluidos sus trabajos por los peritos, debe el juez dar traslado de ellos, ó, lo que es lo mismo, comunicarlos á los interesados; quienes pueden decir contra las tasas lo que les parezca, por estar subidas ó bajas, ó por otra causa. Cuando las quejas contra ellas se fundan en estar bajas, el mejor medio de remediar este agravio es pujar ó licitar los bienes; esto es, dicen los partícipes, que la arguyen de baja, que tal ó cual pieza valuada en 20, por ejemplo, vale 30, y que por ellos se les adjudique. Es tan ventajoso este remedio para todos los interesados en la tasa y partija, por el mayor valor que asi reciben los bienes, que las leyes Romanas, cuando alguno de los interesados era pobre, le permitian presentar una persona estraña que licitára por él y comprára los bienes; y asi lo ha adoptado entre nosotros la práctica. Corrido el traslado por

todos los interesados, debe el juez recibir el pleito á prueba, para que cada uno funde los agravios que alegó, y sustanciarlo y fallarlo como otro cualquiera asunto por los trámites ordinarios; de cuyo fallo podrá apélar todo el que se sienta agraviado. Pero esto ya pertenece á la práctica, Febrero, *d. cap.* 1, *núm.* 132 y *siguientes*, y *lib.* 2, *cap.* 10, §. 1, *not.* 4.

Núm. 2. *Incidentes que pueden ocurrir al entablar una partija; y qué diferencia hay entre liquidacion y particion.* Sabido por el inventario cuales son y por la tasa el importe de los bienes de una persona, puede procederse á su liquidacion, y á su adjudicacion ó particion; bien que antes y para prepararla suelen ocurrir varios incidentes. Debe saberse en primer lugar, que cuando es necesario valerse de la autoridad judicial para que tenga efecto, puede acudirse á la ordinaria del lugar en que estén sitas la mayor parte de las cosas, que se traten de dividir, ó á la del domicilio de las personas entre quienes ha de hacerse la division, cualquiera que sea el fuero que estas gocen, esceptuando el militar y de marina, en cuyas particiones ha de observarse lo mismo que he dicho de sus inventarios, Febrero, *núm.* 3, *cap.* 2 *de d. lib.* 1: quiere decir, que cuando se pide partija de algunas cosas á un clérigo, debe hacerse ante su juez eclesiástico; pero creeré que esto está implícita é indirectamente reprobado en las razones y espíritu de las últimas palabras de la *pragmática de* 775, que cité, *núm.* 6, §. *anterior.*

Puede pedir particion cualquiera que se conceptúe con derecho á entablar la accion de *communi dividundo*, ó *familiæ erciscundæ*, esto es, de partirse una cosa comun, pedida por el heredero ó comunero, se da parte á los interesados, ó que se crean serlo, quienes dudando si alguno de los asociados á ella tiene ó no derecho, deberán ventilarlo antes en la via ordinaria, para saber ciertamente entre qué personas se ha de hacer la division. Cuando alguna de estas esté ausente, se le citará por edictos en la forma ordinaria, ignorándose su paradero; ó si se sabe, por medio de exhortos ó requisitorias, para que concurra á aquella ó de poder: y si no viene, ni se espera que venga, ni da poder, se le nombra defensor, y sustancia con él la particion.

Sabidas las personas entre quienes debe hacerse la particion, han de preceder al nombramiento de peritos, del que y sus recusaciones hablé bastante en el *núm. ant.*, quienes aceptado que hayan su encargo, deben proceder á desempeñarlo, bajo las reglas que espresaré. Antes quiero poner en claro qué es lo que son llamados á hacer los peritos en las particiones.

Para ponerse al cabo de lo que tiene y corresponde hacer á un perito en la division de una herencia entre diversos herederos, deben distinguirse los tres actos de tasar los bienes, liquidar los derechos de los interesados, y con arreglo á estos adjudicar ó partir aquellos. La tasa ya vimos en el *núm. ant.*, cómo se hace. Consiste la liquidacion, en determinar y discretar qué cuota ó suma del caudal partible corresponde á cada uno, atendidos los diversos derechos que tenga contra la herencia. Y la particion, en dividir el cúmulo de bienes, y adjudicarlos en proporcion de los créditos que resulten de la liquidacion. Para saber y poder hacer con justicia y arreglado á derecho las liquidaciones, de suyo se deja conocer que es absolutamente indispensable estar versado en las materias vastas de peculios, gananciales, dotes, mejoras, y en cuantas en fin quedan esplicadas en los títulos anteriores. De lo contrario, ¿cómo podrá saberse, por ejemplo, si un hijo, que fué dotado ó mejorado en tanto ó cuanto, debe llevarlo todo ó parte; si debe imputarlo en legítima ó no, &c., &c., &c.? no es posible. Por esta razon, Febrero, en su tratado de particiones, incluye todos los dichos, en que yo omito entretenerme por dejarlos esplicados en los lugares oportunos.

De aqui es la cuestion que he oido suscitar mucho, de si antes de proceder á las adjudicaciones y particiones, debe el juez liquidar y determinar qué parte de la herencia corresponde á cada partícipe: (entiéndase cuando la partija es judicial, porque sino, son árbitros los interesados en hacer como les acomode): ó si el perito debe por sí proceder á liquidar el caudal, y hacer las adjudicaciones y montones, arreglándose á los papeles que las partes le presenten; dejando para despues el ventilar si alguna debió llevar mas ó menos porcion. En buen hora que en donde se estila sean letrados los que arreglan las particiones, se haga la liquidacion y adjudicaciones

á un tiempo por un mismo sujeto, porque siempre les queda á las partes tiempo de pedir que se rectifique cualquiera error ó equivocacion en el traslado que se les da de aquellas. Pero en mi pais y en otros muchos, en que entienden en las partijas ó divisiones de herencias desde el principio hasta el fin los mismos peritos tasadores, que por otro nombre llamamos agrimensores, ¿cómo podrá sostenerse que no deba el juez liquidar, antes que aquel forme los montones, la parte que cada uno hace en la herencia, oyendo, se supone, á los interesados? ¿Están por ventura destinados para esto en la sociedad los peritos? De ningun modo: á estarlo debieran ser entendidos de las principales materias del derecho, como indiqué. ¿Y poseen este conocimiento? ¿Se les examina por ellas al recibir sus títulos? Seguramente que no. Y siendo asi, ¿cómo confiar á una instruccion, que no tienen, el hacer liquidaciones, que en muchos casos pueden ser complicadísimas, sin esponerse á torpes nulidades, y á causar graves perjuicios á los partícipes? Efectivamente es muy fácil que, concluidos todos los trabajos por un perito, hubiese que rectificarlos en su totalidad. Segun esto creeré, que cuando no se mezclan en la particion puntos de derecho, como que entonces tiene poco que liquidar un caudal, bastará que el perito proceda por sí, arreglándose á los papeles que las partes presenten: pero no asi cuando hay que desenvolver grandes cuestiones de dotes, mejoras, &c. No deja de apoyar esto mismo la *ley* 1, *tit.* 21, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, que ordena, que no nombren los jueces peritos para ningun artículo que consista en derecho, ni para otra cosa que ellos puedan determinar por el proceso, sino que solamente se nombren para cosas que consistan en cuenta, tasacion ó pericia de persona ó arte.

Núm. 3. *Qué reglas deben observar los peritos en las particiones ó adjudicaciones.* Es grande el vacío de nuestra legislacion en este punto, pues no se encuentra una ley que arregle de los peritos, y los dirija en el modo de hacer las particiones, y adjudicar á cada interesado la porcion de bienes, que le pertenece en la herencia ó cosas, cuya division se les ha encomendado. En esta falta de leyes patrias les pueden servir de norma las doce reglas siguientes, llenas de equidad, presenta-

das por Febrero, en *d. cap.* 2, §. 2, desde el *núm.* 39. 1.ª Que observen perfecta igualdad, asi en la cantidad como en la cualidad, de suerte que no lleve un partícipe todo lo florido y fructífero en su monton, y otro todo lo malo, sino compensando uno con otro.=2.ª Que si en alguna de las fincas divisibles tiene parte uno de los interesados, ya por habérsela legado, ó comprado, se le prefiera en la adjudicacion de su total; y siendo muchos comuneros, el que tenga mas parte. Lo mismo dice en la regla 5.ª Febrero, cuando uno de los compartícipes posee un fundo junto á otro de la herencia, por exigirlo asi la equidad, buena fé y arbitrio de buen varon. = 3.ª Que se observen los pactos permitidos que aquellos tuviesen hechos con respecto á la division, y se arregle á ellos.=4.ª Que si alguna cosa raiz, que tiene cómoda division, se reparte entre todos, no sea saltuariamente; lo mismo se dice respecto á varios fundos que se hallen juntos.=5.ª Que siendo indispensable dividir entre muchos la cosa comun en que todos hayan de tener servidumbre, que no se dé á unos la de sus partes por las de otros, sino que cada uno se sirva por la suya, á no pactar otra cosa, ó que sea indispensable, como en una casa de tres pisos en que el de arriba tiene que servirse por el patio del de abajo.=6.ª Que aplique á cada parte su fundo ó cosa íntegra y separada, para evitar discordias por la proindisposicion.= 7.ª Que en la division se atienda á lo mas cómodo y útil; es decir, que si la pieza no la admite cómoda, se aprecie, y de hecho se sortee, ó se aplique íntegra á uno de los partícipes, cabiéndole en su cuota, y si no le cabe, que entregue el esceso en dinero á los otros; y no entregándolo, si es cosa raiz, que se le deje aquel á censo reservativo ó consignativo sobre ella, obligándose á pagar los correspondientes réditos á los coherederos hasta que la redima. Y se dice que no tiene cómoda division una cosa, cuando por partirse vale mucho menos, y pierde la estimacion que tiene unida.=8.ª Que á no ser cuando no tiene cómoda division, no se puede obligar á los partícipes á recibir en dinero su porcion; debe sí asignárseles en la misma cosa.=9.ª Que haciéndose partija entre diversos herederos, se adjudiquen á cada uno los bienes de sus causantes, pudiendo cómodamente ser.=10.ª Que las deudas, asi activas

como pasivas, se dividan con la misma proporcion é igualdad.= 11.ª Que no altere la tasacion de los bienes anteriormente hecha, antes bien se arregle en un todo á ella al hacer las adjudicaciones y distribucion. Habla Febrero en esta regla, acomodado á lo que pasa en la Corte, en que hecha la correspondiente tasa de una herencia por los peritos, un abogado es el que hace las adjudicaciones y particion, como el solo versado en las adiciones y montones que deben hacerse, por razon de dotes, gananciales, &c.= 12.ª Queriendo todos los herederos el fundo, casa, bosque ú otra cosa de estimacion de la herencia, debe partirse entre todos si admite buena division, y sino adjudicarla á uno, venderla y repartir su precio, sortearla ó licitarla entre ellos, segun parezca al juez, pues todo pende, no damnificando á nadie, de su prudente y arreglado arbitrio á evitar disensiones entre los partícipes, *ley* 10, *tit.* 13, *P.* 6, Febrero, §. 3, *núm.* 61. En el §. 4 esplica como se dividen los fundos y pensiones enfitéuticas, lo que está concluyentemente sabido con guardar la correspondiente igualdad entre aquellos y estos.

Núm. 4. *Por qué causas se anulan las particiones: y remedios de los agraviados en ellas.* Hecha la partija, y arreglados los montones de bienes pertenecientes á cada partícipe, debe presentarse al juez, ante quien se ha pedido, y este dar traslado de los trabajos del perito á los interesados, para que los aprueben ó digan de agravios, segun les parezca. Si alguno alega estos, debe comunicarlo á los otros, á fin de que espongan lo que les convenga, los cuales, consistiendo en hecho, se han de ventilar en via ordinaria, y si en derecho, debe el juez decidirlos en vista de lo que aleguen, porque en puntos de solo derecho no hay prueba que hacer; y de la sentencia que profiera, puede apelar el que crea que le agravia, dentro de los cinco dias legales en la forma ordinaria, pedir su nulidad, ó usar de otro cualquiera remedio que legalmente le competa, como contra toda otra sentencia. Pero esto no es de este tratado. Con todo debo deshacer una equivocacion en que me parece fácil se incurra. Tal vez se juzgará, que lo dicho es opuesto á la *ley* 10 *cit.*, *núm. ant.*; pero no lo es en nada, pues si esta faculta al juez para hacer y arreglar las adju-

dicaciones, es, porque no aviniéndose los interesados, á alguien se habia de encargar la conciliacion de sus intereses; y á nadie mejor que al juez. Mas siendo fácil que en muchos casos se equivoque ó esceda, y no haga con acierto las adjudicaciones, nada mas justo que el que las partes tengan algun recurso contra sus escesos ó errores.

Son varias las causas porque se pueden anular y rescindir las particiones: pondré las principales. Cuando la partija es judicial, si fué hecha ante juez incompetente y sin jurisdiccion, es visto que es nula. No lo es menos haciéndose sin citar á los interesados: cuando hay lesion enorme ó enormísima, dolo, error sustancial, y demas causales bastantes á anular los contratos. Cuando por error ú ocultacion se dejó de colacionar y dividir alguna cosa de la herencia, si bien no se rescinde la particion, es forzoso traer á division lo no dividido. Se pueden asimismo impugnar por haberse hecho con quien por ningun título era heredero: y por haberse faltado en ellas á las equitativas reglas puestas en el *núm. anterior.*

En cuanto á la lesion debo advertir, que Febrero, *lib.* 2, *cap.* 9, *núm.* 4, dice, que debe llegar á la sesta parte de todo el caudal que tocó al que por ella pide se anule la partija; lo que necesita esplicacion. Bien que no se admita queja cuando la lesion es en una pequeña parte de las adjudicadas, porque, como dice oportunamente, en otra llevará demas y sale compensado. Pero confieso que mi capacidad no comprende por qué para impugnar la particion, antes de haberla aprobado, sea preciso que llegue la lesion á la sesta parte; ni cómo por solo haber lesion en ella, despues de haberla aprobado pueda atacarse y pedir su nulidad. No veo una razon por qué, antes de consentir aquella, no pueda reclamar un daño considerable que quiere causársele, llegue ó no á la sesta parte; y sí muchas, para caracterizar de arbitrariedad la consignacion de esta cuota. Sí me parece razonable que se pueda pedir el resarcimiento del daño en el primer caso, no asi despues de aprobada: una vez consentida la partija es lo mismo que si se hubiera aprobado y convenido en un contrato. De consiguiente, á no haber mediado fraude para que la aprobase, solo podrá

anularse por las mismas causas que estos; y estos no se rescinden por la lesion en la sesta parte.

Puede intentarse el remedio de los agravios causados por los peritos, cuando el juez no aprobó aun sus trabajos, pidiendo se nombre un perito tercero, y es lo que suele practicarse, ó reduccion á arbitrio de buen varon: y si la aprobó, por medio de la apelacion de su sentencia, ó de otro recurso legítimo, como dije al principio, ó usando del beneficio de la restitucion *in integrum*, siendo menor el que pida la nulidad, bien que no podrá valerse de este beneficio cuando el daño le vino por suerte, *ley* 6, *tit.* 19, *P.* 6.

¿Y tendrá tambien lugar, como remedio de los agravios hechos en las adjudicaciones, el usar de las pujas ó licitaciones, que vimos, *núm.* 1, son tan admisibles contra los de la tasa? Cuando la de los bienes y su particion se hicieron á un tiempo, y juntas fueron comunicadas á los interesados, indudablemente la tiene: si fueron hechas con separacion, parece lo mas cierto que estas pujas no pueden admitirse despues de adjudicada su parte á cada partícipe. La razon es muy clara, ¿cuál es el objeto de las licitaciones? Solo el demostrar que la tasa dada á los bienes fué baja, y hacer que suba. Pues nada mas regular que el que esto se haga en el término competente, cuando se les comunicó aquella. Por consiguiente, pasado el término de contestar al traslado, ó el de apelacion ó nulidad de la sentencia porque se aprobaron las tasas, deben estas tenerse por hechas irrevocablemente. Hay mas: cuando un partícipe quiere licitar los bienes despues de hechas las adjudicaciones, es de presumir que lo haga por damnificar á aquel á quien cupieron los que licita; lo que puede dar causa á graves perjuicios y animosidades, Febrero, *lib.* 1, *cap.* 1, *núm.* 139.

Núm. 5. *Obligaciones á que están sujetos los compartícipes hecha la partija.* Parece inútil advertir, que los gastos de inventario, tasa y particion, deben soportarlos todos ellos: y en esto deben tener presente que algunos, v. g. el auto de aprobacion del juez y otros semejantes, deben abonarlos por partes iguales, aunque las que sacan de la herencia no lo sean, porque tan necesario é indispensable es para el que hace mucha parte como al que poca, y otros gastos, en que no con-

curre esta circunstancia, á prorata de la que cada uno lleva. Aunque en la formacion del inventario son interesados los acreedores, no por eso se crea que están en el caso de abonar parte de sus gastos, (á no ser aquellos cuyo crédito provenga de título lucrativo) porque tienen derecho á percibir lo que se les adeuda líquido y sin deduccion alguna. Fundado en esto asienta Febrero, 1.ª *part.*, *cap.* 3, *núm.* 77, que no debe pagar los gastos de inventario la muger que solo repite su dote, pues en este concepto no es mas que una acreedora, que debe percibir su crédito líquido. No así si pretende parte en los gananciales ó por mejora de quinto.

Si á uno de los que se partieron cosas comunes le fuese sacada alguna de las que le tocaron, porque verdaderamente era agena, tienen los demas obligacion de hacérsela sana; ó para decirlo en mas breves palabras, los compartícipes están sujetos á la eviccion. Esceptúanse los casos siguientes: 1.º Si renuncian á ella. 2.º Si la cosa se perdiese á uno, por su naturaleza, ú otra causa y no por ser agena. 3.º Cuando se sacó á uno la parte de aquel fundo, que ya se dividió entre todos con duda de si pertenecia á la herencia. Y 4.º Si el padre ó testador partió él mismo sus bienes entre sus herederos, *ley* 9, *tit.* 15, *P.* 6. En su *glos.* 2 dice con razon Gregorio Lopez, que no debe tener cabida esto cuando constáre por algunas circunstancias ser la voluntad del testador que se guardase igualdad entre los herederos. Véase *el tit.* 11, *núm.* 9.

Suele suceder, y nótese esto con cuidado, que al partirse entre varios una herencia ó cosa comun, no hagan cuenta con algun ausente, que tiene parte, y que despues aparezca este pidiendo la que le correspondia. En este caso, si con buena fé creyeron su muerte, por mediar motivos para ello, ó que no hacia la parte que despues aparece, cumplen con restituirle su porcion cada uno á prorata, y de los frutos que debió producir, los naturales todos, y los no consumidos de los otros, segun lo que dispone el derecho de los poseedores de buena fé; mas si esta no les ha asistido, tienen que restituírselos todos, naturales y no naturales, arreglándose á lo que ordena él mismo respecto de los poseedores de mala fé. Véase Febre- , *d. lib.* 1, *cap.* 2, *núm.* 9 y *siguientes.*

Núm. 6. *Cuándo hay ó no obligacion de hacer el inventario y particiones judicialmente: y de los Albaceas.* He dicho en el *núm.* 5, §. *ant.*, que hay inventario simple y solemne, y en *el* 6, ante qué juez deba hacerse este: y debo añadir en conclusion de esta materia de inventarios y particiones, que el que aquellos y estos se hagan impartiendo el ausilio de la autoridad judicial, depende de la voluntad de las partes, y habiendo herederos menores ó ausentes, de la del testador. Pueden por consiguiente efectuarse sin ella en los casos siguientes. 1.° Cuando el testador deja arreglado todo, como puede, antes de morir, entre sus herederos, sean menores ó ausentes: en cuyo caso porque un hijo lleve mas que otro nada podrá decir contra la partija, cabiendo en lo que el padre le podia dejar. 2.° Cuando todos los interesados son mayores de veinte y cinco años, y se convienen en hacer inventario y particiones, particularmente por escritura ó como mejor les parezca. Y nótese que aunque las hagan en escritura simple, pueden reducirlas á pública por ante un escribano cuando mejor les parezca. Véase esto y el modo de reducirlas á públicas en Febrero, *lib.* 2, *cap.* 10, §. 2 *al fin.* 3.° Si el testador, tenga ó no herederos menores y ausentes, encarga á testamentario ó albacea de su confianza, que haga inventario y partija entre sus herederos, prohibiendo toda intervencion á la justicia, para lo que le faculta ámpliamente la *ley* 10, *tit.* 21, *lib.* 10, *Nov. Rec.* De consiguiente, solo mediará esta en el caso en que muriendo uno intestado deja herederos menores ó ausentes, ó aunque muera testado no dispuso de sus bienes en vida, ó no diputó persona de su confianza que lo hiciese. Pero debe notarse que la autoridad judicial, (ya vimos hasta qué punto es necesaria en los inventarios y tasas) es indispensable que apruebe las particiones de los menores ó ausentes, en que acabamos de ver debe tomar parte, oyendo á su curador si le tienen, ó el *ad litem* que se les hubiese nombrado; sin que baste la aprobacion de estos, como en el inventario. La razon de la diferencia consiste en que en este poco ó ningun perjuicio se puede seguir á los menores, y en las particiones al contrario. Véase en Febrero, una *nota al fin de d.* §. 2, *cap.* 10.

Habiendo mentado á los albaceas, por otro nombre fideícomisarios ó testamentarios, y haciendo por otra parte gran papel en las mas de las testamentarías, juzgo oportuno dar aqui una pequeña idea de lo que sean, como por apéndice de este tratado y de los anteriores. Es bien sabido que se dicen tales aquellas personas á quienes los difuntos dejan encargado el cumplimiento de su voluntad. *Princ. y ley* 1, *tit.* 10, *P.* 6. Segun esto sus facultades y autoridad redúcense á las que el testador les hubiese concedido, y segun ellas deberán obrar, y no arbitrariamente, *ley* 3, *d. tit.* 10, *y la* 2. Esta añade, que teniendo los herederos motivos para sospechar de los testamentarios, pueden asegurarse y tomar recabdo de lo que pueda ocurrir. Con respecto á cobrar y demandar en juicio los bienes y deudas que el testador tenia á su favor, dice la *ley* 4, que podrá hacerlo solo para invertirlos en obras de piedad, si el mismo albacea tiene algun interés en ellos, ó si le facultó en el testamento al efecto. Febrero, 1.ª *part.*, *cap.* 1, §. 6, habla latamente de los albaceas, y entre otras cosas dice, que puede serlo la muger segun costumbre, y el mayor de 17 años: y que, aunque es dudoso, lo mas regular es que no tienen salario, por ser oficio amistoso, gracioso y privado. Con todo, si por ocuparse mucho con este motivo, observa y esperimenta alguna disminucion en sus intereses, parece regular que se le indemnice. Matienzo, *tit.* 4, *ley* 14, *glos.* 1, *núm* 24, dice y encarga á los testamentarios, que no deben vender las cosas de la herencia, si el heredero quiere pagar ó da fianza de responder de deudas y demas que pueda resultar contra aquella: asi lo dicta de lleno la equidad. Cuando quedan nombrados varios comisarios, vale lo que hiciere uno de ellos, si los demas no quisieren ó no pudieren concurrir al efecto, *ley* 6, *d. tit. al fin.* El tiempo en que deben cumplir la voluntad del testador, es el que este determinase, y en su omision lo mas pronto posible, y lo mas tarde dentro de un año, *d. ley* 6; y no lo haciendo asi, pierden lo que se les dejase en el testamento, *ley* 8.

Núm. 7. *Resúmen del* §. 2. En su *núm.* 1 vimos, quién debe nombrar los peritos que hayan de entender en las particiones, si estos pueden ó no repudiar su encargo, sean titu-

lares ó no, y si estos pueden ejercer la pericia; que una parte no puede recusar el nombrado por la otra, ni el nombrado por el juez en su rebeldía; pero sí el elegido por ella misma antes que acepte su encargo, y el tercero que se nombra en discordia; cómo deben conducirse los peritos en la tasa de los bienes; que no siendo conformes en ella, se nombra un tercero, quien puede disconformar ó conformar con uno de los anteriores, y que concluidos los trabajos se comunican á las partes para que digan de agravios, ó hagan pujas y licitaciones de lo que esté tasado, bajo de cuyos agravios debe el juez conocer en vía ordinaria: en *el* 2, cuál debe entender en las particiones judiciales; quién puede pedir estas, que cuando se duda si alguno debe entrar en ella, ha de ventilarse antes su derecho en vía ordinaria; que se ha de citar, y cómo á los ausentes, y no viniendo, nombrarles defensor; que es diferente la particion y la liquidacion de bienes de una herencia; y que por lo regular esta debe hacerse antes de empezar aquella: en *el* 3, las reglas que conviene tengan presentes los peritos al hacer las adjudicaciones ó particion: por el *núm.* 4 sabemos, que concluidas se han de comunicar ó dar traslado de ellas á los interesados, para que digan lo que les parezca, y cómo debe oirlos el juez en ello, cuyo fallo no es de ningun modo irrevocable; las causas por qué se anulan; que habiendo lesion en porcion considerable, sea ó no en la sesta parte, puede reclamarse contra la particion antes de aprobarla y consentirla; pero de hecho esto solo siendo aquella enorme ó enormísima; que para reformar los agravios de los otros suele nombrarse un perito tercero, ó ponerlos á la decision de un varon imparcial; y que ni aun con este mismo objeto se deben admitir pujas hechas las adjudicaciones: por *el* 5, qué deben pagar, y cómo los gastos de inventario y particiones los interesados; no entendiéndose por tales los acreedores, cuyos créditos contra la herencia no provengan de título lucrativo; que quedan sujetos los compartícipes á la eviccion, escepto en los casos espresados; y que están obligados á dar á un interesado, de quien no hicieron caso al partir, su porcion con los frutos correspondientes, segun la buena ó mala fé con que hubiesen procedido: y finalmente, en el *núm.* 6 vimos, cuán-

do hay ó no obligacion de impartir la autoridad judicial para hacer inventario y particiones; y qué sean albaceas, y cuáles sus atribuciones y obligaciones.

TÍTULO IX.

DE LOS MAYORAZGOS.

Título 17, libro 10, Novísima Recopilacion.

§. *Unico.*

Siendo indispensable tratar de los mayorazgos, (pues aunque su existencia está muy próxima á espirar, han de dar no obstante por muchos años asuntos que ventilar en los tribunales) contemplo este el lugar mas propio; pues para hablar de ellos, concluida la materia de obligaciones y contratos, es ninguna su conexion, y parece tienen mas con lo que vá esplicado de todo el estenso tratado de sucesiones. Sala les coloca despues de las mejoras, sin duda porque se acostumbraba fundarlos por este medio; pero no dándose hoy este caso, me pareció mejor anteponer los tratados de sucesiones intestadas, y adicion y particion de herencia, para que estuviese junto lo á estas perteneciente.

Núm. 1. *Origen de los mayorazgos, y su definicion.* Son verdaderamente célebres estos en España por los muchos que hay y las graves cuestiones que sobre ellos se suscitan. Los romanos no los conocieron; pero han tenido fideicomisos familiares que se les asemejan lo bastante, diferenciándose al mismo tiempo en muchas cosas. Por lo que tienen de semejanza, cuando nuestros autores mayorazguistas se ven apurados en las cuestiones que tratan, sin poder apoyar sus proposiciones en nuestras leyes patrias, se acogen á las romanas que hablan de los fideicomisos. Nuestro célebre mayorazguista Luis de Molina, en su famoso tratado *de primogen. Hispan.*, *lib.* 1, *cap.* 2, encuentra motivos para derivar el orígen de los mayorazgos de la *ley divina*, ya en el *cap.* 25 *del Génesis*, en que se hace

mencion de la venta del derecho de primogenitura que Esau hizo á su hermano Jacob, ya en *el* 17, en que se lee que Isaac concedió á este su bendicion y derecho de primogenitura; lo que comprueba la *ley* 2, *tit.* 15, *P.* 2, refiriendo varias cosas en honor de los primogénitos. Pero este orígen solo puede atribuirse á los mayorazgos tomando este nombre latamente, y si se quiere en un sentido vago, que está muy lejos de convenir á lo que hoy entendemos por ellos; asi es que prueba el mismo en *d. lib.* 1, *cap.* 1, no puede dudarse de que nuestros mayorazgos se diferencian mucho de aquellas primogenituras.

Por lo que, contrayéndonos á los mayorazgos de España, no dudo afirmar que su verdadero orígen nos es desconocido, y que se pierde en la oscuridad de los tiempos antiguos. Hay quien quiere derivarle de los fideicomisos romanos; otros encontrando poca semejanza entre estos y aquellos no se avienen con tanta antigüedad, y los datan á la época de las leyes de Toro, que presentan por su verdadero principio y fundamento, Posadilla á la *ley* 40. Pero esto á lo mas podrá sostenerse en cuanto á los pequeños, pues los grandes parece los dá por supuestos y existentes ya el Sr. D. Enrique II en su testamento, Castro, Discursos *Critic.*, *tom.* 3, *lib.* 1. Y finalmente algunos remontan su cuna á las costumbres de la antigua nobleza goda, y la derivan del mismo reino español, cuyo órden de suceder cuadra perfectamente á los mayorazgos, como luego veremos, de cuya opinion parece ser el citado Molina, *d. cap.* 2. No es de mi instituto engolfarme en esta cuestion, que por mucho que quisiese discurrir dejaría envuelta en la misma oscuridad.

Este mismo autor en el *cap.* 1, *núm.* 22, *de d. lib.* 1, define el mayorazgo: «*Derecho de suceder en los bienes que* »*uno ha dejado con la obligacion de haber de subsistir en* »*la familia enteros perpétuamente, y pertenecer al próxi-* »*mo primogénito por órden sucesivo.*» Y advierte, que no debe abandonarse esta definicion por el motivo de haber algunos mayorazgos en que no sucede el primogénito, sino el segundo génito, y otros que no son perpétuos sino temporales; porque estos modos de suceder, segun él, ó no son ma-

yorazgos, ó cuando mas, lo son impropios. Por otra parte, las definiciones en derecho todas son peligrosas; por lo que, no pudiéndose formar con la exactitud y escrupulosidad que las de filosofia, basta que espliquen la esencia y naturaleza ordinaria de la cosa.

Núm. 2. *Division de los mayorazgos en varias clases, y esplicacion de estas.* Los mayorazgos, considerados latamente en cuanto comprenden tambien á los impropios, se dividen en regulares é irregulares. Los primeros son los *«en que se »sucede segun el órden prescrito para la sucesion de este »reino en la ley* 2, *tit.* 15, *P.* 2.» Y por lo contrario irregulares aquellos, *«cuya sucesion se desvia poco ó mucho del »modo de suceder señalado en dicha ley* 2.» De estos refiere nueve especies principales Rojas de Almansa, *de incompatibilit. disp.* 1, *quæst.* 1, *núm.* 3: 1.ª De agnacion verdadera: 2.ª De agnacion fingida ó artificiosa: 3.ª De masculinidad nuda: 4.ª De femineidad: 5.ª De eleccion: 6.ª Alternativos: 7.ª Saltuarios: 8.ª De segundo genitura: 9.ª Incompatibles: de todos los que paso á dar alguna nocion.

Mayorazgo de agnacion verdadera ó rigurosa es aquel *«á »cuya sucesion son admitidos únicamente los varones des»cendientes de varon en varon del fundador, sin mediar »hembra alguna.» La ley de las XII Tablas*, tan famosa en el Derecho Romano, hizo tal distincion entre la agnacion y cognacion, que llamaba á la legítima sucesion y tutela á los agnados, con esclusion total de los cognados aun en el caso de no haber agnados. Pero este rigor fué templándose poco á poco por varios senados-consultos, y últimamente Justiniano desagradado de tal diferencia la abolió enteramente, haciendo una masa de agnados y cognados y llamándolos indiferentemente. Aunque esta abolicion ha sido adoptada por nuestras leyes, no obstante muchos hombres, y con especialidad los de superior gerarquía, animados de un espíritu preferente hácia sus agnados, ó mejor dicho á la conservacion de su casa y nombre, les anteponen en todo á sus cognados; y aun algunos llamando á aquellos, escluyen del todo á estos. Cuyas disposiciones, á pesar de no estar en armonía con su espíritu, no han dejado de respetar nuestras leyes, por el esmero con

que se han empeñado en sostener la libre voluntad de los testadores, como lo hace ver entre otras la *ley* 1, *tit.* 18, *lib.* 10, *Nov. Rec.* que tantas veces he citado, tratando de las sucesiones. Por esto no es de estrañar que se observen entre nosotros tantos mayorazgos de rigurosa agnacion en que estén escluidas del todo las hembras y sus descendientes.

De agnacion fingida ó artificial llámanse aquellos *«á cuya sucesion llama en primer lugar el fundador á un cognado suyo, ó algun estraño, ó tal vez á una hembra, previniendo que despues sucedan al primer llamado sus hijos y descendientes varones de varones.»* Se dice asi, porque el fundador que no tiene agnacion propia en que perpetuar su mayorazgo, la finge y la llama. Asi es que los que los fundan, exigen por lo regular que los poseedores lleven siempre su apellido y armas: flaqueza humana de que adolecen algunos hombres. Rojas de Almansa, en *d. quæst.* 1, §. 4, *número* 103, dice, que á las veces fundan tambien estos mayorazgos algunos, que teniendo agnados verdaderos, disponen la sucesion del modo espresado en el caso de faltar estos; y pone por ejemplo, *la ley* 5, *tit.* 1, *lib.* 3, *Nov. Rec.*, por la que el Sr. D. Felipe V tratára de variar de esta suerte la sucesion de la Monarquía.

Mayorazgo de pura ó simple masculinidad es aquel *«á cuya sucesion se admiten solamente los varones, sin distincion de si vienen por varon ó por hembra.»* Y de femineidad aquel *«en que solamente suceden las hembras, ó por lo menos son preferidas á los varones»*; de los que refiere Rojas tres especies *en d.* §. 4, *núm.* 150.

Mayorazgo de eleccion ó electivo, llámase aquel *«en que su poseedor tiene facultad concedida por el fundador de elegir en sucesor al hijo ó pariente suyo que le pareciere, con tal que existiendo parientes del fundador, sea uno de ellos.»* La facultad aunque esté indefinidamente concedida, no es tan libre que pueda el poseedor elegir á un estraño, habiendo parientes del fundador, como opina y resuelve el mismo Rojas, *d. quæst.* 1, §. 6, *núm.* 159, citando otros muchos, y entre ellos Aguila, que refiere haberse decidido asi en un mayorazgo de los Ibarras. Téngase tambien

muy presente sobre esto, que el poseedor no puede revocar la eleccion una vez hecha, aunque lo fuese en testamento: cuya razon es el que habiendo ejercido ó puesto en uso la facultad concedida por el fundador, en su virtud adquirió el elegido un derecho de que ya no puede privarle; prescindiendo de la autorizacion que tal vez le dejase al efecto. He visto cuestionar, si muerto el primer elegido puede nombrar otro el poseedor, en lo que juzgo debe sostenerse la opinion afirmativa; pues aunque este es verdad cumplió con su oficio, *functus fuit oficio suo*, lo cierto es que el fundador le comisionó y ordenó nombrase sucesor en los bienes, y no puede verificarse esto de otro modo.

Alternativo ó de alternativa naturaleza, dícese el mayorazgo «*á cuya sucesion llama el fundador á uno de una* »*linea durante su vida, y despues de su muerte á otro de* »*otra linea, mandando que asi siga en adelante la sucesion,* »*alternando las lineas.*" Saltuario llaman los autores á aquel «*en cuya sucesion no se atiende á la primogenitura; sino* »*solo á la mayor edad entre todos los parientes del funda-* »*dor; de manera que muriendo el poseedor, sucede el mas* »*viejo de ellos, aunque el último poseedor haya muerto con* »*hijos ó descendientes.*" Se dice saltuario, porque en él la sucesion no sigue por líneas como en los otros, sino que salta de una en otra, buscando siempre la mayor edad, sin atender á ellas.

Mayorazgo de segundo genitura propia, llámase aquel «*á cuya sucesion son siempre llamados los segundos génitos* »*por órden sucesivo.*" Cuando el fundador llama al segundo génito por primera vez, y despues á los descendientes de este por órden de primogenitura, solo puede decirse impropiamente de segundo genitura. Vénse tambien algunos mayorazgos á que es llamado el último hijo del poseedor. Finalmente, mayorazgo incompatible es aquel «*que no puede estar* »*juntamente con otro en una misma persona*": de los cuales hay varias especies como luego veremos. Su irregularidad consiste solamente en la incompatibilidad; porque nada impide que en lo demas sean regulares.

Las especies de mayorazgos irregulares que van referidas,

son las principales conocidas por los autores con los mismos nombres que he notado. Hay otras muchas que no lo tienen, y tantas cuantas se antojen á los fundadores, que pueden poner los llamamientos y condiciones que les pareciere, con tal que sean posibles y honestas. A qué especie pertenezca el mayorazgo, es tratado largo que contiene muchos y difíciles casos. Los mas frecuentes pueden verse en Rojas de Almansa, que en *d. quæst.* 1, *disp.* 1, los examina latamente; en Molina, Torre y otros. Febrero, 1.ª *part.*, *cap.* 8, habla bastante bien de las especies dichas, y aun particulariza varios casos en que podria dudarse á qué clase pertenece el mayorazgo, atendidas muchas palabras oscuras con que están hechos los llamamientos de las fundaciones, tanto de ellos como en las de los patronatos y capellanías, que siendo laicales siguen la doctrina de los mayorazgos.

No estando en el caso de dilatarme en su esplicacion, paso á dar noticia de doce hermosas reglas que presenta Sala, *tit.* 7, *núm.* 9 *y sig.*, en esplicacion de lo que debe saberse de los mayorazgos regulares.

Núm. 3. *Qué ha de tenerse presente para saber por quién y cómo se debe suceder en los mayorazgos.* Segun acabo de decir, *núm. ant.*, están de lo mejor que puede escribirse las doce reglas que presenta Sala acerca de los mayorazgos regulares, para esplicar con la posible claridad y concision lo mucho que de ellos hay que saber; de suerte que con dichas reglas disipa la oscuridad en que de otro modo estaría envuelto este tratado. Por estas razones incurriría en una falta, si al menos en el fondo y en el órden no siguiese su método.

Sea, pues, la 1.ª regla: *El órden de suceder en los mayorazgos regulares es el mismo que el de en la corona de España.* Este reino es un verdadero mayorazgo, cabeza de todos los demas, que como á miembros se derivan y toman de él la razon ó modo de suceder, de manera que *en caso de duda el mayorazgo se reputa regular*, como se vé por las *leyes* 8 *y* 9, *tit.* 17, *lib.* 10, *Nov. Rec.* Por lo mismo, si se disputa sobre el órden de suceder, debe decidirse la causa segun las leyes establecidas para la sucesion del reino, como enseñan entre otros Molina, *d. lib.* 1, *cap.* 2, *núm.* 16, y se

deja conocer. Por estas leyes no se entienda la 5, *tit.* 1, *lib.* 3, *Nov. Rec.*, citada *núm. ant.*, que pretendió variar aquella, sino la 2, *tit*, 15, *P.* 2, y el *tit.* 7, *art.* 51, *Constit. de* 1837.

2.ª *En los mayorazgos deben tenerse presentes cuatro cosas: línea, grado, sexo y mayor edad.* Recomienda tanto estas Molina, *lib.* 3, *cap.* 4, *números* 13 *y* 14, que dice deben conservarse en la memoria. Lo primero que debe observarse para conocer quién debe seguir en la sucesion del mayorazgo, es la línea, á fin de que los de la del último poseedor sucedan antes que los de las otras. Luego el grado, porque el pariente mas próximo de dicho poseedor, escluye al mas remoto. En tercero el sexo; pues siempre en los mayorazgos regulares el varon escluye á la hembra, siendo de la misma línea y grado. Y hay que atender por último á la mayor edad en aquellos que sean iguales en línea, grado y sexo.

Pero téngase muy presente, repito, que si la hembra fuese de mejor línea y grado, no se entenderá escluida por los varones mas remotos, antes se preferirá á ellos y se juzgará llamada primero, especialmente despues de la *ley* 8, *d. tit.* 17, publicada en 5 de Abril de 1615, que en los mayorazgos fundados despues de ella, no quiere sean escluidas las hembras, si no fuere en caso que el fundador las escluyere y mandáre que no sucedan, espresándolo clara y literalmente, sin que en el particular basten presunciones, argumentos ó congeturas, por precisas, claras y evidentes que sean.

3.ª *La proximidad del parentesco debe considerarse respecto del último poseedor.* Podia dudarse si la mayor proximidad que debe dar derecho á suceder ha de considerarse respecto de este ó del fundador; pero parece que debe atenderse á la del primero, como se vé por *d. ley* 2, *tit.* 15, y en ella Gregorio Lopez, *glos.* 18 *al fin*, y por la 9, *tit.* 1, *P.* 2, alli, *ó alguno de los otros que son mas propinquos parientes de los reyes al tiempo de su finamiento.* Y tiene tambien lugar esta regla en los laterales, siempre que, se supone, el mas próximo del poseedor fuese de los parientes del fundador; pues solo á estos pertenece la sucesion de los mayorazgos, Molina, *d. ley* 3, *cap.* 9, *núm.* 2.

4.ª *Del derecho de representacion; y modo de suceder-*

se las líneas. Segun la *ley* 9, *d. tit.* 17, la representacion tiene siempre lugar en la sucesion de los mayorazgos, y los hijos ocuparán el grado y lugar de sus padres, tanto en la línea recta, como en la transversal, á no ser que el fundador la escluya clara y literalmente, sin que basten argumentos, presunciones ni congeturas, por evidentes que sean. Asi el que diga la escritura de fundacion que suceda en el mayorazgo el agnado ó cognado mas próximo, el hijo primogénito que sobreviviere al último poseedor, ó el que se suceda, salva la prerogativa del grado con otras cláusulas ambiguas, dice muy bien el Sr. Llamas-Molina en la *ley* 40 *de Toro*, *número* 151 *y sig.*, nada vale.

Sobre el modo de sucederse, ó llámese relevarse las líneas digo, que acabada la del primogénito se pasa á la del segundo génito, y asi en adelante á la del tercero ó cuarto; Molina, *lib.* 3, *cap.* 6, *números* 30 *y* 31; y que los que están en línea recta del fundador se prefieren á los demas.

Y aqui debo hacer presente, que ademas de las líneas recta y transversal, que á todos son notorias, han inventado otras los intérpretes dándoles nombres; como son la actual ó efectiva, habitual, paterna, materna contentiva, de sustancia, cualidad, simple masculinidad, femineidad y eleccion. Todas pertenecen en realidad á las dos principales, la recta ó transversal, y las omito porque su conocimiento sirve mas bien de confusion que de provecho, como dicen Sala, *núm.* 15, y Gutierrez en una nota *al núm.* 36, *cap.* 7, 1.ª *part. de Febrero*, en donde pueden verse esplicadas; y porque el caso que no sea resuelto por estas claras y sencillas reglas, apenas que pueda resolverse por ellas.

5.ª *Trata de la preferencia de los legítimos y legitimados.* Para que todos los espresados en las tres reglas anteriores tengan la prelacion á suceder en los términos en ellas dichos, es menester que sean legítimos, aun en el caso que el fundador hubiese llamado simplemente á sus descendientes sin añadir *legítimos;* porque cuando se trata del honor de la familia, como en los mayorazgos, bajo la apelacion de hijos, no se entienden los ilegítimos, segun sientan Gregorio Lopez, *glos.* 10, *quæst.* 8, *ver. et quod, de d. ley* 2, *tit.* 15, *P.* 2,

Molina, *d. lib.*, *cap.* 1, *núm.* 45. Y téngase presente, que por hijos legítimos se entienden no solo los nacidos de legítimo matrimonio, sino tambien los que nacieron de putativo, contraido segun los ritos de la iglesia, ignorando los contrayentes ó alguno de ellos el impedimento que tenian para contraerle, *ley* 1, *tit.* 13, *P.* 4. Molina, *d. lib.* 3, *cap.* 3, *núm.* 45, dice debe ampliarse esto al caso en que hubiese dicho el fundador que solo deban suceder los nacidos de legítimo matrimonio.

El hijo legitimado por subsiguiente matrimonio, entiéndese llamado á la sucesion desde el tiempo de su legitimacion, esto es, en que sus padres contrajeron el matrimonio. De consiguiente, si su padre antes de este matrimonio, nacido ya el legitimado despues por él, hubiese contraido otro y tenido un hijo legítimo, este se considerará el primogénito, y será preferido al legitimado. Cuya razon es, porque habiéndose radicado ya en el legítimo por su nacimiento el derecho de primogenitura, sería cosa inícua privarle de él teniéndole adquirido tan justamente y con esperanza tan atendible y digna de consideracion. No debe, por consiguiente, retrotraerse la legitimacion en su perjuicio. Molina, *d. lib.* 3, *cap.* 1, *número* 7, Gomez, *ley* 9 *de Toro*, *núm* 63 *y sig.*, citando á otros.

Si el hijo fuere legitimado por rescripto del príncipe, ó por los otros medios espresados, *tit. de legitimaciones*, Hermenegildo de Rojas, *de incompat.*, *part.* 1, *cap.* 6, §. 6, y Molina, *d. lib.*, *cap.* 4, *núm.* 44, *y lib.* 3, *cap.* 3, sientan, que le escluirán de la sucesion todos los parientes de la familia del fundador, ó que desciendan de él, y que el arrogado ó adoptivo está enteramente escluido, *d. Rojas*, §. 10.

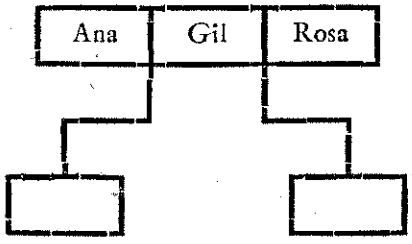
Núm. 4. *Del modo de formar árboles genealógicos.* Se ve con muchísima frecuencia, para venir en conocimiento de las personas á quienes deben pasar los mayorazgos, el recurrir á la formacion de un árbol de parentesco, á fin de llegar á conocer por su medio el que une entre sí las personas de una gran familia. Pero no es esta la única ocasion en que se ve el letrado en la precision de tomar la pluma y trazar un árbol en un momento: son infinitas; tantas cuantas las numerosas con-

sultas que se les hacen sobre matrimonios, sucesiones, retractos &c. Por esta razon, y siendo mi primario plan y objeto dar alguna idea de lo mas principal y mas práctico que tiene que saber el letrado, juzgué conveniente presentar algunas reglas de las que para guiarse en la delineacion de árboles presenta Febrero, 1.ª *part.*, *d. cap.* 8, y aun el ilustre autor de las Partidas, *ley* 2, *tit.* 6, *P.* 4, cuyo ejemplo no hago en esto mas que seguir.

1.ª *regla.* Los sugetos colocados al lado diestro (refiérese á un árbol formado que presenta), que segun se mira de frente es el siniestro, son los mayores de edad, y por consiguiente de línea predilecta para suceder en mayorazgos, y asi se pondrán siempre; y los menores en el siniestro por el órden de su nacimiento en todas líneas, sea la recta ó transversal; y en seguida á los de grado mas próximo, colocando frente unos de otros los que tengan grados iguales.

2.ª Si se hace algun árbol solo para saber la descendencia, parentesco, y mayoría de edad, deben ponerse por el órden de nacimiento, asi los varones como las hembras de cada línea, sin distincion; pero si es para algun litigio sobre mayorazgo, que no sea de femineidad, deben estar en mejor lugar por el órden espuesto los varones, aunque hayan nacido hembras interpoladas entre ellos ó antes.

3.ª Si alguno ó algunos se casáren dos ó mas veces, se han de enlazar las casillas, y de cada matrimonio salir su descendencia de este modo:



4.ª Es lo mismo formarle poniendo el abuelo de quien se desciende abajo que arriba; pero se estila ponerlo en este sitio, y luego ir bajando con la prole.

5.ª Si alguno tiene parentesco geminado por haberse casado algun ascendiente suyo con sobrina, parienta ó descendienta del fundador de mayorazgo, se ha de tirar desde la casilla del ascendiente á la de la hembra una línea sutil que llaman oculta, ó se ha de duplicar y enlazar la casilla de ella con la suya, espresando dentro ó á su márgen ser la misma puesta en otra línea, y esto es lo mejor.

6.ª Si se duda del parentesco de alguno de los pretendientes á la sucesion con el fundador, no se unirá su casilla con la de aquel con quien solicita emparentar, sino que ha de dejarse suelta sin enlace alguno. Aunque en estas reglas se parte del supuesto que el árbol se forma para arreglar la sucesion de mayorazgo, con todo son generales é igualmente aplicables al que quiera delinearse sobre otro cualquiera objeto.

Es indispensable tambien tener aqui presente el modo de computar los grados de parentesco, que dejo esplicado en el §. 2, *tit.* 4, *lib.* 1.

Núm. 5. *A quién se sucede al entrar en un mayorazgo; y de las obligaciones contraidas por su último poseedor.* He suspendido momentáneamente la continuacion de las reglas, y como todavía faltan muchas que presentar, vuelvo á tomar su hilo.

Sea pues 6.ª *regla. En los mayorazgos no se sucede al último poseedor por derecho hereditario, sino de sangre.* Efectivamente asi parece disponerlo *d. ley* 2, *tit.* 15, *P.* 2, en sus palabras, *Do quier que el señorio hubieron por linage, é mayormente en España*, y *la* 9, *tit.* 7, *d. P.* 2, allí, *Por razon de linage*; y lo dicta claramente la razon. De ahi es que el mayorazgo pertenece al primogénito del poseedor, aunque este le hubiese desheredado. Pero respecto del fundador, todos suceden por derecho hereditario, porque le consiguen por su voluntad. De esto se deduce y resulta,

7.ª *Que el sucesor como tal nada tiene que ver con las obligaciones contraidas por el último peseedor.* Es principio inconcuso en derecho que las que alguno tiene, sea en contra ó en favor suyo, solo incumben á su heredero; y segun acabamos de ver, no cabe dar esta consideracion al sucesor en el mayorazgo precisamente como tal. Es tan cierto esto, que has-

ta puede prescindir de las obligaciones que el poseedor efectuase sobre cosas del mismo mayorazgo. Asi es que no puede sujetarse al sucesor á pasar y estar, no diré ya por sus ventas pero ni por el usufructo, arriendos ú otras cosas que dispusiese en sus bienes; sobre lo cual véase el *núm.* 5, *tit.* 13. Con todo, acerca de esto obsérvase en la práctica una grande anomalía; por lo menos en todo el reino de Galicia. Está introducida, y se respeta por los tribunales, la de que los poseedores de mayorazgo puedan conceder en foro ó enfiteusis sus bienes como les acomode,(*) sin que los sucesores puedan darlos por nulos; prescindiendo de la lesion que haya en el canon, y de los fraudes que mediasen. De modo que al paso que les está prohibido enagenarlos, se les permite aforarlos, como si el foro no fuese una verdadera enagenacion. Sin duda que esto dió justo motivo á que el insigne autor del informe de la ley Agraria asentase en su *núm.* 217, que el poseedor de un mayorazgo es dueño de los bienes vinculados, para cuanto no sea enagenarlos ó variar la sucesion; y que por lo mismo el sucesor está obligado á pasar por sus arriendos.

(*) ó no sea la cosa pral. del vínculo y sus dientes.

Consecuencia tambien de esta regla 7.ª es el que no esté el sucesor obligado á satisfacer las deudas que contra sí tuviese el antecesor. Si estas fuesen contraidas por necesidad precisa para conservar los bienes del mayorazgo, unos autores opinaban debia aquel pagarlas, y otros que no. Molina *de prim., d. lib.* 1, *cap.* 10, Gomez, *ley* 40, y Llamas *ley* 46 *de Toro.* El último en los *núms.* 172 y *siguientes,* sostiene la opinion negativa, fundado en que no hay mas razon para pagarlas el sucesor que el antecesor, porque si uno va á percibir los frutos y utilidades, los ha percibido igualmente el otro; y en esta igualdad mas justo es pague lo obrado el que lo mandó hacer ó sus herederos, que no el otro; con tanta mayor razon, cuanto contra el primero asiste al reclamante accion personal, y ninguna contra el segundo. Pero hoy creeré que esta cuestion es de ningun provecho, porque, como luego veremos, están mandados dividir los mayorazgos en su mitad; y de ella deberán salir en todo caso las deudas que se reclamen. Y aqui debo notar, que *en la ley de* 27 *de Setiembre de* 820, restablecida *por decreto de* 31 *de Agosto de* 1836, se lee *Esta mitad*

que se reserva al sucesor inmediato no será nunca *responsable á las deudas contraidas ó que se contraigan por el poseedor actual, art.* 2 *al fin.*

Núm. 6. *De las mejoras hechas en casas de mayorazgo; y de la pertenencia de sus frutos al renovarse las sucesiones.* Sala pone entre sus reglas la siguiente, presentada por la *ley* 6, *tit.* 17, *lib.* 10, *Nov. Rec.* (42 de Toro). «Todas las fortalezas, »edificios y cercas que se hiciesen en las casas ó heredamien»tos de mayorazgos, sea reedificando en ellas ó reparándolas, »son del mismo mayorazgo, sin que el sucesor sea obligado á »dar parte alguna de la estimacion de dichos edificios á las »mugeres de los que los hicieron por razon de gananciales, ni »á sus hijos ó herederos." Como esta *ley* habla solo de cercas y edificios, suscitaban muchos la cuestion de si debe limitarse á ellos su disposicion, ó por el contrario, estenderla á toda clase de mejoras ó perfectos hechos en los bienes mayorazgados. Molina, *d. lib.* 1, *cap.* 26, *núm.* 15, Acevedo, *en d. ley* 6, *número* 2, Gomez y Llamas-Molina, *en d. ley* 46, sostienen esto último; y presenta tan convincentes argumentos Llamas, *número* 8 y *siguientes*, que no es posible dejar de asistir á su opinion. Dice, y con razon, examinemos los fundamentos que pudieron tener presentes los legisladores de Toro para dictar su disposicion, y conviniendo á toda clase de perfectos, hagámosla estensiva cual corresponde.

Hubiera presentado algunos de los que él pone larga y estensamente, á no estar persuadido de que tanto esta cuestion como la regla espuesta que la motiva, no deben tener lugar hoy, atendida la citada ley de 820. En su *art.* 1 se dice, que los mayorazgos dejaron de existir, y que desde su fecha se reputarán todos sus bienes como absolutamente libres; y en el 2 y 3, que el actual poseedor podrá disponer de mitad de ellos, reservando la otra al sucesor inmediato, á cuyo efecto deberán tasarse con rigurosa igualdad: de cuyas disposiciones creo se deduce naturalmente, 1.°, que no existen ya las razones que motivaron la disposicion de la *d. ley* 46: 2.° que el sucesor inmediato tiene derecho solo á la mitad exacta de los bienes de que se componia el mayorazgo: 3.° y por lo mismo, que los perfectos hechos en bienes de este serán abonables como

los de otros cualesquiera bienes libres, rigiéndose en un todo por unos mismos principios.

8.ª *Los frutos que el poseedor de mayorazgo deja recogidos á su muerte le pertenecen en un todo; los pendientes solo á prorata.* No cabe disputa sobre la primera parte de esta regla; pero acerca de la segunda promueven los autores la de si los frutos pendientes le corresponden á prorata del tiempo del año que poseyó, segun afirmé, ó si por el contrario pertenecen todos al sucesor. Antonio Gomez, *ley* 40, *núm.* 74, asienta esto último; pero es mas probable la contraria opinion que sostiene Febrero, 2.ª *part.*, *lib.* 1, *cap.* 5, *núms.* 32 y *sigs.*, despues de agitar los argumentos contrarios; y la funda en su notoria equidad, y en costumbre seguida generalmente y ejecutoriada ya varias veces. Segun esto digo, acerca de los frutos pendientes en bienes del mayorazgo, que despues de deducir los gastos de cultivo y recoleccion, ó la renta correspondiente á ellos, siempre que los hubiese hecho el poseedor, lo restante se parte entre este y el sucesor, no por partes iguales forzosamente, sino mayores ó menores segun los meses del año que estuviese el primero en la posesion. Pero adviértase que el año para este cómputo no se entiende siempre de Enero á Enero, si no segun las estaciones de los frutos. Asi en unos se cuenta de Agosto á Agosto, como los trigos, cebadas y otras semillas de esta clase: en otros de S. Miguel á S. Miguel, como los vinos, las huertas, dehesas, y otras cosas que producen siempre, cuales son tambien los prados de yerba con agua contínua, compútanse de Enero á Enero. Cuando los prados no tienen esta diariamente, sino de invierno, y por lo mismo solo dan determinadas cosechas de yerba, cuéntase el año de este fruto de S. Juan á S. Juan. En las reses mayores y menores, de S. Pedro á S. Pedro. Véase Herv., *cap.* 11, y Posadilla, *ley* 40 *de Toro.* Haciendo ahora aplicacion de todo esto, supongamos que el poseedor de mayorazgo muere por Octubre, recogerá el vino todo de aquel año, pero ninguno del siguiente; de los frutos de Agosto la parte de lo que produzcan correspondiente á dos meses, de las crias la que pertenezcan á tres, &c. &c. Mas esto entiéndase en aquellos bienes que cultivaba por sí mismo el poseedor finado, ó que estuviesen dados en ar-

riendo tácito, por cuanto los términos de estos deben ser los de las estaciones de los diversos frutos. En los frutos de los bienes cultivados á virtud de arriendo espreso, cuya pension se pague á determinadas épocas, creeré que para formar el cómputo y la proporcion de aquellos, deba contarse el año segun los plazos de estas.

Núm. 7. *Preséntanse otras reglas sobre la perpetuidad de los mayorazgos; sus prescripciones, é indivisibilidad.* 9.ª *regla. La sucesion en los mayorazgos es perpétua en todos aquellos que vienen de la familia del fundador.* Por ello si este hubiese llamado solamente á su hijo primogénito y á sus descendientes, sin hacer mencion de sus otros hijos, no deberá creerse sea su voluntad que, faltando la descendencia del primogénito, queden libres los bienes, aunque haya otros descendientes suyos; por el contrario, se entenderá que tambien llamó á estos. De suerte que de sola la palabra mayorazgo se infieren todas las sucesiones que son necesarias para su perpetuidad en la familia del fundador. De otro modo mal podria conservarse; lo que es inherente y esencial á la naturaleza de estos, Molina, *d. ley* 1, *cap.* 4, Gomez, *en la ley* 40, *núm.* 64 y otros. De ahí viene.

10.ª *Que los bienes mayorazgados son por su naturaleza inenagenables.* Algun dia discutíase si mediante real facultad podian enagenarse, y qué causas les era necesario precediesen para concederse esta. En la actualidad es inútil agitar esta cuestion; pues que todos los poseedores actuales de vínculos ó mayorazgos pueden disponer libremente de mitad de ellos, segun ya veremos.

11.ª *En los bienes mayorazgados, si es que pueden prescribirse, solo las prescripciones largas pueden tener lugar.* Segun aparece del Sala, *núm.* 11, algunos apoyan esta proposicion en la regla anterior; por que dicen lo prohibido de enagenar lo está tambien de, ó no puede prescribirse. Por esta razon, Molina, *lib.* 4, *cap.* 10, Gregorio Lopez, *glos.* 3 *al fin* de *la ley* 10, *tit.* 26, *P.* 4, y Gomez, en *d. ley* 4, *núm.* 90, se inclinan á que la única prescripcion admisible en tales bienes es la inmemorial. Estoy tan lejos de oponerme á esto, que juzgo puede sostenerse no debe admitirse prescripcion alguna;

pero debo al mismo tiempo decir, que su razon no me parece muy fundada, pues no es tan cierto como se supone, no puedan prescribirse las cosas prohibidas de enagenar. Las eclesiásticas y comunes de los pueblos lo están, y á pesar de esto nuestras leyes permiten ganar su dominio por la posesion de 44 años. Me gusta mas otra razon presentada por el mismo Gomez, que emito del modo siguiente. Sin posesion no hay prescripcion (por eso dicen las *leyes* 1 y 2, *tit.* 8, *lib.* 11, *Nov. Rec.*, que no pueden prescribirse las cosas comunes, locadas, depositadas &c). Segun la *ley* 1, *tit.* 24, *lib.* 11 *d.*, aquella en bienes mayorazgados pasa, muerto el poseedor, inmediatamente al sucesor, aunque otro se apodere ó esté apoderado ya de ellos: no puede por consecuencia forzosa prescribirlos nadie por tiempo alguno; y lo que debe decirse es, que el tenedor de dichos bienes lo fué en nombre del verdadero sucesor y poseedor del mayorazgo, como de los otros afirman *dichas leyes* 1 y 2, *titulo* 8.

12.ª «Muerto el poseedor del mayorazgo pasa como acabo de decir, por virtud del mismo derecho ó ministerio de la ley, la posesion civil y natural de todos los bienes pertenecientes á él, al sucesor, sin ningun acto de aprehension; aunque algun otro haya tomado la posesion de ellos en vida del tenedor del mayorazgo, ó despues de muerto, ó que el mismo se la hubiese dado, *d. ley* 1, *tit.* 24, (25 de Toro)." Llaman los autores á esta posesion *civilisima*, por adquirirse por solo el ministerio de la ley: y dicen unánimes, tiene lugar aunque el sucesor ignore lo es, ó sea infante, furioso, mentecato ó póstumo, Molina, *lib.* 3, *cap.* 12, *núm.* 24, Gomez, *d. ley* 45, *núm.* 112, Mieres, *de majorat, part.* 3, *quæst.* 2; y sean los mayorazgos fundados con licencia del Rey ó no, como prueban Molina, *lib.* 1, *cap.* 1, *núm.* 25, y Covarrubias, *lib.* 3 *var. cap.* 5, *núm.* 5, contra Gomez, que en *d. ley* 45, *núm.* 116, quiere hable esta solo de los primeros. El mismo Molina, *d. cap.* 12, *núm.* 23, dice, debe estenderse á la cuasi posesion de las cosas incorporables ó derechos la disposicion de *d. ley* 1, cuyo modo de pensar prueban estas palabras de la misma, *ó de otra cualquier cualidad que sean.*

13.ª *Los mayorazgos son indivisibles.* Espreso esta regla

muy verdadera no ha muchos años, aunque en la actualidad no lo sea, segun diré á lo último. Molina, *d. lib.* 3, *cap.* 1, *núm.* 19, pone una escepcion de ella; y debe tener lugar cuando nazcan dos varones de un parto, ó no estando varones, dos hembras, en tales circunstancias que no se pudiese saber quien nació primero, lo que deberá guardarse respecto á la mitad que en la primera sucesion se reserva al inmediato sucesor. La espuesta indivisibilidad debe entenderse, y tener efecto en cuanto á la administracion, ejercicio, ó comodidad, ya sea de todo el mayorazgo, ya de su mitad si el poseedor no llegase á obtener mas que esta á efecto de la ley que ya tendré ocasion de esplicar.

Núm. 8. *Comprende las dos reglas siguientes.*

14.ª *Sobre los modos de probarse el mayorazgo.* Segun la *ley* 1, *tit.* 17, *lib.* 10. *Nov. Rec.* (41 de Toro) se puede probar por tres modos: 1.º Por la escritura de la institucion de él con la escritura, (esto es, acompañada de ella segun el sentido que de sí arroja la partícula con) de la licencia del Rey que permitió fundarle. 2.º Por testigos que depongan del tenor de dichas escrituras. 3.º Por costumbre inmemorial probada con las calidades ó en los términos siguientes. Ha de acreditarse que los pasados tuvieron y poseyeron aquellos bienes por mayorazgo, esto es, segun las reglas de mayorazgo; y los testigos que se presenten al efecto han de ser de buena fama, y han de asegurar que asi lo vieron ellos pasar por tiempo de 40 años, que asi lo oyeron decir á sus mayores y ancianos, que nunca vieron ni oyeron decir lo contrario, y que asi es la pública voz y fama y comun opinion de los vecinos y moradores de aquella tierra. Tal es el tenor y verdadera disposicion de *d. ley* 1; sobre el cual debo advertir con Molina y otros, que el 1.º de dichos tres modos habla solamente, (debe añadirse, en su segunda parte) de los mayorazgos fundados con dicha licencia, en los cuales es absolutamente necesaria la escritura en prueba de ella; pero en los fundados sin la tal licencia, como antes se podia hacer y hacia, de suyo se deja conocer no es precisa la escritura de esta, y que bastará la de su fundacion, Molina, *lib.* 2, *cap.* 8: que el modo 2.º se entiende cuando habiéndose perdido la escritura deponen de su tenor

los testigos, que la vieron, y de que constaba de todas las partes y circunstancias necesarias, y no estaba cancelada ni viciada en parte alguna, Acevedo en *d. ley* 1, *núm.* 6 y *sig.*: que la escritura con que quiera probarse el mayorazgo, segun el mismo Molina, *d. cap.* 8, *núm.* 10, no es menester que sea pública, porque la *ley* solo requiere que haga fé, allí *siendo tales las dichas escrituras que hagan fé*, y es bien sabido que algunas privadas la hacen: que dichos tres modos están puestos por via de ejemplo, y no taxativamente, pues podrá probarse por otros, de los cuales refiere varios Molina, *d. cap.* 8, *núm.* 5. No debo pasar en silencio sobre el último, que el Señor Llamas en *d. ley* 41, *núms.* 20, 21 y *sig.* dice, que la buena fama de los testigos se debe probar, por exigirla la ley *pro forma*, sin que baste la presuncion de buena opinion que todos tienen á su favor; y que los testigos han de tener de edad 50 años y medio á lo menos, porque es preciso suponer en ellos edad bastante á poder testificar anteriormente á los 40 años de posesion de que deben declarar; y esta edad basta sea de diez años y medio segun regulan los autores, fundados en que la *ley* 3, *tit.* 16, *P.* 3, admite á los mayores de 14 años á testificar sobre lo que supieron y acordaron haber visto ó sabido antes de estos. Acevedo en *d. ley* 1, *núm.* 27, y sea dicho de paso, afirma, que el tercer modo de probar la prescripcion inmemorial, que ella refiere, es peculiar en este asunto, y que en los otros no es menester digan los testigos que asi lo oyeron á sus mayores y ancianos. Cita á Búrgos de Paz, y á Covarrubias, que en efecto dice, *cap. Posesor*, *part.* 2, §. 3, *núm.* 7, está asi admitido en la práctica.

15.ª *Religiosidad con que debe guardarse la voluntad de los fundadores.* En los mayorazgos todas las reglas ceden á la voluntad del fundador, *ley* 5, *d. tit.* 17, *lib.* 10, *Nov. Rec.* Era pues permitido á estos poner las condiciones que les parecieren posibles y honestas, obligando de tal modo á su cumplimiento, que no observándolas pierde el mayorazgo aquel á quien tocaba por derecho de sangre: lo que dice ser indudable Molina, *d. lib.* 2, *cap.* 12, *núm.* 34, en donde examina tambien cuando son condiciones, cuando modos las leyes y adyecciones que pone. Y de ahí viene ser innumerables las

especies de mayorazgos irregulares, que suelen llamarse de cláusula.

Las 15 reglas que aqui van puestas, y que he copiado casi á la letra del Sr. Sala, (quien asegura haberlas formado con el posible cuidado, entresacándolas de las leyes y nuestros mas célebres autores) aunque están acomodadas á los mayorazgos regulares, y son como sus primeros elementos, sirven tambien para los irregulares, á escepcion de la circunstancia por la cual lo son, pues en las demas siguen ordinariamente la naturaleza de aquellos. Por ejemplo, en la femineidad cesa solo la regla de preferir el varon á la hembra, y las demas se observan.

Núm. 9. *De los mayorazgos incompatibles.* Pienso dar conclusion á este tratado con las leyes y decretos que prohiben fundar ya mas mayorazgo alguno, y que mandan dividir los existentes; pero antes contemplo oportuno examinar algunas cosas dignas de saberse en los incompatibles. En el *núm.* 2 dije ser mayorazgo incompatible aquel que no puede estar juntamente con otro en una misma persona. Son varias sus especies. En primer lugar, la incompatibilidad ó proviene de la ley ó del fundador: 2.° puede ser espresa ó tácita: 3.° personal, real ó lineal: 4.° absoluta ó respectiva: y 5.° para adquirir ó para retener.

Incompatibilidad por la ley es la establecida por la 7, *titulo* 17, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, que ordena que, si por causa de matrimonio se unen dos mayorazgos, de los cuales el uno tenga al año la renta de dos cuentos, esto es 58,823 reales ó 5,347 ducados, 6 reales y 18 maravedises, como lo esplica Hermenegildo de Rojas *de incomp. part.* 8, *cap.* 1, deben dividirse entre los hijos, dando al primogénito la eleccion del que quisiere, pasando el otro al segundo génito, y á su falta á la hija: y que si de dicho matrimonio hubiese un solo hijo, tenga los dos, difiriéndose la division para los suyos. Si tiene ó no lugar esta incompatibilidad en el caso de juntarse dos mayorazgos, no por matrimonio, sino por derecho de sucesion, es cuestion harto dificil, que tiene por una y otra parte muchos patronos, y examina latamente Hermenegildo de Rojas, *d. part.*; *cap.* 1, *núm.* 26 y *sig.*, y Rojas de Almansa, *disp.* 3,

quæst. 2, *núm.* 5, en donde juzga sea mas verdadera la opinion negativa. En el dia en que se lleva á efecto la decretada division de los mayorazgos, pocas incompatibilidades de esta clase se verán.

La incompatibilidad por el fundador es la que proviene de su voluntad, manifestada en la fundacion. Esta comprende en sí las otras cuatro divisiones que hice de ella. Asi diremos, que puede ser espresa ó tácita. Aquella es «*la que se mani-*» *fiesta con claras y terminantes palabras.*" esta «*la que, no* » *espresándose con palabras, se infiere de las condiciones ó* » *gravámenes puestos en la fundacion.*" Sucede, por ejemplo, cuando el fundador pone la condicion que el poseedor haya de llevar sus armas solas, sin mezcla de otras; en cuyo caso será incompatible con otro que deba llevar las de su fundador; porque lo es llevar solo las armas de uno y al mismo tiempo las de otro. Hermenegildo de Rojas, *d. cap.* 1, *núm.* 32.

Personal incompatibilidad es «*la que impide á una sola* » *persona que tiene un mayorazgo, poder tener otro, en cuyo* » *caso pasa su derecho en cuanto al que no quiere á su pri-* » *mogénito ó inmediato sucesor.*" Real ó lineal es aquella «*que* » *impide al poseedor de un mayorazgo y toda su linea el que* » *pueda obtener otro, que deberá por lo mismo pasar á su* » *hermano segundo génito ó á su linea.*" Averiguar si la incompatibilidad es personal ó real es cuestion de las mas dificiles en este asunto en los varios casos en que se ofrecen; y debe resolverse interpretando y escudriñando bien la mente del fundador. La trata latísimamente Rojas de Almansa, *disp.* 1, *quæst.* 4 y 5, é inclina á que, cuando no se pueda salir de la duda, se repute antes real que personal.

Absoluta incompatibilidad es «*la que impide que el posee-* » *dor de un mayorazgo tenga otro, sea el que fuere.*" Respectiva «*la que impide solamente al que posee un mayoraz-* » *go que obtenga otros ciertos y determinados de esta ó las* » *otras cualidades, salva la facultad de obtener los demas.*"

Por la incompatibilidad para adquirir *se impide al poseedor de un mayorazgo que pueda adquirir otro, de cualquier manera que sea.* De ahí es, que si vacáre alguno que por derecho de sucesion tocaba al tal poseedor, se diferirá

saltándole á él, al primer llamado que debiese sucederle. Incompatibilidad para retener es «*la que impide al poseedor* »*de un mayorazgo tan solo el que pueda retener juntamen-*»*te con el otro, que le viene despues.*" En este caso se le difiere con efecto el segundo, y pasan á él el dominio y posesion de sus bienes por ministerio de la *d. ley* 1, *tit.* 24, *lib.* 11, *Nov. Rec.*, y solo está obligado á dejar uno de los dos dentro de dos meses. De esta clase es la incompatibilidad legal de la *referida ley* 7, Rojas de Almansa, *d. disp.* 1, *quæst.* 3, *núm.* 54.

