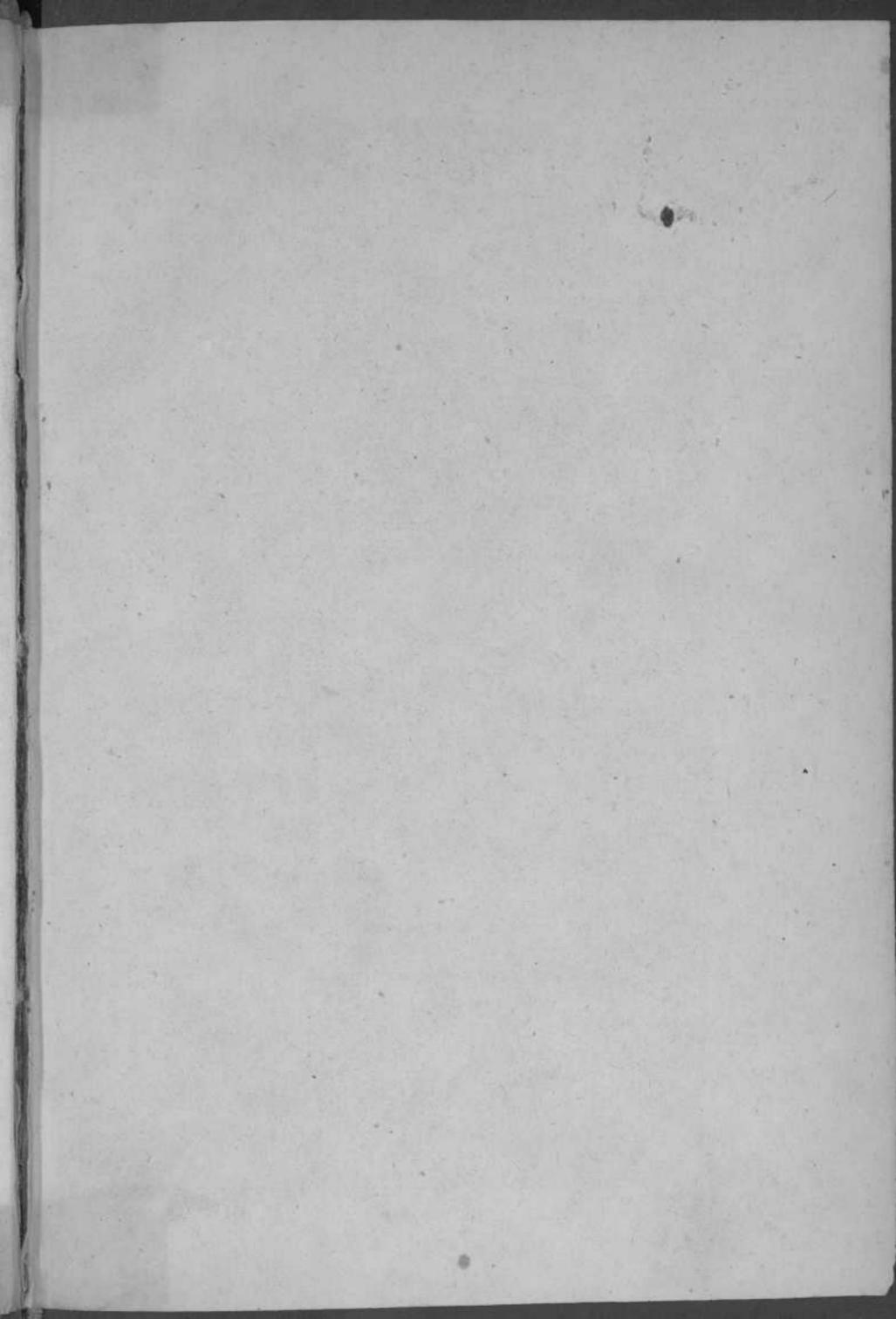
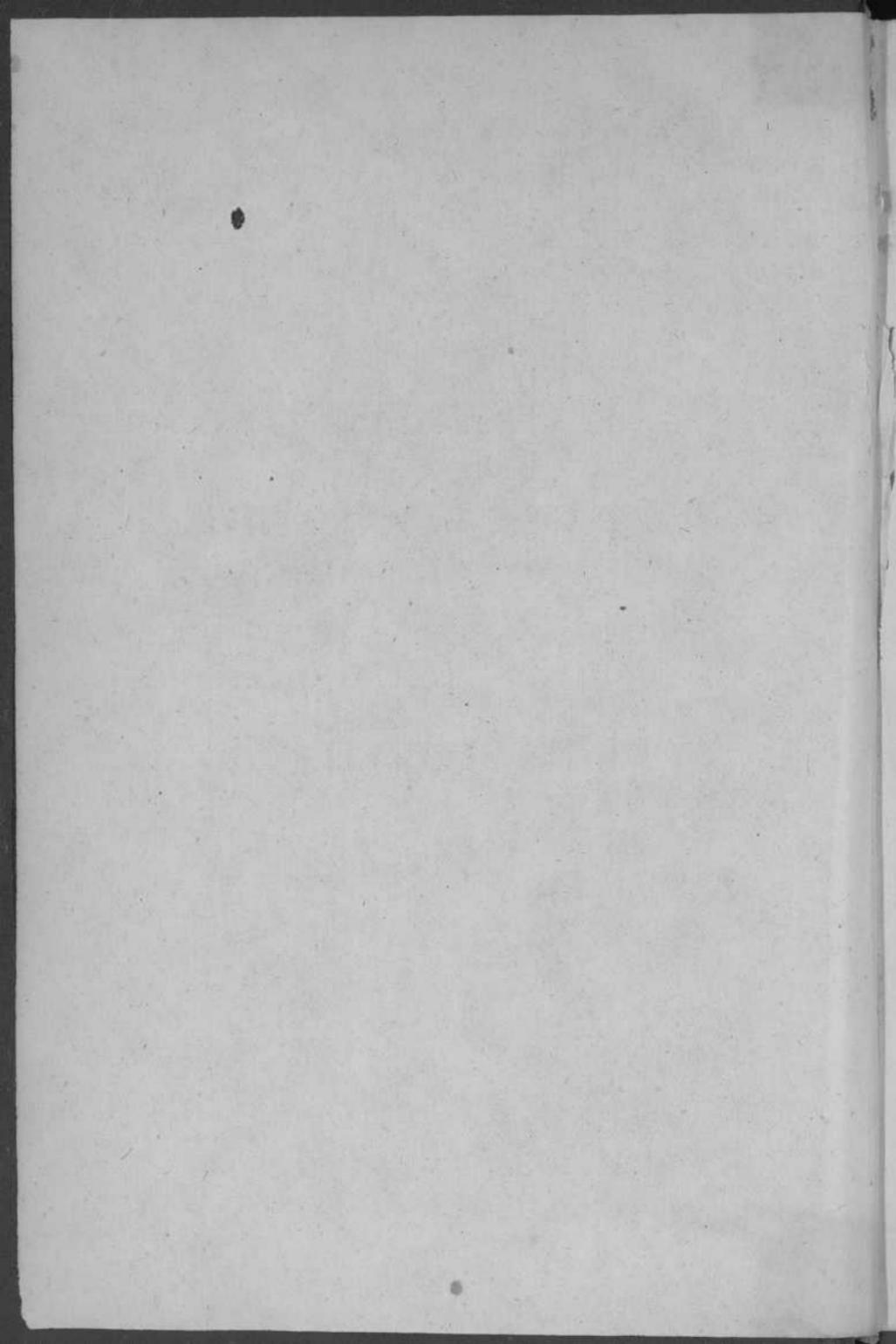


15284
~~15284~~

24272

15284





LECCIONES ELEMENTALES
DE
HISTORIA Y DE DERECHO CIVIL,
MERCANTIL Y PENAL DE ESPAÑA.

PARTE SEGUNDA.
DERECHO CIVIL.

LECCIONES ELEMENTALES

DERECHO CIVIL

LECCIONES ELEMENTALES

EL DE. CIVIL EN ESPAÑA

HISTORIA Y DE DERECHO CIVIL

ARRAZOLA Y FERRAZ DE ESPANA

TRATADO DE DERECHO CIVIL

DERECHO CIVIL

DERECHO CIVIL

TOMO II

TRATADO DE DERECHO CIVIL

ARRAZOLA

LECCIONES ELEMENTALES

DE

DERECHO CIVIL,



CON ARREGLO AL PROGRAMA DE ENSEÑANZA

COMPUSO

EL DR. D. SALVADOR DEL VISO,

*Abogado de este Ilustre Colegio
y Catedrático que fué de esta asignatura en la Universidad literaria
y Teniente Vicario general castrense, etc. etc. etc.*

TERCERA EDICION ARREGLADA A LA LEGISLACION VIGENTE

POR UNA SOCIEDAD DE ABOGADOS

DE ESTE ILUSTRE COLEGIO.

TOMO II.

Del derecho de las personas con relacion á su estado.

VALENCIA: 1868.

Juan Mariana y Sanz, Editor,

Librero de Cámara de S. A. R.

LONJA, 7.



LECCIONES ELEMENTALES
PARTICULAR
DEL DERECHO CIVIL
CON ANEXO AL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIONES
EL DR. D. SALVADOR DEL VISO
Esta obra, declarada de **texto** por el Gobierno, es propiedad de su editor **Sr. Mariana y Sanz**, y para los efectos de la ley todos los ejemplares llevarán su sello.



IMPRENTA DE JOSÉ DOMENECH, AVELLANAS. 27.

PARTE SEGUNDA.

DEL DERECHO CIVIL DE ESPAÑA.

TRATADO SEGUNDO.

Del derecho de las personas en las cosas adquiridas legalmente.

LECCION PRIMERA.

DE LA NATURALEZA DE LAS COSAS EN SENTIDO JURÍDICO Y SU DIVISION.

Resúmen.

§. I. Razon del método.—§. II. Qué se entiende por *cosa* en sentido jurídico, y sus divisiones en general.—§. III. Cómo se definen las cosas llamadas de *derecho divino*, y su clasificacion.—§. IV. Qué derechos tienen los cristianos sobre ellas.—§. V. Cómo se definen las cosas de derecho humano, su division y esplicacion de las llamadas *públicas*.—§. VI. Derechos de las personas sobre las mismas.—§. VII. Qué son cosas *privadas* ó de *particulares*, y clases en que generalmente se dividen.

§. I.

Razon del método.

Siendo el fin del derecho dar á cada uno lo que es suyo, y habiendo manifestado ya lo que se considera como tal, atendido el *estado ó condicion* á que pertenecen los hombres en sociedad, el orden pide que entremos en el exámen del segundo miembro de la division que, para facilitar el estudio del derecho, hicimos en el párrafo 1, leccion 3.^a del anterior tratado, el cual se refiere al conocimiento de lo que es propio de cada uno relativamente á los objetos que, independiente-mente de su *estado*, adquieren las personas por algun título legal.

Estos objetos, jurídicamente hablando, se llaman *cosas*,

sobre las cuales, como no puede constituirse mas derecho que el que permita la naturaleza de cada una de ellas, se hace necesario el que, antes de determinar los derechos que corresponden á las personas sobre dichos objetos, se dé á conocer la naturaleza de las *cosas*, tomada esta palabra en sentido jurídico, como asimismo la de las diversas especies en que se dividen, lo cual servirá de materia á la presente leccion.

§. II.

Qué se entiende por **COSA** en sentido jurídico, y sus divisiones en general.

Antes de dar su definicion nos parece oportuno observar que, pudiendo servir la consideracion general de las *cosas jurídicas* para comprender varios puntos á que se refiere la legislacion de un pais, y atendiendo á que, aun en lo relativo al *derecho civil privado*, no pudieran conocerse muchas de sus materias si no teniamos formada de antemano la idea de las *cosas* en general, hemos creido conveniente dar de ellas una definicion la mas estensa que pueda concebirse, para que con este conocimiento haya lugar á hacerse luego las aplicaciones correspondientes, cualquiera que sea el ramo de la legislacion que se examine.

Bajo este supuesto, se entiende por *cosa* en sentido jurídico *todo lo que puede prestar al hombre alguna utilidad, ora esté en su patrimonio, ora fuera de él.*

Las que forman nuestro patrimonio se conocen mas propriamente bajo la palabra *bienes*, en la que comprenden los juriconsultos todas aquellas *cosas* que constituyen la *hacienda, caudal ó riqueza* del hombre, ó, como se lee en el proemio del tit. xvii, Part, 2.^a, *todas aquellas de las que los homes se sirven et se ayudan*, ora sean materiales y sensibles, como el *dinero*, los *prédios rústicos y urbanos*, los *rebaños*, las *cosas muebles y semovientes*, etc., ora carezcan de esta calidad, como las *acciones y derechos*, los cuales aumentan tambien nuestro patrimonio en razon del valor particular que en sí tienen. Ley 49, tit. xvi, lib. 1. del Digesto (1).

Si en la definicion que dieron de la *cosa* los juriconsultos

(1) Art. 379.

romanos, no se comprenden las *acciones*, sino que antes bien se escluyen, es porque solo atendieron al segundo concepto bajo el que puede considerarse la palabra *accion*, ó sea *el medio de perseguir en juicio lo que es nuestro ó se nos debe*, y no al otro en que puede tomarse, que es el de significarse con ella un *derecho adquirido ó que nos pertenece*, el cual, no pudiendo menos de ser un valor estimable, precisamente debia incluirse en el número de las *cosas*, aunque *inmateriales*, como lo hacemos nosotros, fundándonos en la ley citada del Digesto.

Las otras cosas que están fuera del patrimonio del hombre se llaman simplemente *cosas*, aun cuando en su sentido mas lato se comprendan tambien bajo esta palabra los *bienes*, como dice la ley 5.^a del citado título y libro del Digesto.

Division de las cosas en general.

Si necesario es para el conocimiento del derecho el dar una noción general de las *cosas* en sentido jurídico, no lo es menos cuando haya de procederse á su clasificacion.

Verdad es que el objeto propio del *derecho civil privado* son las *cosas* que constituyen el patrimonio del hombre, y no las *cosas* que están fuera de él; pero como al mismo tiempo aparecen en este *derecho* varias disposiciones que están relacionadas con otras de distinta procedencia, y á las veces se deciden por el *derecho civil* los casos en que no hay resolucion alguna en aquella legislacion á que pertenecen, de aquí el haber de hacerse una clasificacion tal de las *cosas*, que comprenda todas las especies que en el derecho tanto *canónico*, como en el *civil público ó privado ó administrativo* se refieren, sirviéndonos de base para examinar su respectiva naturaleza y derechos, la division general que presentan los autores, de *cosas de derecho divino* y de *derecho humano*, de las cuales nos ocuparemos en los párrafos siguientes.

§. III.

Qué cosas son de derecho divino, fundamento de su definicion y sus divisiones.

Se llaman *cosas* de derecho divino *las establecidas mediata ó inmediatamente por Dios para la santificacion del*

hombre, y cuyos derechos con relacion á este se hallan determinados, ó por las leyes divinas, ó por las que emanan de las autoridades constituidas para el gobierno de la Iglesia.

Fundamento de esta definicion.

Como sin religion no existe ni puede existir sociedad alguna, preciso es que en todas las naciones haya un cuerpo de *legislacion particular*, en la que se comprenda todo lo relativo á la autoridad sacerdotal, y por la que se determinen los derechos de los hombres sobre las cosas que pertenecen á la Religion. La que se profesa en todas las naciones cristianas es la que se dignó Dios enseñar á los hombres por medio de su Unigénito Hijo, el cual, para complemento de su mision divina, fundó una Iglesia, á la que dió ciertas *leyes ó reglas* para saber el modo cómo debian dirigirse á la Divinidad los que la componen, á fin de que pudieran ser aceptos y agradables á Dios sus sacrificios.

La suma de estas *reglas* y de las que proceden de los preladados ó gefes de esta sociedad, constituirá, pues, una *legislacion ó derecho particular*, que por razon al origen de donde dimana se llamará *derecho divino*.

Ahora bien: como por estas reglas es por las que se deben resolver los derechos de los cristianos sobre las cosas que instituyó Dios para su santificacion, tenemos bastante indicada la razon para llamar *cosas de derecho divino* á aquellas cuyas facultades ó derechos sobre ellas se hallan determinados por este cuerpo de *legislacion*.

Su division.

Las cosas de *derecho divino* se dividen primeramente en *espirituales* y *corporales*. Las espirituales son *aquellas que directa ó inmediatamente influyen en la salvacion del hombre*, como, por ejemplo, los *sacramentos*, las *preces*, los *ayunos*, las *indulgencias*, etc.; y corporales *aquellas que, aunque se dirigen al fin último y al ejercicio de la Religion, no influyen sino mediata y remotamente en la salvacion*.

Estas últimas se dividen en *sagradas, religiosas y temporales de la Iglesia*.

Se llaman SAGRADAS las dedicadas ó consagradas á Dios y á la Religion, ó que se destinan para objetos del culto por medio de un rito especial, como son por ejemplo, las iglesias, los vasos sagrados, los ornamentos, etc.

Las RELIGIOSAS son todas aquellas que principalmente están destinadas para oficio de piedad, como son los hospitales y demás establecimientos de caridad, los monasterios ó conventos de los regulares, los cementerios, etc.

Finalmente, las TEMPORALES DE LA IGLESIA son las obla-ciones, rentas y fincas que sirven para manutencion de sus ministros y sostenimiento del culto, cuyas atenciones se cubren actualmente en España oficialmente, con la dotacion que hay señalada en el Concordato celebrado entre el Sumo Pontífice Pio IX y S. M. la Reina doña Isabel II, en 16 de Marzo de 1851; y con los bienes y valores de cualquiera especie que los fieles dejen á la Iglesia en virtud del derecho de *adquirir* que le pertenece, como quedó consignado en dicho Concordato, y fué despues confirmado en el nuevo convenio que se hizo con la Santa Sede en 25 de Agosto de 1859.

Sobre todas y cada una de estas cosas existen varios derechos, que en términos generales espondremos á continuacion.

§. IV.

Derechos de los cristianos sobre las cosas espresadas.

Para que fácilmente puedan determinarse estos derechos, examinaremos los que se refieren á cada una de estas cosas por el órden con que se han definido.

Empezando por las *espirituales*, debemos decir, que tanto estas como las que se llaman *sagradas* no están en dominio de nadie, pero su uso y utilidad está patente á todos los fieles; hallándose encomendadas las primeras al ministerio y dispensacion de la gerarquia eclesiástica, segun la dignidad y carácter sacerdotal de cada ministro, y confiadas las segundas al cuidado de los gefes de cada iglesia particular. Ley 12, título XXVIII, Part. 3.^a

Pasando á las *religiosas*, hay que advertir, que estas por punto general son propias de aquella corporacion ó sociedad en que están enclavadas, á la manera que las dejadas con des-

tino á obras públicas tambien lo son del pueblo á que fueron donadas. Sin embargo, como no siempre podrá aplicarse este principio por razon á las modificaciones á que están algunas de ellas espuestas, será preciso hablar de ellas con separacion.

Así, pues, cuando una cosa *religiosa* estuviera unida á otra *sagrada*, como, por ejemplo, lo es un *monasterio*, su administracion pertenecerá á la comunidad religiosa á que estuviere agregado bajo la direccion de los prelados superiores: mas si solo tuviere el carácter de *religiosa*, como, por ejemplo, un *hospital* ó cualquier otro establecimiento de piedad, deberá atenderse á la clase de fundacion para poder determinar los derechos sobre ellas; de modo que si su institucion fuere puramente eclesiástica pertenecerá á las personas eclesiásticas su administracion en los términos que previniere la fundacion; pero si no fueran de la espresada clase, quedará reducida la intervencion del clero á solo la parte espiritual.

Con respecto á los *cementerios*, su uso está patente á todos los cristianos no privados de sepultura eclesiástica, de cuya parte cuida esclusivamente la Iglesia; pero además tiene alguna intervencion en el local que se designare para este objeto, no obstante las facultades que, con arreglo á la legislacion actual, competen á los Ayuntamientos.

Finalmente, en cuanto á las *cosas temporales eclesiásticas*, como cada Iglesia particular constituye una universidad ó corporacion, es muy propio que adquiera para sí lo que se le hubiere dejado ó donado, del mismo modo que lo adquiere cualquier otro colegio lícito, segun lo declaró el Emperador Constantino y lo confirmó Justiniano, como consta de las leyes 1.^a y 26, tit. II, lib. I del Código.

Las innovaciones introducidas en esta parte por las leyes civiles de España habian impedido el uso de este derecho; pero hallándose reconocida por el último Concordato la facultad de adquirir la Iglesia por cualquier título legítimo, segun consta por el artículo 41 del mismo, y confirmada mas latamente en el artículo 3.^o del Convenio últimamente celebrado con la Santa Sede en 25 de Agosto de 1859, deberemos estar á lo que en estos solemnes documentos se establece.

Tales son, en resúmen, los derechos que pueden ejercerse sobre las cosas llamadas de *derecho divino*, cuya doctrina hemos

creido conveniente esponer, siguiendo el ejemplo de los tratadistas del derecho romano, que tambien la han incluido en sus obras de legislacion civil, no obstante que el objeto propio de esta son las cosas de *derecho humano*, cuya naturaleza y especies examinaremos á continuacion.

§. V.

Qué son cosas DE DERECHO HUMANO, su división, y esplicacion de las llamadas PÚBLICAS.

Se llaman cosas de derecho humano *las establecidas para uso de los hombres, independientemente de su santificacion, y cuyas facultades es solo propio del derecho civil determinarlas, recibiendo por ello la referida calificacion.*

Estas se dividen primeramente en *públicas* ó de *derecho público*, y en *privadas* ó de *derecho civil* (1).

Se llaman *cosas públicas* en general, segun las Partidas; *las que, ó sirven á las aves y á las bestias así como á los hombres; ó están destinadas solo á los usos de los hombres, ó pertenecen apartadamente al comun de una ciudad, villa ó pueblo ó no pertenecen á nadie.* Ley 2.^a, tít. XXVIII, Partida 3.^a

De esta definicion resulta que las *cosas públicas*, en sentido mas lato, se dividen en *comunes*, *propias de una nacion*, de *pueblo* ó de *corporacion* y de *ninguno*.

Cosas comunes.

Se llaman cosas comunes *aquellas que sirven á las bestias y á las aves así como á los hombres*, segun dice la ley 3.^a del titulo y Partida citada, ó, como dicen los jurisconsultos, *las que en la propiedad son de nadie, y en cuanto al uso de todos.* Tales son el *aire*, el *agua de lluvia*, el *mar* y sus *playas*, etc.

Tambien se llaman *comunes* en el derecho *las que, perteneciendo á muchas personas por razon de dominio, se poseen en comun ó se hallan sin dividir*; pero en este lugar tratamos solo de ellas en el primer sentido.

(1) Art. 381.

Cosas de ninguno.

Con las cosas comunes, según se han definido, tienen alguna semejanza las llamadas de *ninguno*, y son *aquellas que no pertenecen á nadie, ó porque nunca han estado en el dominio de persona alguna, ó porque su dueño las ha abandonado libremente con ánimo de no tenerlas ya mas en su poder.*

A esta clase pertenecen los *animales fieros*, el *agua corriente* de que no haya hecho antes otra persona algun uso, las *pedras preciosas* que se encuentran en las *playas*, las *monedas* que se arrojan con motivo de algun regocijo, los *bienes muebles é inmuebles* abandonados volutariamente por sus dueños, y otras semejantes, las cuales pasan al dominio del primero que las ocupa; á diferencia de las *comunes*, que, aun cuando desde el momento que hace alguno uso de una parte de ellas no puede ser perjudicado en el mismo, sin embargo, este uso no le concede para siempre la propiedad; pues basta no continuar en él para que otro pueda aprovecharse libremente de la misma cosa.

Cosas públicas ó propias de la nacion.

Se llaman cosas públicas en sentido estricto, ó propias de la nacion, *las que en cuanto á la propiedad son de toda la nacion, y están destinadas, ó para el uso ó aprovechamiento de todos sus individuos ó para atender á la administracion, orden y defensa de la misma.*

De esta clase son:

1.º Los puertos, radas, ensenadas y costas del territorio español en la estension que determinan las leyes especiales.

2.º Los caminos, canales y demás obras públicas construidas y conservadas á espensas del Estado.

3.º Los rios, aunque no sean navegables; su álveo, y toda el agua que corre perennemente dentro del territorio español, con las indicaciones que luego se indicarán al tratar de las servidumbres de aguas.

4.º Las riberas de los rios navegables, en cuanto al uso que fuere indispensable para la navegacion.

5.º Los bienes que no tienen dueño, ó que no le tienen conocido, como son los llamados *vacantes*, los *ab intestato* y

los *mostrencos*, de los cuales los primeros se refieren á los *bienes inmuebles* de que no consta su dueño; los segundos á los dejados por el propietario que muere sin testamento y sin herederos legítimos dentro del décimo grado, sean *muebles* ó *inmuebles*; y los últimos á los *muebles* ó *semovientes* que se encuentran abandonados sin saberse quién sea el señor de ellos.

6.º Los bienes del Real patrimonio destinados á la dotacion permanente de la Corona: pero no los que el Rey posee como persona privada, por herencia, contrato ú otro cualquier título personal.

7.º Finalmente, todos los demás que por las leyes especiales estén declarados ó se declaren de propiedad del Estado (1), siempre que se hayan observado las debidas formalidades.

Cosas de un pueblo y de corporacion.

Llámanse cosas de un pueblo *las que pertenecen apartadamente al comun de alguna ciudad, pueblo ó villa*, como dice la ley 2.ª, tit xxviii, Part. 3.ª

Estas se dividen en dos clases, á saber: unas de que puede usar cada vecino de la poblacion respectiva, y otras cuyo uso está prohibido en comun.

A la primera clase pertenecen las *fuentes, plazas, calles, ejidos, carreras para correr caballos, arenales de las riberas del rio, montes, dehesas*, y otras semejantes, destinadas para el uso comun; y á la segunda los *campos, viñas, huertas, heredades* y cuantos bienes posea la poblacion para subvenir á sus gastos, los cuales, aunque pertenezcan al comun, no puede cada uno aprovecharse de ellos, que por esta razon se distinguen con el nombre de *bienes de propios*. Leyes 9.ª y 10, tit. xxviii, Part. 3.ª (2).

Las cosas llamadas de corporaciones son *aquellas cuya propiedad es de la corporacion, y el uso de todos aquellos comprendidos en el objeto de su institucion*: como son, por ejemplo, los *hospitales, casas de beneficencia, universidades, colegios, gremios, etc.*, en las cuales está patente su uso á todos á quienes alcanza el objeto de su instituto.

(1) Art. 386.

(2) Art. 387.

En estas, del mismo modo que en las de un pueblo, hay que considerar tambien otras cosas de que nadie en particular puede aprovecharse, por hallarse destinadas esclusivamente para el sostenimiento de dichos establecimientos ó corporaciones, como los *bienes raices* y los *demás derechos ó rentas que posean*.

Tal es la naturaleza de las *cosas públicas* en su sentido mas lato.

De estas hay algunas que pueden pasar al dominio privado, como son los *bienes llamados vacantes, mostrencos y ab intestato*; los declarados de *propiedad del Estado* y los de *propios de los pueblos* y de *corporaciones*, los cuales, aunque en cuanto á su administracion y enagenacion se regirán por leyes especiales, como espresa tambien el nuevo Código (1); sin embargo, si se promovieran algunas cuestiones acerca de su *dominio*, han de resolverse por las leyes del *derecho comun*.

Si las demás que sirven para el uso y aprovechamiento de todos no pueden adquirirse por los particulares, no obstante, podrán sobre ellas ejercerse algunos derechos, de los cuales trataremos en el párrafo siguiente.

§. VI.

Derechos sobre las cosas públicas en general.

Para determinar los derechos de las personas sobre cada una de las cosas espresadas en el párrafo anterior, será preciso hablar de ellas con separacion.

Derechos sobre las cosas comunes.

Los derechos sobre estas cosas se hallan comprendidos en la regla siguiente:

Todo hombre puede aprovecharse de las cosas comunes; pero una vez empezado su uso por alguno, no puede impedirle otro su aprovechamiento mientras que esté disfrutando de él.

Bajo este supuesto, todos pueden aprovecharse del mar, por ejemplo, pescando ó navegando, ó haciendo el uso que

(1) Art. 388.

entendiere serle mas beneficioso, como afirma la ley 3.^a, titulo xxviii, Part. 3.^a; é igualmente podrán todos aprovecharse de la *playa* ó del lugar aquel que cubre el mar cuando mas crece, segun la esplicacion que dá la ley 4.^a, id., levantando en él casa ó cabaña, ó tendiendo redes, ó construyendo ó componiendo naves, etc., con tal que al mismo tiempo no se embarace el uso comun: pero si estuviera ya ocupado por alguno un punto determinado, tanto que sea pescando en el mar, como componiendo las redes ó naves en la *playa*, ó levantando en ella cabaña ó edificio, nadie podrá escluir á otro del uso que ha empezado, á no ser con su consentimiento, ó por haber abandonado aquel punto, como espresan las leyes 3.^a, 4.^a y 6.^a del citado titulo y Partida.

Lo dicho, sin embargo, no impide el que por ordenanzas generales ó municipales, ó en virtud de facultades inherentes al Real Patrimonio, queden restringidos estos derechos, así como podrán quedar restringidos ó sujetos á las leyes de las respectivas naciones, en cuanto al uso libre que se quisiera hacer del mar cerca de sus costas; el cual, pudiendo ser peligroso ó nocivo á la nacion á que estas pertenecen, podrá muy bien impedirse ó prohibirse hasta el punto aquel en que cada potencia puede proteger su derecho, ó *hasta aquel espacio de mar que está á tiro de cañon á lo largo de las costas*, que es el modo como generalmente se determina.

Lo mismo sucede con mayoría de razon en cuanto al uso de las *radas*, *bahias* y *estrechos*, particularmente si son de poca estension, en que siendo mas fácil su ocupacion y de mucha importancia para la seguridad del pais que posee estos distritos, pueden los soberanos prohibir hasta su entrada en los mismos, así como en el caso de poseer algun *estrecho* ó *canal* inmediato á sus costas que sirva de paso al mar Océano, podrán por su propia conservacion valerse de ciertas precauciones en cuanto al paso de los buques por él, y exigir ciertas formalidades ó cobrar ciertos tributos en compensacion de los medios de seguridad que proporcionaren á los que navegan.

Nos abstenemos de otras consideraciones por no ser de nuestro instituto, y pasemos á ver la otra clase de derechos que versan:

En cuanto á las *cosas públicas ó de nacion*, la regla general es que solo los naturales podrán aprovecharse de las de uso comun, á no ser que, por derecho natural ó por costumbres, tratados ó convenios, sea permitido tambien su uso á los extranjeros.

Asi, por egemplo, tratándose de los *rios*, todos podrán aprovecharse de ellos por derecho natural en cuanto á poder usar el agua para *lavar, beber, abreviar ganados*, etc.; pero en cuanto á los demás usos, solo los de la nacion, y en su caso los extranjeros, podrán servirse de los mismos, segun consta de la ley 6.^a, tit. xxviii, Part. 3.^a, aunque con las restricciones siguientes:

1.^a Que ni en los rios navegables ni en sus riberas pueda hacer nadie molino, aceña ó edificio que impida la navegacion ó embargue el uso comun, mientras no tuviere para ello un especial privilegio, como espresan las leyes 8.^a, tit. xxviii, Partida 3.^a, y 7.^a, tit. xxvi, lib. vii, Novis. Recop.

2.^a Que no siendo navegables podrá cualquier vecino, con licencia del Rey ó del ayuntamiento, edificar molino, etc., siempre que no impida el libre curso del agua al que se aprovechó de los mismos anteriormente, como aparece de la ley 18, tit. xxxii, Part. 3.^a, y confirmó la Real orden de 5 de Abril de 1834, al prohibir que ningun particular ni corporacion pueda distraer en su origen ni en su curso las aguas de los manantiales y rios que de tiempos antiguos riegan otros terrenos mas bajos.

3.^a Que en los casos en que haya de obtenerse autorizacion para el aprovechamiento de los rios, como lo son todos aquellos que tengan por objeto: 1.^o, la navegacion ó su habilitacion para conducir á flote almadías y balsas ó maderos unidos: 2.^o, el curso de los rios: 3.^o, el uso, aprovechamiento y distribucion de sus aguas: 4.^o, la construccion de obras nuevas, incluso los puentes, debe instruirse un expediente con las formalidades que espresa la Real orden de 14 de Marzo de 1846.

4.^a Que en cuanto al derecho de pescar en los rios, si el terreno se halla contiguo al de un particular será solo de este

su uso, y de todos cuando perteneciere al público. Real decreto de 3 de Mayo de 1834.

5.^a Que en las riberas todos podrán hacer el uso que estas permiten, como, por ejemplo, atar las naves á los árboles que en ellas hubiere, componerlas, poner sus mercaderías para venderlas, secar las redes, etc.; según consta de la ley 6.^a, tit. xxviii, Part. 3.^a; pero no podrán aprovecharse de los árboles arraigados en ellas, á no ser para atar sus naves, por pertenecer su señorío á aquel cuyas son las heredades contiguas, como dice la ley 7.^a, id., y además porque generalmente se halla prohibido su uso por las ordenanzas municipales, fuera de los casos que se han espresado.

6.^a Que en cuanto á los puertos y caminos, todos podrán hacer uso de ellos, tanto que sean naturales como extranjeros, como espresa la ley 6.^a, tit. xxviii, Part. 3.^a, aunque sujetándose unos y otros á las condiciones que establezcan las leyes, como asimismo al pago de los derechos de aduanas y de puertos en la forma que ellas previenen.

Lo dicho nos parece suficiente para comprender en general los derechos sobre las cosas públicas. Veamos cuáles son los que pueden ejercerse.

Sobre las cosas de pueblo ó de corporacion.

En cuanto á estas cosas, hay que distinguir entre las que son de uso y aprovechamiento comun y las que están destinadas para atender á las necesidades del pueblo.

De las primeras pueden aprovecharse todos en cuanto no estorben el uso general, como lo confirma la ley 23, tit. xxxii, Part. 3.^a, al prohibir que nadie edifique en plazas, egidos y caminos comunales; pero si fueren de las de segunda clase, ó de las que llamamos *bienes de propios*, solo se permite su uso y aprovechamiento á los que las tienen arrendadas ó pagan su disfrute, si bien es obligacion de las municipalidades hacer que se inviertan sus frutos y rentas en beneficio de toda la poblacion, como disponen las leyes 10, tit. xxxiii, Part. 3.^a, y 5.^a, tit. xi, lib. vii, Novis. Recop.

En el mismo sentido puede resolverse lo perteneciente á cosas de corporacion, por cuya razon pasaremos á examinar la otra clase de derechos que recaen.

En cuanto á las cosas de ninguno, estas se hacen propias del primero que las ocupa, segun la doctrina de las leyes 5.^a, 17, 48, 49 y 50, tit. xxviii, Part. 3.^a, salvas las modificaciones que espresan los Reales decretos de 3 de Mayo de 1834 y 5 del mismo de 1848, relativamente á las cosas que son objeto de la caza y pesca, como igualmente las que establecen las demás leyes y reglamentos especiales, sobre los efectos arrojados por el mar, y sobre las plantas y yerbas que se crian en las costas, como asimismo en órden á la propiedad y uso de las minas, segun espresa tambien el nuevo Código (1).

Lo dicho hasta aqui basta para comprender la naturaleza de las cosas de propiedad pública y sus derechos en general, habiéndonos abstenido de entrar en otros pormenores, porque nuestro objeto se dirige únicamente al exámen de los derechos que nos competen en las cosas de propiedad privada, cuyo conocimiento podrá fácilmente adquirirse si nos consta antes su naturaleza y la de cada una de las especies en que se dividen.

§. VII.

Qué son cosas privadas ó de particulares, y clases en que generalmente se dividen.

Entendemos por cosas privadas ó de derecho civil *aquellas que constituyen el caudal ó patrimonio de cada persona, ora sea un individuo de la sociedad, ora sea una entidad á la que la ley da el nombre de persona jurídica ó moral.*

En este sentido, los bienes de los particulares; los llamados *mostrencos, vacantes y ab intestato*, de que se constituye propietario el Estado; las propiedades que por diferentes títulos pertenecen á la nacion; los bienes de propios y los que forman el patrimonio de una corporacion, se considerarán para el efecto de adquirirse ó perderse su dominio sujetas al *derecho civil*, del mismo modo que si fueran de un simple particular; si bien los que pertenecieren al Estado y á los pueblos se regirán por leyes especiales en cuanto á su administracion y enagenacion, mientras estén en su poder, segun se dijo en el párrafo V.

(1) Art. 389.

Para que con facilidad puedan hacerse de estas cosas las aplicaciones correspondientes, las dividiremos en las clases siguientes:

- 1.º En corporales é incorporales.
- 2.º Las corporales en inmuebles y muebles.
- 3.º Las inmuebles en rústicas y urbanas.
- 4.º Las muebles en fungibles y no fungibles.
- 5.º Las no fungibles en preciosas y no preciosas.

Además de esta division general, hay que considerar ciertas denominaciones de que usan los jurisconsultos, las cuales, constituyendo especies determinadas de cosas, dan lugar á que se dividan estas:

- 1.º En cosas existentes y futuras.
- 2.º En principales y accesorias.
- 3.º En divisibles é indivisibles.
- 4.º En singulares y universales.
- 5.º En juzgadas y litigiosas.

De cada una de ellas procuraremos dar brevemente una idea que espese su naturaleza particular.

Cosas corporales é incorporales.

Se llaman cosas corporales *las que caen bajo la esfera de los sentidos*, como una casa, un campo, una mesa, etc., é incorporales *las que no caen en la esfera de los sentidos, ó que no comprendemos sino por el entendimiento*, como las acciones, las obligaciones, los derechos, las servidumbres, la herencia, si bien las cosas de que se compone esta, como asimismo aquellas sobre que recae una obligacion ó derecho, pueden ser de las que se llaman corporales.

Cosas inmuebles y muebles.

Entendemos por cosas inmuebles *las que no pueden moverse ni trasportarse de un punto á otro sin mudar de forma ó sin sufrir algun deterioro*.

De estas unas se consideran inmuebles por *naturaleza*, como son: 1.º, las tierras y edificios; 2.º, las plantas y árboles, mientras estuvieren unidos á la tierra, y los frutos pendientes de los mismos árboles y plantas.

Otras se consideran inmuebles *por su destino*; como son:

1.º, los abonos destinados por el propietario al cultivo de sus heredades y puestos en esta; 2.º, todo lo que está unido á un edificio de una manera fija, de modo que no pueda separarse sin deterioro de este ó del objeto adherente; 3.º, las estátuas colocadas en un nicho, construido espresamente en el edificio; 4.º, los viveros de los animales; 5.º, las máquinas, vasos, instrumentos ó utensilios destinados por el propietario de la finca para el uso propio de la industria que en aquella se ejerciere.

Otras finalmente, se consideran inmuebles *por el objeto á que se aplican*, cuales son: 1.º, las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles; 2.º, los objetos y derechos perpétuos enagenados de la Corona.

Con esta clasificación, acomodada á la doctrina del nuevo Código (1), podremos comprender la naturaleza de las cosas inmuebles: veamos cuáles son las que pertenecen á la clase de las muebles.

Llamamos cosas muebles *las que pueden moverse ó transportarse de un punto á otro sin mudar de forma y sin sufrir algun deterioro*.

De estas, unas se mueven ó pasan por sí mismas de un punto á otro, como los *animales*, y entonces se llaman *semovientes*: otras necesitan de una fuerza estraña para moverse, como *una mesa, ó los frutos ya separados del árbol*, etc., y á estas las llamamos simplemente *muebles*: otras, en fin, se llaman muebles por *analogía* con las cosas á que se refieren, como las *obligaciones y acciones ó derechos* sobre cantidades ó efectos muebles, y las *rentas* sobre fondos y efectos públicos ó de particulares.

Es de advertir que á veces se usa solo de la palabra *muebles* para denotar el mueblaje de una casa; por cuya razon, á fin de no confundir estos objetos con las cosas muebles en general, daremos, siguiendo la doctrina del nuevo Código (2), las reglas siguientes:

1.^a Cuando por disposicion de la ley ó del hombre se use la espresion *bienes muebles*, se comprenderán en ella todas las cosas muebles, segun se ha definido.

2.^a Cuando se usa de la espresion de, *muebles* solo, ó de

(1) Art. 380. (2) Art. 382.

bienes muebles de una casa, no se comprenderán mas que los que sirven para amueblar ó alhajar la casa, y no los demás efectos que hubiere en esta, cualquiera que fuera la clase á que pertenecieren, mientras otra cosa no constare clara y manifiestamente.

Cosas rústicas y urbanas.

Se llaman cosas rústicas *las que están destinadas á los usos de la agricultura y ganadería*, como los campos, huertas, montes, graneros, pajares, casas de campo ó heredades, etc.; y urbanas *las destinadas para habitacion ó para objetos de lujo y recreo*, como las casas para habitar, los jardines, teatros, oficinas públicas, etc.

Cosas fungibles y no fungibles.

Llamamos cosas fungibles *las que no pueden servir á su destino principal sino en cuanto se destruyen ó salen de la mano ó poder del que las usa*, como el trigo, vino, aceite, dinero, etc.; y no fungibles *las que sirven á su destino principal sin necesidad de mudar de forma, ó de salir del poder del que las usa*, como un caballo, un vestido, etc. (1).

Algunos definen las cosas fungibles *las que pueden representarse mutuamente haciendo unas las veces ó funciones de otras*; y no fungibles *las que no pueden exactamente ser representadas por otras*.

Cosas preciosas y no preciosas.

Se llaman cosas preciosas *las muebles de gran coste ó valor*, y no preciosas *las que tienen un valor comun ó regular*.

Cosas existentes y futuras.

Decimos cosas existentes *las que tienen una existencia real ó jurídica*, y futuras *las que, aun cuando no existen, pueden existir, segun el curso ordinario de la naturaleza, arte ó industria, aunque tenga tambien en ello alguna parte la suerte ó ventura*, como los frutos cuando no han nacido y los productos que se esperan de la caza, pesca, etc.

(1) Art. 383.

Cosas principales y accesorias.

Son cosas principales *las que subsisten por sí, y sirven á su objeto sin necesidad de estar unidas á otras*; y accesorias *las que se agregan á otras mas principales para su servicio ó adorno*. Así, por egemplo, en una espada, *lo principal* será la hoja, porque con ella se consigue el fin de su construccion, y *lo accesorio* será el puño, que sirve para su perfeccion y complemento. Si acaso se dudase entre dos cosas que se unen y que cada una subsiste por sí, cuál era la principal y cuál la accesoría, la regla que proponen los juriscónsultos es, que la de mas volúmen es la principal, y si las dos fueran iguales, la de mas valor.

Cosas singulares y universales.

Llamamos cosas singulares *las que son consideradas como únicas en cada especie, y no dicen relacion á una universalidad, aunque haya muchas reunidas en su clase y universales las que, aun cuando consideradas separadamente son singulares, tomadas en conjunto forman un todo material ó juridico*. Así, por egemplo, lo que constituye *el patrimonio de una persona, la dote, la herencia, etc.*, será una cosa universal juridicamente hablando; pero *un rebaño, un almacén de granos*, formará un todo material.

Cosas divisibles é indivisibles.

Entendemos por cosas divisibles *las que son susceptibles de division, como un campo, un rebaño, una cantidad de dinero, etc.*, y cosas indivisibles *las que no pueden dividirse sin destruirse ó deteriorarse, como una casa que perteneciendo á muchos no tenga cómoda division, un documento en cuyo contenido hay muchos interesados, etc.*

Cosas litigiosas y juzgadas.

Se llaman cosas litigiosas *aquellas sobre cuyo derecho hay un juicio pendiente*, y cosas juzgadas *aquellas sobre las que ha recaído una sentencia en juicio de la que no hay ó no puede ya haber lugar á apelacion*.

En cada una de las cosas que hemos definido puede tenerse

ó una propiedad plena, ó una propiedad modificada, y con ello queda manifestado el orden con que examinaremos las materias del derecho que son objeto de este tratado.

LECCION SEGUNDA.

DE LA NATURALEZA DE LA PROPIEDAD, Y SUS
DERECHOS EN GENERAL.**R**esumen.

§. I. Razon del método. — §. II. Naturaleza en la propiedad, su origen y utilidad. — §. III. Clases en que esta se divide. — §. IV. Necesidad de leyes que aseguren la propiedad. — §. V. Límites de este derecho y potestad en el Soberano para establecerlos. — §. VI. Reglas para llevar á efecto la espropiacion. — §. VII. Causas que, además de esta restriccion, limitan el derecho de propiedad.

§. I.

Razon del método.

Hecha la clasificacion de las cosas en general, y determinada la naturaleza de las llamadas de *derecho civil*, ó *susceptibles de propiedad privada*, el órden pide que se den á conocer los distintos derechos que se pueden ejercer sobre ellas. Estos derechos, ó son *reales* ó *in re*, como espresan los jurisprudenciosos, ó *personales* ó *ad rem*. Unos y otros vienen á constituir el patrimonio de las personas; pero atendiendo á que no son unos mismos los efectos que producen, para que pueda con facilidad determinarse cada uno de por sí, hablaremos de ellos con separacion, empezando por los llamados *reales* ó *in re*.

De los de esta última clase presentan varias especies los autores de jurisprudencia; mas como examinadas ellas en particular, observamos que todas se refieren al derecho de propiedad, ora considerada esta en toda su estension, ora modificada por razon de algunos gravámenes ó servicios anejos á la misma, nos ha parecido conveniente tomar por base estas dos consideraciones, para examinar las disposiciones de las leyes relativamente á cada una de las especies de derechos *reales*, tratando, por consiguiente, en primer lugar, de la *propiedad plena* ó revestida de todos los derechos que le son propios, y en segundo lugar de la *propiedad modificada*.

Bajo este supuesto, empezaremos á hablar de la propiedad en el primer sentido, examinando ante todo su naturaleza, origen y utilidad, sus garantías, y juntamente los derechos que

competen al Estado sobre la misma, lo cual será la materia de la presente lección.

§. II.

Naturaleza de la propiedad, su origen y utilidad.

La palabra *propiedad*, aunque se usa generalmente como sinónima de *dominio*, sin embargo, tiene en su significacion alguna mas estension que esta última, por denotarse á las veces con aquella, no solamente el dominio, sino tambien las mismas cosas sobre que se egerce.

La ley 10, tít. xxxiii, Part. 7.^a, la define diciendo que es el *señorio de la cosa*; mas considerando que con semejante definicion no aparece desde luego cuáles sean sus atributos ó facultades, nos parece que puede definirse mejor diciendo que es un *derecho real del cual nace la facultad de gozar y de disponer de una cosa, sin mas limitaciones que las que previenen las leyes y reglamentos*, cuya definicion adopta el nuevo Código (1).

Su origen.

El origen de esta institucion lo encontraremos en el derecho natural, y para demostrarlo bastará solo recordar aquel precepto del Decálogo, *Non furtum facies*: el cual, ciertamente no hubiera incluido Dios en las Tablas que dió á Moisés si no se derivara de este derecho la distincion de dominios, ó separacion de *lo mio y lo tuyo*, sin la que no pudiera decirse que el hurto se halla prohibido por derecho natural.

Otros argumentos presentan los publicistas para su demostracion: á nosotros, sin embargo, nos ha parecido este el mas autorizado, y como tal lo proponemos.

Su utilidad.

Declarada y confirmada por el mismo Dios la propiedad individual, su utilidad está patente á todos, pues nadie, á poco que reflexione, podrá dejar de conocer que no hay otra institu-

(1) Art. 391.

cion que mas beneficios pueda reportar á la sociedad, ni que mas contribuya á los adelantos de la civilizacion.

Consideremos, si no, al hombre por un momento sin el derecho de propiedad, y lo primero que se ofrecerá á nuestra meditacion será la imposibilidad de mantenerse el edificio social; puesto que, faltando en el hombre la seguridad de poseer el fruto de sus esfuerzos ó trabajos, ni puede asegurarse su estabilidad en el pais que hubiere escogido, ni contar un cuerpo político con medios suficientes para atender á su existencia y conservacion.

Si á esto agregamos los artificios y violencias que emplearian unos para aprovecharse del fruto de los trabajos de los demás, y la continúa agitacion del hombre industrioso para obtener por sí la garantía que no le procuraba la ley, nos parece que está dicho lo bastante para no dudar de la utilidad que presta á la sociedad el derecho de propiedad.

Solo falta que veamos los derechos que ella confiere, y como estos pueden ser mas ó menos, segun fuere la clase de propiedad, será preciso hacer antes una clasificacion de la misma, que será el objeto del párrafo siguiente.

§. III.

Clases en que se divide la propiedad.

Para determinar las clases en que puede dividirse la propiedad, se ha de atender ante todo á los derechos que ella comprende. Estos son tres:

- 1.º El derecho de enagenar la cosa sobre que se egerce.
- 2.º El de percibir los frutos que ella produce.
- 3.º El de escluir á los demás del uso de la misma.

Estos tres derechos, ó se egercen absolutamente por el propietario, sean uno ó muchos los dueños, ó solamente se egercen con alguna limitacion. En el primer caso, el dominio ó la propiedad se llamará *plena* ó *perfecta*; en el segundo, *menos plena* ó *imperfecta*.

Entendemos por propiedad plena *el derecho que uno tiene en alguna cosa para enagenarla ó disponer de ella sin dependencia de otro, percibir todos sus frutos, y escluir á los demás de su uso*: y por propiedad menos plena, *el ejercicio*

del dominio, limitado por un derecho que compete á otro sobre la misma cosa.

De esta última definicion resulta, que la *propiedad menos plena* supone varios dueños con distintos derechos sobre una cosa raiz, y consiguiente á ello, para distinguir ó determinar el que á cada uno de ellos pertenece, la dividiremos en dos clases, á saber: en *propiedad ó dominio directo*, y en *dominio útil*.

Se llama *propiedad ó dominio directo el derecho de una persona de concurrir á la venta de una finca suya, cuya utilidad ha cedido á otros, y de percibir por este título una pensión anual sobre la misma; y se llama dominio útil el derecho de aprovecharse de todos los productos de una cosa raiz, con la condicion de haber de satisfacer una prestacion ó tributo anual á aquel de quien procede la finca.*

En la *enfiteusis* y en los *señorios* se ve claramente esta division de la propiedad, llamándose dominio directo *el que ejerce el dueño de quien procede la finca*, y dominio útil, *el que tiene el dueño que la posee*, por razon de que él solo es quien se aprovecha de la cosa, aunque con la obligacion de pagar anualmente una pensión.

Mas como en vano seria declarar los derechos que van inherentes á la propiedad si la ley no viniera en su apoyo, será muy importante que se demuestre la razon de esta necesidad.

§. IV.

Necesidad de que las leyes aseguren la propiedad.

Si necesaria es la propiedad al hombre social, no lo es menos el que esta quede asegurada por una sancion legal. Sin este apoyo, el mas fuerte se apoderaria de la cosa que poseyera otro mas débil que él, y dejaria de producirse aquella suma de bienes que sirven, no solo en utilidad del propietario, sino en la de toda la sociedad.

Por el contrario, viniendo la ley en apoyo de la propiedad, no solo se consiguen los gozes que ella proporciona á su dueño, sino que se aumenta la riqueza pública, puesto que, estimulando al hombre á que pueda sacar mas productos de las cosas que posee, le constituye en el caso de poder hacer mayores sacrificios en beneficio de la sociedad.

Interesa, pues, que la ley garantice al propietario, haciéndole formar la persuasión de que nadie le despojará de la propiedad, que gozará de los productos de sus afanes, y que le defenderá por medio de magistrados públicos de los ataques que se dirigieren contra ella.

Así lo han reconocido los legisladores de todas las naciones cultas, y conformes con estas máximas escribieron en sus Códigos el principio de la inviolabilidad de la propiedad, hallándolo, con respecto á nuestra España, consignado en las leyes 2.^a, tit. 1, Part. 2.^a, y 31, tit. XVIII, Part. 3.^a, y transcrito despues en los Códigos de derecho político ó Constituciones que se han publicado desde el año 1812 hasta el presente, en cuyos documentos unánimemente se establece que nadie sea privado de la propiedad sino por causa justificada de utilidad comun, prévia la correspondiente indemnizacion, como se espresa asimismo el nuevo Código (1).

Esta inviolabilidad de la propiedad tan justamente sancionada, no puede, sin embargo, estenderse á facultar al hombre á que pueda hacer el uso que quiera de ella; y de aquí la necesidad de haberse de prefijar sus verdaderos limites, á fin de evitar los abusos que de otro modo pudieran cometerse en perjuicio del Estado.

Cuáles sean estos límites, y si hay derecho en la sociedad para establecerlos, será la materia del párrafo siguiente.

§. V.

Limites del derecho de propiedad, y potestad en la sociedad para establecerlos.

Aunque la idea de la propiedad lleva consigo la de haber de reconocer en el propietario la facultad de hacer en sus cosas el uso que mas le acomode, no obstante, como pudiera degenerar en un abuso perjudicial si se dejaba á su arbitrio el ejercicio de este derecho, de aquí la necesidad de fijar reglas con el fin de evitar los daños que el mal uso de la misma pudiera originar. ¿Quién negará, por ejemplo, al propietario la facultad de destruir sus mismas cosas, ó *abutendi*, segun se lee en la ley 21, tit. xxxv, lib. vi del Código de Justiniano? Y sin embargo,

(1) Art. 392.

no por ello ha de entenderse que lo pueda hacer con daño de los demás individuos de la sociedad.

Para impedir, pues, este abuso perjudicial, es por qué toda legislación bien ordenada debe arreglar el ejercicio del derecho de propiedad, del mismo modo que el de todos los otros derechos del hombre social, señalándole al efecto los límites dentro de los cuales deberá ejercerse, no de un modo arbitrario, sino combinándolos con el bien comun, que es el objeto y la suprema ley de la sociedad.

Tal es el verdadero derecho de la propiedad, y así es como han de entenderse las facultades que le son inherentes, que por esto, al dar su definición, se añadió en ella la circunstancia de haberse de sujetar el que ejerza este derecho á lo que dispusieren las leyes y reglamentos, como con mucha sabiduría lo espresó el Rey D. Alfonso el Sábio cuando definió el dominio, diciendo que es: *Poder que ome ha en su cosa de facer de ella ó en ella lo que quisiese, segun Dios é segun fuero.* Ley 1.^a, tít. xxviii, Part. 3.^a

Además, aunque la propiedad sea una institucion derivada del derecho natural, útil á todos, necesaria al bien comun é indispensable para el desarrollo de la civilizacion, su distribucion procede inmediatamente de la ley que ha creado los títulos para su adquisicion en tal concepto el propietario que la adquiere, y continúa en ella bajo la salvaguardia de la ley, no podia menos de quedar sujeto á ciertas obligaciones, como en compensacion de las ventajas que recibe.

Estas obligaciones, pues, serán otros tantos límites del derecho de propiedad, y para determinarlas las dividiremos en dos clases, á saber: unas *positivas*, que consisten en hacer, y se contraen para con la autoridad que gobierna la sociedad, y las otras *negativas*, que consisten en haber de abstenerse de ciertos actos que pudieran perjudicar á los demás, y se contraen para con todos los individuos de la sociedad.

A la primera clase pertenecen todas aquellas con las que la autoridad pública queda indemnizada por los cuidados que toma sobre sí para sostener al propietario en el goce de sus cosas, siendo de este número, por ejemplo, la obligacion de haber de soportar tal carga, ó la de desempeñar un servicio en el punto donde radique la propiedad, ó la de tener que desprenderse de

alguna finca en utilidad del bien público ó general, ó la de haber de sacrificar en una parte de sus rentas para el sostenimiento de las necesidades del Estado.

A la segunda pertenecen todas aquellas otras obligaciones por las que se trata de evitar los daños y perjuicios que del mal uso de la propiedad pudiera causarse á los individuos de la sociedad.

La falta de cumplimiento á estas últimas obligaciones se sujeta á las reglas establecidas en el Código penal tanto en cuanto á la responsabilidad civil de que tratan los artículos 115 y siguientes, como en cuanto á la responsabilidad criminal en los casos á que se refieren los artículos 467 y sucesivos; pero si se tratare de la falta de cumplimiento á las primeras, hay leyes de otro orden que arreglan el modo de hacerlas efectivas.

De estas leyes; unas pertenecen al *derecho administrativo*, y otras al *derecho civil*; y aunque á unas y otras debe consultar el abogado, nosotros solo nos ocuparemos de estas últimas, y particularmente de la que se refiere al modo de llevarse á efecto la espropiacion, cuando sea necesario este sacrificio de parte del propietario para objetos de pública utilidad.

§. VI.

Modos de llevarse á efecto la espropiacion en los casos de pública utilidad.

Una de las obligaciones que las leyes imponen al que ejerce el derecho de propiedad, segun lo manifestado en el párrafo anterior, es la de haber de desprenderse de sus fincas en beneficio del Estado, siempre que lo exigiese algun motivo de pública utilidad.

Mas, como seria injusto que gravitara sobre uno solo lo que ha de ceder en interés de los individuos en general, y pudiera por otra parte abusar la autoridad administrativa si quedara exclusivamente á su arbitrio, tanto la declaracion de ser la obra proyectada de interés general, como la de ser necesaria la enagenacion de esta ú otra finca privada para su realizacion, las leyes han ocurrido á este defecto, habiéndose publicado con este motivo la de 17 de Julio de 1836, en la cual se establece que á nadie se obligue á enagenar lo que sea de su pro-

piedad para obras de interés público, sin que precedan los requisitos siguientes:

1.º La declaracion de que la obra proyectada es de utilidad pública, y el haberse obtenido el competente permiso para su realizacion.

2.º La necesidad de haberse de enagenar el todo ó parte de la propiedad particular para ejecutarse la obra pública que se intenta.

3.º El justiprecio de la parte de terreno que haya de enagenarse.

4.º El pago del precio ó la indemnizacion del propietario.

Declaracion de utilidad.

Esta deberá ser objeto de una ley, siempre que, para la ejecucion de la obra proyectada en beneficio público haya de imponerse alguna contribucion.

En los demás casos bastará solo una Real orden que lo determine.

Necesidad de la enagenacion.

Para declarase esta deberá oír el gobernador civil á los interesados, y en su vista se decidirá si hay ó no lugar á ella. Si no se conformaren los dueños con la providencia que se hubiere dictado, se remitirá el expediente al Gobierno para su resolucion.

Justiprecio.

Este ha de hacerse por peritos nombrados por ambas partes, esto es, por parte de la autoridad y la de los dueños, ó en caso de discordia por un tercero designado por los mismos, ó por el juez del partido, si las partes no se pusieren de acuerdo.