Núm. 10. *De la prohibicion de fundar mayorazgos; y amortizar bienes algunos, de su division, y algunos otros particulares sobre ellos.* Antes de entrar á hablar del *famoso decreto de Córtes de* 27 *de Setiembre de* 1820, conviene y es interesante saber, que se habia dispuesto con anticipacion sobre el mismo asunto. Como prueba Molina, *lib.* 1, *cap.* 1, *número* 25, no era necesaria antes licencia Real para fundar mayorazgos; pero por *Real Cédula de* 14 *de Mayo de* 1789, *que es la ley* 12, *tit.* 17, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, se manda que en adelante no se puedan fundar ningunos, aunque sea por via de agregacion ó de mejora de tercio y quinto, ó de cualquiera otro modo, quien quiera que sea la persona que pretenda fundarlo, tenga ó no herederos forzosos; ni prohibir perpétuamente la enagenacion de bienes raices ó estables por medios directos ó indirectos, sin preceder licencia del Rey, y se declaran nulas las vinculaciones que en contrario se hicieren con derecho á los parientes inmediatos del fundador para reclamarlas y suceder libremente. Sigue refiriendo la *pragmática* las circunstancias que deben mediar para concederse la Real licencia; pero conceptúome dispensado de enumerarlas en el dia en que escribo. Posterior á ella, en 3 de Julio de 1795 se espidió otra, es la *ley* 13, *d. tit.*, en que se declaran válidas las vinculaciones hechas con anterioridad á la citada de 789, aunque los fundadores muriesen despues: y en 24 de Agosto de dicho año de 95 se mandó en otra *Cédula*, *ley* 14, *d. tit.*, que las referidas vinculaciones anteriores al año de 789 deben estar sujetas al pago de 15 por 100 para aumentar el fondo de consolidacion de Vales reales.

Estas disposiciones, verdaderamente sabias, fueron hijas

de la opinion que desde mediados del siglo pasado dió en pronunciarse bien marcadamente contra los mayorazgos, mejor dicho, contra todo lo que sea tener los bienes amortizados. Mas si bien es cierto que remediaron algo el mal, que hicieron muchísimo atendido el espíritu del siglo en que han sido publicadas, el gran golpe les quedó por pegar. Estaba reservado para satisfacer las exigencias exageradas de esta época. Efectivamente tan pronto fué permitido á estas penetrar en el recinto donde deben formarse las leyes, saltando la valla que hasta entonces le obstruyera, no tardaron en obtenerle; los mayorazgos fueron muy pronto derrocados.

Recobrada por segunda vez su libertad por los españoles en 1820, y reunidas las Córtes generales, dieron estas en 27 de Setiembre del mismo año el *decreto ó ley* que he citado ya. En él se dispone, entre otras cosas, que nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por via de mejora, ni por otro título ni pretesto, fundar mayorazgo, fideicomiso, capellanía, ni vinculacion alguna sobre ninguna clase de bienes ó derechos, ni prohibir directa ni indirectamente su enagenacion: ó para decirlo en términos mas generales, el que nadie pueda amortizar bienes algunos civil ni eclesiásticamente. Tampoco se podrán vincular acciones ú otros fondos sobre bancos estrangeros, *art.* 14.

Consiguiente á esto su *art.* 15 ordena, que las iglesias, comunidades eclesiásticas, los hospitales, casas de misericordia y de enseñanza, cualesquiera otros establecimientos permanentes en fin, sean eclesiásticos ó laicales, conocidos con el nombre de *manos muertas*, no puedan desde ahora en adelante adquirir bienes algunos raices ó inmuebles en provincia alguna de la monarquía, ni por testamento, ni por donacion, compra, decomiso en los censos enfitéuticos, adjudicacion en prenda pretoria ó en pago de réditos vencidos, ni por otro título alguno, sea lucrativo ú oneroso. Tampoco podrán en adelante las *manos muertas*, imponer ni adquirir por título alguno capitales de censo de cualquiera clase, impuesto sobre bienes raices, ni otra especie alguna de gravámenes sobre los mismos, ya consista en la prestacion de cierta cantidad de dinero, ó parte de frutos, ó de algun servicio á favor

de la *mano muerta*, y ya en otras responsiones anuales, *articulo* 16.

No pareciéndoles bastante á los legisladores de 820, para cortar la amortizacion, (esta traba tan considerable de la riqueza nacional), el prohibir las nuevas que pudiesen intentarse, decretaron la libre circulacion de los bienes vinculados; y dispusieron al efecto que quedasen suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos, y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raices, muebles, semovientes, censos, juros, foros ó de cualquiera otra naturaleza, restituyéndolos desde aquel momento á la clase de absolutamente libres, *art.* 1 *de d. ley de* 820.

Empero los poseedores actuales de las vinculaciones suprimidas por *este art.* no podrán disponer libremente como propios de todos los bienes en que aquellas consistiesen, *si no solo de la mitad*; pasando la otra despues de su muerte al que debia suceder inmediatamente en el mayorazgo, si subsistiese, para que pueda tambien disponer de ella libremente como dueño, *art.* 2. De suerte que á la segunda sucesion quedan los bienes todos enteramente libres.

El *art.* 4 esplica cómo deben dividirse los fideicomisos familiares, cuyas rentas se distribuyen entre los parientes del fundador. El 5.° dice, que en los mayorazgos, fideicomisos ó patronatos electivos, cuando la eleccion es enteramente libre, podrán los poseedores actuales disponer desde luego como dueños del todo de los bienes: pero que si la eleccion debiese recaer precisamente entre personas de una familia ó comunidad determinada, puedan disponer de sola la mitad, reservando la otra para que haga lo propio el sucesor que sea elegido.

Los títulos, prerogativas de honor y cualesquiera otras preeminencias de esta clase que los poseedores actuales de vinculaciones disfruten como anejas á ellas, subsistirán en el mismo pie, y seguirán el órden de sucesion prescrito en las sucesiones, escrituras de fundacion ú otros documentos de su procedencia. Lo propio se entenderá por ahora con respecto á los derechos de presentar para piezas eclesiásticas ó para otros destinos. Pero si los poseedores disfrutasen dos ó mas grandezas de España ó títulos de Castilla, y tuviesen mas de

un hijo, podrán distribuir entre estos las espresadas dignidades, reservando la principal para el sucesor inmediato, *art.* 13.

Los otros *artículos de este decreto* tratan del modo de hacer la particion de las mitades de la vinculacion, para que el sucesor no sea defraudado en la que debe reservársele, la de sus cargas, sean temporales ó perpétuas, alimenticias ó de otra clase, que deberán dividirse con igualdad; con otros particulares que sería, no solo muy prolijo, si no inútil referir, por ser fácil verlos en él. S. M. la Reina Gobernadora al restablecerle por decreto de 31 de Agosto de 836, ordenó el restablecimiento de los *decretos de* 15 *y* 19 *de Mayo*, y 19 *de Junio de* 821, relativos á esto último, quiero decir, al modo de hacer las enagenaciones y division de la mitad libre, *art.* 2 *de d. decreto de* 836.

Su *art.* 3 ordena, que la ley restablecida por él, empezará á regir desde la fecha del mismo, absteniéndose de hacer declaracion alguna acerca de los derechos adquiridos de 820 á 23, mientras aquella estuvo en observancia. Pero sobre esto saliera ya una ley *en* 3 *de Junio de* 835, y últimamente acaba de publicarse la importante de 13 de Agosto de 841, que asegurando la observancia de las anteriores, hace declaraciones de muchísimo interés acerca de lo hecho, en virtud de la dicha de 27 de Setiembre, durante su mando de 20 á 23. Empezaré por ocuparme de la de 41, y al último diré algo de la de 835.

A casi todos cuantos he visto leerla, les he oido que para ellos estaban sus disposiciones envueltas en bastante oscuridad, y que su aplicacion á casos particulares ofreceria dudas considerables. En efecto, tambien yo he tenido las mias: y como para resolverlas me haya acogido á las razones y objeto que sus redactores tuvieron y se propusieron al redactarla, y á las bases en que consiguientemente la cimentaron, (cuyas razones, objeto y bases, se echan de ver por ella misma y por los debates ocurridos en su discusion), empiezo por proponer las sobre que á mí me parece gira.

La razon de que parte la ley en sus disposiciones, no dudo afirmar es la de que los que en virtud de la dicha ley de 820, habian adquirido justos y legítimos derechos, no pudie-

ron privarles de ellos las órdenes espedidas por el gobierno absoluto en 823 y 24; pero que los que antes de este último tiempo no adquirieran ninguno, no pueden en manera alguna alegar los que les hubieran competido si aquella hubiera continuado en observancia: su objeto, el hacer llevar á efecto é indemnizar aquellos; y que con arreglo á estas razones y objeto, son sus bases las dos siguientes: 1.ª que se declaran subsistentes los derechos legítimamente adquiridos, fuese por título oneroso ó lucrativo, desde 11 de Octubre de 1820, en que se sancionó la dicha ley de 27 de Setiembre, hasta 1.° de Octubre de 823 en que se derogó; y por lo mismo con accion, á que les sean restituidos, en las personas á quienes competen aquellos ó sus herederos: 2.ª desde 1.° de Octubre, no se adquirió derecho de ninguna clase, en virtud de la ley de 820, por cuanto fué derogada en dicha fecha.

Con estos antecedentes, pasemos á las disposiciones de dicha ley de 841: que yo, á fin de presentarlas con la posible claridad, distingo en generales, y sus esplicativas ó particulares. Aquellas están comprendidas en sus cuatro primeros artículos. Las leyes y declaraciones de la anterior época constitucional, dice *el* 1.°, sobre supresion de mayorazgos y otras vinculaciones, que están válidamente en observancia desde 30 de Agosto de 1836 en que fueron restablecidas, continuarán en vigor solo en la Península é islas adyacentes, resolviendo asi la cuestion fuertemente agitada de si las dichas leyes de la anterior época debian tener fuerza de tales desde la fecha de su restablecimiento.

El 2.° dispone, que es válido y tendrá cumplido efecto todo lo que se hizo en virtud y conformidad de dichas leyes y declaraciones, desde que se espidieron, hasta 1.° de Octubre de 823: y que serán respetados y se harán efectivos los derechos que en aquel período se adquirieron por lo establecido en las mismas, del modo que paso á espresar.

Los bienes vinculados correspondientes á la mitad de que pudieron disponer los poseedores, y cuyo dominio trasfirieron á otros por cualquier título legítimo, ya oneroso, ya lucrativo, se devolverán á los que los adquirieron, ó á sus herederos en su caso, si la traslacion se hizo con los requisitos

prevenidos en las citadas leyes y declaraciones, en el caso que los adquirentes no hayan recibido ya su valor ó equivalencia, *art.* 3. Si los que á virtud de esta ley deben recobrar bienes amayorazgados, que por título lucrativo adquirieron desde 11 de Octubre de 820 hasta 1.° del mismo mes de 823, ó entrar en posesion de ellos, hubiesen recibido con posterioridad á este último dia algunas cantidades por vía de dote ú otra causa cualquiera con arreglo á las respectivas fundaciones ó en virtud de pactos celebrados entre los poseedores anteriores y sus inmediatos, están aquellos obligados al abono de la mitad de la suma de dichas cantidades, cuya mitad deben recibir en cuenta de los que tengan derecho á recobrar, *art.* 4: que esceptúa de esta disposicion las pensiones alimenticias dadas al inmediato sucesor y á los hermanos del poseedor en virtud de la fundacion.

Los artículos siguientes ya se circunscriben mas en sus resoluciones. *El* 5.° dispone, que recobran su fuerza y se harán efectivos los contratos que los dichos poseedores celebraron desde 11 de Octubre de 820 hasta 1.° de igual mes de 823 con respecto á la enagenacion, hipoteca ú obligaciones de la mitad de los bienes de que podian disponer: y *el* 6.°, que deben entregarse á los herederos testamentarios ó legítimos de los mismos poseedores, y á los legatarios los bienes que respectivamente les correspondieron de la mencionada mitad, *si los dichos poseedores fallecieron antes del* 1.° *de Octubre de* 823. Llamo la atencion sobre esta condicional del artículo, por lo que contribuye á comprender lo dispuesto por los 9 y 10, que paso á espresar, y porque esplica la primera base que antes presenté, segun luego veremos.

El *art.* 9 dice, que los poseedores en 11 de Octubre de 820, *que fallecieron desde el* 1.° *de Octubre de* 823, *hasta* 30 *de Agosto de* 836, (en que se restableció la dicha ley de 820) no trasfirieron derecho alguno para suceder en los bienes que se reputaban durante este último período como vinculados: y *el* 10, que los que desde 11 de Octubre de 820 hasta 1.° de igual mes de 823 sucedieron en bienes que habian sido vinculados, *en el caso de que su fallecimiento se verificase desde este último dia hasta el* 30 *de Agosto*

de 836, no trasmitieron por sucesion testada ó intestada derecho de suceder en los bienes que á su fallecimiento estaban considerados como vinculados: y he aqui dos artículos fundados en la segunda base espuesta al principio.

En efecto, los tres artículos últimamente espresados, 6, 9 y 10, nada mas vienen á ordenar, en compendio, que el que los derechos adquiridos por sucesion testada ó intestada antes de 823 se restituyan á sus adquirentes ó á sus herederos: y que desde este tiempo hasta Agosto de 36 no se adquirió ninguno de los que daba derecho á adquirir la derogada ley de 820, arreglándose en todo ello á bien conocidos principios de derecho. Es sabido que en las sucesiones, sean testadas ó intestadas, y en los legados no se trasfiere derecho alguno hasta despues de muerta la persona á quien se sucede: por eso están muy en su lugar y sábiamente puestas las condicionales que se leen en todos los dichos tres artículos, y sobre que por lo mismo llamé la atencion. Asi, los 9 *y* 10, bien entendidos, solo vienen á disponer que á pesar de haber estado libres de 820 á 23, parte de los bienes vinculados no los trasfirió por sola esta razon por sucesion testada ó intestada á sus herederos el que los poseia, en el caso que muriese del año 23 al 36, por cuanto el efecto de aquellas se reserva en derecho para la hora de la muerte, y al suceder esta ya estaban reputados nuevamente aquellos como vinculados.

Antes de pasar á proponer los otros artículos de d. ley de 841, conviene advertir que el 10 *al fin*, avisa con mucha oportunidad que su primera disposicion no se entiende con los herederos de los que habian adquirido bienes vinculados por compra ó cualquiera otro contrato durante el citado período desde 11 de Octubre de 820 á 1.° del mismo mes de 823: y que en mi concepto cuando dice, *los que sucedieron en bienes que habian sido vinculados*, habla y se entiende del inmediato sucesor respecto á la mitad que se le reservaba en la mencionada ley de 820, por cuanto si hablára en general de los que heredaron al primer poseedor por haber fallecido de 11 de Octubre de 820 á 1.° de Octubre de 823, sería contrariar manifiestamente, como se deja conocer, lo ordenado por los *artículos* 3 *y* 6.

El 7, que no espresé antes por juntar las disposiciones *del* 6, 9 *y* 10, dice que las disposiciones que llevo referidas son aplicables á la otra mitad de los bienes vinculados, reservada á los inmediatos sucesores, si adquirieron el derecho á disponer de ella por fallecimiento del anterior poseedor ocurrido antes del 1.° de Octubre de 1833.

Los que en virtud de la ley que voy esplicando deben recobrar bienes de que fueron privados por lo dispuesto en el Real Decreto de 1.° de dicho mes, y Cédula de 11 de Marzo de 824, ó entrar en posesion de los que con arreglo á la ley de 11 de Octubre les correspondieron, no tienen accion para reclamar los frutos y rentas de los mismos bienes producidos desde 1.° de Octubre de 823, hasta la publicacion de esta dicha ley de 19 de Agosto de 841, *art.* 8.

Ademas de sus disposiciones, que llevo espuestas, y como acabamos de ver, tienen por objeto el arreglo de los derechos adquiridos en la anterior época constitucional; contiene otras que, aunque no guardan entera relacion con estos, ofrecen no obstante algun interés: por lo que las paso á referir por su órden. Su *art.* 11 declara válidas y subsistentes las enagenaciones de bienes vinculados que se hayan hecho desde 1.° de Octubre de 823 hasta 30 de Agosto de 36, en virtud de facultad Real y con las formalidades prescritas por derecho; añadiendo, que el producto de las ventas que no se haya empleado en mejora ó beneficio de la vinculacion, se imputará al vendedor en la parte de esta que le corresponda como libre. Pero se esceptúan de esta disposicion las enagenaciones de aquellos bienes que específica y determinadamente puedan recobrar otros interesados, en virtud de esta ley. Si estos los hubiesen adquirido por título oneroso, los recobrarán indemnizándose al comprador posterior de los otros bienes existentes en las vinculaciones; y si el título hubiese sido lucrativo, los retendrán los que con facultad Real los hayan adquirido, indemnizándose de los demas bienes vinculados al que debiera recobrarlos, *art.* 12. Tambien se declaran válidas y subsistentes las adquisiciones que hayan hecho las vinculaciones por permuta, subrogacion ú otro título; y los bie-

nes asi adquiridos, se considerarán en el mismo caso que los demas que las componian, *art.* 13.

Los poseedores de las fincas vinculadas, y los dueños de las que deban entregarse en cumplimiento de esta ley, pueden reclamarse mútuamente con arreglo á derecho los desperfectos ó mejoras de las mismas desde 1.° de Octubre de 823 hasta su promulgacion, *art.* 15.

Su *art.* 16 ordena, que los viudos y viudas de poseedores de vínculos, sea la que quiera la época en que se hubiesen casado, no tendrán derecho á reclamar otras consignaciones alimenticias, que las que resulten de promesas ó convenios celebrados con arreglo á derecho en capitulaciones matrimoniales, ó en otros instrumentos legalmente otorgados, y esto con la disminucion que espresa el *art.* 18. Dice este, que las consignaciones de viudedad en virtud de facultad competente, concedida desde 1.° de Octubre de 823 y antes de 30 de Agosto de 36, tendrán su debido cumplimiento, siendo responsables á él los bienes que existan en las vinculaciones al tiempo de conceder la facultad, menos los que deban entregarse á otros interesados en virtud de esta ley; pero que cuando haya esta disminucion, se disminuirá proporcionalmente la cantidad consignada. Lo mismo se entenderá con respecto á las consignaciones de alimentos que los actuales poseedores deben pagar á los sucesores inmediatos ú otras personas, con arreglo á las fundaciones, pactos ó fallos de los tribunales, *art.* 19.

Los dichos poseedores, y en su caso los sucesores inmediatos, aun teniendo herederos forzosos, podrán consignar á sus mugeres ó maridos por escritura pública, por testamento ó en concepto de viudedad, hasta la cuarta parte de la renta de la mitad de los bienes, cuya libre disposicion han adquirido, *art.* 17.

El 14 dispone, que los contratos y transacciones que se hayan celebrado en consecuencia de la ley de 9 de Junio de 835, las ejecutorias dictadas en su virtud, y lo que se haya practicado en cumplimiento de la misma, se guardará y cumplirá en todas sus partes.

Dicha ley de 9 de Junio, de que hice mencion arriba,

tuvo por objeto arreglar la indemnizacion de los que habiendo comprado bienes vinculados en la anterior época constitucional, en virtud de la ley de 11 de Octubre de 820, fueron despojados de ellos por el decreto de 1.° de igual mes de 823. Esplica por consiguiente, quiénes tienen derecho á ser indemnizados, y el cómo, en sus diversos *artículos*; pero me abstengo de referirlos por conceptuar que desde el año de 35 al actual de 841 apenas habrá quien deje de reclamar ya la indemnizacion á que se contemple tener derecho.

Núm. 11. *De los Señoríos, y de las capellanías eclesiásticas.* No sé si tal vez me habré detenido demasiado en referir las disposiciones modernas sobre mayorazgos. Por lo mismo concluyo este asunto dando alguna idea de lo que se les ha sacado y se les conserva de sus señoríos, de que ya hablé algo, *lib.* 1, *tit.* 2. Se les privó, pues, á los señores: 1.° De todo lo jurisdiccional enteramente, que se incorporó á la nacion. De suerte, que en adelante no podrán los señores ejercer por sí, ni por medio de otros, acto alguno de jurisdiccion. 2.° Las prestaciones asi reales como personales que deban su orígen á título jurisdiccional ó feudal. 3.° Las que le deban á título de otra naturaleza, siempre que no se hayan cumplido las condiciones bajo que se concedieron; *artículos primeros de la ley de 6 de Agosto de* 1811, *y de 3 de Mayo de* 823, *citadas en d. tit.* 2. 4.° Quedaron en un todo abolidos, cualquiera que sea su orígen, los privilegios esclusivos, privativos ó prohibitivos, y toda prestacion que denote señorío ó vasallage, como espresé ya en *d. tit.* 2, *núm.* 4, *art.* 11 *de la ley de* 26 *de Agosto de* 1837.

Quedan á los señores, en la clase de los demas derechos de propiedad particular, y no se entienden abolidos, los señoríos territoriales y solariegos, bajo las tres condiciones siguientes: 1.ª Que no sean de los que por su naturaleza deben incorporarse á la nacion, esto es, jurisdiccionales. 2.ª Que se hayan cumplido las condiciones con que se concedieron, *artículo* 5 *de la ley de* 6 *de Agosto.* 3.ª Que sus poseedores acrediten préviamente estos dos particulares, presentando los títulos de adquisicion, *art.* 2, *ley de* 3 *de Mayo.* Con el bien entendido, que esta tercera circunstancia solo se entiende y

aplicará con respecto á los pueblos y territorios en que los poseedores actuales ó sus causantes hayan tenido el señorío jurisdiccional. En consecuencia de esto, se considerarán como de propiedad particular los censos, pensiones, rentas, terrenos, haciendas y herencias, sitas en los pueblos que no fueron de señorío jurisdiccional, y sus poseedores no están obligados á presentar los títulos de adquisicion, ni serán inquietados ni perturbados en su posesion, *art. 2 de la ley de 26 de Agosto de* 837. Tampoco están obligados los poseedores á presentar los títulos de adquisicion para no ser perturbados en la posesion de los predios rústicos y urbanos, y de los censos consignativos y reservativos que, estando sitos en los pueblos y territorios que fueron de su señorío jurisdiccional, les han pertenecido hasta ahora como propiedad particular, *art.* 3. Por su *art.* 5, señálase el término de dos meses, contados desde la promulgacion de esta ley, para que los señores presenten los títulos que segun ella y las anteriores deban exhibirse, prescribiendo lo que debe hacerse por su omision. Véase el modo de proceder en este reconocimiento en *d. ley*, y en la de 3 de Mayo de 823, debiendo tenerse presente que el *artículo* 5 *de esta*, dice no deben pagar los pueblos cosa alguna á los señores, mientras no se declare por sentencia que sus señoríos solariegos y territoriales son de los que deben pertenecer á su propiedad particular, con arreglo al *art.* 5, citado en la condicion 2.ª Pero tienen estos derecho á exigir á aquellos fianza de que acreditándolo les pagarán las pensiones atrasadas.

En el mismo dia 19 de Agosto de 841, en que se sancionó la nueva ley de mayorazgos, espresada *núm. ant.*, fué sancionada la que desamortizó las capellanías eclesiásticas, y arregla su distribucion entre las familias de los fundadores, la que establece derechos nuevos y harto importantes para que deje de trasladársela en esta Ilustracion. Su tenor es el siguiente.

Art. 1.° Los bienes de capellanías colativas, á cuyo goce estén llamadas ciertas y determinadas familias, se adjudicarán como de libre disposicion á los individuos de ellas en quienes concurra la circunstancia de preferente parentesco segun

los llamamientos; pero sin diferencia de sexo, edad, condicion, ni estado.=Art. 2.° En consecuencia de la anterior disposicion, serán preferidos los parientes que con arreglo á la fundacion sean de mejor línea, y entre los de esta aquel ó aquellos que fuesen de grado preferente. Cuando se hiciesen los llamamientos en general á los parientes, sin distinguir de líneas ni grados, serán preferidos los mas próximos á los fundadores, ó á los que estos señalasen como tronco.=Art. 3.° En los casos en que las fundaciones dispongan que alternen las líneas, se dividirán los bienes entre estas con entera igualdad, y la porcion que á cada una corresponda se adjudicará á los individuos existentes de ella en los términos que dispone el artículo antecedente.=Art. 4.° Cuando solo el patronato activo fuese familiar, se adjudicarán tambien los bienes en concepto de libres á los parientes llamados á ejercerlo.=Art. 5.° Si en alguna fundacion se dispusiere de los bienes para el caso en que dejáre de existir la capellanía, se cumplirá lo determinado en aquella.=Art. 6.° Las disposiciones que preceden tendrán toda su aplicacion á las capellanías vacantes en la actualidad, y á las demas segun fueren vacando.=Art. 7.° Los poseedores actuales continuarán gozando las capellanías en el mismo concepto en que las obtuvieron, y con entera sujecion á las reglas de las fundaciones respectivas. Pero podrán en su caso usar del derecho que les corresponda en virtud de los anteriores artículos.=Art. 8.° Los pleitos que sobre capellanías colativas se hallen pendientes podrán continuar, y estas proveerse como tales, quedando los que lleguen á obtenerlas en el mismo caso que los actuales poseedores.=Art. 9.° Los parientes, que conforme á los cuatro primeros artículos de esta ley, ó las personas que con arreglo al 5.° tuviesen derecho á los bienes de capellanías que no se hallen vacantes, ó sobre las que penda litigio, podrán desde luego pedir que se les declare la propiedad de dichos bienes, sin perjuicio del usufructo que á los poseedores corresponde.=Art. 10. A los tribunales ordinarios de los partidos en que radique la mayor parte de los bienes, corresponde hacer la aplicacion de los derechos que se declaran en esta ley.=Art. 11. La adjudicacion de los bienes se entenderá con la obligacion de cumplir, pero sin man-

comunidad, las cargas civiles y eclesiásticas, á que estaban afectos.

La concisa claridad con que están redactadas las disposiciones contenidas en los 11 artículos de esta ley, me evita el entretenerme con comentarios en su esplicacion.

Núm. 12. *Resúmen de todo este título.* Sabemos por lo en él dicho, qué sea mayorazgo, cuán incierto es su origen, y qué clases hay de ellos, *núms.* 1 y 2: que el órden de suceder en los regulares es el mismo porque se sucede hoy á la corona de España; que para mejor comprenderle deben tenerse presentes la línea, el grado, el sexo y la mayor edad; que la proximidad de grado ha de considerarse respecto al último poseedor: que tánto las hembras como el derecho de representacion solo pueden desatenderse á efecto de terminantes y claras palabras del fundador; que acabada la línea del primogénito se pasa á la del segundo, y asi sucesivamente; que á la sucesion de los mayorazgos son admitidos solo los descendientes legítimos, entendiéndose por tales los nacidos de matrimonio putativo; que los legitimados se entienden llamados solo desde el momento de su legitimacion, y que ni los legitimados por rescripto, testamento ú otro medio que no sea el matrimonio, ni los adoptivos tienen derecho á suceder, *núm.* 3: en *el* 4 vimos, cómo se forman los árboles genealógicos: en *el* 5, que el que sucede en un mayorazgo hereda al fundador, no al último poseedor; que por lo mismo nada tiene con las obligaciones de este, ni con sus contratos, aunque por práctica está obligado á pasar por sus foros; y que es dudoso si debe satisfacer las deudas convertidas en utilidad de aquel: en *el* 6, que no tiene lugar hoy lo dispuesto por la ley 46 de Toro, acerca de los perfectos hechos en los bienes del mayorazgo por su poseedor; y que los frutos en ellos pendientes pertenecen á aquel á prorata de los meses que le poseyó, y cómo se cuenta el año para hacer este cómputo: en *el* 7, que la sucesion en los mayorazgos era antes perpétua; que sus bienes son inenagenables, imprescriptibles; que su posesion natural y civil pasa al sucesor por ministerio de la ley; y que eran indivisibles: en *el* 8, qué modos señala la ley para probarlos, y su esplicacion; que todas las reglas que se espresan ceden á la vo-

luntad de los fundadores; y que aunque tratan principalmente de los mayorazgos regulares, son igualmente aplicables á los irregulares: en *el* 9, qué especies hay de mayorazgos incompatibles: en *el* 10, que en 14 de Mayo de 1789 se prohibió por primera vez fundarlos sin Real licencia; que hoy está absolutamente prohibida toda clase de amortizacion, sea civil ó eclesiástica; que está decretada la division de las vinculaciones en los términos esplicados, y que está mandado indemnizar á los compradores en la anterior época constitucional, y á los demas que adquirieran bienes vinculados: y por último, en *el* 11 vimos, qué derechos procedentes de señorío se conservan á los señores, cuáles no, y cómo deben distribuirse las capellanías de sangre.

TÍTULO X.

DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN GENERAL, Y TRANSACCIONES.

§. I.

De las Obligaciones y Contratos en general.

Tit. 1, lib. 10, Nov. Rec.

Número 1. *Definicion y division de las obligaciones.* Puede definirse la verdadera obligacion *Un vínculo del derecho, que nos tiene ligados á dar ó hacer alguna cosa, de manera que podamos ser eficazmente apremiados á cumplirlo.*

La *ley* 5, *tit.* 12, *P.* 5, nos pone una division de obligaciones en *civil* y *natural juntamente*, que es la que he definido, y en *natural solo ó meramente*, y dice, que por la primera quedamos obligados de modo que podemos ser estrechados á cumplirla, aunque no queramos, y que por lo contrario no podemos ser apremiados en juicio al cumplimiento de la segunda, á pesar de dictar la equidad que debemos hacerlo. Puede ademas considerarse otra especie de obligacion *meramente civil*, á la que por faltarle la equidad no se le puede

acomodar el nombre de natural, cual es la que nace de un contrato en que hubiese mediado lesion enorme, *ley 56, tit. 5, d. P.* 5. Esplicaré los efectos de las tres, advirtiendo desde luégo, que cuando se pone simplemente el nombre *obligacion*, entiéndese la civil y natural, por la debilidad de las otras dos, y por ser la del uso más frecuente en los tratos y negocios de los hombres.

Tenemos por consiguiente, que solo la primera puede llamarse verdadera obligacion, y que solo á ella cuadra la definicion que he dado, en la que se ven perfectamente esplicados sus efectos. La meramente civil producia accion, atendido el rigor del derecho; pero tan débil, que lo hecho por ella se deshace con facilidad; de ahí es que puede considerarse que no la produce. La obligacion natural, si se quiere, puede tambien llamarse vínculo, pero de sola equidad, sin que produzca apremio ó accion contra el ligado por ella: solo impide alguna vez la repeticion de lo que se paga debiéndose naturalmente, como veremos en su lugar. Nace esta obligacion de los contratos celebrados por personas que, sin embargo de tener algun juicio, son de circunstancias tan débiles, que el derecho no ha querido darles fuerza obligatoria; cuales son los que hacen por sí sin autoridad del guardador los pupilos próximos á la pubertad, los de fiadores que otorgan las mugeres, y los de los hijos que están en la patria potestad, segun diré en los lugares respectivos. Nace tambien de los beneficios recibidos, pues quien los recibe tiene obligacion natural y de equidad de ser agradecido, si quiere ser tenido por hombre de honor.

Núm. 2. *Fuentes de las obligaciones; quién puede contraerlas, y cómo; y cuándo se suponen perfeccionadas.* Acabamos de ver qué actos producen entre nosotros obligacion natural: entre los romanos la principal fuente de ella eran los nudos pactos, á los cuales no concedian fuerza de producir accion ó obligacion civil, sí solo natural. Mas segun nuestras leyes, de todo pacto sério nace obligacion civil y accion, *ley 1, tit. 1, lib. 10, Nov. Rec.*, á escepcion de algunos reprobados, que espresaré, *núm.* 4; tienen, pues entre nosotros la misma fuerza que las famosas estipulaciones de los romanos.

Segun esto diremos, que en España producen obligacion (entenderemos siempre la civil y natural) ó que son las fuentes principales de esta, contrato, cuasi contrato, delito, cuasi delito, y todo pacto sério y deliberado por el que segun la famosa *ley* 1 *d.*, queda obligado el que de cualquiera manera parezca que se quiso obligar á otro aun entre ausentes. Ademas hay otras causas de producir obligacion irregulares, que las dicta la equidad ó algun respeto hácia el bien público. De estas nace la obligacion que tenemos de exhibir la cosa que alguno pide como suya, y la que tiene de pagar el duplo de los materiales agenos el que los puso en su edificio. De todas ellas se trata en los lugares respectivos.

Acabo de establecer, que entre nosotros basta la simple convencion para producir obligacion; mas de esta generalidad deben esceptuarse varios contratos y operaciones de comercio, en que requiere, como indispensables al efecto, ciertas solemnidades su código publicado en 1830. Estando fuera del círculo de una obra de principios generales de jurisprudencia las disposiciones de los códigos consagrados á ramos especiales, no estoy en el caso de ocuparme de las del de comercio. Por lo mismo solo diré de paso, que sus *artículos* 237 y 38 ordenan, que los contratos de los comerciantes, cuyo valor, haciéndose en ferias y mercados, esceda de tres mil reales, y de mil, si en otro sitio, se reduzcan necesariamente, para tener fuerza obligatoria civil á escritura publica ó privada, segun las esplica el *artículo* 235.

Viniendo á las personas que pueden contratar, téngase presente lo dicho sobre este particular de la muger casada en el *núm.* 1, §. 2, *tit.* 5, *lib.* 1, y lo que diré *tit.* 17, §. 1, *núm.* 1, sobre las obligaciones que celebran con otros de mancomun marido y muger. No se encuentra en nuestras leyes una que nos señale en general las personas que pueden ó no contratar y obligarse. Pero puede entenderse suplida esta falta por las *leyes* 4, 5 *y* 6, *tit.* 11, *P.* 5, que dicen las que pueden ó no hacer promision, ó, lo que es lo mismo, obligarse á otro por medio de la promesa. Con arreglo á esto puede asentarse, que son aptas para contratar y obligarse todas las personas en general, esceptuadas las siguientes. 1.° El que no está en su

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA

cabal juicio, á que llama la *ley* 4, loco ó desmemoriado. 2.° El pródigo á quien se dió guardador, ó en otros términos, que está declarado tal, *ley* 5. 3.° Los menores de 25 años y mayores de 7, que tienen guardador, y que contraten sin intervencion de estos, obligan á los que tratan con ellos, sin quedarles ellos sujetos; quiere decir, que sus tratos son válidos solo en cuanto les pueden ser útiles, *d. ley* 4. De los contratos de los que, siendo mayores de catorce años no tienen guardador, dice la *ley* 5, que si fueren engañados, ó les son dañosos, pueden rescindirlos por el beneficio de restitucion: de suerte, que en realidad no tienen mas valor que los de los primeros. 4.° No pueden obligarse ni el padre al hijo, que tiene en su poder, ni el tal hijo á su padre, á no ser en cosas pertenecientes al peculio castrense ó cuasi castrense, *d. ley* 6. Nótese que ninguna de estas leyes, prohibe á los hijos mayores de 25 años contratar con otros que no sean sus padres, por sola la razon de estar bajo la patria potestad, ni sé de alguna que se lo prohiba en general. Hay sí la 17, *tit.* 1, *d. lib.* 10, que no les permite comprar ni sacar al fiado cosa alguna, de la que hablaré *título siguiente.*

Pueden celebrarse todos los contratos simplemente, y bajo condicion, causa ó modo; pero como quedan esplicadas estas en el *tit.* 5, *núm.* 8, y pienso tratar en particular de ellas en el *título de estipulaciones*, ya que el autor de las Partidas lo hace tambien en este mismo lugar, remitiendo á él, omito detenerme con este motivo. Allí veremos tambien qué obligacion se contrae cuando dos se obligan de mancomun á favor de otro.

No sería por demas el que nuestras leyes nos dijeran cuándo debe suponerse concluyentemente hecho un contrato entre dos hombres que se juntan para efectuarlo; pues mas de una vez se les ve disputar sobre si aquel está ó no bastante bien consentido. En su silencio debe tenerse muy presente y observarse el *art.* 241, *Cód. de Com.*, que ordena, que tratando las partes de viva voz un negocio, se entenderá perfecto el contrato que de él resulte, y quedarán sujetos á su cumplimiento, desde que convinieren *en términos espresos y claros* sobre la cosa que fuere objeto del contrato, y las prestaciones

que respectivamente deba hacer cada contratante, determinando todas las circunstancias, que deberán guardarse en el modo de cumplirlas.

Núm. 3. *Qué sea pacto nudo y contrato, y division de estos.* Afortunadamente por la *d. ley* 1, *tit.* 10, que pienso esponer, *d. tratado de estipulaciones*, dejó de existir entre nosotros la confusa y oscura diferencia que los romanos hacian entre pacto y contrato, y su demas doctrina de estipulaciones. Por lo mismo, es ocioso detenerme mucho en aclararla, aunque debo decir qué entendian por uno, qué por otro. Llamaban pacto en general, y comprendiendo bajo este nombre toda estipulacion y contrato, la *convencion ó consentimiento de dos ó mas de dar ó hacer alguna cosa:* y le dividian en mero pacto, que solian llamar desnudo, y en vestido, dicho por un solo nombre contrato. Este es la *convencion que tiene nombre cierto, como venta, mútuo, depósito, &c., &c., ó faltando este causa civil de obligar*, como en los contratos innominados. Y pacto desnudo es *el que se contiene en los límites de convencion sin pasar á ser contrato.* Quisiera presentar un ejemplo de este; pero no encuentro uno, aun de los que presentan los autores, que no pueda reducirse, si no á otros, al contrato de estipulacion.

La definicion que dí del contrato, presenta su division mas principal, *de nominados é innominados*, y sea esta su 1.ª division. Los primeros son los que tienen nombre propio, como venta, compañía; é innominados los que no le tienen. Estos son de cuatro especies: *doy para que des; doy para que hagas; hago para que des; hago para que hagas*; *ley* 5, *tit.* 6, *P.* 5; y este dar ó hacer, es la causa de obligar que he espresado en la definicion. 2.ª En unilaterales y bilaterales. Los primeros son aquellos en que solo uno de los contrayentes queda obligado, cual es el préstamo ó mútuo, en que solo se obliga el que lo recibe: y bilaterales, en que lo quedan los dos, como la compra, locacion y otros: y adviértase que hay algunos contratos, en que al principio solo se obliga uno, y despues por incidencia se obliga el otro contrayente, como en el comodato y depósito, segun diré, hablando de ellos. 3.ª Division, que nace del diferente modo de contraerse ó

perfeccionarse, en consensuales, que se perfeccionan con solo el consentimiento, cuales son, compra, arrendamiento, los censos, compañía ó mandato; reales, en que para perfeccionarse debe mediar entrega de cosas, y son, el mútuo, comodato, depósito y prenda; los verbales, que son las estipulaciones; y el literal.

Núm. 4. *Causas que anulan en general todos los contratos.* Es claro que la principal causa de nulidad de un contrato, es el haberse celebrado por quien vimos no puede contratar. No lo es menos que, cuando uno, creyendo tratar sobre una cosa, lo hace de otra distinta, engañado por su apariencia, es nulo el contrato. Por consiguiente, el error será una de las causas de nulidad; pero conviene hacer la oportuna distincion. Puede recaer este sobre la substancia ó lo principal de la cosa, y sobre una de sus cualidades accidentales, cual lo es su nombre. En este caso el contrato ordinariamente es válido, en el primero nulo. La razon de la diferencia vése perfectamente en el siguiente ejemplo. Trato de comprar un poco laton, creyéndole oro, y el que lo tiene me lo vende por tal sin deshacer mi error: aqui este recae sobre la substancia de la cosa, y el contrato es nulo, como se deja conocer; pero si sabiendo que era laton, le comprase por de tal sitio, siendo de otro, la venta sería válida; porque yo verdaderamente quise comprar y compré aquel laton que tenia á la vista. Véase presentada esta doctrina, con referencia al contrato de ventas, en la *ley* 21, *tit.* 5, *P.* 5. Si el error recayese en el número ó cuantidad de la cosa que se contrata, v. g.; celebran la venta de una pieza de tierra con la espresion de que contenia 100 varas, y tenia 80 ó 120, dice el Sr. Sala, *núm.* 7, *tit.* 10, que es válido el contrato, lo que es arreglado á la doctrina anterior; pero que se puede dudar si se debe disminuir ó aumentar el precio. Y dice, es la verdadera resolucion que, si la pieza se ha vendido como á cuerpo cierto, no hay lugar á la disminucion ó aumento; mas lo habrá habiéndose hecho la venta con respecto á la medida. Cuya proposicion, añade, probó bien en su *Digesto*, *lib.* 18, *tit.* 1, *número* 4, fundado en la doctrina de varias leyes romanas, (españolas no tenemos), que adoptan Antonio Gomez, 2 *Variar*,

cap. 2, *núm.* 16, con otros muchos que cita Ayllon, y muy lata y sólidamente Covarrubias, 1.ª *quæst.*, *cap.* 3.

Tanto la *d. ley* 21, como las 56 *y* 57, que voy á citar, hablan, segun ya dije, con referencia á las compras y ventas; pero como su doctrina debe entenderse de todos los contratos en general, por eso la espongo en este lugar. Otra de las causas que anulan estos, segun *d. ley* 57, es el dolo ó engaño. Mas debe distinguirse el caso en que da causa al contrato, del en que solo incide en él. En el primero es este nulo, y en el segundo válido, como lo dice rotundamente *d. ley*, añadiendo que en este caso debe el que engañó enmendar el dolo con el debido resarcimiento.

De las ventas que se hacen por fuerza ó miedo, dice el Sr. Sala, *núm.* 9, *d. tit.* 10, que se rescinden por la restitucion *in integrum*; esto es, que verdaderamente son válidas; pero que se hacen de ningun efecto por medio de aquella. Sería asi en Derecho Romano; pero entre nosotros, creo que tanto las ventas, como los demas contratos que uno hace impulsado de fuerza ó miedo que cae en varon constante, son enteramente nulos. *La ley* 56, *d. tit.* 5, para hablar de las ventas en que intervienen, usa en un todo de las mismas espresiones que *la* 57, hablando del dolo, cuales son que no deben valer, que se deben desfacer, *que no valen*, sin que mente el que valgan y se rescindan por dicho beneficio. Véase espresada con toda claridad esta opinion en la *ley* 28, *tit.* 11, *d. P.* 5. Adviértase que el miedo y fuerza, que aqui se ponen como causa de nulidad, dice la *ley* 7, *tit.* 33, *P.* 7, ha de ser del que suele decirse cae en varon constante.

Pueden anularse tambien aquellos contratos onerosos, en que hay lesion en mas de la mitad del justo precio; con la particularidad de que está en el arbitrio del que engañó, ó rescindir el contrato, ó hacer que este subsista, resarciendo al otro lo que falta hasta completar el justo precio, como se vé por la *ley* 56, *d. tit.* 5, y por *la* 2, *tit.* 1, *d. lib.* 10, *Nov. Rec.*, que hablando al principio de compras y ventas, dice al fin, se entienda en un todo lo mismo respecto de los demas contratos. Si el engaño no llega á ser mas de la mitad, subsisten estos sin estar sujetos á rescision, *ley* 3, *d. tit.* 1.

El tiempo de usar de este beneficio, que permite renunciar bajo juramento, *d. ley* 56, es el de cuatro años, contados desde el dia en que se hizo la venta; y pasados, no se admite, *ley* 2, *d. tit.* 1. Con todo, debo decir, que no falta quien opine puede pedirse la nulidad de este contrato en el mismo tiempo que la de cualquiera otro, que es por el que dura la accion personal, cuando la lesion es enormísima; porque dicen no puede darse esta sin mediar dolo y engaño, y estos ya vimos anulan enteramente los contratos. Lesion enormísima, dicen los autores, es la que escede mucho, como el duplo, triplo, de la mitad del justo precio, y enorme la que poco.

Los oficiales de cantería, albañilería, carpintería, y otros semejantes, que toman obras á destajo ó almoneda, ordena la *ley* 4, *d. tit.* 1, no se les oiga, aunque aleguen haber sido engañados en mas de la mitad del precio; porque atendida la esperiencia de que se suponen revestidos y adornados, considérase que si fueron engañados, lo fueron voluntariamente.

Núm. 5. *De algunos pactos reprobados, y del valor del juramento que suele interponerse en ellos.* Sin perjuicio de hablar de ellos en los sitios correspondientes, debo especificar en el tratado general de pactos y contratos algunos que está prohibido celebrar. Tales son: 1.° El que hace, el que ha de litigar, con su abogado de darle cierta parte de la cosa que ha de ser asunto del pleito; cuyo pacto suele llamarse *de quota litis*; y ademas de no valer, imposibilita al abogado á poder abogar mas, como infame; *ley* 14, *tit.* 6, *P.* 3. En el tratado de abogados espresaré qué otros pactos les están prohibidos. 2.° El que llaman *antichrescos*, y es el que hace para que el acreedor que tiene alguna cosa del deudor á peños, perciba sus frutos mientras la tuviere: pues estos todos deben ser del deudor, *ley* 2, *tit.* 13, *P.* 5. 3.° Los pactos que se hagan sobre el contenido de un testamento antes de abrirse este, *ley* 1, *tit.* 2, *P.* 6. 4.° Los contrarios á las leyes y buenas costumbres, *leyes* 28 *y* 38, *tit.* 11, *P.* 5. A estos creo pueden referirse algunos que reprobaron espresamente las leyes romanas, y no se hallan mentados en las nuestras, como el que hace el enfermo con el médico, de pagarle mas de lo

que le corresponde, y los de futura sucesion de una persona que vive sin su consentimiento. Antonio Gomez, en la *ley* 22 *de Toro*, habla de ellos lata y pesadamente.

En el *núm.* 2, §. 2, *tit.* 9, *lib.* 1, ofrecí hablar en este sitio de la nulidad de las enagenaciones de cosas litigiosas, ó sobre que amenaza contienda. Para presentar esto con la posible claridad, conviene distinguir el caso en que hubiese abierto litigio sobre lo enagenado, y el en que aun no, pero amenazaba. En el primero es nula la enagenacion de cualquiera derecho, tanto que sea hecha por el demandante como por el demandado, ya lo fuese á persona mas ó menos poderosa, ó ya lo fuese por título de venta, donacion, permuta ú otro, *ley* 13, *tit.* 7, *P.* 3. Hay empero que esceptuar tres casos de esta regla general. 1.° Cuando la cosa se dió á otro por razon de casamiento, como dote, donacion *propter nuptias*, &c. 2.° Siendo cosa comun pueden enagenarla los partícipes unos á otros: sobre lo que véase tambien el *tit. sig.*, *núm.* 5. Y en estos dos casos el que recibe la cosa nuevamente estará obligado á responder sobre ella en juicio. 3.° Cuando el emplazado ó emplazante la deja en manda á su muerte: y en este responderá en juicio el heredero del finado, y no el que la recibe; á menos que aquel no la defienda lealmente, *ley* 14, *d. tit.* 7.

En el otro caso de los dos primeros, esto es, cuando la litis no se entabló todavía, pero se teme y amenaza, tanto que sea hecha la enagenacion por el que teme ser demandado como por el que intenta demandar, solo es nula en el caso que se hiciese á persona mas poderosa ó revoltosa, *leyes* 15 y 16, *d. tit.* 7, *P.* 3. Esta última condena ademas á perder el derecho que le asistiese á la cosa, cuando la enagenacion es hecha por el que pensaba demandarla. Pero nótese que la *ley* 17 *sig.* presenta, como caso de escepcion de todo esto, las enagenaciones hechas por última voluntad: y Gregorio Lopez, en la *glosa* 2 *de d. ley* 15, las que fuesen hechas sin dolo, como por razon de la edad, salud ú ocupaciones necesarias, fundado en que *d. ley* parece exigir el que la enagenacion haya sido engañosamente.

Ningun sitio mejor que este para examinar qué valor tiene el juramento, que con tanta frecuencia suele interponerse

en la mayor parte de los contratos, con fin, sin duda, ya de dar mayor valor á unos, ya de dar alguno á los que en sí son nulos. No dudo entrar en la cuestion afirmando que fué y es la invencion mas inútil el juramento para dar valor á los contratos, y que solo miras interesadas pudieron sostenerle: asercion que se hace evidente con bien simples reflexiones. Es bien sabido que hoy sin necesidad, ni aun de simples fórmulas, segun la tan citada *ley* 1, *tit.* 1, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, queda obligado eficazmente todo el que de algun modo se obligó espresa y claramente á otro, siempre que su obligacion recaiga sobre objeto lícito, honesto y no reprobado por las leyes. Mas breve: el que se ligó por un contrato válido, queda tan obligado y sujeto á cumplirlo, como si interpusiera mil juramentos. De consiguiente, es ninguno el aprecio que de ellos debe hacerse en este caso.

Mas supongamos que recayó sobre contratos nulos y reprobados por las leyes; único en que cabe la cuestion. Creo se está en el caso de la renunciacion de las leyes; aun peor, pues la renuncia de una ley puede no tener nada de inhonesta, y no hay contrato nulo que no lo sea. ¿Y quiere darse valor al juramento que recae sobre un acto de esta clase? Hay mas: la *ley* 6, *tit.* 1, *d. lib.* 10, prohibe y da de nulo todo contrato jurado, y aunque es verdad que la *siguiente* permite interponerlo en algunos, como de dote, arras, enagenaciones, no debe entenderse del caso en que sean nulos. Se me dirá que siendo asi es ley sin objeto, que se escusó darla: convenido; pero el tener que respetar las ideas entonces dominantes motivó su publicacion.

Debo decir en conclusion de esto, que de todos modos, sea ó no útil el juramento, contemplo lo mas absurdo é improcedente el pedir su rescision, para dispensarse de cumplimentar el contrato jurado. O dió ó no este derechos á la otra parte; si los dió ya no puede sacárselos el prelado eclesiástico, si no, ninguna necesidad hay de aquella.

Núm. 6. *Circunstancias considerables en todos los contratos; y qué culpas deben prestarse en ellos.* De tres clases son las circunstancias que deben atenderse en todo contrato: esenciales, naturales, y accidentales. Para esplicarlas con mas

claridad pondré ejemplos de todas en el de venta, que trataré, *tit. sig.* Circunstancia esencial es aquella, que si falta ya no hay contrato. Tal es en el de venta el precio; sin este no hay venta, sino donacion, aunque se usáse de la palabra venta, como si dijera uno; *Te vendo un caballo de valde.* Natural es aquella que pertenece á la naturaleza ordinaria del contrato, es decir, que aunque no se esprese se entiende; pero si falta, ó se escluye por voluntad de los contrayentes, no tiene lugar y permanece el contrato; de esta clase es el estar tenido á eviccion el vendedor. Y accidental es la que no la exige la naturaleza del contrato, y solo tiene lugar por la mera voluntad de los contrayentes; tal sería que el precio se hubiese de pagar en moneda de oro ó plata.

Entre algunas de estas circunstancias debieran nuestras leyes haber espresado la del tiempo en que pueda pedirse el cumplimiento de los contratos celebrados sin espresion de él; mas no sé de alguna que haga mencion de esto. En su omision no me parece fuera de órden sirva de regla lo dispuesto en el *Código de Comercio.* Dice su *art.* 260, que las obligaciones, que no tienen términos prefijados por las partes, son exigibles á los diez dias despues de contraidas, si solo producen accion ordinaria, y al dia inmediato si llevan aparejada ejecucion. Sobre la ejecucion de obligaciones á término no es admisible ninguna reclamacion judicial hasta el dia despues del vencimiento, *art.* 258. Esta circunstancia del tiempo, de suyo se deja ver por lo dicho, debe colocarse entre las naturales.

Cinco son las cosas de que puede dudarse si están los contrayentes obligados á responder uno al otro, espresadas en la *ley* 11, *tit.* 33, *P.* 7; y son dolo, culpa lata, leve, levísima y caso fortuito ú ocasion. Dolo, al que las leyes de Partida llaman engaño, es *Maquinacion que se hace para engañar á otro.* Culpa, *Hecho con que se daña á otro sin razon; pero sin intencion de dañarle.* Y caso fortuito, *Aventura, que no puede precaverse.* De la culpa hay tres especies, lata, leve, y levísima. La lata, es como grande y manifiesta culpa, es semejante al engaño, y comunmente dícese tiene lugar, cuando uno deja de poner en una cosa el cuidado que pone cualquier hombre regular. Leve, es una culpa media entre lata y levísi-

ma; é incúrrese en ella cuando uno tiene de una cosa el cuidado que acostumbran los hombres diligentes. Y levísima es, no cuidarlas como cuidan los hombres diligentísimos, y mas esmerados. Esto supuesto, debe saberse que esta locucion prestar el dolo, la culpa, ó el caso fortuito, es figurada, y significa prestar ó resarcir el daño ocasionado por el dolo, la culpa, ó el caso fortuito.

Bajo esta advertencia digo, que en todos los contratos se presta el dolo, y en ninguno el caso fortuito. En cuanto á la culpa, la lata, puede decirse que se presta tambien en todos los contratos; y préstase sola ella, y no la leve ó levísima, en aquellos en que toda la utilidad es del que dá la cosa. La leve, cuando la utilidad es de ambos contrayentes; y la levísima, cuando es solo del que recibe la cosa, segun todo se ve esplicado, hablando del comodato, en la *ley* 2, *tit.* 2, *P.* 5, que dice *al fin*, se entienda de todos los contratos. Pero nótese con cuidado que si se halláre culpa ó tardanza en el que debe restituir una cosa, sea cual fuere el contrato, estará obligado á prestar el caso fortuito, que viniere despues: y que la convencion de los contrayentes hace que á tenor de ella se preste mas ó menos culpa de la que corresponde á la naturaleza del contrato, y aun el caso fortuito, como lo advertiré en algunos contratos en que se halle apoyado de nuestras leyes. Solo no tiene lugar la convencion, de que no se preste el dolo, que es nula por contraria á las buenas costumbres, por el motivo que da para delinquir.

Núm. 7. *Resúmen del* §. 1. De su *núm.* 1 resulta, qué sea obligacion; que la hay civil y natural juntamente, meramente natural, y meramente civil; y que solo la primera puede llamarse verdaderamente tal: del 2, que entre nosotros, las fuentes de la obligacion, ademas de algunas causas irregulares, son contrato, cuasi contrato, delito, cuasi delito, y todo pacto sério y deliberado, prescindiendo de ciertas obligaciones mercantiles que es preciso reducir á escritura; quiénes pueden contratar y cómo, y cuándo deben suponerse hechos concluyentemente los contratos: por el 3 sabemos, que la convencion en general se divide en pacto y contrato; y que estos se subdividen en nominados é innominados, unilaterales y bila-

terales, en consensuales, reales, verbales, y literales, y cuantos se cuentan de estos: por el 4, que los contratos en general son nulos por ser celebrados entre personas privadas de hacerlos; por el error que recae sobre la substancia de la cosa, pero no si es de otra cualidad accidental, su número, ó cuantidad; por el dolo, cuando da causa á ellos; por la fuerza ó miedo que cae en varon constante; por la lesion enorme, ó enormísima; el tiempo en que estas deben proponerse; y que no se conceden á las personas peritas en alguna arte respecto á los contratos de ella: en el *núm.* 3, vimos algunos pactos reprobados; y el ningun valor del juramento que en ellos suele interponerse: y por último en el 6, que en todos los contratos hay que considerar circunstancias esenciales, naturales, y accidentales; que entre las segundas debe contarse el tiempo en que pueda pedirse el cumplimiento de aquellos; qué sean dolo, culpa lata, leve, levísima, y caso fortuito; y en qué contratos deben prestarse cada una de estas cosas.

§. II.

Transacciones.

Número 1. *De los contratos innominados en general; qué sea transaccion, y cuándo puede tener lugar.* Como en el *núm.* 3, §. *ant.*, espresé cuales son los contratos innominados, ningun sitio mejor que este para presentar lo poco que hay que decir de ellos. El principal que se conoce es la transaccion; de la que por lo mismo me limitaré á hablar.

Debo empero decir de los contratos innominados en general, que en ellos el que cumplió por su parte, tiene derecho á escoger ó bien apremiar al otro que lo cumpla por la suya, ó pague los perjuicios que le ha ocasionado de no cumplirlo, y sobre ellos debe ser creido por su juramento con la tasa del juez, como espresa la *ley* 5, *tit.* 6, *P.* 5. De suerte que está en su eleccion hacer que el contrato subsista, ó anularlo, pudiendo en este caso obligar al otro á que le resarza los perjuicios que por no subsistir aquel se le sigan.

Dije que la transaccion ó concordia es una especie de contrato innominado; y efectivamente así lo reconoció Gregorio Lopez, *glos.* 1 *de d. ley* 15, y lo prueba latamente Valeron *de transact.*, *tit.* 1, *quæst.* 3 *y* 4, por que no puede haberla, sin que los transigentes se den, reciban, ó remitan mútuamente alguna cosa. Llamamos *Transaccion la decision convenida, no gratuita, de cosa dudosa.* Se dice decision, porque decide ó termina los pleitos, y por ello la recomiendan mucho las leyes y sus intérpretes: *convenida*, porque se hace por convencion de las partes: *no gratuita*, por lo que he dicho de no hacerse sin dar y recibir: y *de cosa dudosa*, esto es, de cosa de que ya hay pleito, ó amenaza haberlo, pues de otro modo no tiene objeto sobre que pueda recaer.

No solo puede hacerse en especial de la cosa que se litiga, sino tambien, con ocasion de esta disputa, generalmente con estension á todos los pleitos ó desavenencias que puedan tener entre sí los litigantes. Pero, si no hubiese controversia alguna, no podrá hacerse con esta generalidad, para evitar que se finjan pleitos, que no puede haber, y con este motivo se saque dinero á los incautos. Valeron, *tit.* 2, *quæst.* 22.

Núm. 2. *Quiénes pueden transigir; y de qué cosas no se puede.* Como la transaccion es especie de enagenacion y verdadero contrato, claro está que no pueden hacerla aquellos que no pueden enagenar, ó contraer, como los furiosos, pródigos, impúberes, y demas que dije, *núm.* 2, §. *ant.* De los procuradores dice espresamente la *ley* 19, *tit.* 5, *P.* 3, que puede transigir el que tuviese poder especial para ello; y tambien el que le tenga general, libre y llenero para hacer cumplidamente en el pleito todas las cosas que el mismo otorgante podria hacer, ó como suele decirse, el que le tuviere concedido con libre, franca y general administracion. Pero advierte Gregorio Lopez, *glosas* 8 *y* 9 *de d. ley* que, aunque concede esta facultad á tales procuradores generales, no debe entenderse en aquellas cosas, que serían muy perjudiciales á los otorgantes, atendido el abuso de los escribanos, que suelen poner estas palabras de su bolsillo, segun su estilo, ignorándolo los otorgantes. De esta misma opinion son Covarrubias, *var. res. cap.* 6, *núm.* 3, y Valeron *de trans.*, *tit.* 4, *quæst.* 5, *núms.* 27

y 28, citando á otros muchos. Con efecto vemos que en la práctica, para evitar esta duda y peligro, ninguno quiere transigir con procurador que no tenga poder especial.

Se puede transigir de todas las cosas dudosas, á escepcion de algunas de las que no se puede absolutamente, ó solo se permite bajo ciertas limitaciones. En primer lugar no puede transigirse, ni vale la transaccion que se hiciere sobre lo que se manda en algun testamento, sin abrirse y verse este como ya dije, *núm.* 5, §. *ant.*; porque podria acaecer que recibiesen engaño los otorgantes en la composicion que hiciesen antes, *ley* 1, *tit.* 2, *P.* 6. Creo que esta doctrina tendrá lugar tambien en el caso que los otorgantes renunciáran la vista del testamento; porque la ley prohibitiva no se puede renunciar.

Tampoco puede transigirse de los alimentos futuros, que le deben por donacion ó testamento de alguna persona muerta sin autoridad del juez. Varias leyes romanas lo establecieron espresamente, fundadas en diferentes razones, siendo la principal el precaver que fuese engañado el alimentario, cediendo alimentos de alguna consideracion por un muy pequeño don de presente, y viéndose despues sin poder comer en contra de la voluntad de quien los dejó. Aunque no se halla establecida en las nuestras esta sentencia, debe observarse por defenderla todos nuestros autores, y estar recibida en la práctica por las equitativas razones que la persuaden. Valeron, *tit.* 3, *quæst.* 3, Cast. *de aliment. cap. último*, en donde citan á otros muchos. No se entiende esto de los alimentos pasados, ni de los debidos por contrato, por cesar en ellos las razones espuestas, segun sientan los mismos autores citados.

En cuanto á delitos es cosa cierta que sobre futuros no puede transigirse ni hacerse pacto alguno, porque se prestaria asa ú ocasion para delinquir. Sobre pasados se ha de distinguir en si se trata de ellos civil ó criminalmente. Si lo primero, puede otorgarse transaccion, porque tratándose entonces solamente de interés pecuniario, no aparece razon que pueda impedirla. Si lo segundo, hoy debe decirse que no cabe transaccion, prescindiendo de injurias ó faltas muy ligeras: si estas proceden de solas las palabras de la ley, ya dice la *ley* 3, *tit.* 25, *lib.* 12, *Nov. Rec.*, que precediendo querella de par-

te, aunque esta despues se aparte de ella, no dejen por eso de castigarse. La *ley* 22, *tit.* 1, *P.* 7, permitia transigir de los delitos graves, que merecian pena de muerte, ú otra corporal; de modo que atendida ella no debia esta imponerse, efectuada la transaccion entre las partes, segun opinaban muchísimos autores. Pero, como dice el Sr. Posadilla en el *diálogo* 30, en que espone con mucha solidez *d. ley*, está esto derogado por la *ley* 4, *tit.* 10, *lib.* 12, *Nov. Rec.* Segun esto, diremos que hoy, considerados criminalmente, no cabe transaccion sobre delitos de alguna consideracion, esceptuado tal vez el de adulterio.

Núm. 3. *Efectos de la transaccion; y causas porque puede rescindirse.* La transaccion es, como suele decirse, *stricti juris*, esto es, de estrecha interpretacion, y por ello solo se entiende y tiene su efecto en lo que espresa, sin estenderse de cosa á cosa, ni de persona á persona, prescindiendo de los herederos de los contrayentes, como unánimemente lo sientan los autores, Castillo, *tomo* 4, *Controvers. cap.* 42, Valeron *de transacc*, *tit.* 5, *quæst.* 2, citando muchísimas leyes romanas.

El efecto de la transaccion es terminar el pleito sobre que se interpone, debiéndose conformar con ella los litigantes, *ley* 34, *tit.* 14, *P.* 5; de suerte que tiene tanta fuerza como la cosa juzgada, y produce la escepcion de pleito acabado. Por esta razon se considera muy favorable, como inventada para el beneficio público de poner fin á los pleitos, Castillo, *lib.* 8, *Cont. cap.* 36, §. 2, *núm.* 32.

Sin embargo de esta firmeza de las transacciones en utilidad del público, para que los pleitos no resuciten, se rescindirán cuando se otorgaron en vista y con apoyo de falsos instrumentos; pero si estos solo dijeran relacion á alguno de los capítulos de la transaccion, solamente en cuanto á este obraria la rescision, y quedan firmes los otros, *ley* 34, *tit.* 14, *P.* 5. Son tambien nulas las transacciones, cuando se hacen con dolo, ó miedo que cae en varon constante, Valeron, *tit.* 6 *de trans. quæst.* 3, *núm.* 7.

El mismo Valeron, *d. tit.* 6, *quæst.* 2, y Castillo, *lib.* 8, *controvers.*, *ó de alimentis*, *cap.* 36, *desde el núm.* 84, tratan latísimamente la cuestion de si se rescinden por las lesio-

nes enorme ó enormísima. Convienen los dos en que no se rescinden por la enorme, como no podian menos, atendidas estas palabras de *la d. ley* 34. *Et por ende decimos que la avenencia et el pleito que asi fuese fecho, debe ser guardado tambien por la una parte como por la otra, et cuanto quier que montase aquella parte, que quitase el demandador, non la podrie despues demandar*, pero discuerdan en cuanto á la enormísima. El primero sienta, que se rescinde por esta, y que no es contraria su opinion á *d. ley* 34; y Castillo prueba con fervor que, segun *esta ley*, ni aun por la enormísima se anula, rechazando varias modificaciones de otros intérpretes nuestros, que quieren templar de varios modos su doctrina. El Sr. Sala, *tit.* 9, *núm.* 10, conténtase en esta cuestion tan reñida con inclinarse á la opinion de Castillo. Y verdaderamente, no solo parece la única sostenible, atendida la *ley* 34, sino que no veo, y tal vez diré un error, como pueda formarse el caso de una transaccion, en que tenga lugar para darla de nula, la escepcion de la lesion enorme ó enormísima. Solo cabe alegar esta en los contratos, cuando uno pierde mas de la mitad de lo que en justicia le correspondia; ¿y quién no conoce es totalmente imposible discretar cuanto en justicia corresponde á cada uno de los transigentes, atendida la duda sobre que indispensablemente giran las transacciones? Veamos si con un ejemplo se pone mas claro este concepto. Joaquin demanda á Vicente una pieza de tierra, cuyo valor supongo sea el de 2,000 reales, y en buena composicion, para que no le incomode, y dudoso de su derecho, dá el segundo á aquel 1,500; pregunto: ¿para anular esta transaccion tendrá lugar el que Joaquin alegue la lesion enormísima? Seguramente que no; porque muy bien podia ser la pieza de Vicente, ni cabe que este la escepcione porque puede ser del otro; pero esto, repito, no es posible saberlo en la duda con que necesariamente se procede en las transacciones. Esta, por consiguiente, sería nula por haberse hecho con falsos instrumentos, dolo, miedo; pero por haber lesion, no. Diráse tal vez que, si en lugar de dar 1,500, diera á Vicente mas de 4,000, la habria; pero esto casi es moralmente imposible suceda en las transacciones, en que los transigentes suelen siempre par-

tir la diferencia á medias, á no suponer en estos ó crasa ignorancia, ó fraude manifiesto.

Resúmen del §. 2. Por su *núm.* 1 sabemos, que en los contratos innominados el que cumplió por parte tiene derecho á hacer que el otro lo haga por la suya, ó anular el contrato; que sea transaccion, y que debe recaer necesariamente sobre cosas dudosas: por *el* 2, que pueden transigir los mismos que contratan, y que no puede hacerse transaccion sobre el contenido de testamento cerrado; ni sobre alimentos futuros dejados en estos; pero sí, siendo pasados ó dejados en contrato; ni sobre delitos futuros, ni sobre los cometidos ya considerados criminalmente, á no ser muy leves; y por último, vimos en el *núm.* 3, que el principal efecto de las transacciones es cortar las cuestiones sobre que han versado; y que se anulan por las mismas causas que los demas contratos, esceptuada la lesion, segun la opinion mas probable.

TÍTULO XI.

DE LAS VENTAS Y COMPRAS.

Título 5, P. 5, 12, libro 10, Novísima Recopilacion.

§. *Unico.*

Núm. 1. *Qué cosa sea este contrato; y cuán estrecha es su obligacion.* El mas famoso, útil y frecuente de los cuatro contratos consensuales es la compra, establecido despues de haberse inventado el dinero, al cual llama con razon Aristóteles el fiador de la humana indigencia; pues por él se socorren los hombres en sus necesidades, lo que antes se hacia con mucho embarazo por medio de las permutas. Lo que ahora llamamos *venta* lo llamaron tambien asi las leyes de la *Recopilacion*; pero las de las Partidas lo apellidan *vendida*, y por este nombre se significa todo el contrato de que hablamos, como asimismo por la palabra compra; lo que se ha introducido para la mayor espedicion y comodidad en el ha-

blar, para no tener que repetir á cada paso las dos palabras *compra y venta ó vendida*, para designar el contrato.

La *ley* 1, *tit.* 5, *P.* 5, dá una definicion de la *vendida* que, aunque exacta es muy oscura. Por lo mismo, omitiéndola, defino la compra y venta: *Un contrato por el cual se convienen los contrayentes en entregarse una cosa por cierto precio, que consista en dinero.* En el tiempo en que escribió el Sr. Sala y mas tratadistas nuestros, no se hacia distincion de ventas mercantiles y las que no lo son; pero hoy, dando aquel carácter nuestro código á muchísimas de las que se celebran, y adoptando respecto á ellas disposiciones nuevas, estoy en el caso de espresar qué ventas son mercantiles, y de anotar aquellas en los números correspondientes.

Pertenecen á la clase de mercantiles las compras que se hacen de cosas muebles con ánimo de adquirir sobre ellas algun lucro revendiéndolas, bien sea en la misma forma que se compraron, ó en otra diferente, y las reventas de las mismas cosas. Por estas últimas palabras déjase conocer que hay venta mercantil, cuando el que vende lo hace por adquirir lucro, aunque el comprador compre solo para su consumo. No se considerarán mercantiles, por consiguiente, las compras de bienes raices y efectos accesorios á estos, aunque sean muebles. Las de objetos destinados al consumo del comprador, ó de la persona por cuyo encargo se haga la adquisicion. Las ventas que hagan los labradores y ganaderos de los frutos de sus cosechas y ganados. Las que hagan los propietarios y cualquiera clase de personas de los frutos ó efectos que perciban por razon de renta, dotacion, salario, emolumento ú otro cualquiera título remuneratorio ó gratuito. Y finalmente la reventa que haga cualquiera persona que no profese habitualmente el comercio, del resíduo de los acopios que hizo para su propio consumo. Siendo mayor cantidad la que estos tales ponen en venta que la que hayan consumido, se presume que obraron en la compra con ánimo de vender, y se reputarán mercantiles la compra y venta. *Código de Comercio, lib.* 2, *tit.* 3, *sec.* 1, *artículos* 359 *y* 60.

Hecho el contrato de venta, es tan estrecha la obligacion de los contrayentes de cumplirlo, sin poderse arrepentir nin-

guno de ellos despues de perfeccionado, que aunque alguno sacase carta del Rey para deshacerle, subsistiría y no valdría esta. Ni tendrá obligacion el comprador de consentir se deshaga el contrato, aunque el vendedor le ofrezca el precio doblado, *ley* 61, *tit.* 5, *P.* 5.

Núm. 2. *Qué cosas se requieren esencialmente en la venta y compra; cuáles no.* En la definicion que dí de este contrato están espresadas las circunstancias que verdaderamente son necesarias para que haya compra y venta. Como contrato consensual, es indispensable se afiance en el consentimiento, y basta solo este; y como compra y venta, que el consentimiento recaiga en dar á otro una cosa por precio cierto consistente en dinero; pues si fuese otra cosa, sería permuta y no venta.

De aqui se sigue: 1.° que este contrato se hace perfecto luego que se conviene en el precio y en la cosa. 2.° Que no se necesita entrega del precio ó de la cosa, ni el que medie escritura, á no ser que pactasen el que fuese hecha para ser válido; en cuyo caso dice la *ley* 6, *d. tit.* 5, *P.* 5, que mientras no se otorgue, puede arrepentirse cualquiera de los contrayentes. Pero creo que debe distinguirse en esto: si se condicionó el otorgamiento de la escritura como circunstancia esencial para ser válido el contrato, entonces tiene lugar lo dispuesto por la *ley* 6; pero si despues de perfeccionado solo se espresó aquel para su mayor seguridad, aunque no se otorgue la escritura, no podrá ya faltarse á la venta; bien que habrá que cumplir con el otorgamiento de esta. 3.° Que no es necesario haya dado el comprador al vendedor señal alguna, á las que comunmente llaman *arras*, *d. ley* 6. Como á pesar de eso suelen mediar á veces, adviértase con cuidado, que esta señal se puede dar antes de estar perfeccionado el contrato, cuando todavía hay lugar de arrepentimiento; y entonces, si se arrepiente el comprador que la dió, la debe perder, y si el vendedor, debe tornar la señal doblada al comprador, y no valdrá la venta. Pero si cuando este dió las arras, dijo que las daba por señal y por parte del precio, esto es, en prueba de estar perfeccionado el contrato; en este caso no se puede arrepentir ninguno de ellos, ni deshacer la

venta, *ley* 7, *d. tit.* 5, y con arreglo á ella Gregorio Lopez en *su glos.* 3, Hermosilla, *en la misma glosa*, y Acevedo, *ley* 1, *tit.* 3, *lib.* 10, *Nov. Rec.*

Con respecto á las ventas mercantiles, téngase presente que cuando en ellas se entregan arras, entiéndense siempre como paga á cuenta del precio, en signo de ratificacion del contrato; á no ser que los contrayentes se convengan con condicion especial en dejar de cumplir lo contratado perdiendo aquellas, *d. sec.* 1, *art.* 379. Sobre el cuándo y cómo se entienden perfeccionadas las compras de géneros que no se tienen á la vista, ni pueden clasificarse por una cualidad determinada, ó que se hubiesen hecho sobre muestras, véanse los *artículos* 361 *y* 62. Y acerca de las ventas, cuyo valor esceda de 1,000 ó 3,000 reales, lo dicho, *tit. ant.*, §. 1, *núm.* 2.

Núm. 3. *De lo que debe tenerse presente con respecto al precio, y al consentimiento.* Es este, como tengo dicho ya, uno de los requisitos mas esenciales en el contrato de compra; y aunque por precio puede entenderse todo lo que se dá por alguna cosa, está, sin embargo, concretado al dinero; y esto constituye la única diferencia que hay entre la venta y la permuta. Si por una cosa se dá dinero es la primera; si se dá otra cosa será permuta.

Para celebrar un contrato válido de compra y venta, no basta que haya precio consistente en dinero; es ademas necesario que este sea cierto y justo. Que debe ser cierto es muy claro; pues ¿cómo podría constituir venta uno imaginario é indeterminado, v. g.; te compro tal casa por una cantidad? Mas adviértase que esta certeza y determinacion no es necesario sea absoluta, como si dijera el vendedor: te vendo mi caballo por 100 pesos; basta lo sea por relacion á otra cosa. Valdrá, pues, el contrato si dijere: te lo vendo por tanto dinero, cuanto tengo en el arca; ó por cuanto le compré: bien que en ambos casos claudicaría la venta si no se encontrase dinero en el arca del vendedor, ó él no tuviese el caballo por compra, sino por donacion ó herencia, *ley* 10, *d. tit.* 5. Aunque no habría verdadera incertidumbre, si la tasa del precio se pusiese en el arbitrio ó voluntad de uno de los contrayentes, reprobaron no obstante esto las leyes, por los

perjuicios y daños que podian seguirse, *ley* 9, *d. tit.* 5. Asi sería nulo el contrato en que solo se dijese: te vendo tal cosa por el precio que gustes darme; porque siendo eficaz solo por esto el contrato, podría el otro señalarlo muy bajo con gravámen mio, y yo tendría que pasar por ello. Pero pueden convenirse los contrayentes en que señale el precio alguna otra persona siendo cierta y determinada, y valdrá la venta si esta le señala: bien que señalándolo desaguisadamente mucho mayor ó menor de lo que vale la cosa, debería ser enderezado ó regulado segun el arbitrio de hombres buenos. Y si el tal muriese antes de señalar el precio, no valdría la venta, *d. ley* 9.

Si los contrayentes discordasen en el precio, queriendo el vendedor que fuese mayor, y el comprador menor, no valdría el contrato: pero valdría por lo contrario, si el comprador estuviese por el mayor y el vendedor por el menor, *ley* 20, *d. tit.* 5. La razon de esto último es clara; pues siempre que el que ha de soltar el precio lo señala mayor que el que lo ha de recibir, se reputa que tambien quiere recibir la cosa por menos, y el vendedor que lo recibe tiene el menor que le contentaba, y de consiguiente para nadie hay agravio en que se entienda el mútuo consentimiento de ambos de que se transfiera la cosa del vendedor al comprador por el precio menor que aquel quiso.

Exigí como circunstancia esencial en el precio el que sea justo, porque efectivamente nada dicta mas la equidad que el que haya igualdad entre el precio y la cosa vendida. Mas como por otra parte la pública utilidad exige que se cumplan y sean valederos los contratos, dictaba el órden que no se exigiese una igualdad tan rigurosa entre el precio y el valor de la cosa, que se anulasen las ventas por un pequeño esceso. Por eso fijaron este las leyes al de la mitad del justo precio, ó como solemos decir, cuando hay lesion enorme, para poder rescindirse el contrato de venta, el que debe subsistir no llegando á ella. Véase esto y el tiempo en que debe proponerse este remedio, *tit. ant.*, §. 1, *núm.* 4. Las ventas mercantiles no se rescinden por lesion enorme ni enormísima, *d. sec.* 1, *art.* 378, *Código de Comercio.*

Cuanto al consentimiento, requisito tan esencial en este contrato, solo tengo que advertir se tenga aqui por repetido lo dicho en el *núm.* 4, §. 1, *tit. ant.*, del error, fuerza ó miedo, y dolo, por ser tan opuestos á él.

Núm. 4. *Quiénes pueden comprar y vender; y quiénes están prohibidos.* Pueden comprar y vender todos aquellos que vimos, *núm.* 2, §. 1, *tit. ant.*; pueden obligarse uno al otro, y contratar; y están privados de hacerlo los que alli dije lo están de obligarse, *ley* 2, *d. tit.* 5, *P.* 5. Hay empero que esceptuar de entre los primeros ciertas personas, que, aunque actas para obligarse, están privadas de comprar ó vender en ciertos casos. Tales son: 1.° Los tutores ó curadores, testamentarios ó albaceas, ni cualquier otro, sea hombre ó muger, que administre bienes de otro, puede comprar bienes de aquellos que administráre pública ni secretamente: y si se pudiese probar la compra que asi fuese hecha, no vale, y tendrá de volver el comprador el cuatro tanto de lo que valia lo que compró para la cámara del Rey; *ley* 1, *tit.* 12, *lib.* 10, *Nov. Rec.* Véase lo dicho, *núm.* 7, §. 2, *tit.* 8, *lib.* 1. Acevedo en el comentario de esta *ley*, *números* 12 *y siguientes*, prueba que por compra se entiende cualquier acto ó contrato en que se transfiere el dominio. 2.° Las *leyes* 5, *d. tit.*, *P.* 5, 3, *tit.* 11, *lib.* 7, *Nov. Rec.*, prohiben á los gobernadores, corregidores, sus oficiales, ni otro alguno de su compañía, que por sí, ni por otro, compren heredad alguna, ni edifiquen casa en tierra de su jurisdiccion; y el usar en ella el trato de mercadería, ó traer ganados á la misma tierra, so pena que el que lo contrario hiciere, pierda lo que asi compráre, edificáre, tratáre, ó el ganado que asi tragére, y sea para la cámara del Rey. 3.° La *ley* 17, *tit.* 1, *lib.* 10, *Novísima Recopilacion*, manda con graves penas que ningun hijo de familia que esté bajo del poder de su padre, ni menor que tenga tutor ó curador, pueda comprar, ni tomar, ni sacar en fiado, ni otro en su nombre, sin licencia de los susodichos, géneros algunos de mercaderes, ni otra cualquier persona, declarando nulas tales compras y cualesquiera seguridades dadas para su firmeza. 4.° Lo mismo establece de las compras que los mayores ó menores, que no están bajo del

poder paternal, ó de tutor ó curador, hacen al fiado para cuando se casasen ó heredaren, ó sucedieren en algun mayorazgo, mandando que ninguna persona les haga tales ventas, ni preste dineros, plata, oro ú otro cualquier género á pagar en los casos susodichos y tiempos inciertos; todo bajo la pena de nulidad y otras. 5.° La *ley* 1, *tit.* 8, *d. lib.* 10, prohibe se venda cosa alguna al fiado al estudiante estante en el estudio, ó le preste dinero sin voluntad de su padre, ó del que allí le tuviere. 6.° Los ropavejeros no pueden comprar cosa alguna en las almonedas, *ley* 4, *tit.* 12, *d. lib.* 10. 7.° No pueden, por último, los corredores hacer especie alguna de negociacion y tráfico directo ni indirecto en nombre propio, ni bajo el ageno; ni por consiguiente compra ni venta, *artículo* 99, *Código de Comercio.*

Núm. 5. *Qué cosas pueden ó no venderse; y si puede obligarse á uno á vender su propiedad.* Vimos lo que es menester tener presente acerca del precio, y del consentimiento, requisitos indispensables en el contrato de venta; y qué personas están ó no prohibidas de celebrarlo; veamos ahora qué debe observarse sobre la cosa, objeto de este contrato. Para ser válida la venta de una cosa, es menester que esté en el comercio de los hombres, esto es, que pueda adquirirse su dominio á lo menos por el comprador. De ahí es, que no pueden venderse las que son de uso público, como caminos, rios, ni las de derecho divino, sagradas y religiosas, *ley* 15, *d. tit.* 5, *P.* 5, que añade al fin, que el no poderse vender estas últimas debe entenderse de por sí separadamente, pero no siendo accesorio ó adherente de alguna universidad de bienes, pues vendida esta se entienden vendidas ellas. Lo mismo la *ley* 8, *tit.* 15, *P.* 1. Otros casos refiere la *ley* 1, *tit.* 14, *P.* 1, en que pueden venderse las cosas sagradas de las iglesias. 1.° Por grande deuda que debiese la iglesia, que no se pudiese quitar de otra manera. 2.° Para redimir sus parroquianos pobres de cautiverio. 3.° Para dar de comer á los pobres en tiempo de hambre. 4.° Para acrecer su iglesia. 5.° Para comprar terreno con que hacer el cementerio. 6.° Para comprar otra iglesia mejor. Es dignísima de leerse en este particular la doctrina de S. Ambrosio, puesta en el *Decreto de Graciano*, *cap. aurum* 70,

causa 12, *quæst.* 2. Por la misma razon de estar fuera de la circulacion y del comercio, tampoco pueden venderse los mármoles ú otra piedra ó madera, que están constituyendo algun edificio, *ley* 16, *d. tit.* 5, *P.* 5.

Ninguno puede comprar la cosa que es suya; porque lo que es nuestro no podemos adquirirlo de nuevo otra vez. Esto se entiende cuando toda la cosa es suya; porque si otro alguno tuviese en ella parte, la venta de esta valdria. Por ello puede el propietario de alguna cosa comprar la posesion que tuviese otro; ó la servidumbre que otro tenga sobre ella, *ley* 18, *d. tit.* 5. Cuando valga y cuando no la venta de casa quemada, ó árboles arrancados, lo trae latísimamente la *ley* 14, *d. tit.*, poniendo muchos casos. Los omito porque sería muy fastidiosa su relacion; y por ser fácil verlos allí.

Hay algunas compras y ventas que están prohibidas con alguna limitacion, de las cuales se trata principalmente en el *tit.* 12, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, y voy á espresar algunas aqui ligeramente. Los ropavejeros la ropa, que hubiesen comprado, no la pueden vender ni deshacer sin tenerla antes colgada á su puerta, á lo menos por 10 dias, para que manifiestamente se pueda ver por todos, *ley* 3, *d. tit.* 12. Ninguna persona por sí ni por otra puede comprar capullos de seda, ni seda cruda en madeja para volverla á vender en la misma especie, *ley* 5, *tit.* 5, *lib.* 9, *Nov. Rec.* De otras limitaciones en ventas de seda y paños hablan algunas leyes de *d. tit.* 12, cual es, entre otras, la de los sastres de tener tiendas de estos; pero los nuevos fraudes y circunstancias que se han observado despues, han precisado á hacer algunas variaciones, que pueden verse en los nuevos reglamentos, y yo no estoy en el caso de referir.

En algunas *leyes del tit.* 19, *lib.* 7, *Nov. Rec.*, hállase prohibida y limitada de varios modos la compra y venta de granos y harinas; y tanto estos como otros artículos, veíanse antes sujetos á tasas, y al tanteo de varios cuerpos ó personas á quienes se preferia en su compra. Pero por el *decreto de Córtes de* 8 *de Junio de* 813, restablecido *en* 8 *de Setiembre de* 836, determinóse que, asi en las primeras ventas como en las ulteriores, ningun fruto ni produccion de la tierra, ni los ganados y sus esquilmos, ni los productos de la caza y pesca, ni las obras

del trabajo y de la industria estarán sejetas á tasas ni posturas, sin embargo de cualesquiera leyes generales ó municipales. Todo se podrá vender y revender al precio y en la manera que mas acomode á sus dueños, con tal que no perjudiquen á la salud pública; y ninguna persona, corporacion, ni establecimiento, tendrá privilegio de preferencia en las compras; pero se continuará observando la prohibicion de estraer á paises estrangeros aquellas cosas que actualmente no se pueden esportar, y las reglas establecidas en cuanto al modo de esportarse los frutos, que puedan serlo, *art.* 8. El 9 dice, que quedará enteramente libre y espedito el tráfico y comercio interior de granos, y demas producciones de unas á otras provincias de la Monarquía, y podrán dedicarse á él los ciudadanos de todas clases, almacenar sus acopios donde y como mejor les parezca, y venderlos al precio que les acomode. Todo esto se halla prescrito y recomendado en otras varias reales órdenes modernas.

Por la *ley* 55, *tit.* 5, *P.* 5, prohíbese vender á un estraño, no al compartícipe, la cosa mista siempre que esté pedida y pendiente la partija de ella: por la 67, *d. tit.* 5, la cosa que alguno tuviese empeñada bajo la obligacion y pacto de no enagenarla de ningun modo: y por *la* 13, *tit.* 7, *P.* 3, bajo ciertas penas, que espresa, el vender cualquier derecho ó cosa litigiosa, esto es, sobre que estuviere pleito pendiente.

A escepcion de las cosas, que van referidas, puede cualquiera vender las cosas de su propiedad, no solo las corporales sino tambien las incorporales ó derechos, *ley* 13, *d. tit.* 5, asi existentes como las que no lo son, pero que pueden existir. Su *ley* 19 dice, que vale la venta de cosa agena; pero su valor es muy efímero, puesto que puede reclamarla su dueño, y produce los efectos, que veremos hablando de la eviccion.

Viniendo al como y cuando puede obligársenos á desprendernos de nuestra propiedad, téngase presente, que por la *ley de* 14 *de Julio de* 1836, establécese el sagrado principio de la inviolabilidad del derecho de propiedad; y por consiguiente que no se puede obligar á ningun particular, corporacion, ó establecimiento de cualquiera especie, á que ceda ó enagene lo que sea de su propiedad para obras de interés público,

sin que precedan los requisitos que en ella se prescriben. Omito el copiar sus artículos, porque me dilataria demasiado, y por ser muy fácil verla en los Boletines Oficiales. En tiempo de mucha hambre y carestía puede obligarse á los comerciantes, ó á otras personas ricas, de cualquiera clase que sean, á que vendan el trigo, ú otros comestibles precisos que les sobren, *notas* 1 *y* 2, *tit.* 19, *lib.* 7, *Nov. Rec.*

Núm. 6. *De la venta de cosas que se esperan; de las vendidas á dos; y de lo comprado con dinero ageno.* Dije, *núm. ant.*, que pueden venderse tanto las cosas existentes, como las futuras y que se esperan. Valdrá pues la venta del fruto que diere este año cierta viña ó cosa semejante, aunque no aparezca al tiempo que se vende. Pero adviértase, que si aquel año no diese fruto alguno la viña, no tendria el comprador obligacion de dar el precio. Esceptúase de esto último el caso de que hubiese comprado el fruto á la ventura, *ley* 11, *d. tit.* 5, sin duda porque en él solo se entiende comprada la esperanza, como nota Gregorio Lopez, en la *glos.* 5, y la venta de esta es válida en tales términos, que aunque salga frustrada, siendo sin culpa, está el comprador obligado á entregar el precio. Efectivamente asi aparece de otro ejemplo, que pone la *misma ley*, y que se leía ya en las romanas, en el caso en que uno compráre á su ventura de un pescador lo que sacáre de la primera vez. Por esta razon valdria tambien la venta, si yo dijera á Pedro; te vendo todas las herencias que me vinieren por cualquiera parte que me vengan. Pero nótese con cuidado que estas han de ser inciertas é indeterminadas, pues es nula la venta de la herencia que se espera de cierta y determinada persona, á no ser que se haga con otorgamiento y beneplácito de esta misma, y que duráre en este parecer hasta su muerte, *ley* 13, *d. tit.* 5.

La doctrina de nuestras *leyes de Partida*, que es la de las romanas, sobre las cosas que se venden á dos personas, á una antes que á la otra, no se comprende muy bien en qué principios se funde, como se conocerá despues de haberla espuesto. Cuando uno vende alguna cosa á dos, entregando la posesion al uno de ellos, si este hubiere pagado el precio, adquiere su dominio, aunque sea el comprador posterior. Pero

siempre tendrá el vendedor la obligacion de tornar el precio al otro, si le habia recibido, y de pagarle los perjuicios que le vinieren por esta razon. Si la cosa vendida á dos no era del vendedor, es preferido el que primero tuviese su posesion, aunque no haya pagado el precio, quedándole salvo su derecho al dueño siempre que la repita; segun todo consta de la *ley* 50, *d. tit.* 5. Si alguno vendió una cosa que no era suya, y despues adquiere su dominio por legársela ó dársela su dueño, y la vende á otro, será del primer comprador, siempre que le hubiese entregado antes la posesion, *ley* 51, *d. tit.* Por lo dicho déjase conocer, que de la cosa vendida á dos, aquel gana el dominio, y la lleva, que tomó primero su posesion, sea ó no primero comprador. Esto no veo en qué otro principio pueda fundarse que en el espuesto en el *principio del* §. 2, *tit.* 1 *de este lib.* 2, de ser necesario, para ganar dominio, título y modo de adquirir: y faltando la posesion, es visto falta este; y por consiguiente el que primero la gana, primero adquiere aquel. Mirada bajo este aspecto no parece mal la doctrina de la *ley* 50; pero ¿qué se responderá á la objecion de que, perfeccionándose el contrato de venta por solo el consentimiento, una vez prestado este, no es dueño ya el vendedor de su cosa, no puede disponer de ella, ni obligarla á otro? ¿qué á la de que, si bien es cierto que el dominio se gana por la posesion y un título hábil, no lo es menos que la segunda venta no debe merecer este carácter? ¿qué á la de que no merece otro que la venta que hace el que vende una cosa agena? Mas dejemos el sondear la razon, ó la justicia de las disposiciones de las leyes; tanto al que escribe como al que estudia instituciones, nada mas le incumbe indagar que cuáles sean estas.

Por lo mismo volviendo al estilo árido y seco, que es indispensable emplear para referirlas, y comentarlas con la mayor brevedad, digo, que puede cualquiera comprar con dinero ageno; y que, cuando asi suceda, hará suya la cosa comprada si la compró á nombre suyo, y no para el dueño de los dineros: á no ser que estos fuesen de caballero que estuviese en la corte del Rey ú otro lugar en su servicio, ó de menores *de* 25 *años, siendo el comprador el que le tenia en guarda.*

Pero es en la eleccion de cada uno de estos tomar la cosa comprada ó los dineros, cual mas quisiese, *ley* 49, *d. tit.* 5.

Núm. 7. *Qué obligaciones produce el contrato de compra y venta; y qué cosas se entienden comprendidas en esta.* Como este contrato no tiene otro objeto que el de pagar el comprador el precio convenido al vendedor, y el de que este entregue á aquel la cosa vendida con todo lo que le pertenezca, ó le esté unido, claro es que perfeccionado quedan estrechamente obligados el comprador á dar el precio estipulado, y el vendedor la cosa vendida con todas sus pertenencias. Consecuencia natural de esta obligacion es la de quedar sujetos á la eviccion ó saneamiento, de que hablaré *núm.* 9.

Dije que el vendedor debe entregar al comprador lo vendido con aquello que le pertenezca, ó le está unido, y efectivamente el que compra una casa, de suponer y lo regular es, que compre tambien todo lo que la constituye ó compone. Asi dirémos, que la simple compra de cualquier cosa abraza la de las partes que la componen, y no las que no tienen esta cualidad: proposicion que se deduce evidentemente de la *ley* 28 *y sigs.*, *d. tit.* 5, *P.* 5, en los ejemplos que ponen. La primera dice, que vendida una casa pertenecen al comprador las canales, los caños, aguaduchos, y todas las otras cosas que solian ser acostumbradas para el servicio de aquella casa, estén dentro ó fuera de ella: y tambien los ladrillos, piedra, teja y madera que estuviesen puestos ó movidos en la misma casa, si fuesen de ella. Pero que si estos mismos materiales no estuviesen ó hubieren estado puestos en la casa, no entran en la venta, aunque el vendedor los hubiese comprado y llevado á la casa para ponerlos en ella. La misma distincion pone la *ley* 31, en las pérticas ó palos para levantar las vides, de que entran los que estuvieren metidos, y los que habiéndolo estado están separados para volverlos á poner, mas no otros, aunque estuviesen destinados y preparados para meterlos. Tampoco se entienden vendidos, sí que se quedan en el dominio del vendedor, los peces que se hallaren en alguna fuente ó balsa de la casa ó heredad vendida, ni las gallinas, ni otras aves ó bestias que hubiere en ella, *ley* 30, *d. tit.* 5: ni los muebles que no están unidos á la casa, como las mesas, armarios, cubas ó tina-

jas que no estuviesen fincadas ó soterradas en ella; si lo estuvieren entran en la venta y pertenecen al comprador, *ley* 29, *dicho titulo.*

No se encuentra en nuestras leyes tocada la cuestion de si vendida una caballería se entienden vendidos los aparejos que entonces tiene; y vendida una vaca, yegua ú oveja, su parto reciente. El Sr. Sala, *núm.* 24 *de este tit.* 10, resuelve, atendido el Derecho Romano, y refiriéndose á su *Digesto*, *lib.* 19, *tit.* 1, *núm.* 8: 1.° Que los aparejos se entienden vendidos si se pusieron á la caballería con el fin de venderla; pero no si se pusieron por causa de hacer viaje ó trabajar. 2.° Que el parto va con su madre en aquellos contratos en que no se transfiere el dominio; y que en las ventas, y demas en que este se gana, es entiende vendido con su madre, si es de aquellos que no nos pueden servir para comerlos; porque en estos no puede ser la intencion de los contrayentes separarlos de sus madres; pero bien puede ser en los otros. Por lo regular no se celebra una venta en que no se trate lo necesario sobre estos particulares. Una ley romana determinaba tambien que vendido un campo, se entendiese ser el estiercol destinado á su cultivo.

Núm. 8. *A quién pertenece el provecho ó daño de la cosa vendida.* Para ver esto con la oportuna claridad, hácese indispensable distinguir entre la venta de cosas hechas por peso ó medida, y la que dé otro modo. En la venta de estas, perfeccionada que sea, pertenece desde entonces al comprador todo el beneficio de aumento ó mejora que tenga la cosa, y de la misma manera todo el detrimento ó perjuicio que en ella haya sucedido sin culpa del vendedor, aunque todavía no hubiese pasado su dominio al comprador; pues es justo que á quien pertenece el uno, pertenezca el otro, *ley* 23, *d. tit.* 5. De esta regla hay empero que hacer dos escepciones. 1.ª Habiéndose pactado que el peligro fuese del vendedor, si ocurria el daño en la cosa antes de su entrega, á él le perteneceria. 2.ª Si hubiese tenido culpa, ó tardase mas de lo justo en entregarla, sobre él pesaría tambien, *ley* 39, *d. tit.* Pero obsérvese sobre esto último que, si despues de la tardanza del vendedor, y no habiéndose perdido todavía la cosa, este la quisiese entregar, y el comprador tardase en recibirla, sucedien-

do despues el daño, sería suyo, porque esta última tardanza vino por su culpa, *ley* 27, *d. tit.* 5.

Esta misma doctrina es aplicable en un todo á la venta de cosas que se miden ó pesan, cuando se hizo, no con respecto al peso ó á la medida, esto es, á tanto por arroba de aceite ó por quintal de fierro, sino ayuntadamente á la vista, no pesándolas ni midiéndolas, como si uno vendiera de un golpe todo el vino de una bodega ó aceite de algun almacen. En este caso, el provecho ó daño sería, como he dicho, del comprador, *ley* 25.

Pero si la venta de aquellas cosas que se suelen gustar antes de comprarlas y que se venden por peso ó medida no fuese hecha ayuntadamente y como á cuerpo cierto, sino á tanto por peso ó medida, perdiéndose ó empeorándose las mismas cosas antes de ser gustadas, pesadas ó medidas, sería el peligro del vendedor, y no del comprador, aunque ambos se hubiesen convenido ya en el precio. Luego diré de cuya cuenta es el aumento ó baja de este. Mas si sucediese el daño despues de ajustadas, pesadas ó medidas, ya sería del comprador. Hay con todo dos casos en que tambien pertenece á este, aun sucediendo antes de pesarlas ó medirlas, 1.° Si habiendo señalado los contrayentes dia en que se gustasen, pesasen ó midiesen, no acudiese en él el comprador y despues se perdiesen ó menoscabasen. 2.° Cuando, aunque no haya dia señalado, requiere el vendedor delante de testigos á aquel que acuda á gustar, pesar ó medir lo vendido, y no lo hiciese, y de allí adelante sucediere el daño, *ley* 24, *d. tit.* 5, la cual añade con este motivo dos cosas dignas de notarse. 1.ª Que no acudiendo el comprador asi requerido, pueda el vendedor vender la cosa á otro, y el menoscabo que tuviere en esta venta recobrarlo del comprador que por ser moroso tuvo la culpa. 2.ª Le da facultad de alquilar otros vasos ó cubas á costa tambien de este, si necesitase aquellos en que se halla el vino vendido, y que, si por ventura no halláre vasos que alquilar, y los hubiere menester para poner otro fruto sin tener donde meterle, pueda echar en la calle ó camino lo que tenia vendido, pesándolo ó midiéndolo antes.

Con respecto al aumento ó baja del precio, parece con

arreglo á la misma *ley* 24, *Vers. Mas si*, que debe distinguirse entre las cosas que al mismo tiempo que se venden por peso ó medida, suelen gustarse al comprarse, como vino, aceite, &c., y las que se miden ó pesan, pero sin gustarse, cuales son, oro, plata, cibera, esto es, trigo ú otras semejantes. De estas dice la ley que, si conservándose la cosa sucediese que el precio de las de su clase abaratase ó se encareciese, la mejoría ó menoscabo que por esta razon habría, sería del comprador solamente; quiere decir, que pagará el precio convenido tan solo, tanto que subiese como que bajase, segun la esplican Gregorio Lopez, *glos.* 11, y Hermosilla, *glos.* 4, *núm.* 7, recomendando mucho esta doctrina, y diciendo ambos en su conformidad, que estas ventas no se entienden perfectas en cuanto al peligro de la cosa; pero sí al aumento ó baja del precio. No habla la ley de las cosas de la primera clase, esto es, que al paso que se pesan ó miden, se gustan tambien; pero juzgo indudable que esta doctrina no tiene lugar en ellas, atendidas las palabras esceptivas de *d. Vers. Mas*; y que por consiguiente el aumento ó baja de precio es de cuenta del vendedor en los mismos términos que hemos dicho del provecho ó daño.

En las ventas que se hacen bajo condicion, si la cosa vendida se empeorase ó mejorase antes de cumplirse la condicion, pertenece al comprador el daño ó perjuicio. Pero si se perdiese ó destruyese toda por cualquiera manera que fuese, el daño sería del vendedor, *ley* 26, *d. tit.* 5. La razon de la diferencia consiste en que la retrotraccion de la condicion, que es la que daña al comprador en el primer caso, no puede tener cabida en el segundo, por faltar el objeto en que debia obrar.

Núm. 9. *De la eviccion, y contratos en que tiene lugar.* En el *núm.* 7 dije, que el vendedor queda sujeto á la eviccion ó saneamiento: y por esta entendemos la obligacion que le afecta de hacer sana ó segura la cosa al comprador, caso de que llegue á sacársele en juicio, por pertenecer á otro. Veamos los efectos de esta obligacion. Cuando uno vende á otro una cosa agena, puede su dueño demandarla al mismo comprador, porque es visto que podemos perseguir nuestras cosas

de cualquiera que las posea, ó detente. Luego que á aquel le movieren pleito, ó lo mas tarde antes de la publicacion de probanzas, debe hacérselo saber al vendedor, *ley* 32, *d. tit.* 5, *P.* 5. Si este asi emplazado saliese á defenderle y responder á la demanda como si tuviese la cosa, debe el dueño pleitear con él, dejando en paz al comprador; siguiéndose por el contrario el juicio con este, no queriendo asomar aquel, *ley* 33, *d. tit.* 5. Ya siga el pleito el vendedor, ya el comprador, si se pierde, y á este se le manda dejar la cosa, está aquel obligado á volverle el precio que recibió por ella, con todos los daños y menoscabos que le vinieron por esta razon: y si por ventura, cuando se vendió la cosa, se obligó el vendedor á la pena del doble si no defendia al comprador, tendrá que pagarle el doble, no del precio que recibió, sino el de la cosa vendida, aunque valiese mas, *d. leyes* 32 *y* 33.

Puede ocurrirse la duda de si los gastos del pleito deben ser de cuenta del vendedor ó del comprador de la cosa litigiosa, cuando este gana el pleito, pues cuando lo pierde, ya dice la *ley* 32, que no solo debe el primero volverle el precio, sino los daños y perjuicios. Antonio Gomez, *Var. resol.*, *cap.* 2, *núm.* 20, dice, que deben abonársele al comprador, aun saliendo el pleito á su favor. Pero esta opinion en lo general me parece aventurada; porque ¿qué razon hay que dicte deba el vendedor ser responsable de los gastos á que en muchos casos puede dar lugar el capricho, la enemistad, ó la mala fé? Hay mas: dáse mucha paridad entre este caso y el propuesto por la *ley* 36, que luego veremos, de no tener derecho á la eviccion el comprador cuando la injusticia del juez le priva de la cosa. Cargarán pues á todo lo mas los gastos sobre el vendedor, ganándose el pleito, cuando algun vicio de la cosa ocasionó la accion, ó cuando se obligó á pagarlas en cualquiera evento, lo que debe pactarse en todas las escrituras. Febrero, 1.ª *part.*, *cap.* 7, §. 1, *núm.* 41. En las ventas mercantiles, dispone el *art.* 380 *del Código de Comercio*, que el vendedor, siendo citado para el pleito que se mueva sobre lo vendido, está obligado á sanear la venta, defendiendo á su costa su legitimidad.

Aunque la compra y venta es el contrato, en que con

mucha mas frecuencia ocurre el haber de recurrir á la eviccion, tiene tambien lugar en los contratos onerosos, cuando al que recibió alguna cosa se le quita ó embaraza su uso por otro; en cuyo caso podrá aquel recurrir contra el que se la dió para que se la sanee. Le tendrá, por consiguiente, en los arrendamientos, Guzman, *de eviction.*, *quæst.* 24, *núm.* 2: en las permutas, *ley* 4, *tit.* 6, *P.* 5: en la dacion en pago de deuda, Gomez, *var. núm.* 33, y Guzman, *quæst.* 28, *número* 10: y en los juicios divisorios, Gomez, *d. núm.* 33, Guzman, *quæst.* 33, *núm.* 6. En las divisiones de herencias previene la *ley* 9, *tit.* 15, *P.* 6, que si se hacen ante el juez mande este despues que fuese hecha que las partes se afiancen mútuamente la eviccion. Pero que si el mismo padre ó testador hiciere en vida la division, no tenga esta lugar, lo que limita Gregorio Lopez, *glos.* 2, segun ya dije, *núm.* 5, §. 2, *tit.* 8, en el caso en que constáre que el testador quiso la igualdad entre sus herederos. Y con mayoría de razon ha de limitarse en el caso que negándose la eviccion quedase el hijo perjudicado en su legítima.

En las transacciones ó concordias tendrá lugar la eviccion, si á uno de los transigentes se le dió para que transigiera alguna cosa no litigiosa ó no comprendida en la transaccion, y se le quitase en juicio; pero no si la cosa quitada era una de aquellas que eran objeto de la transaccion, Gomez, *d. cap.* 2, *núm.* 38. En la dote tendrá cabida si empezó por promesa que obligó al promitente, ó si el dotante fué el padre, que tiene obligacion de dotar; Guzman, *quæst.* 26, Gomez, *d. cap.* 2, *núm.* 37.

Al que tiene la cosa por título lucrativo no le compete por lo regular la eviccion; pero sí alguna vez. Por ejemplo, la tiene el legatario á quien se legó una cosa en general, y se le quitó la que el heredero le habia dado; quien entonces deberá darle otra, Guzman, *quæst.* 27, *núm.* 3.°, y lo mismo sucederá siempre que el que adquirió la cosa por título lucrativo, tiene derecho á pedirla de nuevo, ó su equivalente.

Núm. 10. *Casos en que cesa la obligacion de la eviccion.* No está sujeto el vendedor á esta en los casos siguientes: 1.° Si tardó tanto el comprador en denunciarle el pleito, que no

lo hizo antes de la publicacion de probanzas, segun lo advertí ya en el *núm. antec.* 2.° El que compró la cosa agena á sabiendas, y persuadido de que lo era, no tiene derecho á pedirla, *ley* 13, *d. tit.* 5, *P.* 5. 3.° Vendiendo alguno todo el derecho que tenia á los bienes que heredó de otro, si el comprador fuere vencido en juicio en razon de alguna cosa de dichos bienes, no puede reconvenir al verdadero por la eviccion. Lo contrario sería si le venciesen por toda la herencia, *ley* 34, *d. tit.* 5, *P.* 5. 4.° Si compráre alguno todas las rentas de alguna heredad ú otra generalidad, tendrá derecho á que la sanee el vendedor de todos los daños si le vencieren en todas las rentas ó la mayor parte de ellas; mas no si lo fuese solo en alguna cosa señalada, *d. ley* 34. Si la cosa vendida fuese nave, casa, cabaña de ganado, ú otra semejante, y el comprador fuese vencido en alguna cosa señalada de ellas, debe el vendedor hacérsela sana, como si le vencieren por toda la cosa principal, *ley* 35, *d. tit.* 5.° No puede pedir la eviccion el comprador si metiere la cosa en manos de avenidores ó compromisarios sin mandato del vendedor, y estos diesen la sentencia contra él, *ley* 36, *d. tit.* 5. Gregorio Lopez, en su *glos.* 3, y Hermosilla *en su adicion*, opinan, que esto no debe tener lugar en el caso que se hubiese dicho en la escritura de venta que habia de estar tenido á aquella el vendedor, de cualquiera manera que se quitase la cosa al comprador. 6.° Si este perdió por su culpa la tenencia de la cosa que le fué vendida. 7.° Dejándola como desamparada, ó perdiéndola. 8.° Si fuese rebelde el comprador en el tiempo que quisieren dar sentencia, no queriendo parecer para oirla, y por esta rebeldía perdiese la cosa. 9.° Si cuando pidieron en juicio la cosa, la poseia ya tanto tiempo que la podia retener en derecho oponiendo esta defensa, y no lo hizo. Estiende Gregorio Lopez, *glos.* 7 *de d. ley* 36, á que no pueda recobrar por la misma razon del vendedor las espensas y mejoras que hubiese hecho en la cosa el comprador, si al restituir esta no las reclamó ó protestó. 10.° Si dieron sentencia no estando delante el vendedor, y no apeló el comprador. 11.° No hay obligacion de sanear lo que se gane en el juego; lo que limitan los citados autores al caso en que estos son prohibidos.

12.° Si el juez diere sentencia injusta á sabiendas contra el comprador; porque entonces aquel es quien debe sanearla, y no el vendedor que solo está tenido, cuando se la quitan segun derecho. Los mismos autores juzgan que lo mismo debe decirse si la sentencia del juez fué injusta por su ignorancia, y lo prueba bien Lopez con la *ley* 24, *tit.* 22, *P.* 3. Los casos últimamente espresados constan *de d. ley* 36, *tit.* 5, *P.* 5.

Núm. 11. *De los vicios de la cosa que se vende; y de las acciones redibitoria y quanti minoris.* La buena fé que debe presidir á todos los contratos, y por consiguiente al de venta, impone al vendedor la obligacion de manifestar los vicios ó defectos de la cosa que vende. Si asi no lo hiciere, conceden nuestras leyes al comprador dos acciones, que los romanos distinguian con los dos nombres espresados. Para esplicarlas, es indispensable presentar la diferencia que en aquellas se lee segun son las cosas; y no hablar con la generalidad que lo hace el Sr. Sala, *núm.* 33, *tit.* 10. La *ley* 65, *d. tit.* 5, ordena, que si vende uno á otro caballo, mula, ú otra bestia, sabiendo que tiene algun defecto, y no lo descubre, puede el comprador, luego que supiere la tacha, hasta seis meses, tomársela al vendedor, recobrando del mismo el precio que hubiese heredado por ella, usando de la *accion redibitoria*: y que si dejáre pasar los seis meses, queda válida la venta; pero hasta cumplir un año puede hacer uso de otra accion, *la quanti minoris*, para que el vendedor le restituya tanta parte del precio, cuanta se hallase que valia menos la cosa por razon del vicio ocultado. Estos plazos de seis meses y un año se empiezan á contar, segun *la misma ley*, desde el dia en que se hizo la venta: bien que Gregorio Lopez, en *su glos.* 11, limita esto al caso, en que en dicho dia tuviese el comprador noticia de él, y no sin razon, si se atienden las palabras del *principio de d. ley. Luego que el comprador lo entendiere, fasta seis meses.* La *ley* 63 *de d. tit.* 5, dispone simplemente, que si uno vende casa ó torre que debe servidumbre ó pension, callando esta carga, puede el comprador desfacer la venta, y está obligado el vendedor á volverle el precio con los daños y menoscabos, sin mas diferencia de acciones, ni de términos de seis meses ó un año: y lo mismo dice de la venta

de campo ó prado que cria malas yerbas y dañosas, con sola la diferencia de que el vendedor de este, si no lo sabia, solo está tenido á restituir el precio y no los menoscabos.

De esta breve esposicion aparece, que segun nuestras leyes, las acciones *redibitoria y quanti minoris*, solo tienen lugar en la venta de bestias que tienen vicio; y que si este afecta á casas ó prados, ó para hablar con la generalidad que sin duda quiso dar á entender la ley, á cosas raices, compete al comprador la accion ordinaria de nulidad. ¿Y qué tiempo durará esta? La ley no lo determina; y por lo mismo podrá usarse en el mismo que otra cualquiera accion ordinaria. Gregorio Lopez, en la *glos.* 4 *de d. ley* 63; dice, que segun ella puede el comprador elegir la *accion redibitoria ó la quanti minoris*; y efectivamente, el término *pueda desfacer la venta*, de que usa, parece indicar queda á su eleccion.

Nótese que en las ventas de bestias la *ley* 65 no espresa que el vendedor indemnice los daños y perjuicios, aunque sepa el vicio, como vimos lo hace *la* 63; pero que Hermosilla, comentándola, quiere que siendo sabedor del defecto, esté obligado á pagar al comprador cuanto interesáre; cuya opinion es equitativa, y puede salvarse diciendo habló la ley menos de lo que quiso, no espresando daños y menoscabos. La misma *ley* 63 parece exigir, para que se den las acciones, que el vendedor sepa la enfermedad ó tacha de la bestia, en aquellas palabras, *Si lo sabe el vendedor;* pero Gregorio Lopez y Hermosilla juzgan ser lo mismo si lo ignoráre, de suerte que es como por ejemplo lo que dice la ley. Es esto conforme á una ley romana que lo funda bien.

No competen al comprador las acciones de que acabo de hablar en los casos siguientes. 1.° Si al tiempo de vender la cosa manifestára el vendedor al comprador el vicio que tenia, de modo que siendo este sabedor le placiese la compra, y recibiese la cosa dando el precio. Téngase empero presente que cuando el vendedor dice generalmente que la bestia tiene tachas, y encubre las que verdaderamente tiene, callándolas ó diciéndolas envueltas con otras engañosamente, de modo que el comprador no pudiese enterarse, estaria obligado á las dos acciones espresadas, *ley* 66, *d. tit.* 5. 2.° Si ambos se aviniesen

en el precio, y la venta fuese hecha en términos que por tachas que tuviese la bestia no la pudiese desechar el comprador, *d. ley* 66; en cuya *glos.* 2 dice Gregorio Lopez, que esta doctrina debe entenderse en el caso que el vendedor ignorase que la bestia tenia vicio, tomando argumento de las leyes romanas, á las que tenia tan estraordinario afecto, como manifiestan todas sus glosas. 3.° Si el vicio está patente á la vista, que puede conocerlo el comprador con facilidad. No se halla en nuestras leyes decidido este caso, que presenta en la *glos.* 1 *de d. ley* 66 *Gregorio Lopez*, fundado en leyes romanas, que dan la buena y convincente razon de darse las acciones para precaver que sea engañado el comprador; y entonces él mismo se engaña.

En las ventas mercantiles parece que, segun el *art.* 371 *del Cód. de Com.*, se da solo la accion *quanti minoris*, y no la *redibitoria*, cuanto á los vicios internos de las cosas. Con respecto á los esternos y visibles estése á lo prescrito en el *art.* 370, que dejo de copiar por ser bastante largo, y poder verse alli con facilidad.

Debo decir en conclusion de esto, y téngase presente, que cuando las ventas se anulan por alguna de las acciones espuestas, aunque el comprador la tuviese empeñada á alguien, debe este volverla al primitivo dueño, *ley* 66, *d. tit.* 5.

Núm. 12. *Del pacto de la ley Comisoria; de adicion en dia; y del Comisorio.* Cualquiera pacto que se ponga en las ventas debe guardarse y cumplirse, como no sea contra las leyes, y contra las buenas costumbres, *ley* 28, *d. tit.* 5, *P.* 5. El que llaman de *la ley Comisoria*, y el llamado de *adicion en el dia*, son los mas famosos de los que suelen ponerse. El primero consiste en la convencion de los contrayentes, de que, si el comprador no paga la cosa dentro de cierto dia señalado, se deshaga la venta. Este pacto es válido; y en su virtud, si el comprador no paga todo el precio ó su mayor parte el dia señalado, tiene el vendedor la eleccion de pedir todo el precio y que valga la venta, ó de anular esta; cuya eleccion hecha no puede arrepentirse. Eligiendo el vendedor la nulidad de la venta, puede retener para sí la señal ó la parte del precio que hubiese recibido, y entonces tampoco el compra-

dor está obligado á restituirle los frutos que percibiese de la cosa; pero tendrá que dárselos al vendedor siempre que este le restituya la señal ó parte de precio que tuviese en su poder. Adviértase que cuando se le vuelven los frutos, debe satisfacer al comprador los gastos de cogerlos: y que son de cuenta de este los empeoramientos de la cosa, si por su culpa sufrió alguno mientras la tuvo, segun consta todo de *d. ley* 38.

El otro pacto de adicion en dia es una convencion de los contrayentes de que, si hasta cierto dia hallare el vendedor quien le diese mas por la cosa vendida, la pueda vender á este. Hecha la venta de esta manera, si el vendedor hallase dentro del término señalado quien le diese mayor precio ó le mostrase otra mejoría, que la que el otro le prometió dar en la compra, debe manifestar á este cuanta es la mejoría que el otro le promete: si el primer comprador ofreciese tambien la misma mejoría, tiene derecho á quedarse con la cosa pagando el precio con ella; y si no la aceptáre, no vale la venta, y está obligado el primer comprador á tornar la cosa con los frutos que recibió, sacando las espensas que hizo en cogerlos, *ley* 40, *d. tit.* 5, *P.* 5.

Su anterior la *ley* 39 dice es válido el pacto de que las mejoras ó pérdidas que sucedan en la cosa vendida sean de cuenta del vendedor mientras no la entrega, segun ya dije, *núm.* 8, *al principio*. Del pacto tan frecuente de retroventa hablaré *tit. sig.*, *núm.* 10.

Empeñando un hombre á otro alguna cosa con pacto que si no la redimiese en cierto dia fuese y se entendiese comprada por el mismo acreedor, valdrá el pacto pagando este sobre aquello que habia dado cuando la tomó á peños cuanto á juicio de hombres buenos podia valer la cosa pasado dicho dia, *ley* 41, *d. tit.* 5. Lo contrario sería si el pacto fuese de que pasado el dia sin redimirse la cosa quedase en el dominio del acreedor por solo aquello que dió cuando la recibió á peños, y hé aquí el pacto reprobado que suele llamarse *comisorio*. Da por razon *d. ley* 41 de no valer este, el que si valiera no querrian los que prestan dineros á otros sobre peños hacerlo de otra manera, y los que los piden apurados de su pobreza consentirian en el pacto, aunque conociesen ser en daño suyo.

Núm. 13. *Resúmen de todo este título.* En su *núm.* 1 vimos, qué cosa sea compra y venta; cuáles son mercantiles; y cuán estrecha es la obligacion que producen: en el 2, que este contrato se perfecciona por solo consentir en entregar á otro una cosa por cierto precio consistente en dinero; que no es necesario se haga escritura á no ser que se pacte así; ni que medien arras; y de quién son estas efectuándose ó no el contrato: en el 3, que el precio consistente en dinero ha de ser cierto, pero que esta certeza no es necesario sea enteramente absoluta; por consiguiente que, aunque no puede ponerse su señalamiento en el arbitrio de uno de los contrayentes, puede sí en el de otra persona, siendo nula la venta, si no le señala, ó pudiendo reducirse á lo justo, haciéndolo desproporcionadamente; que vale el contrato cuando el comprador está por el precio mayor, y el vendedor por el menor, mas no al contrario; que entre él y la cosa debe haber una justa igualdad, pero no rigurosa; y que no debe mediar en él dolo, error, ni miedo: en el 4, quiénes pueden ó no comprar: en el 5, qué cosas pueden venderse, cuáles no; que hoy es enteramente libre el comercio de granos, y todos los productos de la industria; y que no puede obligarse á nadie á vender sus cosas, sino en los casos espresados: por el *núm.* 6 sabemos, que es válida la venta de cosas que se esperan, bien que no teniendo efecto no esta el comprador obligado á dar el precio, á no ser que hubiese comprado solo la esperanza; que no lo es la de herencia que se espera de persona determinada; que gana la cosa vendida á dos el que primero toma su posesion; y que puede cualquiera comprar con dinero ageno: por el 7, que el comprador tiene obligado al vendedor á que le dé la cosa vendida, comprendiendo con ella las otras que la componen; y qué aplicacion tiene esto en varios casos: por el 8, á quién pertenecen los aumentos ó pérdidas de la cosa vendida, ya sea de los que no se miden ó pesan, ya de los que sí, tanto que se vendan como á cuerpo cierto, ya por peso ó medida, ya simplemente ó bajo condicion; y qué diferencia hace la ley entre las cosas que suelen gustarse al comprarse, y las que no, con respecto á la subida ó baja de precio: por el 9, qué sea eviccion, y varios particulares que envuelve; y en

qué contratos tiene lugar ademas de la venta: en el 10, los casos en que cesa: en el 11 vimos, que el vendedor debe manifestar los vicios de lo que vende; cuando tienen ó no lugar las acciones redibitoria, y *quanti minoris*, ya sea respecto de bestias, ó cosas raices; si el vendedor debe pagar daños ó perjuicios siempre que supiese del vicio de la cosa; y en qué casos no las concede la ley: y por último, en el *núm.* 12, queda esplicado lo que hay que observar sobre los pactos llamados de la ley comisoria, de adicion en el dia, y comisorio, con algun otro que suele interponerse en las ventas.

TÍTULO XII.

DE LOS RETRACTOS Y ALCABALAS.

§. I.

Retractos.

Tit. 13, lib. 10, Nov. Rec.

Núm. 1. *Qué sea retracto en general, y sus especies: y definicion del de abolengo, y razon de su introduccion.* El asunto de este título, como perteneciente á compras y ventas, podia muy bien haberse incluido en el antecedente, pero por la grande estension de este, y por las muchas y útiles cuestiones que se ofrecen con frecuencia en los tribunales sobre retractos, me pareció mas conveniente tratar de estos en título separado.

Retracto en general, es *Redencion ó nueva compra de la cosa que se habia vendido, por el mismo precio que se vendió, hecha por alguno á quien esto se ha concedido por ley, costumbre, ó pacto.*

Sus especies son: *el gentilicio ó de sangre; el de los comuneros; el del dueño superficiario, ó del que tiene el dominio útil, y el convencional ó de retroventa.* Pero el mas famoso y frecuente en nuestra España, es el primero que sue-

le tambien llamarse *legítimo*, y con mas frecuencia *de abolengo*, á causa de concederle la ley por razon de la sangre ó parentesco. Su orígen es antiquísimo y muy recomendable; pues ya estuvo en observancia en la ley de Moisés, como se lee en el *Levítico*, *cap.* 25, *vers.* 25. *Si atenuatus frater tuus vendiderit possessiunculam suam, et voluerit propinquus ejus potest redimere quod ille vendiderat.* Los romanos le recibieron tambien, aunque despues le reprobaron como todos los otros retractos, segun puede verse en la brevísima historia que de ello pone el Sr. Sala, en el apéndice de *retractibus* de sus *instit. Romano-Hisp.*

Puede definirse el retracto de abolengo, el *Derecho que compete á los mas próximos parientes del vendedor, constituidos dentro del cuarto grado, para redimir los bienes raices de sus abuelos ó padres, ofreciendo al comprador el mismo precio porque él los habia comprado.* La razon de su introduccion es la atencion que se merece la grande aficion que todos tenemos á las posesiones de nuestros pasados, de la cual refiere considerables testimonios Manuel Gonzalez, *capitulo* 8, *extra de integ. restitut.*, y se encuentran no pocos en nuestras leyes.

Núm. 2. *A quiénes compete este retracto.* En la definicion que dí de él, está cifrada la regla, que debe tenerse presente para conocer á qué personas se concede este beneficio, deducida de la *ley* 1, *tit.* 13, *lib.* 10, *Nov. Rec.* Segun ella diremos, que cuando uno vendió á estraños las posesiones de sus abuelos ó padres, tienen derecho á retraerla sus parientes dentro del cuarto grado, prefiriéndose el mas próximo al mas remoto. Sobre esta proposicion, que es de la ley, suscítanse varias dudas importantes que iré esponiendo por su órden.

Antiguamente en el derecho de retraer no tenia lugar lo que los romanos llamaban edicto sucesorio; quiere decir, no queriendo retraer el pariente mas próximo, quedaba salva la venta, sin pasar el derecho al grado siguiente, á no ser que el mas próximo estuviese ausente del lugar del contrato, como lo dispuso una ley del *Fuero Real*, transcrita en *d. ley* 1, *tit.* 13. Pero despues se corrigió esto por *la* 7, *d. ti-*

tulo 13, (73 de Toro), que ordena, que no queriendo, ó no pudiendo retraer el pariente mas cercano, lo pueda hacer el siguiente en grado hasta el cuarto.

La proximidad del parentesco, por la que se concede el derecho de retraer, se ha de considerar con respecto al vendedor, segun parece indicar claramente la *ley* 2, *d. tit.* 13, en aquellas palabras: *Otro pariente propincuo del vendedor*, y en ordenar que si el hijo y el hermano del vendedor disputan, para retraer una cosa, que ya fué del padre de este, debe ser preferido el hijo. De aqui es, que aunque la ley llame en general al pariente mas próximo, no hemos de inferir quiso escluir la representacion. Molina, *de His. primog., lib.* 3, *cap.* 8, *núm.* 11; del mismo modo que en las sucesiones, al paso que se conceden tambien á los mas próximos, no está escluida, y tiene lugar en la línea recta, *in infinitum*, segun suele decirse, y en la transversal hasta los hijos de los hermanos inclusive, como dije en el *tit.* 7, *números* 1 *y* 4. Esta misma doctrina debe admitirse aqui, porque los derechos del retracto en admitir los parientes mas próximos, están conformes con los de las sucesiones intestadas, como lo advierte Acevedo, en *d. ley* 7, *núm.* 4, Hermosilla, en la *ley* 55, *tit.* 5, *P.* 5, *glos.* 8, *núm.* 58, y otros. Dije en admitir los *parientes mas próximos*, porque en lo demas no lo están enteramente; pues los de estas llegan al grado décimo, y los de aquel al cuarto.

Si concurrieren á retraer dos ó mas parientes de igual grado, todos serán admitidos, y se partirán la cosa, *d. ley* 1, *tit.* 13, sino es que la cosa fuese indivisible; en cuyo caso habría lugar á la licitacion, y se la llevaría el que ofreció mas; Acevedo, en *d. ley* 1, *números* 50 *y* 51. El mismo prueba, *núm.* 46 *y siguientes*, que si uno solo acudiere á retraer, se la llevará toda, aunque sea divisible, sin que se le precise á requerir á los otros si la quieren tambien, ni dar en su razon fiador alguno; pero que, si los demas vinieren despues del retracto dentro del término legítimo de nueve dias, deben ser admitidos, y sacar cada uno su parte al que retrajo.

El doble vínculo de parentesco no dá prelacion entre los que están en igual grado, como se vé evidentemente en el

siguiente ejemplo. Pedro me tiene á mí hermano de ambos lados de padre y madre, y á Juan que solo lo es de parte de padre; y habiendo vendido una cosa, que heredára de nuestro comun padre, concurrimos Juan y yo á retraerla: en este caso yo no tendría preferencia alguna; sino que la cosa debería dividirse entre los dos. Hace pensar asi la razon inductiva del retracto, manifestada arriba, *núm. ant.*, que concurre con igualdad entre nosotros dos, como lo observará cualquiera que lo considere. Hermosilla, en *d. glos.* 8, *núm.* 58, y Matienzo, en *d. ley* 1, *glos.* 4, *núm.* 3, con otros defienden lo contrario, fundados en que los derechos de retraer se gobiernan por los de sucesion intestada; pero, como ya dije, esto no es exacto en todos los casos; y en el presente menos, por mediar muy diversa razon y consideracion de uno á otro. En la sucesion intestada de Pedro, sería yo preferido á Juan, porque sus bienes se considerarían como que eran de él, sin respeto alguno de si venian ó no de su padre; y de él soy yo mas estrechamente pariente, por serlo de ambos lados. Mas en el derecho de retraer, se consideran como que le vinieron de su padre; y este, tanto era padre de Juan, como mio. La *ley* 13, *tit.* 10, *lib.* 3, *Fuero Real*, parece contraria á esto, y que da prelacion al pariente de doble vínculo en aquellas palabras: *Y si dos ó mas la quisieren*, que son en igual grado de parentesco, *háyala el mas propincuo*; pero debe entenderse corregida por la *ley* 1, *d. tit.* 13; pues habiendo sido transcrita en ella fueron variadas sus palabras por las siguientes: *Y si dos ó mas la quisieren, si son en igual grado de parentesco, pártanla entre sí; y si no fueren en igual grado, háyala el mas propincuo.* ¿Quién no vé que por estas palabras solo se concede prelacion al que es mas próximo en el grado?

Llevo dicho repetidas veces, que el derecho de retracto llega y no pasa del cuarto grado inclusive; y ahora debo añadir que juzgan comunmente nuestros autores que en contarlos debe seguirse la computacion civil, porque la canónica solo se sigue en las causas de matrimonio. Acevedo, *d. ley* 1, *núm.* 6, Matienzo, *glos.* 5, *núm.* 7; aunque Parladorio en la *diferencia* 109, §. 3, *núm.* 14 *y siguientes*, defiende con

razones de mucho peso, dice el Sr. Sala, la contraria opinion.

Siendo la causa del retracto que la cosa no salga de la parentela, claro está que el que tiene este derecho no puede cederle á un estraño. Y téngase presente en conclusion, de las personas á quienes compete, que prueba bien Gomez, *ley* 73 *de Toro*, *números* 4, 5 *y* 6, que le gozan los hijos naturales, los desheredados, y los que hubieren renunciado á la sucesion de sus padres.

Núm. 3. *Contra quiénes se dá este retracto de abolengo.* Es indudable, como indiqué al principio del *núm. ant.*, que tiene lugar siempre que una cosa de abolengo se vende á una persona estraña. Antonio Gomez, en la *ley* 70, *con las* 5 *siguientes de Toro*, (que son la 9, 10, 11, 12, 13 *y* 14, *d. tit.* 13.) Hermosilla, *d. ley* 55, *glos.* 5. Matienzo, en *d. ley* 1, *tit.* 13, *glos.* 5, *núm.* 8 *y siguientes*, y otros juzgan que tambien compete este derecho á los parientes mas próximos del vendedor, cuando este vendió la cosa, no á un estraño, sino á un pariente mas remoto. Sus razones son convincentes; y se fundan en que la que dió motivo y orígen al retracto, concurre tanto mas de lleno, cuanto es mayor la proximidad del parentesco; y en que *d. ley* 1, *y otras*, prefieren manifiesta y espresamente los mas próximos parientes á los mas remotos si la cosa se vendió á un estraño; de consiguiente y por igual razon, deben ser preferidos cuando se vende á pariente mas remoto.

Los mismos autores añaden, que podrá un pariente retraer por la mitad la cosa vendida á otro de igual grado; pero esto tiene mayor dificultad, como lo conoció Acevedo, en *d. ley* 1, *núm.* 59, aunque no se atrevió á apartarse de su opinion. El Sr. Sala, *núm.* 3, respetando la autoridad de tan insignes intérpretes, tiene por mas probable la opinion contraria, fundándose en que la materia de los retractos no es favorable, sino odiosa, como citando á muchos lo confiesa el mismo Hermosilla, *en d. ley* 55, *glos.* 4, y por consiguiente no debe ampliarse, sino estrecharse: en que en esta sentencia no sale la cosa vendida de la parentela, ni se turba el órden del parentesco, de suerte que por cualquier lado que se mire, no dá lugar á justa queja; y en que es cosa sentada en derecho, que en caso de duda es mejor la condicion del que posee, y

mas cuando se disputa el lucro entre dos. Esta razon la comprueba claramente la *ley* 55, *tit.* 5, *P.* 3, cuando vendiendo uno á su comunero la parte suya, niega el resto á los otros, que le tendrían si la vendiese á un estraño. Véanse Hermosilla y Gregorio Lopez, *en d. ley*. Y adviértase que en nada es contraria esta sentencia á lo dicho, *núm. ant.*, de tener derecho dos parientes de igual grado á sacar parte de la cosa que otro retrajo de un estraño, pues son muy diversos los casos: y la razon de la diferencia consiste en que, vendiéndose la cosa á otro pariente de igual grado, no estuvo sujeta al retracto, y vendiéndose á estraño sí, y por consiguiente á ninguno se le puede quitar.

Compete el derecho de retracto contra los terceros poseedores, y por consiguiente la cosa patrimonial vendida á un estraño está sujeta á él, aunque haya pasado á muchas manos; porque la accion para retraer no es personal nativa, esto es, no nace del contrato considerado en sí solo sin la ayuda de la ley, sino dativa de la clase de aquellas que los romanos llamaron *in rem scriptas*, que nacen inmediatamente de la ley, é imitando á las reales, se dan contra cualquiera poseedor. Compete, pues, esta accion contra tercero poseedor, Gomez, *d. ley* 70, *núm. últ.*: Acevedo, *d. ley* 14, *núm.* 4, Matienzo, *en la misma glos.* 8, *núm.* 11 *y siguientes*, sin ser del caso que este posea por título oneroso ó lucrativo. Si fuese este oneroso, por haber comprado la cosa del primer comprador, deberá el pariente que retrae, darle el precio, no de su compra, sino el de la primera por que vendió la cosa el pariente, porque esta fué la que dió causa al retracto. Pero no se negará al segundo comprador la eviccion contra el primero de quien él la compró, aunque este no la tendrá contra el pariente que se la vendió; pues de este es claro no puede reclamar mas que el precio que le dió.

Téngase presente, en conclusion de este punto, que contra el comprador estraño compete el derecho de retracto al pariente mas próximo en tales términos, que aun cuando se halle presente al hacerse la venta y calle, no se entiende por eso que renuncia el derecho de retraer, como lo prueba Gomez, *d. ley* 73, *núm.* 20.

Núm. 4. *De la materia de este retracto.* Son materia del retracto de abolengo las cosas ó bienes raices que estuvieron sin salir de él en el patrimonio de los abuelos ó padres comunes del que las vende, y del que las retrae, *d. leyes* 1 *y* 3, *d. tit.* 13. Y no es menester lo hayan estado en el de los dos: basta en cualquiera de ellos; porque las leyes hablan disyuntivamente, *d. ley* 3 *y* 5, *d. tit.* 13, que dice: *Patrimonio ó abolengo.* Gomez, en *d. ley* 73 *de Toro*, *núm.* 3, en donde trata latamente la cuestion, resuelve bastará, como acabo de decir, que hayan estado en solo el del padre, si este las conservó hasta su muerte; pero cuando enagena durante su vida, las que adquirió con su propio trabajo é industria, no están sujetas al retracto, *d. ley* 3. Nótese que he dicho que solo las cosas raices ó inmuebles son materia de este; pues aunque la *ley* 4 *y siguientes*, *d. tit.* 13, usen de la palabra generalísima *cosa*, que comprende tanto las muebles como las inmuebles, *la* 1, á que se refieren las demas, usó de la palabra *heredad*, que segun el uso comun de hablar, no se acomoda á las muebles. Matienzo, en *d. ley* 1, *glos.* 1, *números* 1, 2, 3, Acevedo, en la *misma ley*, *números* 7, 8, 9, en donde pone en comprobacion *la ley* 230 *del Estilo*, que dice: *las heredades, y otras cosas raices*, y añade no caber duda en esto. Hay mas: la razon de afeccion en que estriba este retracto, no suele recaer sobre las cosas muebles; Acevedo, *lug. cit.*, Hermosilla, *d. ley* 55, *glos.* 4, *núm.* 7.

La *ley* 3, *d. tit.* 13, exige para que competa el retracto, que el vendedor hubiese heredado la cosa que vende de sus padres ó de sus parientes, escluyéndole cuando la hubiere comprado ó habido por trueque de donacion ó por otra manera. Pero meditada bien esta ley, y atendida la razon que ha introducido el retracto, parece indudable que debe entenderse esta esclusion de las adquisiciones por títulos singulares, cuando vienen estos de estraños y no de los ascendientes. Veamos un ejemplo para mayor claridad: vende Pedro un campo, que habia adquirido por venta ó donacion que le hizo Juan, persona estraña; no tiene Diego, hijo de aquel, derecho para retraerlo. Por lo contrario, lo tendrá, si dicho su padre Pedro le hubo porque su padre ó abuelo Francisco se

lo legó ó dió en donacion, en mejora ó dote. Asi lo siente Gomez, *en d. ley* 73, *núm.* 3; y lo convence la consideracion de que en este caso el campo ya era familiar, ó de parentela en la persona de Pedro, cuya cualidad no pudo alterar el título singular, con que lo adquirió, como dimanante de un ascendiente suyo; y mientras la conserva siempre está sujeta al retracto. El hacer la ley mencion de solo el título de herencia, es por ser el regular de conseguir los hijos los bienes de sus padres.

Esta misma razon, de que mientras conserva la cosa la cualidad de familia, puede siempre ser retraida, dió justo fundamento á Matienzo para decir en *d. ley* 1, *glos.* 8, *número* 10, que si un pariente retraia la cosa vendida á un estraño, quedaba esta sujeta al retracto, sin embargo de que el retrayente no le adquirió de pariente suyo por título de herencia, sino por el singular de venta, como subrogado en lugar del comprador estraño de quien la retrajo. Quiso Acevedo, *d. ley* 1, *núm.* 77, censurarle en esto; pero sin razon, movido solo por lo literal de *d. ley* 3.

En tanto son materia del retracto las cosas en cuanto no han llegado á salir del patrimonio ó descendencia del ascendiente del vendedor, y del que retrae; porque si han sido ya vendidas á un estraño, sin que pariente alguno haya querido ó podido retraerlas, se pueden vender libremente sin sujecion á retracto, aunque hayan vuelto despues al pariente que las vendió al estraño, á no ser que volviesen por causa de la venta, que él hizo, como por pacto de retroventa ó de la ley comisoria. Es la razon, porque toda vez que la cosa se hizo libre de enagenacion, asi permanece; y mudada la calidad de la persona, se muda la de la cosa. Asi lo prueba con muchas razones Gomez, *ley* 70 *de Toro*, *número* 24; Acevedo, *d. ley* 1, *núm.* 75; Matienzo, en *la misma ley* 1, *glos.* 8, y nadie lo duda. Y en los mismos sitios prueban Acevedo y Matienzo, que si la cosa volvió al pariente que la vendió al estraño, por causa de esta venta, hay lugar al retracto, como ya dije, porque vuelve á su pristina causa, sin considerarse haberse enagenado.

Núm. 5. *Qué contratos dan ocasion á este retracto, y*

del término dentro del cual debe interponerse. A este retracto de abolengo, es principio inconcuso que dá causa el contrato de compra y venta, y de él hablan todas las leyes que le conceden. El de permuta está espresamente escluido en *d. ley* 1, y por ello es libre cualquiera pariente de permutar una cosa suya patrimonial por otra, sin recelo á que la retraigan. Esto entiéndese, no habiendo fraude en ello; porque si apareciere que siendo el contrato propiamente compra, le apellidáren los contrayentes permuta, para impedir el retracto, no quedaría impedido; Acevedo, en *d. ley* 1, *núm.* 8, Matienzo, *glos.* 10, en que examina lata y doctamente muchos casos, en que pueda presumirse fraude. La dacion en pago de deuda dá lugar al retracto, por hacer las veces de venta, y porque de otra suerte se burlaría con mucha facilidad el retracto, con sola la mutacion de nombre; Gomez, *d. ley* 70, *número* 20, cuya sentencia admite con razon Acevedo y Matienzo, *en d. ley* 1, cuando segun es regular, se dá una especie por deuda que se debia en dinero; porque si se diera una especie por otra sería permutacion. En la dacion en dote, dice el Sr. Sala, que tendrá lugar el retracto, cuando lo fuere de bienes raices, que se dieron con estimacion que cause venta.

Viniendo al tiempo en que debe interponerse, nuestras leyes limitan el derecho de retraer al de nueve dias, los que pasados ya no tiene lugar, *leyes* 1, 2, 4, 6 *y* 7, *d. tit.* 13, *lib.* 10, *Nov. Rec.* Corren contra los menores, pupilos y ausentes, de modo que contra el lapso de estos nueve dias no se concede restitucion alguna, *ley* 2, *d. tit.* 13. Y aunque esta ley no habla de los ignorantes, debe entenderse tambien de ellos, por correr con mas facilidad contra ellos los tiempos de las prescripciones, que contra los menores y los pupilos, como se vé en la usucapion ó prescripcion ordinaria, que no teniendo lugar contra estos, corre contra los ignorantes, Matienzo, *d. ley* 2, *glos.* 12, *números* 18 *y* 19, Hermosilla, *d. ley* 55, *glos. números* 32 *y* 33. Este, citando á otros, esceptúa los casos en que por fraude ó culpa del vendedor ignoró la venta el pariente; como si salió del lugar de su domicilio para otorgar la venta; ó buscó escribano de otro pueblo, estuvo mucho tiempo oculta la venta, ó sucedió otra

cosa semejante, de que pueda aparecer ó presumirse fraude; porque entonces empiezan á correr los nueve dias desde aquel en que tuvo noticia el pariente; pues á ninguno debe patrocinar su fraude. Estos nueve dias en las ventas judiciales y que se hacen á pública subasta, en que tiene tambien lugar el retracto, cuéntanse desde el dia del remate, *d. ley* 4, *titulo* 13.

En cuanto á las demas ventas, agitan nuestros intérpretes dos cuestiones muy reñidas: la una, si se han de contar desde el dia de la convencion, ó desde el de la tradicion; y la otra, si se han de contar naturales ó de momento á momento. En la primera vencen en número los que defienden deber contarse desde el dia de la convencion; y son entre otros, Covarrubias, 3 *Var.*, *cap.* 11, *núm.* 2, Acevedo, *d. ley* 1, *núm.* 62, Matienzo, en *ella*, *glos.* 6, en donde examina latísimamente la cuestion, diciendo ser la mas verdadera y comun esta opinion, y mas recibida en la práctica; y Gutierrez, *lib.* 2, *quæst.* 152, añade, que debe estarse por ella en juzgar y aconsejar. Los argumentos que la apoyan son de mucha fuerza. 1.° Las palabras de *d. ley* 1. *Despues que fuere vendida la cosa, hasta nueve dias:* y las de *d. ley* 5. *Desde el dia que la vendida fuere fecha, hasta nueve dias;* pues, como es notorio, la cosa se dice vendida y la venta hecha desde la convencion, por ser este contrato consensual, que se perfecciona por solo el consentimiento de los contrayentes. 2.° El que en las ventas judiciales se cuentan desde el dia del remate, *d. ley* 4, el cual corresponde en las extrajudiciales á la convencion; porque el rematar el juez la subasta es suplir el consentimiento del vendedor, y no, entregar la cosa. 3.° Que este retracto, como hemos visto, *núm.* 3, no se reputa favorable, sino odioso, y por ello se le deben estrechar los límites.

Antonio Gomez defiende acérrimamente la opinion contraria en la *ley* 70 *de Toro*, *núm.* 16, confesando sin embargo estar la otra recibida en la práctica, y que vió sostenerla á la mayor parte de los doctores de Salamanca en cierto exámen. Sus razones se reducen á dos: 1.ª Que el fin de este retracto es que la cosa no salga de la parentela, lo que dura

hasta la tradicion; por la cual, y no por la convencion, pasa el dominio de la cosa al comprador. 2.ª Que de la contraria opinion se seguiría el inconveniente de que pudiendo ocultarse con facilidad la convencion, quedarían con frecuencia engañados los parientes, sin poder usar de su derecho por su ignorancia; pero ya vimos, que cuando se oculta fraudulentamente, corre el término desde el dia en que el pariente tiene noticia, y no antes; y que, no mediando tal fraude, por ignorar la venta, no deja de correr contra él.

En la segunda cuestion parece que ambas opiniones son igualmente probables, por poderse considerar de igual peso las razones en que se fundan las dos. Las de los que afirman deber contarse los nueve dias de momento á momento, son: 1.° Que los términos legales, cual es este, se cuentan regularmente de momento á momento; lo que debe observarse con doble razon en esta materia, de suyo odiosa; Gomez, *d. ley* 70, *núm.* 25, Acevedo, *d. ley* 1, *núm.* 62. 2.° Que hablando del término *d. ley* 1, no hace mencion del dia en que debe empezar, sino del tiempo, como se nota en las palabras puestas al principio de *este número*. La otra opinion tiene á su favor las *citadas leyes* 9 *y* 15, que dicen deberse contar desde el dia. El Sr. Sala, *núm.* 19, dice, que en su *apéndice de retractibus*, se inclinó un poco mas á la primera opinion; pero que no puede por menos de variarla, por considerar muy embarazoso su uso, á causa de haberse de retener en la memoria, ó notar por escrito la hora del otorgamiento de la convencion; lo que no es regular hacerse, ni es de creer lo quiso la ley. Adviértase en conclusion de este punto, que los dias de este término deben contarse incluyendo el primero y el postrero, como se puede ver en Gomez y Acevedo, *lugares citados.*

Núm. 6. *De las solemnidades, y modo con que debe hacerse este retracto.* Ademas de lo referido hasta aqui han de concurrir algunas circunstancias ó solemnidades para que tenga lugar el retracto. 1.ª Que el retrayente ha de pagar al comprador todo el precio por que este compró la cosa, con las espensas que haya hecho y los tributos y gabelas que haya satisfecho. 2.ª Que jure quiere para sí la cosa. 3.ª Que jure no

haber en ello fraude ni dolo alguno, *d. leyes* 1, 2 *y* 4, *titulo* 33. Cuyas solemnidades siendo de forma, como suele decirse, son tan necesarias, que faltando cualquiera de ellas, no hay retracto. Debe, pues, el pariente que lo intenta, buscar ante todo al comprador, y pagarle lo que hubiese gastado; y si este rehusase recibirlo, consignar ó depositar el precio delante de testigos, y si hay lugar, á presencia y con órden del juez, como lo prueba Acevedo, en *d. ley* 2, *núm.* 3 *y siguientes*. Hecho esto, tiene derecho el pariente que retrae á que se le entregue la cosa, como si hubiese pagado el precio, porque este depósito se reputa paga segun la *ley* 8, *tit.* 14, *P.* 5. *E dende en adelante es quito del debdo, é non ha el otro demanda ninguna.* La paga ó depósito del precio debe hacerla el pariente con tanto rigor y formalidad, que debe constar su real y verdadera numeracion, sin que baste que el depositario confiese haberle recibido; y tan por entero, que el faltar un maravedí lo viciaría, sino es que fuese por ignorancia ó error en el cálculo ó cuenta, que en este caso habrá lugar al suplemento. Si el pariente no supiese el precio, deberá ofrecer y depositar el que le pareciere serlo, dando fiadores de que pagará el esceso si le hay; Acevedo, *núm.* 14 *de d. ley* 4, Matienzo, *en su glos.* 4. Si la venta fuere al fiado, se admitirá al pariente, dando buenos fiadores, ante el juez, dentro de los dichos nueve dias, de que pagará el mismo precio que el comprador, y al tiempo en que este estaba obligado, *d. ley* 6, *tit.* 13.

Si muchas cosas paternas ó patrimoniales fuesen vendidas por un solo precio para todas, no le será permitido al pariente retraer una sin las otras, sino que deberá retraerlas todas ó ninguna; pero si á cada una se le señaló su precio, retraerá las que quisiere; *ley* 5, *d. tit.* 13; porque en el primer caso se considera una la venta, y en el segundo muchas. Acevedo, en *d. ley* 5, *núm.* 6, y Matienzo, en *d. ley* 1, tratando latamente de estas ventas, ponen dos limitaciones ó declaraciones del segundo caso. 1.ª Cuando constáre que el comprador no las hubiera comprado sino todas, y no unas sin las otras, porque entonces siempre se considera una sola venta; y porque de otra suerte quedaría perjudicado el compra-

dor. 2.ª Semejante á esta: si dos cosas fueren dadas por el pariente á un estraño, cada una por su precio, en pago de una deuda que le debia, por cuanto este, como dije *núm. ant.*, dá causa al retracto, y porque en este caso, sin embargo de la diversidad de precios, debe considerarse una sola la venta, puesto que tambien es una sola la deuda; y de lo contrario se precisaría al acreedor á cobrar por partes.