Pago del precio.

Este ha de verificarse antes del desahucio, y en caso de reclamacion de un tercero por razon de enfiteusis, servidumbre ó arrendamiento, quedará depositado hasta que los tribunales decidan sobre la demanda intentada; debiendo añadir que si no se ejecutara la obra proyectada, ó el gobierno ó el empresario resolvieran deshacerse del todo ó parte de la finca cedida, ha

de ha ser preferido el dueño á cualquier comprador en igualdad de precio.

Tal es, en general, lo que á consecuencia de lo dispuesto en la ley de 17 de Julio de 1836, ha de observarse cuando en uso del derecho que compete á la sociedad sobre la propiedad privada, hubiera de procederse á su espropiacion por motivos de pública utilidad.

Las dificultades y cuestiones que se ofrecieron despues de publicada esta ley, dieron lugar á varias disposiciones para su inteligencia y aplicacion.

De esta clase son las Reales órdenes de 19 de Setiembre y 10 de Octubre de 1845, y la de 1.º de Mayo de 1848, que deberán consultarse en caso de reclamaciones de los propietarios colindantes al terreno ocupado para la ejecucion de la obra, especialmente la última citada, por declararse en esta el modo cómo han de entenderse los requisitos que exige la ley de 17 de Julio de 1836 para que se verifique la espropiacion.

En los demás casos en que convenga limitar el derecho de propiedad, se estará á lo que dispongan las leyes sobre cada uno de ellos, lo cual se comprenderá fácilmente con solo determinar las otras causas que, además de la espropiacion, limitan el espresado derecho.

§. VII.

Causas que, además de la espropiacion, limitan el derecho de propiedad.

No solo queda limitado el derecho de propiedad, en virtud de la facultad que compete á la sociedad para apropiarse en los términos manifestados del todo ó parte de las fincas que posee el propietario, sino que además existen otras causas que obligan al legislador á restringir de por sí este derecho, ó á autorizar lo que los pueblos ordenaren, ó los particulares acordaren entre ellos mismos con el propio objeto.

Así es que contra los daños que produce á la sociedad el abandono que hiciere el propietario de sus bienes, se halla establecida la *prescripcion*, ó que el dueño de la cosa *pierda el dominio*, y pase á otro que la haya adquirido con los requisitos legales. Ley 1.ª, tit. xxix, Part. 3.ª

Por el interés que tiene la sociedad en que se conserven

las dotes de las mugeres, se prohíbe á los maridos la *enagenacion de la dote inestimada*, no obstante de tener ellos el señorio sobre la misma, como espresa la ley 7.^a, tít. xi. Partida 4.^a

Para que no resulten perjudicados los pupilos y menores, las leyes han declarado la nulidad de las ventas que hicieren estos de los bienes que les pertenecen, á no intervenir la autoridad ó aprobacion del tutor ó curador como igualmente las que hicieren los tutores ó curadores sin los requisitos que exigen las leyes, los cuales quedaron esplicados en el párrafo IV, seccion 3.^a de la leccion xi, Trat. 1.^o

Para que se conserve el ornato público en todas las poblaciones, aprueba el legislador las *ordenanzas de las municipalidades*, que prescriben en cada localidad ciertas reglas á que tienen que sujetarse los propietarios en la construccion de edificios.

Finalmente, para favorecer las últimas voluntades y hacer que se guarde la fidelidad en los pactos que los hombres celebran, autoriza tambien la ley las limitaciones que los testadores imponen en la propiedad que transmiten, ó las que se fundaren en una convencion, siempre que no sean de las que reprueban las leyes; y de aquí las *servidumbres, enfiteusis, hipotecas* y otros gravámenes, debidos en su mayor parte á un *testamento* ó á un *contrato*, como luego manifestaremos.

Fuera de estas limitaciones, será libre la propiedad, gozando en su consecuencia el propietario de los derechos inherentes á la misma, de los cuales nos ocuparemos en la leccion siguiente.

LECCION TERCERA.

DEL DERECHO DE ACCESION.

Resumen.

§. I. Razon del método.—§. II. Qué es derecho de accesion, y sus especies.—§. III. Cosas que son objeto de la accesion llamada *discreta ó interrumpida*, y á quién pertenecen.—§. IV. Cuáles son las que se refieren á la accesion llamada *continua ó no interrumpida*.—§. V. Reglas para determinar los derechos que nos corresponden en virtud de incorporacion hecha naturalmente á las cosas inmuebles.—§. VI. Cuáles son las que han de observarse en caso de incorporacion hecha á las mismas artificialmente.—§. VII. Reglas para determinar el derecho que las leyes conceden por la incorporacion hecha á las cosas muebles.

§. I.

Razon del método.

Constituida la propiedad, y vistos los bienes que produce esta institucion, tanto en favor de los particulares como de la sociedad en general, parece muy propio que se den á conocer sus atributos, ó los derechos que ella confiere al que se halle poseyendo una cosa como dueño.

Estos derechos, segun la definicion que hemos dado en el párrafo II de la leccion anterior, consisten, en poder el propietario gozar y disponer de la cosa, aunque con sujecion á las leyes, ó, como mas determinadamente se dice en el párrafo III de la misma leccion, en poder *enagenar la cosa, percibir sus frutos, y escluir á otros de su uso*.

Que estos son los derechos que comprende en sí la propiedad se colige desde luego, si se atiende á que las cosas son apreciadas por los hombres en razon á los usos, servicios, utilidades y productos que ofrecen; y como si estos usos, servicios y utilidades no perteneciesen á sus dueños seria un engaño completo la propiedad, debemos inferir que, ó es falsa la idea que tenemos formada de ella, ó que siendo realmente la misma que la que hemos atribuido, es preciso que el que sea verdaderamente dueño de una cosa pueda aprovecharse de ella juntamente con sus aumentos y producciones.

El derecho en virtud del cual adquiere una persona el incremento que reciben sus cosas, se llama *derecho de accesion*, cuya naturaleza y efectos examinaremos en la presente leccion.

§. II.

Naturaleza del derecho de accesion y sus especies.

Entendemos por derecho de accesion *aquel derecho que la propiedad de los bienes dá á todo lo que ellos producen, ó se les une ó incorpora natural y artificialmente*, como expresa asimismo el nuevo Código (1).

Algunos juriscultos han considerado este derecho como uno de los *modos de adquirir* el dominio de las cosas. Nosotros, sin embargo, atendiendo á que lo que se adquiere en virtud de él es una consecuencia de la propiedad que ya tenemos en la cosa, le consideramos mas bien como *uno de los derechos inherentes al dominio*, lo cual se ven obligados á reconocer los mismos que le reputan como *modo de adquirir*, en razon de no tener á la *acesion* por un modo *absoluto* como el que se verifica por la *ocupacion*, sino por un modo *hipotético ó secundum quid*, cuya frase denota el haber de ser uno dueño de la cosa, para hacer suyo lo que ella produce ó lo que á ella se incorpora.

Mas, ó bien se considere la *acesion* como modo de adquirir, ó bien como un derecho inherente á la propiedad, nadie ha podido prescindir de las causas que la constituyen, las cuales pudiendo dimanar ó de sola la *naturaleza* ó de sola la *industria ó artificio del hombre*, ó de *las dos cosas* juntamente, dan lugar á la division admitida en las escuelas, de *acesion natural, industrial y mista*, segun sea la causa de donde proceda.

Bajo este órden es como trataron los escritores antiguos de cada una de las especies de *acesion*; y si bien pudiéramos adoptarlo igualmente nosotros con el mismo objeto, sin embargo, nos ha parecido mas sencillo, siguiendo el órden propuesto en el nuevo Código (2), dividirla en dos clases, á saber: una

(1) Art. 396.

(2) Lib. II, tit. II, cap. II.

que se llama *accesion discreta ó interrumpida*, por la cual entendemos el *derecho de adquirir los frutos que producen nuestras cosas*; y otra que se llama *accesion continua ó no interrumpida*, que definiremos el *derecho de adquirir lo que se une ó incorpora natural ó artificialmente á las mismas cosas*.

De cada uno de estos dos *derechos* trataremos con separacion, y empezando por el llamado de *accesion discreta*, haremos ver qué cosas son su objeto, y á quién pertenece su dominio.

§. III.

Qué cosas son objeto de la *accesion discreta*, y á quién pertenecen.

Segun la definicion que hemos dado de esta clase de *accesion*, son objeto de la misma *las producciones que por beneficio de la naturaleza, ó por esta ayudada de la industria del hombre, ó por efecto de alguna convencion, proporcionan nuestras cosas*.

A estas producciones damos el nombre de *frutos*, los cuales se dividen en tres clases, á saber: *naturales, industriales y civiles*, cuya division adopta tambien el nuevo Código (1).

Se llaman *frutos naturales las producciones que ofrecen espontáneamente las tierras*, como son, por ejemplo, *las yerbas que nacen por sí mismas, los frutos de los árboles silvestres, y aun de los plantados por la mano del hombre, si hecha la plantacion se producen sin trabajo alguno de parte de este*, como espresa la ley 39, tit. xxviii, Part. 3.^a

Tambien se tienen por *frutos naturales* los productos de los animales, como las *crias, lana, leche*, etc., aunque algunos jurisconsultos los colocan entre los *frutos industriales*, fundados en la necesidad que hay de cuidarlos para que crien y puedan producir las otras utilidades.

Son *frutos industriales las producciones que provienen de nuestras heredades ó tieras, á beneficio del cultivo ó del trabajo del hombre*, como, por ejemplo, *las legumbres cereales, etcétera*.

Sin embargo, para que tanto estos frutos como los natura-

(1) Art. 397.

les se reputen por tales, en caso de haber de partirse entre varias personas que alegan derechos sobre los mismos, ha de tenerse presente que, según la ley 10, tit. iv, lib. iii del Fuero Real, si son frutos de *árboles ó viñas*, han de haber aparecido en la heredad; mas si fueren de *sembrados*, dice dicha ley, *que magüer non aparezca el fruto á la sazón de la muerte, pártanse*; ó lo que es lo mismo, que para que se reputen *frutos* los productos de los sembrados, no es necesario que hayan ya nacido ó aparecido al tiempo de la muerte del dueño del campo.

En el nuevo Código se establece para unos y otros, que no se reputan tales sino desde que están *manifiestos ó nacidos* (1).

En cuanto á las *crias de los animales*, basta que estén en el vientre de la madre estos productos, aunque no hayan nacido; cuya declaracion, si bien no consta por ninguna ley, se halla autorizada en la práctica, con la cual se conforma el nuevo Código (2).

Finalmente, se llaman frutos civiles *los productos anuales que no provienen de la misma cosa, sino con ocasion de ella, ó en virtud de una convencion*: como, por ejemplo, los *alquileres de casas*, los *réditos de censos*, y cualesquiera otras acciones y derechos semejantes.

Todos los espresados frutos pertenecen por regla general al propietario, aunque con la obligacion de abonar los gastos hechos por un tercero para su produccion, recoleccion ó conservacion (3): debiéndose entender por propietario, en cuanto á las *crias de los animales*, el que lo fuere de la *hembra*, si no hay costumbre en contrario, según lo declaró la ley 25, título xxviii. Part. 3.^a

Con lo dicho queda manifestado lo que disponen las leyes respecto á la *accesion discreta*, ó sea al *derecho de accesion relativamente al producto de los bienes*.

Veamos qué es lo que se dispone en cuanto á la *accesion continua*, que será objeto de los párrafos siguientes:

(1) Art. 400, párrafo 1.º

(2) Art. 400, párrafo 2.º

(3) Art. 399.

§. IV.

Qué cosas son objeto de la *accesion continua*, ó no interrumpida, y antecedentes para fijar los derechos sobre ellas.

Son objeto de la *accesion continua* las cosas ajenas que se unen ó incorporan á las nuestras, ora sean *inmuebles*, ora *muebles*. Mas como no son unas las mismas reglas que sirven para determinar los efectos de las respectivas incorporaciones, será preciso que se espongan con separacion las que se refieren á cada una de ellas.

Empezando por la *accesion* que se verifica en virtud de incorporacion á las *cosas inmuebles*, esta puede tener lugar, ó por *beneficio de la naturaleza*, ó por *un hecho del hombre*.

Las que se verifican del primer modo reconocen por causa uno de los cuatro accidentes siguientes, á saber:

- 1.º La *aluvion*.
- 2.º La fuerza manifiesta del rio, ó mas propiamente, la *avulsion*.
- 3.º La formacion de una isla.
- 4.º La *mutacion* ó *variacion de cauce*.

Las que se verifican por un *hecho de hombre* ó *artificialmente*, pueden provenir de dos causas, á saber:

- 1.ª Por razon de la *edificacion*.
- 2.ª Por la *plantacion* y *siembra*.

En cada una de las incorporaciones que se hicieren por las espresadas causas, el principio general para determinar el derecho que se adquiere sobre las cosas incorporadas, es: *Que aquel á quien pertenece el suelo, hace suyas las agregaciones que se hicieren á él*; pero como al mismo tiempo pueden ocurrir dificultades, tanto con respecto al hecho de la *agregacion*, como respecto á los derechos y obligaciones que adquiere y contrae el propietario por efecto de la misma, será muy conveniente que se espese en particular lo que sobre cada una de las causas de incorporacion establecen las leyes.

Reglas para determinar los derechos en virtud de la incorporacion hecha naturalmente á las cosas inmuebles

Cuatro, segun se ha dicho, son las causas de incorporacion que puede hacerse á las cosas inmuebles por beneficio de la naturaleza, á saber: la *aluvion*, la *fuerza del rio*, la *formacion de isla* y la *variacion de cauce*. En cada una de estas causas se espresará en qué consiste el hecho de la agregacion, y al mismo tiempo el derecho que se adquiere en virtud de ella.

Aluvion.

Esta palabra, que, segun el Diccionario de la Academia, denota *una avenida fuerte de agua*, en sentido jurídico significa *el acrecentamiento que las heredades sitas en las orillas del rio reciben paulatina é insensiblemente por efecto de la corriente de las aguas*.

El aumento que por esta causa reciben los campos pertenece al dueño del terreno á que se agregó, sin que los propietarios de las fincas riberiegas tengan derecho á exigir precio ni recompensa alguna por razon del daño sufrido, como dispone la ley 26, tit. xxviii, Part. 3.^a, fundándose para ello en que siendo lenta, sucesiva é imperceptible la agregacion hecha por esta causa, no puede saberse cuánto era y á quién corresponda lo agregado, con cuya doctrina se conforma el nuevo Código (1).

Fuerza manifiesta del rio.

Entendemos por fuerza manifiesta del rio, ó mas propiamente por *AVULSION*, lo que la corriente del rio arranca de un campo en una avenida repentina y lo lleva ó traslada á otro, bien sea algun árbol ó bien alguna porcion de terreno.

Lo agregado por esta causa á nuestros campos continúa siendo del dueño primitivo, quien podrá reclamarlo mientras que, ó la tierra no quede incorporada ó se consolide con la heredad á que se agregó, ó no echaren raices los árboles que trajo la corriente consigo.

(1) Art. 409.

Mas si no se hizo ninguna reclamacion por el dueño, y llegaron á verificarse dichas consolidaciones, lo unido de este modo lo adquirirá el dueño de la heredad á que se hubiere hecho la anexion, con solo la obligacion de pagar al dueño primitivo el importe del menoscabo sufrido, á juicio de peritos, como espresa la ley 26, tit. xxiii, Part. 3.^a; lo cual confirma tambien el nuevo Código, con la única diferencia de conservar la propiedad al dueño del terreno ó de los árboles segregados de su campo, si la reclama dentro de un año (1).

La razon de esta disposiciones, que en la *avulsion* es conocido el dueño de la heredad de la cual se desprendió lo agregado á la otra, y por lo mismo, mientras no forme un todo con la de aquel á que se agregó, no parece justo que haya de perder su dominio; así como verificada la union, seria incivil que continuara en él, por la dificultad que ofreceria hacer una segregacion del terreno despues de formar un todo con el que se unió.

Formacion de isla.

Se entiende por ISLA una *porcion de tierra rodeada enteramente de agua, ora se forme en el mar, ora, que es lo mas frecuente, en los rios.*

Si se forma en el mar, se hace del primero que la ocupa; pero sus pobladores quedan sujetos, segun la ley 29, tit. xxviii, Partida 3.^a, al *señor* del lugar en que se formare.

Sin embargo, como en el actual estado político de España no se reconoce otro *señorío* que el del Rey, nos parece que únicamente podrá admitirse en este caso la doctrina del nuevo Código, que establece que las islas que se formen en los mares adyacentes á las costas de España pertenecen al Estado, sin que nadie pueda adquirir propiedad sobre ellas sino en virtud de concesion del gobierno ó por *prescripcion*, cuya disposicion la estiende igualmente á los rios navegables, y aun á los flotables, ó en que se navega por *sirga* ó *balsas* (2).

Mas si la isla se formare en rios no navegables ni flotables, el terreno que la constituye deberá dividirse, ó *entre los dueños*

(1) Art. 411.

(2) Art. 413.

de las heredades sitas en las dos riberas opuestas del rio, ó solo entre los de una ribera.

Se dividirá entre los dueños de ambas riberas cuando, partiendo de la línea que se trazare por medio del álveo, resultare tocar parte del terreno en cada mitad; pero si cayere toda la isla en la una parte tomada desde la mitad del rio, solo se dividirá entre los dueños de la ribera mas inmediata.

En uno y otro caso, la porcion que haya de adjudicarse, siendo muchos los dueños de las tierras situadas á las riberas del rio, será con proporcion á la estension que cada propietario tenga á lo largo de la orilla, y siendo uno solo, quedará todo el terreno á su favor, segun dispone la ley 27, tít. xxviii, Partida 3.^a, del mismo modo que el nuevo Código (1).

La parte que por esta causa haya de adjudicarse á los propietarios de las heredades contiguas pertenecerá á ellos, tanto en propiedad como en usufructo; á diferencia de cuando la incorporacion se hiciere por *aluvion* ó por *avulsion*, que entonces, si bien pasa la propiedad de lo agregado al que fuere dueño de los campos, el usufructo pertenecerá al usufructuario si las tierras se poseyeran con este título. Ley 30, tít. xxviii, Partida 3.^a

Lo dicho hasta aquí ha de entenderse cuando la isla se formare por desecacion ó por aglomeracion de tierra ó arena que la corriente del rio atrajere; pero no cuando creciendo las aguas por una fuerte avenida entrasen por las heredades y las atravesasen de modo que formaren islas, porque entonces permanece el terreno en el dominio de su propio dueño, como antes de aislarse, segun espresa la ley 28 del mismo título y Partida citada, y admite tambien el nuevo Código (2).

Mutacion de cauce.

Se entiende por mutacion de cauce *la variacion del curso del rio, dejando seco el antiguo álveo ó cauce.*

En este caso, el lugar por el que empieza á correr el rio se hace público, y el terreno seco por el que anteriormente corria pertenecerá á los propietarios de los campos confinantes,

(1) Art. 414.

(2) Art. 415.

los cuales tomarán tanta parte cuanta es la frontera de las tierras hácia el mismo río, como dice la ley 31, tit. xxviii, Partida 3.^a; si bien tenemos por mas equitativa la doctrina del nuevo Código, en el que se dispone que el terreno que ocupaba el antiguo álveo se divida proporcionalmente entre los dueños de los campos por donde corre nuevamente el río (1).

Prescindiendo de esta disposicion, por no tener todavia fuerza de ley, y fijándonos en lo dispuesto por la ley de Partidas, se hace preciso advertir, que dicha doctrina no es aplicable al caso en que la ocupacion de las aguas del nuevo terreno fuere causada por las avenidas del río, pues entonces, aunque el dueño pierde la posesion natural mientras sus tierras estén cubiertas por las aguas, sin embargo, tan luego como estas se retiren usará de sus campos en la misma forma que antes lo hacia, segun lo espresó así la ley 32 del título y Partida citada, y admite tambien en cierto modo el nuevo Código, al disponer que los dueños de las heredades confinantes con lagunas ó estanques, ni adquieren el terreno descubierto por la disminucion temporal de las aguas, ni pierdan el que estas inundan en las crecidas estraordinarias (2).

Tales son las reglas mas principales para determinar los derechos de accesion respecto de los bienes inmuebles, cuando esta se verifica por *beneficio de la naturaleza*: las que sirven para determinar estos mismos derechos, cuando la accesion se verifica *artificialmente* ó por la mano del hombre, se dirán en el párrafo siguiente.

§. VI.

Reglas para determinar los derechos de accesion, cuando es hecha á los bienes inmuebles ó artificialmente.

Dos son las causas, segun dijimos, por las cuales puede verificarse esta clase de *acesion*, á saber: *la edificacion y la plantacion y siembra*; y aunque el principio general para determinar los derechos que estas causas producen, es: *Que cede al dueño del suelo lo que se une al suelo*, como espresa asi-

(1) Art. 412.

(2) Art. 410.

mismo el nuevo Código (1), sin embargo, hay que tomar en consideración algunas circunstancias particulares, que nos obligan á hablar de cada una de estas causas con separación, siendo la primera de que nos ocuparemos la que se verifica por

Edificación.

Para determinar los derechos que produce el hecho de la edificación, distinguiremos tres casos:

- 1.º Cuando el dueño del terreno edifica en él con materiales suyos;
- 2.º Cuando lo hace con materiales ajenos;
- 3.º Cuando el que no es dueño del terreno edifica en él con materiales suyos ó de un tercero.

Refiriéndonos al primer caso, fácilmente se deja comprender que lo edificado es absolutamente y sin restricción alguna del que edificó, puesto que el que es dueño de un terreno lo es de su superficie y de lo que está debajo de ella, como dice el nuevo Código (2), y como tal, podrá hacer en él todas las *obras, plantaciones y escavaciones* que quiera, salvo en cuanto á las *escavaciones* lo dispuesto en la legislación especial de minas, así como respecto de las obras de construcción deberá sujetarse á lo que los reglamentos de policía urbana establezcan, ó á lo que los mismos ordenen con el fin de evitar los perjuicios que pudieran causarse á los particulares y al público, si por pertenecernos el área en propiedad, se nos permitiese edificar ó hacer cualquiera otra obra á nuestro arbitrio.

En el segundo caso adquiere también el dueño del terreno la propiedad de lo edificado, ora haya obrado de buena, ora de mala fé, como así lo dispone la ley 38, tit. xxviii, Part. 3.ª, fundándose en aquella máxima del derecho romano: *Ne ædificia rescindi necesse sit*, ó, como dice la misma ley, para que *las obras que fueren hechas no las derriben por apostura et por nobleza de las cibdades é villas*; pero al mismo tiempo impone esta ley al dueño la obligación de dar el precio doblado de lo que valiere la cosa á aquel cuya era.

No obstante de ser esta la disposición de la ley de Partidas,

(1) Art. 401.

(2) Art. 394.

á nosotros nos parece que no estando admitidas las penas del *duplo*, *triplo*, etc., sino en los delitos contra la Real Hacienda, no puede aplicarse al presente esta doctrina, debiendo servir mas bien la contenida en el nuevo Código (1), el cual, despues de declarar que sea la propiedad de aquel que edificó, dispone que quede este obligado á pagar el valor de los materiales; y además que esté tenido al resarcimiento de daños y perjuicios si hubiere procedido de mala fe, lo cual conviene con lo que al final de la ley 16, tit. II, Part. 3.^a se establece para el mismo caso.

Finalmente, cuando el que no es dueño del terreno edifica en él con materiales propios, hay que distinguir que si tuvo buena fé, aunque tambien entonces pertenece el edificio al dueño del suelo, sin embargo, como no es justo que nadie se enriquezca en perjuicio de otro, deberá dicho dueño abonar al edificante el valor de sus materiales, con derecho en este, si se halla poseyendo de buena fe el edificio, de retenerlo hasta que se le satisfaga su importe, como asi se dispone en la ley 41, tit. xxviii, Part. 3.^a

Mas si el que edificó en suelo ageno con materiales propios lo hizo de mala fe, *pierde los materiales y las despensas que hi hoviese fechas*, como se halla establecido en la ley 42 del mismo titulo y Partida, con cuya doctrina se conforma en general el nuevo Código, aunque dá algunos otros derechos mas á los dueños del terreno en que se levantó el edificio (2).

Si los materiales en que se edificó perteneciesen á un tercero, aun cuando nada hay resuelto en la legislacion actual para este caso, debemos por equidad seguir la doctrina del nuevo Código, el cual dispone que si el tercero se halla inocente, haya de responder de su valor primeramente el que empleó los materiales, y en caso de no tener este bienes el dueño del terreno (3).

Tal es la doctrina legal sobre los derechos que produce la *edificacion* en cada uno de los casos espresados. Pasemos ya á determinar lo que se halla dispuesto acerca de la otra causa de la *accesion artificial*, que es la

(1) Art. 403.

(2) Artículos 404, 405, 406 y 407.

(3) Art. 408.

En esta rige igualmente el principio: *Que lo que se une al suelo cede á su dueño*; pero como tambien sobre este punto se han hecho algunas modificaciones, para que consten con claridad sentaremos los mismos tres casos que los que arriba hemos propuesto relativamente á la *edificacion*.

Así, pues, ó se trata de aquel que planta y siembra en su campo árboles ó semillas propias, ó de aquel que las planta siendo ajenas, ó de aquel, en fin, que en campo ageno planta árboles ó semillas propias.

En el primer caso, aunque, segun la doctrina que hemos sentado, es suyo todo lo que el dueño plantare en sus campos, sin embargo, hay que advertir que si habiendo plantado un árbol en los lindes de su heredad, se estendieran sus raices á la del dueño inmediato, de modo que las principales estuvieren en ella, entonces la propiedad del árbol cede al dueño de este, aun cuando las ramas caigan sobre la del que lo plantó; pero si las raices principales se hallan repartidas entre ambas heredades, el árbol será comun, y como tal se partirán sus dueños los frutos mientras estuviere en pié, ó su madera cuando sea arrancado. Ley 43, tit. xxviii, Partida 3.^a

Resulta, pues, de esta ley, que para que el árbol plantado en los lindes de dos heredades pertenezca al que lo plantó, ha de haber estendido sus raices principales en su propio terreno, y no siendo así, no adquirirá derecho á los frutos, aunque colgasen algunas ó todas sus ramas sobre su heredad, sino que pertenecerán al dueño de aquella donde hubiere hechado raices, el cual podrá, así en este caso como en cualquiera otro en que las ramas de los árboles cayesen sobre el campo vecino, entrar á recoger la fruta que hubiere caido en él, siempre que lo haga en el término de tres dias de haberse desprendido, como por punto general lo establecen las leyes 16, tit. iv, lib. iii, Fuero Real, y 18, tit. xxviii, Part. 3.^a

No obstante de ser esta la doctrina de las leyes de Partidas, se halla observado por una costumbre casi general el graduar la propiedad del árbol por el tronco, en vista de la dificultad que ocurre muchas veces el determinar si son mas ó menos principales las raices que se introducen por el campo

inmediato, quedando con el derecho el dueño de aquel en que colgaren las ramas de poder obligar al dueño del árbol á que las corte si le causan perjuicio, y aun tambien á que lo arranque de raiz si cayendo sobre casa le causara algun daño. Ley 28, tít. xv, Part. 7.^a

En el segundo caso, aunque el principio general es que lo plantado y sembrado cede al dueño del terreno, sin embargo, no es uno mismo el efecto que inmediatamente producen la *plantacion* y la *siembra*, porque en esta, como seria difícil el que despues de arrojada la semilla sobre la tierra pudiera recogerse para devolverse á su dueño, cede desde luego al del suelo en que se sembró, lo cual, no sucediendo en la *plantacion*, por ejemplo, de un *árbol*, en razon de que mientras este no eche raices puede sin detrimento alguno sacarse de la tierra para ser devuelto á su dueño, no cederá al del suelo hasta que haya arraigado.

Esta diferencia que se nota entre uno y otro acto, no altera la condicion del que plantó ó sembró una cosa agena en su heredad, pues en ambos casos hará suyo en dicho sentido lo plantado y sembrado, aunque con la obligacion de pagar á sus dueños el valor de los árboles y el de las semillas, ora haya procedido con buena, ora con mala fe, como dispone la ley 43, tít. xxviii, Part. 3.^a, si bien parece que debia condenársele además al que obró de mala fe al resarcimiento de daños y perjuicios, segun quedó sentado al tratar de la *edificacion* en este mismo caso, cuya doctrina admite el nuevo Código (1).

Finalmente, cuando creyendo uno de buena fe que era dueño del campo que hubiere comprado, lo sembrara, ó plantara en él árboles, y saliendo despues su verdadero dueño lo recuperase, será de este lo sembrado y plantado, abonando antes de hacérsele la entrega del terreno las despensas hechas en él por esta causa (2), á no ser que fuera tan pobre que no pudiese pagarlas, que entonces queda libre del pago; pero podrá el que las habia de cobrar sacar de la heredad *aquello que hi metió ó labró*, como dispone la ley 41, tít. xxviii, Part. 3.^a

Esto mismo se observará igualmente por parte del arren-

(1) Art. 403.

(2) Art. 404.

datario cuando, al dejar la tierra, no quisiera el dueño abonarle el valor de lo plantado.

Mas si el que plantó ó sembró en heredad agena hubiere obrado de male fe, sabiendo que no tenia derecho, además de ser del verdadero dueño lo sembrado y plantado, perderá aquel las semillas y plantas, sin poder exigir ninguna indemnizacion (1), escepto lo gastado en razon de frutos, que lo podrá descontar cuando los hubiese de devolver á su dueño, segun lo dispuesto en la ley 42 del mismo título y Partida.

Con lo dicho hasta aquí queda esplicada la doctrina del derecho relativamente á los efectos de la incorporacion hecha á las *cosas inmuebles*; solo nos falta ver con la misma precision lo establecido acerca de la incorporacion á los *bienes muebles*.

§. VII.

Reglas para determinar los derechos que resultan de la incorporacion hecha á los bienes muebles.

Para saber los derechos que resultan de esta clase de incorporacion, se hace preciso manifestar antes en general los modos cómo puede verificarse, los cuales, segun el lenguaje admitido en las escuelas, son los siguientes:

- 1.º *Por conjuncion.*
- 2.º *Por especificacion.*
- 3.º *Por commistion.*

Sobre cada uno de estos modos rigen varias reglas que determinan los derechos de los dueños de las cosas *unidas ó modificadas*, y á fin de que puedan constar con claridad trataremos de ellos con separacion, empezando por la

Conjuncion.

Entienden los jurisconsultos por *conjuncion* en el caso presente, *la incorporacion que se hace á las cosas muebles mediante la union de dos cosas que pertenecen á distintos dueños.*

Esta puede hacerse:

(1) Art. 405.

1.º Por *inclusion*, como, por ejemplo, si un diamante de un dueño se engasta en un anillo de otro.

2.º Por *soldadura*, como si á una estátua mia se le uniese un pie ó brazo de otra de diferente dueño.

3.º Por *tejido*, como si se teje ó borda una tela mia con hilos de oro que pertenecen á otro.

4.º Por *pintura ó escritura*, como si alguno escribe ó pinta en pergamino, tabla ó lienzo ageno.

A estas cuatro clases de conjuncion añaden los autores antiguos la *edificacion*, que nosotros hemos incluido entre las incorporaciones á los *bienes inmuebles*, sin que por esto dejemos de considerarla como una especie de *accesion industrial*.

Prescindiendo, pues, de la *edificacion*, por haber tratado de esta materia en el párrafo anterior, en las demás clases el principio general que rige para saber á quién pertenecen, es: *Que lo accesorio sigue á lo principal*, y por lo mismo, será del dueño de la cosa principal lo que se uniera á ella.

Qué cosas se consideran como *principal* y cuáles como *accesorias* lo manifestamos en el párrafo VII de la primera leccion de este tratado (1); debiendo añadir en este lugar, que la calificacion allí espresada solo puede servir cuando la ley no designe cuál de las dos cosas unidas ó incorporadas debe reputarse por principal.

Un caso de esta naturaleza se presenta en lo *pintado y grabado*, en que no obstante que, segun la definicion de las *cosas principales y accesorias*, debia tenerse como principal la tabla ó lienzo en que se pintase ó grabase, sin embargo, por la escelencia del arte, califica la ley 37. tit. xxviii, Part. 3.ª, como principal lo pintado y entallado, y como accesorio la tabla, lienzo, piedra, madero, etc., en que se pintó ó grabó; cuya doctrina la estienden los jurisconsultos á lo escrito, impreso ó litografiado, calificándolo esto como principal, y como accesorio el papel ó pergamino, que es como lo entiende el nuevo Código (2), aunque la ley 36 del titulo y Partida citada espresa lo contrario.

Mas como el hecho de haberse unido dos cosas no es siem-

(1) Artículos 417 y 418.

(2) Art. 418.

pre suficiente para declarar desde luego dueño del todo al que lo fuere de la principal, será preciso que además del principio general arriba propuesto, se tengan presente las reglas siguientes:

1.^a Si las cosas unidas pueden separarse sin detrimento, ora se haga la conjuncion por inclusion, ora por soldadura, los dueños respectivos podrán exigir la separacion, y de consiguiente cada uno recuperará lo suyo (1).

2.^a Si no pudieran separarse sin detrimento, como puede suceder en la union por soldadura hecha con el mismo metal que el de las dos piezas unidas, ó en la que se verifica por el tejido y bordado, ó por la pintura, grabado y escritura, el dueño de lo principal se hace tambien dueño de lo accesorio.

3.^a No siendo justo que se enriquezca uno á costa de otro, ó que se cause á alguno un perjuicio sin exigirse una indemnizacion, deberá el dueño de lo principal darla al de lo accesorio, ó este al de lo principal, á no ser que ocurra alguna circunstancia que les exima de esta obligacion, la cual será fácil determinar distinguiendo si la incorporacion se hizo por el dueño de lo principal ó por el de lo accesorio, y si uno y otro lo hicieron de buena ó mala fe.

4.^a Siendo el dueño de lo principal el que hizo la incorporacion, si procedió de buena fe se quedará con lo accesorio, indemnizando su valor á su dueño (2); mas si obró de mala fe pierde la cosa, como con el ejemplo de lo pintado y grabado lo resuelve la ley 37, tít. xxviii, Part. 3.^a, fundándose en que aquel que sabiendo que no era suya la cosa accesorio la agrega á otra suya, parece que quiso hacer donacion del todo de ella.

No obstante esta doctrina de la ley, somos de parecer que así como el que edificó en su suelo con materiales ajenos hace suyo el todo de la obra, con la obligacion de pagar el valor ó de indemnizar además al dueño de los materiales los daños, segun que hubiere edificado de buena ó mala fe, del mismo modo debe decirse en el caso presente, dejando en salvo la doctrina de la ley citada, que consideramos como un caso especial.

(1) Art. 419.

(2) Art. 416.



5.^a Si la incorporacion la hizo el dueño de la cosa accesoria, sea con buena ó con mala fe, debe tambien adjudicarse el todo al dueño de la principal; pero con esta diferencia, que si lo hizo con buena fe, deberá el dueño de la principal abonar su valor ó devolver la cosa accesoria á su dueño sin indemnizacion; y si lo hizo con mala fe, no solo pierde la cosa accesoria su dueño, sino que además estará obligado á indemnizar al propietario de lo principal los perjuicios que acaso le hubiere causado, si los reclamarse. Ley 35, tit. xxviii, Partida 3.^a (1).

Con la doctrina hasta aquí emitida sobre incorporacion por *conjuncion* se halla conforme el nuevo Código, como puede verse en los artículos citados; pero además añade, que si la incorporacion se hizo por cualquiera de los dueños á vista, ciencia y paciencia del otro, se arreglarán los derechos de cada uno conforme á lo establecido para el caso en que hubieren procedido de buena fe; es decir, que habrá de indemnizarse al dueño de la materia empleada, ó con la entrega de una cosa igual en especie ó valor, ó con el precio de ella, segun tasacion de peritos (2).

El segundo modo por el que se verifica la incorporacion á las *cosas muebles* es la

Especificacion.

Se entiende por especificacion en sentido jurídico *el acto de dar una forma especial á la materia aiena*.

Los antiguos jurisconsultos se hallaban divididos respecto á quién debia atribuirse la propiedad de lo especificado, concediéndola unos al dueño de la *materia*, y otros al que habia dado la *nueva forma*; pero el Emperador Justiniano tomó un término medio en esta cuestion, y este es el que han seguido nuestras leyes, como consta de la ley 33, tit. xxviii, Part. 3.^a

Segun esta ley, pues, para determinar el derecho que resulta de la *especificacion*, ha de atenderse á si la cosa, despues de adquirida la *nueva forma*, puede volver ó no á su primer estado.

(1) Art. 420.

(2) Artículos 420 y 421.

Si puede volver, como sucede en los metales, haciendo, por ejemplo, un *vaso* de la plata ú oro que pertenece á otro, lo nuevamente formado será del dueño de la *materia*, con la obligacion en este de haber de pagar al artífice el valor de su trabajo si obró de buena fe, y sin dicha obligacion si hubiere procedido de mala fe; mas si dada á la cosa la *nueva forma* no pudiera volver á su primer estado, como sucede cuando de *lana* de otro se hubiere hecho *pañó*, será entonces del fabricante si obró de buena fe, pagando al dueño de la *materia* su valor; pero si obró de mala fe pasará el dominio al dueño de ella, sin obligacion en este de abonar los gastos causados por razon de la *nueva forma*. Ley 33, tit. xxviii, Part. 3.^a

El nuevo Código no atiende en este caso á si puede volver ó no la cosa á su primer estado, sino que en general establece que el que de buena fe empleó *materia* de otro para formar una *nueva especie*, haga suya la *obra* indemnizando al dueño de la *materia*, y si lo hizo de mala fe, tenga derecho el dueño de esta, ó de quedarse con la *obra* sin abonar nada, ó de cederla al artífice exigiéndole el valor de la *materia* y la indemnizacion (1).

Finalmente, tambien se verifica esta clase de incorporacion por medio de la

Commistion.

Se entiende por *commistion* la *mezcla de cosas áridas, ó de cosas líquidas ó liquidadas, pertenecientes á diversos dueños*: aunque mas determinadamente se aplica la palabra *commistion* á la mezcla de cosas áridas, dando el nombre de *confusion* á la de las cosas líquidas ó liquidadas.

Para determinar el derecho que resulta de esta manera de accesion, se han de distinguir los tres casos siguientes:

1.º Si se ha hecho la mezcla con voluntad de ambos dueños.

2.º Si lo ha sido con la de uno solo.

3.º Si se ha verificado por casualidad.

En el primer caso, la masa que resulta, cualesquiera que sean las materias mezcladas, se hace comun de los dos dueños

(1) Art. 424.

partiéndose entre ellos, segun se hayan convenido, ó en proporcion á la cantidad y calidad de la materia que cada uno puso.

En el segundo caso, si la cosa mezclada puede separarse cómodamente, el otro dueño puede pedir su separacion y entrega de lo suyo: mas si fuera muy difícil ó imposible su separacion, como sucede con la mezcla de *trigo*, *vino*, etc., ha de distinguirse si es ó no útil la masa que se formó por la *commission* ó *confusion*.

Si es útil, se adjudicará á los dueños en proporcion á la cantida y calidad de la materia de cada uno, dándose libertad al que no consintió la mezcla para preferir el valor de su materia; pero si fuere inútil ó de ningun uso lo mezclado, quedará en poder del que hizo la mezcla, con obligacion de satisfacer al otro el valor de su cosa, ó de darle otra igual.

En el tercer caso, si lo mezclado puede separarse, cada dueño tendrá derecho á lo suyo; mas si no puede hacerse la separacion, se hará comun la masa y se dividirá entre ellos á proporcion si fuere de algun uso, ó no siéndolo, sufrirá cada uno de los dueños la pérdida de lo que tuviere.

Así se halla establecido en la ley 34, tít. xxviii, Part. 3.^a, con cuya doctrina se conforma el nuevo Código, sin otra diferencia que en el segundo caso propuesto solo atiende á si el que hizo la mezcla sin saberlo el otro dueño obró de buena ó mala fe. Si obró de buena fe, la cosa se hace comun y se parte á proporcion del valor que cada uno tenga; y si de mala fe, pierde el que hizo la mezcla la cosa de su pertenencia, además de quedar obligado á la indemnizacion de los daños causados al dueño de la cosa que mezcló (1).

Estos mismos derechos que la propiedad de la cosa dá á lo que produce ó se incorpora á ella los confiere tambien la posesion adquirida legalmente, mientras no apareciere el verdadero dueño, y de aquí el haber de tratar de la *posesion*, como lo haremos en la leccion siguiente.

(1) Artículos 422, y 423.

LECCION CUARTA.

DE LA POSESION.

Resumen.

§. I. Razon del método.—§. II. Qué se entiende por posesion, y sus clases.—§. III. Requisitos para obtener la posesion civil.—§. IV. Efectos que esta produce.—§. V. Doctrina de las leyes con respecto al que se refiere á la percepcion de frutos.—§. VI. Clasificacion de los gastos hechos por los poseedores, y doctrina acerca de su indemnizacion.—§. VII. Cómo se pierde la posesion.—§. VIII. Qué es interdicto, sus clases y breve resumen de la tramitacion que ha de seguirse en cada uno de ellos.

§. I.

Razon del método.

Aunque la propiedad se deriva del derecho natural, segun demostramos en la leccion segunda de este tratado, y del mismo derecho dimana igualmente el principio de que debe respetarse y asegurarse en el hombre lo que legitimamente hubiese adquirido, sin embargo, en los primitivos tiempos del género humano no existió otra garantía para conservar el hombre la posesion, uso y disfrute de lo que habia llegado á conseguir por sus afanes y trabajos, que el solo sentimiento inspirado por la razon de que, siendo suyo lo que habia ocupado, tenia derecho de escluir á los demás de su uso, empleando para ello hasta la fuerza, si fuere preciso.

Mas, como pudiera suceder que todos los esfuerzos de un hombre en particular no fueran bastantes para repeler los ataques de otro mas poderoso que él, esta inseguridad en aprovecharse de lo que habia hecho suyo, precisamente le habia de colocar en disposicion de no poder contar con las utilidades de la cosa sino mientras se hallaba en posesion de ella.

La *posesion*, pues, en aquellos tiempos debió ser el único signo de la propiedad, hasta que garantizada esta por la ley vino á constituirse una diferencia entre la *propiedad* y la *posesion*, en virtud de la cual puede uno ser dueño de la cosa sin

estar ocupándola materialmente, así como puede otro poseerla sin tener el dominio en ella.

Sin embargo, como aun separada la *posesion* de la *propiedad* haya conservado aquella su antigua prerogativa de haberse reputarse un dueño de la cosa que posee mientras no se declare judicialmente que pertenece á otro su dominio, esta consideracion nos obliga, siguiendo el pensamiento del nuevo Código, á tratar de ella á continuacion de la *propiedad*, como lo haremos en la presente leccion, en la que manifestaremos su naturaleza y efectos que produce.

§. II.

Naturaleza de la posesion y clases en que se divide.

La palabra *posesion* que, segun la ley 1.^a, tit. xxx, Partida 3.^a, quiere decir tanto como *ponimiento ó postura de pies*, no es mas que *la ocupacion ó tenencia de una cosa corporal, ora sea con ánimo de retenerla para sí ó en concepto de dueño, ora sin esta consideracion.*

De esta definicion resulta que la *posesion*, propiamente hablando, se refiere á las cosas corporales: las incorporeales, como son los *derechos*, no se pueden poseer ni retener corporalmente; pero como se usan por aquellos á quienes pertenecen, recaerá sobre ellas una *manera de posesion*, segun espresa la ley 1.^a citada, la cual en las escuelas se llama *cuasi posesion*.

Clases de posesion.

En dos clases se divide generalmente la *posesion*, á saber: una que se llama *natural*, y otra que es por *otorgamiento de derecho*, como dice la ley 2.^a del mismo título y Partida, y se llama *civil*.

Entendemos por *posesion natural*, segun esta última ley, *la ocupacion material de la cosa, bien sea por su mismo dueño, como cuando este se halla ocupando su casa ó heredad, bien sea por otro que no es dueño, tenga ó no título para poseerla.*

Esta *posesion*, como se deduce de su definicion, podrá ser *justa é injusta*.

Será justa, cuando el que ocupa la cosa tiene un título legal para poseerla aun cuando no sea su dueño; tal es la que tiene el *arrendatario*, el *depositario*, el *acreedor* con respecto á la prenda, y otros semejantes; y será injusta, cuando carece el que la ocupa de título legal para detenerla, como es la que tiene un *ladron* ó un *usurpador*, en cuyo caso se llama mas propiamente *detencion*.

Lo otra *posesion* es la llamada *civil*, por la cual se entiende, segun la citada ley 2.^a, *la que se tiene en la cosa por otorgamiento de derecho aunque no se ocupe ella corporalmente*, como cuando uno sale de su casa ó heredad sin ánimo de desampararla; ó mas bien, como dice el nuevo Código: *la tenencia de una cosa ó el goce de un derecho por nosotros mismos en concepto de dueños, ó por otro en nuestro nombre* (1).

De estas dos clases de *posesion*, la *natural* solo consiste en un hecho ó en la nuda retencion de la cosa, y de aqui el que no produzca ella de por sí ningun título para adquirir el dominio; al contrario de la *posesion* llamada *civil*, que como es por *otorgamiento de derecho*, como dice la ley 2.^a, tit. xxx, Part. 3.^a, produce ella de por sí un título de dominio, si se ha obtenido legalmente, ó con los requisitos que exige la ley.

Cuáles sean estos requisitos lo manifestaremos en el párrafo siguiente.

§. III.

Requisitos con que ha de obtenerse la posesion civil.

Para que la *posesion* calificada como *civil* produzca los efectos que le atribuyen las leyes, son necesarios tres requisitos, á saber:

1.^o Que la persona tenga capacidad legal para adquirir la *posesion*.

2.^o Que tenga voluntad ó justa intencion de adquirirla.

3.^o Que entre en ella, ó se ocupe la cosa por el mismo que se supone dueño, ó por otro en su nombre.

(1) Art. 425.

Capacidad para ganar la posesion.

Las personas que tienen capacidad legal para adquirir la posesion, son:

1.º Las que sean de sano entendimiento, ora entrando en ella por sí mismas, ora por medio de sus hijos, ó por sus mandatarios ó procuradores. Ley 3.ª tit. xxx, Part. 3.ª

2.º Los tutores y curadores en nombre de sus pupilos, menores é incapacitados, y los síndicos ú oficiales de alguna corporacion en representacion de esta. Ley 4.ª, id.

Voluntad ó justa intencion para adquirirla.

Esta la tiene aquel que entra en posesion de la cosa por título de dominio, creyendo de buena fe que le pertenece á él, ó que aquel de quien la adquirió era su verdadero dueño.

Por falta de este requisito, no ganan la posesion civil, ni los arrendatarios, depositarios, comodatarios, ni otros semejantes, puesto que no poseen las cosas por sí, sino en nombre de sus dueños. Leyes 5.ª, tit. xxx, y 22, tit. xxix, Part. 3.ª, y 1.ª, tit. viii, lib. xi, Novís. Recop.

En caso de duda, segun dice el nuevo Código (1), se presume que cada uno posee por sí, mientras no se pruebe que principió á poseer á nombre de otro, asi como el que comenzó á poseer á nombre de otro se presume que continúa poseyendo en el mismo concepto, mientras no se pruebe lo contrario.

Tampoco ganan la posesion civil por falta de este requisito los que entran por fuerza en la cosa, ó la roban, por carecer todos estos de título de dominio. Leyes 10, tit. xxx, Partida 3.ª, y 1.ª y 2.ª, tit. viii, libro xi, Novís. Recop.

Ocupacion de la cosa.

El tercer requisito es la ocupacion de la cosa ó su toma de posesion, lo cual puede hacerse de los modos siguientes:

1.º Por la entrega material de la cosa, ó introduciéndose en ella, siendo inmueble, por medio de ciertos actos que demuestren la ocupacion, ó por medio de algun símbolo que represente el derecho que se trasmite, si la cosa fuere incorporeal.

(1) Artículos 426 y 427.

2.º Cuando hallándose la cosa á la vista, dijese el enagenante que las trasmitia ó cedía al que trataba de adquirirla. Ley 6.ª, tit. xxx, Part. 3.ª

3.º Por la entrega de alguna señal, como si vendiéndose trigo, vino ú otras mercaderías que se hallaran en graneros ó almacenes, se dieran por el vendedor las llaves del lugar donde estaban depositadas. Ley 7.ª, id.

4.º Por la entrega de las escrituras ó títulos de propiedad de la finca vendida, ó enagenada por cualquier otro título. Ley 8.ª, id.

5.º Por la cláusula que en las escuelas se llama de *constituto*, la cual consiste en la declaracion que hace el enagenante de que, no obstante de ceder á otro el dominio de la cosa, se la retiene para sí por razon de usufructo, arrendamiento ú otro título semejante. Ley 9.ª, id.

6.º Por la adjudicacion del mismo dueño ó de otro en su nombre, ó por la hecha por mandato del juez en razon de paga, ó haber sido vencido en juicio el que la poseia. Ley 10, id.

7.º Por estar alguno usando y disfrutando de la cosa de buena fe á ciencia y paciencia de su dueño, y no por fuerza, ni clandestinamente, ni por ruegos ó por precario, como dice la ley 4.ª, párrafo IX, tit. xvii, lib. xliii del Digesto, y espresó la ley 41, tit. xxx, Part. 3.ª

Reuniendo la posesion los tres espresados requisitos, aquel que la haya obtenido se llamará *poseedor de buena fe*, y producirá á su favor ciertos efectos útiles que la ley deniega al que entrara en ella constándole que no tiene título para poseer, ó que el que tiene es vicioso ó insuficiente, el cual es llamado con razon *poseedor de mala fe*, como espresa el nuevo Código (1).

Cuáles son los efectos que produce la posesion á favor del poseedor de buena fe, y á qué viene obligado el que posee cuando hubiere entrado en ella de mala fe, lo manifestaremos en los párrafos siguientes.

(1) Art. 428.

Los derechos ó efectos que produce la posesion civil son los siguientes:

1.º Que el poseedor sea considerado como dueño de lo que posee, mientras no sea vencido en juicio por otro que acredite mejor derecho.

2.º Que poseyendo un año y dia con título y buena fe, como espresa la ley 3.ª, tit. VIII, lib. XI. Novis. Recop., ya no pueda intentarse contra él juicio de posesion, y por consiguiente podrá escluir por la prescripcion la demanda del contrario (1).

Sin embargo, hay que observar que en el interdicto de recobrar, y aun en el de retener, bastará para que se le mantenga á uno en la posesion, ó para ser reintegrado en ella, hallarse poseyendo la cosa cualquiera que sea el tiempo, aunque no llegue al año y dia que algunos exigen, cuya doctrina la inferimos de las leyes 1.ª y 2.ª, tit. XXXIV, lib. XI, Novísima Recopilacion, en las que no se señala tiempo alguno por el que se haya de haber poseído, así como tampoco se designa en la ley de enjuiciamiento.

3.º Que cuando medie algun litigio sobre mejor derecho y fuera este dudoso, se hace de mejor condicion el que posee y ha de decidirse á su favor. Leyes 126, párrafo II, 128 y 154, título, XVII, lib. I del Digesto.

4.º Que continuando uno en la *posesion civil* por el tiempo que marca la ley para la prescripcion del dominio, se adquiere este absolutamente. Ley 18, tit. XXXIX, Part. 3.ª

5.º Que adquiere los frutos de la cosa que posee, aunque con sujecion á lo que disponen las leyes.

Algunos atribuyen tambien ciertos efectos á la *posesion meramente natural*, particularmente si procediese de contrato, como el de prenda, arrendamiento, etc., alegando que nadie puede perderla ni ser arrojado ó desahuciado sino en los casos y modo que prescriben las leyes, así como si se hubieren hecho algunos gastos en la cosa por razon de obras ú otra causa, se da derecho al que los hizo para pedirlos y que se les abonen.

(2) Art. 1976, núm. 2.º

Mas, como estos efectos, ó son consecuencia del contrato celebrado, ó nacen de un principio de moralidad, como es el que nadie pueda enriquecerse en perjuicio de otro, nos parece que no deben considerarse como derivados de la *posesion natural*, la cual, consistiendo solo en el hecho ó en la nuda retencion de la cosa, segun se dijo en el párrafo II, no puede producir los efectos que únicamente atribuimos á la *posesion civil*, entre los cuales se cuenta el de la *percepcion de frutos*, cuya doctrina esplanaremos á continuacion.

§. V.

Doctrina de las leyes sobre el derecho que dá la posesion con respecto á la percepcion de frutos.

Para determinar los derechos que da la posesion á los frutos que produce la cosa, hay que considerar:

1.º Si el que la está ocupando es poseedor de buena ó de mala fe.

2.º Si los frutos son naturales, industriales ó civiles.

3.º Si se han percibido ó no, ó si habiéndose percibido se hubieren ó no consumido.

Bajo este supuesto, y habiendo manifestado en el párrafo III quiénes son poseedores de buena ó de mala fe, y visto tambien en igual párrafo de la leccion anterior qué frutos se llaman *naturales*, *industriales* ó *civiles*, pasaremos á manifestar las disposiciones de las leyes relativamente á unos y otros poseedores.

Poseedor de buena fe.

La ley 29, tít. XXVIII, Part. 3.ª, explica en pocas palabras de quién debe ser el señorío de los frutos de la heredad ajena, cuando estándola uno poseyendo con buena fe y justo título y habiendo sido reclamada esta, fuese vencido en el juicio que intentó el verdadero dueño de ella.

Segun esta ley, pues, si el poseedor es de buena fe y los frutos son *industriales*, hace suyos los consumidos hasta la contestacion del pleito, por razon de la obra y trabajo puesto en ellos, sin venir obligado á restituir su valor, aunque en virtud de sentencia judicial sea condenado á entregar la cosa al

que la reclamó: mas si no los hubiera consumido ó todavía existiesen, ha de volverlos al dueño de la heredad, rebajados los gastos.

De estas palabras de la ley resulta que *los frutos industriales pendientes*, ó no separados del árbol ó planta al tiempo de la contestacion á la demanda, así como los *percibidos* ó separados que no se han consumido, y finalmente, los producidos desde la contestacion del pleito hasta que se apodere de la cosa su verdadero dueño, todos han de restituirse juntamente con la cosa, descontados los gastos para la produccion; quedando únicamente á favor del poseedor los consumidos hasta dicho tiempo.

Si los frutos fuesen de la clase de los *naturales*, como son los espresados en el párrafo III de la leccion anterior, aunque atendiendo á las palabras de la ley citada no los ha de poder hacer suyos el poseedor de buena fe, pues manda que han de restituirse estos juntamente con la heredad, aun cuando los haya consumido; sin embargo, como de admitirse esta doctrina en términos absolutos habiamos de igualar á los poseedores de buena con los de mala fe, porque tambien á estos les impone la ley la obligacion de restituirlos aunque los hubieran consumido, diremos con Gregorio Lopez en la glosa 9.^a á dicha ley, que en el poseedor de buena fe solo existe esta obligacion en cuanto se hubiere hecho mas rico, lo cual no ha de entenderse del de mala fe, que siempre y en todo caso los ha de restituir.

La razon que nos mueve á seguir esta doctrina, además de estar fundada en la equidad, la encontramos apoyada en la citada ley 39; pues, como observa el mismo Gregorio Lopez, al referirse esta al poseedor de buena fe, dice que *haya de restituir los frutos naturales aunque los haya consumido*; y como implique el haber de devolverse lo que ya no existe, parece que no está obligado á mas sino á dar aquello en que se hubiere lucrado.

Al contrario, cuando habla del poseedor de mala fe, dice que, *magüer los haya consumido debe pechar el precio de ellos*; y como siempre existe este valor, es evidente que siempre viene obligado á la restitucion, aunque descontando tambien las espensas que hizo.

En el nuevo Código no se hace otra diferencia de frutos

sino la de si están *pendientes* ó *si se han percibido*, adjudicando los percibidos al poseedor de buena fe, ora sean naturales, ora industriales, mientras no sea interrumpida natural ó civilmente la posesion, y dejando para el dueño los que estuvieren pendientes al tiempo en que se interrumpió esta, sacando aquel antes los gastos para la produccion (1).

Finalmente, con respecto á los *frutos civiles*, como nada establece la actual legislacion, nos parece que deberá observarse en cuanto á ellos la doctrina que hemos sentado acerca de los frutos naturales.

El nuevo Código atribuye al poseedor los sacados hasta el acto en que se interrumpió la posesion, prorrateando los del año último con el dueño (2).

Poseedor de mala fe.

Este no tiene derecho á ninguna clase de frutos, y á las veces debe restituir los que pudo haber producido la cosa durante el tiempo que la tuvo en su poder.

Cuándo estará obligado á restituir solo los frutos percibidos, y cuándo además, los que la cosa pudo producir, lo esplica la ley 40, tít. xxviii, Part. 3.^a, distinguiendo dos clases de poseedores de mala fe, cuales son: unos por haber hurtado una cosa ó haber entrado en ella sin derecho, y otros por haberla comprado ó adquirido por otro título, sabiendo que aquél que la enagenó no tenia derecho para hacerlo.

En el primer caso deberá restituir los frutos percibidos y tambien los que pudo percibir; en el segundo solo los percibidos, escepto en los cuatro casos que espresa la citada ley, á saber:

1.º Cuando el comprador le consta que el que vende la heredad lo hace en fraude de sus acreedores.

2.º Cuando se enagenó por miedo ó fuerza.

3.º Cuando se adquiere la heredad contraviniendo á las leyes.

4.º Cuando alguno compró encubiertamente contra la forma que debe observarse en las ventas judiciales.

(1) Artículos 429 y 430.

(2) Art. 429.

Mas aun cuando nada percibe el poseedor de mala fe de los frutos que haya producido la cosa durante el tiempo que permaneció en ella, sin embargo, como pudiera, tanto él como el poseedor de buena fe, haber hecho algunas espensas en beneficio de la misma, de cuya indemnizacion seria injusto privarles, las leyes han impuesto al dueño que reclama lo que otro posee la obligacion de haberlos de abonar, si son tales que realmente haya resultado dicha utilidad.

Cuándo tendrán ó no esta consideracion, lo podremos conocer dividiendo en tres clases los *gastos* que pueden haber hecho los poseedores, cuya doctrina esplicaremos en el párrafo siguiente.

§. VI.

Clasificacion de los gastos hechos por los poseedores, y doctrina acerca de su indemnizacion.