Si de dos cosas vendidas, solamente la una fuese patrimonial, podrá el pariente retraer esta, dejando la otra en poder del comprador, tasándose por peritos el valor de la patrimonial, para darlo al comprador. Acevedo, *lugar citado*, juzga deberse permitir á este ofrecer las dos, restituyéndosele todo el precio con el efecto, y que por esta oblacion estará obligado el retrayente á tomar las dos ó ninguna; Pedro Hermosilla, *d. ley* 55, *tit.* 5, *P.* 5, *glos.* 8, *núm.* 54, es de dictámen con mas probabilidad, que solo se le deberá precisar cuando el comprador no hubiera tomado la tierra libre sin la patrimonial, y añade, que asi respondió consultado sobre este caso, conforme á la respuesta dada en otro semejante entre los romanos, por el jurisconsulto Scevola.

Núm. 7. *Del beneficio de graciosa.* Nada nos dice el Señor Sala de este favor especial concedido á la miseria, sin duda por ser peculiar de la Audiencia de Galicia. Pero escribiendo yo entre los Gallegos no me pareció regular pasarle por alto. Consiste la *graciosa* en el derecho concedido á aquellos, á quienes se vendieron sus bienes en pública subasta, para volverse á ellos dentro de treinta años. Quieren algunos poner en duda si este derecho compete á estos solo cuando la venta fué nula; pero lo mas regular es que gozan del espresado beneficio, sea ó no valida la venta, porque á no ser asi, estábamos fuera del caso de llamarle peculiar de Galicia, pues contra las ventas nulas se da accion en todo el reino. No falta tampoco quien quiera llamarla injusta, y alegar por ello contra la *graciosa;* pero basta para acreditarla y autorizarla, ver la antigüedad, no interrumpida jamas, de tal costumbre, consignada en infinidad de casos, y consentida por nuestros reyes; y el suponerse las ventas hechas condicionalmente en su consideracion. De lo dicho se sigue, que no es necesario, para po-

der usar del tal derecho, que haya apelado del remate el sugeto, cuyos bienes se vendieron; pues ya vemos no se concede por nulidad que mediase, sino por conceder ese beneficio y amparo á la indigencia. Los frutos que la cosa produjo mientras la tuvo el comprador, es claro son suyos: y no lo es menos que deben abonársele las mejoras ó perfectos que en ella hubiese hecho. Véase todo esto tratado latamente en el Señor Hervella en su obra.

En la actualidad no falta quien sostenga no debe tener lugar la *graciosa*, atendido el *art.* 36 *del Reglamento Provisional*, *publicado en* 1835. Pero es necesario obcecarse mucho para no conocer que por él solo se manda se ventilen ante los respectivos jueces de primera instancia, los que antes se llamaban casos de corte, (tal era la graciosa); mas no quitar la materia ú objeto sobre que versaban.

Núm. 8. *Del retracto de cosas comunes.* Lo muy interesante que es, por su frecuente uso, el conocimiento de este retracto gentilicio ó de sangre, me ha hecho estender mas de lo que correspondia á un institutista. De los demas hablaré con mas brevedad. El que solemos llamar de los *comuneros*, como le llama la *ley* 9 *de d. tit.* 13, acontece, cuando siendo muchos los dueños de una misma cosa indivisa, ó segun acostumbra decirse, *pro indiviso*, uno de ellos vende su parte á otro que no es dueño, en cuyo caso compete este retracto á cualquiera de los que lo son. Si las partes están divididas, aunque sea muy leve la division, como por ejemplo la de un sulco en un campo, ya no tiene lugar, por no haber comunion en la cosa en que se funda. Solo lo tendrá, pues, cuando las partes se entienden divididas solamente por el entendimiento, como cuando decimos, yo tengo dos partes de aquel campo, tú dos, y el otro cuatro, sin haber señalamiento de ellas, como prueba bien Antonio Gomez, *ley* 70 *de Toro*, *núm.* 27.

Cuando la cosa está asi indivisa, sus dueños se llaman *comuneros*, y tambien les solemos decir *condueños*: y cualquiera de ellos, aunque lo fuera de una parte mínima, tiene derecho al retracto, como tambien lo prueba Gomez en *d. tit.* Si tuviese yo, pues, la centésima parte de una casa, y el otro condueño vendiese las 99, podria yo retraerlas. Y aun digo mas;

que no tiene prelacion alguna el que tuviere mayor porcion. Asi, pues, si en el ejemplo referido las 99 partes fueren de dos condueños, y uno de ellos vendiere las suyas, me competiria el retracto á prorata; y si yo fuese el comprador nada me podria quitar el otro condueño, Gregorio Lopez, *ley* 55, *tit.* 5, *P.* 5, *glos.* 5, Hermosilla, *en ella, núm.* 5, Matienzo, *ley* 8, *d. tit.* 13, *glos.* 3, *núm.* 10. Todos se fundan en una misma razon, á saber: que las *leyes* 55 *d.*, *y las* 8 *y* 9, *tit.* 13 (74 y 75 de Toro) solo prefieren los dueños á los estraños, nunca un condueño á otro. Véase lo que dije arriba, *núm.* 3. Segun esto, si al retracto concurrieren muchos condueños, cada uno llevará de la cosa vendida su porcion con relacion á la parte que tiene propia; y si uno solo, la llevará toda: Matienzo, *en d. glos.* 3, *núm.* 8, Acevedo, *ley* 1, *d. tit.* 11, *núm.* 54, Gregorio Lopez, *glosa* 8.

Aunque el retracto de sangre solo tiene lugar en las cosas inmuebles, segun hemos visto, con todo, juzgan comunmente nuestros intérpretes que este que compete á los comuneros, y suele llamarse de comunion, le tiene tambien en las muebles, Matienzo, en *d. ley* 8, *glos.* 3, *núm.* 3, Hermosilla, *d. ley* 55, *glos.* 4, *núm.* 7, Gregorio Lopez, en *la misma ley* 55, *glos.* 1. Sus argumentos son: 1.° Porque *dicha ley* 55, que es la maestra ó primer fundamento de este retracto, usó de la palabra *cosa*, que comprende no menos á las muebles que á las inmuebles. 2.° Porque la equidad, que introdujo este retracto, prefiriendo el comunero al estraño, igualmente se acomoda á las cosas muebles que á las inmuebles. 3.° Por ser este retracto favorable, y por ello debe entenderse anchamente, á causa que se dirige á que cese la comunion, que suele producir discordias ó desacuerdos, *ley* 1, *tit.* 15, *P.* 6; y no es fácil pueda cesar de otra manera siendo muchas de las cosas muebles indivisibles.

Sin embargo de estos argumentos, forzoso es confesar, que no es despreciable la opinion contraria, por tener á su favor razones de bastante peso, cuales son: 1.ª Que la *ley* 9, *d. tit.* 13, usa de la palabra *heredad; si alguno vendiere*, dice, *la parte de alguna heredad;* cuya espresion fué uno de los argumentos con que he probado, *núm.* 4, que el retracto de sangre so-

lo tiene lugar en las cosas raices. 2.ª Que la misma *ley* 14 quiere se observe lo mismo en este retracto que en el de sangre. Pero á pesar de la fuerza de estas razones, el Señor Sala, *núm.* 24, sigue la primera sentencia con Gregorio Lopez, que en vista de todo pensó asi en *d. glos.* 1, confesando no ser despreciables los argumentos contrarios. El ser este retracto favorable y de ancha interpretacion, mueve por otra parte á decir que en él la palabra heredad se pone por ejemplo, lo que no puede decirse del de sangre por ser odioso, y mas que dije, *núm.* 4. La comparacion que hace *d. ley* 9, solo debe entenderse en las diligencias y solemnidades.

Núm. 9. *Del retracto del dueño directo, y del superficiario; y de la prelacion entre los retractos.* Hay otros dos retractos legales, de que habla la *d. ley* 8, *tit.* 13, (74 de Toro), concedido el uno al dueño directo de una cosa, si se vende la superficie ó el dominio útil, como solemos decir; y el otro al dueño de este, si se vende el dominio directo. Nada dice *d. ley* 8, que es la única que hace mencion de estos retractos, del tiempo en què deben intentarse; pero Antonio Gomez, *d. ley*, *núm.* 31, Matienzo, *ley* 8, *glos.* 1, y Molina, *de justit. et jur.*, *disp.* 371, opinan que, si el dueño directo cobra ánua pension del superficiario, tendrá el término de dos meses, que concede la *ley* 29, *tit.* 8, *P.* 5, al señor de un enfiteusis, por ser semejante al enfiteuta el superficiario que paga ánua pension. Por el contrario de este, ó sea del dueño del dominio útil, convienen los mismos autores en decir, que debe interponer el retracto dentro del término regular de nueve dias; cuya opinion dice probó el Sr. Sala, en su *citado Apéndice*, *núm.* 30. Efectivamente, si se habla de personas, cuyo dominio directo *ó útil* no provenga del contrato de enfiteusis, parece la única sostenible; porque la *citada ley* 29 de Partida solo se refiere al señor de un enfiteusis; por consiguiente los dueños directos ó no directos de otras cosas no están comprendidos en su término, y no estándolo nada mas regular que el que lo estén en el ordinario de los retractos. Esceptué tambien, aunque la *ley* 29 no habla de él, al enfiteuta, dueño del dominio útil, por lo que diré, *núm.* 3, *tit. de Censos*, §. 1.

En la *misma ley* 8, *d. tit.* 13, se pone el órden que deba guardarse cuando concurren muchos que tienen derecho á retraer; estableciéndose que en primer lugar entren el dueño directo ó el superficiario, en segundo lugar el comunero, y últimamente el pariente.

Núm. 10. *Del retracto convencional; y efecto general de todos los retractos.* Solo falta, para concluir este tratado de retractos, examinar otro, que por venir de la voluntad y convencion de los contrayentes, se llama *convencional.* Sucede muchas veces que, no queriendo el vendedor desapropiarse para siempre de la cosa, la vende con el pacto, llamado comunmente de *retrovendendo*, esto es, que volviendo él al comprador el precio, que este le dió, se la haya de vender ó revender, restituyéndole de este modo su dominio. En el reino de Valencia, dice el Sr. Sala, *núm.* 26, que son frecuentísimas las ventas que se hacen con este pacto, y suelen llamarse *á carta de gracia*, por depender su duracion de la que hace el vendedor en no redimir la cosa que vendió. Y se lamenta de que no se hagan con aquella pureza que se hacian cuando se observaba la ley de Moisés, que las permitió, segun se lée en el *cap.* 25, *v.* 23 *del Levitico: Terra quoque non vendetur in perpetuum, quia mea est et vos advenæ, et coloni mei estis: unde cuncta regio posesionis vestræ sub redentionis conditione vendetur.*

El cumplimiento de este pacto de parte del vendedor se llama redencion, y de la del comprador, retroventa; y del modo que se ponga se ha de cumplir, aunque espresáre que cuando quiera que el vendedor ó sus herederos tornasen el precio al comprador, habia este de volverles la cosa, *ley* 42, *d. tit.* 5, *P.* 5, que asi lo establece espresamente. En su virtud Gomez, 2 *var.*, *cap.* 2, *núm.* 28, Molina *de just. et jur.*, *disput.* 374, juzgan competirá siempre el derecho de redimir, sin que le escluya tiempo alguno. Cuando se tasa el tiempo de la retroventa, no puede el comprador ser precisado á hacerla pasado el tiempo prefijado, si se atiende al tenor de *d. ley* 42; pero sin embargo es práctica de los tribunales conceder el de 20 años, término de las acciones personales; á no ser que haya interpelacion de parte del comprador, en cuyo caso se obser-

va la coartacion puesta en el pacto, y si el vendedor no escoge el medio de la redencion, queda el comprador con el dominio libre y absoluto de la cosa.

Téngase muy presente que, como la accion para precisar al comprador á la retroventa es meramente personal, por salir de solo el contrato, no puede intentarse contra tercero poseedor, á quien haya pasado la cosa vendida. Solo podrá el vendedor reconvenir al comprador, que es el único á quien tiene obligado por el contrato, á que le satisfaga los perjuicios que se le sigan de que no se le restituya la cosa. Esto, ademas de ser corriente en las obligaciones que nacen de los contratos, lo prueban las palabras de *d. ley* 42. *El comprador es tenudo de tornar la cosa en todas guisas, si es en su poder; é si en su poder non es, debe pechar al vendedor todos los daños, é los menoscabos que le vinieron, porque non tornó aquella cosa, que asi habia vendido*, Gomez, *en d. cap.* 2, *núm.* 29, Molina, *d. disp.* 374, en donde responde á los argumentos de Covarrubias, que siente lo contrario, *lib.* 3, *var. cap.* 8, *núm.* 3.

Podrá, pues, retener la cosa con seguridad el tercer poseedor, á no ser que en la primera venta, ademas del pacto de retrovendendo, se hubiere puesto la condicion, de que no pudiese el comprador vender la cosa á otro, pendiente el tiempo de la redencion; porque entonces siendo nula la segunda venta, cuya virtud la tenia el tercer poseedor, se la podrá quitar el primer comprador, y á este reconvenirle para la retroventa el vendedor. Si en el pacto se hubiese espresado que vendiendo el comprador la cosa se considerase no hecha la venta primera, entonces por la segunda reviviria el dominio en el primer vendedor, y la podria pedir como suya por la accion real á cualquiera que la poseyese; Hermosilla, en *d. ley* 42, *glos.* 7, *núms.* 4 y 12. En las *glosas* 9 y 10 trata latamente de la pertenencia de los frutos, y de las espensas y mejoras, sobre los que véanse las reglas puestas, *tit.* 1, §. 2 *de este lib.*

Viniendo al efecto general de los retractos, digo, que en todos ellos el que retrae se subroga en lugar del primer comprador, teniendo lugar en él los efectos de la venta primera: y si se hubieren hecho despues otras ventas, quedan deshechas

y anuladas, como si no se hubiesen celebrado, Gomez, en *d. ley 70 de Toro, núm.* 35, Molina, *de just. et jur., disp.* 371.

Núm. 11. *Resúmen de este* §. 1. Reduciendo á un punto de vista lo hasta aqui dicho de retractos, resulta de su *número* 1, qué cosa sea; que es de cuatro especies; que el orígen del de sangre se pierde en la antigüedad; cómo se define este, y qué razones motivaron su introduccion: del 2, que el retracto de abolengo compete á los parientes del vendedor dentro del cuarto grado, segun la proximidad de este; que no queriendo retraer el mas próximo, es admitido el que está remoto; que la proximidad del parentesco se entiende con relacion al vendedor, y que por lo mismo debe admitirse en este retracto el derecho de representacion como en las sucesiones intestadas; que si concurrieren á retraer dos ó mas parientes de igual grado, todos serán admitidos, y si uno solo, se lleva toda la cosa no concurriendo otros dentro del término legal; que el doble vínculo de parentesco no da preferencia entre los que son de igual grado; que estos lo mas regular es que se computen civilmente; que no se puede ceder á un estraño el derecho de retraer; y que compete á los hijos naturales, y desheredados: por el 3 sabemos, que se concede á los parientes del vendedor cuando la cosa se vendió á un estraño, y aun al pariente mas remoto; pero no si la venta fué á uno de igual grado al que retrae; y que se da contra los terceros poseedores: por el 4, que son materia de este retracto las cosas raices, y no las muebles que estuvieron en el patrimonio de los abuelos, ó del padre, disyuntivamente, del que retrae y del que vende, sin haber salido de él, sin que sea necesario que el que vende las haya adquirido de ellos precisamente por título de herencia; que segun opinion de Matienzo, la cosa retraida está sujeta al retracto, si se vuelve á vender; y que deja de estarlo la cosa que salió una vez del patrimonio del que vende y del que retrae, á no ser que vuelva á él por efecto de la misma venta: por el 5, que solo da causa á este retracto el contrato de venta, y por consiguiente tambien la dacion en pago de deuda, y segun algunos la dote estimada, que la permuta está escluida; que hay que interponerlo dentro de nueve dias, los que corren contra menores, ausentes é ignorantes, cesante todo

fraude; que en las ventas judiciales empiezan estos á contarse desde el dia del remate; y que en las otras es dudoso si deben contarse desde el dia de la convencion, ó desde el de la tradicion de la cosa, y si naturalmente, ó de momento á momento; pero es mas seguro seguir las primeras de estas dos opiniones: en el 6 vimos, qué circunstancias deben observarse al interponer este retracto; y qué debe hacerse cuando muchas cosas patrimoniales se venden por un solo precio, qué cuando por distintos, y cuando con ellas se vendieron cosas estrañas: en el 7, qué se entiende por el beneficio de *graciosa*; y si tiene hoy lugar: en el *núm.* 8, hice presente, que el retracto dicho de los comuneros compete á los que tienen cosas *pro indiviso*, sean muebles, ó inmuebles; que no es preferida en él el mayor porcionero; y que no tiene lugar cuando la cosa se vendió á otro condueño: en el *núm.* 9, que compete retracto á los dueños del dominio directo y útil de una cosa; en qué término deben usarlo; y qué preferencia se observa entre todos estos retractos: y por último en el 10, qué retracto convencional es el que proviene del pacto de retroventa; que este se ha de cumplir del modo que se esprese; que si no se señala tiempo de redencion suelen concederse 20 años, á no mediar interpelacion del vendedor; que vendiendo la cosa el comprador, no puede reclamarla el vendedor al tercero poseedor, sino que se pusiese pacto de inenagenacion; y que en todos los retractos el retraente representa en un todo al primer comprador.

§. II.

De la Alcabala.

Título 12, libro 10, Novísima Recopilacion.

Aunque el objeto de *este* §. pertenece mas bien al derecho público que al privado, nuestros comentadores se han ocupado de él, dilucidando una porcion de casos en que puede tener ó no lugar la *alcabala*, movidos sin duda por la importancia y celebridad de este tributo. El Señor Sala les ha

imitado, ocupándose de él en el *tit.* 12; yo estoy en el caso de seguir sus huellas.

Número 1. *Qué sea alcabala; y de algunos casos en que puede dudarse si se debe ó no.* Alcabala es el impuesto de diez por ciento, ó como dicen otros, de uno por diez, del valor de las cosas que se venden ó permutan. En las ventas la paga el vendedor, y en las permutas cada uno de los permutantes á proporcion de lo que da, *ley* 11, *d. tit.* 12, *lib.* 10. Por consiguiente, siempre que haya venta ó permuta, se debe alcabala; y esta sea la regla que debe tenerse presente para decidir las dudas que se ofrezcan.

Como cuando se adjudican bienes á acreedores en pago de sus créditos, son verdadera y realmente comprados aquellos, por eso sin duda se determinó por *decreto de* 15 *de Junio de* 1835, que se devenga alcabala por semejante adjudicacion, con arreglo á otro *decreto de* 24 *de Diciembre de* 832.

Puede dudarse si se debe de la venta, que fué revocada tan pronto estuvo hecha por los contrayentes. Y dice el Señor Sala, *núm.* 2, que si estos se apartaron mútuamente del contrato, inmediatamente despues de haberlo celebrado, y antes de haber pasado á otros negocios, no se deberia alcabala; porque en este caso se juzga que no llegó á haber venta, sino que las partes en la misma celebracion del contrato mudaron de voluntad. Pero que se deberia, si el apartarse fuese despues de algun intervalo, porque el fisco adquirió ya el derecho de exigirla, que no pueden quitarle los contrayentes, Gutierrez, *de gabel. ó prac., lib.* 7, *quæst.* 10, Gomez, 2 *var., capitulo* 2, *núm.* 31.

Si los contrayentes, ademas de haber perfeccionado la venta con su mútuo consentimiento, pasaron adelante y empezaron á consumarle, porque hubo entrega del precio ó de la cosa, ó de uno y otro, dúdase si se deben una ó dos alcabalas, y para resolverlo se han de distinguir dos casos: 1.° Cuando hubo entrega solamente de parte del uno: 2.° Cuando de la de los dos. En el primero si se disuelve el contrato por voluntad de ellos, devolviendo el uno lo que habia recibido al otro que lo acepta, se debe una sola alcabala; porque solo hay una venta con su disolucion; y de aquella se paga, pero no de esta.

En el segundo se deben dos alcabalas, porque hay dos ventas, respecto á que el pasage de la restitucion no puede pertenecer ya á la venta primera, sí que constituye otra nueva. Molina, *de just. et jur.*, *tract.* 2, *disp.* 373.

Núm. 2. *De la alcabala en las ventas con pacto de la ley comisoria, de adicion en dia, y de retroventa.* Cuando la venta se deshace en virtud del primero de estos pactos, juzga Antonio Gomez, *d. cap.* 2, *núm.* 31, que se debe alcabala, fundado en que la venta fué pura, y quedó perfeccionada, y de consiguiente adquirió derecho el fisco, que las partes no pueden quitarle. Pero es mas probable la contraria opinion, porque produce este pacto la resolucion de la venta como si no se hubiese hecho; de suerte que el dominio de la cosa vuelve al vendedor sin tradicion alguna: y el fisco no adquirió derecho irrevocable á la alcabala sino revocable, pendiente de si la venta se deshacia ó no, Gutierrez, *d. quæst.* 10, *núm.* 10, Molina, *d. tract.* 2, *disput.* 378, *vers. Dubium*, Matienzo, *ley* 1, *tit.* 13, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, *glos.* 3, *núm.* 21.

En las ventas hechas con el pacto de adicion en dia, parece regular no se deba mas de una alcabala, que se pagará por la segunda venta si se efectuó, y si no, por la primitiva.

Si la venta se hace con el pacto de retrovendendo ó á carta de gracia, y en fuerza del pacto redime el vendedor lo vendido, dudábase antes si se debian una ó dos alcabalas, ó ninguna. Y por *decreto de* 11 *de Julio de* 1833, ordena, que las fincas enagenadas con pacto de retroventas, aunque este se verifique, estén sujetas á la alcabala. Pero este decreto, si bien se examina, habla solo de la primera venta; por lo que se puede decir queda en pié la duda de si se debe por la segunda. Mas ordinariamente se opina que de la retroventa no se debe otra alcabala; porque no tanto se considera nueva venta, como rescision de la primera, y en fuerza del pacto puesto en esta. El decreto referido con su mismo silencio favorece esta opinion. Pero adviértase, que suele decirse que si el pacto de la retroventa no se puso en la venta primera, sino que se añadió despues, se debería de la retroventa otra alcabala; porque entonces antes de la añadidura del pacto quedó ente-

ramente consumada la venta primera, sin respeto alguno á la retroventa, que por lo mismo ha de reputarse nueva venta, Gutierrez, *d. quæst.* 10, *núm.* 12, Molina, *d. tratado* 2, *disputa* 374.

Núm. 3. *De cuando ocurren retractos legítimos; de las ventas que se anulan ó rescinden; y de las hechas á censo redimible.* Cuando sucede el retracto de sangre, el de los comuneros ó cualquiera otro, se debe una alcabala y no mas. Que se debe una es claro, porque la primera venta como perfecta la produjo: y no lo es menos que se deben dos, porque la segunda venta no es nueva venta, sino substitucion de la primera; asi es que todas las otras se anulan, y queda el retrayente subrogado en todos los efectos y en lugar del primer comprador.

Si se rescinde la venta por beneficio de la ley, volviendo la cosa al vendedor, sin intervenir retracto, ni pacto alguno, como sucede en las que se rescinden por engaño en mas de la mitad del justo precio, ó por la accion redibitoria cuando hubo vicio en la cosa vendida, se debe alcabala, como latamente prueba Gutierrez en *d. lib.* 7, *quæst.* 11, con la comun. La razon es porque estas ventas solo se rescinden por la culpa que medió de los contrayentes, y no es justo que por sola esta se prive al fisco del derecho adquirido por la venta. Lo mismo debe decirse de las que se anulan por haber mediado dolo, ó miedo injusto, como prueban Gutierrez, *d. lib.* 7, *quæst.* 14, Parladorio, *d. lib.* 1, *cap.* 3, §. 5; quienes resuelven lo contrario en el caso que la venta hecha por un menor se rescinde por la restitucion *in integrum*; porque ademas de no haber dado motivo á ello culpa alguna, causa la restitucion el efecto de que la cosa vuelve enteramente á su primer estado, como si tal venta no hubiese habido.

De las ventas que se hacen á censo redimible habia antes cuestion, si se debian una ó dos alcabalas, y por quién. Pero ha cesado por la *ley* 21, *d. tit.* 12, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, que establece se cause una sola, que han de pagar por mitad los contrayentes; y que de la redencion nada se pague.

TÍTULO XIII.

DE LOS LOGUEROS, Ó ARRENDAMIENTOS.

Títulos 8, P. 5, 10, libro 10, Novísima Recopilacion.

§. *Unico.*

Número 1. *Nombres del contrato y contrayentes: su definicion y requisitos. El tit.* 8 *de la P.* 5 lleva la inscripcion que acaba de leerse en este; y su *ley* 1, dice, que hablando propiamente, loguero se predica de las obras y arrendamiento de las cosas; pero en las *leyes* 2, 3 y *otras*, ya se toman promiscuamente estas dos voces, como sinónimas, y en el dia no hacemos uso de la voz *loguero*. Llámase á este contrato comunmente *arriendo ó arrendamiento*, y asi lo llamaremos aqui, tomándolo en general, y comprendiendo bajo tal nombre el arriendo de toda clase de cosas. Pero en particular suele tomar otros nombres, segun son estas. Asi es que, cuando recae sobre casas, cosas muebles ó semovientes, se le dá el de alquiler; *leyes* 5 *y* 14, *d. tit.* 8; fletamento cuando sobre naves; y el de asiento cuando tiene por objeto las contribuciones ó rentas del estado; y ajuste cuando el trabajo ó las obras de alguna persona. Segun esto los que toman en arriendo adquieren tambien diversos nombres; denominándose en general conductor, arrendador ó arrendatario; y en especial, si se trata de alguna heredad, colono; si de casas, inquilino; si de naves, fletador; y si de rentas públicas, asentista.

No deja de embarazar para la esplicacion de este título el que la palabra *arrendar* se predica tanto del que concede el arrendamiento, como del que le recibe; lo que sucede tambien en la voz *arrendador*, aunque con menos frecuencia, porque casi siempre se dice del que toma el arrendamiento, como en las *leyes* 21, 24 *y otras de d. tit.* 8. Sin embargo, Aso y de Manuel, en sus *Instituciones*, hablando de este con-

trato, llaman *arrendador* al que concede el arriendo, y al que le toma *arrendatario.* No deja de ser espedito este modo de hablar; pero por cuanto nuestras leyes dicen casi siempre *arrendador* al que toma el arrendamiento, parece regular seguir su espresion; y asi llamaremos á este *arrendador ó arrendatario*, y al que le concede, *dueño ó locador*, castellanizando la voz latina *locator*, y de este modo evitaremos la confusion en que se incurriria en otro caso.

Puede definirse el arrendamiento, un *contrato en que se convienen los contrayentes que por el uso de alguna cosa, ú obras de alguna persona ó bestia, se dé cierto precio en dinero contado, ley* 1, *d. tit.* 8, *P.* 5. Esta definicion hace ver la mucha semejanza que tiene este contrato con el de compra y venta, y esplica las cosas ó requisitos necesarios para constituirle. En primer lugar perfecciónase como este por solo el consentimiento de las partes en la merced y en la cosa, de suerte, que tan pronto se prestó clara y espresamente, produce obligacion y accion, segun diré, *núm.* 3. El segundo requisito esencial son las cosas, objeto de este contrato, de que hablaré, *núm. siguiente.* Y el tercero, la merced ó precio que se concede por usar ó aprovecharse de ellas. Este, del mismo modo que en el contrato de compra y venta, debe consistir en dinero efectivo; asi es que, si se ha hecho el ajuste conviniéndose en dar en lugar de dinero frutos, ganados &c., degeneraría el contrato en uno innominado de doy para que des. Con todo, y aunque esto es innegable, no lo es menos que en los arriendos de tierras suele estipularse que la merced se pague en frutos, y á pesar de esto, ordinaria y generalmente se les denomina arriendo, y se arreglan por las leyes que rigen en este contrato. Su merced ó precio claro es que debe ser verdadero, justo y cierto en los mismos términos que espliqué del de compra y venta.

Núm. 2. *Quiénes pueden dar ó tomar arrendamientos; y qué cosas pueden arrendarse.* Pueden arrendar, tanto activa como pasivamente, esto es, dar ó recibir en arrendamiento, las mismas personas que pueden comprar y vender, esto es, todos los que pueden consentir disponer de sus cosas; á escepcion de los caballeros, ó los soldados y oficiales de la cor-

te del Rey, que no pueden ser arrendadores de campos agenos, porque no se embarguen de hacer su servicio, *ley* 2, *d. tit.* 8, *P.* 5. Los tutores ó curadores tambien deben entenderse prohibidos de tomar en arriendo las cosas de sus menores, segun espresé hablando de las ventas.

Pueden darse en arriendo todas las cosas que pueden venderse, y aun muchas que no es permitido enagenar, como las eclesiásticas y vinculadas; tanto las corporales, como las incorporales, cuyo uso puede transferirse á otro por utilidad suya, cual es el usufructo y otras. En las cosas fungibles parece que no puede constituirse el arrendamiento, por no poder en ellas transferirse el uso sino el dominio, á no ser que se den para pompa y ostentacion. Por la definicion que dí de este, hemos visto que no solo pueden ser arrendadas las cosas, sino tambien las obras de alguna persona ó bestia, como sucede en los jornales, en los que el jornalero presta sus obras en servicio mio por cierto precio que le doy. En este caso, como el que paga el precio es el arrendatario, y el que le cobra el locador, sucede que cuando se arriendan las obras, es locador de ellas el jornalero ú oficial que las presta, y su arrendador el que se aprovecha de ellas. Pero téngase presente que por *Cédula de* 17 *de Junio de* 1786, se prohibe á los inteligentes ó tasadores de obras públicas el arrendar estas cuando se saca á postura su construccion, por los fraudes que suelen y pueden mediar. Véanse ademas las *leyes* 7, *tit.* 9, *lib.* 7, 1 *y* 2, *tit.* 10, *lib.* 10, *Nov. Rec.*

No debo omitir aqui que pueden arrendarse las cosas comunes; y que al hacerlo es fácil suceda que uno ó mas de los compartícipes se opongan á que se den en arriendo, ó que este se haga con tal ó cual persona. En este caso asienta Febrero, 1.ª *part.*, *cap.* 6, *núm.* 10, que uno solo que se oponga basta para impedirlo, y que el unico medio que les queda á los demas es pedir su division, disfrutarla por tiempos, ó arrendarla uno en su cabeza. Solo funda esto en leyes romanas, á mi ver de bien poca equidad. ¿No parece mas regular valga lo que dice la mayor parte de los compartícipes? ¿Qué razon dicta pierdan los mas un lucro honesto y seguro por el capricho de uno solo? Asi juzgo, que lo que de-

be practicarse es dividirla; y mientras esto no se hace, valer el voto de la mayoría.

Núm. 3. *Derechos y obligaciones del dueño ó locador, y del conductor ó arrendatario respectivamente entre sí.* La definicion que de él se ha dado en el *núm.* 1, manifiesta que por el arrendamiento solo pasa al arrendatario el uso de la cosa, y no el dominio ni la verdadera posesion que queda en el que le concedió, *ley* 5, *d. tit.* 8, *P.* 5. Segun esto, diremos que este está obligado ó que aquel tiene derecho 1.° á que el dueño de la cosa le conceda y facilite su libre uso, para que pueda aprovecharse de sus frutos, ó sacar de ella los emolumentos que corresponden. 2.° A que, si al arrendador se le impide este por el mismo dueño, ú otro á quien él pueda resistir, le satisfaga todos los daños y menoscabos que le vinieren por esta razon, y aun las ganancias que pudiera haber hecho en aquellas cosas que tenia arrendadas, si se las hubieran dejado disfrutar. 3.° Igual obligacion asiste al que concedió el arrendamiento ó locador, aunque no pueda superar el impedimento que otro opone al arrendador, porque tiene razon y derecho á oponerlo por ser su dueño ú otra causa, siempre que concurran dos circunstancias; una, que los arrendadores tuviesen buena fé cuando tomaron en arriendo las cosas, creyendo las arrendaba quien tenia derecho á ello; otra, que el que le concedió la tuviese mala, esto es, que supiese al tiempo del contrato que no era sugeto abonado para celebrarlo. Si entonces no sabia esto, solo estará obligado á volver el precio ó paga que recibió; y si no recibió cosa alguna, nada tendrá que pagar; *ley* 21, *d. tit.* 8, *P.* 5, 4.° Tambien estará obligado el locador, ó lo que es lo mismo, tiene derecho el arrendador á que le pague los daños y menoscabos aquel dueño que le alquila toneles ú otros vasos malos ó quebrantados, para meter en ellos vino ó aceite, que metido allí se pierde ó toma mal sabor; y esto aunque lo ignorase el dueño; porque todo hombre debe saber si es buena ó mala aquella cosa que alquila ó dá en arriendo. Esceptúase el caso en que el locador supiese que eran malos, *ley* 14, *d. tit.* 8. 5.° Tiene derecho este á que no se le prive de la cosa durante el término del arriendo, segun diré *núm.* 5. 6.° Y si la hu-

biese mejorado haciendo labores ó cosas de nuevo, de suerte que vale mas en venta que cuando la tomó, dicen las *leyes* 21 *y* 24, *d. tit.* 8, que debe el dueño abonárselas ó pagándolas á juicio de peritos, ó descontándolas del precio del arrendamiento, á no ser que se pactase lo contrario. Pero esto necesita esplicacion mas larga por su grande importancia.

En el *núm.* 14 *del tit.* 1, vimos lo que disponen las *leyes* 41 *y* 44, *tit.* 28, *P.* 3, sobre el modo de cobrar las espensas el que mejora cosa agena, sea con buena ó mala fé. Con arreglo á ellas debería decirse que el colono ó arrendador solo tiene derecho á que se le abonen las mejoras necesarias, pero no las útiles ni las voluntarias; porque mas bien debe decirse perfectador de mala que de buena fé. De este sentir parece ser el Sr. Escriche en *la palabra arriendo*, fundado ademas en la plausible razon de que, si el dueño dice no le convienen tales mejoras, sería la mayor injusticia obligarle, como se le obligaría indirectamente, á emplear su capital en una industria mas bien que en otra. ¿Le costaba tanto al colono preguntarle si eran de su agrado? y caso que no lo fueran, ¿si queria hacerlas por sí ó por otro? ¿Y quién sabe si tal vez se hace con solo el fin de ponerle en la dificultad de despojarle? Pero todas estas razones las hacen acallar las palabras terminantes de *d. ley* 24, segun las que, es indudable deben abonarse al arrendador las mejoras ó perfectos útiles que aumenten la renta de la cosa. Mas: pregunto, ¿deberá este descontar ó computar en tal abono los provechos que hubiese percibido de la cosa perfectada? Hé aqui un punto importante que ni aun toca el Sr. Escriche, á pesar de toda su latitud, en los arriendos. Yo tengo por indudable que sí, á pesar de las palabras y silencio de la *ley* 24. En *d. núm.* 14, *tit.* 1, vimos que las *leyes* 41 *y* 42, *d. tit.* 28, *P.* 3, ordenan espresamente que aun el mismo poseedor de buena fé tome en descuento de cualquier clase de mejoras, que hiciese en la cosa agena, los frutos y provechos que de ella hubiese sacado: ¿y esto no es aplicable con doble razon al arrendador de que se habla? Seguramente que sí. Digo por consiguiente que *d. leyes* 21 y 24, hablan tambien de él espresamente. Argüiráse que la *ley* 24 *del tit.* 8, no menta seme-

jante descuento; mas por lo mismo se está en el caso de observar lo prescrito en las 41 y 44, ya que en nada las contradice, y ya que, segun parece, habló menos de lo que debia. Diráse tal vez que el no decir nada es porque el colono no tiene frutos que descontar, pues ya paga la pension; pero no es este el punto que cuestiono; trato de cuando perfectó una cosa haciéndola de mayor renta sin pagar alguna, ó pagando menos de la que debia. De modo, que si el arrendador no recibe provecho, sino que todo el lucro de la mejora es del dueño, entonces claro es que deberá este abonársela por entero, por cuanto no tiene aquel utilidad alguna que tomar en descuento.

De todo lo dicho juzgo arreglado concluir á lo siguiente: si el arrendador hizo los perfectos con consentimiento del dueño, siendo regular que algo pactasen, á ello debe estarse. Si no le obtuvo, debe distinguirse; si poseyó la cosa bastante tiempo de modo que sacase las suficientes utilidades para resarcirle los gastos, no habrá obligacion de abonárselos; si cuando acabó de hacerlos se le despojó, no habrá tanta injusticia en estrechar al dueño á pagárselos.

Los derechos del locador son: 1.º A que le pague el conductor el precio en que se han convenido al tiempo espresado en la convencion, ó segun la costumbre que haya en el lugar, ó si uno y otro falta al fin del año, *ley* 4, *d. tit.* 8, *P.* 5. Y es tan respetable este derecho, que están sujetas al pago del precio y de los menoscabos que hubiese causado en la cosa, todas las que se hallen dentro de ella, (siendo tierra, siempre que fuesen metidas con ciencia del dueño) que podrá retener, formando escrito de ellas ante vecinos, hasta que cobre, *ley* 5, *d. tit.* 8. 2.º A espeler de la cosa arrendada al arrendatario, si no le pagáre al tiempo convenido, ó á mas tardar al fin del año, *d. ley* 5. 3.º A que se la deje libre y á su disposicion, concluido el término del arriendo, y sin necesidad de mútuo desahucio, *ley* 18, *d. tit.* 8, *y decreto de* 8 *de Junio de* 813, *restablecido en* 8 *de Setiembre de* 36, de lo que hablaré, *núm.* 5. Si el arrendador fuere rebelde en querer dejar la cosa sin hacer uso de la autoridad, debe volverla doblada al dueño, (dice Sala que esto no

se práctica), y ademas los daños y perjuicios, *d. ley* 18. 4.º A que no la subarriende á otro sin su licencia, *d. decreto* 5.º Tiene tambien derecho el locador á que el arrendatario cuide bien por su parte de la cosa arrendada, como si fuese propia, *ley* 7, *d. tit.* 8. De aqui es, que si el arriendo tuviese por objeto las obras de una persona, deberá esta prestarlas lealmente, procurando el provecho del que las paga. Si asi no lo hiciere, tendrá obligacion de pagar á este los daños y menoscabos que puedan seguírsele por dejar de tributarle el debido uso de ellas, del mismo modo que dije al principio sobre el arriendo de cosas, *ley* 16, *d. tit.* 8. 6.º Como puede haber tanto fraude en la construccion de obras, dispone esta *misma ley* 16, que las que ejecutan los maestros alarifes, carpinteros, &c., tanto mientras las hacen, como despues de concluidas, tengan derecho los dueños á mandarlas reconocer por peritos; y si están mal, á que las edifiquen de nuevo. Igual derecho á este les asiste si se derribáren dentro de quince años despues de hechas, á no ser que la ruina provenga de terremoto, grande avenida, ú otra causa semejante; pues para suponerse bien hechas, dice la *ley* 21, *tit.* 32, *P.* 3, deben conservarse el tiempo referido.

Con respecto á las obligaciones y derechos respectivos entre amos y criados, entre quienes hay un verdadero arrendamiento, no habiéndose pactado nada, deben reglarse prudencialmente, atendida la costumbre y la naturaleza del destino ó servicio para que fuese buscado, *ley única*, *tit.* 16, *Ordenam. de Alcalá.* Y lo mismo debe decirse de los jornaleros en el arriendo de su trabajo. Si por su culpa, impericia ó negligencia resulta algun daño al amo, es claro deben resarcirlo, segun se ve por la *ley* 15, *d. tit.* 8, *P.* 5. Está asi tambien obligado el criado á ayudar con armas á su señor ó señora, y á sus hijos, cuando algunos los quieran matar ó herir, y no pudiendo hacer otra cosa, dar voces pidiendo ausilio. De lo contrario, dice la *ley* 16, *tit.* 8, *P.* 7, que debe morir por ello no teniendo escusa; y pone por tales el ser menor de 14 años, viejo, mudo, ó estar imposibilitado por alguna violencia.

Competen á locador y conductor otros derechos y obligaciones, que veremos *nums. siguientes*; entre ellas la que tiene

este de resarcirle los daños y menoscabos que le causase al primero en su cosa, en los términos que paso á esplicar, *ley* 7, *d. tit.* 8.

Num. 4. *Qué culpas deben prestarse el locador y el conductor; y de sus derechos sobre la cosa arrendada.* Como este contrato contiene utilidad de ambos contrayentes, ordinariamente debe prestarse en él la culpa que llamamos media ó leve; esto es, deberá poner cada uno de ellos en lo que es de su obligacion, aquella diligencia que pone en sus cosas, como consta de *d. ley* 7, que hablando del arrendador de tierras, pone varios ejemplos, y de la *ley* 14, *d. tit.* 8, que los pone tambien hablando del locador, segun he notado, *núm. ant.*

Si el locador de obras ofreciese la diligencia, ó las alquilára en cosa que exige mucho cuidado, deberia prestar tambien la culpa levísima, ó lo que es lo mismo, poner toda cuanta diligencia pudiese; y por consiguiente tendria que responder de cuantos daños ocurriesen, esceptuados, empero, los que por ocasion, ó como solemos llamar, caso fortuito, *leyes* 15 y 8, *d. tit.* 8. Este solo se presta, como dije, *núm.* 6, *tit.* 10 *de este lib.* 2, hablando de todos los contratos, en tres casos: 1.° Cuando por pacto se obliga á ello alguno de los contrayentes. 2.° Si el arrendador tuviese tardanza en volver la cosa, y despues de ella sucediese el acaso. 3.° Si el suceder este fué por su culpa.

Viniendo á los derechos, que sobre la cosa arrendada competen á locador y conductor, téngase presente que la *ley* 19, *d. tit.* 8, permite al primero venderla antes de concluirse el tiempo del arriendo, y que el comprador eche de ella al arrendatario; bien que impone al dueño la obligacion de restituir á este tanta parte del precio, cuanto tiempo le quedaba para aprovecharse de ella; obligacion que Gregorio Lopez, en *su glos.* 4, y Gomez, 2 *var.*, *cap.* 2, *núm.* 9, estienden á pagarle los menoscabos. Pero hay dos casos presentados por la *misma ley*, en que el arrendador no puede ser echado por el comprador: 1.° Si hizo pacto con el vendedor de no poderle despojar durante el tiempo del arrendamiento. 2.° Cuando este se hubiese hecho por toda la vida del arrendador, ó para siempre; Gomez, *cap.* 3, y Covarrubias, *lib.* 2 *var.*, *cap.* 15,

núm. 2, quieren estender esta doctrina al caso en que el arrendamiento se haya hecho para diez ó mas años; aunque Gregorio Lopez, *glos.* 7, *d. ley* 19, inclina á lo contrario. Acabamos de ver lo que dispone la *ley* 19 *d.*; pero para mí es muy dudoso si debe observarse despues del citado *decreto de* 813, en cuyo *art.* 5 se lée lo siguiente. Durante el tiempo estipulado se observarán religiosamente los arrendamientos; y el dueño aun con el pretesto de necesitar la finca para sí mismo, no podrá despedir al arrendatario sino en los casos de no pagar la renta, tratar mal la finca, ó faltar á las condiciones estipuladas. Adviértase que todo este decreto solo habla de los arrendamientos de tierras, fincas ó dehesas.

Podia tambien antes el arrendatario, segun opinion de los autores y práctica, dar á otro en arriendo lo que á él se le arrendó, ó como suele decirse, subarrendar; pero por el *art.* 7 *de dicho decreto*, se prohibe que aquel pueda subarrendar ni traspasar el todo ni parte de la finca sin aprobacion del dueño; si bien podrá sin ella vender ó ceder al precio que le parezca alguna parte de los pastos ó frutos, á no ser que en el contrato se estipule otra cosa.

Núm. 5. *Qué tiempo dura el arrendamiento; y cuándo puede ser espelido el arrendador.* Ya vimos que el *d. art.* 5 *del decreto de* 813 ordena, que durante el tiempo estipulado se observarán religiosamente los arrendamientos; y su *art.* 2 dispone, que estos obligarán del mismo modo á los herederos de ambas partes, *ley* 2, *d. tit.* 8, *P.* 5. Por consiguiente sea regla que los arrendamientos hechos por tiempo determinado, durarán lo que este; y que, concluido, fenecerán con él sin necesidad de mútuo desahucio, sin que el arrendatario de cualquiera clase pueda alegar posesion para continuar contra la la voluntad del dueño, cualquiera que haya sido la duracion del contrato, *d. art.* 5. Con todo, debe tenerse muy presente, que si la cosa arrendada fuese tierra, y despues de concluido el término marcado en el contrato, permaneciese el arrendatario por tres dias ó mas en la finca con aquiescencia del dueño, se entenderá arrendada por otro año con las mismas condiciones que antes lo estaba, *el mismo art.* 5, conforme á la *ley* 20, *d. tit.* 8, *P.* 5. Añade esta que, si la cosa arrendada fuese

casa, solo se entiende la renovacion del arrendamiento en los dias que la habitó el inquilino; y da por razon de la diferencia el que las tierras no se encuentra quien las arriende sino en determinados tiempos, segun las cosechas y las estaciones, y aquellas por el contrario.

La predicha regla no deja de padecer sus escepciones. En primer lugar lo de pasar los arriendos á los herederos de ambas partes debe entenderse, cuando el locador arrendó cosa que pertenecia á su patrimonio. Mas en cuanto á arrendamientos concedidos por el que está en algun oficio, dignidad ó administracion, ha de distinguirse del modo siguiente: si los frutos ó rentas de la cosa arrendada pertenecen á alguna iglesia, ciudad ó algun otro, que no sea el mismo que arrienda, como sucede en la mayor parte de los que otorgan los prelados, ú otros, como administradores de los bienes de alguna iglesia, los regidores, los tutores ó curadores, dura el arrendamiento, aunque muera el que le concedió, sin que puedan apartarse ni los sucesores en la administracion, ni el arrendador ó sus herederos hasta que se concluya el tiempo establecido. Y la razon es porque este arrendamiento fué hecho en nombre administratorio, y los de esta clase nunca flaquean por la muerte de la persona, por no morir nunca el oficio que le dió derecho á hacerlo. Pero si los frutos están destinados y sirven solo para el uso y provecho del mismo locador, se acabará aquel con su muerte, porque lo hizo y se entiende hecho á nombre propio, y esta representacion cesa con su muerte, sin que pueda él estenderla á su sucesor, *ley* 9, *tit.* 17, *P.* 1. De este modo fenecen á su óbito los arrendamientos que los curas, prelados ó prebendados de iglesias hacen de las rentas de sus curatos ó prebendas destinadas á su sustentacion, y los poseedores de bienes mayorazgados ó fideicomisados de los que pertenecen al mayorazgo ó fideicomiso, Gomez, 2 *var. cap.* 3, *núm.* 8, Covarrubias, 2 *var.*, *cap.* 15, *núm.* 5, y Molina *de prim. His. lib.* 1, *cap.* 21.

2.ª Escepcion espresada *núm.* 3. Si el arrendatario no pagáre el precio estipulado al tiempo convenido, ó á mas tardar al fin del año, puede el locador espelerle de la cosa arrendada, *ley* 5, *d. tit.* 8, y *d. art.* 5. 3.ª Semejante á esta. Si faltase

á las condiciones estipuladas, ó tratase mal la cosa, *d. art.* 5. Antes era escepcion para continuar en el arriendo el no haber precedido desahucio, ó aviso de parte del contratante que queria cesase aquel, *ley* 3, *tit.* 10, *Nov. Rec.*; pero ya vimos al principio que *d. art.* 5 *del tan citado decreto de* 813 ordena, se acabe aquel concluido el tiempo sin necesidad de mútuo desahucio.

Si el arrendamiento fuese de casas, hay, ademas de los dichos, otros casos en que se concluye antes del tiempo estipulado, espresados en la *ley* 6, *d. tit.* 8. 1.° Si el dueño no podia continuar viviendo en la casa de su habitacion, porque se caia, amenazaba ruina, ú otra causa grave, y no tiene otra en que morar; ó si se casase algun hijo ó hiciese caballero. Sobre este caso advierte Gomez, 2 *var., cap.* 7, *núm.* 6, que para ser causa de espulsion esta necesidad del dueño, es menester que suceda despues de hecho el arrendamiento: y Gregorio Lopez, *glos.* 5, *de d. ley* 6, que lo que dice de los caballeros (soldados) debe entenderse del hijo que, siendo juez ó abogado, necesitase casa capaz separada de la de su padre. 2.° Si despues de hecho el arrendamiento apareciese necesidad de obrar en la casa alquilada, para que no se cayera. 3.° Si el inquilino usase mal de ella, haciendo algun mal para que se empeorase, ó teniendo malas mugeres ó malos hombres de que se siguiese mal á la vecindad. 4.° Si estando alquilada la casa para cuatro ó cinco años, con precio señalado para cada uno, pasasen dos años sin que pagase. Estos dos últimos casos están comprendidos en los anteriores.

Lo dicho hasta aqui versa acerca de los arriendos hechos por tiempo determinado; mas si al hacerlos no se determinó ni especificó el que habian de durar, subsistirán solo á voluntad de las partes. Con todo, no se entienda esto de modo que cesen tan pronto una avise á la otra; si no que cualquiera de ellas que quiera disolverlos, deberá avisar á la otra un año antes; y en este caso el dicho arrendatario sin tiempo determinado, concluido el año, tendrá que dejar la cosa, aunque lo haya sido por espacio de mucho tiempo, sin que pueda alegar derecho alguno de posesion una vez desahuciado por el dueño, *art.* 6, *d. decreto de* 813, que espresa al fin no se en-

tienda que este artículo hace novedad alguna en la actual constitucion de los foros de Galicia y Asturias, y de otras provincias que estén en igual caso.

Por lo dicho sabemos tambien cuándo puede el arrendador ser espelido de la cosa arrendada. Si el arriendo es por tiempo determinado, antes de acabar este, solo podrá ser despojado en los casos espresados, escepciones 1.ª *y siguientes*; pero una vez concluido puede ser echado, aunque no precediese desahucio, á no ser que permaneciese tres dias mas en la finca, y sin necesidad de anterior aviso, como ántes mandaba la *ley* 3, *tit.* 10, *lib.* 10, *Nov. Rec.* Siendo el arriendo sin tiempo determinado, podrá, segun el *cit. art.* 6, ser despojado el colono al año siguiente al en que fué avisado dejase libre la heredad, y no antes. Pero sobre esto último pueden ofrecerse dos dudas: una, si debe entenderse lo mismo respecto á casas ú otras cosas; pues el *decreto*, como tengo dicho repetidas veces, solo habla de heredades; otra, si ha de interpretarse su letra, y acomodarse á la costumbre y necesidades de los paises; ya me esplicaré. Con respecto á la primera tengo por indudable que en los arriendos de casas sin tiempo determinado no hay necesidad de avisar al arrendatario un año antes, atendida la *d. ley* 20, *tit.* 8, y su razon espuesta arriba, sino algunos dias que la costumbre de los paises tiene por lo regular prefijados, arreglándose á los que son necesarios para el inquilino poder buscar otra casa. La decision de la segunda no se presenta tan espedita; porque por una parte son respetables los usos de los paises introducidos por la necesidad, para que los colonos tengan tiempo, no precisamente de avisarse por otro lado, sino de recoger los estiércoles con que tienen abonadas sus tierras, ó como dicen los labradores, levantar culturas, lo que no puede hacerse en muchísimos sitios, en que la tierra es pingüe y fructífera, en solo un año; y por otra las espresiones del decreto están demasiado terminantes. Tengo visto dar dictámen mas de una vez, con arreglo á lo primero; de que el colono despues de requerido con el despojo por el dueño, debe continuar en el arriendo, no solo un año, sino el tiempo que en su pais sea necesario para recoger ó levantar los estiércoles ó culturas de las tierras; y tengo visto tambien opinar

que en justa observancia de *d. art.* 6, pasado el año de intimado el desahucio no tiene el labrador derecho á mas que á que se le pague y abone lo que puedan valer los estiércoles, que tenga por recoger, á justa tasacion. En esta division de los letrados mis lectores elegirán la opinion que les parezca.

De todos los casos en que espresé debe el conductor dejar la cosa, hay que esceptuar el en que el dueño no le quiera abonar las mejoras hechas en ella, hasta que lo haga, *véase la ley* 44, *tit.* 28, *P.* 3, *vers. Et.*

Núm. 6. *De la baja ó aumento del precio por buena ó mala cosecha.* La equidad que debe observarse en todos los contratos exige que el precio que ha de pagar el arrendatario tenga proporcion ó igualdad con el provecho que saca del uso de la cosa, que le concede el dueño; y de ahí es ser aplicable á este contrato cuanto sobre lesiones dije en el *tit.* 10, *núm.* 6. Y aqui debo advertir, que por el *art.* 2 *de d. decreto*, si bien se permite usar del remedio de la lesion y engaño, con arreglo á las leyes se prohibe que ni el dueño ni el arrendatario de cualquier clase puedan pretender que el precio estipulado se reduzca á tasacion, lo que solia hacerse antes repetidas veces. No suponiendo que este *art.* 2, derogue ciertas leyes de Partida que mandan aumentar ó bajar el precio, cuando las cosechas suben ó disminuyen, paso á espresar lo que estas disponen.

Si de alguna heredad arrendada se perdiesen ó destruyesen todos los frutos por algun caso ú ocasion que acaeciese, que no fuese muy acostumbrada, no está tenido el arrendador á dar cosa ninguna del precio, pues es justo que perdiendo él la simiente y gastos del cultivo, pierda el dueño la renta que debia haber, *ley* 22, *d. tit.* 8, que pone varios ejemplos de estas ocasiones. Gregorio Lopez, en *su glos.* 3, interpretando aquellas palabras *que no fuese muy acostumbrada*, dice, que si los casos fueren de los acostumbrados ó frecuentes, no tendria lugar la remision de la paga: cuya razon parece ser el que de estos por su frecuencia debe creerse que pensaron en ellos los contrayentes, y los despreciaron bajando en su razon el precio. Cuando no se pierden todos los frutos, sino que el arrendador coge alguna parte de ellos, quiere la *mis-*

ma ley 22 que tenga la eleccion, ó de dar al dueño todo el arrendamiento ó lo que sobráre de los frutos, despues de sacar para sí las espensas que hizo. Tratan latamente este asunto, Molina, *de just. et jur., tract.* 2, *disp.* 495, y Covarrubias, *practicar. quæst., cap.* 30, el cual en el *vers. Vidi*, dice haber visto muchas veces en la Chancillería de Granada, decidirse estas cuestiones sin atender á *d. ley* 22, haciéndose la remision ó baja del precio en la tercera ó cuarta parte, segun el arbitrio de los jueces, por cuanto no es fácil hacer constar ni de la cantidad de los frutos ni de las impensas, por las varias y diferentes deposiciones de los testigos.

Este derecho del arrendador de no poder exigírsele paga alguna, cuando por ocasion de aventura se pierden todos los frutos, cesa en los casos siguientes: 1.° Cuando esta ocasion viene por su culpa, *d. ley* 22. 2.° Si al contraerse el arrendamiento se obligó á pagar el precio en cualquier ocasion que se perdieren, *ley* 23, *d. tit.* 8. 3.° Cuando habiéndose hecho el arrendamiento por dos ó mas años, se pierden los frutos en uno, y en el anterior ó posterior se cogen en tanta abundancia, que bastan para pagar el precio de los dos años, y los gastos que en ellos se hicieron; pues entonces pagará tambien el precio por razon del año malo ó estéril; en términos que, aunque el locador le hubiese hecho ya remision del de aquel año, se lo podrá pedir despues sobreviniendo el abundante, *d. ley* 23.

Al contrario de todo lo dicho, si acaeciese que la heredad arrendada diere tantos frutos en un año, que pueden montar mas del doble de lo que solia rendir en un año con otro, deberá el arrendatario doblar el precio del arrendamiento; porque es cosa justa que el dueño á quien pertenece la pérdida cuando no hay frutos, tenga el beneficio cuando los haya abundantes. De esto, que dice el Sr. Sala no ha visto practicar nunca, debe esceptuarse el caso en que la tal abundancia provenga de la mayor industria ó cultivo del arrendador, ó por mejoras que hubiese hecho, *d. ley* 23.

Núm. 7. *Del arrendamiento de cosas públicas.* Solo falta advertir en conclusion de este título, que aunque en los arriendos comunes de los particulares no cabe, despues de

consentidos por las partes, el admitir un nuevo arrendatario mas ventajoso, en los de rentas reales hay lugar á la puja despues de haberse rematado, si alguno quisiese aumentar el precio en la décima parte mas del en que estaban rematadas, ó á lo menos en la vigésima ó mitad de la décima, que por lo mismo suele llamarse media décima, ó media puja entera. Este aumento ha de dividirse en cuatro partes iguales, siendo las tres para el real patrimonio, y la otra para aquel á cuyo favor se habia rematado, y es escluido por la puja, *leyes* 2 *y* 3, *tit.* 13, *lib.* 9, *Nov. Rec.* Despues del segundo remate, no puede ya admitirse nueva puja, si no es que fuere de voluntad de las partes, ó tan grande que montáre la cuarta parte de la renta, *ley* 5, *d. tit.* 13, y esta es la que suele llamarse *cuarta puja.* El modo de gobernarse este asunto está esparcido en las leyes del *mismo tit.* 13.

Todas las circunstancias prevenidas para estas pujas, están mandadas observar en los arrendamientos de los bienes pertenecientes á los pueblos, conocidos por el nombre de propios y arbitrios, *ley* 16, *tit.* 16, *lib.* 7, *Nov. Rec.* Sus *leyes* 25 *y* 26 ordenan, que concluido y cerrado el remate, solo se admita la cuarta puja por el espacio de 90 dias; y que se saque en este caso á nuevo remate por nueve mas. Cuando la puja escede de la mitad del precio, hay quien dice debe admitirse pasados los 90 dias, ya en uso de la lesion enorme, ya en el del beneficio de la restitucion *in integrum.* Estos arrendamientos deben hacerse á todo riesgo, *art.* 10, *cap.* 3, *instruc. de* 13 *de Octubre de* 828.

Esta cuarta puja tiene tambien lugar en las ventas ó enagenaciones de los bienes raices de los hospitales, y otras obras pías, segun el *cap.* 13 *de la instruccion de* 2 *de Febrero de* 1799, mandada observar en dichas ventas.

Núm. 8. *Resúmen de este tit.* 13. Por *su núm.* 1 sabemos, qué nombres suelen distinguir este contrato, segun las diversas cosas que tiene por objeto, y cuál es mejor adoptar para distinguir los contrayentes; qué cosa sea aquel, y qué circunstancias le constituyen: por *el* 2, que pueden arrendar todos los que pueden contratar; con una muy pequeña escepcion; que pueden arrendarse todas las cosas de que cabe

recibir utilidad, las obras de las personas, y qué debe observarse en el arriendo de cosas comunes: en el *núm.* 3 vimos, qué derechos y obligaciones afectan al conductor y locador respectivamente; que entre las de este debe enumerarse la de abonar á aquel los perfectos hechos en la cosa arrendada, que aumenten su renta, siempre que el conductor no esté bastante indemnizado con los provechos que ademas de lo regular hubiese sacado de la cosa; y cómo deben reglarse los servicios entre amos y criados: en *el* 4, que en este contrato de arriendo se prestan comun y ordinariamente la culpa leve, y en algunos casos la levísima, y el caso fortuito; que el locador puede enagenar la cosa arrendada; y que antes el comprador podia despojar al arrendatario, y este subarrendar la finca, lo que hoy no se permite: en *el* 5, que el arrendamiento hecho por tiempo determinado dura lo que este, y que concluido se acaba él tambien sin necesidad del anterior aviso, que prescribia la *ley* 3, *tit.* 10, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, esceptuados los casos en que acababa antes entre ellos el arrendamiento hecho por el que arrienda cosa no perteneciente á su patrimonio, segun la distincion alli espresada; que si es por tiempo indeterminado se acaba á voluntad de las partes, avisándose un año antes siendo de tierras el arrendamiento; y que es dudoso si esto debe limitarse con arreglo á la costumbre de los paises, y si en casas y otras cosas basta el aviso de menos tiempo: en *el* 6, que ni el dueño ni el arrendatario tienen derecho á que el precio se aumente ó baje á justa tasacion; y por lo regular cuando ocurre una cosecha muy pequeña ó muy grande, y es desusada, se baja ó aumenta aquel, esceptuados algunos casos: y por último, en *el* 7 vimos, cómo se celebran los remates ó arriendos de las cosas públicas.

TÍTULO XIV.

DE LOS CENSOS.

Título 15, libro 10, Novísima Recopilacion.

§. I.

Del Enfitéutico y Reservativo.

Número 1. *De qué modos pueden constituirse los censos; sus especies; y definicion del enfitéutico.* Entre las muchas particularidades que envuelven los censos, como tendremos ocasion de ver, no es la menos notable el que puedan constituirse por medio de un verdadero contrato, ó sin que este preceda, por testamento ó donacion. Con todo, lo mas regular y que sucede casi siempre es, el que se establezcan por contrato que, aunque tiene mucha semejanza con los de venta y arrendamiento, *leyes* 3, *tit.* 14, *P.* 4, 28, *tit.* 8, *P.* 5, y no pocas veces es formalmente venta, en lo general es enteramente distinto. Y hé aqui el motivo por que todos los tratadistas hablen de los censos entre los contratos. Empero en las definiciones y demas que hable de ellos, ya que no siempre se otorgan por contrato, pienso seguir el plan del Sr. Sala, de hablar de los censos en general, sin atender á que se constituyan por contrato ó por otros medios.

En el censo enfitéutico, tanto que se contituya por contrato, como por testamento, ó de otro modo, exigen *nuestras d. leyes* 3 *y* 28, el que se haga por escritura (no dicen que precisamente sea pública), y de lo contrario no valga. Es verdaderamente una anomalía y falta de principios el reducir un contrato, que la razon y el derecho dictan sea consensual, á literal, como efectivamente se hace por estas dos leyes. Sí: por mas que Heinnecio, hablando de igual disposicion del Derecho Romano, diga que la escritura solo se requie-

re para que conste del convenio, lo cierto es que se exige por dichas leyes, como circunstancia esencial, y que sin ella no hay contrato.

La palabra *Censo* se toma á veces por lo mismo que tributo. Asi se dice en el *cap.* 22, *vers.* 17 *del Evangelio de S. Mateo, ¿Licet censum dare Cesari an non?* y en la *ley* 8, *tit.* 22, *P.* 1, censo ó tributo. Pero esta significacion no es propia de este lugar, en el que entendemos por censo *Un derecho que tenemos de exigir de otro á quien hemos concedido algo cierto rédito ó pension.* Tres son sus especies: enfitéutico, reservativo, y consignativo. Se muestra muy desafecto á los tres el Su. Sala, por considerarlos muy perjudiciales al estado, como lo prueba Vizcaino en su tratado *sobre los estragos que causan los censos*, y en especial á los enfitéuticos.

Este es; *El derecho que se tiene de exigir de otro cierto canon ó pension ánua perpétuamente, en razon de haberle transferido para siempre el dominio útil de alguna cosa raiz, reservándose el concedente el directo con la condicion de no poderle quitar la cosa á él ni á sus herederos mientras pagáren la pension.* Esta definicion va formada segun el modo ordinario de constituirse este censo, y no con escrupulosidad lógica; porque tambien puede constituirse para sola la vida de aquel que recibe el dominio útil, ó por largo tiempo de diez ó mas años, *d. leyes* 3 *y* 28, y Gregorio Lopez, en *su glos.* 4. El Sr. Molina, *trat.* 2 *de justitia et jure*, advierte, que si en la concesion del enfiteusis (asi se suele llamar con un solo nombre este censo, que tambien se aplica al contrato en que se constituye) no se espresa tiempo, se entiende ser perpétuo, por ser esta su naturaleza ordinaria. Daríase sin duda una definicion mas clara del censo enfitéutico definiéndole como contrato; pero atendiendo á lo espuesto al principio, me pareció que para la de nuestros censos, mas que una rigurosa exactitud, se debe buscar una definicion general que abrace sus tan diversos particulares. Con todo, en la que he dado hay lo bastante para distinguir el enfiteusis contrato, de los de compra y venta.

No falta quien quiera considerar el enfiteuta solo como

un mero usufructuario; pero por la definicion y por otros particulares sacados de nuestras leyes, que veremos, se conoce evidentemente su error y equivocacion.

Núm. 2. *Derechos que produce el enfiteusis á favor, ya del dueño del dominio directo, ya del del útil ó enfiteuta.* Los efectos que produce este censo á favor del que le concede son: 1.° Que se queda con el dominio directo de la cosa censida. 2.° Que adquiere derecho de exigir del enfiteuta las pensiones, de modo que si este deja de pagárselas por tres años, ó por dos si es á iglesia, cae en comiso la cosa y la puede tomar el señor directo sin mandato del juez: bien que tiene el enfiteuta diez dias para purgar su tardanza ó mora, es decir, que si en dicho término paga sin pleito, debe el dueño directo recibir la paga y no tomar la cosa. Y no es necesario, siempre que en estos plazos no pagáre, para apoderarse de su cosa dicho dueño, el que por sí ó por otro haya pedido la pension; porque se entiende que el mismo dia del plazo pide por él, *d. ley* 28, *tit.* 8, *P.* 5. Pero á pesar de facultades tan ámplias como esta ley le concede, el uso no ha recibido tan absoluta potestad del señor directo, sin duda porque siempre suele haber oposicion, y entonces no puede prescindirse de implorar la judicial autoridad. 3.° Cuando el enfiteuta quisiere vender la cosa, lo debe hacer saber al dueño directo, y á qué precio; y si este la quiere por el tanto, es preferido. Y solo cuando dice que no la quiere, ó sabedor calla, la puede el enfiteuta vender á otro, de quien pueda el señor directo haber el censo tan ligero como del mismo, *ley* 29, *d. tit.* 8. A este derecho de tanteo que tiene, le solemos llamar *de fadiga*; y no puede nunca cederse á otra persona, *art.* 7 *al fin de la ley de* 3 *de Mayo de* 823, *restablecida en* 2 *de Febrero de* 837. 4.° Cuando se vende la cosa tiene el derecho de laudemio ó luismo, que es la quincuagésima parte del precio por que se vende, ó de la estimacion si se diere, que debe pagarle el nuevo poseedor, á quien el dueño directo está obligado á recibir por enfiteuta, *d. ley* 29. Téngase presente sobre esto el núm. siguiente. Como muchas veces despues de hecha la venta puede suceder se deshaga, ya por el pacto de la ley comisoria, retroventa, retracto ú otra causa, y

dudarse si se deben uno ó mas laudemios, véase lo dicho *tit.* 12, §. 2, sobre la alcabala, pues rigen en un todo las mismas reglas. 5.° Dividiéndose entre varias personas el dominio útil de un fundo ó casa, puede el dueño directo obligarles á prorratear las pensiones entre sí, nombrando por recaudador de ellas, ó como suele decirse cabezalero, al mayor porcionero, para que él cobre de los demas, y luego pague al dueño, Hervella, *cap.* 12 *de su citada obra*, en el que se echa de ver toma los foros por el censo enfitéutico.

A favor del enfiteuta produce la enfiteusis los derechos siguientes: 1.° Adquiere el dominio útil de la cosa enfitéutica. 2.° En consecuencia de este dominio la puede vender en los términos referidos, y aun sin noticia ó sabiduría del dueño directo empeñarla á persona tan ligera y abonada para pagar el censo como el mismo enfiteuta. De aqui es que si la vende ó empeña á persona mas poderosa, no vale el contrato y pierde el derecho que tenia en lo cosa, *d. ley* 29. En su *glos.* 14, dice Gregorio Lopez, que en la misma pena de comiso caerá el enfiteuta si vende la cosa aunque sea á persona igual, si lo hace sin requerir antes al señor directo; pero la ley no lo espresa en este caso. 3.° Puede de la misma manera imponer servidumbre sobre la cosa, y constituir á beneficio de otro el usufructo de ella, Molina, *Hisp. primog.*, *lib.* 1, *cap.* 20, *núm.* 2. 4.° No se le puede quitar la cosa, sino es que cese en pagar la pension por el espacio de dos ó tres años en los términos esplicados. 5.° Aunque este censo se paga en reconocimiento de la señoría directa, se acaba y liberta enteramente de la paga el enfiteuta, si la cosa padeciese tal quebranto que aunque quedase algo de ella, fuese menos de la octava parte, *d. ley* 28, *tit.* 8, *P.* 5. 6.° Tiene derecho á poder redimir tanto la pension que pague, sea en dinero ó frutos, como el luismo ú otro derecho del señor directo, *art.* 9 *de d. ley de* 3 *de Mayo*, (de lo que hablaré §. *sig.*, *número* 9, al tratar de la redencion del censo consignativo) ya proceda el enfiteusis de señorío, ya de contrato, á que *d. art.* llama *alodial.* En el *núm.* 4, espresaré la limitacion que en mi concepto debe darse á la redencion del enfiteusis proveniente de contrato. 7.° A que cuando el dueño venda su dominio

directo le avise para poder tambien retraerle, *d. art.* 7, *ley de* 3 *de Mayo.*

Num. 3. *Qué tiempo dura el derecho de fadiga; del laudemio ó luismo; y de los foros de Galicia y Asturias.* En el *tit. de retractos, num.* 9, vimos que nuestras leyes no fijan el tiempo dentro del que el dueño del dominio útil deba hacer uso del derecho de tanteo, y que solo por opinion de los autores, se señalan los 9 dias que en los demas retractos. Por el contrario al dueño del dominio directo de una cosa por enfiteusis, le concede dos meses la *ley* 29, *d. tit.* 8, sin mentar ni dar derecho alguno al del útil ó enfiteuta. Pero como por el *art.* 7, que acabo de citar *núm. ant.*, se establece que el derecho de tanteo ó fadiga sea *recíproco* en adelante para los poseedores de uno y otro dominio, y que siempre que uno le enagene deba avisar al otro dentro del término *prescrito por la ley*, juzgo que hay motivo para dudar si hoy el poseedor del dominio útil debe gozar de los mismos dos meses que el del directo. Sin que pretenda decidirla, no puedo menos de inclinarme á la opinion afirmativa, atendida la reciprocidad que el *d. art.* 7 les concede.

Viniendo al derecho de laudemio ó luismo, debo decir que la *ley* 29, *d. tit.* 8, *P.* 5, ordena en general consista en cobrar el dueño del dominio directo, cuando se vende el útil, la quincuagésima parte, ó el 2 por 100 del precio porque este se enagene, ó de su estimacion cuando se dona, que debe pagarle el nuevo poseedor; y que en Valencia, y tal vez en otras provincias de España, se paga el 10 por 100, por costumbre introducida, de que, y no sin razon, se lamenta Sala, *núm.* 6 *de este tit.* Pero hoy tenemos una nueva disposicion en *d. ley* 3 *de Mayo*, que debe servir esclusivamente de guia en la materia. Para poder entender lo que dispone sobre esto, es necesario traer á la memoria, qué especies de señoríos territoriales y solariegos vimos en el *tit.* 2, *núm.* 4, se conservan á los señores por la *ley de* 6 *de Agosto de* 811, y por los *primeros arts. de la de* 3 *de Mayo.* En los enfiteusis que deben á ellos su orígen, y les pertenecen, dispone el *art.* 7 *de esta última ley*, que la cuota que con el nombre de laudemio, luismo ú otro equivalente se deba pagar al señor directo, no ha de esceder

de la cincuentena, ó sea el 2 por 100 del valor líquido de la misma finca, con arreglo á las leyes del reino, cualesquiera que sean los usos ó establecimientos en contrario: y que los poseedores del dominio útil no tendrán en lo sucesivo obligacion de pagar cosa alguna por razon de fadiga ó tanteo.

Esta disposicion recae, repito, sobre los enfiteusis, que deben su orígen á dichos señoríos, y no se entiende en modo alguno con respecto al cánon ó pensiones anuales, que segun los contratos existentes se pagan por los foros y subforos ó enfiteusis de dominio particular, ni á las que satisfacen con arreglo á los mismos contratos por reconocimiento del domino directo en los enfiteusis puramente *alodiales*, *art.* 8.

Pero cesarán para siempre donde subsistan las prestaciones conocidas con los nombres de terratge, quistia, fogatge, fova, llosol, tragi, acapte, lleuda, peatge, ral de batlle, dinerillo, cena de ausencia y de presencia, castilleria, tirage borcatge y cualquiera otra de igual naturaleza; sin perjuicio de que si algun perceptor de estas prestaciones pretendiere y probáre que tienen orígen de contrato, y que le pertenecen por dominio puramente alodial, se le mantenga en su actual posesion: no entendiéndose por contrato primitivo las concordias con que dichas prestaciones se hayan subrogado en lugar de otras feudales anteriores de la misma ó idéntica naturaleza, *art.* 8.