En tres clases divide la ley 44, tit. xxviii, Part. 5.^a, los gastos que puedan haber hecho los poseedores durante el tiempo que la cosa permaneció en su poder, á saber: en *necesarios, útiles y voluntarios*.

Se llaman *necesarios los que se consideran como indispensables para la conservacion de la cosa*, como por ejemplo, los reparos hechos en un edificio que amenaza ruina.

Útiles son *los que, aun cuando no sirven para conservar la cosa, aumentan, sin embargo, su valor ó renta*, como la construccion de otro piso en el lugar del edificio que solo servia de desvan.

Finalmente, se llaman *voluntarios los que ni contribuyen á la conservacion de la cosa ni tampoco aumentan su valor, sino que solo sirven para comodidad ó lujo* como las pinturas con que se decorase el edificio.

Esto supuesto, dispone dicha ley:

1.^o Que los gastos *necesarios* sean abonables á todo poseedor de buena y mala fe, quienes podrán retener la cosa hasta que se les haga el abono, como dispone asimismo el nuevo Código (1).

2.^o Que los *útiles* lo sean tambien al poseedor de buena fe

(1) Art. 432.

con el mismo derecho de retencion, pero no al poseedor de mala fe; si bien podrá llevarse este las mejoras cuando el propietario no las abonase, si es que pueden separarse sin detrimento de la cosa mejorada, como añade el nuevo Código (1).

3.º Que los *voluntarios*, ó de puro placer y ornato, no son abonables á ningun poseedor; pero el de buena fe podrá quitar los obras concurriendo las circunstancias espresadas en cuanto á los gastos útiles respecto al poseedor de mala fe.

4.º Que las mejoras que obtiene la finca provenientes de la naturaleza ó del tiempo ceden siempre en beneficio del propietario (2).

5.º Que el poseedor de buena fe no responde del deterioro ó pérdida de la cosa aunque haya ocurrido por hecho propio; pero sí que responde el de mala fe aunque haya ocurrido por caso fortuito (3).

Tal es la doctrina acerca de la indemnizacion de gastos hechos por los poseedores de la cosa durante el tiempo que permanecieron en ella; y como á su aplicacion solo puede haber lugar cuando deja uno de ser poseedor, de aquí la necesidad de saber cómo se pierde la posesion.

§. VII.

Cómo se pierde la posesion.

La posesion puede perderse *natural* y *civilmente*.

Se entiende que se pierde *naturalmente*, cuando por algun accidente que ha sobrevenido se deja de poseer realmente la cosa; y *civilmente*, cuando continuando uno siendo poseedor se interrumpen los efectos propios de la posesion.

Los casos en que se pierde esta *naturalmente*, unos se refieren á las cosas muebles y otros á las inmuebles ó raíces, y en unos y otros puede perderse ó juntamente con el dominio ó reteniéndose este.

Juntamente con el dominio se pierde la posesion de las cosas muebles é inmuebles en los casos siguientes:

1.º Cuando el poseedor abandona las cosas con intencion

(1) Artículo citado.

(2) Art. 433.

(3) Art. 434.

de que sean suyas, como, haciendo cesion de ellas ó enagenándolas. Ley 12, tít xxx, Part. 3.^a

2.^o Cuando fuere vencido uno en juicio petitorio.

3.^o Tratándose de animales libres y domesticados, cuando huyeren del poder del que los habia cogido ó amansado, volviéndose á su primitivo estado, ó alejándose ó estraviándose de modo que ya no hubiera esperanzas de cogerlos. Leyes 19, título xxviii, y 18, tít. xxx, Part. 3.^a

Reteniéndose el dominio puede perderse *naturalmente* la posesion en cuanto á las cosas muebles:

1.^o Cuando hubieren caido en el mar ó en el rio. Leyes 14, tít. xxx, Part. 3.^a

2.^o Cuando fueren hurtadas. Leyes 10 y 17, id.

3.^o Cuando las perdiera su dueño teniéndolas bajo su custodia, si bien en este caso continúa en la posesion mientras la buscarse, á diferencia de cuando estuvieren bajo la custodia de otro, como de un comodatario, que se pierde desde luego que se ha perdido la cosa. Ley 17, id.

En cuanto á las cosas inmuebles se entiende que se pierde la posesion *naturalmente*, pero conservándose el dominio:

1.^o Si el poseedor es echado de ellas por la fuerza. Ley 17, id.

2.^o Si en su ausencia entra alguno á poseerlas, y cuando vuelve el primitivo poseedor no quiere recibirle en ellas. Ley id.

3.^o Si sabiendo que alguno entró en la posesion, no quiere ir á recuperarla por temor de que no le admitan ó le echen con violencia. Ley. id.

4.^o Si el arrendatario diese á otro la posesion de la cosa arrendada con la intencion de que el dueño la pierda ó sea echado por la fuerza; pero no cuando aquel la abandonase maliciosamente para que otro se apoderase de ella, en cuyo caso, además de conservar el dueño la posesion, tiene derecho á que le indemnice el arrendatario por este engaño. Ley 13, título xxx, Part. 3.^a

5.^o Si el rio en sus avenidas ó el mar en su acrecimiento cubriese las cosas del todo, de suerte que nadie pudiese ocuparlas, como dice la ley 14, id.; advirtiéndose que, segun la ley 32, tít. xxviii de dicha partida, esto solo se entiende mientras

las tierras se hallen cubiertas de agua, porque tan luego como estuvieren descubiertas podrá, sin otro requisito, hacerse uso de ella.

Finalmente, se pierde *civilmente* la posesion, segun la ley 29, tit. XXIX, Part. 3.^a, por emplazamiento judicial en virtud de demanda propuesta sobre la misma ó sobre su dominio; pues desde este tiempo se presume mala fé, á no ser que recayera sentencia favorable al poseedor; con cuya doctrina se conforma el nuevo Código (1).

De todos estos casos en que se pierde la posesion, segun acabamos de manifestar, en unos no puede ya recuperarse esta, como sucede en todos aquellos en que se pierde juntamente con el dominio, ó tambien cuando el poseedor fuere vencido en el juicio posesorio plenario: en otros puede este por sí mismo recuperarla, como cuando se retiran las aguas del mar ó rio que habian cubierto las heredades, ó tambien con respecto á las cosas muebles, cuando cayendo en el rio ó en el mar las sacase, ó cuando habiéndose perdido las encontrase: en otras, finalmente, debe pedirse judicialmente la reposicion, intentando para ello la accion extraordinaria llamada *interdicto*.

Cuál sea la naturaleza de esta accion, y trámites que han de observarse para ejercitarla, lo esplica la nueva ley de enjuiciamiento en los articulos desde el 691 hasta el 769 inclusive, y de la cual daremos una idea en general, dejando para el tratado de procedimientos el exámen de cada una de sus disposiciones.

§. VIII.

Qué es *interdicto*, sus clases, y breve resumen de su tramitacion.

La palabra *interdicto*, tomada de los romanos, tiene varias acepciones; nosotros, sin embargo, la usamos en este lugar, ó para denotar aquellos juicios sumarísimos en que por medio de procedimientos breves y sencillos se ejercita alguna de las acciones posesorias, ó para espresar una accion extraordinaria que tiene por principal objeto terminar sumariamente las cuestiones sobre la posesion.

Entre los romanos se conocieron muchas especies de inter-

(1) Artículos 1984 y 1985.

dictos, las cuales eran derivadas principalmente de aquella division general que hicieron de ellos en *prohibitorios, restitutorios y exhibitorios*; mas entre nosotros, segun la actual ley de enjuiciamiento, solo se reconocen cinco clases, que son las siguientes: 1.º Para adquirir la posesion. 2.º Para retenerla. 3.º Para recobrarla. 4.º Para impedir una obra nueva. 5.º Para impedir que una obra vieja cause daño. Art. 691.

De estas cinco clases de interdictos, los que dicen relacion á la materia de que nos ocupamos, son los tres primeros, cuya naturaleza y trámites espondremos á continuacion.

Interdicto de adquirir.

Este se interpone cuando uno aspira á alcanzar, aunque sea interinamente, la posesion de una cosa; y los requisitos indispensables para que tenga lugar, son:

1.º La presentacion de título suficiente para adquirir la posesion con arreglo á derecho.

2.º Que nadie posea á título de dueño ó de usufructuario los bienes cuya posesion se pida, porque si los poseyera, deberá antes ser oido y vencido en juicio. Art. 694.

El juez, en vista del escrito y del título que se acompaña, dará un auto motivado, otorgando ó negando la posesion sin perjuicio. Si la niega puede pedirse reposicion, y no accediéndose á ella hay lugar á la apelacion, que se admitirá en ambos efectos. Si la otorga, procederá el juez á darla de todos los bienes que se trate, y dada ya, dispondrá que el auto en que se acordó se publique por edictos y que se inserte en el *Boletin oficial*.

Cuando pasados sesenta dias desde la fecha de su insercion nadie reclamara, se le amparará en la posesion al que la hubiere obtenido; pero si dentro de este tiempo se presentara alguno, se comunicará la reclamacion por término de tres dias al que tiene la posesion, y de lo que espusiere dará copia al reclamante, convocando á los dos á juicio verbal.

Concluido este, dictará el juez sentencia amparando al primero ó dando la posesion al segundo, dejando sin efecto la dada anteriormente; cuya providencia será apelable en ambos efectos.

Interpuesta la apelacion, la sentencia que diere la Audiencia en este caso causará ejecutoria, así como la que dió el juez

si no se hubiere apelado. En su consecuencia no se admitirá ya ningun otro recurso, pero queda á salvo á las partes su derecho para hacer en juicio ordinario las reclamaciones que les convengan. Artículos desde el 695 al 708.

Interdicto de retener.

Este tiene lugar cuando ha habido conatos, manifestados por algun acto exterior, de turbar ó inquietar en la posesion al que la tuviere. Art. 709.

Se interpone presentando un escrito ofreciendo informacion de los extremos siguientes: 1.º, de hallarse en posesion; y 2.º, de haber sido inquietado en ella, espresando el acto que se lo ha hecho temer.

No resultando acreditados estos extremos por la informacion, declarará el juez no haber lugar al interdicto, cuya providencia es apelable en ambos efectos: mas si resultaren comprobados, convocará el juez á juicio verbal, en el que oirá y admitirá las pruebas que adujeren los interesados, formando un acta de este juicio, que firmarán todos los presentes, incluso los testigos, y se unirán provisionalmente á los autos los documentos producidos.

Concluido el juicio verbal, dictará el juez sentencia dentro de las veinte y cuatro horas siguientes, la cual debe limitarse á no haber ó á haber lugar al interdicto, y á mantener en la posesion al que la haya solicitado. De esta sentencia, que siempre se ha de estender en la fórmula, *sin perjuicio*, se admite apelacion en ambos efectos, pasando los autos á la Audiencia con citacion de las partes; mas si no se apelare, se tendrá por consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada, procediéndose en seguida á su cumplimiento. Artículos 709 al 723.

Interdicto de recobrar.

El objeto de este interdicto es que se restituya en la posesion al que fué despojado de ella, y para que tenga lugar ha de justificarse por medio de informacion sumaria:

1.º Haber estado el despojado ó su causante en posesion de la cosa.

2.º Haber sido despojado de ella, designando al autor del despojo.

Puede intentarse dándose audiencia al despojante ó sin ella, segun mejor le pareciese al despojado.

En el primer caso, dada que sea la informacion sobre los extremos indicados, convocará el juez á ambas partes á juicio verbal, y con presencia de las alegaciones y pruebas que adujeren dará la sentencia, accediendo ó denegando la restitution.

Si accede, podrá apelar el despojante solo en el efecto devolutivo, y se llevará á ejecución la sentencia, escepto en la parte relativa á costas, y á la devolucion de frutos é indemnizaciones, que se aplazará para despues de ejecutoriada la sentencia, la cual, si fuere confirmatoria de la restitution, se ejecutará en los extremos en que no se hubiere cumplido, y si revocatoria, se llevará á efecto lo que el tribunal superior hubiere ordenado.

Si el juez deniega la restitution, se podrá apelar en ambos efectos, remitiéndose desde luego los autos á la Audiencia; á diferencia de cuando se accede, que solo se remitirán despues de verificada la restitution.

En el caso de que se pidiere que el juez falle sobre el despojo sin audiencia del despojante, deberá al mismo tiempo que se solicite la informacion ofrecerse fianza para responder de cualquier perjuicio que pueda resultar, la cual, siendo á satisfaccion del juez y estando comprobados los extremos antes referidos decretará la restitution, así como la podrá denegar si la fianza no fuere á su satisfaccion ó no estuvieren comprobados los referidos extremos.

Las apelaciones en uno y otro caso se admitirán en los mismos términos que los manifestados, al hablar de la tramitacion que ha de seguirse cuando se intenta el interdicto con audiencia del despojante, quedando reservado siempre á los interesados su derecho para hacer en juicio ordinario las reclamaciones que les convengan. Artículos desde el 724 al 738.

LECCION QUINTA.

DEL USUFRUCTO, USO Y HABITACION.

Resúmen.

§. I. Razon del método.—§. II. Concepto bajo el cual trataremos del usufructo.—§. III. Su naturaleza y modos cómo se adquiere.—§. IV. Cómo se constituye, y cosas que son su objeto.—§. V. Derechos del usufructuario.—§. VI. Sus obligaciones.—§. VII. Cómo se estingue el usufructo.—§. VIII. Naturaleza del uso, sus efectos y cuándo concluye.—§. IX. Qué es derecho de habitacion, sus efectos y modos de estinguirse.

§. I.

Razon del método.

La consideracion de dueño que tiene el poseedor legal de una cosa, mientras que no aparezca el verdadero propietario de ella, nos ha obligado á tratar de la posesion en este lugar, atribuyendo á ella en dicho caso los mismos efectos que los que van inherentes á la propiedad.

Uno de ellos es el de gozar y disponer el dueño libremente de la cosa; pero como esta facultad ha de sujetarse siempre á las limitaciones que por ley ó por algun titulo particular se impusieran para su ejercicio, segun se esplicó en la leccion 2.^a de este tratado, de aquí la necesidad de haber de considerar la propiedad en dos distintos sentidos, á saber: ó en cuanto no está sujeta á ninguna restriccion, y entonces se llamará *propiedad absoluta*, ó en cuanto se halla limitado su ejercicio, y entonces la llamaremos *propiedad modificada*.

Esta modificacion ó produce á favor de otro que el dueño la facultad de usar y gozar de sus cosas, ó crea en estas un gravámen determinado; pero sin impedir que su dueño disponga de ellas y las disfrute, no perjudicando á aquel en cuyo favor está constituido. A la primera clase pertenecen los derechos de *usufructo, uso y habitacion*; y á la segunda las *servidumbres prediales, la hipoteca y los censos*.

Cada uno de estos derechos serán otras tantas modificaciones de la propiedad, de las cuales nos ocuparemos separadamente, empezando por las que se derivan de los derechos de *usufructo*, *uso* y *habitacion*, cuya naturaleza y concepto bajo el cual pueden estos considerarse, examinaremos en la presente leccion.

§. II.

Concepto bajo el cual se ha de considerar el usufructo, uso y habitacion.

El derecho de *usufructo*, *uso* y *habitacion*, aunque impone un gravámen al propietario, motivo por el que es considerado como una servidumbre que sufre la propiedad, sin embargo, como la palabra *servidumbre* se halla usada tanto por el derecho romano como por el pátrio, mas bien para denotar el gravámen impuesto sobre una finca ó heredad en beneficio de otra, que el impuesto en beneficio de una persona, nos ha parecido mas propio separar el concepto general que en sí tiene el derecho de *usufructo*, *uso* y *habitacion*, del que mas particularmente tenemos formado al usar de la palabra *servidumbre*.

No es nuestra esta idea, sino que está tomada del derecho romano, en el cual, no obstante de comprenderse el usufructo, uso y habitacion entre las *servidumbres personales*, observamos que bajo el epigrafe: *De servitutibus*, que se halla en el título I del libro VIII del Digesto, solo se comprenden las que conocemos bajo el nombre de *reales* ó *prediales*; tratando por separado en el libro anterior del usufructo, uso y habitacion, con cuyos nombres se encabezan sus títulos, sin que en ninguno de ellos aparezca usada la palabra *servidumbre*, á no ser para espresar el caso en que recayera alguna de las llamadas *reales* sobre el fundo usufructuario.

Aun en las mismas Partidas, en que se halla comprendido el usufructo bajo el epigrafe: *De las servidumbres*, con que se encabeza el tit. xxxi de la Partida 3.^a, encontraremos apoyado en cierto modo nuestro pensamiento; pues al definir en general la *servidumbre* en el ley 1.^a del citado título, solo incluye en ella á las llamadas *reales*, añadiendo luego despues, como por escepcion y en un sentido mas lato, á las llamadas en las escuelas *personales*.

En el mismo concepto se hallan considerados en el nuevo Código el usufructo, uso y habitación, tratando de estos derechos en título distinto de aquel en que se comprende la materia de servidumbres (1).

Fundados, pues, en estos antecedentes, y atendiendo que, aun considerado jurídicamente el usufructo como una *servidumbre*, no pueden aplicarse á él todos los axiomas que sirven para determinar la naturaleza de ellas, trataremos del usufructo sin consideracion á la cualidad de *servidumbre*, que generalmente se le atribuye; fijándonos solo en la idea de ser una de las modificaciones de la propiedad, que es el concepto bajo el cual examinaremos su naturaleza y los modos cómo se adquiere.

§. III.

Naturaleza del usufructo y modos cómo se adquiere.

Entendemos por usufructo *el derecho de disfrutar de los bienes ajenos sin alterar su forma ni sustancia, salvo en el caso en que se constituyera en bienes fungibles*, como añade el nuevo Código (2).

Se dice *derecho de disfrutar*, porque de las dos clases de derechos que comprende en general la propiedad *plena ó perfecta*, el usufructuario, ó aquel á cuyo favor se constituye el usufructo, solo tiene la facultad de gozar ó de disfrutar de los beneficios ó ventajas que proporcionan las cosas, quedando reservado al propietario el derecho de poder disponer de ellas, aunque con la sobredicha carga, mientras dure el usufructo.

Se dice *de los bienes ajenos*, porque los que son propios de uno se disfrutan por título de propiedad; y de aquí el que hayamos de considerar como inútil la division que hicieron los antiguos del usufructo en *formal y causal*, entendiendo por el primero el que tiene en la cosa otra persona que su dueño, y por el segundo el que tiene en la cosa su mismo dueño.

Finalmente, se dice *sin alterar su forma ni sustancia*, para dar á entender que, aunque el usufructuario disfrute de la cosa, no puede hacer en ella lo que se concede al propietario,

(1) Véanse los títulos IV y V del libro II.

(2) Art. 435.

el cual podrá hasta abusar de la misma en los términos manifestados en el párrafo V, lección 2.^a, Trat. 2.^o

Sin embargo de ser esta la doctrina de las leyes, esto no impide que el usufructuario pueda hacer mejoras en las cosas que son objeto del usufructo, siempre que no altere su forma ni sustancia; pero no tendrá derecho á reclamar del propietario los gastos hechos por ellas, y sí solo podrá llevarse las llamadas *útiles y voluntarias*, si pueden retirarse cómodamente ó sin detrimento de las cosas que son objeto del usufructo, como expresa el nuevo Código (1).

Modos cómo se adquiere.

Este derecho se adquiere de uno de los cuatro modos siguientes, á saber: por la *ley*; por *contrato*; por *testamento*, y por *prescripcion* (2).

El que se adquiere por la *ley* se llama *usufructo legal*, y lo tienen:

1.^o El padre en los bienes que tiene el hijo estando bajo su poder, cualquiera que sea el título por el que los adquiera, escepto si los ganare egerciendo alguna profesion liberal, ó por razon de la milicia, como establece la ley 5.^a, tít. xvii, Partida 4.^a

2.^o El cónyuge viudo en los bienes que hubiere recibido por título gratuito del premuerto, en el caso que tuviere que reservarlos para sus hijos por haber contraido segundas nupcias. Ley 7.^a, tít. iv, lib. x, Novis. Recop.

3.^o El poseedor del mayorazgo en la mitad de los bienes que, segun la actual legislacion, han de pasar al inmediato sucesor.

El que se adquiere por *contrato* se llama *usufructo convencional*, así como se llamará *testamentario* el adquirido por testamento.

Finalmente, para adquirirse por *prescripcion* deberán concurrir los requisitos que exige la ley en este caso, de los que trataremos en el lugar correspondiente.

De estas cuatro clases de usufructo, el adquirido por la ley

(1) Art. 447.

(2) Art. 436.

se sujeta á reglas fijas: no sucede así en los demás, los cuales en su duracion y efectos que producen dependen del modo como se hubieren constituido.

§. IV.

Modo y cosas sobre que puede constituirse el usufructo.

Puede constituirse el usufructo: *puramente: desde y hasta cierto dia: bajo condicion: de todos ó solo de determinados bienes: á favor de una ó de muchas personas; y simultánea ó sucesivamente*, como añade oportunamente el nuevo Código (1).

El constituido *puramente* empieza desde luego, y no acaba sino á la muerte del usufructuario.

Si lo fuere *desde cierto dia*, no empieza sino cuando llegue este, así como si lo fuere *hasta cierto dia*, empieza desde luego, pero acaba cuando llega el dia señalado.

El constituido *bajo condicion*, si esta fuere *suspensiva*, no empieza sino al cumplimiento de esta; y si *resolutiva*, empieza inmediatamente, y se estingue si se verifica el acontecimiento que se designa.

La cualidad de poder ser de *todos ó solo de determinados bienes*, dá lugar á la division que se hace de usufructo *universal y especial*.

Finalmente, si se constituyere en favor de una ó de muchas personas *simultáneamente*, deberá estarse á los términos en que se hubiere constituido, y si lo fuere *sucesivamente*, podrán disfrutarlo las personas que se nombraren á falta de otras, con tal que no se estiendan los llamamientos á mas de 99 años, porque de otro modo habrian de considerarse como una vinculación, lo cual se halla prohibido.

Cosas sobre que puede constituirse el usufructo.

Las cosas sobre que puede constituirse este derecho, son todas aquellas de las que puede salir renta ó fruto, como dice la ley 20, tit. xxxi, Part. 3.^a, ora sean *raices*, como *casas*, *campos* ú otros prédios, ora *muebles*, como *utensilios de casa*,

(1) Art. 437.

ropas, alhajas de plata ú oro, etc.; ora semovientes, como bueyes, ovejas, machos, yeguas y otros ganados.

El silencio de la ley con respecto á las cosas *fungibles*, y la necesidad de haber de devolverse la misma cosa que se recibe en usufructo, concluido que sea este, como lo dan á entender aquellas palabras de la definicion, *de haber de disfrutar de la cosa sin alterar su forma y sustancia*, ha dado lugar á que algunos no consideren las cosas *fungibles* como materia del usufructo, y á que afirmen otros que solo puede constituirse en ellas un *cuasi usufructo*.

Nosotros, sin embargo, atendiendo á que en esta clase de cosas, *tantumdem est idem*, como dicen los jurisconsultos, y que por consiguiente parece que devuelve la misma cosa el usufructuario entregando á su tiempo otro tanto de la misma especie y calidad, no encontramos inconveniente alguno en que pueda tambien constituirse el usufructo sobre cosas *fungibles*, mayormente cuando en la práctica vemos que se admite, como aparece tanto del *usufructo universal*, que se compone de toda clase de bienes, incluso los *fungibles*, como del *usufructo legal* que tiene el padre en los bienes adventicios del hijo, sin que se haga tampoco distincion entre los que sean ó no *fungibles*.

Aunque esta sea nuestra opinion, y así tambien se espresa el nuevo Código (1), no obstante, adoptamos la explicacion que hacen los otros autores á que antes nos referíamos, llamando *usufructo imperfecto*, ó *cuasi usufructo*, al que recae sobre cosas *fungibles*, y propiamente *usufructo* al que se constituye sobre la otra clase de bienes, en razon á que con esta denominacion queda á salvo por una parte la esencia del usufructo, tal como lo hemos definido, y por otra no se altera con ella la idea que tenemos formada de sus efectos, ó sea de los derechos y obligaciones que produce.

(1) Art. 444.

Derechos del usufructuario.

Los derechos que produce el usufructo á favor del usufructuario, son los siguientes:

1.º Poseer este la cosa mientras dure el usufructo.
 2.º Gozar del aumento que reciba esta por aluvion y fuerza del rio, como dispone la ley 30, tít. xxviii, Part. 3.ª, y confirma el nuevo Código (1).

3.º Utilizarse de las servidumbres y demás derechos inherentes á la misma, tales como el de *caza* y *pesca*, y el de los productos de las canteras y minas que estén en explotacion, como espresa tambien el nuevo Código (2); pero no podrá aprovecharse de las que no estuvieren en este estado (3), así como ni tampoco del tesoro que se encontrase en la finca fructuaria, á no ser en la mitad que le corresponde como á otro cualquier inventor.

4.º Arrendar durante el usufructo la cosa ó sus frutos, hipotecarlos y venderlos, donarlos ó enagenarlos por cualquier otro título; pero no podrá enagenar ni hipotecar la misma cosa en que se tiene el usufructo. Ley 20, tít. xxxi, Part. 3.ª (4).

La hipoteca que el usufructuario constituyese sobre los frutos de la finca fructuaria, quedará estinguida con el mismo usufructo *cuando concluya este por un hecho ageno á la voluntad de aquel; pero si concluyere por su voluntad, quedará subsistente hasta tanto que se cumpla la obligacion garantida, ó hasta que venza el tiempo en que el usufructo habria naturalmente concluido á no mediar el hecho que le puso fin.* Párrafo 2.º del art. 106 y 107 de la Ley hipotecaria.

5.º Percibir los *frutos* y aprovecharse de la cosa, segun lo permita su naturaleza, como añade la ley citada.

Para comprender la estension de este último derecho, convendrá considerar separadamente las cosas en que consista el

(1) Art. 442.

(2) Art. 442.

(3) Art. 441.

(4) Art. 443.

usufructo, y como estas pueden ser, ó raices, ó muebles, ó se-movientes, ó fungibles, presentaremos por el mismo órden la doctrina de las leyes acerca de este derecho.

Cosas raices.

En estas percibirá el usufructuario toda especie de frutos, ora sean *naturales, industriales ó civiles*, segun consta de las leyes 20 y 22, tit. xxxi, Part. 3.^a, con las cuales conviene el nuevo Código (1); pero atendido á que este derecho puede dar lugar á algunas cuestiones, si nos referimos al tiempo en que empieza y acaba el usufructo, para resolverlas se observarán las siguientes reglas:

1.^a Que los frutos *naturales é industriales* pendientes al tiempo en que empieza el usufructo, pertenecen al usufructuario, y los pendientes cuando se acaba, al propietario. Leyes 27, tit. 1, lib. vii, y 8.^a, tit. 1, lib. xxxiii del Digesto (2).

2.^a Que los frutos *civiles* que provengan de alquileres de casas, ó edificios, ó de réditos de censos, correspondientes al año en que empieza ó acaba el usufructo, se dividan entre el propietario y el usufructuario ó sus herederos, con proporcion al tiempo que duró, en razon á que estos frutos se adquieren dia por dia y no á ciertas estaciones del año, como sucede con los frutos *naturales é industriales*, cuya doctrina admite tambien el nuevo Código (3).

3.^o Que en los frutos *civiles* que provengan de los arrendamientos de tierra, se siga la regla de los frutos *naturales é industriales*, por considerarse estas rentas como si fueran frutos de la tierra; de modo que si el colono hubiera cogido los frutos del campo arrendado cuando murió el usufructuario, las rentas del arrendamiento corresponderán á los herederos de este, aunque no esté cumplido el plazo, y si no se hubieran cogido pertenecerán al propietario.

4.^a Si parte de los frutos estuvieren pendientes y parte cogidos, pertenecen unos al propietario y los otros al usufructuario, en los términos espresados en la regla 1.^a; entendiéndose

(1) Art. 438.

(2) Art. 439.

(3) Art. 440.

por *cogidos* ó *percibidos* los que se hayan ya cortado ó separado del suelo ó del árbol, aunque se hallaren todavía en el campo; escepto los que se cayeren espontánea ó accidentalmente, como la *aceituna*, que no se considerarán *cogidos* mientras no se separen del pie de los árboles.

5.^a En el usufructo de viñas ú olivares, ú otros árboles, sean ó no frutales, pueden aprovecharse de los pies muertos, arrancados ó quebrados por algun accidente; pero con la obligacion de poner otros en su lugar. Ley 22, tít. xxxi, Partida 3.^a

6.^a En el usufructo de un monte ó bosque, si este fuera de maderas de construccion, puede hacer los cortes regulares y ordinarios de los árboles, guardando las costumbres de cada pais en cuanto á las épocas y clase de los que han de cortarse, así como si fuera de leñas, aprovecharse de las ramas y matas de cierta altura y dimension.

No siendo así, no podrá hacer cortas de árboles por el pie, como lo prohibieron las leyes romanas, segun consta del tít. 1, lib. vii del Digesto, y confirma el nuevo Código (1), fundándose al parecer en la misma doctrina que la que espone la ley 20, tít. xxxi, Part. 3.^a, diciendo: que aquel á quien fuere otorgado derecho de usufructuar casa ó heredad, débelo hacer de modo que no se pierda la cosa, ni se empeore por su culpa, ni por codicia se mueva á esquilmarla mas de lo que conviene.

Tal es, en breves palabras, la estension que abraza el derecho del usufructuario con respecto al aprovechamiento de las *cosas raices*.

Cosas muebles y semovientes.

En las muebles podrá, cualquiera que sea su clase, emplearlas en el uso á que estén destinadas, con la obligacion de restituirlas en el estado en que se encuentren al tiempo de concluirse el usufructo, é indemnizando al propietario si se hubieran deteriorado por culpa del usufructuario.

Si el usufructo fuera de un censo ó de cantidad que produzca intereses, hace suyos durante él los réditos que hubieran correspondido al propietario.

(1) Art. 446.

Finalmente, en las cosas semovientes se aprovechará de los animales para los usos á que pueden servir, y hará suyas la lana, leche y las crias de los ganados, con la obligacion de reemplazarlos, segun su clase, en caso de haber muerto. Ley 22, tit. xxxi, Part. 3.^a

Cosas fungibles.

De estas podrá servirse á su arbitrio: pero debiendo devolver, cuando se concluya el usufructo, ó su estimacion ú otro tanto de la misma especie y calidad (1).

Tales son, en general, los derechos del usufructuario: veamos cuáles son sus obligaciones.

§. VI.

Obligaciones del usufructuario.

A tres clases pueden reducirse las obligaciones que tiene que cumplir el usufructuario, á saber: unas que se refieren al tiempo que precede á la posesion del usufructo: otras que han de cumplirse durante el tiempo que este se tiene; y otras despues de haberse concluido.

Obligaciones que preceden á la posesion del usufructo.

A esta clase pertenecen:

1.º La de haber de formar con intervencion del dueño un inventario solemne de todos los bienes, con espresa tasacion de los *muebles* y manifestacion de estado en que se encuentren los *inmuebles*.

De esta obligacion no hablan nuestras leyes; pero en la práctica se halla admitida para este y los demás casos en que ha de restituirse una cosa, concluido que sea el tiempo señalado para su aprovechamiento ó administracion.

El padre cumplirá con ella en el usufructo legal, haciendo una descripcion individual de los bienes adventicios del hijo que tiene bajo su poder; á no ser que muerto su consorte quisiese contraer nuevo matrimonio, que entonces deberá hacer inven-

(1) Artículos 444 y 449, núm. 2.º

tario solemne de los mismos, según expresó Gomez en la ley 48 de Toro.

El hijo, sin embargo, tiene el derecho, según ya dijimos, de que se inscriban en el Registro á su favor los bienes inmuebles que formen parte de su peculio, y que su padre asegure con hipoteca especial, si pudiere, los bienes que no sean inmuebles pertenecientes á dicho peculio (1).

2.º La de haber de dar fianza de que usará y cuidará las cosas que recibe como un buen padre de familia, y que concluido el usufructo las restituirá á su propietario. Ley 20, título xxxi, Part. 3.ª

Se escéptúan de la obligacion de la fianza:

1.º El padre en el usufructo de los bienes adventicios del hijo, si bien con la limitacion que establece el art. 202 de la Ley hipotecaria anteriormente citado.

2.º El cónyuge sobreviviente que contrajere otro matrimonio, en cuanto á los bienes reservables si los hijos fuesen mayores de edad y no se lo exigiesen: pero si se lo exigieren, ó fuesen menores, estará obligado á prestarla hipotecaria (2).

3.º El donador que se retiene el usufructo de los bienes donados.

4.º El fisco, cuando sea usufructuario.

5.º Aquel á quien se le hubiere dispensado en el acto de constituirse el usufructo.

Fuera de estos casos están obligados los demás usufructuarios á prestar fianza; de modo que no haciéndolo, ó se suplirá con una caucion juratoria si fueren personas conocidas y de probidad, ó no siendo de esta clase, se pondrán en administracion los *bienes inmuebles*, y se venderán los *muebles* para dar á rédito su valor juntamente con el dinero que hubiere; entregándose solo á los usufructuarios, tanto los intereses de estas sumas, como los frutos y rentas de los inmuebles (3).

(1) Art. 202 de la Ley hipotecaria.

(2) Artículos 168, 194, 197 y 199 de dicha ley.

(3) Artículos 449, 450, 451 y 452.

Obligaciones del usufructuario durante el usufructo.

Pertenece á esta clase:

1.º La de conservar la cosa como un buen padre de familia.

2.º El haber de pagar las cargas y contribuciones anuales, y todas las demás que se consideren como gravámenes de los frutos.

3.º Satisfacer en ciertos casos el todo ó parte de las deudas que hubiere dejado el difunto.

4.º Abonar los gastos, condenas y costas de los pleitos sostenidos sobre el usufructo.

En cada una de estas obligaciones pueden ofrecerse algunas dificultades, que para su inteligencia se explicarán con separacion.

Así que, empezando por la primera de las espresadas obligaciones, se hace preciso advertir, que si el usufructo consiste en casas ó edificios, deberá el usufructuario hacer los reparos menores; pero no los mayores, á no ser que hubieran resultado por descuido suyo en hacer en tiempo oportuno los reparos menores ó de conservacion. Ley 22, tít. xxxi, Partida 3.ª (1).

Si consiste en animales productivos, como un *ganado*, muriendo alguna cabeza, está obligado á reemplazarla con crias de las mismas si las hubiere; pero si muriera enteramente el ganado por accidente ó enfermedad sin culpa del usufructuario, cumplirá solamente con entregar los despojos que hubieren quedado. Si pereciere en parte por las mismas causas, tendrá opcion el usufructuario, ó de continuar en el usufructo reemplazando las reses muertas, ó de cesar en él entregando las restantes con sus despojos. Ley 22 citada (2).

En el usufructo de animales improductivos, como *bueyes*, *mulas*, etc., no viene obligado á reemplazarlos si mueren, á no ser en el caso de tener alguna culpa en su muerte.

Finalmente, si el usufructo fuere de *heredades*, *viñas* y *olivares*, es obligacion del usufructuario cultivarlas y replan-

(1) Art. 456.

(2) Art. 454.

tar los pies muertos, aunque el nuevo Código solo limita esta obligacion al caso de que se secaren naturalmente (1).

Pasando á la segunda obligacion, ha de tenerse presente que si las contribuciones se impusieran directamente sobre el capital, serán de cargo del propietario; pero con la obligacion en el usufructuario de abonarle en cuenta los intereses correspondientes á las sumas que hubiere pagado, así como en el caso de haberlas este anticipado podrá repetir su importe al fin del usufructo (2).

En cuanto al pago de deudas, hay que distinguir: 1.º, si el usufructo es *universal* ó *particular*; y 2.º, si las deudas son *hereditarias* ó *testamentarias*.

Si el usufructo es *universal*, y las deudas son *hereditarias*, deberá el usufructuario pagarlas juntamente con el propietario; para lo cual podrá anticipar las sumas que corresponden á los bienes usufructuados, y repetirlas del propietario concluido el usufructo. En el caso de no hacer el usufructuario dicho anticipo, podrá el propietario, ó pagar las deudas, obligando á aquel á que le abone durante el usufructo los intereses de lo que importaren ellas, ó hacer vender hasta en la suficiente cantidad una parte de los bienes usufructuados, como esplican los comentaristas, cuya doctrina admite tambien el nuevo Código (3).

Si el usufructo es *particular*, no está obligado el usufructuario, aunque estuviere hipotecada la finca en que consista el usufructo, á pagar las deudas para cuya seguridad se hipotecó; antes al contrario, en el caso de que dicha finca se embargara ó vendiera judicialmente, tendrá que responder el propietario al usufructuario de lo que perdiera por este motivo (4).

Si las deudas fueren *testamentarias*, como por ejemplo, un *legado de renta vitalicia*, ó una *pension para alimentos*, deberá pagarla por entero el usufructuario *universal*, así como si el usufructo fuere de una parte alicuota de la herencia la pagará solo de la parte que proporcionalmente le corresponda, sin

(1) Art. 455.

(2) Artículos 457 y 458.

(3) Art. 461.

(4) Art. 460.

que en ninguno de estos dos casos quede obligado el propietario á su reembolso. Mas si el usufructo fuere de cosas particulares, únicamente pagará el *legado* cuando la renta ó pensión se constituyera sobre ellas (1).

Finalmente, en cuanto á los pagos de gasto y costas de los pleitos sostenidos sobre el usufructo, no solo es obligación del usufructuario el abonarlos, sino que además debe siempre que se perturben por un tercero los derechos del propietario, ponerlo en conocimiento de este, siendo en caso contrario responsable de los daños que resulten en la cosa como si se hubieran causado por su culpa (2).

Obligaciones despues de concluido el usufructo.

Estas se reducen generalmente á restituir al propietario la cosa con sus accesiones, si fuere *raiz*. Si fuere *mueble*, la restituirá en el estado que tenga al tiempo que espire el usufructo, quedando solo obligado á responder de su deterioro en el caso que hubiere acaecido por su culpa ó negligencia, como espresa la ley 20, tít. xxxi, Part. 3.^a

Finalmente, si el usufructo fuere de *cosas fungibles*, se restituirá otro tanto de la misma especie y calidad.

Con lo dicho podrán comprenderse los derechos y obligaciones del usufructuario, debiendo advertir que tanto estas como los derechos deberán siempre acomodarse á lo que constare en el título constitutivo del usufructo, como añade muy oportunamente el nuevo Código (3).

Mas como estos efectos solo tienen lugar supuesta la existencia del usufructo, el orden pide que veamos los modos cómo este se estingue.

§. VII.

Modos de estinguirse el usufructo.

El usufructo se estingue por los modos siguientes:

1.º Por muerte natural del usufructuario, como espresa la

(1) Art. 459.

(2) Artículos 462 y 463.

(3) Art. 469.

ley 24, tit. xxxi, Part. 3.^a, y confirma asimismo el nuevo Código (1): no teniendo lugar en el día la otra circunstancia que añade la citada ley de haberse de acabar por la muerte civil, por estar abolida en España la pena que producía este efecto, según se deduce de la ley 3.^a, tit. xviii, lib. x, Novísima Recopilación.

Sin embargo, atendiendo á que la pena de *interdiccion civil* priva al penado, mientras la está sufriendo, del derecho de la patria potestad, de la autoridad marital, de la administracion de sus bienes y del derecho de disponer de ellos por acto entre vivos, según dispone el art. 41 del Código penal, nos parece que en todos aquellos casos en que se impone dicha pena ó la de *cadena, reclusion y relegacion perpétuas*, deberá también extinguirse el usufructo.

Prescindiendo de esta observacion, y refiriéndonos al caso de muerte natural, ha de tenerse presente que si son muchos los llamados al usufructo simultáneamente, muerto uno, su porcion acrece á los demás, á no ser que el testador espresé lo contrario, ó se infiriere así del título en que se constituyó el usufructo, para lo cual puede verse la doctrina de la ley 33, título i, lib. vii del Digesto, que habla del derecho de acrecer en el usufructo, y el tit. iv del mismo libro, en que se proponen algunos casos de escepcion.

En caso que se hubiere concedido á una poblacion, sin señalamiento de tiempo, como no puede fijarse el que esta pueda tener de existencia, se extingue trascurridos cien años, á no ser que antes quedare yermo el pueblo, y sus moradores no poblaren despnes el mismo ú otro lugar. Ley 26, tit. xxxi, Partida 3.^a (2).

2.º Por la enagenacion del derecho del usufructo, como consta de la ley 24, tit. xxxi, Part. 3.^a, si bien debemos advertir que siendo uno de los derechos del usufructuario arrendar y enagenar por cualquier título los frutos de la cosa, según se dijo en el párrafo V, parece una sutileza de la ley prohibir que se pueda enagenar el mismo derecho, cuando realmente no hay diferencia en cuanto al efecto, entre arrendar ó ceder los

(1) Art. 464, núm. 1.º

(2) Art. 465.

frutos y enagenar el derecho de percibirlos, en lo cual conviene el nuevo Código (1).

3.º Por la renuncia del usufructuario, tanto á favor del propietario como de un extraño, como espresa la citada ley 24, siempre que no se haga en perjuicio de los acreedores del usufructuario (2).

4.º Por el no uso de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, segun dispone la misma ley 24, aunque por el nuevo Código se designan treinta años sin distincion entre ausentes y presentes (3).

5.º Por la consolidacion ó reunion en una misma persona del usufructo y propiedad, como aparece de la referida ley de Partidas (4).

6.º Por la pérdida ó destruccion total de la cosa; pero no por la pérdida parcial, porque entonces se conserva el usufructo sobre la parte que queda. Ley 25, tít. xxxi, Partida 3.ª (5).

Esta doctrina, sin embargo, ha de entenderse del caso en que la destruccion total fuere de *cosa cierta y determinada*; porque si el usufructo fuere *universal* ó de una totalidad de bienes, continúa este derecho sobre el solar, por ejemplo, de la casa quemada ó arruinada, segun la doctrina de la ley 34, párrafo último, tít. i, lib. vii, Digesto (6).

Si el usufructo fuere de un *rebaño*, se extinguirá este derecho si pereciera tal número de cabezas que dejara de formar *grey*; pero no si muriere alguna que otra, como espresa la ley 31, tít. iv, lib. vii, Digesto.

7.º Se acaba tambien el usufructo por concluir el tiempo por que se constituyó (7), ora que se limite este á la persona del usufructuario, ora se haya señalado el que tarde un tercero á llegar á cierta edad (8), ora, en fin, se refiera al que se hubiera concedido á una poblacion, á no ser que no se le hubiere señalado tiempo alguno, que entonces solo dura cien años, segun arriba se ha manifestado.

(1) Art. 443.

(2) Art. 464, núm. 6.º

(3) Art. 1966.

(4) Art. 464, núm. 5.º

(5) Art. 464, núm. 7.º

(6) Art. 467.

(7) Art. 464, núm. 2.º

(8) Art. 466.

8.º Por cumplirse la condición impuesta en el título constitutivo del usufructo.

- 9.º Finalmente, en cuanto al *usufructo legal* que tiene el padre en los bienes adventicios del hijo, se extingue este derecho perdiendo ó acabándose la patria potestad, escepto si lo fuere por haberle emancipado, que entonces conserva el padre todavía el usufructo en la mitad de los bienes del hijo, que le concede la ley 15, tít. xviii, Part. 4.ª, á no ser que en la escritura que otorgare el padre del acto de la emancipacion declare este que cedia al hijo todo el usufructo, segun se dijo en el párrafo IV, leccion X, tratado 1.º

Algunos sostienen que tambien se extingue el usufructo si se le quitara al padre la administracion de los bienes del hijo por ser un dilapidador; pero á nosotros nos parece que no es conforme esta doctrina con la esencia del usufructo, mayormente, cuando lo único que se permite en caso que el usufructuario cometiera algunos abusos, es estipular sobre el modo de precaver los daños, como dispone la ley 1.ª, tít. ix, lib. vii del Digesto; pero sin que por ello se estinga el usufructo, que es la doctrina tambien del nuevo Código (1).

Con lo dicho queda manifestado en general cuál sea la doctrina de las leyes acerca del usufructo; pero como además de esta modificacion de la propiedad existen otras derivadas del uso y del derecho llamado de *habitacion*, el orden pide que examinemos bajo el mismo orden lo que las leyes disponen acerca de estas dos últimas modificaciones.

§. VIII.

Naturaleza del uso y sus efectos.

Se entiende por uso *el derecho de usar ó de servirse uno de la cosa en cuanto basta para las necesidades suyas y las de su familia, dejando salva su sustancia.* Ley 20, tít. xxxi, Part. 3.ª

(1) Art. 468.

Se adquiere ó se constituye por los mismos modos que el usufructo, pudiendo servir la misma doctrina que acabamos de proponer en cuanto á este para explicar los derechos y obligaciones del usufructuario, aunque con las limitaciones siguientes:

Derechos del usuario.

Estos son:

1.º Percibir de la cosa ajena los frutos que basten para sus necesidades y las de su familia, aunque esta se aumente (1). Así es, que en el uso de una *huerta* solo puede tomar la hortaliza y fruta para su consumo y el de su familia, pero no puede vender ni dar cosa alguna. En el de una *casa*, podrá habitarla con su mujer, hijos y demás familia, y aun tambien admitir en ella huéspedes; pero no podrá arrendarla ni cederla á otro. En el de *bestias de trabajo* puede emplearlas en sus labores ó en otro servicio suyo, pero no alquilarlas ni prestarlas; finalmente, en el uso de un *rebaño* puede aprovecharse de las crias, lana y leche, en cuanto baste para sí y su familia, lo mismo que en cuanto al estiércol, que solo podrá aprovecharse del necesario para el abono de las tierras que cultive. Leyes 20 y 21, título xxxi, Part. 3.ª (2).

2.º Estar exento de pagar los gastos de la *reparacion de la casa* que usare, aunque sean los de conservacion. Tampoco está tenido á los que causaren en el *cultivo de la heredad*, ni últimamente viene obligado á satisfacer los *tributos y gravámenes inherentes á las fincas*, á no ser que se utilizara de todos los frutos que produce la cosa, ó que siendo *casa* la ocupase toda, porque entonces ha de considerarse como si la tuviere en usufructo. Ley 22, tit. xxxi, Part. 3.ª (3).

Obligaciones del usuario.

Estas son:

1.ª Dar fianza previo inventario ó descripcion de los bienes, salvo si estos quedaren en poder del propietario.

2.ª Cuidar de la cosa como un buen padre de familias,

(1) Art. 472, núm. 1.º

(2) Artículos 472, 473 y 474.

(3) Art. 475.

aprovechándose solo de ella en los términos arriba manifestados, y dando fiadores abonados de que así lo verificará.

3.^a Pagar los gastos del cultivo, y las reparaciones y tributos anejos á la finca en el caso que el usuario absorbiera todos sus productos.

4.^a Abonar los gastos, condenas y costas de los pleitos sostenidos para la conservación del *uso*, y denunciar al propietario las personas que atenten contra sus derechos, según se establece para el usufructo.

5.^a Cumplir lo que se hubiere pactado al constituirse el *uso*, pues tanto en las obligaciones como en los derechos, ha de estarse ante todo á lo que constare en el título en que se hubiere constituido.

Todas estas obligaciones, así como los derechos, cesan cuando se estingue el *uso*, no siendo necesario que nos ocupemos de los modos por los que en este se verifica, por ser los mismos por los cuales se acaba el usufructo.

La otra clase de modificaciones es la que dimana del derecho de habitación, cuya naturaleza y efectos se esplicarán en en el párrafo siguiente.

§. IX.

Naturaleza del derecho de habitación, sus efectos y cómo se estingue.

La *habitacion*, en el sentido que la tomamos en este lugar, también restringe ó modifica el derecho de propiedad, y como tal la definiremos diciendo que es: *el derecho de habitar en casa ajena sin pagar alquiler*.

En el efecto, apenas se distingue del *uso de una casa*, como espresa la ley 40, tit. VIII, lib. VII del Digesto; pero como según la ley 27, tit. XXXI, Part. 3.^a, no deja de haber alguna diferencia entre uno y otro derecho, nos ha parecido conveniente tratar con separacion de cada uno de ellos, espresando por lo mismo en cuanto á la *habitacion* los derechos y obligaciones peculiares de aquel que la disfruta, así como también los modos cómo se estingue.

Derechos de las personas relativamente á la habitacion.

Estos son:

1.º Morar en la casa juntamente con su familia y los huéspedes que tuviere.

2.º Arrendarla ó alquilarla á personas de buena vecindad. Ley 27, tít. xxxi, Part. 3.ª

Los términos en que se hubiere constituido este derecho, cuando lo hubiere sido por *contrato* ó *última voluntad*, servirán para determinar su estension, así como el que sean mayores ó menores sus obligaciones.

Obligaciones anejas al que tiene el derecho de habitacion.

Estas, por regla general, se hallan reducidas á los dos extremos siguientes:

1.º El de haber de usar de la habitacion como un buen padre de familia, dando antes fianza de que lo hará así, y que concluido su derecho restituirá la casa á su dueño ó á quien le represente. Ley 27 citada (1).

2.º Quedar sujeto al pago de los mismos tributos y cargas que el usufructuario, cuando por la habitacion se absorba toda la utilidad de la casa (2).

Por lo visto aparece que, aunque el derecho de *habitacion* conviene en general con el de *uso de una casa*, hay dos notables diferencias, segun la ley citada, y son:

Primera: Que en la *habitacion* se comprenden todas las piezas destinadas á este objeto, si no se ha limitado el uso de esta facultad, y en el *uso* son solo las necesarias; y

Segunda: Que en el derecho de habitacion se puede alquilar la casa, lo cual no se permite al usuario.

Modos cómo se estingue el derecho de habitacion.

Segun la ley 27, tít. xxxi, Part. 3.ª, se acaba este derecho solamente:

1.º Por haber espirado el tiempo por que se concedió.

2.º Por la muerte de aquel á cuyo favor se constituyó, si no se le hubiere señalado ningun tiempo determinado.

(1) Art. 471.

(2) Art. 475.

3.º Por la remision ó renuncia que este hiciere.

Mas aun cuando la ley de Partidas citada dé á entender que solo acaba la habitacion en los casos expresados, no por ello se escluyen los demás en que por el órden natural debe concluir este derecho, tales como *por la consolidacion ó por arruinarse ó incendiarse la casa*, y otros semejantes; debiéndose interpretar la palabra *solamente* de que se vale dicha ley, en cuanto á haberse de escluir algunos casos que designaba la legislacion romana para terminarse este derecho, como eran, por ejemplo, el *no uso* y el *destierro de la persona que tenia la facultad de habitar*, los cuales no están admitidos en nuestra España, segun la observacion que hacen algunos autores.

LECCION SESTA.

DE LAS SERVIDUMBRES.

Resúmen.

§. I. Razon del método.—§. II. Naturaleza de las servidumbres.—§. III. Su utilidad. §. IV. Sus especies en general.—§. V. Reseña de las llamadas *urbanas*, y esplicacion de cada una de ellas.—§. VI. Clase de obras que pueden denunciarse al juez para su demolicion.—§. VII. Cuáles no pueden denunciarse, aunque perjudiquen.—§. VIII. Naturaleza de la servidumbre de medianería.—§. IX. Reseña de las servidumbres *rústicas*, y su esplicacion.—§. X. Modos cómo se constituyen las servidumbres, y requisitos que han de reunir los títulos por que se adquieren.—§. XI. Derechos y obligaciones que producen.—§. XII. Modos cómo se estinguen.—§. XIII. De las servidumbres en materia de aguas.

§. I.

Razon del método.

Hasta de ahora hemos tratado de las modificaciones del derecho de propiedad en cuanto producen á favor de otro que el dueño la facultad de gozar y usar del todo ó partè de una cosa: falta, pues, siguiendo el órden enunciado en la leccion anterior, que entremos en el exámen de las otras modificaciones que, sin impedir al dueño absolutamente que disponga ó disfrute de sus propias fincas, crean en ellas un gravámen determinado, en beneficio inmediato de las agenas.

A las modificaciones de esta segunda clase les daremos el nombre de *servidumbre*; pues aunque usada genéricamente esta palabra, pudiera aplicarse á todo gravámen impuesto en una finca en utilidad inmediata de una persona, como lo hicieron los antiguos con los derechos de *usufructo*, *uso* y *habitacion*, que calificaron con el nombre de *servidumbres personales*; sin embargo, en sentido riguroso, solo puede convenir á aquellos gravámenes que se impongan en una finca en beneficio inmediato de otra que pertenece á distinto dueño: de otro modo no se alcanza la razon por qué ha de darse el nombre de *servi-*

dumbre á los derechos de *usufructo*, *uso* y *habitacion*, y no ha de estenderse al *censo* ó *hipoteca* por ejemplo, que tambien imponen un gravámen en las fincas en utilidad y en beneficio inmediato de otras personas que no son sus dueños.

Fundados en estas razones, y atendiendo á que en el derecho romano solo se comprenden bajo la palabra *servidumbre* las llamadas en las escuelas con el nombre de *servidumbres prediales*, cuyo pensamiento han seguido varios Códigos de otras naciones, entre los que se cuenta el proyecto del nuevo Código civil español, hablaremos de las servidumbres en el sentido espresado, manifestando en esta lección: 1.º, su naturaleza en general y la de cada una de las especies mas conocidas; 2.º, los modos cómo se constituyen; y 3.º, cómo se distinguen.

§. II.

Definicion de las servidumbres, y axiomas que esplican su naturaleza.

Antes de dar la definicion de las *servidumbres*, ó de esplicar su naturaleza, debemos observar que, aunque tanto en el derecho romano como en el de Partidas, se tome la palabra *servidumbre* para designar mas bien el derecho de la persona á cuyo favor se halla constituida, que el gravámen que sufre el dueño en sus fincas en utilidad de otras que no le pertenecen, como aparece de la ley 1.ª, tít. xxxi, Part. 3.ª, y de la definicion que han dado de ella los jurisconsultos romanos, sin embargo, como dicha palabra encierra en sí un concepto pasivo, á la manera que lo encierra cuando se usa para denotar la *esclavitud* ó *servidumbre de los esclavos*, de cuyo estado ha sido tomada, nos parece que habrá mas propiedad si la definimos mas bien bajo la consideracion de ser un *gravámen* ó carga, que no un *derecho*, porque este no es sino una consecuencia de un servicio impuesto ya, ó de haberse declarado que lo haya de prestar una finca en utilidad de otra.

Así es como se halla considerada tambien la *servidumbre* en el proyecto del nuevo Código; y bajo este supuesto la definiremos, diciendo que es: *Un gravámen impuesto sobre un edificio ó heredad en provecho ó para servicio de otra que pertenece á distinto dueño* (1).

(1) Art. 476.

De esta definicion puede ya comprenderse la naturaleza de la *servidumbre*: mas para que esta quede del todo determinada, espondremos á continuacion los caractéres ó cualidades necesarias para su existencia.

Cualidades de las servidumbres.

Estas son:

1.^a Que haya de haber dos fincas, ó realmente distintas entre sí, perteneciendo cada una á su dueño, ó que en el caso de ser una sola y ser varios los propietarios, se les haya designado á cada uno su parte determinada.

La razon de ello es, porque como espresa la ley 13, título xxxi, Part. 3.^a, la servidumbre en tanto se dice tal, en cuanto *es provechosa al heredamiento ó casa de otri, é non á la suya. Cá los homes hanse de servir de sus cosas, non como en manera de servidumbre, mas usando de ellas como de lo suyo*: ó segun la esplicacion de la ley 26, tit. II, lib. VIII del Digesto, porque: *Némini res sua servit iure servitutis*.

2.^a Que el gravámen que sufra una finca tenga por objeto la utilidad ó servicio de otra, como dice la ley de Partidas citada; pues sin esta circunstancia no valdria la *servidumbre*, segun espresó la ley 15, tit. I, lib. VIII del Digesto.

La finca por cuya utilidad ó servicio esté constituida, se llamará *prédio dominante*, y aquella que sufre el gravámen ó carga, *prédio sirviente* (1).

3.^a Que el gravámen esté tan inherente á la finca, que haya de seguir en ella, aunque mude de dueño, como dicen las leyes 8.^a y 12, tit. xxxi, Part. 3.^a, y espresa tambien el nuevo Código (2); ó lo que es lo mismo, que uno de los caractéres de las servidumbres es el de ser *perpétuas*, escepto *si fueren puestas á tiempo cierto, ó en vida de algun ome señaladamente*, como se lee al final de la ley 8.^a citada.

La razon es, porque la *servidumbre* se constituye á causa de la utilidad que su egercicio presta al dueño de otra finca en virtud de la posición en que se hallan dos prédios; y por lo mismo, mientras existan en tal situacion, siempre existe la

(1) Art. 476.

(2) Art. 480.

causa para que haya de conservarse, si otra cosa no se dispone.

4.^a Que no pueden enagenarse sin la finca á que se deben, á menos que consienta en ello el dueño de la finca gravada.

Se exceptúa la servidumbre de riego, en la que puede el dueño de ella otorgar á otro el agua que tuviese ya en su heredad. Ley 12, tit. xxxi, Part. 3.^a

5.^a Que siendo la causa de la *servidumbre* la utilidad ó servicio en favor de otra finca, se debe entera á cada uno de los herederos del dueño del *predio dominante* y por cada uno de los del *serviente* que lo posean, como espresan las leyes 9.^a y 18, tit. xxxi, Part. 3.^a, y confirma el nuevo Código (1).

La razon es, porque como dice la citada ley 9.^a, *las servidumbres no se pueden partir*; si bien en alguna de ellas podrá dividirse su egercicio, si lo permite su naturaleza.

6.^a Que el dueño del *predio* que sufra el gravámen solo esté obligado, ó á permitir que egerza en su finca algun derecho otro dueño en utilidad de la suya, ó á dejar de hacer alguna cosa en ella con el mismo objeto; pero no estará obligado á hacer, porque entonces mas bien que *servidumbre*, seria una *obligacion personal* la que se hubiere constituido; que de aquí viene el que si se hubieren de hacer algunos reparos en la finca gravada hayan de ser de cuenta de aquel en cuyo favor se constituyó, como así lo dispone la ley 4.^a, tit. xxxi, Partida 3.^a, presentando en prueba de ello varios ejemplos.

Con estos antecedentes acerca de las cualidades ó caracteres propios de las *servidumbres*, podrá conocerse desde luego su naturaleza en general; no siendo necesario otro medio para conocer la de las diferentes clases en que se dividen, que el que se determine la especie de gravámen que cada una de ellas infiera sobre la propiedad.

Mas como esta circunstancia pudiera dar lugar á que no se apreciaran los beneficios de esta institucion legal, será muy conveniente que, antes de esplicar la naturaleza de cada una de las *servidumbres*, se haga ver su utilidad.

(1) Art. 481.

§. III.

Utilidad de las servidumbres.

Si tomada la palabra *servidumbre* en su sentido mas general, no podríamos sostener su utilidad absoluta en vista de los inconvenientes que todos reconocen en las que los antiguos juriscultos calificaron con el nombre de *personales*, no sucede lo mismo si nos limitamos á las que en las escuelas se llaman *reales ó prediales*, que son las únicas á quienes damos el nombre de *servidumbre*, segun hemos ya manifestado.

Que estas sean útiles basta para demostrarlo atender al objeto de su institucion.

En efecto, de ellas, unas favorecen á la *agricultura*, porque sin este medio no podria á las veces un propietario beneficiar su campo, como sucederia, por ejemplo, si estando rodeado por otros que pertenecen á distintos dueños no se le facilitara paso para llegar á él; ó si estando en desnivel los prédios no se le obligara al dueño del inferior á recibir las aguas que, naturalmente y sin obra del hombre, cayeran del campo superior.

Otras sirven para el *ornato público*, y contribuyen á la mejor y mas cómoda edificacion, pues sin ellas tendria que estenderse demasiado el ámbito de una poblacion.

Con otras se *evitan innumerables litigios* que precisamente se promoverian si la ley no las autorizase; en razon de que nadie querria sufrir ciertas restricciones en su propiedad, no obstante de haberse de considerar estas modificaciones como una condicion sin la cual no puede vivirse en sociedad.

Finalmente, ora se atienda á la clase de servicios por que se constituyen, ora á las compensaciones, remuneraciones y beneficios que reciben en su constitucion los mismos que las sufren, siempre aparece en ellas un objeto mas ó menos inmediato de interés general; lo cual, unido á las demás observaciones que se han indicado, no puede menos de contribuir á que todos se persuadan de la utilidad de las *servidumbres*, como habrá lugar á convencerse mas de ella por la esplicacion de cada una de sus especies, de las que nos ocuparemos en los párrafos siguientes:

§. IV.

Division general de las servidumbres, y sus definiciones.

Consistiendo la *servidumbre* en un gravámen impuesto sobre una finca en utilidad de otra que pertenece á distinto dueño, segun lo manifestado en el párrafo II, y no siendo de igual clase los que por ellas se imponen, se hace preciso, para completar la idea que hemos dado acerca de su naturaleza, el que procedamos á hacer una clasificacion general de las mismas.

Estas pueden considerarse, ó por razon del uso á que están destinados los prédios en cuyo beneficio se constituyen, y de aquí la division de las servidumbres en *rústicas* y *urbanas*; ó por razon á la clase de gravámen que sufren, y entonces las dividiremos en *continuas* y *discontinuas*, *afirmativas* y *negativas*, *aparentes* y no *aparentes*; ó por razon del origen de que proceden, y de aquí el dividirse en *legales* ó *necesarias*, y en *convencionales* ó *voluntarias*.

Llamamos **SERVIDUMBRES RÚSTICAS** las constituidas para *servicio de las heredades ó fincas destinadas á los usos de la agricultura y ganadería*; y **URBANAS** las constituidas para *el servicio ó comodidad de un edificio destinado para habitacion, ó para objetos de lujo ó recreo, ó para el egercicio de algun arte ó industria*. Así se deduce de las leyes 1.^a, 2.^a y 3.^a, tít. xxxi, Part. 3.^a, con cuya doctrina está conforme el nuevo Código (1).

De lo dicho aparece, que la circunstancia de ser *rústica* ó *urbana* la servidumbre, ha de tomarse de la naturaleza del prédio en cuyo beneficio se halle constituida, ó sea la que tenga el *prédio dominante*, como enseñan los juriscultos.

Entendemos por **SERVIDUMBRES CONTINUAS** aquellas cuyo uso es ó puede ser *incesante, sin la intervencion de ningun acto de parte de aquel que recibe el beneficio*, como son, por ejemplo, las *servidumbres de luces*; y por **DISCONTINUAS** aquellas que necesitan de algun hecho actual del hombre para que puedan aprovechar, como son, las de *senda, carril*, etc. Leyes 15 y 16, tít. xxxi, Part. 3.^a (2).

(1) Art. 477.

(2) Art. 478.

Se llaman **SERVIDUMBRES AFIRMATIVAS** aquellas por las que el dueño tiene que sufrir que otro haga alguna cosa en su finca en utilidad de la suya; y **NEGATIVAS** aquellas por las que se prohíbe al dueño de una finca el hacer alguna cosa en la misma en beneficio de otra que no le pertenece.

Las primeras se anuncian por obras ó signos exteriores dispuestos para su uso ó aprovechamiento, como, por ejemplo, la *ventana en una pared mediera, el cauce formado en campo de otro dueño, el paso por heredad ajena, etc.*; y de aquí el llamarlos algunos con el nombre de *servidumbres aparentes*.

Las segundas no presentan signo exterior de su existencia, como la *de no levantar mas alto, la de no recibir las aguas, etcétera*; y de aquí el nombre de *servidumbres no aparentes* con que se distinguen (1).

Finalmente, se llaman **SERVIDUMBRES LEGALES** ó **NECESARIAS** las que se deben por el derecho natural ó civil; y **CONVENCIONALES** ó **VOLUNTARIAS** las que se establecen por pactos ú otros hechos de los particulares (2).

Cuáles sean las que pertenecen á cada una de las clases referidas, lo comprenderemos mejor por la reseña que haremos de ellas á continuacion.

§. V.

Reseña de las servidumbres urbanas.

No siendo posible presentar tablas completas en que aparezcan las diversas *servidumbres* á que pueden estar sujetas las fincas, por ser varias las necesidades de los hombres, y varios tambien los motivos que dan lugar á su imposicion, nos limitaremos á dar solo una idea de las mas usuales, tanto de las llamadas *urbanas* como de las *rústicas*, reduciéndolas á ciertas clases segun los objetos á que unas y otras se refieran.

Objetos en general de las servidumbres urbanas.

La ley 2.^a, tít. xxxi, Part. 3.^a, presenta bajo un orden numérico diversas especies de *servidumbres urbanas*; pero

(1) Art. 479.

(2) Art. 482.

como su objeto al enumerarlas lo fué solo como por vía de ejemplo, dejaron de incluirse muchas de las de esta clase, no obstante de ser ellas muy usuales ó frecuentes.

Nosotros procuraremos llenar este vacío en cuanto podamos, y para determinarlas con facilidad las distribuiremos en tres clases, á saber: unas que tienen por objeto *la estension de los edificios*; otras, *las comodidades interiores de los mismos*; y otras, *la exoneracion de un gravámen que pudiera pesar sobre ellos*.

Tienen por objeto la estension de los edificios.

1.º La de *oneris ferendi*, ó de haber de sufrir el dueño de una casa el que sobre su pared levante el vecino un pilar ó columna sobre la cual estribe parte de su edificio. Ley 2.ª, título xxxi, Part. 3.ª

2.º La de *tigni inmitendi*, ó de que pueda horadarse nuestra pared para meter viga, piedra, ó cualquiera otra materia, con el fin de que descansa en ella. Ley id.

3.º La de *proiiciendi*, ó de sacar sobre nuestra área, pero sin descansar en ella, alguna parte del edificio del vecino.

4.º La de *protegendí*, ó de tener saliente sobre nuestra área el tejado de la casa del vecino, con el fin de evitar que la intemperie cause daños á su edificio.

En todas estas *servidumbres*, las reparaciones ú obras necesarias para su disfrute serán de cuenta de aquel en cuyo favor se hallen constituidas, segun lo-manifestado en el número 6.º, párrafo II de esta leccion.

Sin embargo de ser esta la doctrina comun, debemos advertir que en la servidumbre *oneris ferendi*, que consiste en levantar el vecino sobre la pared de nuestra casa un pilar ó columna sobre que pueda poner una viga para hacer *terminado* ó *cámara*, como dice la ley 2.ª, tit. xxxi, Part. 3.ª, será obligacion del que se aprovecha del pilar hacer en él las reparaciones necesarias; pero no será obligacion suya el reparar la pared que sostiene el pilar, sino del dueño del edificio sobre que descansa este, á no ser que dicha pared sobre que se levantara columna ó pilar fuere mediera, que entonces se observará lo que acerca de la servidumbre de *medianería* establecen las leyes ó reglamentos.

Esta consideracion especial de que goza la servidumbre *oneris ferendi*, no debe estenderse al caso en que los diferentes pisos de una casa pertenecieran á distintos propietarios; porque si bien es verdad los pisos segundos descansan sobre los primeros y estos sobre los bajos, hay sus reglas especiales en defecto de convenios de sus dueños, para determinar las obligaciones de estos en orden á la edificacion y reparacion de semejantes casas.

Lo que la práctica tiene adoptado en la ciudad de Valencia está comprendido en las siguientes reglas:

1.^a Que en toda casa que pertenezca á diferentes propietarios, todos están obligados á satisfacer una parte de los gastos y reparos de los tejados y paredes de fachadas si se necesitan, así como en lo demás que haya de hacerse de nuevo.

2.^a Que, cuando dos sujetos hayan de construir ó reedificar una casa, cuyos bajos son de uno y los altos de otro, son de cuenta de los dos los gastos de los cimientos hasta la cara de la tierra, é igualmente los del tejado, ó cubierta, y los del pozo si fuere mediero; pero en cuanto á la demás parte de la obra, está obligado el dueño de los bajos á construir las paredes hasta el primer piso, haciéndolas del grueso correspondiente á la carga que han de sufrir ó sufrían, colocando suelas; y el de los altos á hacer los entramados del primero y segundo piso: de modo que, si de un fondo comun se hicieran las obras, se ha calculado que del total importe de la casa ha de pagar una tercera parte el dueño del piso bajo, y dos terceras el de arriba. Así consta del *arte de edificar*, publicado en Valencia por el arquitecto D. Manuel Fornes.

Estas reglas, aunque bastantes para decidir las cuestiones que pudieran suscitarse, sin embargo, nos parece que deben completarse por las que para este mismo caso propone el nuevo Código, mayormente, cuando hay motivos para suponer que están tomadas de las ordenanzas de Madrid, á las que consultan los peritos en el arte de edificar, en caso necesario.

Segun estas reglas, pues, los términos en que deben contribuir á las obras necesarias los dueños de los diferentes pisos de una casa, son los siguientes:

Primero: Las paredes maestras, el tejado y las demás cosas de uso comun estarán á cargo de todos los propietarios, en proporcion al valor de su piso.

Segundo: Cada propietario costeará el suelo de su piso; pero el pavimento del portal, puerta de entrada, patio comun y obras de policia comunes á todos, se costearán á prorata por todos los propietarios.

Tercero: La escalera que desde el portal conduce al piso primero, se costeará á prorata entre todos, escepto el dueño del piso bajo: la que desde el piso primero conduce al segundo, se costeará por todos, escepto los dueños de los pisos bajo y primero, y así sucesivamente (1).

La forma que se adopte en la construccion de la casa, dá lugar á que puedan aplicarse así en Madrid como en Valencia unas y otras reglas, que es la razon porque las hemos propuesto.

Tienen por objeto las comodidades interiores de la casa.

1.º La de *altius tollendi*, ó de poder fabricar el vecino su casa en lo interior de ella, ó en la parte que no dá frente á lugar público, á mas altura que la que permiten las ordenanzas municipales; lo cual, no pudiéndolo verificar, si el dueño á quien puede perjudicar la elevacion no se lo consiente, tendremos con ello esplicada la servidumbre referida. Ley 2.ª citada.

2.º La de *altius non tollendi*, ó de no poder el vecino fabricar mas alto una pared suya á fin de que no quite la vista ó luz de otro edificio, ó pueda descubrir lo interior de otra casa. Ley id.

Los estatutos municipales permiten á los dueños, en los casos en que no pueden cargar sobre la pared contigua á sus edificios, el que puedan levantar paredes en lo interior de su área, aun cuando con ello queden perjudicados los vecinos, con tal que entre la pared que se levante y la de estos medie la distancia de nueve palmos, y no se abran ventanas en ella enfrente de las ya abiertas en la de los vecinos (2).

Si, pues, uno se obliga á no levantar la pared en los términos que le permiten las leyes municipales, ó á no levantarla sino hasta tal altura, para que no quite la luz ó vista de la casa del vecino, quedará constituida la servidumbre espresada.

(1) Art. 521.

(2) Art. 532.

3.º La de *luminum*, y la de *ne luminibus officiator*, ó la de que el vecino pueda abrir en la pared mediera una ó muchas ventanas para recibir la luz una habitacion suya.

Como esto se halla prohibido tambien por las ordenanzas municipales, se infiere que si, efectivamente, permite el otro vecino que las pueda abrir, quedará constituida la servidumbre de *luz*, segun espresa el nuevo Código (1); la cual, una vez adquirida, lleva consigo la otra de *ne luminibus officiator*, que consiste en que el vecino, ó no pueda absolutamente edificar si tuviere sobre sí la servidumbre de *no levantar mas alto*, ó que no pueda verificarlo sino hasta la distancia de nueve palmos en cuadro, á saber: nueve por su frente, y cuatro y medio por lados, contados desde el centro de las ventanas; á no ser que estas tuvieran mas de nueve palmos de luz, que entonces habrán de sujetarse las paredes laterales á su totalidad.

Esto no impide que, si las ventanas de una pared mediera estuvieran á mucho mas de nueve palmos de altura, pueda el vecino arrimarse á ella levantando su casa hasta nueve palmos mas abajo de aquellas, construyendo *terrado ó galería*, ó hasta un palmo mas abajo si construyere *tejado*; así como tampoco impide el que, si las ventanas estuvieran inmediatas á la pared de fachada recayente en calle pública de inmemorial por retiro ó reedificacion de calle, se pueda levantar dicha pared de fachada aunque no resulten los cuatro palmos y medio de distancia del centro de las ventanas, porque el buen aspecto público de las fachadas y calles debe anteponerse al derecho de un particular.

Prescindiendo de estas observaciones, sin las que no podria comprenderse la *servidumbre de luces*, debemos además advertir, que la ventana que á consecuencia de esta servidumbre se abriera, ha de estar á nueve palmos de altura desde el piso de la habitacion para cuya comodidad se abre; pues si se concediera el que se abriera á menor altura, de modo que pudieran asomarse á la área del vecino, ó mirar por ella, entonces se constituiria la servidumbre *prospectus*, y la de *ne prospectui officiator*, las cuales, no solo impiden algunas veces que el vecino pueda edificar por aquella parte á menos distancia de

(1) Art. 530.

nueve palmos, sino que si al constituirse lo fué con el objeto de hacer mas agradable la vista, no podrá en manera alguna ponerse delante ningun obstáculo que lo impida, con cuya doctrina está conteste el nuevo Código, escepto en cuanto al señalamiento de las distancias (1).

4.º La de *stillicidii sive fluminis non avertendi*, ó de que el dueño del prédio vecino no pueda impedir que el agua de nuestros tejados caiga sobre su área, ora por goteras ó rios de los tejados (*stillicidii*), ora recogida en canales (*fluminis*), siendo así que por los estatutos municipales se prohíbe que las aguas pluviales caigan sobre el suelo del vecino, como espresa tambien el nuevo Código (2).

Tienen por objeto la exoneracion de una carga.

1.º La de *stillicidii seu fluminis avertendi*, ó de prohibir al dueño del prédio vecino el que la agua llovediza caiga en manera alguna sobre nuestra área en los casos en que lo permitieran las ordenanzas municipales.

2.º La de *cloacæ et fumi, etc., avertendi*, de que hablan las leyes del libro VIII del Digesto, y refieren asimismo los reglamentos de policia urbana, disponiendo que no puedan construirse cerca de una pared agena, ó aunque sea mediera, pozos, cloacæ, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan al vapor, ú otras fábricas destinadas á usos peligrosos ó nocivos, sin guardar las distancias que hubiere señaladas, ó sin construir las obras de resguardo, con arreglo á lo que previenen las leyes, como lo exige tambien el nuevo Código (3).

Si se construyeran, pues, todas estas oficinas con su correspondiente título, se considerarán ellas como otras tantas servidumbres, que en sentido opuesto llamaremos por parte de aquel en cuyo beneficio se constituyen, *cloacæ fumi, etc., non avertendi*, por renunciar aquellos á quienes estas obras perjudican, al derecho que les conceden las leyes para impedir su construccion.

Si no existiendo el título de la concesion, ó aun existiendo

(1) Artículos 532 y 533.

(2) Art. 534.

(3) Art. 525.

este, se hicieran dichas obras sin el revestimiento del espesor que señalan los reglamentos, ó en su defecto del que determinen los peritos, podrán los que tengan el dominio sobre el edificio ó finca, cuyo daño se teme por ellas, denunciarlas al juez para su demolicion, é igualmente podrán denunciarse las que no obstante de estar construidas legalmente, pudieran por su mala construccion causar algun daño á nuestros edificios ó heredades con su ruina, ó producir algunas desgracias en las vidas de las personas que las habitan.

Cuándo puede temerse este daño, á consecuencia de las espresadas causas, lo espondremos en el párrafo siguiente, manifestando los casos en que procede la denuncia con arreglo á las leyes.

§. VI.

Casos en que pueden denunciarse las obras que nos perjudican.

Varios son los casos que señalan las leyes del tit. xxxii, Part. 3.^a, con el objeto indicado, los cuales para su mayor claridad los dividiremos en dos clases, á saber: unos que se refieren á evitar los daños que se causaren á consecuencia de una obra nueva construida á las inmediaciones de nuestras fincas, y otros que tienden á evitar los daños y desgracias que pueda producir una obra vieja ó mal construida.

Casos en que hay lugar á la denuncia de obra nueva.

Hay lugar á esta denuncia:

1.º Si uno hiciere un pozo en su casa sin necesidad y solo por causar daño á su vecino, quitándole ó menguándole las aguas del suyo, segun dispone la ley 19, tit. xxxii, Part. 3.^a, y tambien cuando para hacerlo cavase tan hondo que hiciera peligrar ó caer nuestra pared, como añade la ley 24, tit. ii, lib. xxxix del Digesto (1), ó cuando lo formara arrimado á pared mediera sin hacer por delante de esta otra de un ladrillo de buena calidad para evitar humedades al vecino.

2.º Si hiciese casa arrimándola á los muros de alguna ciudad ó villa, ó embarazando la calle que habia junto á ellos, siempre que no quedara el espacio de quince pies entre el edifi-

(1) Art. 525.

cio y el muro, que es el que prefija la ley 22 del citado título y Partida, ó el que designaren las *Ordenanzas municipales*.

3.º Si levantare algun edificio en las plazas, ejidos ó caminos comunes de las ciudades ó villas, ó arrimando á alguna iglesia. Leyes 23 y 24, id. (1)

4.º Si construyere torre ú otro edificio, y sacase tanto las canales para recoger el agua de la lluvia, que cayere sobre las paredes ó tejados del vecino (2); ó si alzase pared, ó hiciere estacada ó valladar en su heredad, de modo que impidiera correr el agua formándose algun estanque en daño del mismo; ó tambien cuando levantara la obra en el lugar por donde solia venir el agua, y haciendo que se mudara el curso de ella, cayese de tan alto que abriera hoyos ó caños en la heredad del vecino, ó impidiera su aprovechamiento á los que tenian derecho á ella. Ley 13, tit. xxxii, Part. 3.ª

5.º Si edificase, privando á otro del derecho que le compete en virtud de alguna servidumbre, segun disponen las leyes 1.ª y 5.ª, id., salvo el caso en que estuviere interesado el ornato público, como se ha manifestado.

6.º Si se hiciera en los rios navegables ó en sus riberas, molino, casa ú otro edificio que embarazara el uso comun. Ley 8.ª, tit. xxviii, Part. 3.ª (3).

Casos en que hay lugar á la denuncia de obra vieja, ó mal construida.

Estos son los siguientes:

1.º Si amenazara ruina algun edificio inmediato al nuestro. Leyes 10 y 11, tit. xxxii, Part. 3.ª

2.º Cuando se teme que haya de caer un árbol sobre nuestras heredades, segun la ley 12, id., ó colgasen las ramas sobre las mismas ó sobre algun camino público, como espresa la ley 28, tit. xv, Part. 7.ª (4), ó tambien cuando estuviere tan arrimado á pared mediera que no hubiera de distancia tres varas, si fuese árbol mayor, ó dos si fuere naranjo, que es la que designan los peritos para evitar el daño que pueden causar sus raices.

3.º Cuando por razon de cieno, piedra ú otra cosa que

(1) Artículos 522 y 523.

(2) Art. 534.

(3) Art. 524.

(4) Artículos 525, 526, 527 y 528.

lleve el agua en su corriente, se detuviera esta en un campo, de modo que no pudiendo continuar su curso se vá por otro lugar, ó se estanca, causando daño á los campos inmediatos. Ley 15, tit. XXXII, Part. 3.^a

En todos estos casos, ora que pertenezcan á denuncias de obra nueva, ora á la de vieja, podrá el perjudicado acudir al juez de primera instancia del lugar en que esté sita la cosa objeto de la denuncia, segun dispone el art. 693 de la ley de enjuiciamiento, utilizando para ello el interdicto correspondiente, cuya tramitacion espondremos brevemente á continuacion, á la manera que se hizo en la leccion 4.^a al tratar de los interdictos de adquirir, retener y recobrar la posesion.

Trámites del interdicto de nueva obra.

Llegado alguno de los casos que hemos espresado bajo este titulo, la persona á quien perjudicare la obra presentará demanda pidiendo su suspension, la cual decretará provisionalmente el juez, convocando en el mismo auto á juicio verbal al denunciante y denunciado, previniéndoles que traigan los documentos en que fundar sus pretensiones.

De este juicio se estiende la oportuna acta, y si por su resultado creyere necesario el juez trasladarse al lugar de la obra, pasará á hacerlo acompañado de un perito, además del que nombraren los interesados, quienes podrán concurrir tambien á este acto.

Verificada la inspeccion, que no puede diferirse sin causa justa fuera del término de tres dias de celebrado el juicio verbal, dictará el juez sentencia dentro de los tres dias siguientes á aquella, la cual, si fuere denegatoria de la suspension, puede apelarse en ambos efectos, remitiéndose en tal caso los autos al tribunal superior, citadas las partes; pero si se ratificare, se procederá á llevarla á efecto ante escribano, estendiendo en los autos diligencia del estado en que se deja la obra, y apercibiendo con la demolicion si se continuara esta.

La sentencia en que así se decretare solo es apelable en un efecto, y en su consecuencia, si se apelare, se esperará á remitir los autos á la audiencia despues que aquella se ejecutare.

Sin embargo, como, á pesar de la sentencia ratificando la

suspension que en un principio se acordó provisionalmente, el derecho para continuar ó no en la obra suspendida ha de ventilarse en juicio ordinario, podrá su dueño, ora consienta la sentencia de suspension, ora si apelada se confirmase, pedir al juez autorizacion para continuar la obra, á lo cual accederá este si el interesado dá fianza suficiente para responder de la demolicion y de los daños que de continuarse puedan seguirse, y si en el acto de pedirla acompaña la demanda correspondiente para que se declare el derecho de continuarla; de otro modo, podrá denegar el juez la autorizacion, cuya providencia en uno y otro caso será apelable en ambos efectos. Artículos desde el 738 al 747 inclusive de la ley de enjuiciamiento civil.

Trámites del interdicto de obra vieja.

Sabidos los casos en que tiene lugar este interdicto, las personas que tengan alguna propiedad inmediata que pueda sufrir algun perjuicio por la ruina ó daños que causare la obra, como asimismo, los que tengan necesidad de pasar por las inmediaciones del edificio ruinoso, podrán acudir al juez de primera instancia arriba indicado, pidiendo uno de los dos remedios siguientes, á saber: ó que adopte este algunas medidas de precaucion para evitar los riesgos que el mal estado del edificio pueda ofrecer, ó que mande su demolicion.

Deducido el interdicto con el primer objeto, se constituirá el juez en el lugar de la obra acompañado de peritos, y resultando el peligro ó daño que se teme, decretará las medidas oportunas para procurar su remedio, las cuales se llevarán á efecto por el dueño ó su apoderado, ó por los inquilinos á cuenta de sus alquileres, ó en defecto de todos estos se ejecutarán á costa del actor, reservándole su derecho para reclamar del dueño de la obra los gastos causados. De esta providencia no podrá apelarse, así como tampoco de aquella en que denegare las medidas de precaucion solicitadas, si no las creyere urgentes.

Si el interdicto tiene por objeto la demolicion de la obra, presentada la demanda, convocará el juez á las partes á juicio verbal, y celebrado este, del cual ha de estenderse la oportuna acta, y por su resultado creyere necesario practicar por sí mismo la inspeccion de la obra, procederá á esta diligencia en la misma forma y en el tiempo señalado en el interdicto anterior,

dictando sentencia dentro de los tres días siguientes de haberse celebrado el juicio ó practicado la inspeccion.

La sentencia, cualquiera que sea la que recayere, será ape-
lable en ambos efectos, remitiéndose los autos á la Audiencia
con citacion de las partes si se interpusiere apelacion; advir-
tiendo que si se hubiere decretado la demolicion y de la inspec-
cion de la obra resultara su urgencia, se dictarán las medidas
de precaucion que se estimen necesarias antes de remitir los
autos á la superioridad, y devueltos por esta, se llevará á efec-
to lo determinado en la ejecutoria. Artículos desde el 748 al
759 inclusive de la ley de enjuiciamiento.

Para los demás daños que se teman, ó por la caída de un
árbol inmediato á la propiedad del vecino, ó por el que causen
las ramas que caen sobre ella, ó por desagües ó estancaciones
de agua, se acudirá en juicio verbal á los jueces de paz, para
que dispongan se arranquen los árboles, ó se corten las ramas;
ó se obligue al dueño á que limpie ó abra el lugar embarazado
á fin de evitar la estancacion ó el desagüe por el punto que se
verifica, condenándole además al resarcimiento de los perjui-
cios causados, en los términos que previenen las leyes 15, 16
y 17, tít. xxxii, Part. 3.^a, y espresa tambien el nuevo Có-
digo (1).

No obstante lo que acabamos de manifestar, las leyes es-
ceptúan algunos casos en que no hay lugar á denunciar la obra,
aun cuando por ella reciban algun daño los dueños de los pré-
dios vecinos, segun haremos ver á continuacion.

§. VII.

Casos en que no hay lugar á denunciar las obras ajenas, aunque perjudiquen.

No hay lugar á denunciar estas obras:

1.^o Si el daño proviene de la misma naturaleza, como, si
estando nuestro campo mas bajo que aquel de donde corre el
agua, cayeran en él piedras ó tierra por efecto de la misma
corriente, ó á consecuencia de alguna servidumbre que hubiere
constituida. Ley 14, tít. xxxii, Part. 3.^a (2).

2.^o Cuando el daño se funda solo en el peligro de que por

(1) Artículos 485, 486 y 487.

(2) Art. 484.

dicha obra pueden disminuirse las rentas de los dueños de las fincas inmediatas, como si uno construyera un *molino, horno, etc.*, cerca del nuestro, pero sin impedir el uso libre de las aguas, ó lo demás necesario para el ejercicio de nuestra industria. Ley 18 del mismo título y Partida.

3.º Si la obra se hiciese para reparar ó limpiar los caños, cloacas, acequias ó depósitos donde se recogen las aguas de la casa del vecino, aun cuando, durante la obra, se pusieran en solar nuestro, piedras, ladrillo, etc., siempre que acabada ella se quite lo que se hubiera puesto. Ley 7.ª, id.

4.º Finalmente, tampoco puede intentarse accion alguna contra aquel que, para guardar su campo, procura apartar las aguas en las avenidas del río ó barranco que hubiere junto á él; ni contra aquel que, cavando en su campo, dá lugar á que se disminuya el agua de la fuente del vecino; ni últimamente, contra aquel que, teniendo derecho á regar su campo en días determinados, hiciese cómo tener en él agua continua, á no ser que en alguno de estos casos pudiera probarse que la obra se hacia con intencion de dañar, ó se introdujera por ella un gravámen que antes no tenía el vecino, segun espresan varias leyes del tit. III, libro XXXIX del Digesto.

Por lo dicho aparece cuáles son las servidumbres urbanas mas frecuentes, y los medios de que debemos valernos para impedir que estas se constituyan sin título, ó se eviten los daños que las obras que hicieren los vecinos puedan causar en nuestras fincas ó heredades.

Las otras servidumbres que, además de las indicadas, pueden tener cabida en el uso comun, se distribuirán en las clases á que correspondan, atendidos los tres objetos á que pueden referirse, sirviendo de ejemplo la servidumbre de *medianería*, que puede colocarse entre las de la primera clase, pero que por su especialidad y puntos que abraza nos ha parecido hablar de ella separadamente de las mismas.

§. VIII.

Naturaleza de la servidumbre de **MEDIANERIA**.

Se entiende por servidumbre de medianería *el derecho que el dueño de una pared levantada para usos de su edificio,*

dá al dueño de la finca contigua de poderse aprovechar de dicha pared con el mismo objeto. La pared levantada en los términos espresados se llamará *comun ó mediera*, á diferencia de la que solo se constituye con el objeto de dividir un pródigo de otro, que entonces se llama *divisoria*.

Cuándo habrá lugar á considerarse de una ó de otra clase, lo deduciremos de las Ordenanzas locales y usos recibidos, segun los cuales, es *mediera* toda pared que, dividiendo una finca de otra, reúne una de estas dos circunstancias, á saber: ó que al tiempo de la edificacion ó despues de edificada, se convinieran los dueños de los prédios contiguos en que tuviera esta cualidad, haya ó no de edificarse sobre ella; ó que, sin mediar esta circunstancia, hiciera el que la edificó algun cargamento en ella.

Tanto en un caso como en otro la pared se hará comun, y estarán tenidos los dueños de los prédios contiguos á abonar su coste por iguales partes si se aprovecharan de ella en toda su estension; ó no siéndolo de toda, solo de la parte que el dueño del pródigo contiguo hubiere aprovechado.

Por las leyes romanas antiguas no habia lugar á esta servidumbre, en razon de haber de mediar entre casa y casa el espacio de dos pies y medio, como prescribieron las leyes de las doce Tablas; pero es de creer que con el aumento de poblacion caeria en desuso esta disposicion, mayormente cuando la ley 4.^a, tit. III, lib. xxxiii del Digesto, hace mencion de la *pared comun ó mediera* en términos que no permiten dudar de su existencia.

En las leyes de Partidas no se hace mérito de esta servidumbre, ni tampoco aparece en los demás Códigos posteriores regla ó disposicion alguna para resolver las cuestiones que pueden ocurrir sobre ella: motivo por el que ha tenido que acudirse hasta el presente á lo que las *Ordenanzas de Madrid ó de Barcelona* han establecido relativamente al arte de edificar, como asimismo á los usos y costumbres de las respectivas poblaciones.

En el proyecto del nuevo Código civil se ha tratado de llenar el vacío que notamos en la legislacion actual respecto á la servidumbre de *medianería* (1), el cual podrá consultarse y

(1) Artículos desde el 511 al 521.

aun seguirse la doctrina que en él se propone, no siendo contraria á las Ordenanzas y usos en el día recibidos.

Con lo dicho nos parece que podrá formarse una idea exacta de las *servidumbres urbanas* mas usadas ó frecuentes; solo falta que se den á conocer las *servidumbres rústicas* mas generales, de lo cual nos ocuparemos en el párrafo siguiente.

§. IX.

Reseña de las servidumbres rústicas.

Si la imposibilidad de poder determinar las *servidumbres urbanas* que puedan constituirse nos obligó á limitarnos á las de uso mas frecuente, otro tanto sucede con respecto á las *rústicas*, en las que, ora se atienda á la situacion de los prédios, ora á los diversos motivos que pueden tener los hombres en su constitucion, tambien encontramos dificultad en formar una reseña completa de ellas.

Por lo mismo, fijándonos en las mas usuales, haremos una breve descripcion de estas, reduciéndolas igualmente á tres clases, á saber: unas que tienen por objeto el *paso* ó la *conduccion de aguas por predio ageno*; otras el *aprovechamiento de lo que en él se contiene*; y otras, en fin, el *uso del mismo para ciertas obras*.

Tienen por objeto el paso y la conduccion de aguas.

1.º La servidumbre llamada de SENDA (*iter*), que no es mas sino el *derecho de pasar por heredad agena á pie ó á caballo, solo ó acompañado, mientras no vayan dos de frente*. Ley 3.ª, tit. XXXI, Part. 3.ª

2.º La de CARRERA (*actus*), ó el *derecho de pasar en iguales términos que en los de senda; y además el de llevar carretas á mano y caballerías cargadas*. La misma ley.

3.º La de CAMINO (*via*), ó el *derecho de pasar en los términos de las dos anteriores, y además el de llevar maderos, piedras y cuanto se necesite, aun arrastrándolo, como espresa la ley citada*.

4.º La de CAÑADA, ó el *derecho de tránsito para los ganados merinos ó trashumantes*.

En estas servidumbres hay que observar que el espacio

que ha de servir para el paso será el que se hubiere señalado al tiempo de su constitucion; y no habiendo señalamiento, se entenderá:

En la de *camino* el de ocho pies en los parajes rectos, y de diez y seis en las vueltas, segun se dispone en la referida ley, añadiendo á esta lo que la ley 7.^a, tit. III, lib. VIII del Digesto previene, de haber de estar al mismo tiempo el camino tan desembarazado, que pueda pasar libremente y sin dificultad un carro cargado.

En la de *senda* y de *carrera*, aunque no hay ley que señale su espacio, sin embargo, por lo que se permite pasar, segun espresan sus definiciones, podremos inferir que en la de *senda* será el de dos ó tres pies, que es suficiente para el paso de una caballería; y en la de *carrera* el de cuatro pies, que basta para el tránsito de carretones á mano.

Finalmente, en la de *cañada* su estension es la de noventa varas, segun el Real decreto de 23 de Setiembre de 1836.

Pasando á la otra servidumbre que tiene por objeto la conduccion de aguas, la cual es conocida bajo el nombre de *acueducto*, debemos advertir antes de determinar sus efectos, que esta pueda tomarse en dos sentidos, á saber: ó en cuanto denota el derecho solo de conducir una agua suya por medio de cauces ó caños que pasen por heredad ajena, ó en cuanto lleva consigo además el derecho de tomar el agua de la fuente de otro dueño para el riego de su heredad.

En el primer caso, únicamente tiene el derecho de conducir el agua por *prédio* ajeno, con la obligacion de guardar y mantener á sus costas el cauce, acequia ó canal por donde corre, absteniéndose de hacer cualquiera labor de que pueda recibir daño el dueño del *prédio sirviente*, como dispone la ley 4.^a, tit. XXXI, Part. 3.^a

En el segundo caso además del derecho de conducir el agua hasta que llegue á su campo, si no está este contiguo á aquel de donde se toma el agua, tiene tambien el de impedir al dueño de la fuente que pueda conceder á otro este derecho sin consentimiento suyo, á no ser que el agua fuere tanta que bastase para las dos heredades. Ley 5.^a del mismo título.

En esta servidumbre hay que observar que puede constituirse por la ley. Y tanto es así, que la de 3 de Agosto de

1866, establece, que para objetos de interés privado, será forzoso cuando se dirija: 1.º Al establecimiento ó aumento de riegos. 2.º Al de baños ó fábricas. 3.º A la desecacion de lagunas y terrenos pantanosos. 4.º A la elevacion ó salida de aguas procedentes de alumbramientos artificiales; y 5.º A las salidas de aguas de escorrentías y drenages: añadiendo, que en los tres primeros casos, tanto podrá constituirse para la conduccion de las aguas necesarias, como para la elevacion de las soibrantes.

La autoridad á quien corresponde decretarlas en todos estos casos, es el Gobernador de la provincia, prévia instruccion de expediente en que deberá oírse á los dueños de los terrenos que hayan de sufrir el gravámen, en el modo y forma que la misma ley establece y que omitimos consignar aqui por ser materia mas propia del derecho Administrativo que del civil.

Tienen por objeto el aprovechamiento de lo contenido en un prédio ageno.

1.º La servidumbre *aquæ haustus*, y la *de pecoris ad aquam appulsus*, ó el derecho de aprovecharse del agua del pozo ó fuente que está en heredad agena para abrevar nuestros ganados, ó para uso de los jornaleros ó trabajadores. Ley 6.ª, tít. XXXI, Part. 3.ª

2.º La de *pascendi*, ó de introducir ganados en la heredad de otro para pacer en ella, como añade la misma ley. Si mutuamente se debieren este derecho varios dueños, se llamará *ius compascui* ó comunidad de pastos, el cual es distinto de la servidumbre espresada.

3.º La de *arena fodiendæ, ligni eximendi*, etc., ó el derecho de sacar piedra, arena, tierra, madera ó cualquiera otra cosa para el consumo que se necesite en nuestras heredades.

Tienen por objeto el uso del prédio ageno para ciertas obras.

1.º La de *calcis coquendæ*, ó el derecho de cocer cal en prédio ageno.

2.º La de entrar en el mismo para tener en él recogidos nuestros frutos.

3.º La de arrojar en él las piedras del nuestro, aunque

con la obligación de sacarlas despues de terminada la limpia.

4.º La de poder dejar en él los animales, carros é instrumentos de labranza mientras nos ocupamos en el cultivo de nuestra heredad, y así de otras muchas, que podrán verse en la ley 3.ª, tit. III, lib. VIII del Digesto.

La reseña que acabamos de hacer de las *servidumbres rústicas* mas conocidas, del mismo modo que la que hicimos en el párrafo V de las *urbanas*, nos harán comprender mejor su naturaleza; y por lo mismo pasaremos á ver los modos cómo pueden constituirse.

§. X.

Modos cómo pueden constituirse las servidumbres.

Cuatro son los modos cómo pueden constituirse las servidumbres, á saber:

- 1.º Por voluntad de los particulares.
- 2.º Por la cuasi posesion.
- 3.º Por la ley.
- 4.º Por el juez.

En el nuevo Código solo se reconoce por causa de la servidumbre la *ley* y la *voluntad de los particulares* (1).

De cada uno de estos modos trataremos con separacion.

Por voluntad de los particulares.

Para que por este modo pueda constituirse una servidumbre, deben concurrir los requisitos siguientes:

- 1.º Capacidad de parte del que la concede.
- 2.º Aptitud en el que la adquiere.
- 3.º Un acto que lo determine.

Capacidad de parte del que la concede.

Esta la tiene todo aquel que reúne las cualidades siguientes:

- 1.ª Que sea dueño de todo el prédio (2), ora tenga el dominio pleno, ora solo el útil, ora solo un derecho á la cosa,

(1) Art. 482.

(2) Art. 536.

como sucederia si en el caso de vendita la finca, pero no entregada, se convinieran el comprador y vendedor en imponer una servidumbre sobre ella. Ley 14, tit. xxxi, Part. 3.^a

2.^a Que tenga la libre administracion de los bienes, motivo por el que no podrán constituirla las personas incapacitadas, como los *menores*, *locos*, etc.

3.^a Que siendo muchos los condueños convengan todos en su imposicion, ó desde un principio, ó por un acto posterior, como esplica la ley 10 del título y Partida citada.

Aptitud en el que la adquiere.

Esta la tiene aquel que fuere dueño del prédio en cuyo favor se constituye, si bien cuando fueren muchos los condueños no es necesario que todos consientan espresamente como en el caso anterior, en razon de que cada uno se presume que acepta aquello que le trae utilidad.

Para la imposicion, así como para la adquisicion, no se requiere la actual existencia de los prédios, aun cuando solo tendrá fuerza cuando estén ya construidos, como espresa la ley 23, tit. ii, lib. viii del Digesto.

Acto que lo determine.

Este puede proceder ó de *última voluntad*, ó de un *contrato*. Ley 14, tit. xxxi, Part. 3.^a

En el primer caso se adquiere desde el instante que muere el que ha legado la servidumbre: en el segundo, es necesario que, además de la convencion, exista la *cuasi tradicion*, ó el uso del que la adquiera y la paciencia del dueño sobre cuyo prédio se constituye; á no ser que las servidumbres consistieran en *no hacer*, que entonces se adquieren desde el acto del convenio.

En uno y otro caso podrán constituirse ó puramente ó con las condiciones que se tengan por conveniente.

Visto ya lo mas general para saber cómo se constituyen las servidumbres por voluntad de los particulares, pasemos á examinar el otro modo cómo se constituyen, que es

El segundo modo de constituirse las servidumbres es el *uso* ó *la cuasi posesion*; pero para ello ha de reunir esta los requisitos que exigen las leyes, los cuales son los siguientes:

1.º Que el uso no sea oculto ni se haya obtenido por ruegos ó por fuerza.

2.º Que el dueño del prédio sirviente no lo contradiga.

3.º Que trascurra el tiempo que hay señalado por el derecho. Ley 15, tit. xxxi, Part. 3.º

Concurriendo los dos primeros requisitos, se supone una voluntad, aunque *tácita*, de parte del dueño del prédio en que se constituye, la cual podrá servirle de título al que lo alegare, si prueba haber hecho uso de la servidumbre por el tiempo que prescriben las leyes.

Este tiempo es el de diez años entre presentes, ó el de veinte entre ausentes, si las servidumbres son de las llamadas *continuas*, sean *rústicas* ó *urbanas*; y en las *discontinuas* el tiempo inmemorial, como dispone la ley citada; si bien nos parece que esto último ha de entenderse cuando no hubiera justo título, porque si existiera, creemos que basta el tiempo de la prescripción ordinaria.

Prescindiendo de esta observacion, el tiempo empieza á contarse en las *servidumbres afirmativas* desde que empezaron á usarse estas, y en las *negativas* desde que el dueño del prédio que habia de sufrir la servidumbre impide al del prédio inmediato que haga uso de su libertad.

Tal seria, por ejemplo, si habiendo enfrente de mi casa un solar, y al levantar en él su dueño un edificio se lo impidiera trascurriendo diez ó veinte años, sin haber hecho uso de su derecho, consigo yo por este hecho que mi vecino no pueda levantar ya su edificio, y tenga sobre sí la servidumbre de no levantar.

Con esta misma doctrina se conforma el nuevo Código, salvo algunas aclaraciones que nos parecen muy oportunas para juzgar de la legitimidad de este medio (1), como lo es entre otras la necesidad de título, por no creerse suficiente en

(1) Artículos desde el 537 al 541 inclusive.

estas últimas que sirva de tal la ciencia y paciencia del dueño del prédio sirviente.

Continuando los modos por los cuales se constituyen las servidumbres, sigue en orden el que se verifica

Por el juez.

El tercer modo de constituirse las servidumbres es por el juez, el cual solo tiene lugar en los tres juicios divisorios, que son: de *partir la herencia, dividir la cosa comun y de señalar los límites á las heredades.*

La razon de ello es, que como en estos juicios se hace á las veces difícil la distribucion de la propiedad entre las varias personas que tienen derecho á ella, era preciso, tanto para conservar en lo posible la igualdad, como para que pudiera aprovechar la parte del prédio ó de los objetos que á cada cual se adjudicaran, el que se impusieran algunos gravámenes en los bienes adjudicados que compensaran en cierta manera su desigualdad.

La adjudicacion que hace el juez de la parte que hubiere gravado por alguna de las espresadas causas, será, pues, ella de por sí otro de los modos de constituirse las servidumbres, si no se opone á ello alguno de los interesados; porque entonces no habrá mas medio que enagenar la propiedad para distribuir su valor, ó hacer cualquiera otra gestion que proporcione una perfecta igualdad.

Por la ley.

El último modo de constituirse las servidumbres es por la ley, el cual tiene lugar siempre que esta disponga que en utilidad del bien público ó de alguna industria, ó tambien de las mismas fincas, hayan de sufrir estas ciertos gravámenes (1).

Ahora bien; *los títulos en que se constituyan, reconozcan ó modifiquen derechos de usufructo, uso, habitacion, servidumbres y otros cualesquiera reales,* se han de inscribir en el registro de hipotecas (2), sin cuyo requisito *no podrán perjudicar á tercero* (3). Y es de advertir, que si las servidumbres

(1) Art. 483.

(2) Art. 2.º

(3) Art. 23.

son reales, se han de hacer constar *en la inscripción de propiedad del prédio dominante* y en la del *prédio sirviente* (1).

Los títulos inscritos no surtirán su efecto en cuanto á tercero, sino desde la fecha de su inscripción (2).

Al hablar de las especies de servidumbres *urbanas* y *rústicas*, se habrán podido comprender las muchas que ha creado la ley; y por lo mismo, refiriéndonos á lo que allí se ha manifestado, concluiremos diciendo que cualquiera que sea el modo cómo se constituyen, se producen por ella varios derechos y obligaciones relativamente á los dueños de los prédios *dominante* y *sirviente*, que espondremos en el siguiente párrafo.

§. XI.

Derechos y obligaciones que producen las servidumbres.

Constituidas las servidumbres por cualquiera de los modos expresados en el párrafo anterior, adquiere el dueño del prédio *dominante* los derechos que son consiguientes á las mismas, así como por parte del dueño del prédio *sirviente*, se contraen varias obligaciones.

Derechos.

A cuatro pueden reducirse estos:

1.º El aprovecharse de la servidumbre el dueño del prédio *dominante*, según el objeto para que fué establecida, haciendo uso de los medios necesarios para su disfrute, en los términos que aparecen en el título de su constitución, ó en su defecto en los que prescriba la ley (3).

2.º Hipotecarla *juntamente con el prédio dominante*, pero no independientemente de este, pues no puede concebirse servidumbre alguna real, separada del prédio en cuyo favor está constituida. *Esceptuase en todo caso la de aguas, la cual podrá ser hipotecada* (4).

3.º Ejecutar, aunque á sus espensas, las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, pero sin hacerla mas gravosa (5).

(1) Art. 13.

(2) Art. 25.

(3) Artículos 541 y 542.

(4) Art. 108 de la Ley.

(5) Art. 543.

4.º Exigir del dueño del predio *serviente* el pago de dichas obras en caso que se hubiera pactado, que es como entienden algunos la obligación de parte de este de tener en buen estado la pared, en la servidumbre llamada *oneris ferendi*, sobre cuyo punto hemos emitido nuestro parecer en el párrafo V de esta lección.

Obligaciones.

Los derechos que acabamos de enumerar nos darán una idea de las obligaciones del dueño del predio *serviente*, y por lo mismo podremos reducirlas á las siguientes:

1.ª No poder menoscabar de modo alguno el uso de la servidumbre constituida contra él (1).

2.ª Haber de costear las obras si se hubiere pactado, ó en caso contrario abandonar su predio al otro dueño, como indica el nuevo Código (2).

3.ª No conceder á otro la servidumbre si perjudica á aquel en cuyo favor está constituida, á no ser con su consentimiento. Ley 5.ª, tít. xxxi, Part. 3.ª

Estas obligaciones, del mismo modo que los derechos, subsistirán en toda su fuerza, mientras no exista alguno de los modos por los que se extinguen las servidumbres.

§. XII.

Modos cómo se extinguen las servidumbres.

Los modos de extinguirse las servidumbres, refiriéndonos solo á las llamadas *reales ó prediales*, segun las observaciones hechas al principio de esta lección, son tres, á saber: la *consolidación*; la *remisión*, y la *destrucción de cualquiera de los dos predios dominante ó serviente*.

Consolidación.

Esta se verifica cuando se reúnen en un mismo dueño la finca gravada y aquella á que es debida la servidumbre; y como para que esta exista, es circunstancia precisa que sean distintos los dueños del predio *dominante* y *serviente*, es consiguien-

(1) Art. 544.

(2) Art. 543.

te que en el momento de ser ambos de una misma persona, haya de extinguirse la servidumbre.

Una vez estinguida esta, es tal su fuerza que, aunque se enagene despues cualquiera de las dos fincas, no revivirá, á no constituirse de nuevo. Ley 17, tit. xxxi, Part. 3.^a (1).

Remision.

Se estingue por este medio cuando el dueño de la finca á quien se debe la servidumbre la quita ó remite de por sí si fuere toda suya; pues si fuere de muchos, será necesario el otorgamiento de todos los condueños, como espresa la ley citada.

Esta remision puede ser *espresa ó tácita*.

Será *espresa* cuando al dueño de la finca gravada se le permite espresamente hacer lo que le estaba prohibido en virtud de la servidumbre, como, por ejemplo, si se permitiera á uno alzar mas su casa, siendo la servidumbre *de no fabricar mas alto*. Ley 19 del mismo título y Partida.

Será *tácita*, la que se deduce del no uso del derecho de servidumbre en el tiempo que señalan las leyes.

Este tiempo es, en las *servidumbres urbanas*, el de diez años entre presentes y de veinte entre ausentes: en las *discontinuas* el de veinte años, tanto entre ausentes como entre presentes; y el inmemorial en las *rústicas continuas*.

Así se halla dispuesto en la ley 16 del título y Partida citada; debiendo solo advertir que si la finca á que se debe la servidumbre se poseyera en comun por varios dueños, el uso de uno aprovecha á los demás é impide la *prescripcion* (2); mas si se hubiere partido la casa ó heredad entre los condueños con señalamiento de partes, el que no use de la servidumbre por el tiempo mencionado la perderá en su parte respectiva, y continuará en el que la usare, como espresa la ley 18 del mismo título.

El tiempo empieza á contarse en las *servidumbres urbanas* desde que el dueño de la finca gravada impide con buena fé el uso de la servidumbre, como, por ejemplo, tapando el agujero en que tenia el vecino introducida una viga, ó haciendo cerrar la ventana abierta en la pared contigua, puesto que si no lo impidiere, aunque el dueño del prédio dominante no usara de

(1) Art. 545.

(2) Art. 547.

la servidumbre, no por ello se entendería que la había perdido. Ley 16 de dicho título.

En las *rústicas discontinuas*, se contará desde que el dueño del predio dominante dejó de hacer uso de la servidumbre; no pudiendo señalarse el acto desde que haya de contarse en las *rústicas continuas*, porque su desuso debe ser desde tiempo inmemorial.

Destruccion del predio dominante ó sirviente.

La destruccion ó estincion del predio estingue la servidumbre, porque falta el objeto que dió lugar á que se constituyera; pero revivirá tan luego vuelvan los predios á su primitivo estado, á no ser que existiendo posibilidad ó disposicion para usar de la servidumbre, hubiere trascurrido el tiempo suficiente para la prescripcion (1), contado este desde el dia en que tuvo lugar un acto contrario á la misma servidumbre, que entonces quedará estinguida del todo, segun antes hemos manifestado.

Además de los modos espresados, se estinguen igualmente las servidumbres cuando, habiéndose constituido por tiempo determinado, hubiera este trascurrido, ó tambien cuando, habiéndolas otorgado un *enfiteuta*, volviera la finca á poder del *dueño directo*.

Los prácticos en el arte de edificar añaden, que el que tuviere sobre el predio de un vecino un *voladizo cubierto* y le derribase, no podrá reedificarle, á no ser que presente un documento de propiedad, lo cual hemos querido anotar en este lugar para el uso que conviniere.

Finalmente, así como los títulos en que se constituyen, deben registrarse en el oficio de hipotecas aquellos en que se haga constar la estincion de las servidumbres, pues de otro modo no surtirán efecto contra tercero.

Con estas breves indicaciones, nos parece que hemos dicho lo bastante, atendido el objeto de esta obra, para conocer la naturaleza de una de las cargas á que se sujeta la propiedad á consecuencia de las servidumbres impuestas sobre ella; y como no sea solo esta la modificacion que puede sufrir la misma, pasaremos al exámen de los otros títulos que la producen.

(1) Art. 545, núm. 3.º

LECCION SEPTIMA.

DE LOS CENSOS.

SECCION PRIMERA.

Del censo enfitéutico.

Resumen.

§. I. Razon del método.—§. II. Naturaleza de los censos en general, y sus divisiones.—§. III. Qué es censo enfitéutico, su origen y utilidad.—§. IV. Sus especies y modo de constituirse.—§. V. Derechos y obligaciones á favor del dueño directo, despues de constituido.—§. VI. Cuáles son los derechos que produce relativamente al dueño útil, y sus obligaciones.—§. VII. Cómo se estingue.

§. I.

Razon del método.

Otra de las modificaciones del derecho de propiedad es la que proviene de los *censos*. Por medio de estos, ó se dá á alguno una participacion en el dominio que exclusivamente egercia el primitivo dueño de la finca, ó se introduce en favor de otro que del propietario el derecho de percibir parte de las utilidades que produce la misma.

En uno y otro caso no puede menos de verificarse una sustraccion del *dominio absoluto*, y esta consideracion, unida á la semejanza que existe entre la modificacion de la propiedad por efecto de una *servidumbre*, y la que se deriva del gravámen que sufren las fincas en los casos espresados, nos obliga á tratar en este lugar de *los censos* que la producen, formando de ellos la materia de la presente leccion, que dividiremos en tres *secciones*, con el fin de comprender mejor la naturaleza de cada una de las tres clases principales de censos que conocemos.

Mas antes de proceder á su exámen, y puesto que son varias las acepciones en que se toma la palabra *censo*, nos ha pa-

recido muy propio que quede determinado el sentido en que la tomamos en este lugar, lo cual haremos ver en el párrafo siguiente, dando, segun él, su definicion en general, y haciendo juntamente una reseña de sus principales divisiones.

§. II.

Acepciones de la palabra CENSO, su definicion en el sentido que sirve á nuestro objeto, y sus divisiones.

La palabra *censo* la vemos usada, tanto en derecho *administrativo* como en el *civil*. En el primero significa, ó la lista ó padron de la poblacion y de la riqueza de sus vecinos y terratenientes, ó el tributo ó contribucion que se impone para atender á las necesidades del Estado; de lo cual nos ofrece un ejemplo el capitulo XXII del EVANGELIO de San Mateo en aquellas palabras: *¿Licet CENSUM dare Cæsari?* etc. Mas en el derecho *civil* se toma, ó por la pension ó cánon ánuo que paga el dueño de una finca gravada con esta carga; ó por el derecho de exigir dicha pension; ó por el contrato por el cual se adquiere este derecho.

Nosotros la tomamos en este lugar por el derecho de exigir una pension, y en este sentido daremos su definicion.

Definicion del censo.

Se entiende por CENSO *el derecho de exigir una pension ó cánon ánuo de cierta persona, ó por haberle trasferido el dominio útil de una finca, ó este juntamente con el directo, ó prestándole una cantidad consignándola sobre bienes raíces suyos*. La persona que tiene derecho á la pension se llama generalmente *censualista*; y *censuario* ó *censatario* aquella de quien se cobra ó exige.

Sus divisiones.

De la definicion que se ha dado resulta que el censo puede dividirse en *enfiteútico*, *reservativo* y *consignativo*. Unos y otros pueden constituirse perpétua ó temporalmente, y de aquí las denominaciones de censo *perpétuo* y *temporal*, que dan lugar á una segunda division.

El *perpétuo* puede ser, ó absolutamente tal, ó solo mien-

tras el censuario no lo redima; y de aquí la otra division de los censos en *irredimibles ó muertos*, y en *redimibles ó al quitar*, cuyas denominaciones admitimos, por existir en el dia censos en los que no cabe la redencion, como luego manifestaremos.

En el nuevo Código no tiene lugar esta distincion, por estar declarado que todos los censos sean redimibles, aunque se pacte lo contrario (1).

El *temporal* puede ser, ó por un número determinado de años, ó para tiempo incierto, como, por ejemplo, para la vida de una ó de dos personas, en cuyo último caso se llamará *censo vitalicio*.

Además, hay otros censos que se conocen con el nombre de *juros*; y no faltan autores que, considerando la venta á *debitorio* como un *censo*, dan este nombre á la pension que anualmente paga el comprador.

Finalmente, fundados algunos en la ley 9.^a, tít. xv, lib. x, Novis. Recop., dividen los censos en *reales*, *personales* y *mistos*: pero como el objeto de esta ley no es calificar los censos, sino establecer por punto general que en todos ellos, cualquiera que sea su clase y denominacion, ha de reducirse la pension al tres por ciento, no debemos tomar argumento de sus palabras para admitir esta division, mayormente estando reconocido por los mejores autores que el censo que se dice *personal* ó impuesto sobre la industria de alguno, no es mas que una especie de compañía que se forma entre el sócio industrial y capitalista, en cuya virtud se parten las ganancias de tal modo los contrayentes, que contentándose este último sócio con una porcion segura de ellas, exige solo un interés del capital, dejando las eventualidades por cuenta del sócio industrial.

Esto, no obstante, si por *censo personal* se quisiera denotar el llamado *vitalicio*, no tendríamos entonces dificultad en admitir dicha division.

De cada una de estas modificaciones ó divisiones nos haremos cargo al ir esplicando la naturaleza de los censos *enfitéutico*, *reservativo* y *consignativo* á que se refieren, empezando por la del censo *enfitéutico*, que será la materia del párrafo siguiente.

(1) Art. 1548.

§. III.

Naturaleza del censo enfiteutico, su origen y utilidad.

Siguiendo la acepcion en que tomamos en este lugar la palabra *censo*, definiremos el *enfiteutico*, diciendo que es: *El derecho que tiene uno de exigir de otro cierto cánon ó pension anual en frutos ó en dinero, en razon de haberle trasferido para siempre ó para tiempo determinado el dominio útil de alguna cosa raiz de su propiedad, cuyo dominio directo se reserva.* Ley 3.^a, tit. xiv, Part. 1.^a

Se dice que es un *derecho*, entendiéndose como tal de parte del que cobra la pension, que se llama *censualista*, y tambien *señor directo*; porque de parte del que la paga, conocido con los nombres de *censuario*, *enfiteuta* y *señor útil*, ha de considerarse como un *gravámen ó carga*.

Las demás palabras de la definicion indican la causa ó fundamento por el que se constituye, y al mismo tiempo el modo de hacerle mas ventajoso á los mismos que intervienen en él; y de aquí la espresion de haber de ser *para siempre*, ó si se establece para tiempo determinado, el de no bajar este de diez años, á fin de que haya lugar á que el *señor directo* pueda conseguir la mejora que desea en su *predio*, y poder el *señor útil ó enfiteuta* sacar las ganancias debidas á su trabajo.

Su antigüedad.

Este censo, llamado *enfiteutico* de la palabra griega *emphiteusis*, que significa *plantacion ó cultivo de lo no plantado ó inculto*, se conoció entre los antiguos pueblos, y en especial entre los romanos, los que, con motivo de los inmensos terrenos incultos que poseian en las provincias que conquistaban, y careciendo de medios para reducirlos á cultivo ó para edificar en ellos, los repartian entre los mismos vencidos para su aprovechamiento, con la carga de haber de pagar anualmente una módica pension.