En Galicia solemos conocer el censo enfitéutico con el nombre de *foro*, como se echa de ver por lo que dice nuestro práctico el Señor Hervella, *lugar citado*, por su naturaleza enteramente semejante, y por las escrituras de imposicion de nuestros foros. Por consiguiente, cuanto va dicho de aquel entiéndase estensivo á estos en un todo con las siguientes esplicaciones. Hemos visto en el *núm.* 1, que la duracion del enfiteusis puede limitarse á ciertas vidas ó determinado número de años; pero de los foros de Galicia, Asturias y de otras provincias que estén en igual caso, dispone la *ley* 3 *al fin*, *tit.* 10, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, no se concluyan aun acabado el tiempo ó las vidas porque se concedieron; disposicion respetada por los redactores de *la ley de Cortes de* 8 *de Junio de* 813, que se halla restablecida, véase *su art.* 6. Vimos tambien *al fin del núm.* 2, que el *art.* 9 *de la ley de* 3 *de Mayo de* 823

ordena, se pueda redimir la pension que ya en frutos, ya en dinero pague el enfiteuta al dueño directo, arreglándose en la redencion á lo dispuesto por los *arts.* 4 *y siguientes de la ley* 24, *tit.* 15, *lib.* 10, *Nov. Rec.*; y el *art.* 2 *de esta* prohibe la redencion en los foros de Galicia y Asturias hasta en los temporales.

Núm. 4. *Qué sea censo reservativo; y modos de constituirse.* El Sr. Sala ocupa algunos números en lamentarse de varios escesos que en este censo se cometian en el reino de Valencia por los dueños directos. Entre otros el de que los que pagaban fruto de aceitunas tuviesen que molerla precisamente en los molinos de aquellos. Pero como este y otros privilegios que no deban sostenerse como odiosos, cesaron por las leyes modernas tantas veces citadas, omito ocuparme de algunos particulares que aquel refiere.

Dice el mismo, que hay censo reservativo ó retentivo, *cuando alguno da á otro alguna cosa raiz transfiriéndole todo el dominio directo y útil, reservándose cierta pension ánua en frutos ó en dinero, que le ha de pagar el que le recibe.* Toma su nombre de la reservacion de la pension, y es de orígen antiquísimo, pues ya hizo uso de él José, cuando á nombre de Faraon concedió campos á los israelitas con obligacion de haber de pagar la quinta parte de sus frutos.

Puede constituirse este censo por convencion, como es lo regular, ó por testamento, como si el testador legase á alguno cosa fructífera, con la reserva de haber de pagar cierta porcion de sus frutos á sus herederos, Avendaño, *tract. de Cens., cap.* 3.

Puede ser perpétuo y absolutamente irredimible, ó redimible, segun la voluntad del concedente, pues aunque las *citadas leyes* 24, *tit.* 15, y *de* 3 *de Mayo de* 823 dicen, que pueda redimirse toda carga perpétua, no deben entenderse cuando uno, en uso del sagrado derecho de propiedad, prohibe se haga esto en una cosa cuyo dominio concede solo bajo esta condicion: á no ser que por redimirle se quiera entender, no privar de su derecho al dueño directo, sino dejar á su disposicion aquella. No cabe suponer en *dichas leyes* un ataque y una oposicion tan marcables á aquel. Como esta razon comprende de lleno al censo enfitéutico, juzgo debe decirse lo

mismo de él. En efecto, ¿qué razon puede dictar el que se me despoje de mi propiedad? Pues si se permite á un sugeto, á quien concedí un fundo solo para que le gozase pagándome cierta pension, el que por cierta cantidad redima esta y se quede con la finca libre, ¿no se me despoja de la propiedad de esta de que pensára privarme solo en parte?

Si se dudáre en este particular de la voluntad del concedente, dice Sala, que antes se debe considerar el censo perpétuo que redimible, por ser esta su naturaleza ordinaria, como advierte Feliciano, *de Cens.*, *tom.* 2, *lib.* 1, *cap.* 10, *num.* 8, y Molina, *d. tract.* 2 *de just. et jure*, *disp.* 382; y porque reservándose el dueño el derecho de cobrar la pension en lugar del dominio, debe ser perpétuo segun lo era este. No parecen infundadas estas razones; pero su fuerza está destruida por el *art.* 3 *de la ley de* 3 *de Mayo*, y *las recopiladas citadas;* en las que á lo mas cabe la limitacion que acabo de espresar, esto es, que deberán tenerse por perpétuos los censos enfitéutico y reservativo, solo cuando conste ser la voluntad del señor directo, conservar siempre este dominio en su cosa; lo que será bien espresar claramente en las escrituras de imposicion.

Suele ocurrir á veces, y sea dicho de paso, que estos están en términos tan ambiguos, que puede dudarse si el censo es reservativo ó consignativo, y en tal caso unos autores quieren que deban interpretarse por el primero, véase el Sr. Covarrubias, *lib.* 3, *var.*, *cap.* 10, *núm.* 5, y otros que por el segundo, Vela, *disert.* 33, *núm.* 70; cuya cuestion de poco valor hoy, que uno y otro son redimibles, es claro puede tan solo decidirse fijándose con atencion en lo que de sí arroje la escritura.

Núm. 5. *Diferencias entre el censo reservativo y el enfitéutico.* Tanto acerca del censo reservativo como del enfitéutico, están muy escasas nuestras leyes, como se puede haber notado en el *núm. ant.*: por esto se está en el caso de adoptar las opiniones de los autores, á no ser en lo que se oponga á aquellas. Los Sres. Covarrubias, *d. lib.* 3, *cap.* 7, *núm.* 1. Molina, *d. trat.* 2, *disp.* 381 y otros, notan entre el censo reservativo y el enfitéutico las siguientes diferencias. 1.ª Que por el primero se transfiere tanto el dominio útil como el directo, y por el enfitéutico solo el útil, quedando el otro en el conce-

dente, que por ello se llama dueño ó señor directo, Avendaño, *en d. trat.*, *cap.* 13, *núm.* 3, dice ser esta la llave para conocer la naturaleza de ambos censos, que todos reconocen por tal. Y de ella viene lo que suele decirse que pagamos la pension en el censo reservativo de cosa nuestra; y la enfitéutica de cosa agena. 2.ª Que el enfiteuta no puede vender su dominio útil sin hacerlo saber al dueño directo, y si no lo hace, cae la cosa en comiso á favor de dicho dueño. 3.ª Cuando la vende pertenece á este el luismo, segun vimos arriba: todo lo cual no tiene lugar en el censo reservativo, á no ser que se pacte asi. Molina, *d. disp.* 381, y comunmente los demas que hablan de este asunto. 4.ª Cae tambien en comiso la cosa enfitéutica si el enfiteuta deja de pagar la pension por dos ó tres años en los términos esplicados, *núm.* 2; lo que no sucede en el censo reservativo aunque por mil años no se pague; Covarrubias, *d. núm.* 1, con la comun: de modo que es esto fuera de toda duda, con tal que no se haya estipulado lo contrario. Si en su constitucion se pone pacto ó condicion, que no pagando el censatario la pension caiga en comiso la cosa, debe observarse, *ley* 1, *d. tit.* 15, *lib.* 10, *Nov. Rec.* (68 de Toro).

Aunque esta ley habla en términos tan generales que su disposicion es igualmente aplicable á las tres especies de censos, sin que pueda encontrarse en ella una palabra que aluda mas á unos que á otros, á pesar de eso no debe estenderse por lo regular al consignativo, porque á poco que se reflexione déjase conocer cuan injusta sería la pena de comiso en este en muchos casos. Efectivamente el conceder al censatario este derecho sería darle el de hacerse con la cosa en que se hubiese asegurado el censo á menos precio, y con gran pérdida del censatario, pues en lo general aquella escede en gran parte al valor del capital de este. Asi asegura el Sr. Sala, *núm.* 11 *de este tit.* 14, opina Molina, *d. disp.* 381, y prueba latamente Avendaño, *d. trat.*, *cap.* 90, *núm.* 4, cuya inteligencia está recibida en la práctica como lo confiesan aun aquellos doctores que juzgan convenir las palabres de la ley al censo consignativo, como son, entre otros, Covarrubias, en *d. núm.* 1, y latísimamente Gutierrez, *de juram confirm.*, *part.* 1, *cap.* 31, *núm.* 10, y *pract. quæst.*, *lib.* 2, *quæst.* 68, en donde dice que

la pena de comiso en el censo consignativo es injusta é inicua y que por ello ni está en uso ni debe estarlo. La razon que ponen estos autores de admitirse este pacto en el censo reservativo es el que concediéndose en este censo el dominio directo y útil de una cosa, puede justamente el concedente no quererle conceder sino bajo dicho pacto, como en el enfitéutico lo quiere hacer el dueño directo respecto del dominio útil.

Si llegáre á dudarse si un censo es enfitéutico ó reservativo deberá decidirse por las diligencias de un buen exámen de las circunstancias, atendiendo mas á la naturaleza y substancia del contrato que á las palabras, que confunden frecuentemente los escribanos por su impericia, como avisa Avendaño, en el *cap.* 13, *núm.* 6, Covarrubias y otros.

Núm. 6. *Resúmen de este* §. I. Reduciendo á un punto de vista lo en él dicho, sabemos por su *núm.* 1, que los censos pueden constituirse por contrato ó título oneroso y por título gratuito; que el enfitéutico debe otorgarse por escrito; que hay tres especies de ellos: enfitéutico, reservativo y consignativo; cómo se define el primero, y que puede ser perpétuo ó temporal: por el 2, qué derechos y obligaciones nacen del enfiteusis, tanto á favor del señor directo, como del dueño del dominio útil: por el 3, que es dudoso si el derecho de tanteo, concedido á este, dura los dos meses que el del directo; que lo que se cobre por laudemio en los enfiteusis, no provenientes de contrato, no puede esceder del 2 por 100; que deben cesar para siempre las prestaciones conocidas con los nombres de terratge y demas espresados; y que en los foros de Galicia debe observarse lo esplicado de la enfiteusis, exceptuadas las dos limitaciones dichas: en el *núm.* 4 vimos, qué sea censo reservativo, que se constituye de los modos espresados arriba, que tanto él como el enfitéutico pueden ser redimibles ó perpétuos; y qué debe observarse cuando se duda si un censo es reservativo ó consignativo: y por último vimos en el 5, qué diferencias median entre los dos censos, enfitéutico y reservativo, que puede imponerse en este la pena de comiso, pero que es injusta ordinariamente en el consignativo; y que debe mirarse para distinguir aquellos.

§. II.

Del Censo Consignativo.

Número 1. *Su definicion, cómo y sobre qué cosas puede constituirse.* Como ya dije, hablando del reservativo, están muy faltas nuestras leyes acerca de estos dos censos, por lo que se hace indispensable adoptar las opiniones mas seguidas entre los comentadores. En el que actualmente nos ocupa me veré ademas en la precision de sentar algunas enteramente nuevas, ya por la variedad con que hoy piensan los economistas acerca de la usura, y ya por no haber acordado Sala (al menos no la cita) ni por consiguiente cuantos le precedieron, la *ley* 23 *de d. tit.* 15, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, que establece doctrinas muy nuevas en esta materia.

Este autor, *núm.* 14, al definir el censo consignativo espresa, que para constituirle ha de mediar forzosamente numeracion y entrega de precio, y que ha de establecerse sobre bienes raices, fundado en el dictámen de Vela, *disert.* 34, *núm.* 37, Covarrubias, *lib.* 3, *var.*, *cap.* 7, *núm.* 2, Avendaño, *d. tract. de cens.*, *cap.* 37, *núm.* 20 y otros autores antiguos afanados estremadamente en buscar medios de desviar la usura de este contrato, contradiciendo su verdadera naturaleza. De suerte, que al paso que le denominan compra, dicen no se perfecciona como estas con solo el consentimiento. Mas destruídas todas estas sutilezas por *d. ley* 23, que permite interponer y manda observar cuantos pactos establezcan los contrayentes, y que el censatario no solo hipoteque bienes raices, para la seguridad del censo, sino que se obligue á sí y á sus sucesores á su pago, *art.* 3 *de d. ley*, indispensable se hace buscar una definicion que se acomode mejor á estas nuevas disposiciones.

Asi, arreglándonos á ellas, y á la naturaleza y verdadera idea que debe formarse del censo consignativo, yo creo que puede definirse: *Un contrato de Compra y Venta, por el cual dando uno cierto precio á otro, le compra el derecho de cobrar de él ó de ciertos bienes una determinada pension ánua.* Dije contrato de compra, porque este es el modo mas

regular y ordinario de constituírse: si bien es cierto que puede hacerse por otros títulos, como permuta, donacion, compensacion de tributos ó de obras, ó por última voluntad. Siendo verdadera compra el contrato de censo cuando se constituye por este medio, no veo una razon plausible por qué deba mediar forzosamente en su constitucion la entrega del precio contra la naturaleza del contrato consensual de compra. Se dirá que mientras el censualista no entrega este, no está el censatario obligado á contribuirle con la pension; pero esto nada vale; por eso no deja de estar verdaderamente celebrado el contrato de censo, del mismo modo que lo está el de venta antes de la entrega del precio, no obstante que mientras esto no se efectúa, el vendedor no puede dejar de entregar su cosa. Segun esto creeré que, como en toda compra y venta, una vez prestado el debido consentimiento sobre el precio y la pension, puede el censatario obligar al censualista á que le dé aquel, y este al primero á que lo reciba y le contribuya con la pension. Se notará ademas en la definicion que puse compra del derecho de cobrar la pension; porque efectivamente él se compra. Sala, citando á Covarrubias, *d. lib.* 3, *cap.* 7, *núm.* 2, y Avendaño, *d. trat. de Censos, cap.* 37, *núm.* 20, dice que se pone en la definicion del censo el derecho de cobrar la pension, y no compra de la pension misma, porque esto sería dar dineros por dineros y el contrato usurario. Como si por mas que los autores quieran sutilizar el comprar el derecho de exigir la pension, y comprar esta, dejára de ser siempre una misma cosa.

Segun dije poco hace, este censo puede constituirse de varios modos; pero el principal es por medio del contrato de compra y venta. En este tratado hablaré del que se efectúa de este modo, por lo dicho de ser mas frecuente, y porque con su esplicacion se entenderá con facilidad lo que deba saberse de los establecidos por otros títulos.

Con estudio dejé de poner en la definicion de este censo consignativo el que el precio se dé sobre bienes raices de otro, como hace Sala; que consiguiente á la que de ellos dá, pretende sostener, *núm.* 34, que las cosas en que han de consignarse los censos deben ser fructíferas, é inmuebles ó raices,

ó cosa equivalente, como son aquellos derechos incorporales que natural é inseparablemente van adherentes á la tierra, por ejemplo, los de pacer, pescar, decimar ú otros semejantes. Se funda para decir esto, en que comprándose en la constitucion del censo el derecho de exigir la pension ó réditos, si la cosa no los produjera sería ridículo y usurario el contrato; y en la autoridad de Avendaño, *cap.* 53, Leotard. *quæst.* 56, Censio, *quæst.* 29, y de las estravagantes de Martino V y Calixto III que están en el cuerpo del Derecho Canónico, en *el tit. de ent. et vend.* Venero como es justo tan respetables autoridades; pero habiendo escrito en un tiempo en que el dinero dejó de tenerse por infructífero, y de consiguiente por ilícito y pecaminoso exigir de él pension ó rédito, creo que estamos todos dispensados de seguirlas hoy que tiene aquel por uno de los principales y mas productivos elementos de riqueza, y por indudable entre los que tienen algunos principios de economía política, que el cobrar réditos por el dinero ó la usura, conteniéndose en los límites de su verdadero valor, es sumamente justa y lícita.

Segun esto, no dudo afirmar son válidos los censos consignativos, aunque no se establezcan sobre cosa alguna, sino obligándose simplemente el censatario á pagar los réditos ó la pension de donde quiera que le vengan. Esta proposicion, si es que no se halla espresa en él, puede al menos apoyarse en *d. art.* 3 *de la ley* 23, *tit.* 15; pues permitiendo imponer en el censo consignativo cualquier pacto lícito, y que el censatario se obligue á sí y á sus herederos al pago de los réditos, claro está que admite en él alguna obligacion mas que la que se funde en la hipoteca de cosas.

Núm. 2. *Varias divisiones de este censo.* Se divide el censo consignativo: 1.° por razon de la cosa que se paga en pecuniario, cuya pension se ha de pagar en dinero, y en fructuario que se puede pagar en frutos, trigo, vino, aceite ú otros. Luego veremos si puede constituirse con pension que no sea dinero. 2.° En razon del tiempo puede establecerse de manera que la pension se pague por años, cada mes, ó á otros tiempos señalados. 3.° Por la duracion, en perpétuo y temporal. Esta especie se subdivide 4.° el perpétuo en irredimible,

que es absolutamente perpétuo, y en redimible, que se constituye con el pacto de retrovendendo, y llamamos al *quitar*; en el *núm.* 6, veremos si pueden tener lugar hoy los censos perpétuos: 5.° y el temporal puede constituirse ó para número cierto de años, como 20, 30, 40, ó para incierto mientras viviese el comprador, el vendedor, ó algun otro, y en este caso se llama *vitalicio.*

Este, dice el Sr. Sala, *núm.* 16, que es tan estraordinario y anómalo, que si se le examina por las reglas de los demas censos parece no serlo, fundado en que por él enagenando para siempre el precio ó capital sin esperanza de recobrarle jamás, se compra el derecho de exigir la pension á uno sin respeto á cosa alguna, ni á industria ó á obras del que ha de pagar, si solo para la vida de aquel por la cual fué constituido, la que acabada concluye él tambien y no de otra manera: de suerte que pende de ella en el constituirse y en el conservarse. El ser su precio menor que en los demas censos ó mayor su pension, que es lo mismo, por ser incierta la hora de la muerte de la persona durante cuya vida se estableció, hace que sea lícito, Salgado, *en labyrint.*, *part.* 1, *cap.* 20, Covarrubias, *cap.* 7, *núm.* 3, Feliciano, *lib.* 1, *cap.* 7, *número* 19, Vela, *disert.* 35, *núm.* 57, *y* 36, *núm.* 42, y Molina, *d. trac. de just. et jur.*, *disp.* 383.

Este último en *d. disp.* 383, presenta la division del mismo censo consignativo: 6.° en real y personal, dando este nombre á aquel que solamente se coloca en la persona con respecto á su industria ú obras, sin que haya cosa alguna obligada: y llamando real por el contrario á aquel en que median estas para la seguridad de la pension. Esta division que siguen, entre otros, Martinez, *librer. de jueces*, *tom.* 2, *lib.* 5, *tit.* 15, *núm.* 22, y los adicionadores á la Biblioteca de Ferraris en la voz *census*, la reprueban, Faria ad Covarrubias, 3 *Var*, *cap.* 7, *núm.* 27, Vela, *disert.* 15, *números* 27, 102 *y siguientes*, y Avendaño, *de Cens.*, *cap.* 28, por opinar que no puede haber censo personal, cuyo modo de sentir adopta Sala. Pero esta opinion que no dejaba de ser fundada en el tiempo en que dichos señores escribieron, atendidas las ideas que dominaban en materia de censos, caducó por la

tantas veces citada *ley* 23, *tit.* 15, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, que como vimos, *núm. ant.*, no solo permite los censos personales, sino cualquiera otro pacto con que quieran celebrarse, esceptuado uno que luego espresaré.

Hay otra especie de censos, conocida con el nombre de *juros;* y consiste en rentas que el rey concedió á alguno en compensacion ó remuneracion de sus servicios, ó por cierto precio sobre salinas ú otros derechos: cuyas concesiones son otras tantas constituciones de censo consignativo. De ahí es, que cuanto se ha establecido de los censos, tiene lugar en los juros, *not.* 1 *y* 2 *de d. tit.* 15; con sola la diferencia que de su venta no se paga alcabala como de las de los otros censos, segun prueba Larrea, *aleg.* 23.

Núm. 3. *Cosas necesarias en la constitucion de este Censo consignativo; y en especial de su precio y pension.* Tres son las cosas que en él deben atenderse: el precio por que se constituye ó compra, al que solemos llamar capital: la pension ó rédito que se paga: y la cosa en que se puede consignar ó constituir. Que esta no es absolutamente necesaria ya lo advertí, *núm.* 1: en los siguientes diré lo demas que deba notarse acerca de ella. Por lo mismo me ocuparé en este del precio y de la pension.

Con respecto al primero estableció el famoso Motu propio del Papa Pio V, *de creandis censib.*, publicado en el año de 1569, entre otras cosas, que hubiese de consistir en dinero efectivo, por lo que en los lugares en que esté en observancia no se puede dudar de ello. Aunque no está recibida en España esta bula, como dice espresamente *la ley* 7, *d. tit.* 15, quieren cuestionar nuestros autores si deben valer ó no los censos cuyo precio no consista en dinero: cuestion que, segun afirma el Sr. Sala, *núm.* 19, tiene por una y otra parte muchos defensores, citando por la afirmativa á Avendaño, *d. trat.*, *cap.* 37, y por la negativa á Feliciano, *lib.* 1 *de cens.*, *cap.* 4, *núm.* 10, quien asegura que cada dia declaraba el Supremo Consejo se rescindiesen (esto es, fuesen nulos) los censos constituidos por precio que no sea dinero. Sala se inclina á esta opinion, fundado en que la *ley* 6, *d. tit.* 15, establece que en el censo vitalicio consista el precio en dinero, lo

que debe hacerse estensivo á los demas; y en que asi se cierra la entrada á fraudes frecuentísimos en este contrato. Siento tener que separarme de casi todas sus opiniones en esta materia; pero no es estraño, atendido á que, como dije ya, en el dia se piensa de muy distinto modo sobre el valor del dinero, y á que fué anterior á *d. ley* 23, ó no supo de ella, pues no la cita nunca, y esta adoptó en su espíritu ideas enteramente nuevas y aun contrarias á las anteriores. Segun esto, debo decir que puede el precio del censo no consistir en dinero, si bien en este caso no se constituiría por contrato de compra como se deja conocer; y lo fundo, en que como el mismo Sala enseña, *núm.* 13, y aun reconoce al fin de *este* 19, no solo puede aquel efectuarse por medio de venta, sino por permuta, donacion, testamento, por juros y otros modos en que no cabe numeracion de precio; en que para evitar los fraudes tan temidos por aquel, hay el remedio legal de la lesion; y en los *artículos* 2 *y* 3 *de d. ley* 23, que como dije mas de una vez permiten en los censos la renuncia de leyes y cuantos pactos hay, menos el de que los intereses suban del 3 por 100.

Se requiere en el precio que sea justo, esto es, que su cantidad corresponda á la de la pension, teniendo con ella una justa proporcion. Esta ha variado mucho, segun los diversos tiempos, como puede verse en las *leyes primeras de d. tit.* 15. Omitiendo como inútil pararme en referir las diversas tasas que ha tenido, baste decir que en la actualidad está reducido el precio en los censos redimibles en los reinos de Castilla, Leon, y Corona de Aragon, á 100 por 3 de pension ó réditos, *leyes* 8 *y* 9, *d. tit.* 15. Cuya tasa debe observarse en los censos mas viejos ó anteriores á *dichas leyes*, como se previene en ellas, y en la *not.* 2, *d. tit.* 15, que ademas imponen pena de perdimiento de oficio á los escribanos que autoricen escrituras con pension mas alta: y en los juros segun se mandó por la *ley* 4, *tit.* 14, *d. lib.* 10, *Nov. Rec.*, allí: *Y arreglada su constitucion y la paga á los censos por serlo;* pero no asi en el vitalicio. La última tasa que sufrió este se encuentra en la *ley* 13 *y nota* 2 *de d. tit.* 15, derogatorias de la *ley* 6 *del mismo* que la ponia mas baja, y

la señalan á razon de 10 por uno en los censos constituidos por sola una vida, y de 12 por uno en los que se estienden á mas. Debo hacer presente que *d. ley* 6, publicada en 1583, prohibe que á lo sucesivo se pueda cargar por mas de una vida, y por consiguiente la segunda tasa tiene solo lugar en los censos anteriores á ella: y que aunque *dichas leyes* espresan las tasas de tantos al millar, he juzgado mejor acomodar la esplicacion al modo comun de hablar, pues sale la misma cuenta.

Del precio del censo irredimible, no hay tasa señalada en nuestras leyes, y está tambien sujeto á variaciones por la diversidad de tiempo y lugares. Sala, *núm.* 21, se ocupa en emitir la doctrina de Covarrubias, 3. *Var.*, *cap.* 10, *núm.* 1, Molina, *trat. de jus. et jur.*, *disp.* 385, que afirman debe ser mayor que el del censo redimible, en atencion á que es mas pesado que este para el censatario que le debe, por no tener en aquel la facultad de redimirle que tiene en este, cuya facultad se considera parte del precio como los demas pactos que favorecen al vendedor. No fijan al mismo tiempo la parte del esceso, queriendo unos que deba el precio del censo irredimible ser mayor que el del redimible en la tercera parte; otros que en la mitad, y otros que se arregle á la costumbre de la provincia, y la comun estimacion de los hombres. En el reino de Valencia el precio de estos censos, que llaman *muertos*, es al doble mayor del que tenian los de al quitar antes de los años 1705 y 750 en que se aumentó, esto es, á razon de 100 por 2 y medio, Bas *in theat. jurisprud.*, *cap.* 30, *núm.* 52. Pero no comprendo verdaderamente á qué viene todo esto hoy que no hay censo alguno irredimible; pues se permiten redimir todos, sean ó no perpétuos, por las *leyes* 22 *y* 24, *d. tit.* 15, como afirma el mismo Sala, *números* 23 *y* 52.

En los *números* 22 *y* 23 *d.*, ocúpase este en decir que en el censo enfitéutico debe el precio ser mucho mayor que en los otros, por ser mas gravoso al censatario, en razon del luismo y demas derechos enfitéuticos. Y que por esto en Valencia se observa que sea á razon de 100 por 2 y medio, ó lo mismo que el del consignativo irredimible; y la *ley* 12, *d.*

tit. 15, le regula á 200 por 3, por lo tocante á casas, y areas ó solares de Madrid; si bien la 22 *citada* permite redimir los cánones enfitéuticos impuestos sobre las casas de las ciudades del reino, pagando un capital doble por el cánon, regulado á razon de 33 y un tercio por millar, esto es, 3 por 100, de modo que viene á decirse sea este su precio. De aquí me parece se deduce, que nuestras leyes no fijan verdaderamente el precio del censo enfitéutico, pero que los autores opinan, por la razon espuesta, que debia ser mayor que el de los otros. Mas esta opinion hoy es de ningun valor, atendido el *art.* 8 *de la d. ley de* 3 *de Mayo de* 823, del que aparece queda á la libre disposicion de los contratantes el arreglar á su alvedrío la cuota de la pension, y por consiguiente el precio, y la del luismo, segun dije, *núm.* 3, §. *ant.*

De todo esto resulta, que el precio del censo consignativo debe ser el de 100 por 3 de pension ó réditos, *d. leyes* 8 *y* 9, *tit.* 15, sin distinguir en qué sea redimible ó irredimible, por cuanto este no se dá en la actualidad: que en el vitalicio es el de 10 ó 12 por 1, segun sean las vidas: y que en el enfitéutico, sin duda porque en este el dueño cede al otro cosa fincable, se deja á voluntad de los contratantes el tasarlo. Debo empero advertir, que por cuanto el *d. art. de la ley de* 3 *de Mayo* habla solo de los enfiteusis que traen su orígen de contrato particular, y no de los que solo de señorío, en los de esta clase se estará en el caso de arreglar su precio ó pension al 100 ó 200 por 3, conforme á la doctrina emitida de Sala y antiguos autores.

En cuanto á la pension ó rédito del censo, que como acabamos de ver no puede esceder del 3 por 100, *d. ley* 23, *tit.* 15, *art.* 2, las *leyes* 3 *y* 5 *del mismo tit.*, publicadas en 1534 y 573, establecieron se hubiese de pagar en dinero efectivo, tanto en el censo redimible como en el perpétuo. Pero la 9, publicada en el año de 1750, y por consiguiente con mucha posterioridad á aquellas, permitió la costumbre, en donde esté introducida, de pagar las pensiones en frutos alli: *Que en los sitios en que estuviere recibida la costumbre de poder ajustar el rédito en granos, se regule la paga de estos por reduccion de la real pragmática* (entiende la ley antecedente que redu-

jo la pension del 5 al 3 por 100) *sin esceso alguno.* Esta indulgencia, dice Sala, *núm* 24, ha dejado lugar á la cuestion de si la reduccion establecida en *dichas dos leyes* 8 *y* 9, se ha de hacer con respecto á la cantidad de frutos, de modo que pague tres medidas el que antes pagaba cinco, ó se ha de atender tambien al precio de aquellos que ha tenido mucho aumento en los años posteriores. No sé de órden posterior que la decida, pero puede tenerse presente en un caso dado el fallo de la Audiencia de Valencia; la que dice el espresado Sala, *d. núm.* 24, declaró por sentencia de revista en 7 de Julio de 1794, por la Escribanía de Cámara de D. Antonio Aparisi, que el pago debia hacerse á razon de 3 por 100 en dinero ó frutos, segun el valor y precio que estos tuviesen en cada un año en los respectivos pueblos de los deudores. En la sentencia de vista se dijo deber atenderse en esto al dia 15 de Agosto, y que asi se observa.

Núm. 4. *Si la cosa censida tiene ó no la cualidad de hipoteca; y hasta qué estremo pesa sobre ella la pension.* No puede negarse que tal vez en ningun autor se halla mejor tratada la materia de censos que en el Sr. Sala; lo que hace muy sensible no hubiese acomodado su redaccion á algunas *leyes* que no cita *del d. tit.* 15, que causaron, segun ya vimos algo, notables variaciones en las antiguas opiniones de los autores sobre varios particulares de ellos. Cabalmente se halla en este caso la mayor parte de cuanto voy á trasladar de aquel acerca de la cosa censida, por estar su doctrina apoyada en la opinion de que la obligacion de pagar la pension ó réditos no podia afectar y recaer sobre personas sino sobre cosas; la que empecé á rebatir ya en el *núm.* 1 *de este* §., fundado en el *citado art.* 3 *de d. ley* 23, que permite al censatario obligarse á sí y sucesores á cumplimentar lo pactado legalmente. Segun esto debo advertir, que cuanto diga con Sala, se entiende cuando de la escritura de imposicion del censo no se deduce que el censatario obligó al pago de los réditos no solo sus bienes sino tambien su persona, pues en este caso nada vale lo que voy á esplicar; pero que no constando en ella semejante obligacion personal, tiene lugar su doctrina, por deber seguirse entonces lo que dicta la naturaleza ordinaria del censo.

Bajo estos supuestos pasemos á examinar las dificultades que ocurren acerca de la cosa en que está consignado el censo, que son harto considerables. Feliciano, *de cens.*, *tom.* 2, *lib.* 1, *cap.* 1, *núm.* 5; Covarrubias, 3 *var.*, *cap.* 2, *núm.* 3 *y sigs.*, con otros muchos que refiere Avendaño, *cap.* 23, *núm.* 9, juzgan que la cosa censida tiene la cualidad de hipoteca, y tal debe llamarse. Pero el mismo Covarrubias confiesa, que esta hipoteca no sigue en todo las reglas que las demas regulares; pues en estas no se puede reconvenir al pago de la deuda al que posée la cosa hipotecada sin hacerse antes escusion contra el principal deudor, y en el censo por el contrario, puede su comprador reconvenir al de la cosa censida por el pago de las pensiones, dejando libre al que consignára en ella el censo y la enagenó despues; en la hipoteca la accion no se divide segun el número de poseedores de lo hipotecado, sino que cada uno puede ser reconvenido por el todo de la deuda, por ser individua, cuando la naturaleza del censo exige que si se hubiese colocado, por ejemplo, en tres campos pertenecientes á tres diferentes poseedores, no sean reconvenidos cada uno de los tres por el todo sino por sola su correspondiente parte. Si bien debo notar en cuanto á esto último que enseña el *d. Señor Covarrubias*, está en contrario la práctica, haciendo la accion del censo individua como la hipotecaria, apoyada sin duda en esta opinion, y descuidando de su irregularidad.

Pero Molina, *en d. trat. de just. et jur.*, *disp.* 383, Avendaño, *en d. cap.* 23, *núm.* 10, citando á muchos y latísimamente Vela, *disert.* 34 y 35 defienden, que la constitucion de censo se debe considerar á la manera de una servidumbre impuesta sobre la cosa en que está colocado. Cuya sentencia adopta Sala, *núm.* 26, por parecerle mas verdadera y justa; y por acomodarse á ella los efectos que se observan en la práctica; confesando, sin embargo, que en el uso general de hablar se la llama hipoteca, y no repara en conformarse con él siempre que se le añada el adjetivo de *irregular ó anómala.*

Son varios los efectos consiguientes de esta opinion, de los que por ahora espresaré dos: 1.° Que el poseedor de la cosa censida está obligado á pagar, no solamente las pensiones del tiempo en que posée, sino tambien las anteriores que

se deban. No se encuentra ley española que presente esta proposicion, pero así lo dijeron las romanas de los vectigales ó tributos reales por la buena razon, que se acomoda á los censos, de ser los predios, y no las personas, los obligados; añadiendo que si el comprador de la cosa ignoraba deberse pensiones atrasadas, puede recobrarlas del vendedor. Molina esplicando latamente este asunto *en d. trat.* 2 *de jus.*, *disp.* 534, *vers últ.*, dice que las pensiones anteriores á la enagenacion de la cosa se pueden exigir indiferentemente, ó del actual poseedor, que como tal las debe, como hemos visto, ó del anterior que aun las debe por razon del tiempo pasado, en que como poseedor que entonces era percibiendo sus frutos las adeudó. 2.° Que aquel que impuso el censo sobre cosa suya, solamente está tenido á la paga de las pensiones en cuanto ó por el tiempo que la posée, á no ser que esté obligado á la eviccion; por lo que la accion para exigir las pensiones es de las llamadas por los romanos *in rem scriptas*, que siempre se dirigen contra el poseedor, Vela, *disp.* 14, *núms.* 38 *y* 56, y *disp.* 34, *núm.* 54. De ahí viene el que enagenada la cosa pueda el censualista reconvenir primaria y principalmente á su poseedor, sin que pueda valerse del beneficio de órden ó escusion.

Núm. 5. *Si pereciendo la cosa ó parte de ella debe acabarse el censo; y revivir si se repone ó reedifica.* Es igualmente efecto de la opinion dicha, el que pereciendo la cosa censida, perezca tambien el censo, á la manera que pereciendo el predio sirviente se acaba la servidumbre, segun latamente prueban Avendaño, *cap.* 60, y Leotario, *de usur. quæst.* 57, en donde trata tambien cuando vuelve á nacer. Cuyo efecto es muy conforme á la naturaleza del censo, segun se la consideraba antes, porque como decia Molina *en d. trat. disp.* 385, *vers. Contrarium*, este no es otra cosa que venta *pro indiviso* de parte del derecho de aquella en que está consignado, y pereciendo la cosa no puede dejar por lo mismo de perecer el derecho que habia en ella.

Consiguiente á esto, empéñase Sala en sostener, *núms.* 29 y 30, que en la constitucion del censo no se contrae obligacion alguna personal por la que el vendedor ó sus herederos, que no poséen la cosa sobre que se consignó, ó que la quieren de-

jar, puedan ser compelidos á pagar las pensiones; puesto que á contraerse aquella, mal podria decirse que el censo se acababa con la falta de la cosa. Pero tanto acerca de esto como del espresado efecto, téngase presente la tantas veces *citada ley* 23, *tit.* 15, *lib.* 10, y la advertencia que hice *al principio del núm. ant.*, segun la que debe decidirse hoy cuándo ó en qué casos son ó no fundadas estas opiniones.

Hasta aqui hablé del caso en que perece toda la cosa censida. Si, cuando no se destruyó toda sino solamente una parte suya, perece tambien á prorata el censo, aun en el caso que la parte que queda pueda dar frutos bastantes á pagar toda la pension, dice Sala, *núm.* 31, es cuestion harto dificil. Molina, *disp.* 391, *cláus.* 8, Vela, *disert.* 33, *núms.* 37 y 38, Faria, *ad Covar.* 3 *var.*, *cap.* 7, *núms.* 35 y 36, citando á otros, defienden la opinion afirmativa, fundados en que lo que se dice del todo en cuanto al todo, se dice de la parte en cuanto á ella, y en que el censo está de tal modo estendido en la cosa, que todo está en toda ella, y parte en la parte. Alegan tambien *la clásula* 8, *postremo census &c. del Motu propio* de S. Pio V.; pero no estando recibido, como no lo está en España, *ley* 7, *d. tit.* 15, para nosotros es ninguna su autoridad. A pesar de estos fundamentos, el espresado Sala tiene por mas probable la sentencia contraria, defendida por Leotario, *de usur.*, *d. quæst.* 57, Cencio, *quæst.* 100, que cita á otros, y *una decision de la Rota ante el Cardenal Nellini, en* 30 *de Octubre de* 1602, y que se apoya en las razones siguientes: 1.ª El censo está constituido sobre toda la cosa y cada una de sus partes. 2.ª Quedando el dominio de ella en el vendedor del censo cuando se constituye sin pasar al del comprador, que solo compra el derecho de exigir la pension, parece que la destruccion debe pertenecer enteramente á aquel, mientras le queda parte de que pueda sostener la paga de la pension. 3.ª Porque pudiéndose establecer de nuevo un censo del mismo valor en la parte que quedó salva, sería cosa irregular no permaneciese entero el ya constituido. 4.ª Porque el censo no se considera terminativamente con respecto al cuerpo de la cosa censida, sino á sus frutos, estos son su término y fin; de donde viene que se estingue, aun permaneciendo la cosa, si se

hace enteramente infructífera para siempre, en los términos que veremos, *núm.* 7. Si el censo no se tomase por el derecho de exigir las pensiones, como se toma en todo este tratado, si no por lo mismo que tributo como se toma alguna vez, segun dije, *núm.* 1, §. *ant.*; entonces sí que deberia disminuirse su pago á proporcion de lo que pereciese de la cosa.

Como puede suceder que la cosa que se habia arruinado vuelva á reponerse haciéndose productiva, disputan los autores si se debe recibir el censo sobre ella impuesto, que se hubiese estinguido: en cuya cuestion, dice Sala, *núm.* 41, que la comun sentencia niega que reviva, como sucede en el usufructo. Pero él tiene por mas probable la opinion contraria; la que parece efectivamente la mas segura siempre que concurran las circunstancias que paso á espresar. Sala pretende sostener su proposicion, aunque lo reedificado sean edificios ó casas, fundado en que quedando *in habitu* el censo en el solar, no tanto debe considerarse estinguido, como suspendido y vuelto infructuoso; del mismo modo que un campo que se creyó perpétuamente estéril se hace de nuevo fructífero. Mas yo creo, y tal vez diré un error, que en punto á casas ó edificios debe distinguirse. Cuando el censo se impuso sobre estas, claro está que arruinadas deja enteramente de existir la hipoteca, y la que se reedifique de nuevo, como cosa enteramente diferente, no veo una razon por qué deba sustituir á la otra: lo que se obligó al pago de la pension fué la antigua casa; esta dejó de existir, por consiguiente tambien aquella. Lo de que el censo permanece en el solar *in habitu*, es una pequeña sutileza vacía de sentido. A lo mas podrá decirse, que con respecto á lo que pueda valer este, subsista la pension; pero no que esta deba pesar por entero sobre la nueva casa. Por eso dije que en cuanto á estas debe distinguirse. Por lo demas entre ellas y los campos que se vuelven á hacer fructíferos hay una disparidad inmensa; pues en estos el campo fué lo principalmente obligado, y esta obligacion debe permanecer en él siempre, y revivir tan pronto pueda soportarla. Habria paridad si por ejemplo la cosa no se arruinase, sino que dejase de dar utilidad á causa de no poder habitarse ó alquilarse por cualquier acaso. Pero sea de esto lo que quiera, aun-

que el censo deba renacer, lo cierto es que el acreedor no tendrá derecho de exigir las pensiones correspondientes de los años de la ruina; porque entonces ó durante ellos no se adeudaron. De la práctica contraria se queja con razon Socueva, *en su librito de los censos*, §. 4 *al fin*, diciendo ser esta la causa de estar afeada con ruinas la Ciudad de Sevilla. Convendrá pues, á evitar pleitos, que el poseedor del solar afecto á censo pacte con el dueño de este antes de reedificar.

Núm. 6. *De los pactos que se suelen poner en los censos.* Como dejo ya dicho en el discurso de *este* §., en la actualidad despues de la *ley* 23, *tit.* 15, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, *y su nota* 9, son válidos todos los pactos que se quieran interponer al constituir los censos, incluso el de renuncia de leyes, *art.* 3, esceptuados tan solo los pocos que espresaré. Por lo mismo contemplo inútil y fastidioso entrar en las cuestiones agitadas por los autores, véase Sala, *núm.* 35 *y sigs.*, de si son ó no válidos los de que no se puede enagenar la cosa censida con la pena de que caiga en comiso si se enagena; de reservarse el censualista el derecho de tanteo ó prelacion si se enagenáre, y otros. Debo sí advertir, que cuando los pactos que se interpongan son gravosos al censatario, como lo son indudablemente los dos espuestos, es necesario que el valor que se dé por el censo sea mayor. La razon es muy clara: lo que es en gravámen del vendedor disminuye sin duda alguna el valor del precio; por consiguiente, cuando al constituirse el censo se pone algun pacto gravoso al censatario, para que este sea proporcionado al 3 por 100 de réditos, es indispensable se aumente gradualmente. Con arreglo á esto debe decirse, que los tales pactos, no habiéndose aumentado á proporcion el precio del censo, son de ningun valor; pero no por eso se anulará el contrato en su totalidad.

No puede asegurarse esto con igual firmeza del paeto que se hiciese entre los contrayentes de que el precio fuese menor que el tasado por las leyes, ó lo que es lo mismo, la pension ó réditos mayor del 3 por 100. Que esta estipulacion es en sí nula, es indudable, atendidas las *leyes* 8, 9 *y* 23, *art.* 2, *d. tit.* 15; pero cuestiónase si por ella se hace nulo y de ningun valor todo el contrato. Sala, *núm.* 38, opina que no, y

BIBLIOTECA SANTIAGO

que solo debe reducirse la pension á su grado del 3 por 100, fundado en estas palabras de *d. ley* 8, *y que no se pueda en virtud de ellos pedir ni cobrar en juicio ni fuera de él mas de á la dicha razon y respecto*, (es al 3 por 100) y en las *notas* 1.ª *y* 2.ª *de d. tit.* 15, á pesar de disponerse espresamente lo contrario en la *ley* 6 *del mismo tit.*, allí: *Y las ventas y contratos de los dichos censos que en otra manera y á menos precio se hicieren y otorgáren, sean en sí ningunos y de ningun valor ni efecto.* Aquel dice que esta disposicion está derogada por las espresadas palabras de la *ley* 8: yo no me opondré á ello; pero debo decir, porque lo omite él, que las que anteceden á estas son las siguientes: *Ordenamos y mandamos que en adelante no se pueda imponer censo al quitar á menos precio que de* 33 *y un tercio al millar*; *y que los contratos de censo que en otra manera se hiciesen, sean* en sí ningunos y de ningun valor ni efecto, *y que no se pueda en virtud de ellos &c.*; que el objeto de esta *ley* 8 es, no tanto hablar de los censos que despues de ella se hicieren, como de la reduccion del precio de los anteriores. Los lectores juzgarán si por las palabras ambiguas, si puede decirse asi, en que el Sr. Sala se apoya, deben entenderse derogadas las terminantes de la *ley* 6, y de la misma *ley* 8. Las *notas* 1.ª *y* 2.ª, lejos de probar á su favor, están terminantes en contra, ó yo no supe leerlas. Por otra parte, nótese que no es muy justo obligar al censualista, que contratára mayor pension, á pasar por la menor; pues podrá decir, y no sin razon, que á ese precio no quiere entregar su dinero.

Otro pacto, de que puede dudarse si es ó no válido, es el de que el censo sea perpétuo ó absolutamente irredimible; pues veo que la *ley* 23, *en sus arts.* 2 *y* 3, permite en general interponer cuales se quieran, inclusa la renuncia de leyes, esceptuado el que acabo de espresar, y que la *sig.* 24, publicada con posterioridad, permite y dice sean redimibles toda clase de censos, sean ó no perpétuos, y lo mismo *la de* 3 *de Mayo de* 823, *art.* 3. De modo que diciendo es válido el tal pacto, estamos en el caso de canonizar los de la renuncia de leyes; lo que no puede admitirse. Por ser, pues, posteriores estas, y porque *la* 23, cuando dice puedan renunciar-

se, espresa y se limita á las promulgadas, creo se está en el caso de dar de nulo el pacto que se haga de que el censo consignativo sea irredimible. Digo del consignativo sin comprender el enfitéutico y reservativo, de cuya perpetuidad ya hablé, *núm.* 4, §. *ant.*

En su *núm.* 5, vimos tambien que es nulo é injusto el pacto de que la cosa, sobre que se impuso el censo consignativo, caiga en comiso si se dejan de pagar las pensiones.

Núm. 7. *De algunos modos de extinguirse los censos.* Esplicado lo mas interesante que hay que saber, acerca de los censos, veamos ahora por qué modos se estinguen, sobre los que es preciso tener presente lo que tantas veces advertí, estó es, que no se acaban por los medios que espresaré, cuando el censatario no se limitó á obligar para la solucion de los réditos la cosa en que se constituyó el censo, sino que contrajo ademas sobre sí la obligacion personal de que habla el *art.* 3 *de d. ley* 23. Esto supuesto, digo que se pierden ó acaban los censos: 1.º por perecer la cosa censida, de cuyo modo por haberse ofrecido la ocasion, he hablado en el *núm.* 5. 2.º Si la misma cosa censida se hubiese hecho en un todo y para siempre infructífera, como por ejemplo, si avanzando el mar cubriese de mucha arena el campo, segun prueba Leotard., *de usur.*, *quæst.* 57. La razon de esto es la misma en que vimos, *núm.* 1, se apoya el Sr. Sala para decir deben ser fructíferas las cosas en que se imponen los censos; y por que de la cosa que asi se ha hecho infructífera ó estéril, se debe juzgar como de la que ha perecido del todo para siempre en cuanto al efecto de percibir frutos de ella. Pero adviértase que por cuanto no está en la potestad del censatario hacer que se empeore la cosa, y de este modo perjudicar al dueño del censo, podrá este obligarle á que la cuide como los diligentes padres de familia, Leotard., *d. quæst.* 57, *núm.* 6; y que si por su dolo ó culpa pereciese ó se hiciese infructífera, aunque se estinguiría el censo por falta de cosa en que poder subsistir, podrá el dueño repetir el precio y los regulares intereses, segun prueban, *d. Leotard.*, *números* 56 *y* 57, y Cencio, *de Cens.*, *quæst.* 101; lo que es muy conforme á lo dispuesto en el derecho sobre el dolo y culpa.

Porque puede dudarse algunas veces, si por la mudanza ó quebranto que ha padecido la cosa, debe considerarse que ha perecido ó vuelto infructífera del todo para siempre, y con este pretesto escusarse el deudor del pago de las pensiones, parece regular, si esto sucediere, que se conceda al dueño del censo el derecho de precisarle á que pague las pensiones, ó le redima, ó haga dimision de la cosa á su favor; porque de esta suerte se cortan con facilidad los pleitos sin perjuicio de ninguno, y escluyen los fraudes que podian intentar los deudores. Concurre ademas la razon de que permaneciendo el censo sobre la cosa á manera de servidumbre, mientras subsista parece justo que aquel cobre su pension, ó no queriendo pagársela el censatario por no dar frutos, la dimita en su favor.

El tercer modo de estinguirse los censos es la dimision; esto es, si el poseedor de la cosa censida la deja y desampara á favor del acreedor, como lo prueba Avendaño, *en el capítulo* 110, *números* 6 *y* 12. La razon es en substancia la misma que la del caso en que perece la cosa, á saber: que siendo el censo cargo á la manera de servidumbre, pesa sobre aquella tan solo, y la persona está obligada únicamente en cuanto la posee; y de consiguiente debe serle permitido dejar la cosa y libertarse asi del censo, del mismo modo que el dueño del predio sirviente puede dejarle y quedar libre de la servidumbre.

Núm. 8. *De la prescripcion de los censos.* El cuarto modo de estinguirse estos, dice Sala, *núm.* 43, es la prescripcion de 30 años cuando alguno poseyere la cosa como libre de tal carga por dicho término con buena fé y sin interrupcion, como generalmente sin diferencia de poseedores, lo defienden Gomez, 2 *var*, *cap.* 11, *núm.* 45, Carleval, *de judit.*, *lib.* 1, *tit.* 3, *disp.* 4, *núm.* 20. Son verderamente muchas y considerables las cuestiones que sobre este punto agitan los autores. Unos quieren que la prescripcion de 30 años tenga lugar solo cuando el prescribente es el mismo que impuso el censo ó sucesor suyo; y que siendo otro tercero debe prescribirle por la prescripcion ordinaria de 10 ó 20 años. Avendaño, por el contrario, en el *cap.* 103, *núm.* 7, afirma que el ter-

cer poseedor no puede prescribir sino por tiempo inmemorial, ó de 40 años teniendo título; fundado en que en la constitucion del censo se añade siempre el pacto de no enagenar la cosa, el cual, como impeditivo de la traslacion del dominio, resiste á la prescripcion. Véase Sala, *números* 43 *y* 44. Por último, Febrero, 1.ª *part.*, *cap.* 4, §. 2, *y cap.* 5, *números* 43, 44, *y* 76, se empeña en sostener no prescribe nunca el censo consignativo por muchos años que pasen por cobrarle. Si para decidir y elegir entre todas estas opiniones atendiésemos solo á razones de congruencia y á sutilezas, como hacen los autores que las presentan, mal podríamos llegar á conocer cuál es la mas segura, cuál la mas cierta. Pero como hablando la ley deben enmudecer los hombres, poco ó nada valen razones; examinemos si efectivamente hay alguna española que deba dirigirnos en la materia, y sigámosla.

Sala, *en dichos números* 43 *y* 44, adopta con los citados Gomez y Carleval, la opinion espresada de que el censo se prescribe por 30 años, por parecerle conforme á la *ley* 6, *tit.* 18, *lib.* 11, *Nov. Rec.* (63 de Toro). Yo creo que debe avanzarse mas, y asentar, no solo que es conforme á *d. ley* la espresada opinion, sino que está decididamente resuelta en ella. En *el tit.* 2, §. 3, *núm.* 4 vimos, que segun *dicha ley*, la accion mista de personal y real se prescribe por 30 años, sin diferencia de que el prescribente tenga buena ó mala fé, ni en que esté presente ó ausente el contra quien prescribe: siendo, pues, la accion á pedir los réditos ó el censo de esta clase, como nadie puede negar, por los mismos tiene que prescribirse tanto que sea el prescribente el mismo que impuso el censo, como que sea otro; pues semejante distincion es inoportuna, atendido á que la prescripcion de que habla esta ley, dura los 30 años y no mas, haya buena ó mala fé. Pudiera discurrir mas sobre esto; pero no siendo posible presentar en apoyo de mi proposicion otro mejor ni igual al que la ley ofrece, solo falta, para ponerla completamente en claro, examinar los fundamentos de las otras.

Avendaño ya vimos se funda en que la cosa censida por lo regular no puede enagenarse. Pero ademas de que esto no

sucederá siempre, como dice muy bien Sala, *núm.* 44, en la prescripcion del censo, no se trata de prescribir la cosa, sino el censo impuesto sobre ella, el cual puede perderse sin enagenarse esta, prescribiéndole el mismo que le impuso, ó su heredero. Las razones que presenta Febrero y los que le siguen, pueden reducirse á dos: una que el derecho del censualista está afectando siempre á la cosa censida; la otra fúndase en el principio, que en sí no deja de ser bastante cierto, *de impedito non currit tempus*, muy usado en estas cuestiones; porque dicen, el censualista está impedido, ó no puede reclamar su capital del censatario, de lo que luego me ocuparé. A la primera contesto, que aunque en su fondo es verdadera, no es impedimento á la prescripcion, porque tambien el derecho del acreedor hipotecario pesa continuamente sobre la hipoteca, y á pesar de eso le pierde si en 30 años no hace uso de él. Es esto demasiado claro para detenerme á demostrarlo. A la segunda que aun concedido, lo que estoy muy lejos de hacer, que el censualista no pueda obligar al censatario á volverle su capital, no cabe en él la aplicacion del espuesto principio, porque tuvo potestad y accion á reclamarle el pago de la pension, y negándose á ello el mismo capital; por consiguiente, si estuvo callado 30 años, fué, no por no poder en derecho reclamar, sino por descuidado; y como tal es justo pierda el que le asistia.

Téngase muy presente que esta prescripcion que extingue el censo empieza á correr desde el tiempo en que se cesó del todo en la paga de las pensiones, esto es, desde que el acreedor no las cobró de persona alguna, como lo prueba bien Avendaño en el *cap.* 105, y se deja conocer, si atendemos al tiempo en que vimos en el tratado de ellas, se supone interrumpida la posesion: de suerte que aunque no pague el poseedor de la cosa no habrá prescripcion, ni aun empezada, si paga el que contrajo con el acreedor ó algun otro en su nombre.

Resuelta, ó al menos analizada esta cuestion, entramos en otra aun mas espinosa, sobre si por esta prescripcion que estingue el censo se entienden estinguidas todas las pensiones, asi la del primer año en que se dejó de pagar como las de los siguientes, ó si son necesarias, para estinguirlas todas, tantas

prescripciones como ellas son; de modo que cada pension necesite de sus 30 años de prescripcion, contados desde que ella debió pagarse. Avendaño en el *cap.* 104, trata esto con estension, y juzga que con la del censo se prescriben y estinguen todas las pensiones; á cuya opinion, adoptada tambien por Carleval, *de judi. lib.* 1, *tit.* 3, *disp.* 4, *núm.* 20, se inclina Sala, *núm.* 45, al paso que confiesa ser muy probable la contraria que defienden muchos, que cita Ayllon, ad Gomez, 2 *var.*, *cap.* 11, *núm.* 45. La razon que da Avendaño, es el ser el censo lo principal y las pensiones lo accesorio, y es bien sabido que esto se pierde destruido aquel. Y efectivamente ¿qué mas es el censo que el derecho á cobrar las pensiones? pues ¿cómo se podrá, prescrito él, hacer revivir un derecho que solo él daba? Oigo decir que esto prueba no deben cobrarse en lo adelante mas pensiones; pero no asi las atrasadas, devengadas dentro de los 30 años que señala la ley para prescribirse: este es el grande argumento de Febrero, en *d. cap.* 5, al menos asi se infiere de su doctrina. Pero lo cierto es que el derecho á cobrar, tanto las unas pensiones que se devengasen como las atrasadas, depende del derecho principal que da el censo, mejor dicho, son uno mismo; por consiguiente, si se concede que este prescribió, forzoso es admitir la prescripcion del otro. Tal vez me dilaté demasiado; mas soy disculpable, pues aun no dije la mitad de lo que este punto ofrece.

Núm. 9. *De la redencion de los censos.* Mucho de lo que podria decirse en *este núm.* queda esplicado en los anteriores, que quiero se tengan por reproducidos en esta parte. La redencion es bien sabido consiste en volver el censatario al censualista el capital del censo; y es por lo mismo uno de los principales modos de estinguirse este. Cuando consta cuanto entregó el dueño del censo á aquel, tanto deberá devolvérsele; pero si el censo es muy antiguo y no hay noticia de su orígen, entonces fórmase el capital por la cuota de la pension, esto es, á razon de 100 por 3 que debe pagarse de réditos. Véase el *art.* 10 *de la ley* 24, *d. tit.* 15, *lib.* 10, *Nov. Rec., y otros*, en los que se esplica el modo de hacerse las redenciones de todas las cargas perpétuas. Omito ocuparme de su doctrina porque me dilataria demasiado, á causa de la grande estension de esta

ley, compuesta *de* 49 *arts.*; y porque puede verse con facilidad en los pocos casos que ocurran.

Disputábase antes entre los autores si el censatario podia redimir los censos entregando el capital por partes, ó si le era forzoso dárselo al censualista todo de una vez; Sala, *núms.* 46 *y* 47. Pero hoy vino á sacarnos de esta cuestion el *art.* 9 de la tantas veces citada *ley de* 3 *de Mayo de* 823, en que, despues de ordenar puedan redimirse todas las cargas perpétuas de cualquiera clase, arreglándose al efecto á los *arts.* 4 *y sigs. de d. ley* 24, dícese que la redencion se podrá ejecutar por terceras partes á voluntad del enfiteuta; y que se ha de hacer en dinero ó como concierten entre sí los interesados, entregándose al dueño el capital redimible, ó dejándolo á su libre disposicion.

Teníase entre aquellos por doctrina sentada, que la naturaleza del censo no permite se conceda al acreedor la facultad de poder obligar al deudor á que le redima; porque si esto sucediera no sería censo, sino mútuo, y las pensiones usurarias, como dice Feliciano, *d. lib.* 1, *cap.* 8, *núm.* 18: de lo que pone Febrero, 1.ª *part.*, *d. cap.* 5, *núm.* 35, dos escepciones: 1.ª Cuando el censatario citó de redencion al censualista y luego se retracta: 2.ª Si ocultó las cargas ó responsabilidad á que estaba afecta la finca hipotecada. No haré uso sobre este punto de la idea emitida ya, de que tal vez nadie tendrá por ilícito en la actualidad el que uno permita á otro lucrarse y utilizarse de su dinero por cierto y determinado tiempo, obligándole á devolvérselo pasado este: pues bástame notar en contra de la antecedente sentencia, que en el *art.* 2 *de la ley* 23, *d. tit.* 15, permítese al otorgar las escrituras de censos, poner pactos sobre los plazos en que haya de hacerse la redencion del capital. No es segun esto tan usurario como se supone, por lo menos el Sr. D. Cárlos IV no lo tenia por tal obligar al censatario á redimir el censo si no paga sus réditos; pues á serlo, no hubiera autorizado la ley el pacto referido.

Concluyo este tratado de censos advirtiendo que se tenga presente acerca de sus redenciones lo esplicado sobre la de los enfitéutico y reservativo, procedentes de contrato, en el *núm.* 4, §. *ant.*; y que lo dicho tiene lugar en los censos consigna-

tivos de Galicia, porque las *leyes* 3, *tit.* 10, y 24, *d. tit.* 15, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, hablan solo de la perpetuidad de sus foros, sin mentar aquellos.

Núm. 10. *Del contrato llamado debitorio.* Firme en mi propósito de seguir al Sr. Sala línea por línea, paso á dar noticia de este contrato, que dice es harto frecuente en el Reino de Valencia; y por ser muy semejante al del censo, le pone al fin de estos. Define al debitorio, *Compra en que el comprador recibiendo la cosa que se le vende se retiene el precio, obligándose á pagarlo á cierto tiempo, y á contribuir mientras no lo verifica con la pension que se establece, la que se reserva el vendedor de la cosa en compensacion de los frutos que debe esta producir.* Covarrubias, 3 *var.*, *cap.* 4, refiere varios pactos semejantes á este que en las compras suelen poner los contrayentes, y aprueba su justicia; porque la pension que exige el vendedor de la cosa es en compensacion de esta; y por no carecer del precio y de sus frutos de que se aprovecha solo el comprador. Los autores Leon, *decis.* 48, y Bas., *in Theat. jurispruden.*, *cap.* 12, *núm.* 18 *y sigs.*, que han examinado con cuidado este contrato, dicen unánimes que no es censo, fundados en que el acreedor que vendió la cosa recibe las pensiones, no en virtud de precio que hubiese recibido, como sucede en estos, si no por no carecer de los frutos de aquella y de las utilidades del precio que debiera haber recibido.

Tal vez por este motivo no ha tenido lugar hasta ahora en los debitorios el aumento de precio ó baja de pension al 3 por 100, de que hablé *núm.* 3.

Aunque mirada la cosa con delicadeza y rigor los debitorios no son censos, lo cierto es que hacen sus veces, por lo menos en la intencion de los que venden sus cosas á su tenor, por que solo piensan en sacar renta á razon de 5 por 100, segun la daban los censos antes de haber sufrido la baja espresada. Esto mismo sucede con las ventas que se hacen con el pacto dicho de *retrovendendo ó á carta de gracia*, como solemos llamarlas, que he esplicado en *el tit.* 12, *núm.* 10. Es lo regular en ellas buscar el vendedor una persona estraña que haga el papel de arrendatario, y constituyéndose su fia-

:

dor el mismo que vende se queda en consecuencia de esta fianza aprovechándose de su cosa, y percibiendo sus frutos como si no la hubiese enagenado, á la sombra del fingido arrendamiento: mientras el comprador tiene cuidado tan solamente de sacar el 5 por 100 ó mas del dinero que dió en precio.

Como todas estas ventas se hacen en oculto presta ocasion á los vendedores de volverlas á vender de nuevo dos ó mas veces, lo que da ocasion á innumerables pleitos, que se procuraron evitar con el establecimiento del registro de las escrituras en el oficio de hipotecas. Sala habla de esto aqui con este motivo; pero habiéndose añadido una nueva y mas estensa instruccion, me reservo hacerlo para despues de haber esplicado todos los títulos translativos de dominio, ó mejor dicho, el tratado general de obligaciones.

Núm. 11. *Resúmen de este* §. 2. Por su *núm.* 1 sabemos, qué cosa sea censo consignativo; que no es indispensable para constituirle medie la entrega del precio, ni el que se imponga sobre bienes raices, y de qué modos puede celebrarse: por el 2, qué divisiones se hacen de él; que la de personal y real debe admitirse; y que entre ellas se cuentan los juros: por el 3, que su precio puede no consistir en dinero; que ha de ser el 100 por 3 de pension en todos los consignativos, en el vitalicio el 10 por 1; que en el enfitéutico proveniente de contrato, puede ascender á lo que quieran los contratantes; y que está permitida la costumbre de pagar la pension en frutos, bien que deberá arreglarse siempre á la graduacion espresada: en el 4 vimos, que segun la opinion mas seguida, la cosa censida tiene la cualidad de servidumbre con los efectos consiguientes á ella, sobre lo que téngase muy presente la advertencia en él hecha: en el 5, que pereciendo toda la cosa censida perece el censo, no asi cuando solo parte; y que reponiéndose, revive este por lo regular siempre si aquella era heredad ó campo fructífero, pero siendo edificios, es esto mas dudoso: en el 6, qué pactos suelen interponerse en los censos, y que son nulos el de subir los réditos del 3 por 100, los de no redencion, y el de caer la cosa en comiso: en el *núm.* 7, que el censo se acaba por perecer la cosa censida ó hacerse infructífera con las advertencias oportunas á evitar los fraudes que pueden me-

diar en este caso: en el 8, que por la prescripcion de 30 años, y que en esta, segun la opinion mas probable, se estingue el derecho á cobrar, no solo mas pensiones en adelante, sino tambien las atrasadas: en el 9, que el modo de redimir los censos y toda carga perpétua se esplica en la *ley* 24, *tit.* 15, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, que puede hacerse la redencion por terceras partes; y que puede pactarse los plazos en que haya de hacerse: y por último vimos en el *núm.* 10, qué sea el contrato debitorio, y que si no es censo se le asemeja muchísimo.

TÍTULO XV.

DE LA COMPAÑÍA Ó SOCIEDAD, Y DEL MANDATO.

§. I.

De la Compañia.

Tit. 10, P. 5.

Número 1. *Qué sea Compañia y sus especies, ó de cómo puede contraerse.* El tercer contrato consensual, ó sea el cuarto, pues los censos deben colocarse entre ellos, es la sociedad ó compañía; y puede definirse: *Un contrato por el que se convienen dos ó mas personas en reunir su industria ó caudales con fin de ganar algo.* Por solo haber dicho es uno de los contratos consensuales déjase conocer se perfecciona por el solo consentimiento ú otorgamiento de los que quieren ser compañeros, *princ. y ley* 1, *d. tit.* 10, *P.* 5. Nace de ella grande utilidad cuando se hace entre hombres buenos y leales que se socorren como si fuesen hermanos: y la pueden contraer todos los que en el *tit.* 10, *núm.* 2, vimos pueden contratar; pero ha de recaer sobre cosas buenas y honestas, porque de malas que sean contra las buenas costumbres no puede haber compañía, *d. leyes* 1 *y* 2, *tit.* 10.

Puede contraerse hasta tiempo cierto ó por toda la vida, *d. ley* 1; y tanto una como otra, de varias maneras: 1.ª De

modo que todas las cosas que han los compañeros cuando las hacen, y las que ganáren de allí en adelante, sean comunes, y en los mismos términos sus pérdidas. 2.ª Cuando la hacen sobre una cosa señaladamente, como vender vino, paño ú otra cosa semejante. Esta se subdivide en tres especies: puede contraerse para un solo negocio, segun esplica la *ley* 6 *de d. tit.* 10: ó simplemente sin espresar bienes ú objeto sobre que se hace, *ley* 7: ó sobre todas las ganancias que hicieren en adelante, *ley* 12 *de d. tit.* Luego veremos los diversos efectos que producen.

Puede efectuarse tambien el contrato de compañía de modo que uno solo ponga su industria y trabajo y el otro el caudal, *princ. de d. tit.* 10: y siendo harto frecuente esta manera de contraerla, forzoso es manifestar aquí la diversidad que en esto puede haber, de que hablan nuestros autores, aunque en las leyes no se halla mencion de ella. De dos modos se acostumbra celebrar esta compañía: unas veces por ser el trabajo corto y el caudal de buena cualidad se coteja ó compara aquel con solo el uso de este y con el peligro de perderle: otras, por ser contrarias las circunstancias, se pacta que valga tanto como su dominio. Cuando sucede lo primero, el que puso el trabajo no se hace partícipe del caudal puesto por el otro; y de consiguiente, para este solo, que es su único dueño, queda salvo ó perece sin que tenga parte alguna el que puso el trabajo: y en el segundo caso, por el contrario, el que no puso mas que este se hace tan dueño del caudal como el mismo que le aportó á la compañía.

Si en el contrato se esplicó cuál de estos dos modos quisieron los contrayentes que debia observarse, hay poca dificultad, pues así deberá hacerse. Pero si esto no apareciese, dicen los autores que debe interpretarse su voluntad á favor del primero cuando el trabajo fué poco y el caudal de calidad buena, fácil de tener aumento y dar frutos pingües: y que por el segundo, si mereciese tanta estimacion el trabajo como valia el caudal, por ser aquel mucho y este de calidad inferior, Covarrubias, 3 *var.*, *cap.* 2, *núm.* 2, Escobar, *comput.* 22, Vin., *lib.* 1 *Select. quæst.*, *cap.* 54. Con dos ejemplos se percibirá con mas claridad esta doctrina. Sea el 1.º: Pedro

puso caudal que valia 1000 pesos en la compañía, y José prometió poner y puso tanto trabajo que les pareció igualar con el valor de aquel: disuelta la compañía se dividirá en partes iguales lo que se halláre, sin tener cuenta de si hubo ganancia ó pérdida. 2.° El trabajo que se habia de poner era tan corto que solo quisieron igualarle con el beneficio que podia producir el uso del caudal: en este caso el valor que resultáre haber hasta 1000 todo será de Pedro, como capital aportado, y el sobrante se partirá en partes iguales como ganancia entre los dos.

En el *art.* 265 *del Código de Comercio*, se distinguen ciertas especies de compañía con los nombres de regular colectiva, en comandita, y anónima, que vienen á ser con corta ó ninguna diferencia las esplicadas. Asi, atendidas las esplicaciones que de ellas hace *d. art.* 265, creo que puede y debe darse el de regular colectiva á cualquiera de las especies primeramente espresadas, y de que hablan las *dichas leyes* 1, 6, 7 *y* 12, *d. tit.* 10: el de en comandita á la en que pone uno el caudal, y otro la industria: y la anónima es muy semejante á esta; pues los mismos que ponen el caudal no le manejan; pero tampoco le dirige otro sócio como en la en comandita, y sí mandatarios ó administradores amovibles á voluntad de los sócios.

Núm. 2. *Qué efectos producen estas diversas clases de compañía; y del modo de partirse la ganancia y la pérdida.* El efecto de la primera especie, de todas las referidas, ó sea de la compañía universal de todos los bienes de los contrayentes, es hacerse comunes todos los que tienen al tiempo del contrato, sin ser necesaria verdadera tradicion ú ocupacion en el uno de lo que antes era del otro, *ley* 47, *tit.* 28, *P.* 3, que lo pone por otro de los ejemplos de la fingida; y los que despues les vinieren en cualquiera manera que sea. Y de ahí es que cada uno de los sócios puede usar de estos bienes, y hacer demanda sobre ellos. Pero adviértase que si alguno tuviese señorío jurisdiccional ó derecho de cobrar de sus deudores, los otros no lo pueden demandar ni hacer uso de él, si señaladamente no les fuere otorgado por el otro poder al efecto, *ley* 6, *d. tit.* 10, *P.* 5; cuyo poder les deberá

dar; y lo que cobraren ó percibieren en su virtud, será comunalmente de todos, *d. ley* 47.

En la compañía de la segunda especie, y su primera subdivision, claro está que únicamente debe atenderse á las ganancias ó pérdidas en aquel negocio, para que se contrajo: y que las que por otro respeto hiciere alguno de los compañeros, no son comunes, sino propias del que las hizo. En la compañía hecha sin espresar bienes ú objeto sobre que deba versar, entiéndense comprendidas y han de partirse aquellas ganancias ó pérdidas que provinieren de aquel menester ó mercadería que usaren, *ley* 7, *d. tit.* 10; de suerte que solo pertenecen á ella las ganancias questuarias provenientes de la industria ó trabajo, como advierte bien Gregorio Lopez, en *la glos.* 1 *de d. ley*. En la de la tercera clase, en que subdividí la segunda, ó que tiene por objeto las ganancias que desde que la contraen hicieren los sócios, entran todas estas, tomada latamente y en toda su estension la voz ganancia, y de manera que comprenda cuanto se adquiera, aunque no sea por trabajo ó industria, sino por herencia ú otro título semejante; *ley* 12, *d. tit.* Es por consiguiente esta compañía media entre la universal de todos los bienes, y la questuaria. De los efectos que deben observarse en la que uno pone la industria y el capital, ya dije lo bastante, *núm. ant.*, para de ese modo esplicarlas con mas claridad.

En cuanto á las partes de ganancia y pérdida que han de corresponder á cada sócio, se guardará lo que estos hayan pactado, siempre que sea cosa guisada y justa; y si nada espresáren, serán iguales. Si espresáren las de la ganancia, y no las de la pérdida, se partirán estas como se pactó de aquellas, y al contrario; de suerte que la espresion de las unas sirve para las otras; *ley* 3, *d. tit.* Pero adviértase que la igualdad no ha de ser aritmética, sino geométrica, como suele decirse, ó proporcionada al caudal que cada uno ha puesto; es decir, que si el de uno fueren 300 y el del otro 200, y la ganancia importáre 10, tendrá 6 el primero y 4 el segundo; porque dicta la equidad que cada uno saque á proporcion de lo que ha puesto.

Si sucediere que por ser un compañero mas perito en la

negociacion, ó poner mas trabajo, ó aventurarse á mas peligro que los otros, se le señaláre mayor porcion de la ganancia, sería válida esta convencion. Lo sería asimismo la de que uno tuviese solo parte en esta, y no en la pérdida, como sucede en las compañías en que uno pone solo el trabajo, pues quien pierde el capital, es el que lo puso. Bien que en realidad, aquella la coje tambien; pues pierde su trabajo, á que debemos dar, y efectivamente le tiene, un valor semejante al del capital. Mas sería nulo el pacto de que uno no tuviese parte alguna en la ganancia, sino que toda fuese del otro: cuya compañía llaman las leyes Leonina, *ley* 4, *d. tit.* 10, tomando la denominacion de la fábula de Esopo, en que toda la ganancia ó presa fué para el Leon, sin tener parte alguna sus compañeros en la caza, el Asno y la Zorra.

Puede tambien celebrarse compañía poniendo la division de partes en el arbitrio de un tercero señalado: y en este caso, haciéndolas justas, se habrán de guardar; pero si injustas, señalando mas á unos que á otros, sin mostrar razon alguna, debe regularse su arbitrio por el dictámen de hombres buenos que examinen y decidan bien la cosa, *ley* 5, *d. tit.* 10.

Núm. 3. *Obligaciones y derechos que competen á los sócios entre sí.* La direccion y gobierno de las cosas de la compañía estará al cargo de aquellos sócios ó personas que estos hubiesen determinado al celebrarla: y si por descuido ú otro motivo dejasen de tratar sobre esto, debe decirse que cada sócio tendrá en la administracion de la compañía aquella intervencion que la naturaleza de esta permita.

Ya sean todos los sócios, ya parte de ellos, los directores de los asuntos de aquella, los que los rijan deben hacerlo con el mismo cuidado y esmero que pondrían en sus cosas, *ley* 7 *de d. tit.* 10. Si lo hacen asi, los daños y menoscabos que haya en ella serán comunes á todos; y por el contrario, de su cuenta todos los que provengan de su culpa leve, segun la regla del *tit.* 10, *núm.* 6; y con mayor razon los que de dolo, debiendo resarcir á los otros los perjuicios que les causáre, *d. ley* 7: y esto debe observarse en términos que no le servirá decir hizo por otra parte tantas ganancias que podia ser mejorada la pérdida; pero si algun otro, ó todos, hubiesen

procedido tambien con dolo, tendrán los dolosos que repartirse entre sí el resarcimiento de perjuicios á favor de los demas, *ley* 13, *d. tit.* 10.