Otro tanto hicieron los Reyes Godos cuando conquistaron la Península, pues, segun refiere la historia, además de la parte de territorio de que hicieron donacion á los nobles por sus servicios y de la que los Monarcas se reservaron, dejaron

á los vencidos que disfrutaran la otra tercera parte bajo la condicion de haber de pagar cierta pensión ó tributo; á la manera que hoy dia ceden con la misma carga varios terrenos ó solares pertenecientes al Real Patrimonio, pagando los colonos por título de *establecimiento* la cantidad que hay señalada, segun su estension, además del cánón ó pensión correspondiente.

Esta práctica que siguieron despues los particulares, estendiéndola por pactos y convenios á las tierras ya labradas y aun hasta los edificios de su propiedad, dió lugar á que, generalizado este censo, se dieran por parte del legislador las reglas necesarias para determinar los derechos y obligaciones de los que cedian y recibian las fincas con este gravámen, á fin de que se consiguieran por ambos las ventajas de esta institucion.

Ventajas de la enfiteusis.

Aunque no todos reconocen como útil el censo enfitéutico, sin embargo, como los que le niegan esta cualidad solo se fundan en las cargas á que está sujeta la finca enfitéutica, y no toman en consideracion las utilidades que proporciona la misma, nos parece que es muy débil este argumento para que desde luego haya de considerarse como perjudicial; mayormente cuando, si nos fijamos en su origen y objeto, nadie hay que pueda desconocer las ventajas que produjo al Estado y á los particulares esta institucion: las mismas que presentan todavia esos grandes Establecimientos de tierras eriales cedidas por el Real Patrimonio, las cuales nunca se hubieran reducido á cultivo, á no haberse concedido con este título.

No obstante, en el nuevo Código no se reconocen otros censos que el *reservativo* y *consignativo* (1); pues las disposiciones que aparecen en él relativamente á los censos *enfitéuticos*, únicamente se reducen á determinar la legislacion que haya de regir mientras no se estingan ellos, del mismo modo que las demás especies de enfiteusis (2), cuyas divisiones y modos cómo se constituyen hasta el presente, serán objeto del párrafo siguiente.

(1) Art. 1547.

(2) Art. 1563.

§. IV.

Especies de enfiteusis, y modos cómo se constituye.

En dos clases se divide primeramente la enfiteusis, á saber: en *eclesiástica* y *laical*. La primera es *la constituida en favor de alguna iglesia, monasterio ó lugar piadoso*; y la segunda *la que lo está en favor de los particulares*. Una y otra podrá ser *perpétua ó temporal*, segun que se haya constituido para siempre, ó solo para tiempo determinado.

Además hay enfiteusis que proceden de tierras enagenadas en este título por el Real Patrimonio, las cuales se rigen por la Instrucción de 13 de Abril de 1783, mandada observar por la Real orden de 21 de Setiembre de 1828: otras que proceden de *señorío territorial*, las cuales, cualquiera que fuera el derecho que rigiera antiguamente sobre ellas, en el día se sujetan á las reglas del derecho comun, segun se dispone en la ley de 3 de Mayo de 1823, restablecida por la de 2 de Febrero de 1837, y aclarada por la de 26 de Agosto de este año; y otras, en fin, que se llaman de *propiedad particular ó aldeales*, y se gobiernan por las leyes generales del Reino, salvo en lo que por *fueros particulares* se halla admitido en algunas provincias, como sucede en la de Valencia relativamente al tanto que ha de abonarse por derecho de *laudemio*.

Tambien hay otras especies de enfiteusis conocidas con los nombres de *foros* y *subforos*, entendiéndose por *FORO* la cesion que el dueño del terreno hace á otro del dominio útil por una ó mas generaciones, mediante el pago de un *cánon ánuo en frutos ó en dinero*, y por *SUBFORO*, la cesion que el mismo forero ó enfiteuta hace á otro del terreno cedido, exigiéndole *mayor pensión que la que á él se le impuso*.

Finalmente, puede asimismo considerarse como una especie de enfiteusis el derecho llamado de *superficie*, que no es mas sino *el derecho que se tiene en un edificio construido en terreno arrendado, ó comprado solo con el objeto de tener en él una casa levantada ú otra obra cualquiera*.

En la huerta de Valencia se vé usado con mucha frecuencia este derecho con motivo de las barracas que, con permiso de los dueños, levantan los labradores en los campos que tie-

nen en arriendo; y se dice que este derecho es una especie de enfiteusis, porque en virtud del mismo queda separado el dominio *directo* del *útil*, perteneciendo el primero al dueño del terreno, y el segundo al que fabricó en él, con tal que pague la pensión ó el aumento de arriendo que se hubiera estipulado, y cumpla las demás condiciones que se le impusieron.

Modos de constituirse.

Todas estas especies de enfiteusis, así como cualquiera de los demás gravámenes ó cargas de esta clase á que están sujetas algunas fincas, pueden constituirse ó *por última voluntad* ó *por contrato*.

Se constituyen *por última voluntad* cuando el testador lega á alguno una cosa raiz con la obligacion de pagar cierto cánon ó pensión anual á las personas ó corporaciones, así civiles como eclesiásticas y piadosas, en cuyo favor haya dejado la señoría directa: y se constituyen *por contrato* cuando, en retribucion del dominio útil que se trasmite se obliga uno, mediante un pacto, á pagar dicho cánon.

Si para su constitucion en este segundo caso es necesario además el otorgamiento de escritura pública, lo haremos ver al tratar del *contrato de censo*, limitándonos en este lugar á manifestar los derechos y obligaciones que produce, tanto de parte del *señor directo* como del *útil*, que será la materia de los dos párrafos siguientes.

§. V.

Derechos del señor directo y sus obligaciones.

Los derechos del señor directo son los siguientes:

- 1.º Retener el dominio directo.
- 2.º Percibir anualmente la pensión.
- 3.º Apoderarse de la cosa en los casos que designa la ley.
- 4.º Ejercer el derecho de *fadiga* y *tanteo*.
- 5.º Cobrar el *laudemio* ó *luismo*.
- 6.º Poder utilizar el retracto.

Sobre cada uno de estos derechos haremos algunas observaciones.

Retener el dominio directo.

En este derecho se halla comprendida la facultad de poder el censalista exigir del enfiteuta que tenga bien labrada la tierra, ó si fuere casa, el que esté bien reparada, de modo que vaya en aumento y no en disminucion, como espresa la Authent. *Qui rem* de Sacrosant. eccles. Cod. Just. Además, como observan algunos comentaristas, puede tambien hacer otras gestiones de dueño, mientras no impida al censuario el egercicio del dominio útil.

Percibir anualmente la pension.

La cuota que ha de exigirse en virtud de este derecho debe ser mucho mas baja que la que se exige en los demás censos, á fin de no hacer mas gravosa la condicion del censuario en vista de las otras cargas que tiene sobre sí la finca enfiteútica.

Por esta razon, mientras que en los demás censos en que no hay otra carga que el pago de la pension se ha establecido que sea el *tres por ciento*, segun lo dispuesto en las leyes 8.^a y 9.^a, tit. xv, lib. x, Novis. Recop.; en el censo enfiteútico se consideró que debía rebajarse á *uno y medio por ciento*, como se infiere de las leyes 12, 22 y 24 de este mismo titulo y libro, en las que, tanto para la imposicion como para la redencion de los censos perpétuos, se manda que haya de entregarse un capital doble á razon de tres por ciento, ó lo que es lo mismo, que para percibir en el censo enfiteútico 3 rs., por egemplo, de pension, su capital ha de ser de 200 rs., que corresponde al uno y medio por ciento.

Algunos, suponiendo que la tasa de los censos era una consecuencia de la que se designó con respecto al interés ó rédito que podia exigirse del dinero dado en préstamo, creen que, habiendo quedado abolida toda tasa por la ley de 14 de Marzo de 1856, lo debe tambien estar en quanto á la pension que ha de pagarse por los censos; y que por lo mismo puede pactarse en lo sucesivo la que parezca á los contrayentes mas conveniente.

Apoderarse de la cosa en los casos que prescribe la ley.

En tres casos dicen las leyes 28 y 29, tít. VIII, Part. 5.^a, que puede el *señor directo* apoderarse de la cosa; ó que haya de caer esta en comiso del mismo, á saber:

1.^o Cuando el *enfiteuta* deja de pagar las pensiones por tres años, siendo la *enfiteusis laical*, y por dos si fuere *eclesiástica*:

2.^o Cuando se vendiere la finca sin requerir al *señor directo*, ó sin esperar el consentimiento tácito ó espreso de este, ó vendiéndose á personas que no pueden adquirir, ó fueren tan poderosas que se temiese no poder exigirse de ellas fácilmente la pensión:

3.^o Cuando se empeñare á las personas que se han espresado.

Aun cuando en estos tres casos pierde el enfiteuta por el mismo derecho la cosa, sin embargo, en el primero se libra de esta pena si paga la pensión dentro de los diez días siguientes á su vencimiento, ó si tiene para ello una causa legítima, como enseñan los prácticos: pero como de no tener ninguna excusa habria de apoderarse de la cosa el *señor directo* de por sí, y esto presentaria muchos inconvenientes, para evitarlos, somos de parecer que en los casos en que declare la ley que caiga la cosa en comiso, se recurra al juez, no para que así lo decrete y se entregue la cosa al censalista, sino, ó para hacer efectivo el pago de las pensiones como en el primer caso, ó para que se rescinda el contrato si se tratara de los dos últimos espresados.

Cuando el prédio dado en enfiteusis cae en comiso con arreglo á las leyes, pasa al dueño del dominio directo con las hipotecas ó gravámenes reales que le hubiere impuesto el enfiteuta; pero quedando siempre á salvo todos los derechos correspondientes al mismo dueño directo (1).

Ejercer el derecho de fadiga y tanteo.

Aunque generalmente se confunde hoy día el derecho de *fadiga* con el de *tanteo*, á nosotros nos parece que en su origen era muy diferente.

(1) Art. 118 de la Ley hipotecaria.

El primero consistia en el derecho que se pagaba por el permiso que daba el señor para enagenar la cosa dada en enfiteusis, el cual se abona todavía en aquellos pueblos en que los señores territoriales han justificado el título para exigir este derecho y los demás que van anejos á su señorío; mas el segundo ha consistido siempre en poder quedarse alguno la cosa que se vende por el tanto que otro ofrezca.

Con este antecedente no debe estrañarse el que se diga que la palabra *fadiga*, usada en Aragon para espresar el mencionado derecho, ha de referirse solo al acto de pedirse y de darse el permiso para vender, y la de *tanteo* á la facultad de ser preferido el señor en la venta.

Como quiera que sea, á consecuencia del espresado derecho, el *enfiteuta* debe avisar al *censualista* cuando trate de vender la cosa; no pudiéndola enagenar sin su permiso, ó sin que hayan trascurrido dos meses desde su requerimiento, que es el tiempo que tiene señalado el *señor directo* para quedarse la cosa por el mismo precio que otro ofreciere. Ley 29, tit. VIII, Part. 5.^a

Sin embargo, *no se anularán ni rescindirán los contratos por razon del derecho de tanteo en perjuicio de tercero, que hubiere inscrito su título en el registro de la propiedad* (1).

Cobrar el laudemio ó luismo.

Consiste este derecho en la facultad de exigir á aquel á quien se vende la finca enfiteútica la quincuagésima parte del valor por que entonces se enagena, segun dispone la ley citada de la Part. 5.^a, y confirma la 42, tit. xv, lib. x, Novísima Recopilacion.

No obstante, si en la escritura de enfiteusis se hubiera pactado otra cantidad, ó se hallare esta designada por *fuego*, como sucede en el Reino de Valencia, en el que, segun sus Fueros, ha de abonarse por *luismo* la décima parte del precio de la cosa, deberá abonarse esta; aunque la dificultad en su cobro, á pesar de no hallarse derogado dicho *fuego*, como manifestamos en la primera parte de esta obra, al tratar de

(1) Art. 38 de la Ley hipotecaria.

los Fueros de Valencia, obliga al *señor directo* á entrar en transacciones sobre el tanto que ha de pagarse por este respecto; pudiendo exigir hasta un real de vellon por cada libra de moneda valenciana, que es el tanto generalmente convenido.

Esta cantidad la abona el vendedor en el Reino de Valencia por una costumbre, segun afirma Bas in tehatr. jurisprud., Cap. xxx, núm. 142; y por costumbre tambien se halla recibido, que si los enfiteutas son *manos muertas*, como *ciudades, iglesias, monasterios, colegios* y otras corporaciones semejantes, hayan de abonar el derecho llamado *quindenio*, que consiste en haber de pagar el *luisismo* cada quince años, como si se enagenara la cosa.

La razon de ello es, porque no pudiendo vender libremente sus cosas estos cuerpos, se perjudicaria al *dueño directo* en cuanto al *luisismo*, como espresa el autor antes citado, y lo confirma Matheu en su tratado de Regim. Reg. Valent., Cap. II, párrafo V, añadiendo que esta carga del *quindenio* no afecta á los poseedores de los mayorazgos.

La ley de desamortizacion de 1.º de Mayo de 1855 dejó sin efecto, como era consiguiente, este derecho; pues, habiendo de salir de poder de dichas corporaciones los bienes que poseían á consecuencia de la citada ley, falta ya la razon que lo habia introducido.

Las dudas que se suscitaron sobre si habian de entenderse los efectos de esta ley á los bienes eclesiásticos devueltos á la Iglesia por el Concordato de 1851, quedaron terminadas por el Convenio celebrado entre la Santa Sede y el gobierno de S. M. la reina, en 25 de Agosto de 1859, en el que se declaró que puedan cederse al Estado todos los bienes eclesiásticos, excepto los comprendidos en el art. 6.º de este documento, y en su consecuencia quedan igualmente libres las corporaciones eclesiásticas de nuestro Reino de la carga del *quindenio*, como asimismo de abonar el derecho de *luisismo* por la *primera venta* que se hiciere de estos bienes, si fueren enfiteuticos, puesto que por haber estado amortizados, no pudieron esperar cobrarle sus dueños.

Esto no impide que en las ventas sucesivas que hicieran los particulares de los bienes que hubieren adquirido procedentes de estas ú otras corporaciones, hayan de abonar el *luis-*

mo y juntamente la pensión ó cánón á año correspondiente, si fueren fincas enfitéuticas, como así lo declaró el Real Consejo cuando con motivo de haberse mandado por Real Cédula de 25 de Setiembre de 1798, que pudieran enagenarse las fincas vinculadas, espidió este Cuerpo una circular en 25 de Diciembre de este año, en la que, entre otras reglas, se prescribe, que no hubiera lugar al *laudemio* en la *primera venta* que se hiciese de estas fincas si fueren enfitéuticas, dando la razón de que, siendo vinculadas, no podían esperarlos sus dueños.

Pasando, pues, en clase de libres á los demás poseedores, es consiguiente el haberse de abonar este derecho, del cual únicamente podrán librarse, si el señor directo se quedara con la finca, por haber hecho uso en caso de venta, del derecho de *tanteo*.

Poder utilizar el retracto.

Finalmente, puede el *señor directo* utilizar el *retracto*, cuyo derecho, según se hará ver con mas extensión en el lugar correspondiente, consiste en poder reclamar para sí la cosa dentro de los nueve dias siguientes desde que se hizo la venta, despues de obtenida tácita ó espresamente la licencia, siendo preferido á los demás retrayentes si los hubiere, como lo resuelve la ley 8.^a, tit. XIII, lib. X, Novis. Recop.

No obstante, la Ley hipotecaria en el mismo artículo antes citado, declara: que no podrán anularse ni rescindirse los contratos por causa del retracto legal, en perjuicio de tercero, que hubiere inscrito su derecho.

Tales son las observaciones que hemos creído hacer á cada uno de los derechos que las leyes conceden al *dueño directo*. Pasemos ya á ver cuáles son sus obligaciones.

Obligaciones del señor directo.

Estas pueden reducirse á las que á continuacion se espresan:

- 1.^a Dejar libre y espedito al enfitéuta el uso y aprovechamiento de la cosa, sin ponerle embarazo alguno por su parte.
- 2.^a Salir á la evicción, é indemnizar los daños que se causaren si se perdiera el pleito que se hubiera promovido.

3.^a Entregar los títulos de la finca, dando fé el escribano de la entrega.

4.^a Inscribir la escritura de imposición del censo en el registro de la propiedad, en los términos que manifestaremos en el lugar correspondiente, abonando á la Hacienda pública el tanto por ciento correspondiente del capital por el que se hubiera justipreciado la finca. Párrafo II del art. 2.^o de la Ley hipotecaria.

Vistos los derechos y obligaciones del *dueño directo*, trataremos por el mismo orden de estos efectos con referencia al *dueño útil ó enfiteuta*.

§. VI.

Derechos y obligaciones del enfiteuta.

A seis podemos tambien reducir los derechos del *enfiteuta*, á saber:

- 1.^o Tener el dominio útil.
- 2.^o Repetir del *dueño directo* las mejoras hechas en la cosa.
- 3.^o Vender la finca enfiteútica con las condiciones que exige la ley.
- 4.^o Disponer de la misma á su voluntad fuera del acto de la venta.
- 5.^o Utilizar el derecho de retracto.
- 6.^o Dirigirse por la accion real contra cualquiera poseedor.

Tener el dominio útil.

Por él entendemos la facultad de usar y gozar libremente de la cosa enfiteútica, percibiendo por ello tanto los frutos ordinarios como extraordinarios, y aun los que provienen del terreno unido á ella por *aluvion ó fuerza del rio*, quedando únicamente la propiedad directa de lo incorporado á favor del primitivo dueño.

Repetir del dueño directo las mejoras.

Este derecho ha de entenderse en el caso de no estar obligado el *enfiteuta* á hacerlas en virtud de haberse así pactado,

ó de haber recibido una cosa estéril, inculta ó ruinoso con la condicion de hacerla fructifera, ó ponerla en cultivo ó levantarla, como se colige de la ley 7.^a, tít. xxiii, lib. ii, Código Just.

No siendo asi, puede el *enfiteuta* pedir las despues de acabada la enfiteusis, aun cuando las hubiere hecho sin noticia del dueño, sino se pactó que no pudieran hacerse sin su consentimiento.

Vender la cosa enfiteutica con las condiciones que exige la ley.

Estas condiciones, son, 1.^a, que haya de dar aviso al dueño directo de su intencion de vender la cosa y del precio que le ofrecen por si quiere quedársela para sí; y 2.^a, que haya de hacer la venta en favor de personas de quienes pueda él cobrar tan fácilmente la pension, y no en favor de personas de *orden*, que dice la ley 29, tít. viii, Part. 5.^a, ó de otras mas poderosas que el dueño directo.

Disponer de la cosa á su voluntad fuera del acto de la venta.

Así se halla dispuesto en la ley citada, y por lo mismo, podrá dejarla en testamento; constituirla en dote inestimada sin adeudar laudemio; imponer sobre ella censo, servidumbre ú otro gravámen; empeñarla ó hipotecarla; arrendarla por mas ó menos tiempo; darla en usufructo, y aun permutarla, segun la glosa de Gregorio Lopez á la referida ley, si bien en ese último caso es mas prudente que se requiera para ello al *señor directo*.

Utilizar el derecho de retracto.

La razon de este derecho está fundada en que, conviniendo que los dominios *directo* y *útil* se hallen reunidos en una misma persona, debia tener tambien derecho el enfiteuta para utilizar el retracto, en caso que el dueño directo enagenara la parte de dominio que le compete. Así aparece además de la ley 8.^a, tít. xiii, lib. x, Novis: Recop., á la cual podria haberse añadido que tambien le compete el derecho de *tanteo*, segun resulta de la regla 11, ley 12, tít. xv, lib. x de este mismo Código.

Sin embargo, por razon del derecho de retracto, no podrán

anularse ni rescindirse los contratos que se hubieren celebrado en perjuicio de tercero, que haya inscrito el suyo en el registro de la propiedad, según hemos manifestado al ocuparnos de los derechos y obligaciones del señor directo.

Dirijirse por la accion real contra cualquier poseedor.

Así lo dispone la ley 1.^a, tit. III, lib. VI del Digesto, entendiéndose aun esta acción á los que hubieren recibido del municipio un campo en arrendamiento perpétuo.

Tales son los derechos del enfiteuta, y juntamente las observaciones que hemos creído conveniente hacer á cada uno de ellos, y por lo mismo pasaremos á determinar sus obligaciones.

Obligaciones del enfiteuta.

Estas son las siguientes:

1.^a Requerir al dueño directo en caso de venderse la cosa, ora judicial, ora extrajudicialmente, por ser preferido por el tanto á otro cualquiera.

2.^a Cumplir los pactos y condiciones que se hubieren estipulado en la constitucion del censo enfiteutico, además de las que impone la ley 29, tit. VIII, Part. 5.^a; y responder del daño que recibiere la cosa por culpa suya.

3.^a Pagar las contribuciones, rebajando la que corresponde á la cantidad que abona por la pension, la cual recae sobre el dueño directo, como en la actualidad se observa.

4.^a Abonar con puntualidad el cánón ó pension, mientras no se estinga la enfiteusis por algunos de los modos aprobados en el derecho, de los cuales trataremos en el párrafo siguiente.

§. VII.

Cómo se estingue el censo enfiteutico.

Los modos por los que se estingue el censo enfiteutico, son los siguientes:

- 1.^o Por la consolidacion.
- 2.^o Por renuncia del enfiteuta á favor del dueño directo, ó al contrario.
- 3.^o Por concluirse el tiempo que se hubiere designado.
- 4.^o Por la redencion.

5.º Por la pérdida ó destruccion de la cosa enfitéutica.

Sobre cada uno de estos modos se ofrecen algunas observaciones que espondremos á continuacion, para lo cual emprezaremos

Por la consolidacion.

Esta consiste en la reunion de los dominios *directo* y *útil* en una sola persona, en virtud de algun justo título.

Por las leyes 28 y 29, tit. VIII, Part. 5.ª, puede tambien darse lugar á este modo por efecto de la aplicacion de la pena de *comiso*, en razon de que, apoderándose el *señor directo* de la cosa enfitéutica en los casos en que espresan las citadas leyes, quedan en él desde entonces reunidos los dos dominios: mas como esta pena no parece que pueda aplicarse por los inconvenientes que produciria si así se hiciese, ni es esta la práctica que hemos aconsejado al esplicar en el párrafo V este derecho de parte del *dueño directo*, entendemos que solo podrá estinguirse el censo enfitéutico por la *consolidacion*, cuando esta fuere motivada por otro título que el de caer la cosa en *comiso*.

Por renuncia mútua del enfiteuta ó del señor directo.

Uno de los títulos para la consolidacion puede ser el de la renuncia de cualquiera de los dos dueños en favor del otro, es decir, ó abandonando el censuario la finca á favor del censualista, ú otorgando este á aquel la cesion absoluta de sus bienes, con tal que no se falte á los pactos ó condiciones que se hubieren estipulado en la escritura de imposicion, principalmente si se constituyó el censo por tiempo determinado.

Por concluirse el tiempo que se designó.

Tambien se estingue el censo enfitéutico por concluir el tiempo prefijado para su duracion; pues aun cuando este sea por su naturaleza *perpétuo*, esto no impide el que los contrayentes convengan entre sí que haya de durar un número determinado de años, con tal que no bajen de diez, por la razon indicada en el párrafo III; así como no impide el que en vez de determinar años convengan en imponerlo por una ó mas gene-

raciones ó vidas, como esplica Gregorio Lopez en la glosa 5.^a á la ley 28, tit. VIII, Part. 5.^a

Por la redencion.

Se entiende por redencion *la entrega que el censuario hace al censalista del capital que este le hubiese dado al tiempo de la constitucion del censo ó del que se regulara con arreglo á los pactos ó práctica admitida, ó en su defecto con arreglo á la ley.*

La cualidad de perpétuo que generalmente vá unida al censo enfitéutico, dió lugar á que algunos considerasen como absolutamente irredimible este censo, y otros por el contrario que todos los censos pueden redimirse, cualquiera que sea su especie.

Ni unos ni otros nos parece que van acertados al sostener su respectiva opinion.

No los primeros, porque el ser ó no perpétuo el censo consiste en tener ó no limitado el tiempo por el que se constituye, y no en poderse ó no redimir, que solo depende de la cláusula que en uno ú otro sentido apareciera en la escritura de imposicion; y por lo mismo no obsta la cualidad de perpétuo para que deje de redimirse, si no se le prohibió esta facultad al censuario.

Ni tampoco es cierto que todos los censos puedan redimirse; porque aun cuando así lo declaró la ley 24, tit. xv, libro x, Novis. Recop., fué derogado este y los demás capítulos de esta ley por Real cédula de 3 de Agosto de 1818, dejándose en libertad, tanto á las corporaciones como á las personas particulares, para celebrar sus contratos censuales, poniendo en ellos las cláusulas y condiciones que tengan á bien, con derecho en ellos para exigir su cumplimiento.

Atendiendo á estas observaciones, nuestra opinion es que hay casos en que los censos enfitéuticos no pueden redimirse, y casos en que se permite la redencion con la autorizacion correspondiente.

A la primera clase pertenecen:

1.º Aquellos censos en que al tiempo de constituirse se impuso la cláusula de no poderse redimir.

2.º Los que se deben con motivo de cesiones de dominios

solariegos ó de Establecimientos de terrenos pertenecientes al Real Patrimonio.

3.º Las prestaciones de alguna parte alicuota de los frutos de un prédio, como sucede en cierta clase de propiedades de señoríos territoriales, cuyo título se hubiere justificado en los términos que prescribe la ley de 26 de Agosto de 1837.

4.º Las cargas de aniversarios, misas, capellanías, y cualesquiera otros gravámenes y censos impuestos á favor de corporaciones y beneficios eclesiásticos.

Todos los demás censos y cargas enfitéuticas podrán redimirse, y del mismo modo lo podrán ser los que acabamos de espresar, si para ello se hubiere obtenido la autorizacion correspondiente, que será: en los censos que se deben á iglesias y beneficios eclesiásticos que no estén ocupados por sus poseedores, la del Sumo Pontífice: la del Gobierno de S. M. en los que se deben á corporaciones civiles y pueblos; y en los que se adeudan á los particulares la del *señor directo*, si se hubieren impuesto con la cláusula de irredimibles.

Si no obstante esta doctrina se han verificado en España algunas redenciones de censos pertenecientes á la Iglesia en virtud solo de leyes civiles, tales como las que se hicieron á consecuencia de las Reales órdenes de 5 de Marzo de 1836 y 6 de Junio de 1837, que declararon en estado de redencion los censos y demás cargas pertenecientes á las comunidades religiosas de ambos sexos, y las que se efectuaron en virtud del Real decreto de 7 de Abril de 1848, que amplió la redencion á los censos que recaian en fincas procedentes de las cuatro órdenes militares, y á los de las cofradías, ermitas y santuarios, este defecto ha quedado subsanado por los artículos 39 y 42 del Concordato de 1851, en los que se dispone lo suficiente para legitimar esta clase de adquisiciones; del mismo modo que es de suponer se verifique nuevamente un arreglo entre la Silla Apostólica y el Gobierno en cuanto á las ventas y redenciones de censos pertenecientes á la Iglesia, decretadas por la ley de 1.º de Mayo de 1855; que es lo que decíamos en nuestra primera edicion publicada en 1857, y cuyo arreglo tenemos la satisfaccion de anunciar haberse realizado en 25 de Agosto de 1859, en el que Su Santidad sana las ventas hechas á consecuencia de las leyes de 1.º de Mayo de 1855, y

permite que puedan cederse al Estado los bienes restantes, permutándose por inscripciones intrasferibles del papel del 3 por 100 de la deuda consolidada.

En los casos, pues, en que se permita la redencion en los censos enfitéuticos, para hacerse esta efectiva se atenderá: en la que se verificare á consecuencia de decretos de la pública autoridad civil ó eclesiástica, á las reglas que se establecieren sobre el capital que ha de entregarse y modos de ejecutar su pago; y en la que se hiciere relativamente á los censos que se deben entre particulares, á la estimacion que pactaron los contrayentes que debia darse al capital del cánon, y al que corresponda por los otros derechos dominicales, como *luismo*, *fadiga* y *tanteo*, etc.

No habiendo pacto, se regularán los capitales por el valor que en cada localidad se dé por ley ó estatuto al cánon enfitéutico y demás derechos, y en defecto de lo uno y de lo otro se hará la regulacion, dando por la pension un capital á razon de ciento por uno y medio, y por el *luismo* y los otros derechos la cantidad que en veinte y cinco años produzca á razon de tres por ciento la cincuentena parte del valor liquido de las fincas, bajando sus cargas, que viene á ser un dos y dos tercios por ciento del valor liquido de la finca, segun espresó la ley 24, tít. xv, lib. x, Novis. Recop., que podrá tenerse presente, á pesar de estar derogada por la Real cédula de 3 de Agosto de 1818 arriba citada.

Tales son los modos de extinguirse los censos enfitéuticos.

A todos ellos añaden algunos escritores la *prescripcion*; pero nosotros, atendiendo á que en este censo existe un condominio entre el *censualista* y el *censuario*, y estando declarado que los condueños no tienen capacidad para prescribir la cosa que tienen en comun, como respecto de la *enfiteusis* lo espresó la ley 5.^a, tít. xxx, Part. 3.^a, no podemos admitir esta opinion, concediendo únicamente en este caso el que en virtud del título referido pueda el *enfiteuta* librarse del pago de las pensiones que escedieran de treinta años; pero no de estas, ni mucho menos de la obligacion de haber de continuar abonando las que fueren venciendo desde que fué reconvenido, segun se observa en la práctica.

Con lo dicho queda terminado, con respecto al censo en-

fitéutico, el exámen de los puntos en que hemos dividido la materia que ha de tratarse en cada uno de los censos despues de constituidos. El órden pide que pasemos á examinar estos mismos puntos en el censo reservativo, como lo haremos en la seccion siguiente.

SECCION SEGUNDA.

Del censo reservativo.

Resúmen.

§. I. Naturaleza del censo *reservativo*, y sus semejanzas y diferencias entre este y el *enfiteútico* y *consignativo*.—§. II. Reglas para determinar en caso de duda la clase á que pertenece el censo constituido.—§. III. Antigüedad del censo *reservativo*, y modo cómo se constituye.—§. IV. Derechos y obligaciones que produce de parte del censalista y del censuario.—§. V. Modos cómo se estingue.

§. I.

Naturaleza del censo *reservativo*, y sus semejanzas y diferencias entre este y el *enfiteútico* y *consignativo*.

Se entiende por censo *reservativo*, ó *retentivo*, como otros le denominan, *el derecho de exigir de una persona cierto cánon ánuo ó pensión en frutos ó dinero, por haberle transmitido el dominio directo y útil de una cosa raiz*, cuya definición conviene con la idea que nos dá de él el nuevo Código (1).

Este censo es muy semejante al *enfiteútico*: pero al mismo tiempo existen entre los dos algunas notables diferencias, que espesaremos á continuación.

Semejanzas con el censo *enfiteútico*.

Estas consisten:

- 1.º En que los dos pueden considerarse como un arrendamiento perpétuo, ó como un contrato de venta.
- 2.º En que tambien en los dos dá uno á otro sus propios

(1) Art. 1547.

bienes, reservando para sí ó para otro el derecho de percibir el rédito ó cánón anual.

3.º En que en los casos en que no hay disposicion alguna particular para cada uno de ellos, rigen en el censo *reservativo* las mismas condiciones que en el *enfitéutico*.

Se diferencian entre si.

1.º En que en el censo *reservativo* se traslada el dominio pleno de los bienes inmuebles, y solo el útil en el *enfitéutico*.

2.º En que en el *reservativo* no se producen inmediatamente á favor del censalista los derechos de *fadiga*, *tanteo* y *luismo* como en el *enfitéutico*, sino solo en el caso de haberse convenido en ello los contrayentes.

3.º En que no cae la cosa en comiso en el *reservativo* por no pagarse las pensiones, á no ser que así se hubiera pactado, como espresa la ley 1.ª, tít. xv, lib. x, Novis. Recop.

Tambien conviene y se diferencia el censo *reservativo* del *consignativo*.

Conviene con el *consignativo*.

1.º En que el censalista no tiene en ninguno de estos dos censos, propiamente hablando, dominio sobre la finca gravada con el censo.

2.º En que en los dos puede intervenir el pacto de retroventa sin limitacion de tiempo para su redencion; diferenciándose con ello uno y otro del *enfitéutico*, en que, segun se dijo en el párrafo III de la seccion anterior, no puede ponerse este pacto por menos de diez años por las razones allí espuestas.

Se diferencian entre si.

1.º En que en el *consignativo* se hipotecan los bienes del censuario para responder del capital que el censalista le entregó en dinero, y en el *reservativo* no se entrega ningun capital, como espresa el nuevo Código (1), sino que solo se trasmite el dominio de los bienes inmuebles, reservándose el dueño únicamente para sí ó para otro el rédito ó cánón anual.

(1) Art. 1547.

2.º En que en el *consignativo* el censalista solo es un acreedor hipotecario por el capital y pensiones que se adeuden, aunque con mas derechos que los que tienen una simple hipoteca; y en el *reservativo* el censalista puede decirse que es un acreedor de dominio, en razon de que, aun cuando lo haya trasmitido al censuario, no se entiende que sea éste dueño absoluto de la finca, mediante á no haberla recibido sino con la condicion de haber de pagar la pension.

Esta semejanza, pues, que se nota de los censos entre sí, á pesar de sus diferencias, hace necesarias algunas reglas, para que en caso de duda podamos determinar con conocimiento la clase á que pertenecen.

§. II.

Reglas para saber á qué clase pertenece el censo constituido.

Varias son las que proponen los escritores, y de muy variados modos; pero á nosotros nos parece que bastan las siguientes:

1.ª Si en la finca que responde algun censo tiene todavía dominio el que cobra la pension, será *enfitéutico*.

2.ª Si en el acto no conserva el dominio en dicha finca, pero lo tenia antes que se constituyera el censo, será este *reservativo*.

3.ª Si jamás ha estado en su poder la finca, y si solo en el de que paga la pension, será *consignativo*.

4.ª Si, aun supuestas las tres anteriores reglas, todavía hubiere dudas sobre la clase á que perteneciere el censo, se estará por aquel que menos gravoso sea al censuario.

Así, por ejemplo, si se dudase si era *enfitéutico* ó *reservativo*, se estará por este último: si versara la duda sobre si es *reservativo* ó *consignativo*, aunque algunos, como refiere el Sr. Sala en su Ilustracion al derecho Real de España, título XIV, lib. II, núm. 12, afirman que se debe considerar como *reservativo*, á nosotros nos parece que debe tenerse mas bien como *consignativo*, fundándonos para ello en ser mas comun ó frecuente su imposicion.

5.ª Finalmente, atendiendo al principio de que debe estarse por aquel censo que fuere menos gravoso al censuario, se

considerará *redimible* cuando se dudase si tenia ó no esta cualidad, del mismo modo que se tendrá por *temporal* si se dudase si era ó no *perpétuo*.

Lo dicho podrá hacernos comprender mejor la naturaleza del censo *reservativo*: veamos cuál es su antigüedad y los modos cómo se constituye.

§. III.

Antigüedad del censo reservativo, y cómo se constituye.

El origen de este censo es muy antiguo, pues ya se hace mencion de él en el cap. 47 del Génesis, en el cual se lee que Josef, hijo de Jacob, cedió á los egipcios varias tierras en nombre de Faraon, con la obligacion de haber de pagar anualmente al Tesoro público la quinta parte de sus frutos.

En España, lo único que puede asegurarse es que fueron muy frecuentes estos censos desde la institucion de los *señoríos*, tanto que tan apenas habia señor territorial alguno que no diese sus tierras á los colonos con esta condicion, si bien debemos añadir que no siempre se contuvieron en sus verdaderos limites en cuanto á la cuota que debiera satisfacerse.

A ejemplo de los señores territoriales, empezaron tambien los particulares á dar sus fincas á censo *reservativo*, habiéndose generalizado de tal modo esta práctica, que fué preciso dar reglas para fijar los derechos de las personas que intervinieran en su imposicion, cualquiera que fuera el modo cómo se constituyera.

Modo de constituirse el censo reservativo.

El modo cómo se constituye este censo es, ó por un *acto de última voluntad*, como si el testador legase á alguno una cosa raiz fructífera con la carga de haber de pagar á sus herederos ó á la persona que designase cierta pensión anual en frutos ó dinero; ó por *contrato*, como si el dueño de la finca la vendiere á otro con la condicion de haber de quedar reservado sobre ella el precio en que se hubiera valuado, cobrando mientras este no se satisfaga un rédito anual.

Algunas veces se constituye tambien por mandato de la pública autoridad, segun consta de la ley 7.^a, tít. XIX, lib. III,

Novis. Recop., en la que, con el objeto de escitar á los dueños de yermos y solares á edificar en ellos á fin de aumentar el número de habitaciones y mejorar el aspecto del pueblo, se dan varias disposiciones, contándose entre ellas la de que, si los mencionados sitios fuesen de mayorazgos, capellanías, patronatos ú obras pias, puedan sus actuales poseedores hacer la nueva obra, y que de no hacerla dentro del término de un año se concedan dichos solares á *censo reservativo*: disposicion que, aunque dictada para la poblacion de Madrid, se halla admitida en las demás provincias, y estendida á los edificios que se encontraren en estado ruinoso pertenecientes á corporaciones eclesiásticas, cuando estas no pudieran costear la nueva obra.

De todos estos modos, el mas regular y frecuente es el del *contrato*, sobre el cual, pudiéndose ofrecer tambien la duda si la escritura que ha de otorgarse para su imposicion debe considerarse como parte esencial del mismo, dejaremos su resolucion para cuando tratemos del *contrato de censo*, limitándonos en este lugar á determinar los derechos y obligaciones que produce despues de constituido.

§. IV.

Derechos y obligaciones que produce el censo reservativo.

Los derechos y obligaciones que produce este censo pueden considerarse, ó por parte del *censualista*, ó por la del *censuario*; y á fin de que puedan constar con claridad, hablaremos con separacion de estos efectos relativamente á cada una de las personas nombradas, espresando en primer lugar sus derechos, y en segundo sus obligaciones.

Derechos del censalista en el censo reservativo.

Los derechos de parte del *censualista* están reducidos por lo general:

1.º A exigir la pension ó cánon ánuo del capital en que se hubiere justipreciado la finca censada, ó del precio en que hubiera quedado en el remate de la subasta pública que ha de verificarse, cuando, perteneciendo el prédio á capellanías, patro-

natos, obras pias ó á corporaciones eclesiásticas, y no pudiéndolo reedificar sus poseedores, hubiera de enagenarse á *censo reservativo*, según lo prevenido en la ley 7.^a, tít. xix, libro III, Novis. Recop.

2.º A gozar de preferencia, como acreedor de dominio, sobre cualesquiera otros acreedores personales del censuario.

En cuanto á la pension, como es mas ventajoso este censo al censuario que el *enfiteútico*, por carecer el censualista de los derechos de *fadiga*, *tanteo* y *laudemio*, debe ser mayor que la designada en este último, pudiendo llegar al *tres por ciento*, que es el máximo que señalan las leyes 8.^a y 9.^a, título xv, lib x, Novis. Recop., si en el acto de la imposición del censo *reservativo* no se le agregó ningun pacto que le hiciera mas gravoso, porque de lo contrario debe rebajarse hasta que pueda compensarse con la carga que se le impusiere.

Así, por ejemplo, si se hubiere pactado que no pudiera redimirse el censo *reservativo*, como dicho gravámen haria aumentar entonces la pension á mas de *tres por ciento* que es el *máximum* que permiten las leyes citadas, se hace preciso que, para que pueda acomodarse á esta tasa, se haya de rebajar en este y otros casos semejantes el cánón ó pension, hallándose recibido por costumbre que sea esta al *dos por ciento*, y que pueda pagarse en frutos ó dinero, como generalmente se observa.

Algunos, fundados en la ley de 14 de Marzo de 1856, creen que en la actualidad queda al arbitrio de los contrayentes el pactar la tasa que mas conveniente les parezca, según indicamos ya en el párrafo V de la *seccion* anterior, al hablar del censo *enfiteútico*, cuya opinion en cierto modo se halla confirmada con la doctrina del nuevo Código (1).

Con lo dicho puede comprenderse lo relativo á los derechos del *censualista*; debiendo advertir que, aunque los hemos reducido al que le compete para exigir la pension, y á gozar de preferencia en concurso de otros acreedores del censuario, esto no impide el que pueda ejercer además otros derechos en virtud de los pactos ó condiciones que se hubieren consignado en

(1) Art. 1550.

la escritura de imposición de este censo, como se halla autorizado por la ley 1.^a, tit. xv, lib. x, Novis. Recop., y confirmado después por la Real cédula de 3 de Agosto de 1818.

Obligaciones del censalista.

Estas son las siguientes:

1.^a La de entregar la finca juntamente con los títulos de pertenencia.

2.^a El haber de otorgar escritura pública, y hacer que se inscriba en el registro de la propiedad, abonando el *dos por ciento* del valor en que se hubiese justipreciado la finca, ó en que se hubiere hecho el remate si se hubiera vendido á pública subasta.

3.^a Estar tenido á la evicción y saneamiento en los mismos términos que en el contrato de venta, ora estuviera redimido ó no el censo cuando se intentó la reclamación, aunque con la siguiente diferencia: que si á consecuencia de la evicción saliera del poder del *censuario* la finca después de haber redimido este el censo, ha de devolver el *censalista* el capital que recibió por la redención, y además el importe de las mejoras; y solo el valor de estas, juntamente con los gastos ocasionados al *censuario*, si no estuviera redimido.

4.^a Cumplir los pactos y condiciones que se hubieran puesto al tiempo de la imposición del censo.

Tales son los derechos y obligaciones del *censalista*: veamos cuáles son por parte del *censuario*.

Derechos y obligaciones del censuario.

Por parte del *censuario*, sus derechos están reducidos:

1.^o A que teniendo él la cualidad de dueño por habersele transmitido el dominio *directo* y *útil* de la cosa censada, pueda ejercer en ella todas las facultades que competen á cualquier otro propietario en sus bienes, si nada se pactó que pudiera coartar este dominio.

2.^o A poder redimir este censo si no se le prohibió esta facultad.

Obligaciones del censuario.

Estas son las siguientes:

1.^a Haber de conservar en buen estado la finca.

2.^a Pagar la pension en frutos ó dinero, segun se hubieren convenido (1).

3.^a Advertir en el acto de enagenar la finca el gravámen á que está sujeta, como previene la ley 2.^a del titulo y libro citados.

Para llevar á efecto en caso necesario los derechos y obligaciones que por cada uno de los contrayentes se producen, se dan las acciones correspondientes (2), que podrán utilizar mutuamente mientras no se estinguere este censo.

§. V.

Modos de estinguirse el censo reservativo.

Los modos cómo se estingue este censo, son:

1.^o Por la pérdida total de la cosa.

Si se perdiera una sola parte de ella, no se eximirá el censuario del pago de la pension, á no ser que prefiriera abandonar la finca al *censualista*, si bien en uno y otro caso quedará sujeto al resarcimiento de daños y perjuicios si se hubiere perdido por su culpa (3).

2.^o Por la redencion cuando esta no se prohiba, la cual consiste en la entrega del capital en que se justiprecio la finca ó del precio en que se hubiera hecho el remate si se vendió en pública subasta, y juntamente de las pensiones que se adeuden (4).

3.^o Por renuncia del *censualista* del derecho que le pertenece.

4.^o Por la prescripcion, entendiéndose esta solo con respecto á las pensiones que escudieran de treinta años: pero no de estas, que siempre pueden exigirse, segun lo manifestado al hablar de este mismo medio en el censo enfiteútico.

Con ello queda terminado, con respecto al censo *reservativo*, el exámen de los cuatro puntos que hay que considerar en cada censo de por sí, y solo falta que veamos bajo el mismo órden lo concerniente al *censo consignativo*, del cual trataremos en la *seccion* siguiente:

(1) Art. 1561.

(2) Art. 1559.

(3) Art. 1562.

(4) Art. 1560.

SECCION TERCERA.

Del censo consignativo.

Resumen.

§. I. Naturaleza del censo consignativo, y cómo ha de considerarse relativamente á la finca sobre que se impone.—§. II. A qu^a debe atender el censalista para hacer efectivos sus derechos.—§. III. Cómo se constituye.—§. IV. Derechos y obligaciones del censalista.—§. V. Cuáles son de parte del censuario.—§. VI. Modos cómo se estingue, y observaciones sobre cada uno de ellos.

§. I.

Naturaleza del censo consignativo, y su consideracion con respecto á la finca sobre que se impone.

Se entiende por *censo consignativo*, llamado tambien *censal* en algunas provincias, como en la de Valencia, *el derecho que tiene una persona de exigir de otra cierta pension ó rédito anual en compensacion de haberle entregado una cantidad de dinero impuesto sobre sus bienes raices* (1).

Se llama *consignativo* este censo, porque la cantidad de dinero que se entrega al *censuario* ó deudor se consigna sobre los bienes raices de su propiedad, haciendo que el *censalista* ó acreedor se considere en cierto modo como un condueño de los mismos, por haber adquirido pro *indiviso*, segun dice *Molina tract. 2.º de iur. et iust. disp. 385*, parte del derecho que el *censuario* tiene en la finca censida.

Si este derecho ha de considerarse como una *hipoteca*, ó si debe ser mas bien una especie de *servidumbre* el gravámen que pesa sobre la finca, es una cuestión que promueven los autores con el fin de poder determinar mejor el modo de hacer efectivos los derechos que en virtud de este censo competen al *censalista*.

A nosotros nos parece que ni debe considerarse como una

(1) Artículos 1546 y 1547.

hipoteca, ni tampoco es una especie de *servidumbre* el gravámen que pesa sobre la finca censida.

No es lo primero, porque en virtud del censo puede el *censualista* ó acreedor pedir desde luego de cualquier poseedor de esta finca las pensiones que se adeudaren, lo cual no procede en el caso de una simple *hipoteca*, por las razones siguientes:

1.^a Por haber de hacerse escusion en los bienes del deudor antes de dirigirse contra el poseedor de la finca hipotecada; y

2.^a Porque impuesto el censo juntamente en dos ó mas prédios que despues se dividieron entre varios poseedores, no puede ser reconvenido cada uno de ellos por el todo, sino solo por su parte prorrateada, cuando en la hipoteca puede perseguirse á cada uno por el todo en dicho caso, por ser indivisible la accion hipotecaria.

Ni es tampoco lo segundo; porque aun cuando haya mucha analogía entre la *servidumbre* y el *censo*, como lo prueba, entre otras semejanzas, la de venir obligado el *censuario* al pago de las pensiones en cuanto posee la cosa, á la manera que el que tiene una *servidumbre* contra su finca, tambien la sufre mientras está en posesion de esta; sin embargo, no por ello hemos de decir que son una misma cosa, por ser muchas las diferencias que les separan, tanto en cuanto á la accion que dimana de uno y otro derecho, como en cuanto al modo de utilizarla.

No siendo este censo ni una *hipoteca* ni una *servidumbre*, era preciso que existieran algunas reglas para saber á qué ha de atenderse el *censualista* para hacer efectivos sus derechos, que será la materia del párrafo siguiente.

§. II.

A qué debe atenderse el *censualista* para hacer efectivos sus derechos.

Habiendo demostrado en el párrafo anterior que el gravámen impuesto sobre la finca censida en virtud del *censo consignativo*, ni es, propiamente hablando, una *hipoteca* ni una *servidumbre* los medios de que ha de valerse el *censualista* para hacer efectivos sus derechos, deben buscarse en la escritura de imposicion, y en su defecto en lo que la práctica tiene admitido, lo cual se halla contenido en las reglas siguientes:

1.^a Que el *censualista*, al tener que hacer alguna recla-

macion, no puede dirigirse directamente contra el nuevo poseedor de la cosa censada sin que preceda la escusion en los bienes del deudor, á no haberse pactado lo contrario en la escritura de imposicion.

2.^a Que solo tambien pactándose pueda, en caso de dividirse la finca entre varios poseedores, pedir á cada uno de ellos el todo.

3.^a Que al dirigirse al que posee la finca, no solo puede exigirle las pensiones del tiempo en que fue su poseedor, sino tambien las que anteriormente á él se debieran, como lo establecieron los romanos relativamente al pago de tributos, segun consta de la ley 7.^a, tit. iv, lib. xxxix del Digesto.

4.^a Que pueda á su arbitrio pedir del que esté poseyendo ó de su antecesor las pensiones que dejó este de satisfacer, si bien cuando se pidan al que posea podrá reclamarlas este de aquel por quien las pagó.

Con todo, atendido á que el art. 417 de la nueva ley hipotecaria dispone: que el acreedor por pensiones atrasadas de censo, no pueda repetir contra la finca acensuada con perjuicio de otro acreedor hipotecario ó censualista posterior sino los intereses de los dos últimos años trascurridos y la parte vencida de la anualidad corriente, nos inclinamos á creer que en el día solo con esta misma limitacion podrán repetirse del tercer poseedor de la finca sobre que el censo se impuso, las pensiones vencidas, sin perjuicio del derecho que al censualista compete de reconvenir por el resto al antiguo censuario, quien á su vez vendrá obligado á satisfacer al nuevo, lo que este pagó por él.

Como quiera que sea, con estas reglas, cuyo contenido, por lo general, se espresa en la escritura, puede el *censualista* obrar con conocimiento en las reclamaciones que tuviere que intentar para hacer efectivos sus derechos; pero al mismo tiempo no debe perder de vista la causa que dió lugar á la imposicion de este censo, la cual constará por el modo cómo se hubiere constituido.

§. III.

Modos cómo se constituye el censo consignativo.

Este censo se constituye únicamente, sujetando algunos *bienes inmuebles* ó algunos derechos *perpétuos y productivos*

propios del *censuario* al pago de un cánon ó rédito anual, en retribucion de un capital que se recibe generalmente en dinero, como espresa asimismo el nuevo Código (1), siendo por lo tanto inadmisibles la opinion de algunos autores que le consideran como válido y subsistente, aun cuando no se constituyera sobre finca alguna.

El que la ley 23, tít. 15, lib. 10, Novís. Recop. permita poner en este censo las condiciones ó pactos que se tengan por convenientes, que es la razon en que se fundan estos autores; no creemos que sea motivo para admitir una opinion que altera la naturaleza propia de todo censo, segun la cual, ha de existir siempre una finca para su constitucion.

Podrá sí, constituirse una obligacion semejante sin consignacion de finca que garantice el capital y pension, pero no seria esta una obligacion dimanada de censo, por faltar en ella el requisito principal ó la cosa consignada que es la que imprime el carácter á esta clase de obligaciones.

Prescindiendo de esta observacion, el acto por el que se constituye este censo, aunque por lo comun es un *contrato oneroso*, como ordinariamente sucede, sin embargo, puede ser á las veces efecto de una donacion á favor del *censualista*, ó un acto de última voluntad, ó una compensacion de las desventajas que en una particion de bienes hereditarios sufre alguno de los coherederos por defecto de cómoda division en las fincas.

Esta diversidad en cuanto á los modos ó causas que dan lugar á la imposicion del *censo consignativo*, hace muy difícil la presentacion de reglas de aplicacion general para todos los casos en que conviniere hacer alguna reclamacion; y por lo mismo será necesario el que antes de utilizar las propuestas en el párrafo anterior, se examine la causa y el modo cómo se constituyó el censo, consultando para ello el documento ó escritura pública que se hubiere otorgado con este motivo, que es en donde encontraremos las condiciones con que se impuso, y consiguiente á ello los derechos y obligaciones que produce.

(1) Artículos 1546 y 1547.

§. IV.

Derechos y obligaciones del censalista en el censo consignativo.

Para que con claridad puedan comprenderse estos efectos, hablaremos con separacion de cada uno de ellos, empezando por los que se producen de parte del censalista.

Derechos del censalista.

Estos son los siguientes:

1.º Exigir la pension, valiéndose de los medios indicados en las reglas propuestas en el párrafo II, utilizando para su cobro en caso necesario la accion real, que dimana del derecho que se tiene en la finca despues de constituido el censo, y además la accion personal que nace del contrato.

2.º Hacer que el censuario imponga en otra finca el capital, si fuese privado de aquella sobre que se consignó.

3.º Exigir del mismo censuario en el caso de que por dolo, culpa ó voluntad suya, llegase la finca acensuada á ser insuficiente para garantizar el pago de las pensiones, que, ó imponga sobre otros bienes la parte del capital de censo que deje de estar asegurada por la disminucion del valor de la misma finca, ó redima el censo, mediante el reintegro de todo su capital (1).

4.º Obligar al censuario cuando la finca se deteriorare ó hiciere menos productiva por otra causa distinta de las espresadas en el número anterior, á que no la desampare y le satisfaga por completo las pensiones, mientras alcance á cubrirlas el rédito que deba devengar el capital que represente el valor de la finca, graduándose dichos réditos al mismo tanto por ciento á que estuviere constituido el censo (2).

5.º Exigir del mismo, si despues de reducida la pension de un censo, se aumentase por cualquier motivo el valor de la finca acensuada, el aumento proporcional de las pensiones, pero sin que escedan en ningun caso de su importe primitivo (3).

(1) Art. 150 de la ley hipotecaria.

(2) Art. 151 de dicha ley.

(3) Art. 152 de la ley hipotecaria.

Sus obligaciones.

Las obligaciones del *censualista* generalmente hablando, son:

1.^a Haber de estar á lo que se hubiere pactado, lo cual constará en la escritura de imposición.

2.^a No poder compeler al *censuario* á que redima el censo sino en los casos que luego manifestaremos al hablar de los modos cómo se estingue.

3.^a Inscribir en el registro de la propiedad dentro del término legal, la copia de la escritura que se hubiere otorgado.

§. V.

Cuales son de parte del censuario sus derechos y obligaciones.

Siguiendo el mismo orden que el que se ha guardado en el párrafo anterior, diremos que los derechos del censuario están reducidos á los siguientes:

1.^o Disfrutar de las utilidades que le proporciona el capital ó precio impuesto sobre su finca.

2.^o Optar entre desamparar la finca ó exigir que se reduzcan las pensiones en proporcion al valor que ella conservare, si hubiera disminuido hasta el punto de no bastar el rédito líquido de él para pagar las pensiones del censo: (1) y finalmente.

3.^o Dejar de pagar la pension en los casos en que se estingue este censo con arreglo á las leyes.

En mayor número son sus obligaciones como se verá por la reseña que á continuacion haremos de ellas.

Obligaciones del censuario.

Estas son:

1.^a Manifestar las cargas ó tributos con que estuvieren ya gravadas las fincas sobre que se impusiere el censo, bajo la pena en caso contrario de haber de restituir con el dos tanto la cantidad que hubiere recibido por el nuevo censo que se impuso, segun dispone la ley 2.^a tit. xv, lib x, Novis. Recop., y de incurrir en una multa del tanto al triplo del importe del per-

(1) Art. 151 de la ley hipotecaria.

juicio que hubiere causado si las ocultó sabiéndolas, como es de ver en el art. 455 del Código penal.

2.^a Conservar en buen estado la finca gravada, cuya obligacion ha de advertirse á los nuevos poseedores cuantas veces se enagene.

3.^a Pagar la pension segun la tasa que espresa la ley ó se halle admitida por costumbre, la cual en los censos al quitar es la de *tres por ciento*, como se declaró en las leyes 8.^a y 9.^a, tít. xv, lib. x, Novís. Recop.

Si se hubieran constituido con la cláusula de *irredimibles*, aunque no se impide por ella la redencion (1), sin embargo, mientras esta no se verifique se pagará el *dos por ciento*, segun interpretan los autores, fundados en las razones espuestas en el párrafo IV de la *seccion* anterior.

4.^a Verificar su pago en dinero, á no ser que hubiera costumbre en el pueblo de pagarse en frutos, como establece la ley 9.^a del mismo título y libro de la Novís. Recop. (2).

5.^a Libertar del censo la finca en el caso en que la hubiera vendido como libre, y estar además tenido á la eviccion.

6.^a Cumplir los pactos que hubieren sido puestos, no estando reprobados por las leyes, de los cuales nos ocuparemos al tratar de esta materia en el *contrato de censo*; limitándonos en este lugar á las obligaciones que se han espresado, en las que continuará el *censuario* mientras no se estinga este censo.

§. VI.

Modos de estinguirse el censo consignativo.

Los censos pueden estinguirse generalmente de tres modos, á saber: ó en el todo, ó en parte, ó solo con respecto al anterior censualista.

En el primer caso, queda absolutamente libre el censuario del pago de la pension: en el segundo, ó se rebaja esta á menos cantidad que la que anteriormente se pagaba, ó se libra el censuario de pagar cierto número de ellas cuando fueran mas de treinta anualidades las que se estuvieran adeudando; y en el tercero, se estingue la obligacion con respecto al anterior cen-

(1) Art. 1555.

(2) Art. 1557.

sualista, pero continúa para con el que nuevamente se subroga.

Los casos en que tiene lugar cada uno de los modos esplicados se espresarán para mayor claridad separadamente, haciendo sobre ellos algunas observaciones.

Casos en que se estinguen en el todo.

Se estingue en el todo el censo consignativo:

- 1.º Por perecer del todo la cosa censada.
- 2.º Por hacerse del todo infructifera.
- 3.º Por renuncia.
- 4.º Por la redencion.
- 5.º Por concluirse el tiempo prefijado para su duracion.

Por perderse del todo la cosa censada.

Algunos suponen que este caso solo tiene lugar en los censos *enfiteútico* y *reservativo*, y no en el *consignativo*, especialmente si además de la finca sobre que se impuso el censo, se obligaron otros bienes á la seguridad del capital y pension, como por lo general se espresa así en las escrituras que se otorgan de imposicion.

A pesar de esta observacion, nos parece que debe estinguirse en este caso el *censo consignativo*, en razon de que, equiparándose este al contrato de *compra-venta*, así como perfeccionada esta pertenece el peligro al comprador, otro tanto debe suceder para con el *censualista*, que como comprador tiene que sufrir las consecuencias del daño que acaeciére en la finca hipotecada (1).

Por hacerse del todo infructifera.

Este caso, del mismo modo que el anterior, puede haber sucedido, ó por culpa del censuario, ó sin culpa de este.

En el primer caso no se liberta del pago de la pension, pudiendo el *censualista*, si le pareciere, reclamar el capital, y juntamente los perjuicios que se le siguieren.

En el segundo, en tanto se considera estinguido el censo, en cuanto no hay derecho en el acreedor, mientras la finca esté

(1) Art. 1562.

arruinada ó sea infructífera, ni para exigir las pensiones, ni para obligar al deudor á que reponga la cosa á su estado primitivo; pero si se hiciera fructífera ó volviera á levantarse el edificio, se deberá entonces el censo, segun la opinion mas probable.

La razon es, porque esto mismo se verifica cuando perece la cosa sobre la que gravita alguna servidumbre, ó tiene alguna hipoteca, segun afirman los autores en el primer caso, y lo confirma en el segundo la ley 29, tít. 1, lib. xx del Digesto; y cómo el censo *consignativo*, aunque ni es, propiamente hablando, una *servidumbre* ni una *hipoteca*, es muy semejante á uno y otro derecho, no hay inconveniente en que se aplique á él lo que se dice de estos derechos.

El que el *usufructo* se estinga para siempre en caso de perecer la cosa, segun lo dispone la ley 25, tít. xxxi, Part. 3.^a, es, porque atendida la naturaleza de este derecho, únicamente se permite en él disfrutar de la cosa, mientras no se altere su sustancia; pero en los *censos*, como el objeto de imponerse sobre una finca es garantir una obligacion, siempre existe en su raiz la causa de esta garantía, aunque sufra la cosa censida alguna alteracion; que de aquí viene el poder el acreedor pedir en ciertos casos al deudor que renuncie la cosa ó le pague las pensiones, la cual no se permite al usufructuario.

Por renuncia.

Se estingue tambien del todo el censo *consignativo* por la renuncia que hiciere el *censualista* del capital que impuso sobre la finca del *censuario*, pero no se extinguirá por la que hiciere este de la finca censida, *mientras que el rélito que deba devengar el capital que represente el valor del prédio, alcance á cubrir el importe de las pensiones* (1).

Por la redencion.

La redencion es otro de los modos de estinguirse este censo, la cual, si bien en los censos *enfiteútico* y *reservativo* se considera como tal cuando no se hubieran constituido estos con la cláusula de *irredimibles*, ó existiere la correspondiente auto-

(1) Art. 151 de la ley.

rizacion, sin embargo, en los censos *consignativos*, si exceptuamos el *vitalicio*, podemos casi asegurar que siempre puede utilizarse dicho medio, aun cuando se hubieran constituido con la cláusula de no poderse redimir.

La razon de ello es, porque en los dos primeros, el *censualista*, si el censo es *enfiteútico*, conserva todavia el dominio en la cosa censada, y no parece justo que sin su voluntad quede privado de las utilidades que espera sacar de su propiedad por este medio, lo cual, á no ser así, hubiera preferido vender antes la cosa que darla á censo; y si el censo es *reservativo*, aunque trasmite al *censuario* el dominio absoluto, no es para que pueda recibir cuando á este le parezca el capital de la finca, que de otro modo la hubiera enagenado desde luego por titulo de venta, sino para tener asegurada en ella una renta, sin los cuidados anejos á su administracion.

No sucede así en el censo *consignativo*, en el que, no entregando el *censualista* mas que un capital en dinero, no se le causa ningun perjuicio por que se le devuelva este á voluntad del *censuario*, en razon de poderlo utilizar de nuevo en la negociacion que crea mas conforme á sus intereses; y por lo mismo, no hay inconveniente en que se considere siempre este censo como redimible, aunque se hubiere pactado lo contrario, como se infiere claramente de la ley 5.^a, tit. xv, lib. x, Novísima Recopilacion.

En el caso, pues, que se utilice este medio, se devolverá al *censualista* el capital juntamente con las pensiones vencidas, observándose para su regulacion lo que se hubiere expresado en la escritura de imposicion, ó lo que en su defecto resulte de la costumbre y práctica de cada pueblo, si la hubiere, ó no existiendo ningun precedente en él ni en los de cabeza de partido ó capital de la provincia, entregando una suma de *ciento* por cada *tres* de pension en los censos al quitar, ó la de *ciento* por cada *dos* si en los censos tuvieren además algun otro gravámen sobre sí, ó finalmente, si los réditos se pagaran en granos, no estando prohibido, sacando antes el valor que hayan tenido los respectivos frutos en el año comun del último quinquenio, y regulando entonces el capital por la cantidad que conste á razon de *ciento* por *tres*, como si consistiera la pension en dinero.

La redencion solo la puede instar el *censuario*, pues, segun se dijo en el párrafo IV al tratar de las obligaciones del *censualista*, una de ellas consiste en no poder este compeler á aquel á que lo ejecute, á no ser en los dos casos siguientes:

1.º Cuando no manifestó las cargas á que estaba ya sujeta la finca sobre que se consignó el censo.

2.º Cuando el *censuario*, despues de haber citado al *censualista* para llevar á efecto la redencion, quisiera desistir de su pretension.

Algunos añaden el caso en que se hubiere señalado un tiempo para su duracion; pues llegado este, queda estinguido el *contrato* en que se fijó, y debe devolverse al *censualista* el capital que entregó.

Esceptuando estos casos, queda siempre al arbitrio del *censuario* redimir ó no el censo, aunque con la siguiente diferencia: que si teniéndolo prohibido por haberse pactado que fuera irredimible, tratase de hacer uso de esta facultad, ha de valerse de los medios judiciales para obligar al *censualista* á que le otorgue la escritura de redencion; pero no teniéndolo prohibido, bastará avisar al acreedor para este efecto, entregándole por partes el capital si se hubieran convenido, ó no habiendo nada pactado, abonándolo en dos mitades cuando no llegue á *cien mil reales*, ó por terceras partes si esciediera de esta cantidad.

Así lo disponen las leyes 15 y 16, tit. xv, lib. x, Novísima Recopilacion, si bien algunos solo admiten esta práctica en los censos que graviten sobre los *bienes de propios* de los pueblos, que son á los que dichas leyes se refieren.

Casos en que se estinguen los censos en parte.

Por lo que hemos dicho al principio de este párrafo, puede venirse en conocimiento del efecto que produce la estincion parcial del censo: solo nos falta ver los casos en que tiene lugar, que son los siguientes:

- 1.º Por hacerse infructifera en parte la cosa censida.
- 2.º Por la reduccion de la pension.
- 3.º Por la redencion parcial del capital.
- 4.º Por la prescripcion.

Por hacerse infructifera en parte la cosa censida.

Antes de la publicacion de la ley hipotecaria no convenian los autores en que haciéndose infructifera ó pereciendo en parte la cosa censida, hubiera de extinguirse parcialmente el censo.

Mas la ley hipotecaria ha resuelto ya esta cuestion de una manera decisiva. Al efecto, distingue entre si la disminucion del valor de la finca, es resultado de dolo, culpa ó voluntad del censuario, ó efecto de caso fortuito.

Si lo primero, dá derecho al censualista *para exigir del censuario, además de las responsabilidades en que incurra, que ó imponga sobre otros bienes la parte del capital que deje de estar asegurada por el menor valor de la finca, ó que redima el censo, previo el reintegro de todo el capital* (1). Si lo segundo, declara, que el censuario no podrá abandonar la finca, ni exigir la reduccion de las pensiones, en tanto *que alcancen á cubrirlas los réditos que deba devengar el capital que represente el valor de la finca, graduándose aquellos al mismo tanto por ciento á que estuviere constituido el censo. Pero si el valor de la finca se disminuyere hasta el punto de no bastar su rédito líquido para pagar las pensiones, podrá optar el censuario, entre desamparar dicha finca, ó exigir que se reduzcan las pensiones en proporcion al valor que la misma conservare; y si despues de reducidas volviera á aumentarse por cualquier causa el valor de la finca, el censualista tendrá derecho á exigir el aumento proporcional de las pensiones, pero sin que puedan exceder nunca de su importe primitivo* (2).

Por la reduccion.

Se entiende por reduccion en este caso, *la disminucion de la pension hecha á consecuencia de la ley, ó por la voluntad de los interesados.*

De lo primero tenemos un ejemplo en las leyes 8.^a y 9.^a, tit. xv, lib. x, Novís. Recop., que mandaron reducir al *tres por ciento* la pension que anteriormente se pagaba al *cinco*; y

(1) Art. 150.

(2) Artículos 151 y 152 de la Ley.

por lo mismo hubo una estincion parcial del censo , comparándolo con lo que podia exigirse por réditos al tiempo de su im-
posicion.

Lo segundo puede verificarse á voluntad del *censualista*, que como acreedor ó señor del censo puede renunciar á él en todo ó en parte, escepto en los censos pertenecientes á *mayorazgos* ó *capellanias*, en los cuales, para ser válida la reduccion deben consentir en ella el inmediato sucesor ó el patrono, y aun es muy útil en este caso que se haga con intervencion del juez.

Por la redencion parcial del capital.

Tambien se estinguen en parte los censos por la redencion parcial del capital, porque á no ser así, se cobraria entonces mayor pension que la que las leyes del tit. xv, lib. x, Novísima Recopilacion, prescriben, lo cual está prohibido.

Por la prescripcion.

Los autores, fundados en ley 5.^a, tit. viii, lib. xi, Novísima Recopilacion, que dispone que las obligaciones en que haya *hipoteca* se prescriban por el trascurso de *treinta años*, señalan generalmente esta causa como modo de estinguirse totalmente el censo.

Ya al hablar de ella al final del párrafo VI de la primera *seccion* de esta leccion, relativamente al censo *enfiteutico*, demostramos que en él no tenia lugar la prescripcion sino en cuanto á las pensiones anuales que escdieran de *treinta* sin pagarse; de modo que si en *cien años* no se hubieran pagado los réditos, quedarán estinguidas por la prescripcion de treinta años las pensiones que correspondan á *setenta años*.

Esta misma doctrina, pues, es la que sostenemos, mientras rija la actual legislacion; y de aquí el considerar nosotros la prescripcion como modo de estinguirse en parte estos censos, aludiendo con ello á las pensiones que, aunque vencidas, no pueden cobrarse por razon de hallarse prescritas.

Los estrechos limites de una obra elemental nos impiden presentar todas las razones que tenemos para sostener esta doctrina.

Baste advertir que por el contrato de censo se contraen en general dos obligaciones, á saber: una con respecto al capital

entregado, que es el fundamento del derecho para percibir la pension; y otra relativamente al pago de esta, que es una consecuencia de la obligacion principal ó primera.

Ahora bien: segun los principios admitidos en jurisprudencia, es procedente que cuando se estingue una obligacion principal se estinga igualmente la que se deriva de esta, por cuya razon se ha dicho que cuando perece la cosa sobre que está impuesto el censo, se estingue tambien el derecho de percibir la pension; pero la jurisprudencia no admite que estinguida la obligacion accesoria se haya de extinguir la principal; y por lo mismo, de que no haya derecho para cobrar las pensiones vencidas por no haberse reclamado en el tiempo debido, no puede inferirse que haya de haberse estinguido la obligacion principal ó fundamental, que es la relativa al capital.

Fundados en esta razon es, porque sientan algunos autores como principio, que el capital del censo nunca se prescribe, por no tener en él cabida el fundamento de la *prescripcion*, que es el suponer que aquel que por un tiempo dado no pide la cosa que cree pertenecerle, se entiende, ó que ha hecho donacion de ella, ó que no tiene título para pedirla.

¿Es acaso libre el *censualista* en pedir el capital cuando él quiera? De ninguna manera, pues no puede obligar al *censuario* á la redencion: luego nunca puede verificarse el que haya de estinguirse el capital del censo por la *prescripcion*, porque no existe el fundamento de esta.

Por el contrario, los réditos deben pagarse anualmente, y anualmente pueden pedirse: luego no pidiéndolos, debe interpretarse que renuncia á ellos, ó que realmente los ha percibido, cuando en tan largo período no los ha reclamado.

No estinguiéndose, pues, el capital del censo por la *prescripcion*, queda siempre subsistente el derecho de pedir la pension; pero como no sea justo que por la negligencia de los *censualistas* en reclamar anualmente las pensiones que vayan venciendo reciban ellos un beneficio, al paso que causen un daño al *censuario* cobrándolas de una vez, se halla admitido en la práctica que en el caso de estarse adeudando un censo por espacio de mas de treinta años, únicamente puedan pedirse las pensiones que no pasen de este número, perdiendo enteramente las que escedan de este tiempo, cualquiera que fuere.

El no existir en nuestras leyes ninguna disposicion que directamente se refiera á esta materia, nos obliga á decidrnos por la doctrina que tenemos manifestada, mayormente cuando, segun el Sr. Tapia, en su obra *Febrero Novísimo*, tomo II, pág. 299, edic. 1836, existen algunas ejecutorias del supremo Consejo en las que se halla declarado que haya de subsistir el capital, no obstante de estarse debiendo mas de cien años de pension, y mandado el pago de las pensiones correspondientes á treinta años, quedando estinguidas las ulteriores.

Los fundamentos de esta decision podrán encontrarse en la ley 7.^a, tit. xxxviii, lib. vii, Cód. Just., que podrá consultarse juntamente con la doctrina de los comentadores.

Sin embargo, los redactores del nuevo Código se separan de esta opinion, proponiendo que el capital del censo pueda prescribirse por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, que empiezan á contarse desde el último pago de la pension (1).

Casos en que se estingue el censo con respecto al anterior censalista.

El caso en que tiene lugar este modo de estinguirse el censo es por la *subrogacion*, la cual no es mas que *el acto por el que el actual censalista sustituye en su lugar á otro, cediéndole enteramente sus derechos y acciones.*

Esta cesion puede hacerse por título *oneroso* ó *gratuito*; y aun cuando para su validez no es necesaria en ningun caso la anuencia del *censuario*, es muy útil que comparezca este, si puede, al otorgamiento de la escritura, para que reconozca al nuevo *censalista* y se obligue á pagarle las pensiones en los términos en que lo estaba ya con respecto al anterior.

Tambien puede verificarse una especie de subrogacion por parte del censuario, como lo seria si tratase este de sustituir la finca anteriormente gravada con otra nueva, bien suya ó bien de un tercero: mas esta no podrá tener lugar sin anuencia del censalista, en razon de que pudiera perjudicarle la sustitucion de finca, no ofreciendo la nueva una hipoteca tan segura como la antigua.

Tal es la doctrina que nos ha parecido conveniente esponer

(1) Artículos 1553 y 1696.

sobre cada uno de los modos de extinguirse los censos consignativos. Mientras no se justifique la existencia de cualquiera de ellos, vendrá obligado el *censuario* al pago de la pension y á los demás pactos que se hubieren puesto siendo lícitos, y se le podrá reconvenir judicialmente acreditando su derecho el *censualista*, ó por la escritura de imposición, y en defecto de esta por la de reconocimiento del censo, ó por la confesion del *censuario*.

Si se utilizare para este acto la escritura de reconocimiento, ha de tenerse presente que, aunque pueda obligársele al *censuario* á que reconozca el censo ó manifieste haberse extinguido, sin embargo, por la dicha escritura no queda obligado mas sino en cuanto posea la finca, y no personalmente, á no ser que lo espesara así ó sucediere como heredero universal del obligado sin haber formado inventario.

A los censos hasta aquí esplicados podíamos añadir como complemento el censo *vitalicio* y los *juros*; pero nos ha parecido mas propio tratar de ellos al hablar del contrato de censo en general, y continuar en las demás modificaciones de la propiedad.

LECCION OCTAVA.

DE LA HIPOTECA.

Resumen.

§. I. Razon del método.—§. II. Naturaleza de la hipoteca.—§. III. Reforma del sistema hipotecario.—§. IV. Diversas clases de hipoteca.—§. V. De las hipotecas voluntarias.—§. VI. De las hipotecas legales.—§. VII. Hipoteca en favor de las mujeres casadas.—§. VIII. Hipoteca por bienes reservables.—§. IX. Hipoteca por razon de peculio.—§. X. Hipoteca por razon de tutela ó curaduría.—XI. De otras hipotecas legales y reglas comunes á todas las de esta clase.—§. XII. De las anotaciones preventivas.—§. XIII. Efectos de la hipoteca y de las anotaciones preventivas.—§. XIV. Modo de hacerse efectivos los créditos garantidos con hipoteca.—§. XV. Modos de extinguirse la hipoteca.

§. I.

Razon del método.

No solo se modifica ó restringe el derecho de propiedad por el *usufructo*, *servidumbres* y *censos*, de que hemos tratado en las lecciones anteriores, sino que tambien produce este efecto la *hipoteca*, la cual, teniendo por objeto asegurar con el valor de ciertos bienes el cumplimiento de una obligacion contraida, dá al acreedor un derecho sobre los mismos, que consiste en hacer que se venda la cosa hipotecada no cumpliendo el deudor con la obligacion, y en ser satisfecho de su producto con preferencia á otros acreedores.

Semejante facultad no puede menos de limitar ó restringir el derecho de propiedad, puesto que el dueño de la cosa puede ser privado de ella contra su voluntad, mientras no cumpla la obligacion que vá aneja á sus bienes.

Con este motivo parece muy propio que á continuacion de las *servidumbres* y de los *censos* nos ocupemos del derecho de *hipoteca*, como otra de las causas que modifican la propiedad, dividiendo al efecto la presente leccion en tres secciones. Nos ocuparemos en la 1.^a de la naturaleza y efectos

de la hipoteca: En la 2.^a de lo concerniente al registro y en la 3.^a de las disposiciones dictadas por la nueva ley para facilitar el tránsito del antiguo al nuevo sistema hipotecario.

§. II.

Naturaleza de la hipoteca, y sus especies en general.

La palabra *hipoteca*, atendiendo al idioma griego de donde se deriva, viene á ser lo mismo que la accion y efecto de poner una cosa debajo de otra como para sostenerla; y fundados los jurisconsultos en esta significacion, usan de esta voz, ora para denotar *el derecho que tiene el acreedor sobre ciertos bienes del deudor con los que sostiene ó se apoya y asegura la obligacion que ha contraído*; ora para designar *el contrato por el que se constituye este derecho*, ora, en fin, para determinar *los bienes afectos al pago ó cumplimiento de la misma*.

Nosotros la tomamos en este lugar en la primera acepcion; y aun cuando en dicho sentido no interesa saber si son *bienes inmuebles ó muebles* aquellos sobre que se constituye, porque en ambo s se verifica su objeto, que es garantir una obligacion, sin embargo, como no son unos mismos los derechos que se producen en uno y otro caso, separaremos el concepto que tiene segun la clase de bienes en que se constituyere, llamando *hipoteca* al derecho que recae sobre bienes *inmuebles*, y *prenda*, al que se constituye sobre los *muebles* afectos al pago de una obligacion.

De este modo comprenderemos cómo á pesar de confundirse á las veces las palabras de *hipoteca* y *prenda*, segun se vé observado en la ley 1.^a, tit. XIII, Part. 5.^a, en que bajo la palabra *peño* se entiende *toda cosa mueble ó raiz que es empeñada á otro*, existen, no obstante, entre ellas algunas diferencias, ora si se atiende á la clase de cosas á que se refiere propiamente cada una de por sí, ora al modo en general de constituirse el derecho sobre las mismas, el cual se verifica en la *prenda* por medio de la entrega de la cosa en virtud de un contrato *real*, cuando en la *hipoteca* basta un simple pacto, aunque escriturado, como manifestaremos al tratar de esta materia en los contratos.

Bajo este supuesto, se entiende por HIPOTECA un derecho

real que el acreedor tiene sobre los bienes inmuebles del deudor sujetos al cumplimiento de una obligacion (1); y por PRENDA el derecho del acreedor para retener en su poder las cosas muebles que se le entregan para seguridad de su crédito (2).

Con estas dos definiciones, tomadas del nuevo Código, se vé confirmada la diferencia principal que ya hemos notado entre *hipoteca* y *prenda*, la cual repite por separado el nuevo Código al disponer que la prenda solo puede constituirse sobre *bienes muebles* (3), y la hipoteca sobre *bienes raices*, aunque con la circunstancia de haber de ser estos especial y espresamente determinados (4).

§. III.

Reforma del antiguo sistema hipotecario.

Que el antiguo sistema de hipotecas introducido en España en el siglo xvi y que ha venido rigiendo hasta la publicacion de la ley hipotecaria, sancionada en 8 de Febrero de 1861, no correspondia al altísimo objeto de su institucion, ni estaba á la altura de los adelantos modernos en la ciencia legal, es una verdad innegable, y acreditada además por una larga y dolorosa esperiencia.

Si alguna duda pudiera ocurrir sobre el particular, bastaria para desvanecerla fijarse en las poderosas razones consignadas por el mismo Gobierno de Doña Isabel II en el preámbulo al Real decreto de 8 de Agosto de 1855, en el cual, esponiendo la insuficiencia del antiguo sistema y la necesidad apremiante de su reforma, decia, que las leyes hipotecarias de entonces estaban condenadas por la ciencia y por la razon, porque ni garantizaban suficientemente la propiedad, ni ejercian saludable influencia en la prosperidad pública, ni asentaban sobre sólidas bases el crédito territorial, ni daban actividad á la circulacion de la riqueza, ni moderaban el interés del dinero, ni facilitaban su adquisicion á los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguraban debidamente á los que sobre esta garantía prestaban sus capitales.

(1) Art. 1782.

(2) Art. 1771.

(3) Art. 1772.

(4) Art. 1784.

Y á la verdad; aunque el sistema antiguo reconocia como una de sus bases la publicidad de las hipotecas, eran simplemente las *convencionales* las que se sujetaban á la formalidad del registro, y nada constaba en los mismos con respecto á las legales, que no dejando por ello de surtir sus efectos, irrogaban, como era consiguiente, en muchas ocasiones, perjuicios de consideracion á los que tal vez habian adquirido alguna finca, en el concepto de libre de todo grávamen.

Para ocurrir, pues, á estas dificultades, ha adoptado la nueva ley como principios fundamentales la *publicidad* y la *especialidad* de las hipotecas; lo primero para que desaparezcan las hipotecas ocultas y no pueda perjudicar al contrayente de buena fé ninguna carga que gravite sobre la propiedad, si no se halla inscrita en el registro, y tambien para que aquel que tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que á él solo es imputable, al que, sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiera la finca gravada ó la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe; y lo segundo, para que cesen asimismo todas las hipotecas generales antiguas, ya traigan su origen de la voluntad de los particulares, ya hayan sido establecidas por disposicion de la ley.

Con ello nuestros modernos legisladores á la vez que han conseguido dejar mas eficazmente asegurados que en lo antiguo, los derechos de los menores de edad, de los incapacitados y de las mujeres casadas, han acertado á asentar sobre sólidas bases el crédito territorial; pues dando fijeza y certidumbre á la propiedad, tendrán indudablemente los capitales un empleo mas sólido y fácil; el propietario gozará de un crédito proporcional á su verdadera riqueza; se activará la circulacion, bajará el interés del dinero y nacerán nuevas fuentes de riqueza y prosperidad.

Basta con lo dicho para que se comprenda desde luego, la necesidad imperiosa que existia de reformar el antiguo sistema y el gran paso que con la publicacion de la ley hipotecaria ha dado nuestra legislacion.

Entremos ahora en el exámen de la parte dispositiva de la misma, comenzando por determinar las diversas clases de hipotecas.

ESTI. JA (1)
ESTI. JA (2)

ESTI. JA (1)
ESTI. JA (2)

§. IV.

Diversas clases de hipoteca.

Antes de la publicacion de la ley hipotecaria, distingúanse en nuestro derecho varias clases de hipotecas, á saber: la legal, la voluntaria y la judicial. Dividian los autores la primera, en simple y privilegiada; la voluntaria, en convencional y testamentaria; y la judicial en pretoria y propiamente judicial y todas ellas en generales, especiales y mixtas.

De todas estas clases, en el dia solo han quedado subsistentes las voluntarias y las legales, si bien establecidas estas bajo distinta forma; y suprimidas las judiciales, han sido convertidas en anotaciones preventivas.

De todas ellas trataremos con la brevedad posible en los siguientes párrafos.

§. V.

De las hipotecas voluntarias.

Entendemos por hipotecas voluntarias, las convenidas entre partes ó impuestas por disposicion del dueño de los bienes sobre que se constituyen (1).

Del mismo modo que en lo antiguo, la hipoteca voluntaria puede dividirse en convencional y testamentaria.

La primera es: la que constituye por voluntad de las partes, obligando el deudor sus bienes para la seguridad del pago de una deuda ó del cumplimiento del contrato que se celebre (2).

La segunda es: la que se constituye sobre bienes propios por acto de última voluntad.

Al ocuparnos en el tratado de obligaciones del contrato de hipoteca, tendremos ocasion de consignar estensamente la doctrina de nuestras leyes con respecto á la voluntaria. Omitimos por lo tanto hacerlo en este lugar, ya con el objeto de no incurrir en repeticiones inútiles, ya porque lo dicho es sufi-

(1) Art. 138 de la Ley.

(2) Ley 1.^a, tít. 13, Part. 5.^a

ciente para que se forme desde luego una idea general de la misma, que es lo que por ahora basta á nuestro propósito.

Con respecto á las legales, como ya no tendremos ocasion de ocuparnos de ellas, sino por mera incidencia, las examinaremos á continuacion con todo el detenimiento que su importancia reclama.

§. VI.

De las hipotecas legales.

Dijimos anteriormente que la nueva ley hipotecaria ha establecido, bajo forma distinta, las antiguas hipotecas legales. En efecto: antes de su publicacion, esta clase de hipotecas quedaban solo constituidas por mera disposicion de la ley, y sin acto alguno que demostrara la voluntad de las personas privilegiadas por ella (que de aquí provenia el distinguirlas con los nombres de *tácitas* y *necesarias*), y tenian el carácter de *generales* ó *especiales*, segun que se estendian á todos los bienes presentes y futuros de las personas contra quienes se daban, ó se las limitaba á bienes inmuebles determinados.

Como fácilmente puede comprenderse, de este sistema surjian inconvenientes de grande consideracion; puesto que no sujetándose las al registro público ni constando de ellas por ningun acto que las determinára, el que, por ejemplo, trataba de adquirir una finca, no podia saber si se hallaba ó no hipotecada por la ley, y de ello resultaba con frecuencia, que no obstante haberla adquirido de buena fé, se veia en muchos casos privado de la misma.

Para obviar estas dificultades, la nueva ley hipotecaria ha adoptado, como bases, la *publicidad* y la *especialidad* de las hipotecas, y la determinacion precisa de la cosa hipotecada, resultando de aquí el haber quedado suprimidas las que antes se conocian con los nombres de ocultas ó *tácitas*, las *generales*, y todas aquellas que no afecten á determinados bienes.

La *hipoteca legal*, pues, tal como antes existia, ha desaparecido; la nueva ley atribuye á esta frase un sentido muy diferente y con arreglo á ella podemos definirla, diciendo que es: *el derecho que la ley establece en favor de determinadas per-*

sonas para exigir la constitucion de unã hipoteca especial suficiente para la garantia de su derecho (1).

Las únicas hipotecas legales que la ley reconoce, son las siguientes:

«1.º En favor de las mujeres casadas sobre los bienes de sus maridos.»

«Por las dotes que les hayan sido entregadas solemnemente bajo fé de escribano.»

«Por las arras ó donaciones que los mismos maridos les hayan ofrecido, dentro de los límites de la ley.»

«Por los parafernales, que con la solemnidad anteriormente dicha, hayan entregado á sus maridos, para su administracion (2).»

«Finalmente: por cualesquiera otros bienes que las mujeres hayan aportado al matrimonio y entregado á sus maridos con la misma solemnidad (3).»

«2.º En favor de los hijos, sobre los bienes de sus padres, por los que estos deban reservarles segun las leyes, y por los de su peculio.»

«3.º En favor de los hijos del primer matrimonio, sobre los bienes de su padrastró, por los que la madre haya administrado ó administre, ó por los que deba reservarles.»

«4.º En favor de los menores ó incapacitados, sobre los bienes de sus tutores ó curadores, por los que estos hayan recibido de ellos y por la responsabilidad en que incurrén.»

«5.º En favor del Estado, de las provincias y de los pueblos.»

«Sobre los bienes de los que contraten con ellos ó administren sus intereses por las responsabilidades que contrajeren con arreglo á derecho.»

«Sobre los bienes de los contribuyentes por el importe de una anualidad vencida y no pagada de los impuestos que graviten sobre ellos.»

6.º «Y últimamente: en favor de los aseguradores, sobre los bienes asegurados, por el premio del seguro de dos años; y si fuere el seguro mútuo, por los dos últimos dividendos que se hubieren hecho.»

(1) Art 158.

(2) Artículos 168 y 180.

(3) Art. 168 de la Ley.

Enumeradas las hipotecas legales, pasemos á ocuparnos separadamente de cada una de ellas.

§. VII.

Hipoteca á favor de las mujeres casadas.

La hipoteca legal en favor de las mujeres casadas, se constituye, según queda dicho, por las dotes, arras, donaciones esponsalicias, parafernales y demás bienes que las mismas hayan aportado al matrimonio.

Entiéndese, *en este lugar*, «por bienes aportados al matrimonio, aquellos que, con arreglo á fueros ó costumbres locales, traiga la mujer á la sociedad conyugal, siempre que se entreguen al marido por escritura pública y bajo fé de escribano, para que los administre, bien sea con estimación que cause venta, ó bien con la obligación de conservarlos y devolverlos á la disolución del matrimonio: pues si la entrega de dichos bienes constare solamente por confesión del marido, no podrá exigirse la constitución de la hipoteca dotal, sino en los casos y términos que dejamos espuestos al ocuparnos de la dote confesada (1).»

Así, pues, la mujer casada que hubiere entregado su dote por escritura pública y bajo fé de escribano, tendrá derecho:

1.º A que el marido le hipoteque é inscriba en el registro los bienes inmuebles y derechos reales que recibe como dote estimada ó con la obligación de devolver su importe (2).

2.º A que se inscriban en el registro, si ya no lo estuvieren en calidad de dotales ó parafernales ó por el concepto legal que tuvieren, todos los demás bienes inmuebles y derechos reales que el marido reciba como inestimados y deba devolver en su caso (3).

3.º A que el marido asegure con hipoteca especial suficiente todos los demás bienes no comprendidos en los números anteriores y que se le entreguen por razón de matrimonio (4). Esta hipoteca especial que deberá prestarse por los bienes muebles, semovientes, dinero ú otros no hipotecables por la

(1) Art. 181 de la Ley.

(2) Art. 169 de la Ley.

(3) Art. 169.

(4) Idem idem.

obligacion que el marido tiene de devolverlos ó de abonar su importe, se constituirá en la misma carta dotal ó en escritura pública separada (1).»

Espuestos ya en general los derechos que á la mujer casada competen con respecto á los bienes que aporta al matrimonio, pasaremos á determinar la forma establecida por la ley, para hacerlos efectivos, á cuyo efecto y para mayor claridad consideraremos separadamente dichos bienes segun su clase.

Bienes dotales estimados.

«Los bienes inmuebles ó derechos reales que se entreguen al marido como dote estimada, se inscribirán á nombre del mismo en el registro de la propiedad en la propia forma que cualquiera otra adquisicion de dominio y al tiempo de inscribirse, se inscribirá asimismo la hipoteca legal que sobre ellos se constituya, en el registro correspondiente (2).»

«Hasta tanto que esto se verifique, no podrá ejercer el marido con respecto á los citados bienes ningun acto de dominio ni de administracion (3).»

Además, para que la proteccion que la ley dispensa á la mujer, no quede en ningun caso reducida á una vana fórmula, se ha dispuesto: que «siempre que el registrador inscriba bienes de dote estimada á favor del marido en el registro de la propiedad, haga tambien de oficio la inscripcion hipotecaria correspondiente en el registro de las hipotecas (4) aun cuando la carta de dote en cuya virtud se pida la inscripcion de propiedad de la misma, no contenga estipulacion espresa de dicha hipoteca (5), y que en el caso de que el título presentado para la primera de dichas inscripciones no fuere suficiente para hacer la segunda, se suspendan una y otras y se tome de ambas la anotacion preventiva que proceda (6).

Finalmente: «la cantidad que debe asegurarse por razon de dote estimada, no puede esceder en ningun caso del importe de la estimacion; y por consiguiente, si se redujere el de la misma dote por esceder de la cuantía que el derecho permite,

(1) Art. 120 del Reglamento.

(2) Art. 172 de la Ley.

(3) Art. 122 del Reglamento.

(4) Art. 174 de la Ley.

(5) Art. 123 del Reglamento.

(6) Art. 174 de la Ley.

debe reducirse igualmente la hipoteca, en la misma proporcion prévia la cancelacion parcial correspondiente (1),» disposicion acertadísima, cuyo espíritu no es otro, que el de dejar garantidos dentro de sus verdaderos límites los derechos de la mujer, pero sin empeorar por ello, la condicion del marido.

Dote inestimada.

Para la mejor inteligencia de la doctrina de la ley en cuanto á los bienes dotales inestimados, hay que tomar en cuenta la distinta naturaleza de los bienes sobre que la dote se constituya, distinguiendo entre si los que la componen son inmuebles ó muebles.

Si fueren inmuebles, pueden suceder dos cosas, á saber: que los bienes estén ya de antemano inscritos como propios de la mujer en el registro de la propiedad, ó que no se hallen inscritos á su nombre todavía.

En el primer caso ó sea, «cuando la mujer tuviere inscritos como de su propiedad los bienes inmuebles que liayan de constituir dote inestimada ó los parafernales que entregue á su marido, debe hacerse constar en el registro la cualidad respectiva de unos ú otros bienes, poniendo una nota, que lo espresase así, al márgen de la misma inscripcion de propiedad.»

En el segundo caso, esto es, cuando dichos bienes «no estuvieren inscritos á favor de la mujer, se inscribirán en la forma ordinaria, espresando en la misma inscripcion su carácter de dotales ó parafernales (2).

Pero si la dote inestimada consistiere en bienes no inmuebles, en tal caso «se apreciarán *los muebles ó semovientes en que consista*, con el único objeto de fijar la cantidad que debe asegurar la hipoteca para el caso de que no subsistan los mismos bienes al tiempo de la restitucion, mas sin que por ello pierda dicha dote su cualidad de inestimada, si fuere calificada así en la escritura dotal (3).»

El hecho, pues, de no poder ser devuelta la dote en la misma especie que se recibió, llegado el caso de la restitucion,

(1) Art. 176 de la Ley.

(2) Art. 173 de la Ley.

(3) Art. 177 de la Ley.

en nada altera la naturaleza de aquella, y existiendo los mismos bienes, ellos, y no su valor, son los que deberán restituirse.

Arras y donaciones esponsalicias.

«La hipoteca legal por razon de arras y donaciones esponsalicias, solo tendrá lugar en el caso de que unas ú otras se ofrezcan por el marido como aumento de dote. Si se ofrecieren sin este requisito, solo producirán obligacion personal, quedando al arbitrio del marido asegurarla ó no con hipoteca (1).»

Ahora bien; como, segun dijimos al ocuparnos de esta clase de bienes en la leccion VIII del Tratado 1.^o, ni el marido ni sus herederos pueden ser compelidos por la mujer ni los suyos á devolver las donaciones esponsalicias y las arras juntamente, sino que solo debe una de ambas cosas, á eleccion de la mujer, ó de los herederos de esta; es consiguiente que «si el marido ofreciere á la mujer arras y donacion esponsalicia, solamente quedará obligado á constituir hipoteca por las unas ó por la otra, á eleccion de la misma mujer ó á la suya, si ella no optase en el plazo de veinte dias, que la ley señala, contado desde el en que se hizo la promesa (2).»

Bienes parafernales.

Vistos ya, al ocuparnos de los bienes dotales, los casos en que los parafernales siguen por disposicion de la ley la condicion de aquellos, réstanos solo advertir para completar la materia legal en este punto, que «el marido no podrá ser obligado á constituir hipoteca por los bienes parafernales de su mujer, sino cuando estos le sean entregados para su administracion por escritura pública y bajo fé de escribano, y que para constituir esta hipoteca *se han de apreciar los bienes ó se ha de fijar su valor* por los que con arreglo á la ley hipotecaria tienen la facultad de exigirla y de calificar su suficiencia (3).»

Quiénes sean estas personas, lo determinaremos á continuacion.

(1) Art. 178 de la Ley.

(2) Art. 179 de la Ley.

(3) Art. 180 de la Ley.

Personas que pueden reclamar la hipoteca legal establecida en favor de las mujeres casadas.

El derecho de pedir la constitucion de la hipoteca legal establecida en favor de las mujeres casadas, corresponde:

1.º Solo y exclusivamente «á la mujer, si estuviere casada y fuere mayor de edad.»

2.º «Si no hubiere contraido aun matrimonio, ó si habiéndolo contraido, fuere menor, deberán ejercitarlo en su nombre y calificar la suficiencia de la hipoteca que se constituya, el padre, la madre, ó el que diere la dote ó los bienes que se deban asegurar.»

3.º «Á falta de estas personas y siendo menor la mujer esté ó no casada, deberá pedir que se hagan efectivos los mismos derechos el curador, si lo hubiere (1); *y no pidiéndolo este*, el promotor fiscal denunciará el hecho al juez que le hubiere discernido el cargo, para que proceda á lo que haya lugar (2).»

4.º «En defecto de curador, el mismo promotor solicitará de oficio ó á instancia de cualquier persona que se compela al marido al otorgamiento de la hipoteca (3).»

5.º Ultimamente: «el curador de la mujer, podrá pedir la hipoteca dotal aunque exista la madre ó el que haya dado la dote, si no lo hicieren una ni otro, dentro de los treinta dias siguientes á la entrega de esta, debiendo el curador calificar y admitir la hipoteca ofrecida, si se negaren á hacerlo la misma madre ó el que hubiere dado dicha dote (4).»

No es, pues, otro el objeto de la ley, segun claramente se desprende del exámen de las reglas anteriormente establecidas, que el de procurar á la mujer que aun no hubiere contraido matrimonio ó que habiéndolo contraido, fuere menor de edad, la mayor seguridad de su dote, imponiendo al efecto la obligacion de exigir su afianzamiento á aquellas personas que, es de suponer, estén mas naturalmente interesadas en su favor, ó en defecto de ellas, al promotor fiscal, que, por razon de su ministerio, es considerado como el tutor supremo de los menores.

(1) Art. 182 de la Ley.

(2) Art. 183 de la Ley.

(3) Art. 183 de la ley.

(4) Art. 184.

Solo en un caso, y esto con el nobilísimo objeto de que se conserve el orden civil y de que no se turben la paz y armonía que deben existir entre las familias, ha preferido la ley que puedan padecer algun tanto los intereses de la mujer casada mayor de edad, pues dejando completamente á su arbitrio el hacer ó no uso del derecho que le compete, para exigir de su marido la constitucion de hipoteca por su dote, es muy posible que, ya por un generoso sentimiento de delicadeza, ya por su escesiva confianza en el mismo, ó ya en fin, porque llevada de su afecto ceda á caricias insidiosas ó tal vez á repetidas amenazas, es muy posible, decimos, que deje de ejercitar aquel derecho y venga á quedar un dia privada de sus bienes.

En la alternativa sin embargo de permitir que esto suceda, ó consentir que entre los ya unidos por los sagrados vínculos del matrimonio, pueda ni aun á título de intereses, mediar otra persona alguna, la ley ha creído preferible aceptar lo primero, á fin de evitar á toda costa disturbios domésticos siempre de fatales consecuencias para las familias.

Fuera de este caso, en los demás, segun hemos visto, ha procurado garantir mas y mas los derechos de la mujer, é insiguiendo constantemente en su propósito, ordena: Que «el Promotor fiscal que tuviere noticia de haberse entregado dote al marido de alguna mujer huérfana y menor de edad, sin la hipoteca correspondiente, habiendo bienes con que constituirla, practique las diligencias necesarias para averiguar si dicha mujer tenia ó no curador; y si lo «tenia, que ponga el hecho en conocimiento del juez,» á los efectos antes mencionados.

Determinadas, con esto, las personas que pueden reclamar la hipoteca legal otorgada á las mujeres casadas, pasemos á ver las á que corresponde su calificación y admisión; pues para que los bienes de aquellas queden completamente asegurados, es por demás evidente, que no basta que se constituya una hipoteca cualquiera, sino que ha de ser buena y bastante á responder del total importe de los mismos.

Personas á que corresponde la calificación y admision de la hipoteca establecida en favor de las mujeres casadas.

Tres son las reglas que la ley hipotecaria establece (1) para determinar las personas á que corresponde calificar y admitir la hipoteca otorgada á las mujeres casadas por razon de su dote; cuyas reglas, aunque dictadas para el caso en que las cuestiones lleguen á plantearse, en el terreno judicial, pueden, no obstante, servir tambien de norma para saber el órden de preferencia que ha de seguirse cuando sean dos ó mas las que estrajudicialmente concurren exijiendo su constitucion.

Dichas reglas son las siguientes:

1.^a «Si la dote fuese dada por el padre, por la madre ó por ambos, ó se constituyere con bienes propios de la hija, la calificación y admision de la hipoteca corresponderán: en primer lugar, al padre; en su defecto á la madre, y por falta de ambos al curador.»

2.^a «Si la dote ó bienes que deban asegurarse, fuesen dados por cualquiera otra persona, corresponderá á esta la calificación y admision de la hipoteca, y solo cuando ella no las hiciera despues de requerida, podrán egercitar igual derecho el padre ó la madre en su defecto, y el curador á falta de ambos.»

3.^a «El que deba calificar la hipoteca podrá oponerse á su admision, bien por considerar insuficientes los bienes ofrecidos en garantía, ó bien por cualquiera otra causa que pueda afectar á su validez; mas si la oposicion no fuere fundada, el juez lo declarará así y admitirá la hipoteca (2).»

Mas como pudiera suceder, que por carecer el marido de bienes ó no tener los suficientes, se encontrase imposibilitado de constituir hipoteca bastante en favor de la mujer, ha añadido la ley que en tal caso «quedará obligado á constituir la sobre los primeros inmuebles ó derechos reales que adquiere; pero sin que esta obligacion pueda perjudicar á tercero mientras no se inscriba la hipoteca (3): y además que en toda escritura dotal se haga necesariamente mencion de la hipoteca que se haya constituido ó se haya de constituir en ins-

(1) Art. 185.

(2) Art. 185 de la ley.

(3) Art. 186.

trumento separado, ó bien de la circunstancia de no quedar asegurada la dote en dicha forma, por carecer el marido de bienes hipotecables, en cuyo último caso declarará este, bajo juramento, que carece de dichos bienes y se obligará á hipotecar los primeros inmuebles que adquiriera (1).»

Sin embargo, esta disposición conservará solo su fuerza, cuando se trate de una mujer constituida en la menor edad, pues si fuere mayor, la ley le deja completa libertad para hacer ó no uso de su derecho, declarando: «que la mujer mayor de edad que sea dueña de los bienes que hayan de darse en dote y tenga la libre disposición de ellos podrá no exigir al marido la obligación arriba mencionada; pero en tal caso deberá enterarla de su derecho el escribano y espresarlo así en la escritura bajo su responsabilidad:» precaución prudente cuyo objeto no es otro que el de evitar que se perjudique por el poco conocimiento que acaso tengan de las leyes dirigidas á favorecerlas.

Finalmente; debemos advertir que si el marido, por alguna de las causas anteriormente espresadas, dejare de asegurar la dote con hipoteca y no obstante ello la malversare ó dilapidare, «quedará á salvo á la mujer el derecho que le conceden las leyes para exigir que los que subsistan de su dote se le entreguen, se depositen en lugar seguro ó se pongan en administración (2):» pues las disposiciones que venimos examinando, en nada absolutamente han alterado las del derecho antiguo en esta parte, ni en cuanto relevan en ciertos y determinados casos al marido de la obligación de restituir la dote, según espresamente lo determina la nueva ley al declarar; que «la hipoteca legal constituida por el marido á favor de su mujer, garantizará la restitucion de los bienes ó derechos asegurados, solo en los casos en que dicha restitucion deba verificarse conforme á las leyes y con las limitaciones que estas determinan; y que dejará de surtir efecto y podrá cancelarse, siempre que por cualquiera causa legítima quede dispensado el marido de la obligación de restituir (3).»

Lo propio debemos decir en cuanto á las disposiciones del

(1) Art. 121 del Reglamento.

(2) Art. 187 de la ley.

(3) Art. 175.

Código de comercio consignadas en los artículos 1039, 1041 y 1114 del mismo, los cuales continúan subsistentes en toda su fuerza y vigor, habiendo sido modificado tan solo lo dispuesto en el 1117, á consecuencia de haberse declarado que *no tendrá lugar* lo que en el mismo se ordena, «cuando la dote de la mujer estuviere asegurada con hipoteca anterior á los créditos que se reclamen (1).»

Ahora bien; para completar el estudio de la Legislacion hipotecaria en la importantísima materia de las dotes, réstanos solo advertir: 1.º que «los bienes dotales que quedaren hipotecados ó inscritos con dicha cualidad, no se pueden enagenar, gravar ni hipotecar, sino en nombre y con consentimiento espreso de ambos cónyuges; quedando empero á salvo á la mujer el derecho de exigir que su marido le hipoteque otros bienes, si los tuviere, en sustitucion de los enagenados ó los primeros que adquiriera, cuando carezca de ellos al tiempo de la enagenacion. 2.º Que si cualquiera de los cónyuges fuere menor de edad, deben observarse en la enagenacion de dichos bienes las reglas establecidas para este caso en la ley de Enjuiciamiento civil. Y 3.º que si la mujer fuere la menor, el juez que autorice la enagenacion es el que deberá cuidar de que se constituya la hipoteca arriba mencionada (2).»

En cuanto á los bienes propios del marido, que hubieren quedado hipotecados á la seguridad de cualesquiera otros aportados por la mujer al matrimonio, si que «podrán enagenarse, gravarse ó hipotecarse por el mismo marido,» sin necesidad del consentimiento de la mujer, y sin derecho en esta para obtener la constitucion de una nueva hipoteca, con tal que se graven ó enagenen, «dejando subsistente la hipoteca legal constituida sobre ellos con la prelación correspondiente á su fecha. Mas cuando dicha hipoteca haya de extinguirse, reducirse, subrogarse ó proponerse, entonces será indispensable el consentimiento de la muger y deberá aplicarse lo dispuesto para el caso de la enagenacion ó gravámen de bienes dotales é hipotecados en seguridad de la dote, en los términos de que acabamos de hacer mérito.»

(1) Art. 193 de la ley.

(2) Art. 188 de la ley.

§. VIII.

De la hipoteca por bienes reservables.

La hipoteca establecida en favor de los hijos de familia, por los bienes que deben reservarles sus padres, es otra de las que en el lugar oportuno enumeramos entre la clase de las *legales*.

La ley, al determinar las personas á quienes corresponde exigir la constitucion de esta clase de hipoteca, ha tenido muy principalmente en cuenta la edad de los hijos en cuyo favor se establece, y partiendo de esta base, ha supuesto en los mayores de veinticinco años la capacidad necesaria para comprender lo que á sus intereses conviene. De aquí es, que considerando inútil egercer con respecto á estos ninguna clase de tutela, y enojoso por demás dar, sin graves causas que lo justifiquen, intervencion ninguna á personas estrañas en los asuntos privados de familia, ha establecido: que «cuando los hijos sean mayores de edad, solo ellos podrán exigir la constitucion de la hipoteca á su favor» por razon de bienes reservables.

Otra cosa, sin embargo, sucede, cuando se trata de hijos constituidos en la menor edad; pues como quiera que en estos no es de suponer exista la capacidad intelectual suficiente para atender por sí mismos á la guarda y custodia de sus intereses, ordena que en tales casos, sea «el padre quien debe presentar al juez un inventario y tasacion pericial de los bienes que deba asegurar, con una relacion de lo que ofrezca en hipoteca, acompañada de los títulos que prueben su dominio sobre ellos, y de los documentos que acrediten su valor y su libertad ó los gravámenes á que estén afectos (1),» incoándose con este motivo un espediente cuyo objeto no es otro que formalizar la hipoteca, obtenida que sea la aprobacion judicial, en cuyo caso deberá cuidar el juez de que se estiendan en el registro las oportunas inscripciones y asientos (2).

Pero esta obligacion que la ley impone al padre, es tambien extensiva á la madre y al segundo marido en su caso, como

(1) Art. 194 de dicha ley.

(2) Arts. 194 de la ley y 134 y siguientes del Reglamento.

luego observaremos, y de aquí, que cuando sean estos los que deban constituir la hipoteca, hayan de practicarse las diligencias á nombre de ambos, debiendo firmar una y otro el inventario de los bienes reservables y la relacion de los que ofrezcan en garantía, notificándose á los dos las providencias que se dicten (1).

Ahora bien; «si trascurrieren noventa dias sin presentar el padre» y en su defecto la madre ó el segundo marido «al juzgado, el espediente» de que nos hemos ocupado, «podrán reclamar su cumplimiento los tutores ó curadores de los hijos, si los hubiere, y en su defecto, los parientes, cualquiera que sea su grado, ó el albacea del cónyuge premuerto.» Este término de noventa dias «empezará á contarse desde que, por haberse contraído segundo ó ulterior matrimonio, adquieran los bienes el carácter de reservables (2) y cuando no existan bienes de dicha clase al tiempo de celebrarse el segundo matrimonio, desde el dia de su adquisicion (3). Si concurrieren á pedir la constitucion de la hipoteca legal dos ó mas de las personas» arriba espresadas, «se dará la preferencia al que primero la hubiese reclamado (4).»

Pudiera ocurrir que las personas obligadas á hipotecar por razon de bienes reservables, carecieren de inmuebles ó raices sobre que constituir la hipoteca, razon por la cual, no les fuere posible constituir la en el acto; mas como esto no obsta para que puedan tenerlos en lo sucesivo, previene la ley que *si el padre* y lo mismo debe entenderse de la madre y del nuevo marido en su caso, «no tuviere bienes que hipotecar,» se instruya tambien el espediente prevenido, «con el único fin de hacer constar la reserva y su cuantía. La providencia que en tal caso recaiga, se limitará á declarar lo que proceda sobre estos puntos, y la obligacion del padre á hipotecar los primeros inmuebles que adquiera (5).» Lo cual no será aplicable á la madre «sino en el caso de que su segundo marido no tuviere tampoco bienes que hipotecar (6).»

Esta, sin embargo, «asegurará con las mismas formalida-

(1) Art. 137 del Reglamento.

(2) Art. 195 de la ley.

(3) Art. 136 del Reglamento.

(4) Art. 196 de la ley.

(5) Art. 199 de la ley.

(6) Art. 200 de la ley.

des que el padre el derecho de los hijos á los bienes reservables; y si no tuviere bienes inmuebles propios, ó los que tenga no fueren suficientes para constituir la hipoteca por la cantidad necesaria, hipotecará su segundo marido los que poseyere, hasta cubrir el importe total de los que deban asegurarse y si entre ambos cónyuges no pudieren constituir hipoteca bastante, quedará solidariamente obligado cada uno á hipotecar los primeros inmuebles ó derechos reales que sobre inmuebles adquiriera (1).»

Finalmente; «si los bienes reservables fueren inmuebles» ni el padre, ni la madre, ni el nuevo marido tendrán obligación de constituir por ellos hipoteca, sino que «mandará el juez que se haga constar su calidad en el Registro,» en la forma correspondiente (2).»

§. IX.

De la hipoteca por razon de peculio.

Al ocuparnos en la Lección 8.^a del Tratado primero de las obligaciones de los padres con respecto á los bienes de sus hijos, manifestamos que todas ellas recaian principalmente sobre el peculio *adventicio*, puesto que en el *profecticio* la propiedad de los bienes pertenece al padre y en cuanto al «castrense y cuasi-castrense» son reputados los hijos como verdaderos padres de familia. Asi, pues, completando en este lugar la doctrina que con respecto al peculio adventicio dejamos allí consignada, diremos; que segun que los bienes que lo constituyan sean muebles ó inmuebles, asi serán los derechos de los hijos y las obligaciones de los padres con respecto al mismo.

En efecto; dispone la ley hipotecaria que «el hijo á cuyo favor establece la misma hipoteca legal, tendrá derecho: 1.º que los bienes inmuebles que formen parte del peculio se inscriban á su favor si ya no lo estuvieren, con espresion de esta circunstancia y 2.º á que su padre asegure con hipoteca especial si pudiere, los bienes que no sean inmuebles pertenecientes al mismo peculio (3).»

(1) Art. 201 de la ley.

(2) Art. 199 de la ley.

(3) Art. 202 de la ley.

Consiguientemente; la obligacion que la ley impone al padre de constituir hipoteca por los bienes que formen el peculio del hijo, se entenderá simple y esclusivamente reducida al caso en que el peculio sea adventicio y los bienes que lo constituyan semovientes ó muebles; y aun entonces, con la salvedad de que el padre *pueda* constituirla; pues además de que no podia obligársele á lo imposible, existen para establecerlo asi razones de moralidad, fáciles de comprender, de que la ley no podia desentenderse.

Sin embargo, solo se entenderá que el padre no puede constituir la, cuando carezca de bienes hipotecables, pues «si tuviere algunos, aunque fueren insuficientes, deberá constituir la sobre ellos, sin perjuicio de ampliarla á otros que adquiriera despues, en caso de que se le exija (1).»

Ahora bien; «si los hijos fueren mayores de edad, solo ellos podrán exigir la inscripcion de bienes y la constitucion de la hipoteca,» procediendo para ello en la forma determinada por la ley (2). Mas «si fueren menores, podrán pedir en su nombre que se hagan efectivos los derechos espresados.»

1.º «Las personas de quienes procedan los bienes en que consista el peculio.

2.º «Los herederos ó albaceas de dichas personas.»

3.º «Los ascendientes del menor.»

4.º Y finalmente; «la madre, si estuviere legalmente separada de su marido (3).»

Con todo; «el curador del hijo, dueño del peculio, estará obligado en todo caso, á pedir la inscripcion de bienes y la constitucion de la hipoteca legal; y si se anticipare á hacerlo alguna de las personas indicadas anteriormente, se dará á dicho curador conocimiento del espediente, el cual no se decidirá sin su audiencia (4).»

Con lo dicho, queda espuesta la doctrina de la ley hipotecaria con respecto á los derechos de los hijos y consiguientes obligaciones de los padres en materia de peculios; veamos ahora las prescripciones de la misma en orden á la hipoteca por razon de tutela ó curaduría.

(1) Art. 203.

(2) Art. 204.

(3) Art. 205.

(4) Art. 206.

§. X.

De la hipoteca por razon de tutela ó curaduría.

Al enumerar en su lugar oportuno las varias obligaciones que en favor de los menores é incapacitados imponen nuestras leyes á sus tutores y curadores, dijimos: 1.º que aquellos tenian hipoteca legal sobre los bienes de estos, por los que les hubieren sido entregados para administrar y por la responsabilidad en que incurrieren; 2.º que en todos los casos en que con arreglo á las leyes debieran dichos guardadores prestar fianza, tenia que ser esta hipotecaria, y 3.º que atendidos los principios proclamados por la nueva ley, la hipoteca que con tal motivo constituyeren, habia de ser determinada y especial.

Ahora bien; en el espediente que ha de seguirse para discernir el cargo á los tutores y curadores no relevados de fianza, ha de justificarse «el importe del capital, que consista en bienes muebles y el de la renta de los inmuebles que constituyan el caudal del huérfano, á fin de graduar por uno y otro «la cantidad que deba garantizarse (1);» y asimismo «la propiedad de los bienes que se ofrezcan en hipoteca, su libertad ó las cargas anteriores que tuvieren y el valor de ellos (2);» y resultando suficientes á juicio del juez las fincas ofrecidas en garantía mandará constituir la hipoteca y la aprobará, con sujecion á los trámites para el efecto establecidos en el Reglamento para la ejecución de la ley hipotecaria.

«Si la hipoteca constituida por el tutor ó curador, llegare á ser insuficiente, el juez exigirá á su prudente arbitrio una ampliacion de fianza ó adoptará las providencias oportunas para asegurar los intereses del menor ó incapacitado (3).»

Esta ampliacion de fianza «podrá pedirse por cualquiera persona ó decretarse de oficio en cualquier tiempo en que el juez lo estime conveniente, guardándose en todo caso las formalidades prevenidas en la ley de Enjuiciamiento civil, para la constitucion de la primera fianza.»

«Si el juez no creyere procedente exigir dicha ampliacion

(1) Art. 147 del Reglamento.

(2) Art. 148 id.

(3) Art. 215 de la ley.

deberá disponer el depósito del sobrante de las rentas ó la imposición de los fondos, conforme á lo determinado en la espresada ley de Enjuiciamiento (1).»

Finalmente; en cuanto á la madre, que por pasar á segundas ó posteriores nupcias, no puede continuar en la tutela sin prévia dispensa, segun manifestamos en el lugar correspondiente, dispone la ley hipotecaria: «que no se le espida la Real cédula de habilitacion» que necesita al efecto, «sin que constituya préviamente, y con aprobacion del juez, la hipoteca especial correspondiente (2);» disposicion eficacisima para que queden asegurados los intereses de los hijos menores, que por pasar sus madres, bajo cuya tutela se encuentran, á segundas nupcias, necesitan mayor proteccion, por el mayor riesgo que pueden correr en tales casos sus bienes.

Con el propio objeto de sacar siempre á salvo los intereses del menor en el caso de que la madre, sin haber obtenido la habilitacion necesaria, continuase indebidamente en el desempeño de la tutela, establece la ley: que «si la madre se mezclare ó continuare mezclándose en la administracion de la tutela ó curadoría antes de constituir la hipoteca» que se le exige, «quedará obligado su marido á prestarla» sobre sus propios bienes, «respondiendo con ella de las resultas de la administracion ilegal de su mujer (3),» cuya obligacion será tambien estensiva al caso en que «siendo ó habiendo sido la madre tutora ó curadora, contraiga nuevo matrimonio, antes de la aprobacion de las cuentas de su tutela ó curadoría,» pues en tal caso, «podrá exigir» el hijo «que el padrastro constituya sobre sus propios bienes hipoteca especial bastante á responder de las resultas de dichas cuentas (4).» Mas como pudiera acontecer que los hijos en cuyo favor se establece este derecho, fueren menores, y por consiguiente, que no pudieran ejercitarlo de por sí, se ha establecido: que cuando esto acontezca, «deberán pedir en su nombre la constitucion de dicha hipoteca y calificar la suficiencia de lo que se ofreciere: 1.º El tutor ó curador del mismo hijo. 2.º El curador para pleitos, si lo tuviere nombrado. 3.º Cualquiera de los parientes del hijo por la línea paterna.» 4.º Y por

(1) Art. 216.

(2) Art. 207.

(3) Art. 208.

(4) Art. 211.

último, «en defecto de todos estos, los parientes de la línea materna (1); que si concurrieren á pedir la hipoteca dos ó mas de las personas mencionadas, será preferida para la prosecucion del espediente, la que corresponda,» siguiendo el órden que queda establecido; y que «si concurrieren dos ó mas parientes de una misma línea se entenderá con todos el procedimiento, siempre que convengan en litigar unidos (2).»