Por la exhuberancia de buena fé é igualdad que debe reinar en este contrato, establece la *ley* 15, *d. tit.* 10, *P.* 5, que, si el que administra los bienes hubiese dado á uno ó á los dos de sus compañeros alguna porcion sin noticia de los otros, y despues no le quedase parte igual para estos, sin cuyo conocimiento la dió, la vuelvan á la compañía los que la recibieron para hacerse con igualdad, segun corresponde, la division entre todos. Si los que no recibieron su parte correspondiente sabian que se diera á otros y callaron por pereza, haciéndose entre tanto pobre el administrador sin poder cumplir con ellos, sufrirán el perjuicio que les viene por su culpa ó descuido.

Dispone mas *d. ley* 15, que, si á un sócio se le reconviniese por deudas de la compañía que tuviese contra sí, en términos que estrechándole á su pago no le quedase con que vivir, tiene derecho á que se le deje lo para esto necesario, á cuyo derecho suele llamarse el beneficio de competencia, de que hablaré con mas estension en el juicio ejecutivo. Mas esto entiéndase mientras no llega á tener mas bienes con que poder solventar, *d. ley.*

En el *Código de Comercio*, *lib.* 2, *tit.* 2, se habla estensamente de la materia de este *núm.*, respecto á las compañías mercantiles; pero leyes especiales, como son estas, no caen bajo el plan del que escribe los principios de las comunes ó generales.

Núm. 4. *Modos de acabarse la compañía.* Hállanse espresados en la *ley* 10, *d. tit.* 10, y son: 1.° La muerte natural de alguno de los compañeros, y en tanto grado, que aunque estos sean muchos, se acaba por la muerte de uno solo, si no es que hubiesen pactado lo contrario. Y aqui nótese, que segun la *ley* 1, *d. tit.* 10, no valdría el pacto de que, muerto un compañero, hubiese de durar la compañía en sus herederos, á no ser que esta fuese de arrendamiento de cosas del Rey, ó de algun comun. 2.° Acábase la sociedad si alguno de los compañeros fuese desterrado para siempre, porque nunca

ha de salir del destierro. 3.° Por la cesion de bienes que hizo uno de ellos. 4.° Por morirse ó perderse la cosa, por la cual fué hecha la compañía, ó porque mudase de estado, haciéndose sagrada. 5.° Tambien se acaba por la renuncia, cuyo modo refiere la *ley* 11 *de d. tit.* 10. Si esta no es dolosa, ni intempestiva, nada mas hay que advertir sobre ella; pero sí cuando tuviere alguna de estas malas cualidades.

La que se hizo con dolo ó engañosamente, al paso que no libra al renunciante de sus compañeros, liberta á estos del que renunció. Si por ejemplo, pues, viendo el renunciante que le venia por herencia ú otro título alguna ganancia, hiciere la renuncia, serán los compañeros partícipes de aquella; pero por lo contrario, si viniere alguna á los otros despues de la renuncia, nada participará de ella el que renunció, *ley* 12, *d. tit.* 10. De la renuncia intempestiva, esto es, que se hace antes de acabarse el negocio sobre que se hiciera la compañía, ó el tiempo que esta habia de durar, dice la *ley* 11, *d. tit.* 10, que debe pagar su actor á los otros todo el daño ó menoscabo que les viniere por esta razon. De esto deben, empero, esceptuarse los dos casos siguientes: 1.° El en que se hubiese pactado al otorgar la compañía que podría separarse de ella cualquiera, siempre que quisiese, antes ó despues del tiempo espresado, *d. ley* 11. 2.° Cuando el renunciante tuviese justa causa para renunciar; pues asistiéndole, podrá hacerlo impunemente.

La *ley* 14, *d tit.* 10, señala cuatro de estas: 1.ª Cuando uno de los compañeros es tan bravo ó de tan mala índole, que los demas no le pueden sufrir ó vivir con él en buena manenera. 2.ª Si algun sócio es enviado por el Rey ó el comun de alguna ciudad ó villa con poderes, ó le dan algun oficio, ó le mandan hacer alguna cosa que redunde en beneficio de la nacion, ó del comun del lugar. 3.ª Siempre que no se guarde á un compañero la condicion que se puso al contraerse la compañía. 4.ª Cuando aquella cosa, por la cual se hizo la compañía, es embargada de manera que no pueden usar de ella. Esta razon, de que pone ejemplos la ley, puede referirse al modo 4.° de acabarse la compañía, que noté al principio.

Por lo que va manifestado se echa de ver se acaba la

compañía por dos modos que no tienen lugar en los otros contratos, (esceptuado el del mandato, en que tal vez le tiene como luego veremos), y son la muerte y la renuncia, sin embargo de que tienen contra sí los dos axiomas ó reglas capitales de *El que contrae, contrae para sí y su heredero, ley* 11, *tit.* 19, *P.* 3; y el *de la obligacion una vez contraida, no puede apartarse uno de los contrayentes contra la voluntad del otro.* La razon de no obrar el 1.° es porque en contraer la compañía tienen los contrayentes consideracion á la industria ó habilidad de la persona; y á las veces el heredero de hombre muy hábil, es un bobo. Y no se guarda estrictamente el 2.°, á fin de que no se altere la tranquilidad de las gentes; porque el mantenerse en comunion los que no tienen voluntad de ello, es fácil produzca desacuerdos y discordias, *ley* 11, *tit.* 15, *P.* 6.

Pero adviértase que aunque se acaba la compañía por la muerte de un compañero, sus resultas de cuentas, tanto activas, como pasivas, pertenecientes al tiempo que duró, pasan á sus herederos, *ley últ*, *d. tit.* 10.

Núm. 5. *Resúmen de este* §. 1. Recapitulando lo en él dicho, resulta de su *núm.* 1, qué cosa sea compañía; que ha de recaer sobre objetos buenos y honestos; que puede contraerse general de todos los bienes, ó de cosas particulares; y está de tres modos, ó para un determinado negocio, ó simplemente, sin espresar para cual, ó sobre todas las ganancias que en adelante hagan los sócios, á cuyas especies dá el nombre de compañía regular colectiva el *art.* 265, *Cód. de Com.*; ó tambien poniendo uno el caudal y otro la industria, la que unas veces se compara al uso de aquel, y otras al dominio, produciendo esto los efectos que en él vimos, y á esta llama *d. art.* 265, ya sociedad en comandita, ya anónima, segun la diferencia espresada: del 2, qué efectos producen todas estas diversas clases; que las ganancias ó pérdidas deben partirse segun los tratos lícitos hechos al efecto por los sócios, y por su omision en iguales partes, habida proporcion geométrica al caudal ó trabajo de cada uno; en qué términos es válido el pacto de que uno no tenga parte en la pérdida; y que es nulo el de que no se tenga en la ganancia: del *núm.* 3, quién

debe gobernar las cosas de la compañía; que se presta en sus asuntos la culpa leve; que el que en ellos procede con dolo, no le sirve alegar hizo por otra parte mayores ganancias; cuándo los sócios deben restituir parte de lo que cobrasen, y gozan del beneficio de competencia; y por último, en *el* 4 vimos, por qué causas se acaba la compañía, que entre ellas, dos no tienen lugar en los otros contratos, y que aunque no pase la compañía á sus herederos, sus resultas activas ó pasivas sí.

§. II.

Del Mandato.

Título 12 al fin, Partida 5.

Número 1. *Qué sea mandato, y cómo puede contraerse.* El último contrato de los que se otorgan por solo el consentimiento de ambos, es el mandato ó mandamiento; y puede definirse: *Encargo que uno hace á otro, quien le recibe con obligacion de cumplirle.* Por esta definicion, déjase conocer, bastan para contraerle cualesquiera palabras que manifiestan la intencion de obligarse; *ley* 24, *tit.* 12, *P.* 5. La 12 *del mismo tit.* dice, se puede tambien contraer tácita ó calladamente. Puede asi bien hacerse entre presentes ó por cartas ó mensageros entre ausentes, y á dia cierto ó bajo condicion.

Por razon del fin, se puede efectuar el mandato de cinco maneras, referidas con ejemplos en las *leyes* 20, 21 *y* 22, *d. tit.* 1.ª Por utilidad de solo el mandato. 2.ª Por la de un tercero solamente. 3.ª Por la del mismo mandante y la de un tercero. 4.ª Por la del mandato y la del mandatario. 5.ª Por la del mandatario y la de un tercero. No juzgo ser necesario poner los ejemplos, porque ademas de estar referidos en *dichas leyes*, es muy fácil formarlos. Pero debo notar que si se hiciese por sola la utilidad del que recibe el mandato; no tanto debería dársele este nombre como el de consejo, sin producir obligacion en el mandato, á no ser que le hubiese

dado maliciosamente ó con engaño, en cuyo caso debería pagar todo el daño que recibiese por esta razon aquel á quien le dió, *ley* 23, *d. tit.* 12.

Por razon del objeto, se divide el mandato en extrajudicial y judicial; pero aqui solo se trata del primero, pues el segundo pertenece al tratado de procuradores en los juicios.

Núm. 2. *Qué obligaciones produce, y cómo se acaba.* En este contrato del mandato ó mandamiento, como uno de los bilaterales, quedan obligados ambos contrayentes. La obligacion del mandante es haber de pagar al mandatario lo que hubiere gastado ó espendido en cumplir el mandamiento: y la de este haberlo de cumplir, de manera que si en no desempeñarlo comete engaño ó culpa, ha de satisfacer á aquel el daño que le haya ocasionado, *d. ley* 20, *tit.* 12, *P.* 5, que dá por razon el que los mandamientos se hacen por amor y como oficios amistosos. Gregorio Lopez, en *su glos.* 5, interpretando la palabra *culpa*, que espresa la ley, dice que debe entenderse de toda culpa, de modo que comprenda tambien la levísima, apoyado en el Derecho Romano. Aunque la autoridad de este es ninguna para nosotros, debo decir que la razon que dá para disponer esté obligado el mandatario á obrar con todo el cuidado que ponen los mas diligentes padres de familia, ó lo que es lo mismo, á responder de la culpa levísima, es porque entre amigos asi debe hacerse; cuyo motivo presenta tambien, como acabamos de ver, *d. ley* 20, y por lo mismo no parece infundado el decir que en la palabra culpa querrá como aquel comprender la levísima.

Para que valga el mandato, y produzca las obligaciones que acabo de referir, es menester que no sea contra las buenas costumbres; pues si lo fuese, no vale ni aprovecha para cosa alguna. Asi, en el caso que uno mandára á otro que robase, hiciese algun homicidio, incendiar casa, &c., aunque este lo ejecutase y espendiese en ello algun dinero, nada podría repetir al primero. Mas tanto uno como otro, estarían obligados á las resultas que este ímprobo cumplimiento pudiese traer á un tercero, por ser los dos reos del delito. Por ser de esta misma clase, no valdría tampoco el mandamiento que hiciere un menor de 25 años, de que alguno saliera fia-

dor de una barragana ó mala muger, *ley* 25, *d. tit.* 12.

Este contrato, como se deja conocer, se acaba como todos por finalizar el objeto que le motivaba. En cuanto á fenecer por la renunciacion ó por la muerte, segun indiqué *número anterior*, no se halla ley alguna nuestra que lo diga, aunque las romanas lo dijeron afirmativamente. Pero debe notarse que Gregorio Lopez, comentando aquellas palabras de *d. ley* 20, en que al hablar del mandatario, dice ésta simplemente: *Tenudo es de cumplirlo*, infiere que en España ni aun estando las cosas enteras, quiere decir, sin haberse empezado á desempeñar el mandato, podrá el mandatario renunciar; y efectivamente parece que asi debe sostenerse, atendido el principio de nuestro derecho de á cuanto se obliga el hombre, á tanto queda obligado. De la muerte puede decirse es regular fenezca con la del mandatario, sin pasar á sus herederos, ya porque en el mandato cabe decir lo que en la compañía, que se atiende principalmente á la aptitud de la persona, ó ya porque la *d. ley* 20, en sus palabras *por facerles amor*, indica le considera como cosa personal.

Por ser demasiado reducido ya en sí este párrafo, omito presentar su resúmen.

TÍTULO XVI.

DEL CONTRATO VERBAL, Ó DE PALABRAS.

Título 11, Partida 5.

§. *Unico.*

Número 1. *Sobre la famosa ley* 1, *tit* 1, *lib.* 10, *Novísima Recopilacion, y si existe hoy contrato verbal.* Fué este muy famoso entre los Romanos: le conocian con el solo nombre de estipulacion, *stipulacio*; y para su legítima constitucion requirian al principio varias solemnidades escrupulosas, de las cuales han quedado todavía algunas en este derecho, á pesar de haber suprimido las mas embarazosas los emperado-

res Leon y Justiniano. Las palabras formales y solemnes que eran necesarias antes del primero, hacian distinguir claramente la estipulacion del nudo pacto; despues es difícil conocer si la promesa pertenece á uno ó á la otra, aunque siempre han quedado muchas diferencias en cuanto á los efectos.

Afortunadamente en España no tenemos necesidad de andar con semejante juego de palabras; pues la misma obligacion produce el pacto serio promisorio que la estipulacion, y esta que aquel; y aun dá mas ensanche á la razon de obligar la *d. ley* 1, *tit.* 1, cuyas notables palabras conviene referir en este lugar. *Pareciendo*, dice, *que alguno se quiso obligar á otro por promision, ó por algun contrato ó en otra manera, sea tenido de cumplir aquello que se obligó, y no pueda poner escepcion que no fué hecha estipulacion, que quiere decir, prometimiento con cierta solemnidad de derecho, ó que fué hecho el contrato ú obligacion entre ausentes, ó que no fué hecho ante Escribano público, ó que fué hecha á otra persona privada á nombre de otros entre ausentes, ó que se obligó alguno que daria á otro, ó haria alguna cosa, mandamos que todavia vala dicha obligacion y contrato, que fuere hecho en cualquiera manera que parezca que uno se quiso obligar á otro.*

Esta *ley* constituye un modo de producir obligacion y accion, tan desnudo de solemnidades y distante de ser estipulacion, que ni aun es nudo pacto, como que consiste en que solo conste de la voluntad de querer uno obligarse, sin ser necesario que consienta otro, sin lo cual no puede haber pacto. Es, pues, un modo de producir obligacion anómalo ó estraordinario, que destruye muchos vestigios de las estipulaciones que se leen en el *tit* 11, *P.* 5. Si se quisiera referir ó aplicar á alguna clase de contratos, mas sería á la de los consensuales que á la de los verbales. Sin embargo, le coloco en el título de estos, porque el fin principal de establecer esta ley no fué otro que el de que se despreciase toda su escrupulosidad y solemnidad de palabras.

Con este desprecio apenas se puede decir que tenemos en España contrato verbal; y por ello es en gran parte inútil el citado *tit.* 11, *P.* 5, que consta de 40 leyes. El *tit.* 1 *del lib.*

45 *del Digesto Romano*, á quien corresponde, tiene 141, lo que hace ver lo mucho que degolló la referida *ley* 1, *tit.* 1, *lib.* 10, *Nov. Rec.* Pero no obstante esto, no hay prohibicion ni reparo que estando dos presentes pregunte el uno al otro si le promete dar alguna cosa ó hacerla por él, y responda que sí el preguntado, lo que sucede con frecuencia: y en estos términos, no puede negarse que hay un contrato verbal llano y regular, *ley* 1, *d. tit.* 11, *P.* 5. No quiso la *ley del tit.* 1, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, destruir esto; quiso sí no hacerlo indispensable ó necesario, y purgar este contrato, cuando se celebra, de muchísimas escrupulosidades, que copiadas del Derecho Romano, fueron establecidas en *d. tit.* 11 *de la P.* 5: las que deberán considerarse derogadas por la *recopilada referida*, en lo que no sean conformes á su sencillez y espíritu. Bajo este supuesto, paso á hablar brevemente del contrato verbal en cuanto queda subsistente despues de esta *ley*.

Núm. 2. *Por quiénes, sobre qué cosas, y cómo puede hacerse la estipulacion.* Pueden prometer ó estipular todos los que no están prohibidos; de consiguiente, sabiendo quiénes sean estos, sabemos quiénes pueden ó no estipular. Los refieren las *leyes* 4, 5 *y* 6 *de d. tit.* 11, y yo los dejo expresados en el *tit.* 10, *núm.* 2, en donde pueden verse.

No vale la promesa de las cosas que están fuera del comercio de los hombres, como son las dichas de derecho divino; y está reprobada en tales términos que no valdria aun en el caso que despues se hicieren profanas, *ley* 22, *d. tit.* 22. Tampoco vale la promesa de cosa que ni es ni puede ser; ó de cosa cierta que fuese ya muerta, como de un caballo, sin que tenga el que la hizo obligacion de dar cosa alguna en razon de ella, *ley* 21, *d. tit.*; pero si la matáre sin justa causa habria de pagar su importe, *ley* 19, *d. tit.* 11. La promesa de las cosas, que aun no han nacido, como los frutos de este año, de tal campo ó el parto de la tal caballería, es válida; y tendrá obligacion de cumplirla el promisor luego que la cosa nacida estuviese en caso de poderse dar. No naciendo cosa alguna de la que señaló, nada tendria obligacion de dar; salvo si hiciere algun maleficio porque no naciese, que entonces ten-

dría de pagar lo que importáre por el engaño, *ley* 20, *d. tit.* 11.

Viniendo al como puede hacerse este contrato, digo, que suele celebrarse preguntando uno á otro si le dá ó hace por él alguna cosa, ó pidiéndoselo asi, y este le responde otorgándoselo, con lo que queda obligado á cumplirlo. Pero téngase presente que la *ley* 26, *d. tit.* 11 exige, para que este contrato y obligacion deban tener cumplido valor y efecto, que entre la pregunta y la respuesta haya congruencia ó conformidad, por no poder haber contrato alguno sin convenir los que tratan en una misma cosa. Asi no habria este en el caso que, preguntado uno si daba un buey, respondiese que daba un caballo; ó en el que siendo la pregunta pura, la respuesta fuese condicional ó al contrario, aunque fuese sobre una misma cosa, por ser total en estos dos casos la incongruencia. Siendo esta parcial solo sería de ningun valor el contrato en la parte en que hubiese incongruencia, y válido en la otra: por ejemplo, si preguntado uno si queria dar 40, respondió que daba 10, ó al contrario, valdria en estos la promesa, porque en esta parte hay conformidad. Mas el Sr. Sala, *núm.* 6 *de este tit.* 16 opina, que toda la doctrina de *esta ley* está consignada por *la tan citada de la Recopilacion*, segun la cual debe estar el promisor obligado á cuanto le salió de la boca con ánimo de obligarse: y asegura que del mismo sentir es Antonio Gomez, 2 *var.*, *cap.* 9, *núm.* 4, discrepando solo en el caso en que la incongruencia fuese en el modo de ser pura la pregunta y la respuesta condicional, ó al contrario, de cuya discrepancia no veo razon sólida.

Núm. 3. *De la promesa bajo condicion, á dia cierto, y bajo pena, y sus efectos.* Puede tambien constituirse este contrato puramente, á dia cierto, y bajo condicion, ó cierta pena. Será pura la promesa ó estipulacion, cuando en ella no hay dia señalado ni condicion, como si preguntándote *¿me prometes 10 pesos?* respondieras *prometo*: á dia cierto si se le añadiera alguno en la pregunta, para el 1.° *de Enero*, por ejemplo; y lo mismo sería si fuese cierto que el dia habia de venir, aunque no se pudiese señalar el cuando, como lo es el de la muerte. Hay promesa bajo condicion si estuviese puesta en la pregunta (lo mismo parece debe decirse si lo está en la

respuesta) como si José te dijera *¿me prometes 50 pesos si me casáre? ley 12, d. tit. 11, P. 5:* y bajo pena cuando uno promete alguna cosa, y en el caso de no cumplir cierta pena, *ley 15, d. tit.*

Son dignos de saber los efectos diversos que producen estos modos de celebrar las estipulaciones; y los presento reducidos á las reglas siguientes: 1.ª Segun la *ley 13, d. tit. 11*, cuando la promision es pura, pende del arbitrio del juez señalar el dia en que deba cumplirla el que la hizo; y si fuese espresado el lugar en que el promisor la habia de cumplir, y maliciosamente no quisiere ir allá, habiendo pasado tanto tiempo que podia haber ido, en este caso le puede apremiar á que la cumpla en el mismo en que la hizo con los daños y menoscabos que recibiese el otro. 2.ª Las promisiones á dia cierto señalado y bajo condicion, convienen en que no puede exigirse su cumplimiento hasta que venga el dia ó se cumpla la condicion. 3.ª Convienen igualmente en que si muriere antes de este tiempo uno de los contrayentes, quedan los efectos de la promision en sus herederos de la misma manera que estaban en el que murió, *ley 14, d. tit. 11*: lo que sucede al contrario, y sea dicho de paso, en los legados condicionales, pues segun dije *tit. 5, §. 1, núm. 9*, muerto el legatario pendiente la condicion, no vale el legado, de cuya diferencia es la razon la regla puesta en el *tit. ant., §. 1, núm. 4*, de *El que contrae contrae para sí y para su heredero.* Los Romanos la esplicaban diciendo, que el estipulador transmitia á su heredero la esperanza de que hubiese deuda; y que los legados como dejados por el afecto que tiene el testador á la persona del legatario se consideran personales.

Si las promesas hechas á dia cierto y bajo condicion convienen en los dos efectos dichos, discordan en otros; y empezando por señalar los de las primeras. Sea 4.ª regla. Si alguno prometiere dar ó hacer cualquier cosa en el dia primero del mes, sin expresar cual, debe entenderse del mes primero que viniere despues de hecha la promision. 5.ª Diciendo que prometia 20 pesos cada año, no podrá pedirle el otro los pertenecientes á un año hasta el fin de este; pero si dice que los promete en todos los años de su vida, al principio de cada uno

podrán pedírsele los á él pertenecientes, *ley* 15, *d. tit.* 11, 6.ª Lo que se promete á dia cierto, ó lo que es lo mismo, bajo condicion que se sabe con seguridad que vendrá, aunque se ignore el cuando, cual es el de la muerte del promitente, ú otro semejante, si lo pagáre antes de morir, no se puede ya repetir; porque no es posible deje de llegar el dia en que habria derecho de exigirse caso de no haberse pagado, *ley* 32, *tit.* 14, *P.* 5. 7.ª Como en la promesa verdaderamente condicional no hay deuda hasta que la condicion se cumple, si uno paga lo que prometió bajo ella antes de haber existido esta, lo puede repetir, porque podrá suceder que no llegue á deberse, *d. ley* 32. Es pues el efecto de la condicion suspender el valor de la promesa mientras hay incertidumbre de si existirá ó no. Si se cumple queda entonces obligado el que prometió; y si consta haber faltado no vale aquella, *ley* 12, *d. tit.* 11. Debe tenerse aqui por repetido lo que sobre condiciones dije en *d. tit.* 5, §. 1, *núms.* 8 y 9.

En cuanto á lo que se prometió bajo cierta pena, ténganse por reglas, 8.ª, que estará el promitente obligado á satisfacer esta ó lo prometido pasado el tiempo en que debió cumplirlo; y que, si prometiere hacer ambas cosas en el caso que no cumpliese, las dos deberá dar. 9.ª Si dicha pena recayèse sobre una promesa hecha bajo condicion indeterminada de no hacer, por ejemplo, *no dándote ó haciéndote tal cosa, te prometo dar* 100 *pesos*, no está aquel sujeto á la pena, mientras viviere y existiere la cosa; porque hasta su muerte la pudo dar, y con ello evadir la obligacion de la promesa, *ley* 15, *d. tit.* 11. Esta doctrina parece debe entenderse generalmente en todas las promisiones de no hacer, tanto que se refieran al promisor, como al estipulador, pues siempre deberá esperarse la muerte de aquel á quien se refiere la condicion para que pueda decirse cumplida, puesto que la sólida razon en que se funda *d. ley* 15, es general y aplicable á todas: con el bien entendido, que en ellas no tiene jamás lugar la caucion llamada *Muciana* que lo tiene en los legados, como vimos, *dicho número* 9.

Núm. 4. *Qué obligacion se contrae cuando son dos los que prometen.* Cuando dos ó mas personas prometieron á otra

dar ó hacer cualquier cosa, á que suele darse el nombre de obligacion mancomunal, para que cada uno esté obligado *in solidum* ó al todo de lo que prometieron, es necesario que lo expresen asi al tiempo de contraer equella; pues si solo se obligaron simplemente, fuese por contrato ó de otra manera, dispone la *ley* 10, *d. tit.* 1, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, se entiendan obligados cada uno por la mitad ó á prorata. Para la mayor claridad de esta ley debo decir, que Acevedo al comentarla, prueba que cuando se obligaron *in solidum* puede cada uno de ellos ser reconvenido por el todo, sin que pueda oponer la escepcion ó beneficio de la division, teniendo bastante con que solventar, aunque los dos se hubiesen obligado á un tiempo: y que no necesitan alegarla para no ser obligados en el caso en que al todo se hubiesen obligado simplemente, porque la misma ley quiere lo estén solo por mitad; y por consiguiente con solo proponerla por via de defensa deben aquietarse el acreedor y el juez. En el *tit. sig.* veremos si esto mismo tiene cabida respecto á los fiadores.

Cuando uno de estos dos ó mas reos de prometer paga el todo, claro está estingue enteramente la deuda, sin que el acreedor pueda repetir nada contra los otros. Pues si los reos son de estipular, esto es, á quienes se haya prometido todo individualmente, esto se debe á cada uno de ellos; pero á cualquiera que se pague estingue tambien la deuda en su totalidad.

Núm. 5. *Resúmen de este titulo.* Atendido lo en él dicho, sabemos por su *núm.* 1, qué sea contrato verbal, y que no deja de existir, aunque en la actualidad no sea necesario andar con las solemnidades que el Derecho Romano y leyes de Partida prescribian para que produjera obligacion: por el 2, quiénes pueden contraerle; acerca de qué cosas; y que no es indispensable despues de la tan citada *ley recopilada* que entre la pregunta y la respuesta haya una total congruencia: por el 3, que puede efectuarse puramente, á tiempo cierto, y bajo condicion y pena, con los diversos efectos que esto produce, presentados en 9 reglas: y por último en el 4 vimos, que para suponerse algunos obligados al todo es preciso lo espresen asi; que en otro caso no puede reconvenírseles sino por mitad ó á prorata; y que si uno paga, queda la deuda com-

pletamente estinguida; y lo mismo si los reos eran de estipular, y se pagó todo á uno.

TÍTULO XVII.

DE LAS FIANZAS É HIPOTECAS.

§. I.

De las Fianzas.

Titulo 12, P. 5, libro 10, Novísima Recopilacion.

Número 1. *Qué es fianza; y quiénes pueden ser fiadores.* Dice con mucha oportunidad Sala, *núm.* 1 *de este tit.* 16, que sigue el buen método del Digesto Romano y del libro de las *Partidas* en tratar de las fianzas, despues de haber hablado en general de las obligaciones, y de las promisiones; puesto que aquellas se hacen tambien por medio de estas, y se hacen con el fin de asegurar las obligaciones anteriores á que se refieren.

Puede definirse la fianza ó fiadura, como lo llaman las *leyes de Partida*: *Una obligacion secundaria, en virtud de la cual se sujeta el que la contrae á que otra obligacion anterior, á que se refiere, será cumplida*; *princ. del tit.* 12, *P.* 5. Segun esta definicion llamaremos fiador á aquel que da su fé y promete que otra persona hará tal ó cual cosa á que se hubiese obligado ú obligue; y en su defecto pomete hacerla él.

Por lo regular pueden ser fiadores en favor de otros, y pueden recibirles en el suyo, todos los que pueden obligarse, *ley* 1, *d. tit.* 12. Mas no deja de haber algunas escepciones y limitaciones en cuanto á lo primero, que paso á notar. Están pues prohibidos de serlo los Caballeros que reciben soldada del Rey por estar en su servicio, los Obispos, y las mugeres, *ley* 2, *d. tit.* 12. Pero estas pone la *ley* 3 *sig.* varios casos en que pueden serlo, y son: 1.° Por la libertad. 2.° Por la dote de otro, esto es, si afianzase á favor de Pedro lo que debiese reci-

bir de la muger con quien casase. 3.° Si habiendo entrado fiador por otro, dura en la fianza hasta dos años, y de alli adelante la ratifica ó remueva de alguna manera. 4.° Cuando recibió precio por la que hiciese; Gregorio Lopez, *glos. 9 de d. ley* 3, juzga que el juez debe fijar la cantidad á que debió ascender este para tener valor la fianza. 5.° Si vistiéndose la muger de hombre ó haciendo creer de otro modo que lo era, la recibiese alguno por fiador creyendo engañado que era varon; pues es justo no les valga en este caso el favor que se les concedió, no para engañar, sino á fin de que no lo fuesen ellas por su natural simplicidad. 6.° Cuando hiciese la fianza por su hecho propio ó utilidad, como si saliese fiador por otro que la fiára á ella. 7.° Si habiéndose constituido fiador por alguno acaeciese despues de esto que ha de heredar los bienes de aquel por quien fió. 8.° Cuando sabedora y segura la muger de que no podia ni debia ser fiador, lo fuere, renunciando por su voluntad y desamparando el derecho que la ley le concede en esta razon. A propósito dejé este caso para el último, con el fin de advertir que por él se desvirtúa la prohibicion de la ley, pues no hay escritura de fianza en que entren mugeres, en que no se tenga buen cuidado de espresar con los términos mas esplícitos la renuncia de su beneficio.

Nótese mas, y con cuidado, sobre el 6.° caso que la *ley* 3, *tit.* 11, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, (61 de Toro), establece que las mugeres no pueden ser fiadores por sus maridos, aunque se diga y alegue que la deuda se convirtió en provecho de ellas. Con este motivo añade: que cuando se obligáren de mancomun marido y muger en un contrato ó en diversos que esta no sea obligada de cosa alguna, salvo si se probáre que se convirtió la tal deuda en provecho de ella, pues entonces será obligada á prorata ó proporcion del dicho provecho. Aun de esto esceptúa el caso en que el beneficio recibido por la muger casada fuese en las cosas que el marido estaba obligado á darle, asi como en vestirla, mantenerla y las otras cosas necesarias, pues en él manda no sea ella obligada á cosa alguna. Pero todo lo dicho entiéndase sino fuere la dicha fianza y obligacion de mancomun por los pechos ó derechos de las rentas nacionales, *d. ley* 3.

De las personas que vimos pueden por lo general ser fiadores, hay que esceptuar los labradores, de quienes disponen las *leyes* 6 *y* 7, *tit.* 12, *d. lib.* 10, *Nov. Rec.*, no puedan obligarse ni como principales, ni como fiadores en favor de los señores en cuya jurisdiccion vivieren; ni en el de ninguna otra persona que no sean ellos mismos entre sí, y que las fianzas que de otro modo hicieren sean nulas, y lo mismo la renuncia que hicieren de este favor. Sala, con este motivo, recapitula otros varios privilegios concedidos á los labradores; pero siendo muy inoportuno este lugar, me reservo hablar de ellos en el juicio ejecutivo á que corresponden.

Núm. 2. *Cómo, y en qué casos puede tener lugar la fianza; y hasta qué punto puede estenderse su obligacion.* Por la *ley* 6, *d. tit.* 12, *P.* 5, era menester formal promision ó estipulacion para contraerse la obligacion de fianza; pero advierte muy bien Gregorio Lopez, en *su glos.* 1, estar corregida por la célebre *ley* 1, *tit.* 1, *lib.* 10, *Nov. Rec.* mencionada, *núm.* 1, *tit. ant.* Puede un hombre entrar fiador por otro si quisiere, no solo cuando se constituye la obligacion principal, sino tambien antes ó despues; y asimismo hasta cierto tiempo ó bajo condicion, segun esplica *d. ley* 6, poniendo las fórmulas.

Viniendo á los casos en que puede tener lugar la fianza, digo, que admite fiador no solamente la obligacion eficaz natural y civil, sino tambien la meramente natural; en cuyo caso, aunque el deudor principal no pueda ser apremiado á cumplirla, podría serlo el fiador, *ley* 5, *d. tit.* 12, *P.* 5. Las obligaciones de los hijos de familia y menores en que esto no tiene lugar, pueden verse en el *tit.* 11, *núm.* 4, en que tuve ocasion de notarlas. Prescindiendo de estas, puede decirse que toda obligacion, de cualquiera clase, no siendo inícua, admite el ser asegurada por medio de la fianza. Por lo mismo, ni es necesario, ni estoy en el caso de andar con especificaciones. Debo, empero, hacer mencion de las tan comunes fianzas de la *Haz, y Carcelera.* Febrero, 1.ª *part., cap.* 4, *números* 141 *y siguientes*, dice, que algunos las confunden; mas en realidad que son distintas: y que la primera se contrae de dos maneras, ó que puede recaer sobre dos cosas di-

versas. Dúdase á veces de ciertas personas que comparecen en juicio si continuarán asistiendo á él, por ser vagos, delincuentes, ú otra causa; en cuyo caso, á fin de evitar su fuga y los perjuicios de ella consiguientes á la otra parte, se les obliga á dar la fianza dicha *de juditio sisti*, estar y comparecer al juicio, para asi librarse de que se les asegure de otro modo; y otras veces dúdase si al fin de este serán capaces de abonar sus resultas, y en este caso deben dar la fianza *de judicatum solvi*, pagar juzgado y sentenciado. Espresar los casos en que esta tiene lugar, no es propio de este sitio. Y tiene lugar la fianza *carcelera*, cuando se quiere poner en libertad ciertos reos de delitos leves; á cuyo efecto se les exige fiador que se obligue á responder de su persona, de que no harán fuga, y que siempre que la autoridad lo ordene, se presentarán á sus órdenes. Esta solo se admite cuando el delito porque el reo es acusado no merece pena corporal; de lo que se hablará en el juicio criminal.

No debo pasar aqui en silencio la idea curiosa emitida por Febrero, *d. cap.* 4, *núm.* 156, y Gomez, en *la ley* 66 *de Toro*, de que ninguna persona está obligada á dar fiador en seguridad de un contrato, si no se le exigió al tiempo de celebrarlo; á no ser que despues disipe sus bienes, ó que quiera ir á vivir á otra tierra; y esto aunque sea pobre; siempre, repito, que no medien los dos casos espresados. La razon de esto es demasiado clara: el otro contrayente bien sabia ó debia averiguar las circunstancias en que se hallaba; de consiguiente, si á pesar de ellas se fió en solo su palabra, mientras no varíen, sola esta seguridad debe bastarle. La *ley* 5, *d. titulo* 11, (66 de Toro), dispone que, cuando se pide una deuda judicialmente para poder el acreedor obligar al deudor á asegurarla con fianza, es preciso acredite antes aquella con la correspondiente informacion: cuya disposicion en nada se opone á la doctrina de Febrero y Gomez, como se deja conocer.

Vale la fianza, no solo cuando uno entra fiador por mandato espreso del deudor, sino tambien cuando entráre por su voluntad delante de este que no se lo manda; pero tampoco lo contradice: ó entrando por el deudor sin su sabiduría ó

mandato, y luego que lo sabe, lo consiente y le place; ó finalmente, si entra sobre cosa que otro debe dar ó hacer, y por su utilidad lo hace, aunque este no lo consienta; *ley* 12, *d. tit.* 12.

Con respecto á la estension que puede darse á la obligacion que produce la fianza, suele decirse que el fiador puede obligarse mas que el principal obligado, pero no en mas; porque como obligacion accesoria, la de fianza no es posible se estienda á mas que la sobre que recae. Esta demasía puede tener lugar de cuatro maneras: 1.ª En la cantidad, como si debiendo dar 100 el deudor principal entrase el fiador á obligarse á dar 120; en cuyo caso no valdría la fianza en el esceso, esto es, en los 20. 2.ª Cuando el deudor principal es obligado á dar una cosa en lugar cierto, y el fiador se obliga á darla en otro mas grave. 3.ª Cuando aquel estaba obligado á dar la cosa en determinado tiempo, y este entra á darla en otro mas breve. 4.ª Si el deudor estuviese obligado á dar la cosa bajo condicion, y el fiador se obligase á darla puramente sin condicion alguna. De suerte que en ninguno de estos casos valdría la fianza, segun la *ley* 7, *d. tit.* 12, *P.* 5, lo que creo deberá limitarse hoy á la parte en que esta escede á la obligacion principal. Dije al principio, que el fiador al paso que no puede obligarse en mas, lo que acabo de esplicar, puede sí obligarse mas; y esto lo esplican Heinnecio, §. 878, *núm.* 3, y Gomez, 2 *var.*, *cap.* 13, *núm.* 2, diciendo, puede el principal obligarse solo simplemente y el fiador bajo prenda ó hipoteca, lo que es válido.

Núm. 3. *Privilegios de los fiadores.* El primer beneficio que disfrutan, es el de *órden ó de escusion*, dicho asi por el que debe seguirse de reconvenir antes al deudor que al fiador, y porque para llegar á este el acreedor, debe hacer primero escusion en los bienes de aquel, y hacerse ver por ella que no los tiene, ó no son bastantes para satisfacer al acreedor. Para poder, pues, este pedir la deuda al fiador, es menester que la reclame antes del deudor principal, si se hallare en la ciudad, y no pudiendo cobrarla de este, podrá entonces demandarla á aquel. Si acaeciese que hallándose presente el fiador, estuviese ausente el deudor, puede aquel pedir

plazo al juez, que le deberá dar segun le pareciere para poder llevar á la ciudad al deudor; y si pasáre el plazo sin llevarle, podrá ser precisado á la paga, *ley* 9, *d. tit.* 12.

Cesa este beneficio en tres casos principalmente: 1.° En el que acabo de espresar de estar el reo ausente. 2.° En el de ser insolvente, como se deja conocer. 3.° Cuando el fiador renunció al tal beneficio de *escusion ú órden;* lo que está permitido, y es tan comun, que en el dia apenas se vé escritura de fianza que no contenga esta renuncia. Gomez, *d. cap.* 13, *núm.* 14, refiere otros casos menos frecuentes que prueba con leyes romanas.

El otro beneficio concedido á los fiadores, dice relacion á ellos mismos, y solo tiene lugar cuando son mas que uno. Llámasele comunmente *de division;* y en su virtud oponiéndola aquel fiador que fuere reconocido por toda la deuda, consigue que la accion del acreedor dividiéndose entre los demas, se dirija contra sí solo á prorata, *ley* 8, *d. tit.* 9. Pero en esto debe hacerse la distincion, que presenta la misma ley, entre los fiadores que se obligaron simplemente, y los que lo hicieron *in solidum.* A los primeros es á quienes concede el espresado beneficio, que niega á los segundos, por suponerse renunciaron á él en el hecho de obligarse á responder cada uno por el todo de la deuda, caso de no solventarla el principalmente obligado. Sala, en su *núm.* 10, propone la cuestion de si esto tiene lugar despues de la *ley* 10, *tit.* 1, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, en que no se entiende verdaderamente lo que quiere decir; tal es la obscuridad con que se esplica. Menos entiendo tampoco á qué viene tal cuestion; pues veo que las *dichas leyes* 8 *y* 10, están en un todo conformes. En el *núm.* 4, *tit. ant.*, hemos visto que esta última dispone que cuando dos se obligan simplemente á una cosa, se entiendan hacerlo solo por mitad ó á prorata; y que para estrecharlos al todo debieran haberse obligado *in solidum*, ¿pues qué mas dice la *ley* 8, respecto á los fiadores? Aunque esto para mí no es cuestionable, debo decir con Acevedo en *d. ley* 10, *núm.* 4 *al fin*, que no es malo renunciasen espresamente á dicho beneficio los fiadores, cuando su ánimo sea obligarse *in solidum.*

Dicha *ley* 8 *al fin*, presenta un caso en que cesa el beneficio de division, aunque los fiadores se hubiesen obligado simplemente, y es cuando los otros cofiadores son insolventes.

El tercer favor concedido á estos, es el llamado *cesion de acciones*, por el cual, pagando uno de los fiadores toda la deuda al acreedor, puede pedirle que le ceda sus acciones contra sus compañeros para demandar le satisfaga cada uno la porcion que le corresponda, *ley* 11, *d. tit.* 12. Pero nótese, que segun ella, para tener lugar este beneficio, es menester que el fiador pagase en nombre suyo; porque si pagó á nombre del deudor, no podrá ya pedir la cesion, sin duda por no competirle á este. Y añade que, cuando pagó simplemente sin espresar si lo hacia en nombre suyo, ó en el del deudor, se entenderá lo primero, en el caso que proponga luego su demanda pidiendo la cesion; y lo segundo, si lo difiere.

En este caso ó en el de que espresamente pagase á nombre del deudor, le compete el derecho (á que solemos llamar *carta de lasto*) de conseguir del mismo deudor lo que por él hubiese pagado; cuyo derecho no escluye el de la cesion, siempre que le competa, segun lo que acabo de decir. De modo que en los casos en que cabe usar de esta, puede usar de la carta de lasto contra el deudor como mejor le parezca; pero no al contrario, *d. ley* 11.

Adviértase que dicho beneficio de *la cesion de acciones* compete á los fiadores que estaban obligados *in solidum*; no á los que simplemente. A estos, como dije al principio, se les concede el *de division*, y en su virtud no pudieron ser estrechados á pagar mas que la parte que les correspondiese: por lo mismo, si pagaron el todo, se supone que lo quisieron dar. Podrán sí repetir lo pagado del deudor.

No debo concluir este asunto sin hacer presente que la *ley* 17, *d. tit.* 12, dispone que, si el reo puesto en libertad bajo fianza se escapa, debe concedérsele al fiador el término de un año para buscarle; y si no le halla, imponerle alguna pena pecuniaria, mas no corporal.

Núm. 4. *Cuándo tiene ó no derecho el fiador á pedir lo pagado, y á que se liberte de la fianza.* Dije en el *núm.* 2,

que puede uno entrar fiador por otro sin mandato y aun sin noticia de este. Pues en todos los casos allí esplicados, cuanto pagáre el fiador por el deudor, deberá este abonárselo, *ley* 12, *d. tit.* 12; esceptuados tres de escepcion que esta misma presenta. 1.° Si paga aquel la deuda con intencion de donársela al deudor, para nunca pedírsela. 2.° Si la fianza es hecha por utilidad del mismo fiador. 3.° Si entró fiador contradiciéndolo el deudor.

Cuando uno por mandamiento de otro entra por fiador de un sugeto distinto que está ausente, sin este haberlo ordenado, si el fiador paga algo por él, no podrá demandárselo, sino que deberá pedirlo á aquel por cuyo mandato hizo la fianza. Pero esto se limita en el caso en que el por quien se afianzó estaba presente y no lo contradijo; ó si estando ausente fué en nombre y utilidad suya, pues entonces tendrá el fiador la eleccion de pedir lo pagado ó aquel por cuyo mandato se constituyó tal, ó al principal, y los dos estarán obligados á abonárselo, *ley* 13, *d. tit.* 12.

Si reconvenido el fiador no quisiere oponer la escepcion perentoria que tenia, y vencido pagáre la deuda, no la podrá recobrar del deudor, por presumirse que lo hace engañosamente para hacerle perder su derecho. Empero si la escepcion que podia oponer era solo personal para sí ó para el deudor, bien lo podrá recobrar, *ley* 15, *d. tit.* 12. Gregorio Lopez, en *su glos.* 10, limita esta doctrina en el caso de ser la escepcion personal para el deudor al en que el fiador no pudiese avisarle, para que hiciese uso de su escepcion.

El que el fiador pagase la deuda por su voluntad sin reconvencion judicial, no es impedimento para dejar de recobrarla del deudor: siendo aquella á plazo, habrá de esperarse á que venga, *ley* 16, *d. tit.* 12.

Con respecto á los casos en que puede el fiador pedir se le libre de la fianza, dispone la *ley* 14, *d. tit.* 12, que no debe el juez oir al que pretenda le exima el deudor de ella antes de pagar alguna parte de la deuda. De esto esceptúa los cinco casos siguientes: 1.° Si fuese ya condenado á pagar toda la deuda ó alguna porcion de ella. 2.° Si dura mucho tiempo en la fianza, cuya tasa pertenece al arbitrio del juez. 3.° Cuan-

do el fiador viendo que viene el plazo quiere pagar para no caer en la pena que se puso ni él ni el deudor, y el acreedor rehusa admitir la paga; y entonces la deposita en buena parte ante testigos. 4.° Si se constituyó fiador hasta cierto dia, y este pasó ya. 5.° Cuando el deudor empieza á desgastar sus bienes. No se entiende verdaderamente en qué principios de derecho se funda esta ley en suponer que quien debe eximir de la fianza es el deudor, y en no contar para nada con el acreedor, cuando el fiador á él y solo á él es á quien está obligado. Es muy cierto que en algunos casos que espresa es justo se exima á este; pero aun asi están mal redactados por el vicioso principio de que parten, opuesto á la teoría general de las obligaciones.

Está mas conforme á ella la *ley* 16, *d. tit.* 12, en su disposicion de que por la muerte del fiador pasan á sus herederos todos los efectos de la fianza.

Núm. 5. *Resúmen de este* §. En su *núm.* 1 vimos, qué sea fianza; y que pueden ser y recibir fiadores todos los que pueden obligarse; esceptuados los militares y demas caballeros que reciben soldada del Rey por estar en su servicio; los Obispos y las mugeres; bien que estas pueden serlo en muchísimos casos, lo mismo que los labradores, quienes vimos en cuales no pueden serlo; y que si bien es cierto que las mugeres casadas hay casos en que es válido se obliguen de mancomun con sus maridos, no tiene esto nunca lugar en la fianza que les está absolutamente prohibida en favor de estos: en el 2, que puede recaer no solo sobre la verdadera obligacion, sino tambien sobre la meramente natural; qué sean fianza de la Haz y Carcelera; que por lo ordinario no pueden estrecharse á dar fiador al que no se le exigió en un principio; cuando vale la fianza hecha sin noticia de aquel á quien se fia; y que el fiador puede obligarse mas que el principal, pero no en mas, lo que puede verificarse de cuatro maneras: en el 3, que á los fiadores competen los privilegios llamados *de órden ó escusion, division, cesion de acciones, y de carta de lasto;* y cuando tienen ó no lugar: y por último en el 4 vimos los casos en que el fiador tiene ó no derecho á cobrar lo que pagase por el deudor, tanto en el de que se constiyese tal por

mandado de una segunda persona, como en otro; y en cuales tiene derecho á pedir se le liberte de la fianza.

§. II.

De los Peños ó Prendas.

Títulos 13, P. 5, 31, libro 11, Novísima Recopilacion.

Número 1. *Su definicion y divisiones ó especies.* Por la misma razon porque vimos debia colocarse en el sitio que lo hice el tratado de fianzas, dicta el método se ponga inmediatamente á continuacion el de peños ó hipotecas; puesto que la obligacion de estas es, como aquellas, accesoria de otra principal, para cuya mayor seguridad se hace, *principio de d. tit.* 13.

Peño, hablando con rigor y propiamente, es *Aquella cosa que un hombre empeña á otro en seguridad de una obligacion principal, apoderándole de ella, y principalmente cuando es mueble.* Mas segun el largo entendimiento de la ley, toda cosa, sea mueble ó raiz que sea empeñada á otro, puede ser dicha peño aunque no fuese entregado de ella aquel á quien la empeñasen. Esto mismo se adoptó en el modo comun de hablar, y siguen los autores llamando *hipoteca* á la cosa raiz que se empeña á otro, pero sin entregársela, y *prenda* á la mueble que se entrega al empeñarla. De suerte que la palabra peño comprende la hipoteca y la prenda; y en este sentido le tomo aqui.

Se acostumbra dividirle en voluntario y necesario ó judicial; en general y singular ó especial; y en espreso y tácito ó callado. Voluntario es el que se constituye ordinariamente por convencion de las partes, por lo que se le llama tambien convencional: pero no hay impedimento en que se constituya tambien por testamento, como si un testador legase á Pedro 100 pesos ánuos, hipotecando para el pago los bienes raices que dejaba á su heredero. Judicial es el que se hace en virtud de mandato de la competente autoridad, por ser el deu

dor poco abonado. A esta clase pertenecen los embargos de que se habla estensamente en el juicio ejecutivo.

Hay peño general cuando uno obliga los bienes que tiene y tendrá en lo sucesivo: de cuya generalidad, y nótese esto con cuidado, se esceptúan aquellas cosas, y solo ellas, que verosímilmente nadie quiere obligar, cuales son las de su casa que ha menester cada dia para el servicio de su cuerpo, y personas de su compañía, como su lecho y el de su muger, la ropa, las cosas de cocina necesarias para la comida y otras semejantes, *ley* 5, *d. tit.* 13. El peño especial tiene lugar cuando uno obliga una cosa sola ó algunas señaladamente. Su obligacion, como se deja conocer, solo se estiende á las cosas señaladas; pero se interna tanto en ellas este derecho del acreedor que le conserva aunque la cosa mudáre de estado, como si siendo tierra estéril se cultivase, ó al revés, y alcanza á las mejoras y crecimientos, como serían los que una tierra al lado de un rio recibiese por la aluvion, *ley* 15, *d. tit.* 13. Los frutos de la cosa empeñada si fueron sembrados por el que la empeñó están tambien sujetos al derecho de peños, aunque aquella hubiese sido enagenada, y naciesen despues; mas no asi los sembrados por el comprador, siendo ya tenedor de ella, *ley* 16, *d. tit.* 13.

Hipoteca ó peño espreso el mismo nombre dice es aquel que se manifiesta y constituye por las palabras espresas de los contratantes. y tácita ó callada la que se halla establecida por la ley en favor de alguien. Esta la distinguen los autores con los nombres de *convencional* y puramente *legal;* porque dicen, establece la ley algunas hipotecas solo por apoyar la voluntad presunta de las partes, y por lo mismo las llaman convencionales, y otras no asi.

Pertenecen á la primera clase de esta última especie, ó sea de la hipoteca tácita. 1.° La que tiene el dueño de la casa arrendada en las cosas que se hallaren en ella, para asegurar la cobranza del arrendamiento, y los daños ocasionados en ella por el arrendador: y lo mismo si la cosa arrendada fuese campo en las cosas metidas en él por este, *ley* 5, *tit.* 8, *P.* 5, que en seguida añade la diferencia de que para tener lugar la hipoteca en las cosas metidas en el campo es necesario lo fue-

sen con ciencia del dueño, no asi en las casas. 2.° La que tiene el dueño de un campo que arrendó en los frutos que produjo, *leyes* 6, *tit.* 11, *lib.* 10, 5, *tit.* 31, *lib.* 11, *Nov. Rec.* 3.° La que tiene el legatario en los bienes del testador, *ley* 26, *d. tit.* 13. 4.° La que compete al que prestó dinero para guarnir ó rehacer alguna nave, ó para construir ó reparar casa ú otro edificio, en la nave ó casa en que se hubiese empleado el dinero, *d. ley* 26, *vers. Eaun.*

De la hipoteca meramente legal, que nace de la ley, sin respeto á la voluntad de las partes, hay tambien varias especies: 1.ª La que tiene el fisco en los bienes de los que le deben tributos, y en los de los que recogen sus pechos, ó hacen arrendamiento ú otro convenio para cobrar sus derechos, *ley* 25, *d. tit.* 13. 2.ª La del pupilo en la cosa que otro le compró hasta que haya cobrado todo su precio, *d. ley* 25; y en la comprada con dinero suyo, *ley* 30, *d. tit.* 13. 3.ª La que tienen los menores en los bienes de sus guardadores, desde el dia que empezaron á usar de su oficio hasta que hayan dado las cuentas, *ley* 23, *d. tit.* 13. 4.ª La que tiene el marido para asegurar la cobranza de la dote que se le prometió, en los bienes del promitente, fuese su muger ó fuese otro. 5.ª La que compete á la muger en los bienes de aquel, por razon de la dote ó bienes parafernales que recibiese con ella, *d. leyes* 23 *y* 17, *tit.* 11, *P.* 4. 6.ª La concedida á los hijos en los bienes de su madre que casó segunda vez, por razon de las cosas que vimos en el §. 2, *tit.* 7, debe reservarles, *ley* 26, *d. tit.* 13. 7.ª La que tienen los mismos en los bienes de su madre que, despues de haber sido su guardadora, casa con otro; y en los bienes de este su padrastro, hasta que diere cuentas, *d. ley* 26. 8.ª La que tienen los hijos por razon de sus bienes maternos en los de su padre que los administra y es fructuario de ellos. Si los de este no fueren bastantes, podrán demandar los suyos á cualquiera que los tuviere, á no ser que hubiesen actuado la herencia de su padre, como espliqué en *d.* §. 2, *ley* 24, *d. tit.* 13, *P.* 5.

Núm. 2. *Por quiénes, cómo y qué cosas pueden empeñarse.* Los que han poder de enagenar la cosa por ser dueños de ella la pueden empeñar á otro, y aun aquellos que tienen

algun derecho en las cosas aunque no tuviesen su señorío, *ley* 7, *d. tit.* 13. En *su glos.* 2 dice Gregorio Lopez, respecto á estos últimos, que, por de pronto, solo quedará obligado el derecho que les competa en las cosas; y que estas lo estarán tambien si llegasen á adquirirse en virtud del derecho empeñado. Proposicion muy fundada, pues mal puede empeñarse de una cosa mas que aquello que á uno pertenece. Si esperando alguno el señorío de una cosa, la empeñase antes de tenerle, y despues de haberla empeñado lo adquiriere, quedaria empeñada como si la hubiese dado á peños despues de ser su dueño, *d. ley* 7.

Como dije, *núm. antec.*, pueden estos constituirse, no solo por convencion, sino tambien por testamento ú otro título capaz de producir obligacion. Y del mismo modo que todas estas, podrán establecerse puramente, á dia cierto ó bajo condicion.

Pueden darse á peños las cosas que están en el comercio de los hombres, y aunque estuvieren todavía por hacer, como los partos de los ganados y los frutos de los campos ó árboles, y tanto que sean cosas corporales, como incorporales. Las cosas que están fuera del comercio, como las sagradas, religiosas y el hombre libre, no pueden ser dadas á peños por lo comun y ordinariamente. Pero véanse en el *tit.* 11, *núm.* 5, los casos de escepcion en que se pueden vender, pues en los mismos se pueden empeñar, *ley* 3, *d. tit.* 13, *P.* 5. Por lo tocante al hombre libre, ponen dos casos de escepcion de suma necesidad las *leyes* 8 *y* 9, *tit.* 17, *P.* 4, en donde pueden verse. Y nótese, que aunque no puede ser dado á peños, no hay impedimento para que no pueda serlo en rehenes, por razon de paz ó tregua que firmasen algunos entre sí, ó por otra seguridad semejante á esta: con el bien entendido que, aunque la convencion sobre que fué dado no fuese guardada, no se le debe matar, ni herir, ni darle pena ni mal alguno, fuera del de tenerle en guarda hasta que se cumpla el tiempo ó cosa determinada, *d. ley* 3.

Tampoco puede ser dada á peños la cosa agena, sin mandato de aquel cuya es. Pero si despues lo supiere este y consintiere, ó diere por firme; ó estando delante, calláre y no lo

contradijere, valdria el empeñamiento, como si se hubiese hecho por su mandado, *ley* 9, *d. tit.* 13. Si despues de haber empeñado uno á un sugeto alguna cosa, la empeñára á otro sin consentimiento del primero, no valdria el segundo empeño, á no ser que la cosa valiese tanto que bastase para pagar á los dos, *ley* 10, *d. tit.* 13. Añade esta ley, que si, habiéndola empeñado por tanto cuanto valia, la empeñase despues á otro, sin sabiduría ni mandato de aquel, estaría obligado á dar otro peño al segundo, que valiese tanto como habia recibido de él; que ademas de esto, le puede condenar en pena el juez por el engaño que hizo: y que todo esto debe observarse cuando se empeña cosa agena sin saberlo aquel que la recibe en peños.

Pueden tambien darse en peños las escrituras de pertenencia de alguna cosa; y entonces se entiende empeñada esta misma; y produce los mismos efectos que si lo fuera directamente, *ley* 14, *d. tit.* 13.

Núm. 3. *Derechos del acreedor en las cosas empeñadas.* Para poder hacer uso el acreedor de los derechos que paso á espresar, dice la *ley* 18, *d. tit.* 23, *P.* 5, que ha de probar dos cosas: una, que le empeñaron la cosa; otra, que quien la empeñó era dueño de ella al tiempo que lo hizo: y que probando esto, se le debe entregar la cosa empeñada que demanda. En *su glos.* 1, Gregorio Lopez, sienta, que el requisito del dominio solo es necesario cuando el acreedor quiere intentar la accion hipotecaria contra un tercer poseedor, y con efecto, de él habla la *ley;* pero que para proponerla contra el mismo, que empeñó la cosa, le basta probar qne este tal la poseía con buena fé al tiempo en que la empeñó.

Nótese con cuidado que no dice la ley tenga que probar medió tradicion de la cosa empeñada; porque como dije, *tit.* 1, §. 2, *núm.* 1, no es necesaria esta para adquirir y ser obligatorio el derecho de hipoteca, *ley* 13, *d. tit.* 13, que esceptúa de esto los peños que manda hacer el juez. Asi dice que, aunque este hubiese mandado dar á uno alguna cosa en peños, y antes que se la entregue la empeña su dueño á otro entregándosela, será este preferido.

Viniendo con este antecedente á los derechos del acreedor, digo, que los que le competen sobre la hipoteca especial pue-

den reducirse á los siguientes: 1.° Puede demandar al que se la empeñó ó á sus herederos que se la entreguen, *ley* 14, *d. tit.* 13: lo que debe entenderse, aunque la *ley* no lo diga, de las cosas que al mismo tiempo que se empeñan, suelen entregarse, ó si se pactó que asi habia de hacerse, no de la que llamamos *verdadera hipoteca*, pues como vimos al principio, estas por lo regular quedan en poder del deudor. Continuando con las mas disposiciones de aquella, ordena que si este antes de haber entregado la cosa (y si es en la hipoteca deberemos decir, antes de haber pagado la deuda) la vendiese, empeñase, ó enagenase de cualquier manera, entregándola á otro, debe aquel á quien se empeñó primeramente pedir al deudor todo lo que le habia dado sobre ella; y si lo pudiere cobrar, dejar en paz al que la tiene. Mas no pudiendo conseguirlo de él, entonces, 2.° Tiene derecho á pedir la cosa al que la tuviere, *d. ley* 14; de suerte que el acreedor debe guardar en esto el mismo órden que contra el fiador, de haber de reconvenir primero al que contrajo la obligacion. Adviértase que esto último se limita en el caso que este hubiese enagenado la cosa despues que el acreedor le movió pleito sobre ella; pues siendo así, tiene este derecho. 3.° A demandar la deuda al deudor, ó la cosa empeñada al que la tenga, segun mejor le parezca. 4.° Si uno dió á otro en prenda ó hipoteca un campo por 200 pesos que le prestára, y despues contrajo á su favor otra deuda sencilla de 100, sin espresion alguna de peños, y seguidamente pagáre los 200, tendrá sin embargo derecho el acreedor á retener el campo, hasta que le pague los otros 100. Pero nótese que este derecho dice respecto solamente al deudor y sus herederos; asi es que, si en el caso anterior vendiese el deudor el campo hipotecado á otro, podria este demandárselo al acreedor, pagándole los 200 pesos porque fuera empeñado, sin que este pudiese resistir su demanda á título de que todavía se le adeudaban los 100, *ley* 22, *d. tit.* 13.

5.° Si al tiempo de constituirse el peño, pactasen el acreedor y el deudor que, no redimiéndole este hasta cierto tiempo, pudiese aquel vender la cosa empeñada, lo podrá hacer asi, pasado el término en la manera convenida: bien que antes deberá noticiárselo al deudor que la empeñó, si se hallase en el

lugar, y no hallándole, á aquellos que encontrase en su casa. Si el acreedor lo hiciese así, ó no pudiese hacerlo por alguna razon plausible, está en su facultad proceder á la venta, que debera celebrar públicamente, en almoneda, á buena fé y sin engaño, devolviendo al deudor las sobras del precio sobre el valor de la deuda, ó cobrando las faltas, si las hubiere, *ley* 41, *d. tit.* 13. 6.° Si el empeñamiento se hubiese hecho sin espresarse tiempo de redencion ni cosa alguna sobre venta de lo empeñado, y habiendo requerido el acreedor al deudor delante de hombres buenos que la redimiera, este no quiso hacerlo, y hubiesen pasado 12 dias, si la cosa era mueble, ó 30, siendo raiz, la puede vender de alli adelante del modo dicho. 7.° Aunque al empeñar la cosa pactasen los contrayentes que el acreedor no pudiese vender la prenda, podrá sin embargo venderla si requiriere tres veces delante de buenos hombres al deudor que la libertára, y pasasen despues de ello dos años; *ley* 42, *tit.* 13, *P.* 5. 8.° Tiene facultad el acreedor de empeñar á otro la cosa que él hubiese recibido á peños; pero si sucediere que el deudor le pagase lo que le debia, podrá recobrarla del segundo á quien se empeñó, quien por consiguiente, tendrá derecho de exigir del primero que le dé otro peño igual, ó que le pague lo que le debe, *ley* 35, *d. tit.* 9.° Puede constituirse el peño, como vimos en el *núm.* 2, bajo condicion ó á dia cierto, y en este caso, no tiene derecho el acreedor á que se le entregue la prenda hasta que aquellos se cumplan; pero le tendrá siempre que el deudor se hubiese de ausentar, *ley* 17, *d. tit.*

Hasta aquí los derechos del acreedor en el peño especial: veamos ahora qué cosas le están prohibidas respecto del mismo. En primer lugar no puede él mismo comprar la prenda en los casos que vimos puede venderse, á no ser que lo hiciera con placer de su dueño. Con todo, si puesta en almoneda no se encontráre comprador por miedo ó algun respeto á su dueño, podrá pedir al juez que la otorgue por suya, y este lo deberá hacer teniendo en consideracion la cantidad de la deuda y valor de la prenda, *ley* 44, *d. tit.* 13. 2.ª Si la cosa empeñada estuviese en poder del acreedor, los frutos y provechos que percibiere de ella debe descontarlos en favor del deu-

dor, porque todos pertenecen á este, *ley* 2, *d. tit.* 13, *P.* 5. La razon es que las cosas no se dan á peños para que las disfrute el que las recibe, sino para que le sirvan de seguridad al efecto de cobrar lo que se le debe, *ley* 1, *d. tit.* El pacto contrario se llama de *anticreseos*, que ya vimos tambien, *tit.* 10, §. 1, *núm.* 5, estar prohibido. Esceptúan de esto los autores, véanse Gomez, *ley* 50 *de Toro*, *núm.* 30, Castillo, *lib.* 3, *Controv.*, *núm.* 23, Covarrubias, *var. cap.* 1, *núm.* 3, al marido que sostiene las cargas del matrimonio, quien dicen puede percibir y retener, sin imputar en la suerte ó capital, los frutos de los bienes que se le hubiesen dado á peños en seguridad de la dote que habian de darle, como compensatorios de dichas cargas, que debia la dote ayudar á soportar.

Cuanto hasta aqui va dicho versa principalmente, como ya advertí, acerca de la hipoteca especial. Con respecto á la general de todos los bienes debo decir, que no impide al que la hizo el enagenar algunos bienes, como se deja conocer. La *ley* 14, *d. tit.* 13 que vimos, permite demandar la cosa empeñada que se enagenó, habla espresamente del peño ó hipoteca especial.

Núm. 4. *Reglas generales sobre la preferencia de acreedores.* Como son muchas las personas á quienes las leyes conceden el derecho de hipoteca tácita, segun vimos en el *núm.* 1, y puede recaer la de varias sobre los bienes de un mismo sugeto, siendo ademas fácil que este se halle complicado con otros créditos, se mueven con muchísima frecuencia pleitos entre los acreedores sobre quienes deben ser preferidos en el pago, cuando no llegan para el de todos los bienes del comun deudor. Por esta razon trata aqui Sala de la preferencia de acreedores con bastante oportunidad, si bien otros lo hacen en el juicio ejecutivo; sin limitarse precisamente á los hipotecarios, por conducir el tratar de todos á la mayor claridad y perfecto conocimiento del asunto. Estoy, pues, en el caso de seguir su método, tanto mas cuanto en esta materia delicada es de lo mejor que hay escrito.

Antes de entrar en discusion, debo advertir con él, y sea 1.ª regla, que si alguno quiere vindicar ó pedir por derecho de dominio alguna cosa que estaba en poder del deudor, co-

mo por ejemplo, un caballo depositado en manos de otro, es preferido á todos los acreedores de este en su razon, *ley* 3, *tit.* 3, *P.* 5 *al fin.* Pero nótese de paso, que si lo depositado fuese cosa que se suele contar, pesar ó medir, no tendrá esta prelacion el deponente, *d. ley* 9; cuya razon, como dice muy bien Gregorio Lopez, en *su glos.* 1, es que en este caso le falta el dominio, que pasa al depositario, segun establece espresamente la *ley* 2, *d. tit.* 3. Pasando el dominio de lo que se da en mútuo al mutuatario, y quedando por el contrario en el comodante el de lo que se da en comodato, como veremos, *tit. sig.*, *núm.* 3, claro está que se hallan comprendidos en la doctrina anterior respectivamente. Si lo están tambien las cosas dotales, segun se diesen estimadas ó inestimadas, es cuestion mas dudosa. Estas no hay duda puede la muger reclamarlas de cualquiera que las tenga, por conservar siempre su dominio; pero como el de las estimadas pasa al marido, cuestionan algunos, si en cuanto á las que existan en poder de este, debe ella ser preferida á todo otro acreedor, ó si por el contrario, se dirá lo mismo que la *ley* 9 ordena respecto al depósito consistente en número, peso ó medida. Antonio Gomez, en la *ley* 50 *de Toro*, *núms.* 42 y 44, y Gregorio Lopez, *glos.* 7 *de la ley* 33, *tit.* 13, *P.* 5, sientan la primera opinion: y su principal fúndamento es que *esta ley* 33 dispone que la muger ó sus herederos sea preferida en los bienes dotales existentes en poder de su marido, sin distinguir en que fuesen estimados ó inestimados.

2.ª regla. Para saber qué clases de acrreedores de las que voy á espresar son perferidas unas á otras, atiéndase 1.° al órden con que las pondré; 2.°, á si su crédito consta de instrumento público ó simple, y este si está escrito en papel sellado ó comun, pues aquellos son preferidos á estos, segun esplicaré *núm.* 7. 3.ª Cuando concurren acreedores de una misma clase, y sus créditos estan consignados en instrumentos igual fehacientes, es preferido regularmente el que tiene mas antiguo el derecho, *ley* 27, *d. tit.* 13. Las leyes romanas esplicaban este derecho de prioridad por la regla concisa y hermosa, *Qui prior est tempore potior est jure;* esto es: *El que es primero en el tiempo es preferido en el derecho* De ella pone *d. ley* 27,

por via de excepcion, un caso que bien examinado no la es; puesto que el que allí se dice segundo lo es en cuanto á haber contraido despues, mas el derecho de peños lo tuvo seguro antes del que trató primero, y de ahí nace su prioridad.

Dice Sala, *núm.* 12, que los intérpretes para esplicar con claridad la preferencia que corresponde á cada clase de acreedores los dividen en cinco. En la 1.ª colocan los singularmente privilegiados: En la 2.ª, á los hipotecarios privilegiados: En la 3.ª, á los hipotecarios no privilegiados: En la 4.ª, á los no hipotecarios privilegiados que solo tienen privilegio meramente personal: y en la 5.ª, á los no hipotecarios sencillos que no tienen privilegio alguno. Esta division es verdaderamente poco esplícita, por no decir otra cosa; pues en la segunda clase, ó de hipotecarios privilegiados, colocan y reunen acreedores, cuyos créditos, cuando no sean de preferencia á los de la primera, lo son entre sí; lo que da lugar á la oscuridad que se nota en la doctrina de Sala en esta parte; y de la 3.ª, 4.ª y 5.ª pueden formarse otras tres clases subalternas de antelacion ó preferencia. En consideracion á esto, aunque en parte por metodizar de este modo, seguiré la espuesta division en la 2.ª clase, y asi en las demas no colocaré los hipotecarios privilegiados en globo ó revueltos, como hace aquel, sin atender á su preferencia de créditos, sino que los iré poniendo por el órden que esta exige, y de tal modo que tenga completa aplicacion la regla 2.ª Cómo se entiende la aplicacion de la 3.ª ya lo diré despues que tenga presentadas algunas clases de acreedores.

Aunque no se encuentra en nuestras leyes, ni la recuerda Sala, debo presentar aqui otra regla indudable, que ojalá se tuviera mas presente en los juicios de concurso de acreedores. Tal es que: «Estos, ó la disputa de preferencia de créditos solo deben tener lugar cuando los bienes del comun deudor no son bastantes á solventar todos aquellos.»

Núm. 5. *De la primera clase de acreedores, los singularmente privilegiados.* Sala, *núm.* 13, pone por crédito preferente á todos, las espensas ó gastos hechos en enterrar al difunto, fundado en la *ley* 12, *d. tit.* 13, *P.* 5, que luego esplicaré; pero yo encuentro que la *ley* 6, *tit.* 11, *lib.* 10, *Nov.*

Rec., dice, que en los frutos de las tierras sean preferidos los señores de ellas por su renta á todos los otros acreedores *de cualquiera calidad que sean.* De consiguiente, pondremos por el primero de los privilegiados el dueño, por las rentas que se le deban, en los frutos de las tierras; cuya razon parece ser el considerar que ni los dueños ni los colonos ó arrendadores debieron tener la intencion de que los frutos se hicieran de estos sino por medio de la paga; y por lo mismo no habiéndose hecho esta, permanecen de algun modo en el dominio del dueño, y les detiene el colono como por depósito. ¿Y respecto á los ganados, aperos de labranza y demas cosas que tenga el labrador será tambien preferido el amo? No está tan clara la ley; pero no obstante, yo creo que se halla adoptada la opinion afirmativa en *la* 15, *tit.* 31, *lib.* 11, *Nov. Rec.* Dice esta que no se pueda trabar embargo en los ganados, aperos, ó instrumentos de labranza, ni en los sembrados y barbechos de los labradores por ninguna deuda, esceptuadas las provenientes de pechos reales, de rentas al señor de las tierras, ó de lo que este les hubiese prestado ó socorrido para dicha labor. ¿Y qué otra cosa es esto que dar preferencia á estos créditos sobre todos los demas?

Pertenecen á la misma clase de singularmente privilegiados los que gastaron para enterrar al difunto, para recobrar las espensas que en ello hicieron; cuyo cobro le prefiere espresamente la *ley* 12, *tit.* 13, *P.* 1, á todas las deudas que debia el difunto, de cualquier modo que las debiese; pero bajo la prevencion de que dichas despensas sean hechas mesuradamente, segun las circunstancias del difunto. Refiere qué cosas deben entenderse por tales, y añade que primero se hagan de bienes muebles del difunto, y en su defecto de los inmuebles. La *ley* 8, *tit* 6, *P.* 6, compara con los gastos del entierro los ocasionados por razon de hacer el testamento del difunto, inventarios ú otra diligencia semejante, necesaria á formar el patrimonio para proceder á la paga de las deudas. Por consiguiente, las que se hayan ocasionado al efecto, serán como aquellas de pago preferente. Antonio Gomez, en *la ley* 30 *de Toro*, asienta debe decirse lo mismo de lo que se gastó en la última enfermedad del difunto; pero no teniendo esta opi-

nion apoyo alguno en nuestras leyes ni en una razon sólida, contemplo mas probable la contraria de Alvarez Posadilla en *d. ley* 30.

No puedo convenir asi con este último en su opinion de que despues de *d. ley* 30 *de Toro* (9, tit. 20, lib. 10, Novísima Recopilacion), no son de crédito privilegiado los dichos gastos de entierro, inventario, &c., y que antes bien por ella se posponen á todos: su fundamento es el siguiente. Segun esta ley, los tales gastos deben salir del quinto de los bienes del finado, y no podrán esceder de él aunque este disponga otra cosa; es asi que si se consumen todos sus bienes con deudas, no quedan algunos con que formar el quinto de ellos del que se sacasen las espensas del entierro, pues por bienes se entiende lo que sobra, deducidas las deudas; síguese por consiguiente, que dichos gastos de entierro son abonables tan solo cuando quedaren algunos bienes despues de pagadas todas aquellas. En ninguna ocasion se vé mejor cuán recomendable es el principio tan sabido de *litera occidit, spiritus autem vivificat*; pues si atendemos al texto descarnado de la ley, no diré que dicho argumento esté del todo mal formado, pero si atiendo á su espíritu y á su mismo literal, interpretado como es debido, no veo en él mas que un sofisma miserable. Lo que dispone aquella es que en los entierros que tienen hijos ó descendientes herederos forzosos, no se gaste mas que el importe del quinto de sus bienes; y pruebo que solo á esto tiende su disposicion por las leyes anteriores que acaban de ordenar, no pudiesen los padres disponer en perjuicio de sus hijos mas que del quinto, y por consiguiente nada mas hizo que aclararlas sobre el particular; y por aquellas palabras de la misma *ley* 30, de que dichos gastos no escedan del quinto, *aunque el testador ordene lo contrario.* ¿Quién no vé que estas pueden solo recaer sobre los que tienen herederos forzosos? Llamas y Molina, en *d. ley* 30. Concluyamos, pues, á que *d. ley* ordena solo que los gastos del entierro de uno á quien sobreviven estos, no puedan esceder del quinto, sin que se encuentre en ella una espresion que indique sea su objeto el que se haga asi siempre, ni el que aquellos se paguen despues de todas las otras deudas.