Por último, á fin de evitar la ley que la tutela del huér-fano quede indefinidamente abandonada, en el caso de que hu-biere pasado la madre á segundas nupcias, sin obtener prévia-mente la habilitacion necesaria para continuar en el desempeño de aquel cargo, dispone: que «si la madre no constituyese la hipoteca,» que como condicion prévia para conseguir dicha ha-bilitacion se le exige, «en el término de sesenta dias contados desde la fecha del nuevo matrimonio, nombrará, ó hará nom-brar el juez, con arreglo á las leyes, otro tutor ó curador al huér-fano ó incapacitado, bien á instancia de cualquiera de los parientes de este ó bien de oficio (3); cuyo tutor ó curador, nombrado que fuere, prestará su fianza con las formalidades prescritas en la ley de Enjuiciamiento civil, oyéndose además para su aprobacion, al pariente que en su caso haya perdido el nom-bramiento (4).»

Con lo dicho queda terminado el exámen de las hipotecas legales establecidas en favor de los particulares, pero como además de estas existen otras encaminadas á asegurar los gran-des intereses del Estado, de las provincias y de los pueblos, las examinaremos separadamente en el siguiente párrafo.

§. XI.

De otras hipotecas legales y reglas comunes á todas las de esta clase.

Tanto el Estado como las provincias y los pueblos han sido en todos tiempos equiparados con los menores, razon por la cual les han sido siempre dispensadas iguales ó tal vez mayores con-sideraciones que á estos y hasta el beneficio de restitucion «in íntegrum,» para que pudieran obtener reparacion de los per-

(1) Art. 212.

(2) Art. 213.

(3) Art. 209.

(4) Art. 210.

juicios que les sobreviniesen por culpa de los que debían mirar por sus intereses, ó por fraude de otras personas.

Respetando en esta parte nuestros modernos legisladores el derecho antiguo, han conservado en favor de los mismos la hipoteca legal de que venían disfrutando, si bien convirtiéndola en «especial y pública» para ponerla en armonía con el nuevo sistema.

Consiguientemente, á las hipotecas legales que hasta aquí hemos venido examinando, deben añadirse: «1.º La que tienen el Estado, las provincias y los pueblos sobre los que manejan sus fondos ó contratan con sus administraciones respectivas. 2.º La establecida en favor del Estado por la contribucion de los inmuebles. Y 3.º la que tiene el asegurador de esta clase de bienes por los premios del seguro.»

La administracion, pues, no tiene ya como antiguamente hipoteca tácita, sino que «las Direcciones generales, los gobernadores de las provincias y los alcaldes deberán exigir la constitucion de hipotecas especiales, sobre los bienes de los que manejen fondos públicos ó contraten con el Estado, las provincias ó los pueblos, en todos los casos y en la forma que prescriban los Reglamentos administrativos (1);» es decir, que suprimiéndose los antiguos privilegios introducidos en favor de estas corporaciones, se las somete á las condiciones del derecho comun, pero sin dejar por ello de dispensárseles una proteccion real y efectiva é incomparablemente mas eficaz que la que les daban los privilegios suprimidos.

En un punto, sin embargo, ha conservado la nueva ley el antiguo sistema de hipotecas tácitas, y ha sido al establecer que «el Estado tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor para el cobro de una anualidad de los impuestos que gravan á los inmuebles (2),» pero esta escepcion de la regla general es tan sumamente insignificante y está introducida con una limitacion tal, que en nada absolutamente puede perjudicar á la libertad de la contratacion, fuera de que tampoco es de presumir que dentro de dicho año, deje la administracion de hacer que se le satisfaga lo que por dicho concepto se le adeude.

Para tener, continúa la ley, «igual preferencia por mayor

(1) Art. 217 de la Ley.

(2) Art. 218.

suma que la correspondiente á dicha anualidad, podrá exigir el Estado una hipoteca especial en la forma que determinen los reglamentos administrativos (1),» en cuyo caso queda sujeto el Estado, lo mismo que un particular, á las condiciones generales de la ley y á las prescripciones del derecho comun.

La otra de las hipotecas legales de que hemos hecho mérito al comienzo de este párrafo, es la nuevamente introducida en favor de los aseguradores de bienes inmuebles.

Tambien el asegurador de bienes inmuebles tendrá derecho á «exigir una hipoteca especial sobre los bienes asegurados, cuyo dueño no haya satisfecho los premios del seguro de dos ó mas años, ó de dos ó mas de los últimos dividendos, si el seguro fuere mútuo (2). Mientras no se devenguen los premios de los dos años, ó los dos últimos dividendos en su caso, tendrá el crédito del asegurador preferencia sobre los demás créditos (3). Pero devengados y no satisfechos los dos dividendos ó las dos anualidades, deberá constituirse la hipoteca por toda la cantidad que se debiere y la inscripcion no surtirá efecto sino desde su fecha (4)» para que no perjudique al tercer adquirente, que obtuvo el dominio de la finca ú otro derecho real sobre ella, antes de que la inscripcion llegara á efectuarse.

Reglas comunes á las hipotecas legales.

Las disposiciones de la ley hipotecaria, de carácter general y estensivo á todas las hipotecas de esta clase, pueden reducirse á las cinco siguientes:

1.^a Todas las personas á cuyo favor establece la ley hipoteca legal, «no tendrán otro derecho que el de exigir una hipoteca especial suficiente para la garantía de su derecho (5) sobre cualesquiera bienes inmuebles ó derechos reales de que pueda disponer el obligado á prestarla, siempre que sea de los hipotecables con arreglo á la ley; y podrán exigirla en cualquier tiempo, aunque haya cesado la causa que le diere fundamento, como el matrimonio, la tutela, la patria potestad y la

(1) Art. 218.

(2) Art. 219.

(3) Art. 220.

(4) Art. 221.

(5) Art. 158.

administracion, siempre que esté pendiente de cumplimiento la obligacion que se debiera haber asegurado (1).»

2.^a «Para que las hipotecas legales se entiendan constituidas, se necesita la inscripcion del título en cuya virtud se constituyan (2).»

3.^a «Si para la constitucion de alguna hipoteca legal se ofrecieren diferentes bienes y no convinieren los interesados en la parte de responsabilidad que haya de pesar sobre cada uno, decidirá el juez, previo dictámen de peritos:» en cuya forma resolverá tambien las cuestiones que entre dichos interesados se susciten, «sobre la calificacion de suficiencia de los bienes ofrecidos para la constitucion de cualquiera hipoteca legal (3).»

4.^a «En cualquier tiempo en que llegaren á ser insuficientes las hipotecas legales inscritas, podrán reclamar su ampliacion ó deberán pedirla, los que tengan respectivamente el derecho ó la obligacion de exigirlas y de calificar su suficiencia (4).»

5.^a «La hipoteca legal, una vez constituida é inscrita surte los mismos efectos que la voluntaria, sin mas escepciones que las espresamente determinadas en la ley, cualquiera que sea la persona que ejecute los derechos que la misma confiera (5); y subsiste hasta que se estingan los derechos para cuya seguridad se hubiere constituido (6).»

Terminado el estudio de las hipotecas legales, pasaremos á ocuparnos de las conocidas antiguamente con el nombre de «judiciales» y en la actualidad con el de «anotaciones preventivas.»

§. XII.

De las anotaciones preventivas.

Antes de la publicacion de la nueva ley hipotecaria entendiase por hipoteca JUDICIAL «la que se constituia por el juez en los bienes del deudor para que el acreedor quedase asegurado y satisfecho de sus créditos.»

Segun las leyes romanas se dividia esta en dos clases, á saber: una que se llamaba propiamente «pretoria,» ó introdu-

(1) Art. 160.

(2) Art. 159.

(3) Art. 162.

(4) Art. 163.

(5) Art. 161.

(6) Art. 164.

cida por el pretor, como consta de las leyes 1.^a y 2.^a, título xxii, lib. viii, Cod. Just., y otra propiamente «judicial.»

La pretoria, que fué derogada entre nosotros al publicarse la ley de Enjuiciamiento civil era «la que constituía el juez, poniendo al acreedor en posesion de todos ó parte de los bienes del deudor, por la rebeldía de este en no querer comparecer en juicio ó no contestar la demanda.

La hipoteca propiamente «judicial» era la constituida por el juez fuera del caso espresado. Tal era por ejemplo, la que, á consecuencia del mandamiento de ejecucion que este espedia, se constituía en los bienes del deudor en cantidad suficiente para cubrir el crédito y demás gastos que se causaban hasta su pago.

En la actualidad las anotaciones preventivas han venido á reemplazar á las antiguas hipotecas judiciales; y su objeto no es otro, que el de asegurar las consecuencias de un juicio, previniendo que pueda eludir el fallo el demandado ó deudor, constituyéndose en insolvencia ó destruyendo la cosa.

Así, pues: podrán pedir anotacion preventiva de sus respectivos derechos en el registro público correspondiente:

1.º «El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles ó la constitucion, declaracion, modificacion ó estincion de cualquier derecho real.» Esta peticion puede hacerse ó cuando se proponga la demanda ó despues, «ofreciendo indemnizar los perjuicios que de ella puedan seguirse al demandado en caso de ser absuelto (1) y no podrá hacerse la anotacion, sino cuando se ordene por providencia judicial, dictada á instancia de parte legitima y en virtud de documento bastante al prudente arbitrio del juez (2).»

2.º «El que en juicio ejecutivo obtuviere á su favor mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo en bienes raices del deudor. El art. 953 de la ley de Enjuiciamiento civil reconoce tambien esta anotacion como obligatoria; pero la hipotecaria la estiende á todo embargo de bienes inmuebles ó derechos reales que se decrete en causa criminal ó civil aunque sea preventivo (3).

(1) Art. 41 del Reglamento.

(2) Art. 43 de la ley.

(3) Artículos 43 de la ley y 42 del Reglamento.

3.º «El que en cualquier juicio obtuviere sentencia ejecutoria condenando al demandado,» la cual deba llevarse á efecto por los trámites establecidos en el tit. XVIII, parte 1.ª de la ley de Enjuiciamiento civil.

«Dicha anotacion,» sin embargo, «no podrá verificarse hasta que para la ejecucion de la sentencia, se manden embargar bienes inmuebles del condenado por ella, en la forma prevenida respecto al juicio ejecutivo (1).»

4.º «El que, demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquier obligacion, obtuviere con arreglo á las leyes, providencia ordenando el secuestro ó prohibiendo la enagenacion de bienes inmuebles.

«El acreedor que obtenga anotacion á su favor,» en alguno de estos tres últimos casos que acabamos de mencionar, «será preferido en cuanto á los bienes anotados solamente, á los que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad á dicha anotacion (2),» pues segun queda dicho, las anotaciones preventivas, como establecidas simplemente para asegurar las resultas de los juicios, no pueden alterar en modo alguno la naturaleza de los créditos.

5.º «El que propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las declaraciones de incapacidad legal para administrar, presuncion de muerte de personas ausentes, imposicion de la pena de interdiccion ó alguna ejecutoria por la que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto á la libre disposicion de sus bienes.»

Es de advertir, que tambien en este caso «deberá hacerse la anotacion en virtud de providencia judicial, que podrá dictarse de oficio, cuando no hubiere interesados que la reclamen siempre que el juez, á su prudente arbitrio, lo estime conveniente para asegurar el efecto de la sentencia que pueda recaer en el juicio (3).» Por lo demás, «la anotacion preventiva de los embargos, de las ejecutorias y de las providencias, interviniendo, poniendo en secuestro, ó prohibiendo enajenar bienes determinados, no podrá escusarse ni suspenderse por oposicion de la parte contraria (4).»

(1) Art. 44 del Reglamento.

(2) Art. 44 de la ley.

(3) Art. 43.

(4) Art. 43 del Reglamento.

6.º El legatario que no tenga derecho segun las leyes á promover el juicio de testamentaria.»

7.º El acreedor refaccionario, mientras duren las obras que sean objeto de la refaccion.»

8.º «El que presentare en el oficio del registro algun titulo, cuya inscripcion no pueda hacerse definitivamente por falta de algun requisito subsanable ó por imposibilidad del registrador.»

9.º Y últimamente, «el que en cualquiera otro caso tuviera derecho á exigir anotacion preventiva conforme á lo prevenido en la ley hipotecaria.»

Ahora bien, con respecto á las anotaciones á que hacen referencia los núms. 6, 7 y 8 últimamente citados, debemos hacer algunas indicaciones, que son las siguientes:

Respecto al legatario.

Comenzando por la que al legatario se refiere, desde luego se comprende que solo podrá pedirla el que no tenga derecho para provocar el juicio de testamentaria. No podrá por tanto exigirla el legatario de parte alicuota, pues este, mas que legatario, puede ser considerado como heredero: su condicion es en muchos casos parecida á la de este y puede además poner á salvo sus intereses legítimos, impetrando la intervencion de la autoridad judicial.

La proteccion, por tanto, que la ley hipotecaria dispensa á los legatarios, viene tan solo en auxilio de los que carecen de aquel derecho: y en cuanto á estos, han de observarse las siguientes reglas:

«El legatario de bienes inmuebles determinados ó de créditos ó pensiones consignados sobre ellos, no podrá constituir su anotacion preventiva, sino sobre los mismos bienes (1).»

Y en electo; pasando al legatario de cosa determinada é inmueble, la propiedad de esta, desde el instante en que muere el testador, segun los principios del derecho, el heredero debe forzosamente entregarla, y siendo así, natural es que, hasta tanto que la tradicion se verifique, tenga su dueño el derecho de impedir que la cosa se enagene á un tercero que acaso

(1) Art. 46.

despues pudiera defenderse con éxito de la reivindicacion, si siendo adquirente de buena fé habia cuidado de inscribir su derecho. Lo dicho con respecto al legatario de bienes inmuebles es exactamente aplicable al que lo es de créditos ó pensiones consignados tambien sobre bienes raices, puesto que tiene sobre ellos un verdadero derecho real.

«Si el legado lo fuere de especie, podrá exigir el legatario la anotacion de su valor sobre cualesquiera bienes raices de la herencia, bastantes para cubrirlo, dentro de los ciento ochenta dias siguientes á la muerte del testador (1),» pues concediéndosele que puede hacer efectiva la hipoteca general que por la antigua legislacion tenia sobre los bienes del dendor, queda suficientemente garantido su derecho, sin embargo; «el legatario de género ó cantidad no podrá exigir su anotacion sobre bienes inmuebles legados especialmente á otros (2),» porque segun antes hemos manifestado, el dominio de dichos bienes pasa al legatario desde el momento de la muerte del testador, y siendo esto así, la ley estableciendo otra cosa se hubiera puesto en contradiccion consigo misma.

«Ningun legatario de género ó cantidad que tenga á su favor anotacion preventiva, podrá impedir que otro de la misma clase obtenga dentro del plazo legal otra anotacion á su favor sobre los mismos bienes ya anotados (3),» pues siendo exactamente igual el derecho de todos, no hay razon alguna para que se mejore la condicion de ninguno. Este derecho, no obstante, no debia ser ilimitado y si solo durar el tiempo que los legatarios no tengan espedita la facultad de reclamar con éxito la cosa legada, y de aquí que «la anotacion preventiva dará preferencia en cuanto al importe de los bienes anotados á los legatarios que hayan hecho uso de su derecho dentro de los ciento ochenta dias, sobre los que no lo hicieron del suyo en el mismo término, y que los que dentro de él la hayan realizado no tendrán preferencia entre si; pero esto, debe entenderse sin perjuicio de la que corresponda al legatario de especie respecto á los demás legatarios, con arreglo á la legislacion comun, tanto en este caso como en el de no haber pedido su anotacion (4).»

(1) Art. 45.

(2) Art. 47.

(3) Art. 48.

(4) Art. 51.

Consecuencia de ello es tambien, que «el legatario que obtuviere anotacion preventiva, será preferido á los acreedores del heredero que haya aceptado la herencia sin beneficio de inventario,» y á «cualquiera otro que, con posterioridad á dicha anotacion, adquiera algun derecho sobre los bienes anotados; pero entendiéndose que esta preferencia es solamente en cuanto al importe de dichos bienes (1).»

«El legatario que no lo fuere de especie,» esto es, el de género ó cantidad «que deje trascurrir el plazo» de ciento ochenta dias que la ley concede, «sin hacer uso de su derecho, solo podrá exigir despues la anotacion preventiva sobre los bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero; pero no surtirá efecto contra el que antes haya adquirido é inscrito algun derecho sobre los bienes hereditarios, ni obtendrá tampoco por ello preferencia alguna sobre los demás legatarios que omitan esta formalidad, ni logrará otra ventaja que la de ser antepuesto para el cobro de su legado á cualquier otro acreedor del heredero que con posterioridad adquiera algun derecho sobre los bienes anotados (2).»

La anotacion pedida fuera del término, «podrá hacerse sobre bienes anotados dentro de él á favor de otro legatario, siempre que subsistan en poder de el heredero, pero el legatario que la obtuviere no cobrará su legado, sino en cuanto alcanzare el importe de los bienes, despues de satisfechos los que dentro del término hicieron su anotacion (3),» lo cual no es mas que una consecuencia de aquel principio que oportunamente consignamos, segun el cual, una misma finca que esté ya hipotecada, puede serlo de nuevo, si bien quedando siempre íntegra la hipoteca primitiva.

De dos modos puede hacerse la anotacion preventiva de los legados, á saber: «por convenio entre las partes ó por mandato judicial (4).» Pero para que esta última pueda decretarse, «debe preceder audiencia y sumaria de los que puedan tener interés en contradecirla (5);» y si pedida judicialmente la anotacion por un legatario, «acudiere otro ejercitando igual derecho

(1) Art. 50.

(2) Art. 54.

(3) Art. 56.

(4) Artículos 52 y 53.

(5) Art. 55.

respecto á los mismos bienes, será tambien oido en el juicio (1).»

«Cuando hubiere de hacerse la anotacion por mandato judicial, acudirá el legatario al juez competente para conocer de la testamentaria, esponiendo su derecho, presentando los títulos en que se funde y señalando los bienes que pretenda anotar. El juez, oyendo al heredero y al mismo legatario en juicio verbal, dictará providencia, bien derogando la pretension ó bien accediendo á ella, en cuyo último caso, señalará los bienes que hayan de ser anotados, y mandará librar el correspondiente despacho al registrador, con insercion literal de lo proveido, para que lo ejecute. Esta providencia será apelable para ante la audiencia del territorio (2).

«Si la anotacion se hace por convenio entre partes, esto es, entre el heredero y los legatarios, «basta» presentarse en el registro un testimonio de la cabeza, pié y cláusula respectiva del testamento con una solicitud al registrador, firmada por el legatario y por el heredero, pidiendo dicha anotacion y señalando de comun acuerdo los bienes en que haya de verificarse.» Si tuviere que hacerse por mandato judicial, deberá presentarse «además del despacho del juez de que hicimos mérito anteriormente, el testimonio que acabamos de mencionar (3).»

«Si antes de estinguirse la anotacion preventiva resultare ser ineficáz para la seguridad del legado por razon de las cargas ó condiciones especiales de los bienes anotados, podrá pedir el legatario que se constituya otra sobre bienes diferentes, siempre que los haya en la herencia susceptibles de tal gravámen (4).»

Por último, del propio modo que ha consultado la ley los intereses de los legatarios, ha mirado por los del heredero, y en efecto: podria este apresurarse á cumplir la voluntad del finado, y satisfacer tambien á los legatarios de un modo beneficioso para todos: y como impedirle en estos casos que pudiera inscribir á su favor las fincas antes del término de los ciento ochenta dias, equivaldria á privarle, aunque temporalmente, del derecho de propiedad, ó á considerarlo obligado

(1) Art. 58.

(2) Art. 57.

(3) Art. 46 del Reglamento.

(4) Art. 87.



con una hipoteca que ya no tendria objeto, de aquí que haya establecido la ley: «que si el heredero quisiere inscribir á su favor» dentro del espresado término «los bienes hereditarios y no hubiere para ello impedimento legal, podrá hacerlo, con tal que renuncien préviamente y en escritura pública todos los legatarios á su derecho de anotacion, ó que en defecto de renuncia espresa, se notifique á los mismos legatarios, con treinta dias de anticipacion la solicitud del heredero, á fin de que, durante dicho término, puedan hacer uso de aquel derecho.» Estas notificaciones se harán con arreglo á lo dispuesto en la ley de Enjuiciamiento civil. «Y si alguno de los legatarios no fuere persona cierta, el juez mandará hacer anotacion preventiva de su legado, bien á instancia del mismo heredero ó de otro interesado, ó bien de oficio (1).»

Esto en cuanto á los legatarios. Con respecto á los acreedores refaccionarios debemos hacer tambien algunas observaciones.

Respecto á los refaccionarios.

La hipoteca que por la antigua legislacion tenian dicha clase de acreedores sobre la finca refaccionada era de la clase de las legales y de las mas privilegiadas. Mas desde la publicacion de la ley hipotecaria, considerando esta que no debian establecerse hipotecas legales en favor de aquellas personas que por si y en virtud de pacto podian constituirla, ha suprimido aquella de entre las de la clase referida aunque sin dejar por ello desatendidos los justisimos derechos de los acreedores refaccionarios.

Como consecuencia de ello, dispone: «que el acreedor refaccionario podrá exigir anotacion sobre la finca refaccionada por las cantidades que de una vez ó sucesivamente anticipare, presentando el contrato por escrito que en cualquier forma legal haya celebrado con el deudor: cuya anotacion surtirá respecto al crédito refaccionario todos los efectos de la hipoteca (2).»

«Podrá, pues, constituirse» la anotacion mencionada «en virtud de contrato privado,» pero deberán procurar los registradores: «1.º Que dichos contratos espresen claramente todas

(1) Art. 49.

(2) Art. 59.

las circunstancias necesarias para evitar dudas y cuestiones sobre su cumplimiento, denegando la anotacion de los que no estén redactados con la claridad indispensable: 2.º Que concurren personalmente al registro, todos los interesados en la anotacion, asegurándose de la identidad de sus personas y de la autenticidad de las fincas puestas al pié de dicho contrato: 3.º que si la finca que ha de ser refaccionada, no estuviere inscrita en el registro como propia del deudor, se inscriba con las formalidades oportunas, denegando en caso contrario toda anotacion (1).»

«No será necesario que los títulos en cuya virtud se pida la anotacion preventiva de crédito refaccionarios, determinen fijamente la cantidad de dinero ó efectos en que consistan los mismos créditos, y bastará que contengan los datos suficientes para liquidarlos al terminar las obras contratadas (2).»

El antiguo derecho concedia justísimamente á los acreedores refaccionarios, hipoteca sobre las fincas que acaso debian su existencia y su valor á las construcciones hechas con dinero tomado á préstamo para su reparacion. Pero si esto es justo, no lo era tanto el privilegio de prelacion que les concedia sobre los demás acreedores hipotecarios mas antiguos (exceptuando al fisco y á la mujer por lo que se referia á la dote, los cuales, gozando de igual privilegio, guardaban entre sí el orden de antigüedad.) Provenia de aqui que cuando concurrían varios acreedores refaccionarios, eran satisfechos por orden inverso, comenzando por los mas modernos; cuya preferencia se fundaba en el beneficio que á todos producía la cosa cuya conservacion se suponía debida al último acreedor. Sin embargo, el resultado de esta regla, menos aceptable de lo que á primera vista aparece, era muchas veces que los acreedores hipotecarios mas antiguos, se veían privados de su derecho por reparaciones hechas quizás indirectamente y sin necesidad alguna.

Los perjuicios que de aquí se irrogaban al crédito, fácil es calcularlos; y á fin de evitarlos, ordena la nueva ley que «si la finca que haya de ser objeto de la refaccion estuviere afecta á

(1) Art. 51 del Reglamento.

(2) Art. 60 de la ley.

obligaciones reales inscritas, no se hará la anotación, si no, bien en virtud de convenio unánime por escritura pública entre el propietario y las personas á cuyo favor estuvieren constituidas dichas obligaciones, sobre el objeto de la refacción misma y el valor de la finca antes de empezar las obras, ó bien en virtud de providencia judicial, dictada en expediente instruido para hacer constar dicho valor y con citación de todas las indicadas personas (1).» «Y si alguno de los que tuvieren á su favor las obligaciones reales espresadas no fuere persona cierta; estuviere ausente, ignorándose su paradero, ó negare su consentimiento, no podrá hacerse la anotación sino por providencia judicial (2).»

Considerando también la ley que es muy justo que la hipoteca del acreedor refaccionario sea preferida á cualquiera otra mas antigua en cuanto al mayor valor que la finca reciba en virtud de las nuevas construcciones, con tal de que quede subsistente el derecho de los acreedores anteriores por un valor igual al que realmente tenia al emprenderse la reparación, dispone: que «el acreedor refaccionario será considerado como hipotecario respecto á lo que exceda el valor de la finca al de las obligaciones anteriores mencionadas, y en todo caso respecto á la diferencia entre el precio dado á la misma finca antes de las obras y el que alcanzare en su enajenación judicial (3).» Para ello «el valor que en cualquier forma se diere á la finca que ha de ser refaccionada, antes de empezar las obras, se hará constar en la anotación del crédito (4).»

De este modo, «las personas á cuyo favor estuvieren constituidos derechos reales sobre la finca refaccionada, conservarán su derecho de preferencia respecto al acreedor refaccionario, pero solamente por un valor igual al que se hubiere declarado á la misma finca (5).»

Finalmente, «la anotación preventiva de los créditos refaccionarios no se decretará judicialmente, sin audiencia previa y sumaria de los que puedan tener interés en contradecirla» en la

(1) Art. 61.

(2) Art. 62.

(3) Art. 64.

(4) Art. 63.

(5) Art. 64.

forma y en los términos de que hemos hecho mérito al ocuparnos de la de los legados (1).

Por faltas subsanables.

Dijimos anteriormente, que otro de los que pueden pedir la anotación de sus respectivos derechos en el registro, es el que presentare en el mismo algún título cuya inscripción no pueda hacerse definitivamente por falta de algún requisito subsanable, ó por imposibilidad del registrador.

Entiéndese, pues, por faltas subsanables en los títulos presentados á inscripción para el efecto de anotarlos preventivamente, «las que afecten á la validéz del mismo título sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en él constituida:» y por faltas no subsanables que impidan la anotación, «las que produzcan necesariamente aquella nulidad (2).»

«Para distinguir las faltas subsanables de las que no lo sean y hacer ó no, en su consecuencia, una anotación preventiva, atenderá el registrador á la validéz de la obligación consignada en el título. Si esta fuere nula por su naturaleza, condiciones, calidad de las personas que lo otorguen, ú otra causa semejante independiente de su forma extrínseca, se considerará la falta como no subsanable. Pero si la obligación fuese válida, atendidas las circunstancias dichas, y el vicio ó defecto estuviere tan solo en el documento que la contenga, y que se pueda reformar ó estender de nuevo á voluntad de los interesados en la inscripción, se tendrá por subsanable la falta (3).»

Si no sería justo obligar á un registrador á que inscribiese en el registro un título que adoleciera, en su concepto, de una falta insubsanable, sería también altamente injusto, que un errado concepto del registrador se convirtiera en daño de un adquirente ó de un acreedor hipotecario, que ignorando la cuestión pendiente y observando que en el registro no había ninguna inscripción ó anotación, adquiriera un derecho real sobre la finca. Por ello ordena la ley que «los títulos que contuvieren alguna falta no subsanable, á juicio del registrador, no se anotarán preventivamente; pero se pondrá una nota mar-

(1) Art. 55.

(2) Art. 65.

(3) Art. 57 del Reglamento.

ginal al asiento de su presentacion espresando brevemente el motivo de haberse denegado tanto la inscripcion, como la anotacion. Si dentro de los treinta dias siguientes al de la fecha de dicho asiento, propusiere aquel cuyo título haya sido desechado, demanda para obtener su inscripcion ó la declaracion de su validéz, pidiendo anotacion preventiva de ella, la que se verifique se retrotraerá á la fecha del asiento de presentacion. Despues de dicho término no surtirá efecto la anotacion preventiva de la demanda, sino desde su fecha (1).»

Mas cuando los títulos que se lleven á la inscripcion tengan solo defectos subsanables, en tal caso, procede hacer una anotacion preventiva de ellos y añade la ley que «podrá exigir el interesado que el registrador le dé copia de dicha anotacion, autorizada con su firma, y en la cual conste si hay ó no pendientes de registro algunos otros títulos relativos al mismo inmueble y cuáles sean estos en su caso (2).»

Esta anotacion tiene solo el carácter de interinidad. A los interesados les corresponde subsanar el defecto y poner á cubierto su derecho, á cuyo efecto, se les concede el término de sesenta dias, que podrá, cuando concurren ciertas causas, prorogarse hasta ciento sesenta por la autoridad judicial.

El que se descuida ó desprecia el precepto legal, no fuera justo que con su silencio pudiera perjudicar á tercero, y por ello ordena la ley que «el que pudiendo pedir la anotacion preventiva de un derecho dejare de hacerlo dentro del término señalado al efecto, no podrá despues inscribirlo á su favor, en perjuicio de tercero que haya inscrito el mismo derecho, adquiriéndolo de persona que aparezca en el registro con facultad de trasmitirlo (3).»

Diremos para terminar, que «siempre que por cualquiera duda que diere lugar á consulta por parte del registrador se hallara este imposibilitado de estender algun asiento principal en el registro de la propiedad, ó en el de las hipotecas por órden de fechas, se hará una anotacion preventiva, la cual surtirá todos los efectos de la que reconoce por causa la imposibilidad del registrador ó la falta de un requisito

(1) Art. 66 de la ley.

(2) Art. 67.

(3) Art. 69.

subsana. La resolución á la consulta, en tal caso, se comunicará precisamente al registrador en el término de los sesenta días señalados para la duración de las anotaciones; pero si no se comunicare dicha resolución en el término espresado continuará produciendo su efecto la anotación (1) y no podrá llevarse por ella derecho alguno (2).»

§. XIII.

Efectos de la hipoteca y de las anotaciones preventivas.

Para determinar los efectos de la hipoteca una vez constituida, los examinaremos relativamente, á

- 1.º Su estension.
- 2.º Su adherencia á los bienes hipotecados.
- 3.º Su indivisibilidad.
- 4.º Su constitucion sobre varias fincas.

Estension de la hipoteca.

De conformidad con lo establecido por la legislación romana, ordenaron las leyes de partida que el derecho de hipoteca no se limitara á la cosa hipotecada, sino que fuera tambien estensivo á las accesiones naturales, á las mejoras, y á los frutos y rentas no percibidos al vencimiento de la obligacion, fundándose en que todas estas agregaciones, eran parte de la finca. Conformándose tambien con estos principios, y ampliándolos segun las necesidades de los tiempos modernos, declara la ley hipotecaria que «la hipoteca, se estiende á las accesiones naturales, á las mejoras, á los frutos pendientes y rentas no percibidas al vencer la obligacion, y al importe de las indemnizaciones concedidas ó debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados (3).»

Así, pues; «se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario:»

1.º «Los objetos muebles colocados permanentemente en un edificio, bien para su adorno ó comodidad, ó bien para el servicio de alguna industria, aunque su colocacion se haya verificado despues de constituida la hipoteca.»

(1) Art. 277.

(2) Art. 278.

(3) Art. 110.

2.º «Las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego ó desagüe, obras de reparacion, seguridad, trasformacion, comodidad, adorno ó elevacion de los edificios y cualesquiera otras semejantes que no consistan en agregacion de terreno, excepto por accesion natural, ó en nueva construccion de edificios donde antes no los hubiere.

3.º «Los frutos que al tiempo en que deba hacerse efectiva la obligacion hipotecaria, estuvieren pendientes de los árboles ó plantas ó ya cogidos, pero no levantados ni almacenados.»

4.º «Las rentas vencidas y no pagadas, cualquiera que sea la causa de no haberse hecho efectivas, y las que se hayan de pagar hasta que el acreedor sea satisfecho de todo su crédito.»

5.º Y últimamente, «las indemnizaciones concedidas ó debidas al propietario de los inmuebles hipotecados, bien por la aseguracion de estos ó de los frutos siempre que haya tenido lugar el siniestro despues de constituida la hipoteca, ó bien por la espropiacion de terrenos por causa de utilidad pública (1),» y como en este último caso la indemnizacion entra á reemplazar á la finca hipotecada, con el objeto de evitar que al vencimiento de la obligacion, pueda haber desaparecido dicha garantia, previene el reglamento que «si dichas indemnizaciones se hicieren antes del vencimiento de la deuda hipotecaria, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados, y si no se convinieren, en la caja de Depósitos y por disposicion del juez, hasta que la obligacion se cancele (2).

Sin embargo, «cuando la finca hipotecada pasare á manos de un tercer poseedor, no será estensiva la hipoteca á los muebles colocados permanentemente en los edificios, ni á las mejoras que no consistan en obras de reparacion, seguridad ó trasformacion, siempre que unos ú otros se hayan costeado por el nuevo dueño, ni á los frutos pendientes ni rentas vencidas que sean de la pertenencia del mismo. (3).» Esta menor estension que dá la ley á la hipoteca, tratándose de terceros poseedores, reconoce por causa, que, con respecto á ellos, no existe la presuncion de que quisieran comprender

(1) Art. 111.

(2) Art. 95.

(3) Art. 112 de la ley.

tambien en la garantía los muebles y mejoras esceptuados, lo cual no sucede cuando dichas mejoras y accesiones corresponden al propietario.

Mas para evitar que en la aplicacion de este principio se demuelan las obras practicadas en las fincas, dispone la ley que «el dueño de las accesiones ó mejoras que no se entiendan hipotecadas, pueda exigir su importe ó retener los objetos en que consistan, si esto pudiere hacerse sin menoscabo del valor del resto de la finca; mas en el primer caso, no podrá detener el cumplimiento de la obligacion principal bajo el pretesto de hacer efectivo su derecho, sino que habrá de cobrar lo que le corresponda con el precio de la misma finca (1). De esta manera quedan en lo posible conciliados los derechos del acreedor hipotecario con los del dueño de la finca y se evita á la vez que puedan quedar perjudicados los intereses de aquel por actos de un tercero. Pero «si las accesiones ó mejoras pudieren separarse sin menoscabo de la finca y el dueño hubiere optado, sin embargo, por no llevárselas, se enagerrarán con separacion del prédio, y su precio tan solo quedará á disposicion del referido dueño (2).»

Estiéndose tambien la hipoteca á garantir los intereses del capital asegurado por ellas. Sin embargo, esto que en buenos principios económico-políticos es indudablemente justo, no debe servir de motivo para que queden perjudicados los terceros adquirentes de la propiedad gravada, que no conociendo el descubierto en que pueda hallarse el deudor, presumen naturalmente que está corriente en el pago de intereses, en el hecho de no haberse reclamado contra la hipoteca: y de aqui que introduciendo la ley la presuncion *juris et de jure* de que el acreedor renuncia á ella en el hecho de no reclamarlos ó de no haber exigido una hipoteca especial, con el objeto de asegurarla, ordena que «la hipoteca constituida á favor de un crédito que devengue interés, no asegurará con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años trascurridos y la parte vencida de la anualidad corriente (3).»

(1) Art. 113.

(2) Art. 96 del Reglamento.

(3) Art. 114.

Al transcurrir tres años contados desde que el préstamo empezó á devengar réditos no pagados, podrá el acreedor exigir que la hipoteca constituida se amplie sobre los mismos bienes hipotecados con objeto de asegurar los intereses correspondientes al primero de dichos años, pero solo en el caso de que habiendo vencido la obligacion de pagar alguna parte de los mismos réditos, hubiere el deudor dejado de satisfacerla.

Si el acreedor hiciere uso de su derecho despues de los tres años, podrá exigir la ampliacion de hipoteca por toda la parte de réditos que en el momento de hacerse dicha ampliacion no estuviere asegurada con la hipoteca primera; pero sin que en ningun caso deba perjudicar la que se constituya al que anteriormente y despues de los dos años haya cualquier derecho sobre los bienes hipotecados. Si el deudor no consintiere dicha ampliacion de hipoteca, podrá el acreedor reclamarla en juicio ordinario y anotar preventivamente la demanda que con tal objeto deduzca (1). Por estos medios consigue la ley que, cuando sea por la causa que fuere, dejase el acreedor de exigir la deuda, conserve la garantía sin que pueda ser perjudicado el tercero que adquiera la finca.

Sin embargo, pudiera suceder que la finca hipotecada no perteneciere al deudor: en este caso «no podrá el acreedor exigir que se constituya sobre ella la ampliacion de hipoteca» de que hemos hablado; «pero podrá ejercer igual derecho, respecto á cualesquiera otros bienes inmuebles que posea el mismo deudor y pueda hipotecarlos (2),» pues no seria justo que el descuido del acreedor redundara en tal caso en perjuicio del dueño de la finca hipotecada.

Lo que de la estension de la hipoteca á los intereses vencidos hemos manifestado, es aplicable por identidad de razon á las pensiones atrasadas de los censos, pues unos y otros son réditos de un capital anticipado y pesan del mismo modo sobre las fincas, sin que haya entre ellas otra preferencia que la de su antigüedad respectiva. Por ello establece la ley que «el acreedor por pensiones atrasadas de censo no podrá repetir contra la finca censuada, con perjuicio de otro acreedor hipotecario».

(1) Art. 115.

(2) Art. 116.

tecario ó censalista posterior, sino en los términos y con las restricciones» que hemos manifestado al tratar de la hipoteca por intereses de un capital sujeto á restitucion; «pero podrá exigir hipoteca en el caso y con las limitaciones que tiene derecho á hacerlo el acreedor hipotecario,» segun lo que queda espuesto, «cualquiera que sea el poseedor de la finca acensuada (1).»

Adherencia de las hipotecas á los bienes hipotecados: su indivisibilidad.

La hipoteca es un verdadero derecho real adherido al cumplimiento de las obligaciones á que sirve de garantía y que sigue siempre á la cosa hipotecada, cualesquiera que sean las manos á que pase, y á pesar de los cambios que ocurran en la propiedad que grave y así lo confirma la ley hipotecaria al establecer que «las hipotecas sujetan directa é inmediatamente los bienes sobre que se imponen, al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituyen, cualquiera que sea su poseedor (2)» y que «las hipotecas inscritas serán rigurosamente cargas reales, y mientras no se cancelen podrán hacerse efectivos directamente los créditos hipotecarios, no obstante cualquier derecho posterior adquirido sobre los bienes hipotecados (3).

Indivisibilidad de la hipoteca.

El derecho de hipoteca ha sido siempre y es hoy indivisible entre nosotros, como lo fué entre los romanos. De aquí:

1.º Que «la hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligacion garantizada, y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido (4).

2.º Que «si una finca hipotecada se dividiere en dos ó mas, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor. No verificándose esta distribucion, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma garantida contra cualquiera de las nue-

(1) Art. 147.

(2) Art. 105.

(3) Art. 102 del Reglamento.

(4) Art. 122 de la ley.

vas fincas en que se haya dividido la primera, ó contra todas á la vez (1).»

La razon de esto, es, porque en el primer caso surgirán tantas hipotecas cuantas sean las partes de la finca en que convinieren el deudor y acreedor, dividir el crédito; y en el segundo, porque subsiste en toda su integridad la antigua hipoteca.

3.º «Dividida la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas, y pagada la parte del mismo crédito con que estuviere gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquel á quien interese, la cancelacion parcial de la hipoteca en cuanto á la misma finca. Mas si la parte de crédito pagada se pudiese aplicar á la liberacion de una ó de otra de las fincas gravadas, por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una, el deudor elegirá la que haya de quedar libre (2).»

4.º Y finalmente, que «quando sea una la finca hipotecada, ó cuando siendo varias no se haya señalado la responsabilidad de cada una, no se podrá exigir la liberacion de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera que sea la del crédito que el deudor haya satisfecho (3),» porque todos dichos bienes constituyen en tal caso una sola hipoteca.

Constitucion de una hipoteca sobre varias fincas.

Lo mismo que por derecho antiguo, pueden ser en el dia hipotecadas á la vez varias fincas, para responder de un solo crédito. Sin embargo, no son los mismos los efectos que esto produce por una y otra legislacion. Con arreglo á la antigua, todas las fincas quedaban sujetas á una carga real por el total importe de lo debido, y sobre todas ellas se entendia por igual el derecho hipotecario del acreedor, resultando de aquí, que el crédito del deudor se veia frecuentemente disminuido mucho mas de lo que en realidad habia desmerecido su riqueza, y que quedaban indirectamente protegidas por la ley, las inmoderadas exigencias de los prestamistas, que no contentos con garantías firmes y de éxito seguro, multiplica-

(1) Art. 123.

(2) Art. 124.

(3) Art. 125.

ban sin utilidad suya y con perjuicio del crédito territorial, las dificultades del préstamo sobre hipotecas. A estos inconvenientes ha ocurrido la nueva ley, estableciendo: que «cuando se hipotequen varias fincas á la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad ó parte de gravámen de que cada una debe responder (1) y que fijada en la inscripcion la parte de crédito de que debe responder cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos, con perjuicio de tercero, sino por la cantidad á que respectivamente estén afectos y la que á la misma corresponda por razon de intereses,» segun lo que dejamos manifestado. Como consecuencia de ello, «los registradores no inscribirán ninguna hipoteca sobre bienes diferentes, afectos á una misma obligacion, sin que por convenio entre las partes, ó por mandato del juez, en su caso, se determine préviamente la cantidad de que cada finca deba responder (2); las partes podrán acordar dicha distribucion, en el mismo título que se deba inscribir, ó en otro diferente, que podrá ser escritura pública ó solicitud dirigida al registrador, firmada ó ratificada ante él por los interesados (3),» pero nada de esto será aplicable «á la anotacion preventiva, escepto cuando se convierta en inscripcion definitiva de hipoteca y grave diferentes bienes (4).»

Mas aun cuando no se pueda repetir, en perjuicio de tercero, contra los bienes hipotecados, sino en los términos que arriba dejamos espuestos, esto, sin embargo, debe entenderse sin perjuicio de que «si la hipoteca no alcanzare á cubrir la totalidad del crédito, pueda el acreedor repetir por la diferencia contra las demás fincas hipotecadas que conserve el deudor en su poder, pero sin prelacion, en cuanto á dicha diferencia sobre los que, despues de inscrita la hipoteca, hayan adquirido algun derecho real en las mismas fincas (5),» pues cada uno debe responder con sus bienes de las obligaciones que contrae, segun uno de los principios del derecho.

Por último, «cuando la finca hipotecada se deteriorare disminuyendo de valor por dolo, culpa ó voluntad del dueño,

(1) Art. 119.

(2) Art. 99 del Reglamento.

(3) Art. 100.

(4) Art. 101.

(5) Art. 121 de la ley.

podrá el acreedor hipotecario solicitar del juez ordinario del lugar en que esté la misma finca, que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere, resultare su exactitud y fundado temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará providencia mandando al propietario hacer ó no hacer lo que proceda, para evitar ó remediar el daño. Si despues insistiere el propietario en abusar de su derecho, dictará el juez nueva providencia, poniendo el inmueble en administracion judicial (1).» El objeto de estas precauciones establecidas por la ley, no ha sido otro que evitar los perjuicios que pudieran seguirse al acreedor, si el dueño de la finca, intencionadamente ó por descuido, se prevaliese de estarla poseyendo para hacerla desmerecer de valor ó acaso para destruirla con el objeto de convertir en ilusoria la hipoteca constituida sobre la misma.

Ahora bien; puede ocurrir que el que no aparezca en el registro con derecho para hipotecar, constituya una hipoteca y que despues adquiera el derecho de que antes carecia. Y haciéndose cargo de ello la ley, declara que «la hipoteca constituida por el que no tenga derecho para constituirla segun el registro, no convalecerá, aunque el constituyente adquiera despues dicho derecho (2).» La convalidacion lleva tras sí la eficacia de lo que inválidamente se ha ejecutado; por el mero hecho, pues, de concederla, implícitamente quedarian perjudicados los que tuvieran un derecho real adquirido con posterioridad á la constitucion de la hipoteca, pero antes de su revalidacion sobre la misma finca, y así el dolo ó la incuria de unos vendria á convertirse en daño de otros que habrian obrado de buena fé y con diligencia. Por esta razon y tambien para alejar de la propiedad inmueble y del registro en cuanto sea posible todo lo que directa ó indirectamente propenda á disminuir el crédito territorial, no ha querido el legislador que convalciera la hipoteca en el caso de que nos ocupamos. Determinados los efectos de la hipoteca, pasemos á ocuparnos de los que producen las anotaciones preventivas.

(1) Art. 97 del Reglamento.

(2) Art. 126.

De los efectos de la anotacion preventiva.

Las anotaciones preventivas son, segun hemos visto, ó el resultado de una providencia judicial encaminada á asegurar las consecuencias de un juicio, ó precursoras siempre de la inscripcion.

En el primer caso, como que solo tiene la anotacion el carácter de interinidad, no puede decirse con justicia que cambie en lo mas mínimo la índole de la obligacion, ni que de simple la convierta en hipotecaria, ni que destruya el orden de prelación de los créditos hipotecarios establecido por la ley. Pero fuera de este caso, ó sea cuando las anotaciones pueden ser consideradas como precursoras de la inscripcion, entonces son realmente un verdadero derecho hipotecario constituido por la ley y ejercitado por el acreedor. Por ello ordena la ley: que «cuando la anotacion preventiva de un derecho se convierta en inscripcion definitiva del mismo, surta esta sus efectos, desde la fecha de la anotacion (1) y consiguientemente, del propio modo que las fincas hipotecadas, los bienes inmuebles ó derechos reales anotados, podrán ser enagenados ó gravados; pero sin perjuicio del derecho de la persona á cuyo favor se haya hecho la anotacion (2).»

Por último, «la anotacion preventiva será nula, cuando por ella no pueda venirse en conocimiento de la finca ó derecho anotado, de la persona á quien afecte la anotacion, ó de la fecha de esta (3).»

Determinados como se deja dicho los efectos de la hipoteca y de las anotaciones preventivas, pasemos á ocuparnos del modo de hacer efectivos los créditos hipotecarios; lo cual será objeto del siguiente párrafo.

(1) Art. 70 de la ley.

(2) Art. 71.

(3) Art. 76.

§. XIV.

Modo de hacer efectivos los créditos garantidos con hipoteca.

La hipoteca, además de ser un derecho real es la garantía de una obligación, y por lo tanto un contrato accesorio y subsidiario de otro principal. De esto parece deducirse que cuando la cosa hipotecada no esté ya en poder del hipotecante sino en el de un tercer poseedor, tenga que acudir al deudor principal para que pague, antes de molestar al que por un título legítimo de adquisición, es el dueño de la finca hipotecada. Pero si esta regla no tuviera un límite breve y perentorio, no se conseguiría todo el objeto que se propuso el prestamista, al buscar su seguridad mas en la garantía que en la persona á quien prestaba. Por ello establece la ley que «el acreedor no podrá reclamar del tercer poseedor de los bienes hipotecados el pago de su crédito, sino cuando el deudor no lo verifique en los diez dias siguientes al vencimiento del plazo (1), durante cuyo término deberá el acreedor pedir judicial ó extrajudicialmente al deudor el cumplimiento de su obligación, y si esto no tuviere efecto, cualquiera que sea la causa, se podrá repetir contra el tercer poseedor (2). Requerido al pago el tercer poseedor, deberá satisfacer en el término de otros diez dias la deuda con los intereses «que no hubieren sido satisfechos» de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente, ó desamparará los bienes hipotecados (3). Estos diez dias «empezarán á correr desde el siguiente al en que se haga el requerimiento (4).» El requerimiento al pago al deudor ó al tercer poseedor de los bienes hipotecados en su caso, podrá verificarse en comparecencia de conciliación por notificación de escribano, ante testigos, ó por cualquier otro medio que baste para acreditar el hecho y su fecha (5). «Si el deudor estuviere ausente, se le hará el requerimiento espresado por medio de su familia, dependientes ó criados, en el lugar en que estuviere la finca, y en defecto de todas estas personas,

(1) Art. 127.

(2) Art. 129.

(3) Art. 128.

(4) Art. 129.

(5) Art. 103 del Reglamento.

por llamamiento en los periódicos del mismo lugar ó por carteles que se fijarán en los parajes acostumbrados; pero sin que en ningun caso pueda esceder el término de los diez dias. Si el tercer poseedor estuviere ausente, se le hará en los mismos términos el requerimiento ó por medio del inquilino ó arrendatario con igual limitacion de término (1), sin que puedan seguirse otros procedimientos que los espresados (2).»

Lo dicho es igualmente aplicable «al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito ó de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes si venciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligacion (3).»

Si para el pago de algunos de los plazos del capital ó de los intereses fuere necesario enagenar la finca hipotecada y aun quedaren por vencer otros plazos de la obligacion, se verificará la venta y se trasferirá la finca al comprador, con la hipoteca correspondiente á la parte del crédito que no estuviere satisfecha, la cual, con los intereses, se deducirá del precio. Pero si el comprador no quisiere la finca con esta carga, se depositará su importe con los intereses que le correspondan, para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes.

Hemos dicho antes que el acreedor no podrá reclamar del tercer poseedor de los bienes hipotecados el pago de su crédito, sino cuando el deudor no lo verifique en los diez dias siguientes al vencimiento del plazo. Para este efecto, pues, declara la ley que se considerará como «tercer poseedor» el que hubiere adquirido «solamente el usufructo ó el dominio útil de la finca hipotecada, ó bien la propiedad ó el dominio directo, quedando en el deudor el derecho correlativo,» y añade «que si hubiere mas de un tercer poseedor, por hallarse en una persona la propiedad ó el dominio directo, y en otra el usufructo ó el dominio útil, se entenderá con ambas el requerimiento y será comun á ellas el término de los diez dias para pagar la deuda ó desamparar la finca (4).»

Pero «si requerido el deudor, ó el tercer acreedor en su caso, no pagare ni desamparare los bienes hipotecados en los

(1) Art. 104.

(2) Art. 102.

(3) Art. 130 de la ley.

(4) Art. 132.

términos señalados respectivamente, podrá pedir el acreedor que se despache mandamiento de ejecucion contra los mismos bienes, presentando el título de su derecho y el documento que acredite haberse verificado dichos requerimientos y su fecha (1),» pues justo es que se deje en tal caso al acreedor espedita la accion contra los bienes hipotecados para hacerse pago de su crédito.

Mas «si el tercer poseedor de la finca hipotecada pagare el crédito hipotecario,» como en tal caso seria injusto dejar libre al deudor de la obligacion contraida en perjuicio de aquel, dispone la ley que entonces «se subrogará en lugar del acreedor y podrá exigir su reembolso del deudor, si ya no se le hubiere descontado su importe del precio en que haya adquirido la finca (2).»

Efectos de la accion hipotecaria.

Los efectos de esta accion en los casos en que tiene lugar, son: que seguido por el acreedor el pleito ejecutivo hasta la sentencia de remate, y declarada esta en cosa juzgada ó dada la fianza en caso de apelacion, manda el juez que justipreciados los bienes se vendan en pública subasta, y con su precio se haga pago de la deuda ó se indemnicen los daños sufridos por no haberse cumplido la obligacion.

Si no hubiere comparecido comprador que ofreciere al menos las dos terceras partes de la tasa, podrá pedir el acreedor ó que se refasen de nuevo, ó que se le adjudiquen por las dos terceras partes referidas en pago de la deuda, devolviendo el esceso, si acaso resultare (3).

Omitimos otros pormenores que espresa la ley de Enjuiciamiento civil desde el art. 979 al 991, por no ser de nuestro instituto, bastando advertir que aun estos procedimientos pudieran evitarse, si al tiempo de la constitucion de la hipoteca ó despues, se pactase que si vencido el plazo no estuviere satisfecha la deuda, pueda quedarse el acreedor con la cosa hipotecada por su justo valor, como disponen las leyes 41, título v, y 12, tit. XIII, Part. 5.^a

(1) Art. 133.

(2) Art. 105.

(3) Artículos 1775 y 1811.

Mas como esta accion en tanto tiene lugar en cuanto no se haya estinguido la hipoteca, será preciso que veamos los casos en que esto se verifica.

§. XV.

Modos de estinguirse la hipoteca.

La hipoteca se estingue:

- 1.º Por haberse cumplido la obligacion principal.
- 2.º Por la pérdida total de la cosa hipotecada.
- 3.º Por la confusion ó consolidacion.
- 4.º Por la remision.
- 5.º Por estinguirse el derecho que tenia en ella el que la constituyó.
- 6.º Por concluirse el tiempo señalado para su duracion.
- 7.º Por la prescripcion (1).

Sobre cada uno de estos modos se ofrecen algunas observaciones que espondremos á continuacion.

Por cumplimiento de la obligacion principal.

Como la hipoteca es una obligacion accesoria, y lo accesorio no puede existir sin lo principal, es consiguiente que estinguida la deuda para cuya seguridad fué constituida la hipoteca se haya de estinguir esta, como espresa la ley 38, tit. XIII, Part. 5.^a

Pero para que esta doctrina tenga lugar es necesario que se estinga por entero la obligacion principal, porque si lo fuere solo en parte, continuará no obstante la hipoteca por lo que queda por satisfacerse, segun se dispone en la ley 43 del mismo título.

Por la pérdida de la cosa.

La hipoteca, al mismo tiempo que es una garantía que ofrece el deudor para seguridad de la obligacion, es un derecho por parte del acreedor para hacerse pago con la cosa hipotecada en defecto de cumplimiento de la obligacion principal: luego así como estinguiéndose esta cesa la hipoteca, debe tambien

(1) Art. 1817.

cesar ella pereciendo del todo la cosa en que se constituyó. Si solo pereciere en una parte, quedará la que se conserve hipotecada á la totalidad de la deuda por la razon indicada al final del aparte anterior.

Por la confusion ó consolidacion.

La *confusion* tiene lugar cuando en una misma persona se reunen las cualidades de deudor y de acreedor, y la *consolidacion* cuando aquel á cuyo favor está constituida la hipoteca adquiere el dominio de la cosa hipotecada.

En uno y otro caso se estingue la hipoteca. En el primero, porque nadie puede ser deudor de sí mismo: en el segundo, porque una misma cosa no puede pertenecer á su dueño y servir á la vez de caucion en su favor. Mas para que la confusion y consolidacion produzcan la estincion de la hipoteca, es necesario que el título por el que se adquiere la cosa sea perpétuo, pues si el acreedor no la adquiriera sino de un modo revocable, entonces, llegado que sea al acto de la revocacion, recobrará su fuerza el derecho de hipoteca.

Por remision.

La *remision ó renuncia* es otro de los modos de estinguirse la hipoteca. Puede ser *expresa y tácita*. La primera se verifica cuando el acreedor, con palabras claras y terminantés, manifiesta que renuncia al derecho que tiene á la cosa hipotecada. La segunda es la que se deduce de ciertos hechos, como si, por ejemplo, el acreedor, sin fuerza, súplicas ó miedo, cancela, rompe ó devuelve al deudor la escritura en que constaba la obligacion. Ley 40, tít. XIII, Partida 5.^a (1).

Si en el caso de contenerse en la hipoteca el pacto de que no pudiera venderse la cosa hipotecada, se pidiera permiso al acreedor para enagenarse, y este consintiera, se entenderá que renuncia tácitamente á la hipoteca, y lo mismo debe decirse si con su consentimiento se hipotecara á un segundo acreedor no siendo suficiente su valor para cubrir ambas obligaciones; si bien en estos y otros casos que pueden citarse ha de buscarse

(1) Art. 1807.

siempre en las circunstancias que concurran cuál pudo ser la intencion del acreedor.

No habiendo pacto espreso de que la cosa hipotecada no pueda enagenarse, si sin consentimiento del acreedor se enagenara, pasará con este gravámen al nuevo dueño.

Por extinguirse el derecho que tenia el que la constituyó.

Este es otro de los modos de extinguirse la hipoteca, el cual se halla fundado en los siguientes axiomas:

La estincion del derecho en el que dá la cosa, estingue el derecho del que la recibe.

Nadie puede traspasar á otro mas derechos que los que él tiene en la cosa.

Para que este modo tenga lugar, es necesario que la estincion del derecho que el poseedor tuviera en la finca sea efecto de una causa necesaria ó indirectamente voluntaria; pero no cuando lo fuere en virtud de una causa puramente voluntaria.

Así, por ejemplo, se estingue por efecto de una causa necesaria la hipoteca constituida por el usufructuario en la finca que posee por ese título, cuando se acaba el usufructo; ó la impuesta por el donatario sobre los bienes donados, cuando la donacion se revocara por la supervivencia de hijos en el donante; así como en el caso de ser indirectamente voluntaria se estingue la que el señor útil constituyere en la finca enfitéutica, cuando se apoderase de ella el señor directo, ó la que el comprador impusiere sobre la finca adquirida, cuando la venta se rescindiera por falta de pago del precio ó por causa de lesion; pero no se estingue la hipoteca cuando la estincion del derecho del poseedor de la finca es efecto directo é inmediato de su voluntad, como seria si uno la hubiese comprado con la condicion de que si dentro de tal tiempo no le acomodase, pudiera deshacer el contrato, y durante él la hubiere hipotecado, segun resuelve la ley 3.^a, tít. vi, lib. xx del Digesto.

Podrá decirse que esta doctrina es muy dura para el primitivo dueño, pero se tiene por mas fuerte el derecho de hipoteca; quedándole solo accion al vendedor para que el comprador le devuelva libre la finca de toda carga, como disponen las leyes 21 y 43, tít. I, lib. XXI del citado Código.

Por concluirse el tiempo señalado.

Al hablar de esta materia en los contratos se verá que la hipoteca convencional puede constituirse *puramente*, ó *con condicion*, ó *con señalamiento del tiempo desde ó hasta el cual debe durar la obligacion*, como espresa tambien el nuevo Código (1): por lo mismo, si se hubiere constituido por tiempo señalado, nada mas propio que el que se estinga la hipoteca llegado que sea este.

Por la prescripcion.

La prescripcion, que es otro de los modos de extinguirse la hipoteca, tiene lugar cuando, desde que llegó el plazo para pedirse una deuda garantida con hipoteca, no se hubiere hecho uso de la accion hipotecaria dentro el término señalado para proponerla.

Este tiempo, segun las leyes 27, tít. xxix, y 39, tít. xiii, Part. 5.^a, era el de diez años entre presentes y de veinte entre ausentes si habia pasado la cosa á un tercer poseedor ignorando que estuviera gravada; el de treinta si lo supiera; y el de cuarenta si no habia salido del poder del deudor ó de sus herederos. La ley 5.^a, tít. viii, lib. xi, Novísima Recopilacion, fijó el de treinta años sin distincion, el cual empezaba á correr desde el dia en que el deudor se constituia en mora en el cumplimiento de la obligacion.