Núm. 6. *De los hipotecarios privilegiados.* Esplicados los créditos de la primera clase, veamos cuáles pertenecen á la segunda. No están espresados en nuestras leyes con la claridad que debieran; pero pueden colocarse en las dos clases siguientes, entendiéndose llamados los de la primera con preferencia á los de la segunda; y todos los que comprenda en esta, (como iguales entre sí) con la que les corresponda conforme á la regla 3.ª del *núm.* 4, segun luego esplicaré. 1.ª Clase: los que dieron dinero para reparar casa ú otro edificio, si se empleó efectivamente en su reparo, tienen en ella derecho preferente aun al que la tuviese obligada de antemano con hipoteca especial, *ley* 28, *tit.* 13, *P.* 5, que dá por razon de esta preferencia el que con los cuartos dados por aquel, se evitó tal vez la total pérdida de la cosa. Esta ley comprende en su disposicion al que prestó dinero para reparar ó pertrechar nave; pero sobre esto véase lo nuevamente ordenado en el *art.* 596, *lib.* 3, *tit.* 1, *Cód. de Com.*, cuando ocurra un caso. 2.ª Despues de los dichos son preferidos los hipotecarios especiales, sea espresa ó tácita su hipoteca, segun su prioridad de tiempo, conforme á la 3.ª regla *del núm.* 4. Quiénes tendrán hipoteca especial espresa es fácil de conocer; y la tienen tácita: 1.º El huérfano ó menor de 14 años en la cosa comprada por otro con dinero suyo; pues la *ley* 30, *d. tit.* 13, le dá preferencia en ella al hipotecario general anterior, buena prueba de que la tiene hipotecada especialmente, y por consiguiente de que será preferido segun la regla dicha al especial posterior. 2.º El mismo huérfano en la cosa que otro le compró hasta que haya cobrado todo su precio, pues aunque la *ley* 30 ni otra no hable del privilegio que deba tener en esta, dándole *la* 25 la cualidad de hipoteca tácita legal, parece natural y consiguiente se haga estensiva á ella la disposicion de *la* 30. 3.º El que prestó dinero á otro para comprar alguna cosa con pacto de que esta le habia de quedar hipotecada en seguro de aquel; (si bien se examina esta debe decirse hipoteca espresa) á cuyo mutuante dá la *ley* 30 preferencia en la cosa comprada al hipotecario general anterior; preferencia que debe estenderse, aunque la ley no lo dice, al especial posterior, porque, como se deja co-

nocer, la cosa comprada con dicho pacto, está ya hipotecada especialmente. Véase Febrero, 1.ª *part.*, *cap.* 2, *núm.* 52. 4.° El fisco por lo que se le debe, y la muger en los bienes del marido por razon de su dote, *ley* 33, *d. tit.* 13. Aunque esta ley no dá á estos otro carácter que el de hipotecarios generales, debe no obstante colocárseles en esta clase de los privilegiados, porque les prefiere á los posteriores, aun especiales, pues no distingue, y á los anteriores con hipoteca general tácita. Como *dicha ley* junta en su disposicion el privilegio del fisco y el de la muger, suele decirse que corren á un mismo paso. Con todo, en mi débil concepto, sus primeras palabras indican que aquel sea primero atendido: y debe añadir que puede formarse de la *ley* 15, *tit.* 31, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, en su favor el mismo argumento que yo saqué de ella en el del amo por sus rentas, al *princ. del núm. ant.* Gregorio Lopez, en la *glos.* 6 *de d. ley* 33, y Antonio Gomez, en *la* 50 *de Toro*, *núm.* 45, prueban que este derecho de prelacion de la muger se estiende á sus descendientes; pero no á sus herederos estraños, aunque sí les alcanza el derecho de hipoteca. Si esta prelacion le compete tambien á aquella por razon de sus bienes parafernales, que vimos *núm.* 1, gozan igualmente del derecho de hipoteca tácita por las *leyes* 23, *d. tit.* 13, *y* 17, *tit.* 11, *P.* 4; es cuestion no decidida en nuestras leyes. La comun opinion lo niega. Covarrubias, 1 *var.*, *cap.* 7, Vela, *disp.* 2, *núm.* 64. Sobre preferencia de los bienes de la que esté casada con comerciante, y la de cuantos créditos haya contra las personas que profesan el comercio, pueden verse, ocurrido un caso, *los artículos* 1113 *y sig.*, *Cód. de Com.*

En esta clase coloca Sala la hipoteca del señor de heredad sobre los frutos de esta; pero al *princ. del núm. ant.*, ya vimos en cuál debe ponerse. Omitiéndola por tanto ahora, paso á espresar de qué modo debe hacerse la aplicacion de *d. regla*, *qui prior est tempore potior est jure.*

Dos cosas deben tenerse presentes al efecto, segun ya indiqué en la regla 2.ª *del núm.* 4, y esplicaré muy luego, *número siguiente.* 1.ª Si los créditos constan consignados en instrumento público ó simple, y este si está escrito en papel se-

llado ó comun, pues los primeros son preferidos á los otros, y los escritos simplemente en papel sellado lo son á los que en comun. 2.ª Lo que vá esplicado sobre preferencia de créditos. Asi arreglándome á esto, digo, que la espresada regla tiene lugar entre las personas, cuyo crédito goza de igual preferencia, siempre que este conste de instrumento de una misma clase; pero no lo tiene respecto á las diversas clases entre sí, cuando estas no son de una preferencia igual, á no ser que el crédito de alguna conste de instrumento de inferior categoría, que entonces deberá desatenderse y ser antepuestos á ella aun aquellos acreedores cuyo privilegio fuese inferior. Esto que ahora está bastante obscuro, vése con alguna mayor claridad en el siguiente caso: Pedro tiene obligada por medio de instrumento público con hipoteca especial una casa, y despues la reedifica con dinero prestado, cuyo empréstito se consignó en escritura de igual clase: si los dos acreedores llegasen á reconvenirle, y no tuviese para solventar los dos créditos, en el importe de la casa, sería preferido el segundo, no obstante ser anterior la hipoteca del otro; y lo sería este, por el contrario, si el préstamo de aquel no constase de instrumento público. Pues la misma casa asi obligada por hipoteca especial, la compró Juan por escritura pública con dinero que otro le prestó, bajo el pacto de que serviría de hipoteca para su cobro llegado el caso de haber de venderse para pagar los dos créditos, sería preferido el primero, en atencion á la regla dicha, porque ambos son igualmente privilegiados; y en esta igualdad es cuando ella tiene cabida. Mas sería antepuesto Juan, si la hipoteca del otro no estuviera asegurada por instrumento público. La *d. ley* 33, *tit.* 13, hace la aplicacion de esta regla, en el caso de que habiendo tenido uno dos mugeres, reclamáran los herederos de ambas el cobro de su crédito dotal, en el que tendrían preferencia los de la primera; á no ser en aquellas cosas que hubiesen sido de la segunda muger, y se hallen entre los bienes del marido, como dije, *núm.* 4.

Núm. 7. *De las otras tres clases de acreedores.* Acabo de asentar, que entre los hipotecarios privilegiados tiene lugar lo establecido en la *ley* 5, *tit.* 24, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, sobre la preferencia de los créditos que constan de instrumento pú-

blico ó simple. Sala, *núm.* 20, al paso que no hace estension esta ley á los hipotecarios privilegiados, le dá cabida en los que no lo son. Pero aun respecto á estos incurre en una contradiccion notable, pues en los *números* 17 *y* 18, esplicando la *ley* 31, *d. tit.* 13, que dispone casi lo mismo que *la* 5 *cit.*, ocúpase en probar lo contrario en algunos casos. Mas desentendiéndome de él, una vez que no está mas exacto, paso á espresar lo que contemplo digno de saberse en este punto. Seré breve.

Ordena la citada *ley* 5, que los contratos y obligaciones que se escribieron en escritos privados, pero en el papel sellado correspondiente á los públicos de igual clase, tengan prelacion á todos los créditos personales y quirografarios que estén escritos en papel comun sin sello, graduándolos despues de las escrituras públicas, (se refiere á los primeros como se deja conocer) y dándoles lugar entre sí mismos, conforme á su antelacion. Motiva la *ley*, *en su principio*, esta disposicion por los fraudes á que están espuestos en sus fechas los instrumentos simples, y principalmente siendo escritos en papel comun. ¿Y quién no vé que esta razon está hablando en su caso con los hipotecarios privilegiados? Mejor dicho: ¿qué habla de ellos la misma ley? Efectivamente en sus anteriores palabras, que trasladé, no se encuentra una que se refiera solo, ó mas bien al acreedor hipotecario, que al que lo es, al no privilegiado que al privilegiado. Es tan claro por consiguiente, que debe estenderse á todos, que ofendería á mis lectores si me parase en demostrarlo mas.

Esto supuesto, paso á ocuparme de la preferencia de los otros acreedores. Pertenecen á la tercera clase, como ya vimos antes, los hipotecarios no privilegiados, acerca de los que quiero se tengan presentes las siguientes reglas: 1.ª Despues del hipotecario especial, entran á cobrar los generales, sea espresa ó tácita su hipoteca. Son de esta clase la que tienen los hijos en los bienes de su madre, que habiendo sido su tutora, casó segunda vez, y mas que vimos, *núm.* 1, y no espliqué, *núm. ant.* 2.ª Para saber quién de ellos deba ser preferido, atiéndase á la clase de instrumento en que esté consignado su crédito, pues el que en público es primero que el

que está solo en papel sellado, y este antes que el hecho en papel comun. 3.ª Entre aquellos cuyo crédito consta de instrumento de igual clase, siendo público ó escrito en papel sellado, tendrían prelacion los de hipoteca anterior, segun la tan repetida regla, *qui prior &c.*, que tiene la mas cabal aplicacion en este caso. Dije siendo público ó escrito en papel sellado, porque de este habla la *ley* 5, y al primero forzoso es hacer tambien estensiva la regla, como se deja conocer de lo dicho en los *números* 4 *y* 6; y lo dije principalmente porque *dicha ley* debe limitarse en los quirografarios simples, ó cuyo crédito consta de papel comun. Como discurre muy bien Sala, *núm.* 20, sobre no espresarse en la ley, que tenga aquella lugar en estos tales escritos, segun dice, con mucha razon, la misma, están sujetos á grandes fraudes por las antedatas y postdatas, y por otros que en ellos se suelen hacer, por los cuales aparecen mas antiguos de lo que son. Con todo, si bien esto parece muy cierto, yo no lo contemplo menos, (puesto que la ley calla) que deberá atenderse en los quirografarios simples á la espuesta regla, cuando consta con seguridad por otros medios la certeza de las datas ó fechas.

De la cuarta clase de acreedores, solo se encuentra espresado uno en nuestras leyes, y es el deponente que dió en depósito cosas que se suelen contar, pesar ó medir por cuento, peso, ó medida, en cuyo caso pierde su dominio, como vimos, *núm.* 4; pero conserva el privilegio de ser preferido en ellas á los demas acreedores que no sean hipotecarios, *ley* 9, *tit.* 3, *P.* 5, y en *su glos* 3, Gregorio Lopez. Lo mismo debe decirse, pues la razon es idéntica de las cosas dadas en mútuo, segun indiqué en *d. núm.* 4.

La quinta clase, en que se coloca á los acreedores que ni tienen hipoteca ni privilegio alguno, puede subdividirse en estas tres especies: los que acreditan su crédito por escritura pública; los que por simple escrita en papel sellado correspondiente, y los que por documento redactado en papel comun, *d. ley* 5, *tit.* 24. Habiéndolas esplicado al hablar de los acreedores de la tercera, téngase presente y por repetido aquí lo dicho acerca de estos desde la regla 2.ª, pues tiene en un todo completa aplicacion.

Núm. 8. *Modos de estinguirse las obligaciones de peños.* Como accesoria de otra principal es preciso se acabe por los mismos que estinguen esta, de los que trataré en otra parte. Hay otros en que, á pesar de conservarse la principal, se acaba la de prenda ó hipoteca: y son 1.° Si esta se pierde ó consume enteramente sin culpa del deudor, segun el famoso axioma, los deudores de cierta especie se libertan por perecer esta sin culpa suya. Dije enteramente, pues si quedáre algo de la cosa, aunque hubiese mudado de estado, se conserva en lo que subsista. 2.° Por la remision ó condonacion del acreedor espresa ó tácita. En la espresa no hay dificultad. La tácita se entiende cuando ocurre algun caso que la hace presumir y prueba; tal es si el acreedor restituyese al deudor la prenda de su derecho, por cuyo acto se entenderia que le remitia el derecho de peños, pero no la deuda, á no ser que dijese manifiestamente que se la perdonaba, *ley* 40, *d. tit.* 13, *P.* 5. 3.° Por la prescripcion, si alguno poseyere la prenda con buena fé por espacio de 30 años, *ley* 5, *tit.* 8, *lib.* 11, *Nov. Rec.*, (63 de Toro) al tenor de lo que dije de los censos, *tit.* 14, §. 2, *núm.* 8, cuya doctrina puesta allí con estension es enteramente aplicable á este asunto.

Núm. 9. *Resúmen del* §. 2. Por su *núm.* 1 sabemos, qué sea peño, que en el modo comun de hablar, si es de cosas raices, se le llama hipoteca, y si de muebles, prenda; que le hay voluntario y judicial, general y especial, con las cosas que se entienden comprendidas en uno y otro, espreso y tácito; y qué especies comprende este: por el 2, por quiénes, cómo, y qué cosas pueden darse en peños: por el 3, que para poder el acreedor hacer uso de su derecho de peños, le basta probar que estos se le dieron por el dueño de la cosa; que en virtud de él puede demandar la entrega de lo empeñado en los términos allí esplicados, y venderla en algunos casos; que verificado esto, á él le está prohibido comprarlas; que le está tambien retener sus frutos ó mejoras, lo que se esceptúa en el marido respecto á la hipoteca con que se le aseguró la dote prometida; y que la hipoteca general no impide la enagenacion: en el 4 vimos, que entre todos los acreedores es preferido el que reclama sus cosas por derecho de dominio, con lo que hay

sobre esto en la dote estimada; y las mas reglas generales conducentes á discernir entre la preferencia de acreedores: en el 5, que la principal compete al dueño de tierras en sus frutos por razon de sus rentas; que es dudoso si debe decirse lo mismo de los ganados, aperos y mas cosas del colono; y despues los gastos de entierro, inventario, y mas que se comparan á estos, con la opinion de Posadilla sobre el particular: en los 6 y 7 presenté con la posible exactitud algunas reglas acerca de la antelacion de los hipotecarios no privilegiados, y de las otras tres clases de acreedores: y por último en el 8 acabamos de ver, por qué modos se estingue la obligacion de peños.

TÍTULO XVIII.

DEL CONTRATO LITERAL Y DE LOS REALES.

Títulos 1, 2 y 3, Partida 5.

§. *Unico.*

Número 1. *Del contrato literal.* Siempre he mirado como contrario á todo principio el contrato literal de los romanos, adoptado en la *ley 9, tit.* 1, *P.* 5, única entre las nuestras que habla de él. Cuanto mas medito sobre su naturaleza, tanto mas me persuado y convenzo, de que lejos de ser un verdadero contrato, no es siquiera un remedo ó imitacion de estos; de que no es mas que una prueba presuntuosa legal de haber mediado otro contrato, esto es, el de mútuo. Despues que lo haya esplicado juzgará el lector si es ó no razonable este pensamiento.

Dícese ordinariamente contrato literal el que para su constitucion necesita medien letras ó escrito: y le hay *Cuando alguno ha entregado á otro un escrito en que confiesa haber recibido de él en préstamo alguna cosa sin que realmente la recibiese, y ha dejado pasar dos años sin reclamar que no se le ha entregado.* Asi le esplica *d. ley* 9, y nótese, que aunque usa de la palabra *cosa* en general, prueba bien Gre-

gorio Lopez, en su *glos.* 1, que debe ser de aquellas que constan de peso, número ó medida; cuya interpretacion tiene apoyo en la misma ley, que mas adelante habla siempre de maravidis.

Dentro de dos años, como acabo de decir, puede el que entregó el escrito impedir que se forme ó perfeccione este contrato, y librarse de su obligacion, ó bien oponiendo la escepcion de no habérsele entregado la cosa si se le pide en justicia, ó protestándolo así aunque no se les pida, y en su consecuencia que se les devuelva el escrito ó vale suyo por el que se titula acreedor. Si los deja pasar sin valerse de alguno de estos remedios, dice la *cit. ley* 9, que estará obligado á pagar aquella, como si la hubiera recibido. En vista de estas terminantes palabras de la ley, opina Gregorio Lopez, en su *glos.* 6, que transcurridos aquellos ya no puede librarse de esta obligacion el mutuatario, aunque quiera probar y pruebe por otros medios la no entrega de la cosa. Es esto bastante duro, como reconoce el insigne glosador de las Partidas; pero debo decir que dado por cierto, no tendré inconveniente en reconocer el literal por verdadero contrato, pues la prudencia de una obligacion de esta clase es muy distinta de la presuncion legal, de que hablé al principio. Pero esto no pasa de una opinion, aunque bien fundada.

Para estar obligado el que entregó el vale, antes de cumplirse los dos años, es menester pruebe el que le tiene, que con efecto le entregó la cosa; bien que en este caso sería mas bien mútuo que contrato literal. La razon de no estar obligado el que firmó el vale á probar su escepcion, es por tener á su favor la presuncion de que no se le entrego el dinero cuando le firmó, como indican las primeras palabras de la ley, y acredita cada dia la experiencia: á esto obliga la necesidad á los que solicitan préstamos.

Un caso presenta *d. ley* 9, en que no podria oponer la escepcion espresada aun durante el término de los dos años, y es el en que la hubiese renunciado; cuya renuncia es válida, aunque fuese hecha en el mismo escrito del préstamo, lo que era dudoso en el derecho comun ó romano. Y adviértase sobre esto, que la *ley* dice, *Si la hiciere en el mismo escrito;*

pero esta partícula *si*, no puede aquí equivaler á condicion esceptiva, porque tambien vale, y con mas razon la renuncia hecha en otro, y que contra esta debe admitírsele prueba al renunciante, como dice muy bien Gregorio Lopez, en su *glos.* 8. Debe admitirse esto con tanta mas razon, cuanto la circunstancia de servir la renuncia hecha en el mismo vale, no deja de tener algunos inconvenientes; porque los pobres en aquel lance firman la renuncia con la misma facilidad que el préstamo, ó por decirlo mejor, todo lo abonan bajo una sola firma.

El haber establecido la *ley* 4, *tit.* 28, *lib.* 11, *Nov. Rec.*, que los vales reconocidos por sus autores ante juez competente, traigan aparejada ejecucion, ha dado ocasion á nuestros intérpretes para disputar si despues de ella queda escluida la referida escepcion de la no entrega del dinero cuando el que firmó el vale le reconoce delante de aquel. La opinion mas probable y mas seguida es la que lo niega, pues el que se reconozca y sea cierto este no prueba la efectiva entrega del dinero: por consiguiente puede muy bien decir uno confieso que hice ese vale, y luego; pero la cantidad que en él suena no se me ha entregado. Véanse Gomez, 2 *var. cap.* 6, *núm.* 8, y Molina, *de just et jur. disp.* 302. Si el que reconoce el vale, reconoce tambien ser cierta la deuda que expresa, entonces es claro no tiene lugar la dicha escepcion de la falta de entrega. Esto se esplicará con mas estension en el juicio ejecutivo.

Núm. 2. *De los contratos reales en general; qué sea mútuo; y quiénes pueden dar y recibir en mútuo.* En el *tit.* 10, §. 1, *núm.* 3, ya vimos son cuatro los contratos reales; mútuo, comodato, depósito, y prenda: de este último traté por dictarlo así la ilacion y órden de las materias en el *tit. antec.*, §. 2, por lo que hablaré ahora solo de los otros tres. Y vimos igualmente que se dicen tales porque necesitan para su constitucion que se entregue la cosa objeto del contrato.

El *tit.* 1 *de la P.* 5, que habla del primero de ellos, tiene esta inscripcion, *De los empréstitos*, y dice su *ley* 1, que *Empéstamo es una manera de pleito* (contrato) *que hacen los homes entre sí, emprestando los unos á los otros cuando lo han menester.* Le divide luego en dos especies, que describe

diciendo ser la una la que llaman en latin *mútuum*, y la otra *comodatum*: de modo que la palabra *empréstamo* ó *préstamo* es general, comprensiva de las dos. Atendiendo á que estos dos nombres se han castellanizado por el uso, ya que valiéndonos de ellos se hablará con mas separacion y claridad de cada uno de dichos dos contratos, me valdré de ellos en su esplicacion.

Puede definirse el mútuo un *Contrato por el cual se dá ó entrega á alguno cosa que se acostumbra contar, pesar ó medir, con obligacion de restituir otro tanto sin que medie precio ó merced alguna.*

Es efecto importante de él el que pase el dominio de aquella al mutuatario que la recibe, *ley* 1, *d. tit.* 1: de cuyo efecto se deducen tres cosas que no lo son menos; la una, que si se pierde lo entregado, aunque sea sin culpa suya, por fuego ó cualquiera otra ocasion, para él perece, *ley* 10, *d. tit.*; otra, que puede hacer de ello lo que quisiere; y la otra, que solo puede dar en mútuo el que fuere dueño de las cosas, ú otro por su mandado, *ley* 2, *d. tit.*

Tenemos, pues, viniendo á quienes pueden dar y recibir en mútuo, que lo primero incumbe solo á los dueños de las cosas: y podrán hacer lo segundo, ademas de las personas particulares ó comunes, los reyes, las iglesias, ciudades ó villas, y los menores de 25 años. Cuando asi sucediere, dice *la ley* 3, *d. tit.* 1, *P.* 5, que para que valga el mútuo es menester pruebe el mutuante haberse convertido en utilidad del mutuatario ó del que le recibió. La 7 *del mismo tit.*, dispone sobre este particular que, si teniendo algun mercader tienda pusiese en ella en su lugar otro que no estuviese en su poder, y este tomase algo en mútuo por mandado de aquel, ó lo convirtiese en su pro ó utilidad, no estaria obligado á pagarlo; sino que debe hacerlo el mercader: lo contrario sería si lo tomase sin mandato ó utilidad de este.

En cuanto á los préstamos que se hacen á los hijos de familia sin mandato del padre, en cuyo poder están, adopta con mucha razon la *ley* 4, *d. tit.* 1, la doctrina del célebre Senado-Consulto Macedonio de los romanos, tan provechoso para que no se corrompa la juventud. Manda, pues, que si tal hijo

hubiere tomado mútuo de otro sin órden de aquel, no esté tenido á la paga ni este ni el hijo, ni el fiador si lo hubiese dado. Pero hay algunos casos de escepcion, expresados en *d. ley* 4, y las *dos sigts.* 1.° Si preguntado el hijo al tomar el préstamo si tenia padre, respondió que no. 2.° Cuando tuviere públicamente algun oficio del Rey, de otro señor ó concejo, fuese menestral de cualquier menester, ó tuviese y usase tienda de mercancía, como hombre que no está en poder de otro. 3.° Siendo caballero, esto es, soldado; lo que entiende Gregorio Lopez, *glos.* 11 *de d. ley* 4, del peculio castrense, *d. ley* 4. 4.° Si empleáre lo que recibió en utilidad del padre, en cuyo poder está, *ley* 5. 5.° Si toma el mútuo con sabiduría ó consentimiento de este, el que se supone cuando estando delante calla, ó estando ausente se lo envia á decir por carta ó de otra manera y este lo otorga, ó si paga despues alguna partida de la deuda. Lo mismo será si hiciere dicha paga el mismo que recibió el mútuo, siendo de edad cumplida despues que salió de la patria potestad, *ley* 6, *d. tit.* 1. El 6.° caso de excepcion habla del hijo que está en mandadería ó escuela, y dice la *cit. ley* 6, estará obligado el que le tiene en su poder á pagar de lo que sacase prestado hasta aquella cantidad necesaria para comer, vestir, pagar casa y maestros, y demas cosas precisas para el estudio; pero creo está derogado por la *ley* 1, *tit.* 8, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, que manda no se puedan repetir los dineros prestados ó lo vendido al fiado á los estudiantes sin consentimiento del que los tiene en el estudio. Sobre lo que se presta para bodas y á pagar en tiempos inciertos, como cuando se casáren ó heredáren, véase la *ley* 2, *d. tit.* 8, y *la* 17, *tit.* 1 *de d. lib* 10, que cité en el *tit.* 11, *núm.* 4.

Núm 3. *Qué efectos produce el mútuo.* Como vimos, *núm. ant.*, el principal de este contrato es el pasar el dominio de la cosa prestada al mutuatario; y consecuncia de este el que pueda consumirlas y hacer de ellas lo que quisiere: cuya razon es el que en mútuo solo se puede dar, segun su definicion puesta arriba, aquellas cosas se acostumbran contar y pesar ó medir, como dinero, trigo, aceite, y estas no es posible usarlas ó aprovecharse de ellas sin destruirlas, *ley* 2, *d. tit.* 1.

Otro efecto, ó mejor dicho circunstancia esencial de este

contrato, es el que no esté obligado el mutuatario á volver las mismas cosas prestadas, sino otro tanto igual, esto es, del mismo género ó especie, y de tan buena calidad como lo que se le prestó, aunque nada de esto se hubiese dicho al tiempo que se dió, *d. ley* 2. Y si el deudor no tuviere de aquel género, deberá dar al mutuante tanto precio cuanto montáre el valor de lo que se le prestó en el dia y lugar en que debiese hacerlo: y no habiendo señalado dia ni lugar, deberá estimarse el valor, segun el que fuere en el lugar en que se le demanda, y tiempo en que se le pide en juicio, *ley* 8, *d. tit.* 1. Hablo de tiempo y lugar, porque al constituirse el mútuo suele señalarse á veces los en que ha de efectuarse su restitucion, y en este caso en ellos deberá efectuarse; y no habiendo tiempo señalado, 10 dias despues que fué hecho el préstamo, á voluntad del mutuante, *dichas leyes* 8 y 2. En la *glos.* 4 de esta, dice Gregorio Lopez, deben entenderse los 10 dias, con tal que el acreedor lo hubiese pedido. Si el deudor fuese moroso en no pagar al tiempo que debe, ha de pagar la pena que fuese puesta, y no habiéndola, los daños y menoscabos que causó al acreedor, *ley* 10, *d. tit.* 1.

Debo decir en conclusion de esto, que quien quisiere enterarse de lo establecido sobre reduccion de monedas, trueco de ellas con su precio, pagando las que se debieren de una calidad en otra, puede ver el *tit.* 17, *lib.* 9, *y la ley* 19, *tit.* 1, *lib.* 10, *Nov. Rec., y sus notas.* Y puede tambien leer á Retes, *ley* 7, *opúsculo*, y á Larrea, *decis.* 24.

Núm. 4. *Del comodato, y obligaciones de sus contrayentes.* Puede definirse el comodato, segundo de los contratos reales, *Préstamo que hace uno á otro, como de caballos ú otra cosa semejante, de que debe aprovecharse el que le recibe hasta cierto tiempo ó para determinado uso; sin tomar por ello el que lo dá precio de alquiler ú otra cosa alguna.* De modo que se hace por gracia ó por amor; de lo contrario degeneraria en arriendo, por lo que es esto circunstancia esencial en él; y lo mismo digo del mútuo.

Puede dar y recibir en comodato las mismas personas que en el *núm.* 3 vimos pueden dar y recibir en mútuo, *ley* 1, *tit.* 2, *P.* 5.

§. Entre este contrato y el de mútuo hay dos diferencias capitales, cuales son, que la materia de este son las cosas que se acostumbran contar, pesar, ó medir; y el pasar el dominio de estas al que las recibe: y en el comodato, es todo al contrario, *ley* 1, *tit.* 1, *d. P.* 5. De ellas dependen otras subalternas, como la de que el comodatario, pasado el tiempo ó uso para que se le entregó la cosa, debe restituirla, *ley* 9, *d. tit.* 2, y la de que pereciendo sin culpa suya por aventura, queda libre de restituir ó pagar cosa alguna, *ley* 3, *d. tit.* 2, lo que no sucede en el mútuo, como hemos visto.

En cuánto á la última de estas diferencias, debo advertir (y estoy en las obligaciones del comodatario) que hay en *d. ley* 3 algunos casos de escepcion, en los cuales queda obligado el comodatario, habiéndose perdido ó perecido la cosa, aun por caso fortuito. 1.° Si pereció por culpa suya dándola otro uso del para que se le habia concedido. 2.° Si fué moroso en restituirla, reteniéndola contra la voluntad de su dueño, despues de pasado el tiempo señalado. 3.° Cuando se conviene con el comodante que le pagará los daños ó perjuicios ocasionados por las aventuras, con arreglo á lo dicho, *tit.* 10, §. 1, *núm.* 6. Aunque regularmente se dan las cosas en comodato por sola la utilidad del que las recibe, pueden tambien darse por la de ámbos contrayentes, y aun por la del comodante solamente: y segun fuere, deberá prestar el comodatario, perdiéndose ó deteriorándose, la culpa levísima en el primer caso, la leve en el segundo, y la lata en el tercero, *ley* 2, *d. tit.* 2, que lo ilustra con ejemplos al tenor todo de lo esplicado en *d. núm.* 6.

Está obligado, como ya dije, el comodatario, á restituir la cosa al comodante luego que pasó el tiempo ó uso para que la recibió. Lo está tambien, si fuere bestia, á darle de comer de lo suyo, y gastar lo demas que sea necesario mientras se sirviere de ella. Pero adviértase que si enfermase sin culpa suya, pagará su dueño y no él, lo que se gaste en medicinas, y satisfacer al maestro que puso su trabajo en curarla, *ley* 17, *d. tit.* Si durante el comodato, muriese el comodatario, dejando varios herederos, deberá restituir la cosa el que la tenga en su poder, y si habiéndose perdido toda, quedáre en ello

obligacion, deberá pagarse por todos, *ley* 5, *dicho titulo* 2.

El comodante, por su parte, está obligado á dar la cosa sin vicio; y si le tiene, y no lo manifestase, sabiéndolo, debe pagar el comodatario todo el daño que le viniere por esta razon, *ley* 6, *d. tit.* 2, *P.* 5, que pone el ejemplo en uno que prestó tinaja ó cuba para tener vino ó aceite y estaba quebrantada, ó tan inficionada, que lo puesto en ella se perdió ó tomó mal sabor.

Si el comodatario perdió la cosa, y despues de haberla pagado la halláre el comodante, tendrá este la eleccion de retener la cosa, volviendo el precio que recibió por ella, ó conservar esta, entregando aquella al comodatario; pero se la podrá este demandar, puesto que la pagó, si el que la halló fuese un tercero, *ley* 8, *d. tit.*

Núm. 5. *Qué sea depósito; sobre qué cosas puede constituirse, y qué efectos produce.* El contrato real que falta por esplicar es el depósito, al que las leyes de *Partida* llaman *Condesijo;* cuyo nombre, derivado del verbo *condesar*, que significa poner en guarda ó custodia, en el dia ya no está en uso. Es el depósito: un *Contrato por el cual dá un hombre á otro su cosa en guarda, fiándose de él, ley* 1, *tit.* 3, *P.* 5. Nótese que, como dije, *núm. ant.*, del mútuo y comodato, no debe mediar en él precio ó galardon; pues si se dá ó promete algo señalado, harto degenerará en arrendamiento, *ley* 2, *d. tit.* 3.

Puede hacerse de tres maneras: 1.ª Cuando estando uno sin cuidado especial alguno, ó sin turbulencia, ni alteracion, dá en guarda á otro sus cosas. 2.ª Cuando se las dá por estar en turbacion, porque se quema ó cae la casa, ó quebranta la nave en que las tenia, para libertarlas del peligro: á este se le suele llamar depósito *miserable*, á diferencia del otro que decimos sencillo ú ordinario. 3.ª Cuando algunos entienden ó disputan en razon de alguna cosa, y la meten en mano de un fiel, encomendándole su guarda hasta que la contienda sea librada en juicio, *d. ley* 1. Esto se hace muchas veces por órden de la justicia, y tanto en un caso como en otro, se le llama *sequestracion.*

Se pueden dar en depósito todas las cosas, de cualquier

manera que fueren; pero regularmente usan mas dar las muebles que de las otras, *ley* 2, *d. tit.* 3.

Ni el dominio, ni la posesion de las cosas que se dan en depósito pasan al que las recibe, á escepcion de las que se suelen contar, pesar ó medir, y se dieren por cuento, peso, ó medida; en cuyo caso, como ya dije, *tit. ant.*, §. 2, *núm.* 4, pasaría el dominio al que asi las recibe, con obligacion de volverlas, ó dar otro tanto igual á lo que recibió, *d. ley* 2, sacada de una romana, que ha dado tanto que hacer á sus intérpretes, como puede verse en el *Digesto* del Sr. Sala, *libro* 16, *tit.* 3, *núm.* 3; los cuales le llaman con razon depósito irregular, porque lo es en muchas cosas, como aparece desde luego.

Núm. 6. *Quién puede dar y recibir en depósito; y obligaciones del depositario.* Cualquiera que tenga las cosas en su poder, puede darlas en depósito á todo hombre, sea lego, clérigo, religioso, ó comunidad.

El que las recibe está tenido á guardarlas bien y lealmente, de suerte que no se pierdan ó empeoren por su culpa ó engaño. Que debe prestar este y la culpa lata, es claro; porque, segun dije, en el *tit.* 10, §. 1, *núm.* 6, se prestan en todos los contratos. Pero la regla que allí he notado, le exime de la prestacion de la culpa leve; porque en este contrato toda la utilidad es del que dá, *ley* 3, *d. tit.* 3. Pone la misma tres escepciones de esto: 1.ª Si lo pactaron asi los contrayentes. 2.ª Si el depositario solicitó el depósito. 3.ª Cuando recibe paga. Se acomodó en esta al uso de llamar depositario á este que no lo es propia y rigurosamente, como vimos, *núm. ant.* No estando obligado á prestar la culpa leve, lo está mucho menos á la levísima, y ocasion, ó caso fortuito, *ley* 4, *d. tit.* 3. Presenta tambien cuatro casos de escepcion, de los cuales los tres primeros son los ordinarios de especial convencion, mora, ó tardanza y culpa, que tambien he espresado en el comodatario, *núm.* 4. El cuarto tiene lugar cuando el depósito fué hecho principalmente por utilidad del que le recibe. Parece que en este caso, solo debiera estar tenido á la culpa levísima como el comodatario, y no al caso fortuito; pero la ley asi está escrita.

El depositario debe restituir la cosa al que se la dió en guarda, ó á sus herederos á cualquier tiempo que se le pida, sin poder retenerla por razon de compensacion ó deuda que le debiere el deponente, ni aun por las espensas que en ella hubiese hecho; y debe volvérsela con los frutos, rentas y mejoras que saliesen de ella; pidiendo separadamente lo que le debiere, *ley* 5 *y* 1 *últ.*, *d. tit.* 3. En *la* 6, pónense cuatro casos de escepcion en que el depositario no debe restituir la cosa. 1.° Si esta fuese espada ú otra arma, y el que la depositó se hiciese loco, mientras subsista tal. El 2.° hoy que cesó la pena de confiscacion, no tiene lugar. 3.° Si concurriesen á pedir la cosa un ladron que la depositó, y otro que dice ser suya; entonces se devolverá á este si lo probáre y no á aquel. 4.° Si una cosa que fué hurtada á Pedro, se le diese en depósito, y él conociese ser suya, no tendrá obligacion de restituirla al que la depositó.

Si la cosa fuese depositada en iglesia ó monasterio, con otorgamiento ó mandato del prelado y cabildo, tenidos son á restituirla de la misma manera que si la hubiese recibido otro cualquiera hombre; y lo mismo sería si estando delante el prelado ó cabildo, callasen y no lo contradijesen. Pero si la cosa se dejase en guarda de solo un individuo de estas corporaciones, solo él, y no estas, será el obligado, á no ser que la cosa fuese dada ó espendida en utilidad de estas, *ley* 7, *d. tit.*

Si el depositario negáre el depósito, y le fuese probado en juicio, se hace infame; y debe ser condenado á volver la cosa ó su estimacion con las costas y menoscabos que hubiese tenido el deponente por esta razon, segun el juramento de esta, y tasa del juez; pero no deberá pagarle los daños por lo que dejó de ganar, *ley* 8, *d. tit.* 3, *P.* 5; disposicion notable verdaderamente. Siendo el depósito miserable, debe pagar el que negó y le fué probado, la estimacion doblada por la gran maldad de su negativa en las circunstancias de los depósitos de esta clase, *d. ley* 8.

Núm. 7. *Resúmen de este tit.* 18. Sabemos por su *número* 1, qué sea contrato literal, que dentro de dos años puede el que entregó el vale oponer la escepcion de la *non numeratæ pecuniæ*, á no ser que la hubiese renunciado; que pa-

sados sin hacerlo, queda obligado, cuya obligacion es dudoso si debe tener efecto, aunque pruebe aquella, y que cabe oponer esta escepcion, aun despues de la *ley* 4, *tit.* 28, *lib.* 11, *Nov. Rec.*: por *el* 2, qué contratos reales hay; por qué se dicen tales; que el préstamo en general comprende el comodato y el mútuo; qué sea este, su efecto principal, y consecuencias que salen de él; quiénes pueden dar y recibir en mútuo, y lo que hay sobre esto en cuanto á los menores é hijos de familia: en *el* 3, vimos los efectos que produce el mútuo: en *el* 4, qué sea comodato, y que tanto en él, como en el mútuo, no debe mediar precio; qué diferencias le distinguen de este; cuándo está el comodatario obligado á prestar el caso fortuito, cuándo las otras clases de culpas; y qué otras obligaciones le afectan, asi á él, como al comodante: en *el* 5, qué sea depósito, que no debe mediar tampoco precio en él; de cuántas maneras es; qué cosas se pueden depositar, y qué efectos produce: y sabemos, finalmente, por *el* 6, quiénes pueden ser deponentes y depositarios; qué clases de culpas debe prestar este; qué otras obligaciones tiene; que no debe detenerse la cosa depositada, á pretesto de que aquel le debe algo; en qué casos no está obligado á restituirla, y en qué penas incurre si la niega.

TÍTULO XIX.

DE LAS DONACIONES.

Titulos 4, P. 5, 7, libro 10, Novísima Recopilacion.

§. *Unico.*

Número 1. *Sus especies; definicion de la entre vivos, quiénes pueden contraerla, y cómo.* Siendo la donacion uno de los títulos traslativos de dominio, y productivos de obligacion, nada mas puesto en órden que hablar de ella entre estos. Por esta razon, sin duda, colocaron su tratado en medio de los demas contratos los autores de las *Partidas*, y de la *Novísima Recopilacion.*

Se divide la donacion en dos especies, de las cuales dice la *ley* 1, *tit.* 7, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, que la una se hace por manda, en razon de muerte, y la otra en sanidad sin manda. A esta solemos llamar *entre vivos*, y á la otra *por causa de la muerte*. Trataré primero de la dicha entre vivos, por ser la que ofrece mas que decir, y por quedar ya esplicada la otra en los legados, como veremos en el *núm.* 3.

De aquella, dice la *ley* 1, *tit.* 4, *P.* 5. *Donacion es bien fecho que nace de la nobleza e bondad de corazon, cuando es fecha sin ninguna premia*: esto es, que se hace solo por ejercer la liberalidad.

Pueden hacerla todos aquellos que en el *tit.* 10. §. 1, *número* 2, vimos pueden disponer de sus bienes, como se echa de ver, cotejando *la ley* 2, *d. tit.* 4, con las alli citadas. Los hijos que están en poder de sus padres, pueden hacer donacion de sus bienes castrenses, ó cuasi castrenses sin otorgamiento del padre. De los profecticios podrán dar alguna cosa á su madre, hermana, sobrina, ó á algunos de los otros parientes, para casamiento, ó para otra cosa que entendiesen les era muy necesaria, siendo cosa justa y derecha: y al maestro que le enseñase ciencia ó alguna arte ó menester, *ley* 3, *d. tit.* De las donaciones que hacen los padres á los hijos, véase lo dicho al hablar de las mejoras.

Pueden hacerse las donaciones puramente, bajo condicion, y á dia cierto, *ley* 4, *d. tit.* 4, como todas las obligaciones, segun dije en el *tit.* 16, *núm.* 3, en donde espliqué estos tres modos de contraerse, y los varios efectos que producen, acomodables enteramente á las donaciones. Se pueden asimismo hacer, siendo presentes el que dá y el que recibe la donacion, ó estando ausentes, con arreglo á la *ley* 1, *tit.* 1, *d. lib.* 10, *Nov. Rec.*, esplicada en *d. tit.* 16, *núm.* 1, y aun á *la ley* 4, *de d. tit.* 4.

Suele cuestionarse, si la donacion hecha entre ausentes puede ser revocada por el donante contra la regla general que rige en las donaciones inter vivos, de suyo irrevocables, como veremos, *núm. sig.* No falta quien sostenga la opinion afirmativa, fundado en que para producir completa obligacion, debe mediar la aceptacion del donatario, que faltó en

este caso. Pero es mas probable, y no vacilo en decir indudable, la negativa, atendida la disposicion terminante de la *citada ley* 1. Es mas: aun con arreglo á la *d. ley* 4, debe sostenerse esta misma opinion. No será con todo malo, á evitar contiendas, el que acepte la donacion á nombre del donatario el escribano al hacer la escritura, y el que se haga la tradicion por medio de esta, con arreglo á la *ley* 8, *tit.* 30, *P.* 3, y á lo dicho en el *tit.* 1, §. 2, *núm.* 1.

Si se hiciese la donacion hasta tiempo cierto, valdrá hasta que este viniere: y cumplido, ganarán la posesion y el señorío de la cosa dada, el donante ó el que estuviese señalado para suceder al primer donatario, y en defecto de ellos, los herederos de aquel, *ley* 3, *d. tit.* 4.

Puede hacer tambien la donacion bajo cierta pena ó encargo; y entonces, si este se cumpliére, quedará en un todo válida; y si no, puede ser apremiado á que lo cumpla ó desampare la donacion, pues la puede revocar el donante, *ley* 2, *d. tit.* 4, *P.* 5.

Núm. 2. *De la nulidad y revocacion de las donaciones.* Como el público se interesa tanto en que ninguno consuma su patrimonio temerariamente, con profusiones inmoderadas, usando de esta manera mal de sus cosas, la *ley* 5, *d. tit.* 4, ha puesto con mucha razon á las donaciones la tasa de 500 maravedís de oro, mandando que no valgan en cuanto escediéren de esta cantidad, á no ser que se hiciesen con carta ó sabiduría del juez de aquel lugar, ó como solemos decir, se insinuasen ante él. Esta es una de las tantas leyes nuestras que están clamando por una saludable reforma, ya por haber sido dada en un tiempo en que el valor de la moneda era con mucho esceso mayor que en la actualidad, y ya porque no se sabe á cuánto equivalen en la actual moneda los 500 maravedises. Febrero, 1.ª *part.*, *cap.* 3, *núm.* 11, dice que son 25,600 reales, si bien otros señalan 7,352: la diferencia no es pequeña. En Gomez, 2 *var.*, *cap.* 4, puede verse el modo y forma de hacer las insinuaciones. La *d. ley* 5 pone algunas donaciones que valdrán sin que medie esta. 1.ª Las que hiciere el Rey á alguna persona, ó esta al Rey. 2.ª Las hechas para redimir cautivos, ó rehacer alguna iglesia ó casa derri-

bada. 3.ª Las que por dote, ó en razon de casamiento. 4.ª Las que se hacen á alguna iglesia, lugar religioso, ú hospital. Si son de bienes raices, no puede hacerse á estos donacion en mucha, ni en pequeña parte, segun dije, *tit.* 9, *núm.* 10.

De la donacion de todos los bienes que tuviere el donante, estableció ya la *ley* 7, *tit.* 12, *lib.* 3, *Fuero Real*, que no valiese. Disposicion confirmada despues por *la* 2, *tit.* 7, *libro* 10, *Nov. Rec.*; que añade la circunstancia de que se entienda esta prohibicion aun de la de los bienes presentes solamente. Antonio Gomez, en la *ley* 63 *de Toro*, (d. ley 2), *núm.* 3, opina, que valdrá la donacion de todos los bienes si el que la hizo se reservó alguna cosa notable, como el usufructo, durante su vida, fundado en que así se salva la razon de la ley, de que el donante no quedase espuesto ó sujeto á la indigencia.

La *ley* 8, *d. tit.* 4, *P.* 5, dice que si alguno que no tiene hijos, ni esperanza de tenerlos, diese á otro todo lo suyo, *ó gran parte de ello*, y despues tuviese hijo ó hija de muger legítima, con quien casa despues, es revocada por esto la donacion, y no debe valer en ninguna manera. Interpretándola Gregorio Lopez, dice con mucha oportunidad en su *glos.* 5, que, como no espresa cantidad cuando dice *gran partida*, debe esta señalarse y definirse por el prudente arbitrio del juez, como se hace en casos semejantes: en la 10, que por las palabras *es revocada*, se vé queda rescindida por el mismo hecho; y en *la* 8, esplicando las palabras *con quien casase despues*, sienta que deberá decirse lo mismo en el caso que tuviese los hijos de la que era muger suya al tiempo de la donacion, pues milita la misma razon.

La *ley* 3 *de d. tit.* 7, *lib.* 10, prohibe y dá por nulas las donaciones que se hacen con fraude para no pechar ó pagar las contribuciones públicas, como por ejemplo, las donaciones que hiciese un padre á su hijo clérigo. Hoy tambien estos pagan aquellas. *El d. tit.* 7 contiene muchas leyes harto largas de las grandes donaciones que hacen y han hecho varias veces los reyes, ya acosados de las urgencias de la monarquía, ya por importunaciones y sugestiones; esplicando como deben entenderse, moderarse, y reformarse, con especialidad las es-

cesivas que hizo D. Enrique IV, conócidas comunmente por las donaciones Enriqueñas. Quien quisiere enterarse de lo que contienen y establecen, podrá acudir á ellas y su comentador Acevedo; porque la multitud de circunstancias que abrazan, y el poco uso que en el dia tiene su contenido, me ha persuadido basta hacer aquí esta insinuacion sobre el particular.

Hasta aquí de la nulidad de las donaciones: veamos ahora por qué causas puede revocarlas el donante. Es principio inconcuso, establecido en la *ley* 4, *d. tit.* 7, *lib.* 10, que la donacion entre vivos, ó en sanidad, no la puede quitar ó revocar el que la dió sino por alguna de las razones que manda la ley. Son estas cuatro, establecidas en la 10, *d. tit.* 4, *P.* 5, y todas contienen una muy grande ingratitud del que la recibió. 1.ª Cuando el donatario hace al donante gran deshonra de palabras, ó le acusa de tal delito, que si se le probase caeria en pena de muerte, perdimiento de algun miembro, de la mayor parte de sus bienes, ó infamia. 2.ª Si metiese manos airadas contra él. 3.ª Haciendo gran daño en sus casas. 4.ª Si tratase de alguna manera de su muerte. Febrero en *d. cap.* 3, *núm.* 14, dice, que entre estas causas debe ponerse el negar el donatario los alimentos al donante; y efectivamente, aunque la ley no la espresa, no puede negarse está llena de equidad, y aun diré que comprendida en las anteriores. Asienta mas en el *núm.* 31, que no podrá revocarse por estas ni por otra causa la donacion remuneratoria, porque mira á servicios pasados, de que es mera paga y compensacion; ni la hecha á dos jóvenes por razon de dote, seguido el matrimonio, por no ser justo que á causa de la ingratitud de un cónyuge pierda el otro.

De la donacion que hace una muger á su hijo del primer matrimonio, si despues se vuelve á casar, dice la *cit. ley* 10, que solo se puede revocar por tres razones que espresa, y son las tres últimas de las cuatro que acabo de referir. Debo advertir en conclusion de esto, y nótese con cuidado, que la *misma ley* 10 añade, que las razones de ingratitud espresadas, las puede poner y alegar el donante agraviado; no sus herederos.

Núm. 3. *De las donaciones mortis causa.* Esplicada la donacion entre vivos, ó en sanidad, paso á hablar de la que se hace por causa de la muerte. Seré breve, porque verdaderamente estas son las mandas ó legados que dejo esplicados en el *tit.* 6, §. 3, como manifiesta bien *d. ley* 1, *tit.* 7, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, que hablando de esta donacion que se hace por *manda;* aunque Sala, *núm.* 7 *de su tit.* 2 dice, sin fundarlo, que no quiso manifestar esto, sino la mucha semejanza que tienen. De cualquier modo, quiero se tenga presente aquí lo dicho en el *cit.* §. 3.

Suelen hacer esta donacion las personas que por verse agoviadas de enfermedad ú otro peligro, temen la muerte; de modo que puede definirse, diciendo es aquella *Que se hace por consideracion á la muerte.*

Puede revocarse de tres maneras: 1.ª Si el donatario muere antes que el donante. 2.ª Si este salió de la enfermedad ó peligro por cuya razon la hizo. 3.ª Si el mismo se arrepiente antes de morir, *ley última, tit.* 4, *P.* 5. Sobre la 2.ª manera debo decir, que pocas veces ó nunca tendrá lugar, pues estas donaciones ordinariamente se hacen sin asomo de peligro de muerte, por lo que no se ven otras causas de revocacion mas que la primera y la última. Debo decir mas, que Febrero en *d. cap.* 3, *núm.* 42, sienta que será irrevocable esta donacion en el caso que el donante, informado de su beneficio lo renuncie; pero en el *tit.* 4, §. 2, *núm.* 6, vimos la versatilidad de las últimas voluntades.

Dicha *ley última* añade, deben hacerse estas donaciones por ante cinco testigos. Pero Covarrubias, *in rubr. de testam. part.* 3, *núm.* 32, Matienzo en la *ley* 1, *tit.* 18, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, *glos.* 2, y comunmente todos opinan que en esta parte está corregida por *d. ley* 1, *tit.* 18, que solo exige tres testigos para los testamentos nuncupativos; pues manifiesta quiso comprender tambien en las donaciones en aquellas sus palabras, *ú otra postrimera voluntad*, que no tiene otro objeto á que pueden referirse. Sería por otra parte cosa muy incongruente y reparable exigir mayor solemnidad para estos que para aquellos; por cuya razon juzgó muy prudentemente el jurisconsulto Juliano, que remitida alguna solemnidad para los

testamentos, se entiende remitida para estas donaciones.

Que pueden hacerlas todos los que pueden disponer de sus bienes por testamento es inútil advertirlo, y que por consiguiente puede donar *mortis causa* la muger casada sin licencia del marido, aunque no pueda entregar lo donado durante el matrimonio.

Núm. 4. *Resúmen de este título* 19. Por su *núm.* 1 sabemos, qué especies hay de donaciones; qué sea la de entre vivos; que pueden contraerla todos los que pueden obligarse; y en algunos casos los hijos respecto al peculio adventicio; que puede contraerse bajo condicion, á dia cierto y entre ausentes; que esta es tan irrevocable como la entre presentes; hasta dónde llega el valor de la hecha por tiempo cierto, y el de la que lo fué bajo algun encargo: por el 2, que son nulas las donaciones que escedan de 500 mrs. de oro si no se insinúan; las de todos los bienes presentes, á no ser que el donante se reserve alguna cosa; á que se da el nombre de donaciones Enriqueñas; qué causales las anulan, y por cuáles pueden revocarse; y por último, he notado en el 3, algunos particulares sobre la por causa de muerte.

TÍTULO XX.

DE LOS CUASI-CONTRATOS.

§. *Unico.*

Número 1. *Definicion y naturaleza de los cuasi-contratos, y sus especies.* Esplicados los contratos y las donaciones, á las que las leyes romanas dieron en parte el honor de contratos, por cuanto á su pacto le hicieron productivo de accion contra la naturaleza de los pactos nudos, constituyéndole de este modo legítimo, exige el órden se hable de la otra fuente de las obligaciones, que son los cuasi-contratos. Se da este nombre «á ciertos hechos honestos, por cuya práctica quedan »los hombres obligados, en virtud de un consentimiento que »se presume por equidad." Esto último hace ver que es la

que constituye la verdadera diferencia entre los contratos y los cuasi-contratos: los primeros se fundan en un verdadero consentimiento mútuo, sea espreso ó tácito, y de él emana la obligacion que producen: los segundos se apoyan en el que se presume prestan las partes, dada la existencia de ciertos hechos, por dictarlo asi una razon equitativa. ¿Y en qué se funda esta equidad para constituir obligacion por mediar aquellos? en tres principios tan sencillos que no es posible dejar de conocer su justicia. 1.° *Se presume que todos consienten en aquello que les trae utilidad.* Por este se obliga el pupilo al tutor á la indemnizacion, aunque sea infante y no haya por lo mismo consentido en la tutela. 2.° *De nadie se presume que quiera enriquecerse á costa de otro.* 3.° *El que quiere el antecedente debe querer el consiguiente.* Por esto queda obligado el que admitió una herencia á pagar sus legados.

Viniendo á las especies de cuasi-contratos, debo decir, que de suyo se conoce pueden ser muchos y muy diferentes los hechos que indican un consentimiento presunto en los hombres, capaz de producir obligacion; y por consiguiente que, en rigor, pueden ser muy varias las especies de aquellos. Pero al mismo tiempo el Derecho Romano solo de cinco hizo especial mencion; en lo que le han imitado nuestras leyes y tratadistas. Dichas cinco especies son las siguientes: 1.ª La administracion de negocios ó bienes agenos, sin mediar conocimiento de su dueño. 2.ª La administracion de la tutela ó curatela. 3.ª La mistion de bienes. 4.ª La admision de herencia. 5.ª La paga de cosa que no se debia.

Núm. 2. *De la administracian de cosas agenas como cuasi-contrato; y obligaciones que respectivamente produce entre su dueño y el administrador.* Qué cosa sea la administracion de cosas agenas el mismo nombre lo dice: ahora solo falta saber qué circunstancias deben acompañarla para reputarla cuasi-contrato, y no verdadero contrato. La principal consiste en que el dueño de las cosas ignore semejante administracion; y ademas puede añadirse la de que haya de ser espontánea y gratuita. Debe mediar la ignorancia de aquel, porque si lo sabe y calla consintiéndolo, hay un mandato tácito: y debe ser gratuita, como no puede menos, por cuanto el otro

no consintió ni aun presuntivamente en dar nada. Tenemos por consiguiente «que hay un cuasi-contrato de administra-» cion ó gestion de cosas agenas siempre que otro las admi-» nistra y gobierna ignorándolo su dueño, *ley* 26, *tit.* 12, *P.* 5.»

Las obligaciones que produce contra este á favor del administrador pueden reducirse á la siguiente: *de haber de pagar á este todo lo que hubiese gastado en mejora y utilidad de sus cosas*, *d. ley* 26; cuya obligacion envuelve algunos particulares que es indispensable esplicar. Pero antes debo y conviene advertir, que esta doctrina y la subsiguiente tiene lugar en un todo, aunque el ausente no sea el mismo dueño de lo administrado, sino algun mayordomo suyo, guardador de huérfanos, ó procurador de algun comun; en cuyos casos puede el que administró en su ausencia reclamar de ellos, ó de sus principales, los gastos y perjuicios, *ley* 27, *d. tit.* 12, *P.* 5.

Para saber cuáles espensas deben abonarse al administrador, conviene hacer cuatro clasificaciones de estos: 1.ª De los que con buena fé é intencion recta entraron en la administracion: 2.ª De aquellos que con verdad se sabe la tomaron con mala: 3.ª De los que hacen en, ó con lo administrado cosas que no haria su dueño. 4.ª De aquellos que administran las de menores de 14 años por haberse ausentado su tutor. A los primeros deben abonarse las espensas necesarias y las útiles; y no solamente las que son tales cuando se comienzan á hacer y despues, sino tambien las que parecieron serlo en su principio, y se vió despues que no lo fueron, siempre con la condicion de que se hayan hecho de buena fé, *ley* 28, *d. tit.* 12. A los segundos no hay obligacion de abonarles unas ni otras, á no ser en el caso de que hubiese hecho tanta ganancia, que despues de pagar las espensas, quedase parte de ella al dueño, *ley* 29, *d. tit.* A los terceros tampoco deberán abonarse las hechas en aquellas cosas que usaron cual no debian, á no ser que hubiese resultado ganancia del tal uso, *ley* 33, *d. tit.* Al que administró cosas de menor de 14 años, deben abonársele las espensas en los términos que llevo dicho de los anteriores; pero este abono no siempre es de cuenta de aquel. Lo será respecto á las necesarias, y á las que siendo úti-

les cuando se hicieron, lo fueron tambien despues; mas el abono de las que solo fueron útiles al hacerse corresponde al tutor, *ley* 28, *d. tit.* 12. Aunque esta ley á su fin usa de los términos generales *«las debe pagar de lo suyo el que tiene sus cosas en guarda*, sin distinguir si habla del caso que acabo de espresar, ó generalmente de los tutores; en términos que aunque fuesen ellos mismos los autores de tales espensas no deban abonárseles" parece indudable debe limitarse al primero, en los términos esplicados, atendido á que el sugeto á quien viene refiriéndose sobre hacerle el abono, es otro administrador diferente del tutor, véase la *glos.* 10 *de d. ley.*

Las obligaciones principales del administrador son las siguientes: 1.ª Desempeñar la administracion con el cuidado propio de un diligente padre de familia, ó lo que es lo mismo, hacer en las cosas administradas aquello que puede y debe presumirse haría su dueño, *d. ley* 33, *tit.* 12, *P.* 5. 2.ª Haber de dar á este cuentas de aquella, *ley* 27, *d. tit.* De la primera obligacion síguense en el administrador que se portó con descuido, culpa ó dolo, otras de tener que pagar los daños que por cualquiera de estas causas sucediesen en las cosas, de cuyo cuidado se encargára. Pero no estando todos los administradores en general obligados á responder de los menoscabos que ocurran por caso fortuito, ni de los que por culpa leve, es indispensable espresar cuáles lo están á unos, cuáles á otros, y cuáles á todos: y con el fin de hacerlo con la posible claridad, presentó, como hice poco há, las siguientes clasificaciones de ellos: 1.ª De los que se metieron á administrar las cosas del ausente con mala intencion. 2.ª De los que hicieron en ellas ó con ellas cosas que su dueño no haria ni acostumbraba hacer. 3.ª De aquellos que tomaron á su cargo los negocios de un ausente por hallarlos tan abandonados que ningun otro pensaba meterse en ello. 4.ª De aquellos que se encargan de la administracion en lugar de otro sugeto que queria tomarla tambien, movido por razon de particular amistad ó parentesco que tuviese con el ausente. 5.ª De aquellos administradores ordinarios, en quienes no concurre ninguna de las circunstancias anteriores. Los primeros tienen que responder al dueño de los daños ó menoscabos que ocurriesen en las cosas

administradas de cualquiera manera que hubiesen sucedido, *ley* 29, *d. tit.* 12. Los segundos están obligados tambien á responder de todos los ocurridos, aun por caso fortuito, en aquellos cosas de que usaron cual no debian, *ley* 30, *d. tit.* Los administradores de la tercera clase, dice esta misma ley, que no deben abonar lo que se perdiese por su culpa, sino solamente lo que por su engaño; á lo que añade Gregorio Lopez en *su glos.* 3, ó por su culpa lata, que siempre va unida con el engaño ó dolo en las prestaciones de los contratos, por lo mucho que se le asemeja. De los de la cuarta, dice la *ley* 34, *d. tit.* 12, que deben prestar el engaño, la culpa, y la negligencia; con cuyo modo de espresarse, opina Sala, quiso significar que deberia prestar las tres culpas, la lata, comprendiéndola en la palabra *engaño*, la leve en la *culpa*, y la levísima en la *negligencia*, pues, aunque por esta última se denota regularmente la culpa leve, parece que significa aqui la levísima: 1.° porque en este caso debe estar el administrador mas obligado que en el regular de que luego hablaré: 2.° Porque la opone á la voz culpa, que suele significar la leve: y 3.° por ser esta la opinion de la glosa de las leyes romanas y muchos de sus intérpretes, á la cual es de creer se quisieron acomodar los que formaron las Partidas, como lo hicieron tantas veces. De los administradores de la quinta clase, dice la *ley* 30, *d. tit.* 12, que deben prestar el engaño y la culpa; por cuya palabra entiende Gregorio Lopez, en *su glos.* 1, quiso significar la *leve*, del mismo modo que acabamos de ver la significa *la* 34; y añade ser esta la prestacion regular y ordinaria del administrador. El Derecho Romano lo estableció asi tambien, haciendo una escepcion de la regla general, que prescribe no se preste mas que la culpa lata en aquellos contratos en que toda la utilidad está de una parte, como sucede en este; fundado en que habiéndose encargado voluntariamente el administrador de hacer las veces del dueño, y siendo acto de amistad, debe poner todo el cuidado que aquel pondria.

Núm. 3. *De los que cuidan de otro y sus cosas por razon de piedad.* En conclusion de este cuasi-contrato de administracion de bienes, presenta el Sr. Sala algunos casos, en que el administrador hubiese sido movido para interponer sus

cuidados por sentimientos de piedad, imitando en esto al autor del libro de las Partidas, en el título 12 de la 5.ª Creo estoy en el caso de seguirlas en este mismo órden. La *ley* 35, *d. tit.* 12 ordena, véanse tambien *la* 3 *y* 4, *tit.* 20, *P.* 4, que, si alguno se mueve por piedad á recibir en su casa algun huérfano desamparado, gastando de lo suyo en cuidar de su persona y cosas mientras le tiene en su casa, y acaece despues que este quiere cobrar de los bienes del mozo lo que asi gastó, no lo pueda hacer; pues habiéndose movido á criar al mozo por razon de piedad y misericordia, se entiende lo hizo por amor de Dios, y por ello nada deberá darle por el bien que le hizo, ni por lo que gastó en cuidarle sus cosas. Pero deberá sí hacerle honra y bien, y tenerle reverencia toda su vida.

Dos casos hay que esceptuar de la doctrina de esta *ley*: 1.º el en que al empezar á cuidar de aquel el guardador protestase queria cobrar las espensas que con él hiciese; en cuyo caso estaria este obligado á abonárselas pudiendo hacerlo, ó la persona que tuviese obligacion de criarle, *leyes* 3 *y* 4, *d. tit.* 20, *P.* 4, *y arts.* 25 *y* 26, *ley* 5, *tit.* 37, *lib.* 7, *Nov. Rec.*: 2.º Si la crianza fuese de muger, y queriendo despues el que la recogió casarse con ella ó que se case alguno de sus hijos, y ella ó su padre lo contradijesen, *ley* 35, *tit.* 14, *P.* 5. En *su glos.* 3, limita esto Gregorio Lopez, al caso en que sea el que dió los alimentos de la misma edad ó poco mayor que la alimentada, porque sería cosa muy dura y perjudicial precisar á una jóven á que se casase con un viejo. Por la misma razon juzgo no debe darse lugar á la escepcion, cuando la alimentada fuere de calidad muy superior á la del que dió los alimentos, ó si este estuviese enfermizo ó estropeado.

Si la madre ó abuela tuviesen los hijos ó nietos en su casa despues de la muerte de su padre, para saber cuándo podrán cobrar lo que gastasen en alimentarlos y cuidarlos, conviene distinguir tres casos: 1.º El en que tuviesen al mismo tiempo los bienes de aquellos en su poder: 2.º el en que no: y 3.º el en que estos no tuviesen bienes. En el primero, podrán cobrar las espensas que hiciesen en darles de comer, vestir, calzar, y demas cosas que hubiesen menester, aunque no lo protestasen asi, siempre que los bienes de los dichos bastá-

ren para soportar estos gastos: en el segundo, solo podrán cobrarlas, si protestaron querian hacerlo asi: y en el tercero, no pueden cobrar nada, y se entiende que se movieron naturalmente á mantenerlos, *ley* 36, *d. tit.* 12, *P.* 5. A pesar de lo que dice esta ley, creo debe esceptuarse de esto último un caso que luego espresaré. En su *glos.* 6, asienta Gregorio Lopez, que tambien podrán cobrar lo gastado en el 2.° caso, aunque lo protestasen, siempre que conste lo gastaban con ánimo de repetirlo.

El padrastro, que teniendo en su casa á su entenado ó hijastro, le diese de comer y beber, y las otras cosas que fueren menester, podrá cobrarlas si lo protestase asi, y siempre que el mozo tuviese bienes. Pero respecto á este, es necesario tener presente, que, cuando el hijastro es de bastante edad, y se sirve de él, no podrá recobrar, aunque lo proteste, las espensas que haga en gobernarlo, por ser justo que este servicio de aquel le sirva de descuento para lo que se gasta con su persona; y que tiene sí derecho á reclamar las que hiciese en recobrar sus cosas, *ley* 37, *d. tit.* 12. Añade esta *al fin*, que lo que se acaba de decir del padrastro se entienda tambien de todos los hombres que gobiernan y cuidan de los mozos estraños, y recaudan sus cosas. Es este punto demasiado práctico para que deje de detenerme en emitir algunas reflexiones sobre él.

Aunque la ley habla solo de los que cuidan mozos estraños, no dudo afirmar debe estenderse su disposicion á las madres y abuelos, cuando tienen bajo su gobierno sus hijos ó nietos, por dictarlo asi de lleno la equidad, y por haberlo visto practicar constantemente. ¿No hemos visto poco há, que pueden aquellas en dos casos cobrar á los hijos y nietos lo que gasten en cuidarlos á ellos y sus cosas? ¿Pues qué cosa mas justa, ya que se les permite esto, que el que se les obligue á tomar en descuento los servicios ó trabajos importantes que estos les hayan prestado? ¿Aquellos servicios, mediante los que se ahorraron los salarios de trabajadores, que en otro caso tendrían que emplear? Si estos tendrían derecho á salario, ¿haremos de peor condicion á aquellos? No: que la equidad y la justicia lo resisten clara y fuertemente.

Estas breves reflexiones convencen asi bien de lo fundada que es la opinion emitida por el Sr. Sala, *al fin de su número* 6. Dice: «que siguiendo la equidad en que se funda *d. ley* » 37, cree podrá añadirse á lo que espresa, que si el mozo » fuere tan medrado, aplicado y robusto como los criados, » que ademas de la comida, ganan soldada sirviendo, deberá » tambien abonársela el que le tiene en su casa, segun el ar- » bitrio del juez, ó á estilo del pais: añadiendo que asi lo ha » visto practicar alguna vez entre rústicos labradores." Esta proposicion, que dicho autor parece limitar á las personas estrañas, yo creo que, como la anterior, debe hacerse estensiva á madres y abuelos; pues las razones que prueban aquella, prueban igualmente esta. En efecto, nada mas justo, una vez que estas pueden cobrar á sus hijos ó nietos del importe de sus bienes lo con ellos gastado cuando niños; que el que llegados á la mayor edad sean indemnizados de los servicios que les presten. Cuando por no tener bienes han sido criados y educados por sus madres piadosamente y sin retribucion, en este caso nada es mas equitativo tampoco que los hijos adultos las sirvan á ellas con el mismo desinterés. Y si se empeñan en cobrarles soldadas, entonces creeré que á pesar de su pobreza, podrán las madres ó abuelos reclamarles sus anteriores crias. Y este es el caso que dije arriba debe esceptuarse de lo dispuesto por la *ley* 36, *d. tit.* 12, *P.* 5.

Núm. 4. *Se esplican el segundo, tercero y cuarto cuasi-contratos.* El que en el *núm.* 1 puse por segundo de estos es la administracion de la tutela ó curadoría. Aunque esta administracion no es contrato entre el tutor y el menor, como es bien claro, produce con todo en cada uno de ellos obligacion mútua á favor del otro, fundada en las equitativas reglas propuestas en *d. núm.* 1. Asi, el tutor está obligado á dar cuentas al menor de lo que ha percibido por razon de la tutela, y este lo está á pagar ó abonar á aquel lo que por razon de la tutela haya espendido en beneficio suyo. Omito dilatarme en esplicar los diversos derechos que producen en uno y otro estas respectivas obligaciones, por haberlo tratado con estension en el *tit.* 7, *lib.* 1.

El tercer cuasi-contrato proviene de la posesion de heren-

cia ó cosas en comun y *pro indiviso.* Cuando sucede esto, cualquiera de los comuneros está obligado á consentir que se parta ó divida la cosa comun, siempre que otro parcero lo pida, pues cada uno de ellos tiene derecho á demandar la division, *ley* 2, *tit.* 15, *P.* 6: lo que se estableció con mucha sabiduría y justicia para cortar las grandes discordias que nacen con frecuencia de la comunion, y porque teniendo cada uno lo suyo separado é independiente, lo aliña y aprovecha mejor, *ley* 1, *d. tit.* 15. La única accion que nace por consiguiente de este cuasi-contrato es la de division ó partija, que viene á ser mista de personal y real. En el *tit.* 2, §. 2, vimos si cabe ó no prescripcion de ella. Produce tambien la comunion, en el que administra la cosa, la obligacion ordinaria en todos los administradores, de que den cuentas de cuantos provechos y cargas han tenido. Pero esta obligacion, como se deja conocer, no es hija del cuasi-contrato que acabo de esplicar: sino que en unos casos lo será del de administracion de bienes, en otros del contrato de mandato.

El cuarto cuasi-contrato es la adicion ó admision de la herencia. Por ella se obliga el heredero á pagar las mandas que dejó el testador, *ley* 3, *tit.* 9, *P.* 6; cuya obligacion no puede nacer de contrato, porque no le hubo entre los legatarios y el heredero, que muchas veces ni los conoce, ni ha visto jamás. Conviene aqui advertir, que esta obligacion del heredero hácia los legatarios no debe confundirse con la otra que tiene de satisfacer á los acreedores que ya lo eran del difunto; porque, aunque á esta da tambien entrada la adicion de herencia, no nace de ella, sino de la causa que la produjo contra el testador, y por lo mismo debe seguir su naturaleza. Por eso estos acreedores se llaman hereditarios; porque eran ya carga de la herencia antes de ser adida, á diferencia de los otros que, por ser su raiz el testamento, se llaman testamentarios.

Núm. 5. *Se esplica el quinto cuasi-contrato.* Tiene lugar el quinto y último cuasi-contrato cuando uno por error paga á otro lo que no le debia. En su virtud, el que por yerro paga á otro lo que no debe, creyéndose deudor suyo, le tiene obligado en lo regular y ordinario, á volverle lo que

pagó, *ley* 28, *tit.* 14, *P.* 5. Por regla general, para poder obligar al que recibió la paga, á su devolucion, es necesario que el que pagó pruebe haberlo hecho por yerro, *ley* 29, *d. tit.*: de cuya regla hay que esceptuar: 1.° el caso en que, demandado uno por la devolucion, negase haber recibido tal paga, bastándole entonces al que pide probar solamente que pagó: y será obligado á aquella el que niega, á menos que quiera probar luego que la paga se hizo por ser deuda verdadera: 2.° el menor de 25 años, la muger, labrador sencillo, y militares, á quienes se exime de la obligacion de probar fué con yerro la paga que hicieron, cargando con la de probar lo contrario al que la recibió, *d. ley* 29. El que pagáre dudando si debia ó no, podrá recobrar lo pagado, probando que no lo debia, *ley* 30, *d. tit.* 14. Si algun menestral, creyendo estar obligado á hacer algunas obras por otro, sin estarlo, como casa, nave, ú otras semejantes, halláre, despues de haberlas hecho, que no era obligacion suya, debe darle aquel por quien hizo tanto precio cuanto le pudiera costar el hacerlas por otro artista tan bueno como aquel, *ley* 40, *d. tit.* 14.

Puse al principio, al espresar la obligacion de volver lo indebidamente pagado, las espresiones en lo regular y ordinario, porque hay casos en que cesa aquella. Tales son: 1.° el antes indicado de pagarse lo indebido, no por yerro, sino con ciencia de que no se debia; porque el que asi paga, se juzga lo hace con intencion de donarlo, *d. ley* 30, *tit.* 14, *P.* 5, que esceptúa al menor de 25 años, quien por razon de su menor edad podría repetirlo: 2.° Si alguno, ignorando que no podia ser apremiado en derecho, paga lo que debia solo naturalmente, v. g., un heredero las mandas dejadas en un testamento imperfecto, *ley* 31, *d. tit.* 14, que esceptúa las mismas personas, que poco há vimos esceptuar á la *ley* 29: 3.° Cuando uno en juicio fué absuelto de hacer cierta paga que verdaderamente debia, y la pagó, *ley* 33, *d. tit.*: 4.° lo dado por razon de dote ó arras á una muger por alguno que creyese estar obligado á ello sin estarlo, tampoco puede repetirse, y la causa es el ser esta donacion por motivo de piedad, *ley* 35, *d. tit.*: 5.° lo que se pagó por transaccion, *ley* 34, *d. tit.*: 6.° el caso en que lo pagado se perdiese sin culpa del que lo recibió, se-

gun luego diré. Debe espresarse aqui que, si estando uno en la alternativa de pagar un caballo ó un mulo señaladamente, pagase los dos por creer los debia juntamente, podrá repetir el que quisiere; con el bien entendido que, habiendo muerto uno de ellos, no puede ya pedir el otro, *ley* 39, *d. tit.* 14.

Si la cosa que pagó alguno, sin deberla, era de aquellas que dan fruto, debe restituirla el que la recibió con los que de ella hubiese percibido. Si, teniendo buena fé cuando se le entregó y despues, la vendiere, deberá pagar el precio de la venta; pero nada tiene que pagar si la perdió sin culpa. Por lo contrario, teniendo mala fé cuando recibió la paga, ó despues, por saber que no se le debia, deberá volver el precio de la cosa, tanto en el caso que la perdiese, como en el que la vendiese, *ley* 37, *d. tit.* 14.

Núm. 6. *De lo que se dá mediando causa torpe.* Atendiendo á que lo que se dá por un motivo inhonesto, unas veces se puede repetir, y otras no, y á que de este asunto hablan nuestras leyes en el mismo título de que acabo de estractar la doctrina del quinto cuasi-contrato, me pareció ser este el lugar mas oportuno para tratar con brevedad de él. Para mejor conocer los casos en que puede haber lugar á la repeticion, conviene distinguirlos en tres clases: cuando la torpeza está solamente de parte del que recibe la cosa: cuando de la de del dante solo: y cuando de la de ambos. En los tres es regla sacada de la *ley* 47 *y sigs.*, *d. tit.* 14, *P.* 5, «que solo en »el primero hay obligacion de volver lo recibido; pero no asi »en ninguno de los otros." Segun esto, en el caso en que uno diese á otro cierta cosa ó cantidad para que no hurte, mate, no cometa adulterio, ú otros hechos semejantes, ó en el de que habiéndole prestado alguna cosa, le diese algo para que se la restituyera, tendría derecho á reclamárselo; porque es cosa injusta recibir precio por no hacer aquello que naturalmente estamos obligados á hacer; y nada tiene de inhonesto dar porque no se haga mal, *d. ley* 47. Por el contrario, cuando la torpeza está de parte de los dos, no hay lugar á repetir lo dado; porque en caso de igualdad, es mejor la condicion del que posee, *ley* 53, *d. tit.* 14, que lo ilustra con un ejemplo. Las 51 y 52 presentan otros en que se niega tambien la re-

peticion; pero en ellos no se queda lo dado en quien lo recibió, como en el otro, sino que va á la Cámara del Rey. La *ley* 51 esceptúa, con todo, á los menores de 25 años, en el que presenta, de cuando dos se casáren, sabiendo tenian impedimento. Tampoco cabe la repeticion, y con mas fundamento, en el tercer caso, en que la torpeza está solo de parte del que dá; por eso, si una muger, sabiendo que tiene impedimento para casarse con Juan, que lo ignoraba, se enlazára con él, dándole dote, no podría reclamarla cuando los separasen, *ley* 50, *d. tit.*, que presenta ademas el caso tan comun de lo que se dá á una muger mala.

Del que dá al juez para que juzgue bien, tenemos dos leyes, que á primera vista parecen contrarias, y son; la 27, *tit.* 22, *P.* 3, y *la* 52, *d. tit.* 14, pues la primera, *vers. Mas si*, le concede la repeticion, significando que la torpeza está solo en el juez que lo recibió, y *la* 52, se lo niega. Para concordarlas, parece muy bien lo asentado por Gregorio Lopez en las *glosas* 4 *de la* 27, *y* 1 *de la* 52: dice que tendrá lugar aquella en el caso en que lo dado al juez fué solo para que diese sentencia justa, y no hiciese injusticia; porque solo entonces se cree que le fué dado con ánimo de redimir la vejacion, y no con el de corromperle, sin que por consiguiente se cometa torpeza alguna. Del mismo sentir es el Sr. Covarrubias, *in cap.*, *Peccat. de reg. jur. in* 6 *part.* 2, *cap.* 3, *núm.* 1, en donde examina muy bien este asunto. Las penas en que incurre el juez que recibe algo por juzgar, las traen las *leyes* 26 *y* 27, *d. tit.* 22, *P.* 3.

Si alguno que cometió algun adulterio, homicidio, hurto, ú otro delito semejante, diere alguna cosa á otro para que no lo descubriese, podría repetir lo que le diera; porque, si bien fué torpeza haber cometido el delito, no lo es dar algo para evitar el peligro de ser descubierto; pues todo hombre debe solicitar cuanto pudiere no caer en peligro de muerte ó de mala fama, *ley últ.*, *d. tit.* 14, *P.* 5. En su *glos.* 1, asienta Gregorio Lopez, que debe limitarse en el caso en que quien lo recibe, fuese juez ú oficial público, que tuviese obligacion de averiguar delitos; porque en este caso habría torpeza tambien de parte del que dió, por parecer que aspiraba á cor-

romperlos: y por lo mismo que en él no tendría lugar la repeticion, como dice una ley romana contraria á la nuestra. No deja de estar ingeniosa esta esposicion; pero me parece le dá poca entrada el *vers. Ca sabida, de d. ley última.*

Núm. 7. Resúmen de todo este título. Reduciendo á un punto de vista lo en él dicho, sabemos por su *núm.* 1, qué sea cuasi-contrato; que se diferencia de los contratos en que estos se fundan en un verdadero consentimiento espreso ó tácito, y aquellos en el presunto; y que se especifican especialmente cinco clases de ellos: por el 2, cuál sea el de administracion de cosas agenas; que debe ser gratuito; que produce en el dueño de esta obligacion de abonar las regulares espensas al administrador; cuándo y cómo debe hacerse este abono, segun la buena ó mala fé de estos; que deben dar cuentas á aquel de su administracion; y el cuidado con que están obligados á conducirse en esta, y culpas que deben prestar: en el 3 vimos, que por lo regular no puede uno cobrar lo que gastó con otro por razon de piedad, escepto en dos casos; los en que la madre y abuelos pueden indemnizarse de lo gastado con sus hijos y nietos, y el padrastro de lo que con su hijastro; que si unos y otros prestan algunos servicios, no solo deben tomárseles en descuento, sino pagarles la correspondiente soldada, hasta por madres y abuelos: en el 4, las obligaciones respectivas que entre menor y guardador produce la tutela; que la comunion de bienes da orígen á la accion de *communi dividundo*; y que por la adicion de herencia se entiende obligado el heredero á pagar los legados: en el 5 vimos, que el que pagó lo que no debia, tiene derecho á recobrarlo, probando lo pagó por yerro; que hay un caso en que no tiene obligacion de hacer esta prueba; que tampoco la tienen ciertas personas; que hay seis casos en que no cabe repetir lo dado; qué debe volverse con los frutos percibidos; y qué habiéndose vendido hasta restituir el precio: y por último en el 6, que lo que se da, mediando causa ó motivo inhonesto, solo puede repetirse cuando no hubo torpeza de parte del donante, con algunos ejemplos en esplicacion de esto.

TÍTULO XXI.

DE LOS DELITOS Y CUASI-DELITOS EN CUANTO PRODUCEN PENA PECUNIARIA.

Títulos 9, 13, 14 y 15, Partida 7.

§. *Unico.*

En el *tit.* 10, §. 1, hemos visto que las fuentes ó causas ordinarias de las obligaciones son cuatro; de las cuales quedan esplicadas dos, los contratos, y cuasi-contratos: falta por consiguiente hablar de las otras dos, los delitos y cuasi-delitos. De suyo se deja conocer que estos pueden considerarse bajo diversos respectos; ya hácia la sociedad, ya hácia los particulares; pero aquí nos limitarémos á discurrir sobre la obligacion, que producen en su actor, de satisfacer ciertas penas pecuniarias al ofendido: obligacion de que no puede libertarse aquel por mas que protestase no queria contraerla. No hay delito alguno que no obligue al que lo comete á pagar todos los perjuicios causados al que recibió el daño; pero no por todos está obligado á pagarle penas pecuniarias: y como aquí solo los consideramos bajo este respecto, segun indica el epígrafe del título, por eso nos limitarémos á tratar de cuatro, como hizo Justiniano en sus instituciones, cuales son: hurto, rapiña, daño hecho contra justicia, é injuria; porque en estos hay penas pecuniarias ciertas, establecidas á favor del perjudicado, á las que está obligado el que los cometió. De este modo se completa tambien mejor el tratado de obligaciones, asunto de que tanto tiempo há nos ocupamos.

Número 1. *Del hurto y robo; y acciones que de ellos emanan.* Hurto segun la *ley* 1, *tit.* 14, *P.* 7, es «malfetría »(*maldad*) que hacen los omes que toman alguna cosa mue»ble agena encubiertamente, sin placer de su señor, con in»tencion de ganar el señorío, ó la posesion, ó el uso de ella." En esplicacion de esta definicion añade que, para que le haya,

es preciso sea mueble la cosa, y que se tome contra la voluntad de su dueño; y asi lo piensa quien la toma, porque no puede haberlo sin voluntad de hurtar. Arreglándose á las últimas palabras de dicha definicion, la *ley* 3, *d. tit.* 14, establece, que comete hurto el que toma una cosa agena mueble para ir con ella á cierto lugar hasta tiempo señalado, (es decir, el comodatario) y de alli adelante la lleva ó usa de ella; á no ser que lo haga creyendo que no pesaría al dueño, ó en verdad no le pesa: y lo mismo el que lo hizo teniendo la cosa en depósito ó á peños: en cuyos casos el hurto no es de la cosa, sino de su uso ó posesion.

Los criminalistas distinguen varias especies de hurtos, que tienen sus penas á proporcion de sus circunstancias; pero no conduciendo en nada para nuestro propósito, ahora nos ceñirémos á la única division conducente á lo que estamos tratando. Nos fijarémos, pues, tan solo en la division del hurto en manifiesto y no manifiesto. Hay el 1.º cuando hallan al ladron con la cosa hurtada en la casa ó lugar donde lo cometió, ó en cualquiera otro, antes que la pueda esconder en aquel á donde queria llevarla, bien fuese preso, ó solamente hallado ó visto por el dueño ó cualquiera otro: y el 2.º, cuando faltan algunas de las circunstancias referidas, *ley* 2, *d. tit.* 14. En *su glos.* 4, dice Gregorio Lopez, apoyándolo con varias autoridades, que por ser visto el ladron con la cosa hurtada no es manifiesto, si ademas no se grita contra él y se le persigue.

Las acciones, que se conceden al dueño contra el ladron, son la de volverle la cosa ó su estimacion, tanto que sea en el hurto manifiesto, como en el no manifiesto, y la de pagarle por separado el cuatro tanto mas de lo que valía en el primero, y el dos tanto ó doble en el segundo, *ley* 18, *d. tit.* 14. La cosa se ha de volver con todos sus frutos y aumentos, y con resarcimiento de los daños y menoscabos que le viniesen por razon del hurto: y si se muriese ó se perdiese por aventura ó caso fortuito, deberá dar el ladron ó su heredero tanto cuanto pudiera valer desde el dia que la hurtó hasta el en que se la empezaron á demandar, *ley* 20, *d. tit.*

Es importante en esta materia saber á qué personas, y con-

tra cuáles se conceden estas acciones. Las *leyes* 9, 10 *y* 12, *d. tit.* 14, *P.* 7, ponen varios ejemplos, como son el del artista á quien se robaron las cosas agenas que tenia á componer y otros, por los que se ve que las penales de hurto se dan muchas veces á los que no son dueños de la cosa hurtada. A los herederos de aquel, á quien competen, pasa siempre la accion persecutoria de la cosa; pero la penal del duplo ó cuadruplo solo en el caso que hubiese sido demandada ya por su antecesor, *ley* 20, *d. tit.* Respecto á las personas contra quienes competen, conviene saber que se dan, y tiene lugar toda esta doctrina, no solo contra el principal ladron, sino tambien contra los que le dan ayuda ó consejo tal que por su razon se hizo el hurto, que de otra manera no se hubiera efectuado, *ley* 4, *d. tit.* 14. Que la accion, para perseguir la cosa hurtada con sus frutos, daños é intereses, se da contra los herederos, es cosa clara, *d. ley* 20; pero si se da tambien la general, como añade *esta*, en el caso que hubiese sido contestada con su antecesor, para mí es cosa dudosa. Véase el *núm.* 5, *tit.* 1, *lib.* 3. Si á uno le hurtase alguna cosa su hijo, nieto ó muger, no se la podrá pedir como á ladrones, esto es, no tendrá contra ellos la accion general; porque puede castigarlos por sí, para que de alli adelante se guarden de cometer tal yerro: y si la vendiesen á alguno, que sabia era hurtada, se la podrá pedir al comprador, y probando ser suya, recobrarla sin darle por ella cosa alguna del precio que dió por ella. Pero teniendo buena fé el tal comprador, aunque siempre deberá dejar la cosa á su dueño, tiene derecho á pedir aquel á la persona de quien la compró. Es digno de observar aqui que, si bien el hijo, nieto y muger están exentos de la accion penal, no lo están los que les hubiesen dado ayuda ó consejo para cometer el hurto, *ley* 4, *d. tit.* 14.

Debo notar al concluir de esplicar este delito, que Antonio Gomez, *var. resol. lib.* 3, *cap.* 5, *núm* 4, y en su nota Ayllon, citando otros muchos, dicen no están en uso estas penas del cuadruplo ó duplo, sino solo la corporal ú otra, á arbitrio del juez, segun las circunstancias; pero siempre con la satisfaccion de los perjuicios á la parte.

En lo esplicado acerca del hurto está dicho lo principal

que hay que saber del robo. La *ley* 1, *tit.* 23, *d. P.* 7, define este diciendo: que «rapiña en latin tanto quiere decir en ro» mance como robo que los omes facen en las cosas agenas que »son muebles" cuya definicion es muy diminuta, por no distinguir, como se debe, el robo del simple hurto. Por eso Gregorio Lopez en la *glosa general á d. ley* 1, añade con mucha oportunidad á aquella la palabra *abiertamente*; porque como todos reconocen la diferencia entre hurto y robo consiste en que aquel se hace *encubiertamente*, y este *abiertamente*, y lo persuade asi el *princ. del mismo tit.* 23 diciendo, que robo es malfetría que cae entre hurto é fuerza, y con mas claridad aun la *ley* 2, *tit.* 18, *P.* 1.

Las acciones de robo competen á los mismos y contra iguales personas, á quienes y contra quienes vimos competir las del hurto, *ley* 2, *d. tit.* 23: y puede en su virtud su dueño ó sus herederos pedir *siempre* la cosa robada con sus frutos, ó en su defecto la estimacion, al robador y los suyos en los mismos términos que la hurtada, *ley* 3, *d. tit.* Pero en cuanto á la accion general nótanse en *d. ley* 3, y aun en *la* 4, *tit.* 34, *lib.* 12, *Nov. Rec.*, dos diferencias sacadas de las leyes romanas: 1.ª que cuando la del hurto es en el cuadruplo, la del robo solo es en el triplo: 2.ª que esta es anual, ó solo puede proponerse durante un año, al paso que la del hurto no tiene señalado tiempo.

Núm. 2. *Del daño hecho contra justicia.* El *princ. del tit.* 15, *P.* 7, dice: que «se hacen los hombres unos á otros en »sí mismos ó en sus cosas daños, que non son robos, ni fur»tos, nin fuerzas: y que acaecen á veces por ocasion, é á las »veces por culpa de otro." Estos últimos son nuestro asunto: bien que lo serán con la limitacion que exige el objeto de este título, y sin que nos detengamos en recorrer los varios daños, que estensamente refiere *d. tit.* 15, y de los que presentaré algunos al hablar de los cuasi-delitos. Es por consiguiente daño en nuestro sentido «empeoramiento, menoscabo, ó des»truimiento que el hombre recibe en sí mismo ó en sus cosas »por culpa de otro." Segun lo esplica la *ley* 1, *d. tit.* 15, *P.* 5. Los Romanos tuvieron una famosa ley llamada *Aquilia*, que reguló los daños que recibimos por culpa de otro, para que

se nos resarzan; cuya doctrina vemos adoptada en la mayor parte en *d. tit.* 15.

Su *ley* 18, en que se hace mencion de la Aquilia, ordena, «que, si alguno se querella delante del juez, del daño que le » fué hecho por haberle *muerto* algun ciervo, caballo ú otro » cuadrúpedo de los que *nos son mas útiles*, de los cuales po- » ne una larga série, ha de pagarle, el que le hizo, el daño en » tanto cuanto mas podia valer aquel desde *un año antes* has- » ta el dia en que lo mató.» «Que, si el daño no fuere por » muerte de los cuadrúpedos que refiere, sino por heridas que » los empeoraron, ó si matasen ó hiriesen *otras bestias*, ó que- » masen, derribasen, destruyesen ó hicieren cualquier daño en » *otras cosas*, deberá pagar tanto cuanto mas podia valer la » cosa en que se recibió el daño desde *treinta dias* á aquel en » que sucedió.» De suerte que el resarcimiento de este daño es de tal naturaleza, que siempre mira hácia atras: por lo que dicen con gracia los intérpretes, que la ley Aquilia tiene los ojos en el cogote. Pero Antonio Torres en su *Instituta Hispana en este titulo*, advierte no estar en uso entre nosotros el hacerse las estimaciones del daño mirando hácia atrás, sí que solo se tasa por el prudente arbitrio del juez.

En esta tasa de daños debe hacerse cuenta, no solamente del que se causó en la cosa misma, sino tambien del perjuicio ó menoscabos ocasionados en su razon al dueño, *ley* 6, *dicho titulo* 15.

La accion para repetirlos compete á este, como se deja conocer, y ademas á sus herederos, *ley* 2: y se dá contra el que los causó; pero contra los de este tendrá lugar solo en el caso que le hubiesen sido demandados á su antecesor, á no ser que percibiesen lucro por el daño causado, que entonces tendrán siempre que pagar á aquellos á proporcion, *ley* 3, *d. tit.* 15, *Partida* 7.

No se eche en olvido que, como se indicó al principio, para que esté obligado al resarcimiento el que hizo el daño, es preciso le haya hecho con culpa; pues haciéndolo sin ella, á nada estará obligado, *ley* 6, *d. tit.* 15; en la cual y varias siguientes, se ponen por ejemplo de esta doctrina diferentes casos en que puede ó no haberla.

Núm. 3. *De las injurias.* El cuarto y último delito, de los que nos propusimos tratar en este título, es la injuria. Las leyes de Partida, *tit.* 9, *P.* 7, llaman *deshonras* á las injurias; pero las de la Recopilacion, *tit.* 25, *lib.* 12, *Nov.*, ya las dan este nombre. Por injuria se entiende generalmente la «des-» honra que es hecha ó dicha á otro por envilecerle ó despre-» ciarle." De esto se deja inferir, que aunque puede hacerse de varias maneras, todas descienden de dos raices, de palabra ó de hecho, *ley* 1, *d. tit.* 9.

El injuriado puede pedir al juez castigue al que le injurió, con dinero, ó le escarmiente de otra manera, segun escogiere; pero no lo uno y lo otro, porque una accion consume la otra, *ley* 21, *d tit.*: y su actor está obligado á pagar al ofendido varias penas, segun fuere la injuria. En lo general no les están señaladas estas, por ser imposible, como dice muy bien *d. ley* 21, calificar los infinitamente variados grados que admiten las injurias. Hay con todo algunas, cuyas penas están señaladas en las leyes en los términos que paso á espresar.

Si estando uno gravemente enfermo, de enfermedad de que despues muere, entrase otro en su casa diciendo que era deudor suyo, y tomáre sus bienes ó parte de ellos sin mandamiento de juez, recibiria aquel injuria, y el actor de ella, ademas de perder lo que se le debiese, estaría obligado á pagar á sus herederos otro tanto como importaba la deuda, á perder la tercera parte de sus bienes á favor de la cámara del Rey, y á quedar infamado. Si por ventura el que esto hiciese no tenía crédito alguno contra el doliente que asi injurió, se le confiscará en los mismos términos la tercera parte de sus bienes, y pagará á los parientes del muerto por la injuria hecha á uno y otros lo que estimáre el juez, *ley* 11, *d. tit.* 3, *Partida* 7.

En la *ley* 1, *tit.* 25, *lib.* 12, *Nov. Rec.*, se hallan espresadas las penas que debe sufrir el que injuria á otro llamándole *gafo*, *leproso*, *sodomítico*, *cornudo*, *traidor*, *herege*, ó á alguna muger casada *puta*, ú otros denuestos semejantes. El Sr. Covarrubias, 1 *var.*, *cap.* 11, y Acevedo, en *d. ley*, *núms.* 42 y 87, prueban latamente que, atendidas las palabras ú *otros denuestos semejantes*, debe decirse lo mismo del que llama á

otro *judío* ó *moro*; y añaden, citando á otros, estar así recibido en práctica. Las penas impuestas á los que así injurian á otros son haber de desdecirse delante del juez y hombres buenos, lo que suele llamarse cantar la palinodia, y pagar una multa de trescientos sueldos, ó mil y doscientos mrs., la mitad para el fisco, y la otra para el injuriado. Siendo hidalgo el que dijere los tales denuestos, no debe ser condenado á desdecirse; pero ha de pagar quinientos sueldos, ó dos mil mrs., con la misma aplicacion, y la demas pena que le imponga el juez, segun la calidad de las personas y de las palabras. Del que llamáre *tornadizo* ó *marrano*, ó con otras palabras semejantes al que convertido de otra ley se hiciere cristiano, establece *d. ley* 1, que debe pagar diez mil mrs. para el fisco, y otros tantos al injuriado que se quejase; y que no teniendo para pagarlo todo, pague lo que pudiere, y por lo restante esté un año en el cepo; del que deberá salir antes, siempre que pague lo restante. Conviene advertir, que segun Sebastian de Covarrubias, en el *Tesoro de la lengua castellana*, y Acevedo, *núms.* 254 *y* 55, *á d. ley* 1, la palabra *marrano* significa en esta al que descendiendo de judíos es cristiano fingido: por lo que si alguno injuriase á otro con este nombre dándole otra significacion, no deberá ser castigado con la pena dicha, sino con otra mas leve.

Por otras palabras injuriosas ó feas, menores que las referidas, impone la *ley* 2, *d. tit.* 25, la pena de doscientos mrs. para el fisco, añadiendo, conforme en esto á la *ley* 1, *d. tit.* 9, *P.* 7, que el juez la pueda dar mayor, segun la cualidad de las personas y de las injurias. La 6 *del mismo tit.* 25 ordena, que ninguno sea osado á decir ni cantar por las calles ó caminos palabras sucias ó deshonestas, bajo la pena de cien azotes y ser desterrado por un año del pueblo donde fuere condenado: á cuya pena añade la de *infame*, la *ley* 3 *de d. tit.* 9, cuando lo que cantase fuese por deshonor ó denuesto de otro.

Si los hijos desobedientes injuriasen á sus padres en público ó privadamente, en su presencia ó ausencia, ordena la *ley* 4 *de d. tit.* 25 que, ademas de las penas establecidas en las leyes de Partida, les eche la justicia en la cárcel pública con prision de 20 dias, ó pague al padre ó madre 600 mrs. de los

buenos, á eleccion de estos. En *la* 5, se señalan las en que incurren los criados que injurian ú ofenden á sus amos.

A las injurias de palabra refieren tambien los autores las que se hacen por escrito. La *ley* 3, *d. tit.* 9, habla de ellas latamente diciendo, que á veces se hacen paladina, y á veces encubiertamente, echando los malos escritos en las casas de los señores, en las iglesias ó plazas para que todos los puedan leer. A esta injuria, que dice es llamada en latin *famosus libellus*, y ahora llamamos *pasquin*, porque en Roma se acostumbraba ponerlos en una estátua de este nombre, la gradúa con razon de grande, añadiendo que con ella se ofende tambien al Rey. En cuanto á la pena que deben sufrir los delincuentes, establece ha de ser la misma que corresponderia al delito que se achaca al ofendido si fuese probado; añadiendo, que tenga lugar contra los que compusieron tal escrito ó le escribieron, y contra el que habiendo hallado el escrito no le rompió luego, sin enseñarlo á nadie.

Dada la oportuna noticia de las penas que señalan nuestras leyes contra algunas clases de injurias, conviene saber que *la* 1, *d. tit.* 19, *P.* 7, exime de incurrir en ellas al que deshonrando á otro de palabra quiere probar y prueba ser cierto lo que le imputa. Pero de esto hay que hacer algunas escepciones, espresadas en las leyes siguientes. La 2, *d. tit.*, esceptúa al descendiente que habla mal de sus ascendientes, y al criado que lo hace de sus amos: y la 3, á los que lo hacen por escrito en los términos que acabo de esplicar. Gregorio Lopez en la *glos.* 7 *á d. ley* 1, presenta otras dos; y son: 1.ª Cuando la República no tiene interés en que se sepa el delito; pues segun él, solo en este caso tiene lugar la relevacion de pena al que lo prueba: 2.ª Cuando el delincuente ha sido indultado. Ventila ademas allí otras cuestiones, que nuestros institutos no nos permiten recorrer.

Pueden intentar la accion que nace de la injuria, el que la recibe en sí; el padre por el hijo que estuviere en su poder: y el marido por su muger, *ley* 9, *d. tit.* 9. Establece lo mismo del suegro por la de la nuera; pero Gregorio Lopez, *glos.* 3, dice, no tiene lugar esto hoy que por el matrimonio sale el hijo de la patria potestad. Y puede ensayarse no solo contra

los que la hicieron, sino tambien contra los que la mandaron ó dieron esfuerzo, consejo ó ayuda para hacerla en cualquier manera que fuese, *ley* 10, *d. tit.* 9.

Se acaba esta accion por tres causas: 1.ª por haber dejado pasar un año sin hacer uso de ella; por suponerse despues de tanto tiempo que el ofendido perdonó la injuria, *ley* 22, *d. tit.* 9: 2.ª por el perdon ó condenacion del injuriado, sea espresa ó tácita; como si despues de haberla recibido se acompañase de su grado y comiese ó bebiese con quien le injurió en su casa ó en otro lugar, *d. ley* 22: 3.ª por la muerte del injuriante ó la del injuriado; de suerte, que ni activa ni pasivamente pasa á los herederos, á no ser que sucediese la muerte despues de contestado el pleito, *ley* 23, *d. tit.*, que esceptúa el caso espresado al principio de que la injuria fuese hecha al que padecia enfermedad grave, de que murió.

Al paso que las leyes conceden accion á la parte injuriada, como acabamos de ver, para reclamar la correspondiente satisfaccion contra el injuriante, *la* 3, *tit.* 25, *lib.* 12, *Nov. Rec.*, dispone, que las justicias no se entremetan á proceder de oficio sobre meras injurias de palabras en que no hubiere armas ni efusion de sangre, á menos que preceda querella de parte: que aun mediando esta, desistan de todo procedimiento en el caso que el ofendido perdonáre la injuria, siendo las palabras livianas: pero que si son de las espresadas en la *ley* 2, que referí al principio, hagan justicia, procediendo querella de parte, aunque esta despues desista de proseguirla.

Núm. 4. *De los Cuasi-delitos.* Dan este nombre los autores á aquellos hechos, que sin ser propiamente delitos, se acercan á ello. Pueden ser de varios géneros, como se deja conocer; pero aqui solo nos ocuparémos de los mas frecuentes, de que se encuentre espresion en nuestras leyes. El juez que á sabiendas y maliciosamente da una sentencia injusta, es un verdadero delincuente; pero cuando la injusticia proviene de su necedad ó ignorancia, se dice, que cuasi delinque, Y en este caso estará solo obligado á pagar á aquel, contra quien dió sentencia, el daño ó menoscabo que le vino por razon de ella, *ley* 24, *tit.* 22, *P.* 3.

Es tambien cuasi-delito el no tener con cuidado los per-

ros, caballos, ú otras cualesquiera bestias ó ganados, de suerte que no puedan hacer daño en las personas, ni en las cosas agenas. Por ello, las *leyes* 21 *y siguientes*, *tit.* 15, *P.* 7, condenan á sus dueños, ó á los que las guardaban, á satisfacer los que hubiesen causado, y á algunas otras penas, segun sean los casos. Su *ley* 25, nos presenta igualmente como hecho culpable, el echar de las casas á la calle alguna cosa que pueda hacer daño á los que pasan: y en el caso que este suceda, condena á pagarlo doblado á los que moran en la casa, todos, ignorándose quien de ellos la echó, y solo el que lo hizo, si se sabe; esceptuando al que estuviese de huésped en aquella, que nada paga, á no ser en el caso que fuese él quien hizo el daño. Si este consistiese en muerte de algun hombre, deberán pagarse 50 mrs. de oro, por mitad á los herederos del difunto, y á la cámara. Es asimismo cuasi-delito, y muy semejante al que acabamos de ver, el tener uno en su casa colgada sobre las calles de tránsito alguna cosa que se sospecháre podia caer; en cuyo caso, si le acusáren, y se halláre que en verdad podría caer y causar daño, deberá pagar el que asi la tiene colgada, 10 mrs. de oro por mitad al acusador y á la cámara, y sacar la cosa, ó ponerla de modo que no pueda caer. Si cayese, haciendo daño ó matando algun hombre, habrá de pagar las mismas penas espresadas del anterior cuasi-delito, *ley* 26, *d. tit.* 15.

El último de estos que presentan los autores (digo los autores porque las leyes aun hacen espresion de otros, como puede verse en *d. tit.* 15), acontece cuando en el meson, casa, ó nave, hurtan alguna cosa á los viageros que aposentan alli ó á los navegantes los criados del hostalero ó maestro de la nave sin órden de estos, ni por su consejo: en cuyo caso pagarán el mesonero ó capitan doblada la cosa substraida por la culpa en que incurren por tener malhechores en su casa. Pero si el ladron no fuere de su familia, ó servicio, y sí un estraño, solo deberá pagarla en el caso que la hubiese recibido en guarda de aquel cuya era, *ley* 7, *tit.* 14, *d. P.* 7; de cuya diferencia es la razon el que en este caso no nace la obligacion de pagar de cuasi-delito, porque no le hay, sino del depósito ó arriendo que se contrae

con el hostalero. *Dicha ley* 7, pone otros ejemplos de esta doctrina en los colmojarifes, aduaneros de aduanas donde meten sus cosas los particulares, y en los que guardan las alhóndigas del trigo, ó harinas que llevan á ellas los arrieros.

Núm 5. *Resúmen de este título.* En su *núm.* 1 hemos visto, que hurto es la substraccion de cosa agena, sin placer de su dueño, hecha encubiertamente, y que se diferencia del robo en que este se hace paladina y manifiestamente; que puede cometerse con solo el uso indebido de la cosa; que le hay manifiesto y no manifiesto; qué acciones se conceden para perseguirle, á qué personas y contra cuáles; y qué diferencias se notan entre las de hurto y robo: en *el* 2, qué se entiende por el delito del daño hecho contra justicia; qué acciones estableció contra él la ley Aquilia; y á quiénes y contra quiénes se conceden: en *el* 3, qué se entienda por injuria; que no todas tienen señalada pena en las leyes, esceptuadas algunas alli espresadas; los casos en que no se incurre en ellas, y los en que se acaba la accion para perseguir la injuria; que entre las de palabra deben comprenderse los pasquines; y que los jueces nunca deben proceder contra ellas de oficio, ni aun despues de pedirlo la parte, si esta la perdona, y la injuria es leve: y por último en *el* 4, vimos algunas de las especies de cuasi-delitos que presentan las leyes, y las penas que por ellos imponen.

TÍTULO XXII.

MODOS DE ESTINGUIRSE LAS OBLIGACIONES.

Título 14, Partida 5.

§. *Unico.*

Número 1. *Qué modos hay de acabarse las obligaciones.* Si hubiésemos de considerarlos en particular, tendríamos que decir que los modos de estinguirse las obligaciones, pueden ser tan varios como estas: en el contrato de mútuo, por ejem-

plo, hay la obligacion del mutuante á entregar la cosa al mutuatario, que se acabará haciéndolo asi, y hay luego la de este á devolvérsela á aquel, que se concluirá tambien verificándolo en el tiempo y modo debidos. ¿Y cómo sabremos cuando aquel, á quien ligaban deberes hácia otro, los cumplimentó en un todo segun debia? Para esto, es indispensable, como se deja conocer, tener presente lo esplicado en todos los tratados anteriores, pues solo en ellos puede verse hasta dónde se estienden los derechos y deberes respectivos de los hombres. Segun eso, este título está muy lejos de comprender los modos todos de acabarse las obligaciones; para esto era indispensable repetir mucha parte de lo esplicado en aquellos, lo que no es de hacer en modo alguno: y nos limitarémos por lo mismo á discurrir sobre los que ofrecen particularidades omitidas hasta aqui, siguiendo la plausible práctica de los autores, y aun la de los Códigos.

Creo que pueden reducirse á los siguientes los modos de estinguirse las obligaciones; paga ó entrega de la cosa; compensacion; destruccion y robo de la cosa; confusion de derechos; remision; novacion; cumplimiento de lo prometido ó estipulado, y mútuo disentimiento. De estos dos últimos, el primero comprende todas las generalidades, de que acabo de hablar; pues para saber cuando espira una obligacion por haberla cumplimentado en todas sus partes él ó los que la contrajeran, claro está que es indispensable abarcar toda la estension que aquella puede tener: y el segundo, aunque no tan vago, poca ó ninguna esplicacion admite tambien. Con solo espresarlo, queda harto aclarado que los contratos consensuales se estinguen, quedando ineficaz su primera obligacion, por el mútuo consentimiento contrario de los contrayentes, como dejo advertido ya en otro sitio. Atendido esto, no se estrañe omita en este tratado ocuparme mas de los dichos dos últimos modos.

Núm. 2. *De la paga ó solucion.* Llámase pago generalmente: «la entrega ó prestacion de alguna cosa, cantidad que »se debe, ó del hecho á que uno estaba obligado", *ley* 1, *tít.* 14, *P.* 5. Siendo este el modo mas natural y principal de estinguir las obligaciones, y siendo aplicables igualmente á los

otros, muchas de las cosas que de él diré, estamos en el caso de tratarlo con alguna estension. Con el fin de metodizarle, presentaré por el siguiente órden los puntos que pienso esplicar. 1.° Por quiénes y á quiénes debe hacerse el pago. 2.° Cómo. 3.° Efectos que produce.

Respecto á lo primero, de suyo se deja ver que ni ellos pueden pagar, ni debe hacerse pago alguno á los privados de la libre administracion de sus bienes. Tales son, la muger casada, el menor de 25 años, locos, pródigos, y otros referidos en los tratados anteriores. En el *princ. de la ley* 4, *d. tit.* 14, encuentro la disposicion, para mí muy notable, de ser necesario, para que estinga enteramente la deuda, sea hecha con otorgamiento del juez la paga que se haga al tutor ó curador de los dichos; pues segun vimos en el tratado de tutelas, solo es necesaria la asistencia judicial en los actos del tutor ó curador, que tienen por objeto la enagenacion de sus bienes raices. Por esto creeré que en la ley se puso la palabra *guardador* inadvertidamente, y me fundo ademas, para pensarlo asi, en que al esplicar en seguida su disposicion se refiere al caso en que el pago se hizo á los mismos, menor ó loco. Que quien está principalmente obligado á pagar, es el mismo deudor, es inútil advertirlo: y no lo parece menos que para el efecto de estinguir la deuda, es indiferente lo haga él ú otra persona en su nombre, y aunque el mismo deudor lo ignorase, ó sabiéndolo, lo contradijese, *ley* 3, *d. tit.* 14, *P.* 5. Pero aqui debo notar, y sea dicho de paso, que el que paga una deuda ignorándolo el deudor, tiene como administrador voluntario, la accion que dije en este cuasi contrato, y que, si lo hace contradiciéndolo, no tiene accion alguna, y solo le queda el medio de la cesion de acciones que á su favor haga el acreedor, lo que se llama entre nosotros darle *carta de lasto*.

Debe hacerse la paga al mismo acreedor, como el único que tiene derecho á exigirla: y si se hiciese á otro que no fuese él, estinguirá la obligacion, siempre que se hiciese con su mandato, ó que, aunque sin este, la ratificase despues. Cuando aquel nombra un mayordomo ó procurador para cobrar la deuda, quedará esta muerta, aunque le retire el man-

dato, haciendo esto despues que la cobrára: no asi retirándoselo antes, y sabiéndolo el deudor. Si al prestar uno dinero á otro, estipula con este que ha de pagárselos á él ó á otra persona que señala, cumple el deudor y quedará libre con darlos á cualquiera de los dos, aunque el prestamista le prohiba despues que los entregue al otro, escepto en dos casos: uno, el en que esta prohibicion fuese despues de haber empezado pleito entre el que prestó y recibió el dinero; otro, el en que la segunda persona señalada mudase de estado, como haciéndose esclavo, saliendo desterrado, ó poniéndose de otro modo en poder de otro. Cuando el acreedor otorgó á alguno poder para pedir en juicio la deuda, podrá este demandarla; pero no cobrarla, aunque saliese vencedor en la causa, á no ser que en el poder se diese tambien facultad para esto, *leyes* 5 *y* 7, *d. tit.* 14.

En cuanto al segundo punto, ó al modo en que debe hacerse la paga, téngase presente por principio, que para que aquella acabe enteramente con la obligacion, ha de ser de lo mismo que se debe, y no de otras cosas, á no ser que lo consienta el acreedor, *ley* 3, *d. tit.*: en el tiempo, lugar, y del modo estipulados; y que ha de pagarse toda la deuda junta, y no por partes. No ha de entenderse tan estrictamente la obligacion de pagar las mismas cosas, que, si el pago ha de hacerse en moneda, haya obligacion de hacerlo en la misma especie en que se recibió, del modo que cuando se debe fruto ú otros efectos semejantes; pues las deudas consistentes en dinero, se cumple con pagarlas con otro de igual valor, aunque sea de distinta especie, fuera del caso en que se haya estipulado otra cosa: y puede, por consiguiente, pagarse en oro lo que se recibió en plata, y al contrario. Cuando el deudor se halla en la imposibilidad de pagar las mismas cosas que debia, tendrá que dar en pago otras á arbitrio del juez: y si la obligacion fuese de ejecutar alguna cosa, y no pudiese hacerla del modo que prometió, determinará tambien aquel el medio de cumplir lo estipulado; con obligacion en el primero, en uno y otro caso, de satisfacer al acreedor los daños y perjuicios que se le causáren, *d. ley* 3.

Parece que debe darse igual cabida al prudente arbitrio

:

judicial, bien que con la misma obligacion de resarcimiento de daños y perjuicios; cuando el deudor no puede satisfacer lo que debe en el correspondiente lugar y tiempo, ni todo junto de una vez. Otros tres casos hay en que cesa la obligacion de hacer esto último: 1.° siendo las deudas diversas, puede satisfacerlas una por una: 2.° si en parte es líquida, y en parte ilíquida; pues entonces el juez mandará que lo líquido se pague al instante, mientras lo ilíquido se ventila judicialmente: 3.° gozando el deudor del *beneficio llamado de competencia.*

Ya que tuve que mentarle, ahora estoy en el caso de espresar á qué personas le conceden las leyes, sin aguardar para el juicio ejecutivo, como hacen los autores generalmente, aunque no con mucho método. Dicho beneficio consiste en que no pueda estrecharse á los que le gozan por el pago de sus deudas, en términos que no les quede ni aun lo indispensable para vivir: y en que, por el contrario, haya que dejarles lo necesario al efecto, aunque por esto no sean completamente pagados sus acreedores. Se hallan en el caso de no poder ser ejecutados en mas de su posibilidad, como suele decirse, 1.° el clérigo de órden sagrado, ó el de menores que tenga beneficio eclesiástico, *cap. Oduardus, tit. de Solutionib., ley* 23, *tit.* 6, *P.* 1: 2.° el sócio por las deudas de la compañía, respecto á los consócios: 3.° el donante por la donacion que hizo: 4.° el ascendiente, descendiente, suegro, yerno, marido y muger por las deudas de unos á otros respectivamente, *leyes* 1, *tit.* 15, *P.* 5, *y* 32, *tit.* 11, *P.* 4, que añade al fin, gocen los hijos del beneficio concedido al marido respecto á la restitucion de la dote. Tambien debe dejarse lo necesario con que vivir, en cuanto á lo que posteriormente adquiera al que cedió todos sus bienes en legal forma á sus acreedores, *ley* 3, *d. tit.* 15: y al que por accidental é inculpable infortunio, v. g., guerra, naufragio, incendio, &c., perdió sus bienes, segun piadosamente opinan los autores, Febrero, 2.ª *part., lib.* 3, *cap.* 2, §. 3.

Si el acreedor, sin tener motivo fundado para ello, se resiste á cobrar la deuda que se le entrega, queda el deudor libre de la obligacion, consignándosela en persona abonada por ante testigos, *ley* 8, *tit.* 14, *P.* 5: ó acudiendo al juez depo-

sitándola con citacion de aquel en la que este designe, segun tiene adoptado la práctica, como medio mas seguro.

No puede el acreedor apremiar por sí al deudor á que le pague, ni tomarle en prenda cosa alguna; sino que debe requerirle ante el competente juez, fuera del caso en que hubiesen pactado los dos otra cosa. Si hace lo contrario, y cobra la deuda, ademas de tener que restituirla al deudor, pierde su derecho; y habiendo tomado prenda, tendrá que restituirla doblada, *ley* 14, *d. tit.* 14.

El principal efecto de la paga, es acabar con la obligacion principal; y como acabada esta, dejan de existir las accesorias puestas para su seguridad, como son la prenda, fianza, &c., es consiguiente tambien la estincion de estas, *ley* 1, *d. tit.* El que debiendo muchas deudas á otro, le paga algo, puede escoger á cuál de ellas se haya de aplicar el pago; y si calláre, podrá hacer la eleccion el acreedor, á no ser que lo contradiga luego el deudor, antes de separarse del sitio. Si sucediese que ninguno de los dos señaláre la deuda, y alguna de ellas es mas grave ó pesada, por razon de usuras, pena ú otra causa, á ella se deberá aplicar la paga; la que se repartirá entre todas en el caso que sean en un todo iguales, sin tener ninguna especial gravámen, *ley* 10, *d. tit.* 14.

Puede tambien decirse efecto de la paga la obligacion en que está el acreedor de dar al deudor recibo ó carta de pago de lo que le entrega, espresando de qué procede, y mas particulares que puedan ser conducentes.

Núm. 3. *De la Compensacion.* Compensar, tanto gramática, como jurídicamente hablando, no es otra cosa que tomar una deuda en cuenta de otra; y por consiguiente la compensacion es el *descuento de una deuda por otra*; como si debiendo tú á Pedro cien pesos por un título, te debiere él igual cantidad por otro. Tres son los puntos que conviene observar acerca de ella; sus requisitos; en qué cosas debe ó no admitirse, y entre qué personas.

A tres reduzco las condiciones necesarias para que tenga cabida la compensacion: 1.ª que una y otra deuda ó cosas que se tratan de compensar, sean ciertas y líquidas: 2.ª que ambas sean exigibles, ó que puedan pedirse desde luego:

3.ª que la cosa ó deuda que se trata de compensar con otra sea tal, que atendidos los principios de derecho, sea admisible en pago de esta. Las dos primeras reglas necesitan de poca esplicacion; al contrario de la tercera, que es del todo nueva, á lo menos en los términos.

Llámase *cierta* una deuda, cuando consta ó es fácil probar que se debe: y *liquida*, cuando se sabe á cuánto asciende; lo que no sucede, por ejemplo, en aquellos daños y perjuicios que todavía no se han fijado. Repito que no es admisible la compensacion de una deuda ó cosa cierta y determinada con otras que no lo son; á menos que el que opone ó intenta aquella, pueda probar la existencia de estas, y concretar su cantidad en el término de diez dias, *ley* 20, *tit.* 14, *P.* 5.

La segunda condicion está fundada en principios los mas equitativos; pues no hay nadie que deje de conocer, sería injusto privarme de una cosa que debiese darme hoy un cierto sugeto, porque para de aquí á un año ó meses le debiese yo dar á él otra igual, ó porque alegase le debia otra que en rigor de derecho no podría exigirme. De esto se sigue que no pueden compensarse, 1.° una deuda cuyo plazo no ha vencido: 2.° la condicional, cuya condicion es suspensiva, mientras esta no se cumple: 3.° la procedente de pérdidas en juegos prohibidos, por cuanto la ley priva de accion para cobrarlas, *ley* 14, *tit.* 23, *lib.* 12, *Nov. Rec.*: y 4.° la que se debe solo naturalmente, aunque el pago de ella hecho voluntariamente no pueda repetirse.

La tercera condicion ó requisito de los espuestos, se halla esplicada en los autores, en unos por medio de casos (cuyo medio de esplicacion es adaptable solo cuando no cabe otro); y en otros por medio de reglas que no están muy conformes, al menos aparentemente, con la *ley* 21, *d. tit.* 14, *P.* 5. Conozco que la regla por mí propuesta, es demasiado general; pero creo que bien meditada, al paso que comprende todos los casos posibles, no contiene nada de vaguedad. Dice que la cosa ó deuda que se trata de compensar con otra sea tal, que pueda proponerse y sea admisible en derecho en pago de esta: y con arreglo á esto, diremos en un caso especial que una cosa es compensable con otra, cuando esta pueda darse y haya

obligacion de admitirla en pago de toda ó parte de aquella. Recorriendo algunos casos, se verá esto con entera claridad. Las cosas consistentes en número, peso, ó medida, siendo por otra parte de la misma especie ó cualidad, tienen igual valor y se pagan con otras de la misma clase. Asi, una fanega de trigo se compensará con otra de grano de la misma especie; una azumbre de vino blanco de tal ó cual calidad, con otra de igual clase; pero no estará obligado ningun acreedor á admitir en compensacion de una hanega de trigo, otra de maiz, ni por la azumbre de vino blanco, una de tinto: y lo que se dice de estas especies, entiéndase estensivo al dinero respecto á ellas; pues si bien una cantidad de él es compensable con otra, no lo es con otras cosas específicas en todos los casos en que se deben las mismas cosas y no su estimacion. La *d. ley* 21, *tit.* 14, espresa que, cuando dos se deben respectivamente cosas inciertas y no señaladas por nombre ú otras señales, v. g., deberse uno al otro un caballo indeterminado y sin que se haya especificado el que sea este ó aquel, es admisible la compensacion: pero que no lo será, si una de las cosas fuese cierta y señalada, cuando la otra es indeterminada. El Sr. Sala, en su *núm.* 12, se fatiga por buscar la interpretacion de esta ley, que juzga difícil de conciliar con la doctrina que rije en las compensaciones, y llevo ya espuesta; mas creo que basta la sencilla relacion que de ella acabo de hacer, para percibir cuán equivocado es su concepto. La compensacion es admisible, segun antes dije, cuando con una cosa puede pagarse la otra, ¿y en rigor de derecho, una cosa incierta en indeterminada, no se paga con otra igual, siendo de la misma especie, ó mas bien, no se paga el género con el género? Seguramente que sí, pues un caballo, una casa, una heredad, que indeterminadamente deba Juan á Pedro, no tiene mas ni menos valor que cualquiera otra de estas cosas que este debiese á aquel, tambien en general. Pero no habiendo obligacion de admitir en pago de tal ó cual caballo ó casa determinados, otro que se debiese indeterminada y generalmente, es claro no cabe la compensacion de uno con otro: y esto es lo que dice la *ley* 21. Por el espuesto principio de ser necesario que una cosa sirva de pago para la otra, no es tampoco admisible

aquella, aunque dos cosas (que no consistan en número, peso ó medida) sean ciertas y determinadas. Asi no será compensable, por ejemplo, la casa número tantos que me debe Pedro en tal calle, con otra que yo le deba en distinto sitio; el caballo llamado tal, ó de tal color, con otro diferente. Tal vez me he dilatado en esto mas de lo que debiera; pero la importancia de la materia exigia toda esta esplicacion.

Viniendo á las cosas en que debe ó no admitirse la compensacion, digo que por regla general pueden compensarse todas aquellas en que concurran las circunstancias que acabo de esplicar, hasta aquella cuantía que un deudor debiese á otro. Pero de esta regla, esceptúanse las siguientes: 1.° Los débitos procedentes de contribuciones públicas, ó á favor de los fondos municipales de los pueblos, *ley* 26, *d. tit.* 14. 2.° Las cosas depositadas, *leyes* 27, *d. tit.*, 5, *tit.* 3, *P.* 5. 3.° Las cosas prestadas en comodato, *ley* 9, *tit.* 2, *d. P.* 5, que esceptúa el caso en que la compensacion se proponga por razon de las espensas hechas en aquellas. 4.° Lo que se debe por causa de fuerza ó delito hecho á otro, *d. ley* 27, *tit.* 14. 5.° Segun piadosa opinion de los autores, aquel á quien se deben alimentos, no está obligado á compensar los futuros con otras deudas que el alimentante tenga contra él; lo que no tiene lugar respecto á los atrasados, por no concurrir respecto á ellos los fundamentos que motivan esta opinion.

Si dos compañeros hicieren daño por su culpa ó negligencia en las cosas de la compañía, dice la *ley* 22 *de d. titulo* 14, que se compensará la obligacion del uno, á resarcirle con otro: y que si habiendo sido uno solo el autor del daño, hiciese por otra parte utilidad, podrá compensar el valor de esta con el de aquel, segun fuere la cantidad. Gregorio Lopez, *glos.* 1 *de d. ley*, se hace cargo de que esta doctrina aparece contraria á la de *la* 13, *tit.* 10, *P.* 5, referida en el *núm.* 3, *tit.* 15, §. 1; pero él compone esta contradiccion, diciendo, que la *ley* 22 habla del caso en que el daño vino por sola culpa del que lo causó, y *la* 13 de cuando acaece por dolo; en cuyo último caso no puede pretender compensacion á título de que por otra parte ha beneficiado á la compañía. La *ley* 23, *d. tit.* 14, añade que, si alguno de los compañeros hu-

biese hecho daño en unas cosas de la compañía por engaño, y otro en otras por culpa, habrá lugar á la compensacion; pero no si los dos le hubiesen hecho en una misma cosa, pues entonces todo lo pagaría el del dolo, sin poder compensar cosa alguna con el otro.

Es cosa vista que pueden proponer la compensacion los deudores principales entre sí, cualquiera que sea el respecto bajo el que lo sean. Pueden tambien proponerla los fiadores, y no solo en aquella cantidad que el acreedor debiese á los principales, sino á los mismos fiadores. El procurador de negocio ageno puede escepcionar la compensacion del crédito, porque se le demande, con lo que se deba á su principal; dando fiador de que este lo habrá por firme. Pero lo que debiere el mismo personero, no lo podrá descontar de lo que debe á su principal, sin consentimiento de este, *ley* 24, *d. titulo* 14. Si emplazado un padre á pagar cierta deuda, no pudiese comparecer, y respondiese por él alguno de sus hijos, podrá este oponer la compensacion en los mismos términos que podia hacerlo aquel, siempre que diere fiador de que su padre lo tendrá por bien hecho, *ley* 25, *d. tit.* 14, que *al fin* estiende esta doctrina á cualquiera que no fuese hijo, pariente ni procurador.

Inútil es advertir que el principal efecto de la compensacion, es estinguir la deuda, ó la parte de ella sobre que se ha propuesto; á cuyo efecto son consiguientes otros, que es por demas referir, como el quedar libres los fiadores, cesar el curso de intereses, &c.

Núm. 4. *De la pérdida de la cosa debida; de la remision, y de la confusion de derechos.* Coloqué al principio entre los modos de estinguirse las obligaciones, la destruccion y robo, ó hablando en términos mas generales, la pérdida de lo que se debe. En esto hay que tener presentes dos reglas: 1.ª cuando la cosa que se debe es cierta ó señalada, como tal casa ó cual heredad, su pérdida ó destruccion, destruye la obligacion, de cualquiera modo que sucediese, con tal que no medie culpa del deudor, *ley* 9, *d. tit.* 14, *y* 18, *tit.* 11, *P.* 5. De esta regla se deduce que si la pérdida aconteció por culpa de este, quedará viva la obligacion de pagar la estimacion de

la cosa; con el bien entendido que en la palabra culpa se entiende para este efecto la que envuelven en sí la mora ó tardanza culpables; como por ejemplo, si habiendo dia señalado para entregar ó pagar la cosa, dejó pasarlo sin hacerlo, y luego despues se perdió, ó si habiéndosela pedido el acreedor rehusó el entregársela pudiéndolo hacer, *dichas leyes 9 y 18.*

2.ª regla. Si la deuda fuese de cosa incierta ó indeterminada, como son las genéricas, ó de las consistentes en número, peso ó medida, por su pérdida no concluye la obligacion del deudor, por lo que suele decirse que tales cosas perecen para este, *ley últ., tit. 1, P. 5.* De esta doctrina se dan dos razones: una porque entonces el deudor lo es de género, y este por su naturaleza nunca perece; y la otra porque de tales cosas es dueño, no el acreedor, sino el mismo deudor, y por lo regular perecen las cosas para su dueño.

Otro de los medios mas naturales de acabarse una obligacion, es el perdon ó remision de la deuda que el acreedor hace al deudor: cuyo perdon puede efectuarse espresa ó tácitamente. Espresa será cuando se hace por palabras claras que lo manifiesten: y á este modo de quitar la obligacion llaman las leyes de Partida *quitamiento*, y acontece cuando el acreedor pacta con el deudor ó le promete que nunca le pedirá la deuda, *leyes 1 y 2, d. tit. 14*; ó si espresase que se daba por pagado, á lo que llamaron los romanos *aceptilacion*. La remision tácita ó callada tiene lugar por algunos hechos de que se induce; como por ejemplo, si el acreedor diese al deudor la carta ó vale de la deuda, ó lo rompiese con intencion de quitarla. Por eso no se acabaría la obligacion si pudiese probar el mismo acreedor que dió el vale á aquel en confianza, y no con ánimo de sacar la deuda; que se lo hurtaron, ó le forzaron á que lo rompiese, *d. ley 9, tit. 14.* Esta misma *ley* añade, se liberta tambien el deudor, si, pidiéndole el acreedor la deuda, y dándole voluntariamente juramento sobre su certeza, la negase aquel. Pero en la práctica para evadir los acreedores este peligro de perder sus deudas, piden el juramento con la reserva de otra prueba.

Se acaba tambien cualquiera obligacion cuando los derechos de acreedor y deudor se reunen y confunden en una

misma persona, v. g.; por ser uno heredero del otro. Pero nótese, como dije ya en otro sitio, si el acreedor heredáre al deudor y recibiere la herencia á beneficio de inventario, no quedará confundido su crédito, sino que conservará el derecho de reclamarle contra los bienes de la misma herencia.

Núm. 5. *De la Novacion.* Esta no es otra cosa que «renovamiento de una obligacion en otra nueva.» Por él se quita tambien la obligacion; por lo que las leyes de Partida le dieron tambien el nombre de *quitamiento*, á que nosotros substituirémos el de *novacion*, por ser mas usual y corriente en el práctico y comun lenguage. Puede esta hacerse, ó conservándose la persona del deudor, ó mudándose. Cuando se hace del primer modo, es menester, ó que se varíe la especie de obligacion, v. g., que se deba como precio de venta lo que se debia por título de préstamo; ó si no, que se añada ó quite algo de la primera obligacion, como el dia, condicion ó lugar. Del segundo modo, se hace subrogando el deudor en su lugar, con placer del acreedor, otro deudor que se obligue á pagar, y diga abiertamente que lo hace con la voluntad de que el primero quede desobligado: y en este caso, quedaría de tal modo subsistente la obligacion del segundo, y estinguida la del primero, que nada podría pedir á este el acreedor, aunque aquel se hiciese insolvente. Pero adviértase que si el segundo dijese simplemente que se obligaba á pagar la deuda del primero, sin espresar ser su intencion que este quedase libre, no habría novacion, sino que por el contrario, quedarían obligados ambos, *ley* 15, *d. tit.* 14, *P.* 5.

Si siendo la primera obligacion pura se renovase bajo condicion, solo habria novacion cuando existiese la condicion: y si por el contrario la primera fuese bajo condicion y la segunda pura, tampoco la habria sino se cumpliese la condicion, *ley* 16, *d. tit.* 14. La razon en ambos casos es la misma; á saber, el que siendo la novacion renovamiento de obligacion, es preciso para que la haya que sean dos las obligaciones, vieja y nueva, y en estos casos faltaria la condicional, no cumpliéndose la condicion. Parece á primera vista que el *verso fueras ende* de *d. ley* 16 contiene una formal escepcion del segundo caso, cuando los contrayentes pactasen que valiese la

:

nueva obligacion, aunque no se cumpliese la condicion puesta en la vieja. Pero en este caso debe decirse, que no habria propiamente novacion, por faltar el necesario requisito de dos obligaciones; pero que sería válida la segunda, que se llamaría tal, por dirigirse á desatar la primera condicional: y este y no otro es el sentido de *d. verso.*

El requisito de haber de ser dos las obligaciones se cumple aunque la segunda sea solo natural é ineficaz, la que por consiguiente disolverá la obligacion primera. De ello nos pone un ejemplo la *ley* 18, *d. tit.* 14, cuando el menor de 14 años contrae por sí solo, sin otorgamiento de su guardador, alguna obligacion en renovacion de otra eficaz y perfecta; en cuyo caso, dice, que la primera quedaria acabada, y el acreedor se tendria que contentar con la segunda, de que no podria hacer uso, dándose asimismo la culpa de esta transformacion.

El efecto de la novacion es, como el de los demas modos de estinguir las obligaciones, acabar con la primera á que reemplazó la segunda: con los demas consiguientes á este, cuales son cesacion de intereses, y estincion de las obligaciones accesorias á aquella, de fianzas, hipotecas, &c. Pero conviene tener presente, que á veces suelen estas repetirse tambien en la segunda: en cuyo caso, segun una ley romana, que nos parece tener equidad, conservaria la hipoteca en la segunda obligacion la misma antigüedad de tiempo que tuviera respecto á la primera.

Núm. 6. *Resúmen de todo este título.* Reduciendo á un punto de vista, como lo hice en todos los anteriores hasta aqui, todo lo en él dicho resulta de su *núm.* 1, que para el cabal y perfecto conocimiento de este tratado conviene tener presentes casi todos los del derecho; y que no siendo de repetir lo en ellos dicho, se reducen á ocho en él espresados, los modos de estinguirse las obligaciones, de los que son los mas sencillos, el cumplimiento de lo estipulado, y el mútuo disentimiento alli esplicados: del 2, qué se entienda por la paga ó solucion, qué personas pueden hacerla válidamente, y á cuáles debe hacerse; que para disolver enteramente la obligacion ha de ser de aquello mismo que se debe, que esto ha de pagarse todo junto y no

por partes, y en el tiempo, lugar y modo estipulados, prescindiendo de algunos casos de escepcion en él referidos, entre los que forman uno muy especial y digno de atencion las personas que dije gozan del beneficio de competencia; qué debe hacer el deudor cuando el acreedor se niega á recibir la paga, si este puede apremiarle á hacerla; y qué efectos produce: en el *núm.* 3 vimos, qué sea compensacion; qué circunstancias se requieren para que tenga lugar; en qué cosas no le tiene; cuándo cabe respecto á los daños causados por un sócio en las cosas de la compañía; y que pueden proponerla ademas de los deudores principales los fiadores, procuradores, y otras personas en los términos en él esplicados: en el 4, que se acaba la obligacion por la pérdida de la cosa, cuando esta es cierta ó señalada, mas no si consistia en género, número, peso ó medida; que se acaba igualmente por el perdon de la deuda, la que puede ser espresa ó tácita; y por la confusion de derechos: y por último en el 5, qué sea novacion; que puede hacerse mudándose, ó la obligacion ó la persona del deudor; cuando se entiende renovada por otra posterior la obligacion condicional, que la posterior, aunque sea solo natural, acaba con la primera; y que produce los mismos efectos que los otros modos de acabarse las obligaciones.

APÉNDICE AL LIBRO SEGUNDO.

SOBRE EL REGISTRO DE ESCRITURAS EN EL OFICIO DE HIPOTECAS.

De dos clases son las escrituras que las leyes mandan registrar en el oficio de hipotecas: una de las que contienen gravámen de cualquiera naturaleza, sea de censo, hipoteca ú otro, sobre bienes inmuebles; otra de las que contienen título traslativo de dominio, como ventas, cambios, donaciones, cuantos contratos, en fin, de todas clases contengan traslaciones de aquel, sea directo ó indirecto de bienes inmuebles. De las primeras habla la *pragmática de* 31 *de Enero de* 1768, *ley* 3, *tit.* 16, *lib.* 10, *Nov. Rec.*; y de las segundas, la *Instruccion de* 29 *de Julio de* 1830. Una y otra comprenden en sus disposiciones varias, cuyo conocimiento interesa principalmente á los escribanos y recaudadores encargados de su registro y de cobrar el impuesto, de que ya daré razon: y como estos tienen buen cuidado de tenerlas á la vista, é importa muy poco á los demas su conocimiento, juzgo conveniente omitirlas, refiriendo solo las que tengan relacion mas directa con el objeto y tendencia de esta obra.

Entre las disposiciones de *d. ley* 3, y de la *Instruccion de* 830, hay algunas que las son comunes, y otras que peculiares de cada una: hablaré con separacion de unas y otras. A las primeras pertenecen las que prescriben los libros que deben tenerse en el oficio de hipotecas, y el modo de hacer el registro de los instrumentos, *arts.* 1, 4 *y sigs. de d. ley* 3, *arts.* 9 *y sigs. de d. Instruccion*; y á las segundas las que dan instrucciones á los encargados de recaudar el impuesto indicado, *artículo* 18 *y sigs. de d. Instruccion;* todas las que podrán verse en ellas, y yo omito por lo que acabo de decir.

Son tambien disposiciones de entrambas, 1.ª la de que el registro se entiende solo de escrituras que contengan imposicion de gravámen, ó traslacion de dominio directo ó indirecto de bienes *inmuebles*, y que bajo esta denominacion se comprenden, no solo las cosas, heredades y otros de esta calidad

inherentes al suelo, sino tambien los censos, los tributos, los oficios y otros cualesquiera derechos perpétuos, *arts.* 1 *de d. ley* 3, 4 *y* 5 *de d. Instruccion.* 2.ª Que todos los escribanos, sean de número ó reales, que autorizasen escrituras de las que hablan estas leyes, están obligados á advertir á los interesados la obligacion de registrarlas por el oficio de hipotecas dentro del término que una y otra señalan, y luego diré, y á poner al fin de aquellas la cláusula que espresa el artículo 14 de dicha Instruccion de 830, *art.* 16 *de d. ley.* 3.ª Que no cumpliéndose con el registro y toma de razon de las escrituras *posteriores á estas leyes*, no hagan fé en juicio ni fuera de él para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas contenidas en la escritura, *art.* 2 *de d. ley* 3; y que no producirán efecto alguno legal todos aquellos instrumentos, sean otorgados pública ó privadamente, cuyo registro se haya omitido, *art.* 8, *d. Instruccion de* 830.

Conviene notar acerca de esta última disposicion las advertencias siguientes: 1.ª que ni una ni otra ley dicen no hagan fé los instrumentos, sino se cumple con el registro precisamente dentro del término que señalan, y ya dire; en lo que parecen indicar que la harán con tal que se registren, aunque sea despues: 2.ª que el *d. art.* 8 dice instrumentos otorgados pública ó privadamente, moviendo con esto á presumir pueden registrarse las escrituras simples, indemnizando á la Hacienda por el correspondiente papel sellado: 3.ª que hablan una y otra ley de los instrumentos posteriores á ellas. Sobre esto último, respecto á los de que trata la Instruccion de 830, no hay que notar; pero acerca de los otros han salido una porcion de reales órdenes, cuya historia sería prolijo referir.

Yo creo dar un suficiente conocimiento de lo que hay en la materia, con decir que, aunque el *art.* 2 *de d. ley* 3, *tit.* 16, *lib.* 10, *Nov. Rec.*, ordena que, por lo tocante á los instrumentos anteriores á ella, cumplirán las partes, para que hagan parte en juicio, con registrarlos antes de presentarlos en este; por *Real órden de* 31 *de Octubre de* 1835, se dispuso hubiesen de registrarse dentro del término de tres meses; que este término le prorogó la *de* 22 *de Enero de* 836, por todo este año; y por último, que otra *Real órden de* 24

de Octubre del mismo año de 36, permite continuar registrando en los oficios de hipotecas, aun pasado el término prefijado en la de 22 de Enero, las escrituras anteriores á la *citada pragmática de* 1768.

El término que *esta* señala para registrar las posteriores á ella, es el preciso de seis dias, en el caso que fuesen otorgadas en el pueblo en que se halla el oficio en que deban registrarse, y el de un mes, si lo fueron en otra del partido. El *art.* 15 *de la Instruccion de* 830, señala, para satisfacer el derecho y presentar los documentos de que habla á la toma de razon, el término de tres dias, que se contarán desde la fecha del otorgamiento esclusive, cuando este se hubiese verificado en el mismo pueblo en que se halle establecido el oficio de hipotecas, y el de veinte cuando se verificase fuera de él; cuyos términos no podrán ampliarse por ninguna autoridad, cualquiera que sea el motivo. Los instrumentos otorgados en dominios estrangeros, tienen el de cuatro meses para ambas diligencias; los que en los dominios de América, un año; y los que en los de Asia, año y medio. Pero adviértase que por *real órden de* 26 *de Junio de* 832, los dichos términos de tres y veinte dias se ampliaron, el primero á diez, y el segundo á veinte.

El pago del derecho y la toma de razon, de que hablan tanto la Instruccion de 830, como la de 1768, se han de verificar precisamente en la contaduría y en el oficio de hipotecas, en cuyo partido estén sitas las fincas, ó derechos que pasan á otro dominio, ó sobre que se impuso gravámen, aun cuando el contrato ó escritura se otorgue fuera de él; y si sucediese que en un mismo contrato se comprendan fincas, ó derechos, sitos en diferentes partidos, se tomará razon en los oficios de todos ellos, haciendo en esta diligencia las correspondientes esplicaciones; pero el impuesto se cobrará por el administrador del partido en que se tome primero razon, *arts.* 1 *de d. ley* 3, 10 *y* 11 *de d. Instr.* Del mismo modo que se toma razon de las cargas que se imponen sobre las fincas, puede tomarse tambien, y asi conviene se haga, de su liberacion; y en este caso se observará lo que previene el *art.* 6 *de d. ley* 3.

Los derechos que deban pagarse por la toma de razon en el oficio de hipotecas de unas y otras escrituras, están señalados en los aranceles generales de los tribunales; por lo que no se atienda en esto á algunas disposiciones de las citadas leyes. La contribucion que se impuso, bajo el nombre de derecho de hipotecas, sobre todos los títulos traslativos de dominio directo ó indirecto de bienes inmuebles, consiste en el medio por ciento de su valor ó importe; cuyo derecho ha de pagarse antes de tomar razon en el oficio de hipotecas, en los términos que espresa la *d. Instruccion de* 830, *su art.* 4. La obligacion de pagarle es siempre de la persona que adquiera la finca ó propiedad sobre que recae, las que quedan hipotecadas, especialmente á su pago, *arts.* 6 *y* 7. Pero en esto conviene advertir, que aunque *el d. art.* 4 comprende en la obligacion de pagarse á las donaciones, han sido esceptuadas por *real órden de* 24 *de Abril de* 832, por estar sujetas ya á otro impuesto.

Las personas que estando obligadas, segun las reglas que quedan establecidas, á presentar para la toma de razon y pago del impuesto los documentos de *adquisicion de bienes* inmuebles, no lo verifiquen dentro del término prefijado, quedan sujetas á la pena impuesta por la ley penal de 23 de Mayo de 1830, *art.* 19 *de d. Instruccion.* Esta consiste en la multa del quíntuplo de la cantidad del derecho que debiera pagarse, *art.* 64, *cotejado con el* 14 *de d. ley de* 3 *de Mayo.*

Quiero concluir este tratado con una observacion acerca del *citado art.* 19, á saber: que al paso que condena á la espresada pena á los que dejan pasar el término señalado sin hacer el registro, no dice nada sobre si debe admitírseles á hacerlo despues, ni si en este caso harán fé en juicio las escrituras. Tengo visto mas de una vez tomar razon de ellas pagando el quíntuplo; pero en cuanto al valor que deba dárseles en juicio, creeré que si se presenta otra escritura igual, que fuese otorgada despues, pero pasada antes por el oficio de hipotecas, debe posponer á la otorgada primero, pero registrada al último, atendiendo al espíritu de dicha Instruccion, en especial á su artículo 8.º

ÍNDICE

DE LAS MATERIAS CONTENIDAS

EN EL SEGUNDO VOLÚMEN.

LIBRO SEGUNDO.

TITULO VI. *De las mejoras de tercio y quinto, colaciones, legados, fideicomisos y cuartas falcidia y trebeliánica*. . . . . Pág. 3
§. I. *De las mejoras de tercio y quinto*. . . . . id.
§. II. *De las colaciones*. 39
§. III. *Legados, fideicomisos y cuartas falcidia y trebeliánica*. 50
TITULO VII. *De las sucesiones intestadas*. 68
§. I. *De las sucesiones intestadas*. . . . . id.
§. II. *Reservaciones de los cónyuges*. 79
TITULO VIII. *Adicion y particion de herencia*. 87
§. I. *De la adicion de herencia; y formacion de inventario*. . . . . id.
§. II. *De la tasa y particion de bienes*. 102
TITULO IX. *De los mayorazgos*. 116
TITULO X. *De las obligaciones y contratos en general y transacciones*. 147
§. I. *De las obligaciones y contratos en general*. . . . . id.
§. II. *Transacciones*. 161
TITULO XI. *De las ventas y compras*. 166
TITULO XII. *De los retractos y alcabalas*. 189
§. I. *De los retractos*. . . . . id.
§. II. *De la alcabala*. 208
TITULO XIII. *De los logueros ó arrendamientos*. 212

TITULO XIV. *De los censos*. 228
§. I. *Del enfiteusis y reservativo*. . . . . id.
§. II. *Del censo consignativo*. 238
TITULO XV. *De la compañia ó sociedad y del mandato*. 261
§. I. *De la compañia*. . . . . id.
§. II. *Del mandato*. 269
TITULO XVI. *Del contrato verbal ó de palabras*. 271
TITULO XVII. *De las fianzas é hipotecas*. 278
§. I. *De las fianzas*. . . . . id.
§. II. *De los Peños ó Prendas*. 287
TITULO XVIII. *Del Contrato Literal y de los Reales*. . . 305
TITULO XIX. *De las Donaciones*. 315
TITULO XX. *De los Cuasi-contratos*. 321
TITULO XXI. *De los Delitos y Cuasi-delitos, en cuanto producen pena pecuniaria*. 334
TITULO XXII. *Modos de estinguirse las Obligaciones*. . . 344

APÉNDICE AL LIBRO SEGUNDO.

Sobre el registro de escrituras en el oficio de hipotecas. 358

ERRATAS.

PÁG.	LÍN.	DICE.	LÉASE.
21	32	indispensable	indisputable
23	14	sobre que dadas	fuesen dadas
27	37	hablando	hablan
35	13	perpétua	perfecta
53	7	igual ó mayor	igual ó menor
57	18	la ley	la ley 26
69	1	por otra razon	por esta razon
70	28	de esta	de esto
74	15	al mayor	el mayor
79	8	laterales ó ascendentales	laterales, descendentales ó ascendentales
90	8	remedio	interdicto
95	4	mas que	mas bien
102	17	traerlos	tasarlos
105	20	quiere decir	pretende sostener
107	33	que arregle de los	que dé reglas á los
145	8	quien deje	quien dejase
160	1	tiene	no tiene
183	7	verdadero	vendedor
201	14	Pedro	Pero
239	13	esto: el vendedor no puede,	esta: el vendedor puede
269	23	mandato	mandante
279	8	remueva	renueva
283	15	reconocido	reconvenido
285	16	ó aquel	ó á aquel
289	33	actuado	acetado
302	24	al que lo es	al que no lo es
312	25	harto degenerará	degenerará
320	7	que se hace	dice que se hace.