Mas atendiendo la nueva ley hipotecaria á que el plazo señalado para la prescripcion de las acciones personales á que vá adherida la hipoteca, es el de veinte años, y á que, perdiendo esta su fuerza, no hay razon alguna para que se conserve la accion hipotecaria; ordena que este prescribirá á *los veinte años, contados desde que pueda ejercitarse con arreglo al título inscrito* (2), reformando en esta parte la legislacion anterior.

Por último, aun cuando *la hipoteca* se estingue por cada uno de los modos que quedan esplicados, debemos advertir, que *subsistirá en cuanto á tercero mientras no se cancele su inscripcion* (3) y que *las inscripciones hechas en virtud*

(1) Art. 1797.

(3) Art. 156.

(2) Art. 134.

de escritura pública, no se cancelarán sino mediante otra escritura, en la cual manifiesten su consentimiento la persona á cuyo favor se haya otorgado la primera, sus causahabientes ó representantes legítimos, ó en virtud de providencia ejecutoria, contra la cual no se halle pendiente recurso de casacion (1), á cuyo medio debe recurrirse si no se prestaren á la cancelacion los que deban hacerla (2).

En cuanto á las anotaciones preventivas, terminan: y por tanto, deben cancelarse *no solo cuando se estinga el derecho anotado, sino tambien cuando en la escritura se convenga, ó en la providencia se disponga respectivamente convertirlas en inscripcion definitiva (3).*

Al ocuparnos en la seccion siguiente de las disposiciones de la nueva ley en orden al registro, tendremos ocasion de ampliar esta materia.

(1) Art. 82.
(2) Art. 148.

(3) Art. 85.

SECCION SEGUNDA.

Del registro de la propiedad.

Resumen.

§. I. Razon del método.—§. II. Qué se entiende por registro de la propiedad, su origen y objeto de su institucion.—§. III. De la direccion é inspeccion de los registros.—§. IV. Del nombramiento, cualidades y deberes de los registradores.—§. V. De la responsabilidad de los registradores.—§. VI. De la publicidad de los registros.—§. VII. Del modo de llevar los registros.—§. VIII. De los títulos sujetos á inscripcion.—§. IX. Necesidad de la inscripcion.—§. X. De los expedientes posesorios.—§. XI. Personas que pueden ó deben pedir la inscripcion en el registro de los títulos sujetos á dicha formalidad.—§. XII. Forma de la inscripcion.—§. XIII. De la rectificacion de los asientos del registro.—§. XIV. Efectos de la inscripcion.—§. XV. De la estincion de las inscripciones y anotaciones preventivas.—§. XVI. De los honorarios de los registradores.

§. I.

Razon del método.

Examinada en general la doctrina del derecho con respecto á la naturaleza de la hipoteca y determinados sus efectos despues de constituida, el órden pide, que espongamos á continuacion las disposiciones referentes al registro de la propiedad. Fácil es de comprender que de nada nos servirian los derechos adquiridos á la sombra de la ley, si careciamos de los medios necesarios para hacerlos efectivos, y que se ocasionarian inmensos perjuicios á la contratacion en general, si se dejaba en completa libertad á los hombres de mala fé, para enagenar ó gravar como *libres*, fincas ya enagenadas ó hipotecadas á otros. Para evitar, pues, estos fraudes creyóse oportuno desde muy antiguo el establecimiento de un registro público en el que se anotasen todos los actos de esta clase, el cual se conoció con el nombre de *oficio ó contaduria de hipotecas* hasta la publicacion de la ley hipotecaria, que cambió este nombre por el de *registro de la propiedad*, cuyo estudio será objeto de la seccion presente.

§. II.

Qué se entiende por registro de la propiedad, su origen, y objeto de su institucion.

Se entiende por registro de la propiedad *la oficina establecida en las cabezas de partido para tomar razon de las escrituras que se otorguen dentro de este distrito, si contienen traslacion de dominio, ó imposiciones de algunos gravámenes ó cargas, como hipotecas, censos, tributos, etc.*

Para comprender bien la naturaleza de este establecimiento, deberemos considerar:

- 1.º Su origen y el objeto de su institucion.
- 2.º Las disposiciones que rigen á fin de que se consiga su objeto.

Origen del oficio de hipotecas.

Fué creado en el año 1539 por los reyes D. Carlos I y Doña Juana, y confirmado por el rey D. Felipe II en 1558, segun aparece del epígrafe de la ley 1.^a, tít. xvi, lib. x, Novísima Recopilacion. Cayó poco á poco en desuso, y en virtud de los perjuicios que nacia de su inobservancia fué restablecido por el rey D. Felipe V en 1719, segun consta de la ley segunda de este título.

Desde este tiempo ha ido continuando sin interrupcion; pero se han hecho en él tantas modificaciones y son tantas las disposiciones dadas con motivo de las aclaraciones que se han creido necesarias, que con dificultad podrá formarse una sucinta historia del curso que ha seguido la legislacion en este ramo.

Baste decir que no habiéndose conseguido con la pragmática de 1558 el objeto por el que se crearon los oficios de hipotecas, se promulgó otra por el rey D. Carlos III en 1768, segun aparece en la ley 3.^a de dicho título.

Siguieron á esta varias disposiciones, entre las cuales se cuentan como mas principales la ley y Real decreto de 23 de Mayo de 1845; el Real decreto de 11 de Junio de 1847; el de 26 de Noviembre de 1852 y otros varios, hasta que por fin en vista de la grande confusion que se habia introducido en

la parte administrativa, con tantas y tan variadas disposiciones y de los muchos defectos que estas contenian, pidió nuestro Gobierno á las Córtes la correspondiente autorización para emprender la reforma hipotecaria, llevada últimamente á cabo con la publicacion de la nueva ley de su nombre, en la cual ha sido tambien comprendido todo cuanto al registro se refiere por la íntima conexión que entre el mismo y las hipotecas existe.

Objeto de esta institucion.

El objeto de esta institucion fué principalmente garantir la propiedad, y evitar infinitos pleitos que pudieran promoverse á causa de ignorarse los gravámenes que tuvieran las cosas al tiempo de su enagenacion.

Pero además de este objeto, sirve tambien: primero, para facilitar datos estadísticos, á fin de conocer el valor de la riqueza territorial de cada provincia, y poder procederse á una justa distribucion de la cuota que corresponda á cada propietario en las contribuciones que imponga el Estado sobre la propiedad; y segundo, para proporcionar considerables recursos al Tesoro, exigiendo un módico derecho por cada acto de traslacion de dominio ó de imposicion de algun gravámen al tiempo de anotarse en el registro.

Un objeto de tanta utilidad no podia menos de llamar la atencion del legislador, y de aquí las diferentes disposiciones que se han dado para su organizacion y que iremos examinando en los siguientes párrafos.

§. III.

De la direccion é inspeccion de los registros.

La intervencion que por la antigua legislacion hipotecaria tenian en el registro de la propiedad el Ministerio de Hacienda y otras Direcciones, ha desaparecido. La nueva ley lo ha colocado bajo la «dependencia esclusiva del Ministerio de Gracia y Justicia (1),» anteponiendo de este modo el interés civil al fiscal, aunque sin dejar por ello desatendidas las necesidades del Erario.

(1) Art. 265.

Partiendo de aquella base, ha establecido un sistema de direccion, de inspeccion y vigilancia que, al propio tiempo que es una prenda de que la ley se cumplirá religiosamente, dá impulso y uniformidad á su ejecucion, impidiendo que nazcan abusos y malas prácticas y castigando en su origen las que comiencen á aparecer.

A este efecto fué creada una «direccion general del registro de la propiedad» (que se refundió posteriormente en la secretaria del Ministerio de Gracia y Justicia por Real decreto de 3 de Agosto de 1866), cuyas atribuciones son las siguientes:

1.^a «Proponer al ministro de Gracia y Justicia y adoptar por sí en los casos que determinen los reglamentos, las disposiciones necesarias para el establecimiento de los registros de la propiedad en todo el reino; y para asegurar en ellos la observancia de la ley y de los reglamentos que se dicten para su ejecucion.»

2.^a «Instruir los expedientes que se formen para la provision de los registros vacantes, ó la separacion de los registradores, proponiendo la resolucion definitiva que en cada caso proceda con arreglo á la ley.

3.^a «Resolver las dudas que se ofrezcan á los funcionarios encargados de la aplicacion de la ley hipotecaria, en cuanto no exijan disposiciones de carácter general que deban adoptarse por el ministro de Gracia y Justicia.»

4.^a «Formar y publicar los estados del movimiento de la propiedad, con arreglo á los datos que suministren los registradores.»

5.^a «Egercer la alta inspeccion y vigilancia en todos los registros del reino, entendiéndose para ello con los regentes de las audiencias, y aun con los jueces de primera instancia y los mismos registradores, cuando lo crea conveniente al mejor servicio (1).»

6.^a «Proponer al ministro de Gracia y Justicia todas las disposiciones que exijan la ejecucion y cumplimiento de la ley hipotecaria y su reglamento.»

7.^a «Proponer asimismo todas las reformas y alteraciones que sean necesarias en la organizacion de la direccion.»

(1) Art. 267 de la ley.

*W. D. 258-1870
q. voluieren al
del Registro*

8.^a «Proponer tambien el nombramiento y separacion de los registradores y de los demás empleados de su dependencia, en la forma prescrita por el reglamento.»

9.^a «Resolver las dudas que se ofrezcan á los funcionarios encargados de la ejecucion de la ley, en casos particulares.»

10. «Adoptar todas las disposiciones de órden interior de la direccion y las de otra especie, que no tengan el carácter de regla general.»

11. «Comunicar las reales órdenes que dicte el ministro, relativas al servicio que le está encomendado.»

12. «Y finalmente; dar por sí á los funcionarios encargados de la ejecucion de la ley, las órdenes é instrucciones convenientes sobre el modo de desempeñar su encargo, en casos particulares, pidiéndoles sobre ello las noticias necesarias (1).»

Pero como la «Direccion» necesita ser secundada en sus esfuerzos por agentes entendidos y prácticos en los negocios, ha dispuesto la ley, que la inspeccion de los registros en el territorio de cada audiencia, corresponderá á los regentes de estas, los cuales, «egercerán inmediatamente las facultades que en tal concepto les corresponden, por medio de los jueces de primera instancia de los partidos respectivos, quienes serán para este efecto sus delegados. En los partidos donde haya mas de un juez, egercerá la delegacion el que el regente designe (2).»

La inspeccion de los registros debe egercerse por medio de visitas que deberán girar «el regente ó sus delegados; en el último dia de cada trimestre, estendiendo acta espresiva del estado en que los encuentren (3).» Además de esta visita ordinaria trimestral, podrán tambien los regentes por sí ó por medio de sus delegados, practicar «las estraordinarias que juzguen convenientes, bien generales á todo el registro, ó bien parciales á determinados libros del mismo. Para estas visitas estraordinarias podrá delegar el regente sus facultades, si lo creyere necesario, en un magistrado de la audiencia (4).»

«Si los regentes notasen alguna falta de formalidad por parte de los registradores en el modo de llevar los registros,

(1) Art. 243 del Reglamento.

(2) Art. 268 de la ley.

(3) Art. 269.

(4) Art. 270.

ó cualquiera infraccion de la ley ó de los reglamentos para su ejecucion, adoptarán las disposiciones necesarias para corregirlas, y en su caso, penarlas con arreglo á la misma ley (1).» Al efecto, se hallan facultados por la misma para imponer multas (2), suspender á los registradores (3), y en este caso, nombrar otro que interinamente le reemplace, dando cuenta justificada de los motivos que para ello hubiere tenido al ministro de Gracia y Justicia (4). Mas «si la falta ó infraccion notada pudiere ser calificada de delito, pondrán al culpable á disposicion de los tribunales (5).»

Por último; á fin de conseguir la unidad de jurisprudencia en materia hipotecaria, ordena la ley, que «los registradores consulten directamente con el regente ó con el juez, su delegado, cualquiera duda que se les ofrezca sobre su inteligencia y ejecucion,» ó sobre la inteligencia y ejecucion «de los reglamentos que se dicten para aplicarla. Si consultado el juez de primera instancia, dudare sobre la resolucion que se debe adoptar, elevará la consulta con su informe al regente. Si consultado el regente por el juez ó por el registrador, tuviere la misma duda, elevará la consulta al Gobierno (6).»

§. IV.

Del nombramiento, cualidades y deberes de los registradores.

Conforme á lo preceptuado en el artículo 1.º de la ley hipotecaria, «en todas las cabezas de partido judicial hay establecido un registro á cargo de funcionarios que se llaman registradores; cuyo cargo, atendidos los vastos conocimientos juridicos que indisputablemente necesitan reunir las personas llamadas á desempeñarlo, se ha establecido que no pueda recaer, sino en «mayores de 25 años, abogados y que hayan desempeñado funciones judiciales ó fiscales ó ejercido la abogacia cuatro años por lo menos (7),» correspondiendo su nombramiento al Ministerio de Gracia y Justicia, bajo cuya esclusiva dependencia se hallan establecidos los registros (8).

El «cargo de registrador es incompatible con el de juez de paz, alcalde, notario y con otro cualquiera dotado con fondos

(1) Art. 273. (3) Art. 274. (5) Art. 273. (7) Art. 298.
 (2) Art. 322. (4) Art. 275. (6) Art. 276. (8) Art. 303.

del Estado, de las provincias ó de los pueblos (1), incompatibilidades que se fundan en la necesidad de que los espresados funcionarios «no se distraigan de sus tareas, que han de ser diarias á horas determinadas y de asistencia precisa; y en cuanto al cargo de notario, por agregarse además la importantísima circunstancia, de que ha entrado en las miras de la ley, segun las textuales palabras de la comision de codificacion, que los registros de la propiedad é hipotecas y los protocolos sean una comprobacion, una fiscalizacion recíproca, que no podria siempre esperarse si unos y otros archivos estuvieran encomendados á las mismas personas.»

Al propio tiempo, por razones de moralidad, y de conveniencia social han sido declarados inhábiles para desempeñar los registros: 1.º los fallidos ó concursados que no hayan obtenido rehabilitacion; 2.º los deudores al Estado ó á fondos públicos como segundos contribuyentes por alcance de cuentas; 3.º los procesados criminalmente mientras lo estuvieren, y 4.º los condenados á penas afflictivas mientras no obtengan rehabilitacion (2).

Ahora bien; con el objeto de cubrir las responsabilidades en que puedan incurrir los registradores por razon de su cargo y á fin de que los particulares sean pronto y seguramente reintegrados, si por culpa de los mismos hubieren sufrido algun perjuicio en sus intereses, ordena la ley que «los que sean nombrados registradores no puedan ser puestos en posesion de su cargo sin que presten préviamente fianza, con sujecion á los reglamentos (3), salvo en el caso de que no pudieren prestarla, que entonces podrá dárseles la posesion, pero el nombrado «deberá depositar en la Caja general de depósitos, en algun banco autorizado por la ley, ó en sus comisionados la cuarta parte de los honorarios que devengue hasta completar la suma de la garantia (4). Esta fianza ó depósito en su caso, quedará afectos mientras no se devuelvan á las responsabilidades en que aquellos incurran, por razon de su cargo, con preferencia á cualesquiera otras obligaciones que hubiesen contraido (5) sin que pueda devolverseles, «hasta tres años des-

(1) Art. 300.

(4) Art. 305.

(2) Art. 299.

(5) Art. 307.

(3) Art. 304.

pues de haber cesado en su cargo, durante cuyo tiempo se anunciará cada seis meses por el juez dicha devolucion en el *Boletín* y periódicos oficiales de la provincia y en la *Gaceta* de Madrid, á fin de que llegue á noticia de todos aquellos que tengan alguna accion que deducir contra el mismo registrador (1). El término para la devolucion de las fianzas debe contarse, segun antes hemos manifestado, «desde que el interesado deje de ejercer el cargo de registrador y no desde que cese en un registro para pasar á otro (2),» pues para este caso se halla establecido que «al registrador que pase de un registro de mayor fianza á otro que la exija menor, se le devuelva la diferencia» solamente, en el mismo plazo y con las mismas condiciones antes mencionadas.

«Luego que los registradores tomen posesion de su cargo tienen tambien la obligacion de proponer al regente el nombramiento de un sustituto que les reemplace en sus ausencias y enfermedades, pudiendo elegir para ello persona de su confianza. Si el regente se conformare con la propuesta, espedirá desde luego el nombramiento del sustituto; si no se conformare por algun motivo grave, mandará al registrador que le proponga otra persona.»

«El sustituto,» sin embargo, «desempeñará sus funciones bajo la responsabilidad del registrador y será removido siempre que este lo solicite (3).»

Otra de las obligaciones de los registradores es la de «costear los gastos necesarios para conservar y llevar los registros (4) y responder de los trabajos que encomendaren á los oficiales y auxiliares que los mismos hubieren nombrado (5).»

Por último, es obligacion de los registradores formar «al fin de cada año tres estados duplicados y espresivos:»

«El primero, de las enagenaciones de inmuebles hechas durante el año, sus precios liquidos y derechos pagados por ellas á la Hacienda pública.»

«El segundo, de los derechos de usufructo, uso, habitacion, servidumbre, censos y otros cualesquiera reales, impuestos sobre los inmuebles con exclusion de las hipotecas, sus

(1) Art. 306.

(2) Art. 330.

(3) Art. 309.

(4) Art. 312.

(5) Art. 301.

valores en capital y renta y derechos pagados por ellos á la Hacienda pública.»

«El tercero, de las hipotecas constituidas, número de fincas hipotecadas, importe de los capitales asegurados por ellas, cancelaciones de hipotecas verificadas, número de fincas liberadas y de capitales reintegrados (1);» cuyos estados, estendidos en la forma prevenida por el Reglamento (2); los remitirán los registradores á los regentes de las audiencias, para que estos á su vez los dirijan al Ministerio de Gracia y Justicia (3).

Finalmente; atendiendo á la grande importancia que en sí tiene el cargo de registrador, y á que seria á todas luces injusto que pudieran ser separadas, sin una causa grave que lo justificara, personas á quienes tantas condiciones y garantías se exigen, ordena la ley: «que los registradores no podrán ser removidos sino por sentencia judicial ó por el Gobierno, en virtud de espediente instruido por el regente, con audiencia del interesado é informe del juez del partido; y que para que la remocion del mismo pueda decretarse por el Gobierno, se deberá acreditar en el espediente alguna falta cometida por el registrador en el ejercicio de su cargo, ó que le haga desmerecer en el concepto público (4).»

§. V.

De la responsabilidad de los registradores.

La responsabilidad civil de los registradores no se limita á la fianza ni al depósito, por mas que una y otra queden afectos en primer lugar al resarcimiento de los perjuicios que causen dichos funcionarios en el ejercicio de sus cargos. Se estiende tambien á todos sus demás bienes, puesto que, con arreglo á los principios generales del derecho, están obligados á resarcir todos los daños y perjuicios que provengan de su omision, descuido ó negligencia. Sin embargo, la ley no ha creido prudente dejar en este punto abierta la puerta al libre arbitrio judicial, sino que ha señalado las faltas todas que pueden dar lugar á esta responsabilidad, fijando con ello el dere-

(1) Art. 310.

(2) Título XII.

(3) Art. 311.

(4) Art. 308.

cho y cortando los abusos que pudieran seguirse por efecto de torcidas interpretaciones si se hubiere limitado á sentar sobre el particular un principio general.

Como consecuencia de ello, ha dispuesto: Que «los registradores responderán civilmente, en primer lugar con sus fianzas» ó depósitos, «y en segundo con sus demás bienes, de todos los daños ó perjuicios que ocasionen:»

1.º «Por no asentar en el Diario, no suscribir, ó no anotar preventivamente en el término señalado en la ley los títulos que se presenten al registro.»

2.º «Por error ó inexactitud cometidos en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas ó notas marginales.»

3.º «Por no cancelar, sin fundado motivo, alguna inscripción ó anotación, ú omitir el asiento de alguna nota marginal en el término correspondiente.»

4.º «Por cancelar alguna inscripción, anotación preventiva ó nota marginal, sin el título y los requisitos que exige la ley.»

5.º «Por error ú omisión en las certificaciones de inscripción ó de libertad de los inmuebles ó derechos reales, ó por no expedir dichas certificaciones en el término señalado en la misma ley (1).

Sin embargo, como no sería justo que se exigiera responsabilidad alguna á los registradores, cuando el defecto naciere del mismo título inscrito, porque este solo puede ser imputable á los que en él intervinieron, se ha establecido, que «los errores, inexactitudes ú omisiones» antes mencionadas, «no serán imputables al registrador cuando tengan su origen en algun defecto del mismo título inscrito, y no sea de los que notoriamente debieran haber motivado la denegación ó la suspensión de la inscripción, anotación ó cancelación (2).»

Otra cosa sucede cuando la falta puede ser imputable á dicho funcionario por mas que sea debida á alguna equivocación que el mismo hubiere padecido, aun cuando la hubiere subsanado con posterioridad, pues en tal caso, «la rectificación de los errores cometidos en asientos de cualquiera especie, y que no traigan su origen de otros cometidos en los respectivos títulos, no librárá al registrador de la responsabilidad en

(1) Art. 313.

(2) Art. 314.

que pueda incurrir por los perjuicios que hayan ocasionado los mismos asientos antes de ser rectificadas (1).

Además, «el registrador es tambien responsable con su fianza y con sus bienes, de las indemnizaciones y multas á que puedan dar lugar los actos de su suplente mientras esté á su cargo el registro (2).

Ahora bien; determinados los casos en que puede exigirse la responsabilidad á los encargados del registro, veamos en qué consiste esta responsabilidad, y la forma en que pueden hacerla efectiva los perjudicados.

«El que por error, malicia ó negligencia del registrador perdiere un derecho real ó la accion para reclamarlo, podrá exigir desde luego del mismo el importe de lo que hubiere perdido,» pero «el que por las mismas causas pierda solo la hipoteca de una obligacion, podrá exigir que el registrador, á su eleccion, ó le proporcione otra hipoteca igual á la perdida ó deposite desde luego la cantidad asegurada, para responder en su dia de dicha obligacion (3).»

Pero como quiera que la falta del registrador, cualquiera que sea la causa de que dimana, se convierte casi siempre en beneficio de alguna persona que aparece libre de la obligacion inscrita, y seria injusto que el así favorecido, aun suponiendo que sea sin fraude por su parte, quedase beneficiado por un acto ageno, mas ó menos indiscreto, se ha establecido: que «el que por error, malicia ó negligencia del registrador quede libre de alguna obligacion inscrita, sea responsable solidariamente con aquel, del pago de las indemnizaciones á que este sea condenado por su falta (4),» y que si el registrador hubiere indemnizado ya al perjudicado, «pueda repetir la cantidad que por tal concepto pagare, del que por su falta haya quedado libre de la obligacion inscrita (5).»

Una vez, sin embargo, dirigida la accion del perjudicado contra el que ha reportado el beneficio, no seria ya justo que se le permitiera repetir la misma cosa del registrador, y tomando esto en cuenta, la ley ordena: que «cuando el perjudicado dirigiere su accion contra el favorecido, por dicha

(1) Art. 315.

(2) Art. 316.

(3) Art. 317.

(4) Art. 318.

(5) Art. 319.

falta, no podrá repetir contra el registrador, sino en el caso de que no llegue á obtener toda la indemnizacion reclamada ó alguna parte de ella (1).»

Por lo demás, atendida la naturaleza de esta clase de derechos, se comprenderá fácilmente, que su discusion debe ser objeto de juicio contradictorio ante los tribunales de justicia. Por esta razon establece la ley: que «toda demanda que haya de deducirse contra el registrador para exigirle responsabilidad se presentará y sustanciará ante el juzgado á cuyo partido corresponde el registro en que se haya cometido la falta y en las capitales de provincia donde haya mas de un juzgado, ante el juez decano (2).»

«Las sentencias que se dicten «en esta clase de juicios condenando á los registradores á la indemnizacion de daños y perjuicios, deben publicarse en la *Gaceta* de Madrid y en los *Boletines* de las provincias si hubieren de hacerse efectivas con la fianza por no satisfacer el condenado el importe de la indemnizacion (3),» á no ser «que en el término de ocho dias, contados desde la notificacion de aquellas, verificare el registrador el pago de lo debido ó consignare la cantidad necesaria al efecto (4),» pues entonces no deberá hacerse dicha publicacion.

«En virtud de este anuncio podrán deducir sus respectivas demandas los que se crean perjudicados por actos del registrador,» pues como acreedores de una misma clase, y por consiguiente de igual derecho, todos tienen el mismo á la indemnizacion, por mas que alguno haya producido su queja con anterioridad; «pero si no lo hiciéren en el término de noventa dias, se llevará á efecto la sentencia (5).»

«Si se dedujeren dentro del espresado término algunas reclamaciones, continuará suspendida la ejecucion de la sentencia hasta que recaiga sobre ellos ejecutoria, á no ser que la fianza bastare notoriamente para cubrir el importe de dichas reclamaciones despues de cumplida la ejecutoria (6), mas si no alcanzare á cubrirlas todas, se prorateará su importe entre

(1) Art. 319.

(2) Art. 321.

(3) Art. 323.

(4) Art. 297 del Reglamento.

(5) Art. 323.

(6) Art. 325.

los que las hayan formulado, sin perjuicio de la responsabilidad de los demás bienes del registrador (1).»

Este prorrateo que la ley establece en favor de los perjudicados, es una consecuencia lógica de la igualdad de derechos que segun antes hemos manifestado tienen todos ellos á la indemnizacion; pero para que dicho prorrateo tenga lugar, es requisito indispensable que hayan deducido su demanda, «dentro del término de noventa dias,» pues «si la dedujeren pasado dicho término,» su negligencia no debe perjudicar á los demás, y entonces solo serán indemnizados «con lo que restare de la fianza ó de los bienes del registrador,» si bien les quedará á salvo su derecho para proceder contra el que por culpa de aquel, se hubiere libertado de la obligacion inscrita (2).

«Admitida la demanda de indemnizacion si no pareciere bastante para asegurar su importe el de la fianza, deberá el juez decretar á instancia del actor, una anotacion preventiva sobre los bienes del registrador (3), y si este fuere condenado á la vez á la indemnizacion de daños y perjuicios y al pago de multas, se abonarán con preferencia los primeros (4).»

«La accion para pedir la indemnizacion de los daños y perjuicios causados por los actos de los registradores, prescribe al año de ser conocidos los mismos perjuicios por el que puede reclamarlos, y no durará en ningun caso mas tiempo que el señalado por las leyes comunes para la prescripcion de las acciones personales, contándose desde la fecha en que la falta haya sido cometida (5).»

Trascurridos, pues, veinte años, que son los que dura la accion personal, contados desde la fecha en que el registrador cometió la falta que dá lugar á exigirle responsabilidad, no podrán ya los perjudicados producir reclamacion alguna contra ellos; y si solo, dentro siempre del espresado término, en el plazo de un año, contado desde que sean conocidos los perjuicios al que haya de reclamar la indemnizacion.

Por último, «el que durante noventa dias no agitase el curso de la demanda que hubiere deducido se entenderá que renuncia á su derecho (6).»

(1) Art. 325.

(2) Art. 327.

(3) Art. 328.

(4) Art. 329.

(5) Art. 332.

(6) Art. 333.

El fundamento de estas dos últimas disposiciones no es otro que el de impedir puedan los particulares á su voluntad prolongar indefinidamente la anómala situación de los registradores retardando el ejercicio de los derechos que contra los mismos les competen, lo cual redundaría en desprestigio de los mismos y debilitaría tal vez sus medios de defensa.

Espuesta, con lo que queda dicho, la doctrina de la nueva ley hipotecaria en lo concerniente á la responsabilidad de los registradores, por los daños y perjuicios que irogaren á los particulares, réstanos solo advertir: que «la acción civil que ejerciten los perjudicados por las faltas del registrador, no impedirá ni detendrá el uso de la penal que en su caso proceda, conforme á las leyes (1), y que sus infracciones de la ley ó de los reglamentos para su ejecución, aunque no causen perjuicio á tercero ni constituyan delito, serán castigadas sin formación de juicio por los regentes, con multa de 20 á 200 duros (2).»

También podrán los regentes «suspender desde luego al registrador condenado por ejecutoria á la indemnización de daños y perjuicios, si en el término de diez días, no completare ó repusiere su fianza, ó no asegurare á los reclamantes las resultas de los respectivos juicios (3).»

Sin embargo; «el registrador que se crea injustamente condenado por el regente, podrá acudir en queja por conducto de la Dirección al Ministerio de Gracia y Justicia, dentro de un mes, pasado el cual, no se dará curso á la solicitud, como tampoco cuando el registrador no acredite, haber consignado en los establecimientos designados al efecto, la multa impuesta (4).»

Por último, «el juez ante quien fuere demandado un registrador para la indemnización de perjuicios causados por sus actos, debe dar parte inmediatamente de la demanda al regente de quien dependa el mismo registrador, y el regente, en su vista, deberá mandar al juez que disponga la anotación preventiva de los bienes de aquel si lo creyere procedente y no estuviere ordenada, previniéndole al mismo tiempo que le dé cuenta del litigio en períodos señalados (5).»

(1) Art. 320.

(2) Art. 322.

(3) Art. 326.

(4) Art. 296 del Reglamento.

(5) Art. 333.

Tambien y por igual motivo que el que ha precedido á la anterior disposicion, que es tan solo el de establecer bajo la inmediata vigilancia de los regentes de las audiencias, cuanto á los registros concierne, se ha ordenado: que «las Salas de las audiencias que dicten sentencia ejecutoria condenando á un registrador, al abono de daños y perjuicios, dispondrán que al mismo tiempo que esta se notifique á las partes, se remita una copia de ella al regente de quien dependa el registrador condenado, para que en su vista, y con la oportunidad conveniente, pueda adoptar las medidas que juzgue necesarias (1).»

Visto el modo de hacerse efectiva la responsabilidad de los registradores y la obligacion que la ley les impone de indemnizar á los que hubieren perjudicado con sus actos, pasemos á determinar las que sobre los mismos pesan en órden á la exhibicion de los libros de su oficio y al libramiento de certificaciones, lo cual será objeto del siguiente párrafo.

§. VI.

De la publicidad de los registros.

Uno de los principios fundamentales sobre que descansa el nuevo sistema hipotecario, es el de la «publicidad de las hipotecas, cuyo objeto, como asimismo la inteligencia que debe darse á la palabra «publicidad,» dejamos ya esplicados al ocuparnos de la reforma de dicho sistema.

Ahora bien; como de nada serviria que hubieran desaparecido las antiguas hipotecas ocultas, si al convertirlas en públicas no se franquearan los registros á todo el que tratara de adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que le correspondan, ó, para decirlo de una vez, á todo el que tuviere interés en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes, de aquí que la ley ordene: que «dichos registros serán públicos para los que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles ó derechos reales inscritos (2).»

Esta publicidad puede hacerse de dos diferentes modos,

(1) Art. 298 del Reglamento.

(2) Art 279.

á saber: ó «por exhibicion» de los registros, en la parte necesaria, á las personas que tengan interés en consultarlos, ó «por certificacion» de los registradores, único documento «con que puede acreditarse en perjuicio de tercero, la libertad ó gravámen de los bienes inmuebles ó de los derechos reales (1).»

La publicidad por exhibicion la hará el registrador «á petición verbal del interesado, y siempre que indique claramente las fincas ó los derechos, cuyo estado pretenda averiguar (2), poniéndole de manifiesto los registros en la parte necesaria, pero sin sacar los libros del oficio, y con las precauciones convenientes para asegurar su conservacion (3).»

Verificada la exhibicion en los términos espresados, los particulares podrán sacar del registro las notas que juzguen convenientes para su propio uso, pero sin copiar los asientos, ni exigir de la oficina auxilio de ninguna especie (4).

La publicidad «por certificacion,» se hará ó «á instancia por escrito de los interesados dirigida al registrador, ó en virtud de mandamiento judicial (5),» pero guardándose siempre en ella la forma establecida por la ley y el reglamento.

Los registradores solo podrán expedir certificaciones:

1.º «De los asientos de todas clases que existan en el registro, relativos á bienes que los interesados señalen.

2.º «De asientos determinados que los mismos interesados designen, bien fijando los que sean ó bien refiriéndose á los que existan de una ó mas especies sobre ciertos bienes.»

3.º «De las inscripciones hipotecarias y cancelaciones de la misma especie, hechas á cargo ó en provecho de personas señaladas.» Y últimamente:

4.º «De no existir asientos de ninguna especie, ó de especie determinada, sobre bienes señalados ó á cargo de ciertas personas (6).»

Las espresadas certificaciones podrán ser «ó literales ó en relacion (7), y podrán referirse, bien á un período fijo y seña-

(1) Art. 283.
 (2) Art. 225 del Reglamento.
 (3) Art. 280 de la ley.
 (4) Art. 227 del Reglamento.

(5) Art. 285 de la ley.
 (6) Art. 281.
 (7) Art. 292.

lado, ó bien á todo el trascurrido desde la primitiva instalacion del registro respectivo (1).»

Pudiera suceder que faltando los registradores á la obligacion que la ley les impone, se negasen sin justa causa á poner de manifiesto el registro á los interesados que lo solicitaren, ó á expedir las certificaciones que les pidieren; y con el fin de que los particulares no queden en estos casos sin recurso contra la negativa del registrador, se ha dispuesto: que «cuando el registrador se negare á manifestar el registro ó dar certificacion de lo que en él conste, podrá el que lo haya solicitado acudir en queja al regente de la audiencia, si residiere en el mismo lugar, ó al juez de primera instancia del partido en cualquier otro caso. El regente ó el juez decidirán oyendo al registrador y si la decision fuere del juez podrá aun recurrirse al regente en queja (2).»

Finalmente; «los registradores deben expedir las certificaciones que se les pidan en el mas breve término posible; pero sin que este pueda esceder nunca del correspondiente á cuatro dias por cada finca, cuyas inscripciones, libertad ó gravámenes se trate de acreditar (3), trascurrido cuyo término, podrá acudir el interesado al regente ó á su delegado solicitando se admita justificacion de la demora, procediéndose entonces del mismo modo que queda anteriormente manifestado (4).

§. VII.

Del modo de llevar los registros.

Difusos seríamos por demás si hubiéramos de enumerar el inmenso cúmulo de disposiciones que tanto la ley hipotecaria cuanto el Reglamento para su ejecucion establecen, en órden al modo como deben llevarse los registros.

Baste por tanto consignar, que, atendidos los inmensos intereses y los derechos importantísimos que en dichos registros se encierran, la ley no podia desentenderse de mirar este punto con especial detenimiento, y al efecto ha descendiendo hasta el terreno de las minuciosidades y dictado

(1) Art. 282.

(2) Art. 286.

(3) Art. 295.

(4) Art. 296.

cuantas disposiciones ha creído necesarias para dejar aquellos debidamente asegurados.

Entresacaremos, pues, de entre las mencionadas disposiciones las mas principales, sin perder de vista el carácter elemental de esta obra.

«El registro se divide en dos secciones;» una que se titula de la «propiedad» y otra de las «hipotecas (1).»

«La seccion del registro titulado de la propiedad, comprende todas las inscripciones, anotaciones preventivas y cancelaciones de los títulos sujetos á inscripcion,» que mas adelante enumeraremos, «con escepcion de las inscripciones, anotaciones y cancelaciones de las hipotecas (2).»

«La seccion de las hipotecas, se llevará en dos libros, uno por orden de fechas y otro por orden alfabético (3). En el libro llevado por orden de fechas, se asentarán todas las inscripciones y cancelaciones de hipotecas que deban hacerse, así como las notas marginales que á las mismas hagan referencia, numerándose los asientos por el mismo orden (4).»

«En el libro de hipotecas, llevado por orden alfabético, se colocarán los asientos en la letra que corresponda á la inicial del apellido del dueño del inmueble hipotecado (5).»

«El registro por orden alfabético se considerará como índice del llevado por orden de fechas y los asientos que en él se hagan no surtirán por sí solos los efectos de las inscripciones, pero servirán de prueba, á juicio de los tribunales, en las cuestiones que se susciten sobre la validez de las mismas inscripciones (6). La falta de asiento de una inscripcion en el libro por orden alfabético, no afectará á la validez de la misma si se hallare estendida en el registro por orden de fechas con las formalidades correspondientes.»

«Cuando no hubiere conformidad entre la inscripcion hecha en el libro llevado por orden de fechas y el asiento del registro alfabético, hará fé la primera.»

Ahora bien; «los registros se llevarán en libros foliados y rubricados, por el juez de primera instancia del partido, ó

(1) Art. 226.

(2) Art. 227.

(3) Art. 230.

(4) Art. 231.

(5) Art. 232.

(6) Art. 234.

por el decano donde hubiere mas de uno (1). Estos libros serán uniformes y se formarán bajo la direccion del Ministerio de Gracia y Justicia con todas las precauciones convenientes,» á fin de impedir cualesquiera fraude ó falsedades que pudieran cometerse en ellos (2), y solamente con estos requisitos podrán «hacer fé en juicio.»

«Con el propio objeto de evitar fraudes y falsedades establece tambien la ley: que los «libros del registro no se sacarán por ningun motivo de la oficina del registrador, y que todas las diligencias judiciales ó extrajudiciales que exijan la presentacion de dichos libros se ejecutarán precisamente en la misma oficina (3).»

Además de los libros espresados, llevarán los registradores otro llamado «Diario,» «donde en el momento de presentarse cada título, estenderán un breve asiento de su contenido (4).»

Finalmente; los dias no feriados son los únicos hábiles reconocidos por la ley para hacer inscripciones; y á fin de que la falta de observancia de esta disposicion, no puede en ningun caso redundar en perjuicio de aquellos que fiando en el estricto cumplimiento de la ley, acuden á inscribir sus títulos en dia hábil, se ha establecido; «que las inscripciones hechas en dias feriados serán nulas.»

Tampoco seria justo que reportasen perjuicio ninguno los particulares, por los errores ú omisiones en que incurriere el registrador al formalizar los asientos de los títulos que les presentaren para su inscripcion ó anotacion, y de aquí «que los interesados en una inscripcion ó anotacion preventiva, puedan exigir que antes de hacerse en el libro el asiento principal de ella, se les dé conocimiento de la minuta del mismo asiento; y si notaren en ella algun error ú omision importante podrán pedir que se subsane, acudiendo al regente ó su delegado, en el caso de que el registrador se negare á hacerlo.»

«El regente ó su delegado resolverá lo que proceda en el término de seis dias, sin forma de juicio, ó sea, en acto de jurisdiccion voluntaria (5).»

(1) Art. 222.
(2) Art. 223.
(3) Art. 225.

(4) Art. 238.
(5) Art. 252.

Explicado el modo de llevar los registros, veamos cuáles sean los títulos que con arreglo á la ley deben inscribirse en ellos, si han de surtir algun efecto en juicio.

§. VIII.

Titulos sujetos á inscripcion.

En el registro se inscribirán:

1.º «Los títulos traslativos del dominio de los inmuebles ó de los derechos reales impuestos sobre los mismos.»

2.º «Los títulos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen ó estingan derechos de usufructo, uso, habitacion, enfiteusis, hipotecas, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.»

3.º «Los actos ó contratos en cuya virtud se adjudiquen á alguno bienes inmuebles ó derechos reales, aunque sea con la obligacion de trasmitirlos á otro, ó de invertir su importe en objetos determinados.»

4.º «Las ejecutorias en que se declare la incapacidad legal para administrar ó la presuncion de muerte de personas ausentes; se imponga la pena de interdiccion ó cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto á la libre disposicion de sus bienes (1).»

5.º «Las ejecutorias que produzcan legalmente una ú otra incapacidad aunque no la declaren de un modo terminante (2).»

6.º «Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que esceda de seis años.»

7.º «Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles en que se hayan anticipado las rentas de tres ó mas años (3).»

8.º «Los contratos de subarriendos, subrogaciones, cesiones y retrocesiones de arrendamientos, siempre que reunan las mismas condiciones» que con respecto á estos hemos determinado en los dos números anteriores (4).»

9.º «Todos los títulos relativos á derechos de la misma índole que los espresados en los números 1.º, 2.º y 3.º; tales como adquisiciones de fincas pertenecientes á la mitad reser-

(1) Art. 2.º

(2) Art. 4.º del Reglamento.

(3) Art. 2.º de la Ley.

(4) Art. 5.º del Reglamento.

vable en los mayorazgos, concesiones definitivas de minas, caminos de hierro, aguas, pastos y otros semejantes, ó bien cualquier acto ó contrato legítimo que, sin tener nombre propio en el derecho, modifique desde luego ó en lo futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles ó derechos reales (1).»

10. Y últimamente, «los actos y contratos que con diferentes nombres se conocen en las provincias regidas por fueros especiales y producen respecto á los bienes inmuebles ó derechos reales cualquiera de los efectos de constituirlos, reconocerlos, transmitirlos, modificarlos ó estinguirlos.» Tales son entre otros, el usufructo conocido en Aragon con el nombre de *viudedad*, el contrato denominado en Cataluña *Hereditamiento universal*, y otros semejantes, siempre que hayan de surtir alguno de los mencionados efectos (2).

Mas para que puedan ser inscritos todos estos títulos «deberán estar consignados en escritura pública, ejecutorias, ó documentos auténticos espedidos por el Gobierno ó sus agentes en la forma que prescriban los reglamentos (3),» pues de admitirse títulos cuya autenticidad no fuese notoria, no responderia el registro al objeto de su institucion, que no es otro sino el de garantizar la exactitud y certeza de cuanto en el mismo resulta.

Sin embargo; «los documentos ó títulos otorgados en pais extranjero deberán tambien inscribirse en el registro, con tal que tengan fuerza en España con arreglo á las leyes,» y sean de los sujetos á inscripcion, como asimismo «las ejecutorias» de esta clase, «pronunciadas en tribunales extranjeros á que deba darse cumplimiento en el reino, con arreglo á la ley de Enjuiciamiento civil (4); pero para que puedan inscribirse es indispensable «que los documentos hayan sido oficialmente traducidos por la oficina de la interpretacion de lenguas, y que el Tribunal Supremo de Justicia conforme á lo prevenido en la propia ley de Enjuiciamiento, haya dispuesto la ejecucion de la sentencia (5).»

(1) Art. 1.º del Reglamento.

(2) Art. 2.º del Reglamento.

(3) Art. 3.º de la ley.

(4) Art. 5.º de la ley.

(5) Art. 9.º del Reglamento.

Entiendese por «título» para los efectos de la inscripcion el documento público y fehaciente entre vivos ó por causa de muerte, en que funde su derecho sobre el inmueble ó derecho real, la persona á cuyo favor deba hacerse la inscripcion misma (1).»

Por «documentos auténticos» deben entenderse: «los que sirviendo de títulos al dominio ó derecho real estén espedidos por autoridad competente para darlos y deban hacer fé por sí solos. A este número pertenecen entre otros los documentos en que se otorga la concesion definitiva de las minas ó de los caminos de hierro y las certificaciones de las actas de conciliacion ó verbales, en que por convenio de las partes, se constituya algun derecho real sobre bienes determinados (2).»

«No se considerarán bienes inmuebles para el efecto de ser inscritos, los oficios públicos enagenados de la Corona, las inscripciones de la Deuda pública, ni las acciones de Bancos y Compañías mercantiles aunque sean nominativas (3).»

Por último, siendo simplemente objeto de la legislacion hipotecaria, los derechos *in re* y no los *ad rem*, «la obligacion de transmitir á otro el dominio de cualquier inmueble ó derecho real ó de constituir sobre uno ú otro un derecho de la misma índole, no estará sujeto á inscripcion; como tampoco lo estará la obligacion de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos que en su caso pueden dar lugar á la inscripcion, á menos que en uno ú otro caso sea garantida dicha obligacion personal por medio de otra real (4).»

§. IX.

Neccsidad de la inscripcion.

Espuestos cuáles sean los títulos que con arreglo á la ley deben sujetarse á la formalidad del registro, pasemos á ocuparnos de los medios indirectos de que se ha valido el legislador para conseguir que los particulares cumplan con la obligacion de inscribirlos:

(1) Art. 6.º del Reglamento.

(2) Art. 8.º del Reglamento.

(3) Art. 8.º

(4) Art. 3.º del Reglamento.

1.º Ordena en primer lugar: que «no se admitirá en los juzgados y tribunales ordinarios y especiales, en los consejos y en las oficinas del Gobierno, ningun documento ó escritura de que no se haya tomado razon en el registro, si por él se constituyeren, trasmilieren, reconocieren, modificaren ó estinguieren derechos sujetos á inscripcion (1).»

2.º «Que esta prohibicion se llevará á efecto aunque dichos documentos no se puedan ya registrar por el que quiera hacer uso de ellos, siempre que con los mismos se trate de acreditar cualquier derecho, procedente del acto ó contrato á que se refieran, pero no cuando se invoquen por un tercero en apoyo de un hecho diferente de dicho acto ó contrato; fuera de cuyo caso los tribunales, consejos y oficinas devolverán á los interesados los documentos no registrados que presenten, como otorgados sin los requisitos que la ley exige, y no permitirán que quede de ellos testimonio, copia ni extracto en los autos ó espedientes.»

3.º «Que los escribanos hagan mencion en los documentos que deban registrarse de la obligacion que tienen los interesados de presentarlos en el registro,» como asimismo del ningun valor que en caso contrario tienen ante los tribunales y dependencias del Gobierno (2).

4.º «Que no admitirán títulos no registrados en justificacion del derecho que pretenden transmitir, los poseedores de inmuebles ó derechos reales; ni harán mencion ninguna de ellos en los instrumentos que redacten: y que siempre que se les presente alguno de dichos títulos, adviertan á los interesados la falta de que adolecen, á fin de que la subsanen, inscribiéndolos en el registro si fuere posible (3).»

5.º «Que no espedirán copias por exhibicion de instrumentos de actos ó contratos no inscritos (4).»

6.º «Que en todos los instrumentos públicos que se otorguen relativos á bienes inmuebles ó derechos reales, sujetos á inscripcion, se hará mencion espresa de hallarse estos inscritos y del registro en que lo estuviéren, y siéndolo en los nuevos

(1) Art. 396 de la ley.

(2) Art. 333 del Reglamento.

(3) Art. 1.º de la Instruccion de 12 de Junio de 1861.

(4) Art. 2.º de id.

se espresará tambien el número con que en los mismos estuviere señalada la finca y el de su última inscripción (1).»

7.º «Que en todo instrumento público sujeto á registro, ya sea escritura pública ó ya testimonio de sentencia, se haga mención por los escribanos de las disposiciones de la ley y reglamento antes mencionadas y que «en la misma cláusula declaren, que el acto ó contrato celebrado, no podrá oponerse ni perjudicar á tercero, sino desde la fecha de su inscripción en el registro (2).»

8.º «Que el escribano ante quien se otorgue un acto ó contrato en que se declare ó reserve algún derecho real á favor de tercero, que podría ser perjudicado si no se registrase dicho documento, remita directamente la primera copia de él al registro correspondiente y exija del registrador un recibo del asiento de su presentación, el cual deberá conservar para su resguardo y se considerará como suficiente para exigir de los otorgantes el pago de los derechos de la escribanía (3).»

9.º «Que los escribanos públicos remitan al registrador del partido cada tres meses, un índice de los instrumentos sujetos á inscripción que hayan autorizado, con otros particulares que la ley determina (4),» y finalmente:

10. «Que será causa bastante para suspender ó denegar la inscripción, la de no hallarse anteriormente inscrito el dominio ó derecho de que se trate á favor de la persona que lo trasfiera ó grave.

Resulta, pues, de todas las disposiciones mencionadas, que aun cuando la ley no declara terminantemente nulas las escrituras que no se hayan sujetado á la formalidad de la inscripción, ha venido sin embargo por medios indirectos á hacer esta casi indispensable; pues lo que de hecho sucede es, que si no están inscritas, además de que no tienen valor ninguno ante los tribunales, «sus efectos no pueden perjudicar á tercero» en ningún caso, pudiendo decirse por tanto, que sin ella los derechos «en la cosa» inmueble no quedarán nunca debidamente asegurados.

Ahora bien; siendo causa bastante segun hemos dicho, para

(1) Art. 3.º de id.

(2) Art. 4.º de id.

(3) Art. 5.º de id.

(4) Art. 6.º de id.

suspender ó denegar una inscripcion la de no hallarse anteriormente inscrito el dominio ó derecho de que se trate, de aquí que la ley atendiendo á que son innumerables las fincas que en España carecen de titulacion escrita, haya concedido á sus poseedores que, á falta de ella, puedan inscribir la posesion, toda vez que ella es uno de los modos reconocidos por el derecho para adquirir el dominio.

Determinar, pues, el modo de obtener este titulo supletorio será el objeto del siguiente párrafo.

§. X.

De los expedientes posesorios.

«Se entiende que carece de titulo escrito para el efecto de inscribir su posesion no solo el que realmente no posea dicho titulo, sino tambien el propietario que, teniéndolo, no pueda reclamar inmediatamente su inscripcion por haberlo de traer de punto distante del lugar en que deba hacerla, ó por cualquiera otra causa que le obligue á dilatar su presentacion, cuya circunstancia podrá hacerse constar en el expediente y en la misma inscripcion (1).»

El propietario, pues, que se encontrare en alguno de estos casos, deberá para inscribir su derecho, «justificar previamente su posesion ante el juez de primera instancia del lugar en que estén situados los bienes, con audiencia del promotor fiscal, si tratare de inscribir el dominio pleno de alguna finca y con la del propietario ó la de los demás partícipes en el dominio, si pretendiere inscribir un derecho real.» Si los bienes estuvieren situados en pueblo ó término donde no resida el juez podrá hacerse dicha informacion ante el juez de paz respectivo, con audiencia del sindico del ayuntamiento, en todos los casos en que debería ser oido el promotor fiscal.

La intervencion del promotor ó del sindico se limitará á procurar que se guarden en el expediente las formas de la ley (2).

El escrito en que se pida la admision de la informacion posesoria deberá expresar:

(1) Art. 326 del Reglamento.

(2) Art. 397 de la ley.

1.º «La naturaleza, situacion, medida superficial, linderos, nombre, número y cargas reales de la finca cuya posesion se trate de acreditar.»

2.º «La especie legal, valor, condiciones y cargas del derecho real de cuya posesion se trate, y la naturaleza, situacion, linderos, nombre y número de la finca sobre la cual estuviere aquel impuesto.»

3.º «El nombre y apellidos de la persona de quien se haya adquirido el inmueble ó derecho.»

4.º «El tiempo que se llevase de posesion.»

5.º Y finalmente: «la circunstancia de no existir titulo escrito ó de no ser fácil hallarlo en el caso de que exista (1).»

«El que trate de inscribir su posesion deberá presentar tambien ó el recibo del último trimestre de contribucion territorial que hubiere satisfecho, ó si fuere heredero del anterior poseedor el que este hubiere pagado ultimamente.»

«Mas si el solicitante no hubiere satisfecho ninguno todavia por ser reciente su adquisicion, deberá darse conocimiento del espediente á la persona de quien proceda el inmueble ó á sus herederos, á fin de que manifiesten si tienen algo que oponer á su inscripcion (2).»

La informacion deberá verificarse con dos ó mas testigos vecinos, propietarios del pueblo ó término en que estuvieren situados los bienes, cuyas cualidades acreditarán por medio de documentos y «contraerán sus declaraciones al hecho de poseer los bienes en nombre propio el que promueva el espediente y el tiempo que haya durado la posesion, y serán responsables de los perjuicios indebidos que puedan causar con la inexactitud de sus deposiciones (3).»

«Cuando el partícipe en la propiedad ó en los derechos de una finca que deba ser citado, estuviere ausente, el juez le señalará por sí ó por medio de apoderado, el término que juzgue necesario segun la distancia: y si se ignorase su paradero, ó si trascurrido dicho término no compareciere el citado, el juez aprobará el espediente y mandará hacer la inscripcion del derecho sin perjuicio del que corresponda á dicho partícipe, es-

(1) Art. 398.

(2) Art. 401.

(3) Art. 400.

presándose que no ha sido oído en la informacion, circunstancias que deberán asimismo hacerse constar en la inscripcion (1).»

«Siendo suficiente la informacion practicada en esta forma y no habiendo oposicion de parte legitima, el juez aprobará el espediente y mandará estender en el registro la inscripcion solicitada, sin perjuicio de tercero, de mejor derecho (2).»

Mas si hubiere oposicion de parte, á consecuencia de creerse alguno con derecho á los bienes cuya inscripcion se solicite, podrá alegarlo ante juez competente en juicio ordinario. La interposicion de esta demanda y su inscripcion en el registro suspenderán el curso del espediente de informacion y la inscripcion del mismo si estuviere ya concluido y aprobado (3), y no se admitirá otra oposicion que la que se contraiga exclusivamente al hecho de poseer en nombre propio (4).»

Pero si no existiere esta oposicion ó siendo desestimada la que se hubiere hecho, hubiere obtenido el poseedor providencia favorable, deberá entregársele el espediente original para presentarlo en el registro y solicitará en su virtud la inscripcion correspondiente (5), la que se estenderá con las formalidades que la ley previene, archivándose despues el espediente en el registro y debiendo dar el escribano que en él haya entendido, copia ó testimonio del mismo al interesado cuando lo pidiere (6).

Mas como de hacerse la inscripcion sin otras garantias que las espresadas todavia pudiera suceder que por efecto de la misma se lastimasen los intereses de otras personas, dispone la ley, para impedir que esto suceda, que los registradores antes de inscribir alguna finca ó derecho, en virtud de informaciones, examinen cuidadosamente el registro para averiguar si hay en él algun asiento relativo al mismo inmueble, que pueda quedar total ó parcialmente cancelado por consecuencia de la «nueva inscripcion:» y que «si hallaren algun asiento de adquisicion de dominio, no cancelado, que esté en contradiccion con el hecho de la posesion justificada,» suspendan «la ins-

(1) Art. 402.

(2) Art. 404.

(3) Art. 403.

(4) Art. 327 del Reglamento.

(5) Art. 405 de la ley.

(6) Art. 328 del Reglamento.

cripcion» y hagan «una anotacion preventiva, remitiendo copia de dicho asiento al juez que haya aprobado la informacion.» «El juez, en su vista, comunicará el expediente á la persona que por dicho asiento pueda tener algun derecho sobre el inmueble, y con su audiencia, confirmará ó revocará el auto de aprobacion, dando conocimiento en todo caso de la providencia que recayere al registrador, á fin de que, en su vista, lleve á efecto la inscripcion ó cancele la anotacion preventiva. Si el registrador hallare algun asiento de censo, hipoteca ó cualquier derecho real, impuesto sobre la finca que ha de ser inscrita, y no cancelado, lo mencionará en la inscripcion que estendiere (1).»

Por último; «la inscripcion hecha en virtud de justificacion de posesion, perjudicará ó favorecerá á tercero desde su fecha, pero solamente en cuanto á los efectos que atribuyen las leyes á la mera posesion (2);» pues las informaciones de que venimos hablando, ni alteran la naturaleza de los derechos, ni pueden perjudicar al dueño del inmueble á que las mismas se refieran, hasta tanto que el poseedor lo haga suyo por la inscripcion, y así lo reconoce la ley al disponer, que «la inscripcion de posesion no perjudicará en ningun caso al que tenga mejor derecho á la propiedad inmueble, aun que su título no haya sido inscrito; y que entre las partes surtirá su efecto la posesion, desde que deba producirlo conforme al derecho comun (3).»

Tampoco lo dicho hasta aquí con respecto á las inscripciones de posesion, será aplicable «al derecho hipotecario, el cual no podrá inscribirse sino mediante la presentacion del título escrito (4),» y la razon de ello es, porque en dichas informaciones solo se trata de posesion, y el arrendador hipotecario no posee, sino que su derecho se reduce á hacerse pago del capital que desembolsó, con el producto de la finca que se le señaló como garantía del préstamo.

Examinado ya cuáles sean los títulos sujetos á inscripcion, la necesidad que existe de que se sujeten á esta formalidad los que la ley espresamente señala y el modo de suplirlos cuando carecieren de ellos los dueños de los inmuebles, veamos

(1) Art. 407.

(2) Art. 408.

(3) Art. 409.

(4) Art. 410.

quiénes sean las personas que pueden pedir su inscripción en el registro.

§. XI.

Personas que pueden ó deben pedir la inscripción en el registro de los títulos sujetos á dicha formalidad.

Dijimos al ocuparnos de las hipotecas legales, que habia ciertas y determinadas personas á quienes la ley concedia el derecho, y otras, á quienes imponia la obligacion de exigir las.

Omitiendo, pues, repetir aquí, cuanto sobre este punto dijimos entonces, nos limitaremos á establecer la regla, que, con el carácter de general, sienta sobre este punto la ley hipotecaria.

Segun ella, «la inscripción de títulos en el registro puede pedirse inmediatamente:»

1.º «Por el que trasmite el derecho.»

2.º «Por el que lo adquiere.»

3.º «Por quien tenga la representacion legitima de cualquiera de ellos (1),» entendiéndose por tal «aquel que deba representarle con arreglo á derecho en todos los actos legales, como el padre por el hijo que está en su poder, el marido por la mujer, el tutor ó curador, y el mandatario, aunque el mandato sea verbal ó tácito (2).»

4.º Finalmente, «por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (3).»

Al propio tiempo, con el objeto de que no queden perjudicados en ningun caso los derechos de aquellos á quienes pueden afectar mas ó menos directamente la inscripción de títulos referentes á actos en que ninguna participacion hubieren tenido, ordena: «que la inscripción de actos ó contratos en que se reserve cualquier derecho á personas que no hayan sido parte en ellos, se deberá exigir por el escribano que autorice el título, ó por la autoridad que lo espida, si no mediare aquel funcionario, siempre que el interés de dichas personas resulte del

(1) Art. 6.º de la ley.

(2) Art. 11 del Reglamento.

(3) Art. 6.º

título mismo, ó de los documentos ó diligencias que se hayan tenido á la vista para su expedicion (1).»

«El cónsul español en el extranjero que autorizare alguno de los actos ó contratos mencionados, deberá tambien cumplir la obligacion impuesta á los escribanos (2).»

Solicitada, pues, por alguna de las personas que quedan mencionadas, la inscripcion de un título en el registro, deberá hacerla el registrador guardando todas las formalidades que la ley exige.

Cuales sean estas lo veremos en el siguiente párrafo:

§. XII.

Forma de la inscripcion.

Dos son los sistemas adoptados por las legislaciones modernas, con respecto á este punto trascendental, á saber: el de la «inscripcion» de los títulos en el registro, ó el de su «trasccripcion.»

La «trasccripcion tiene las ventajas de representar con toda fidelidad el documento, de constituir dobles archivos que mutuamente se fiscalicen, de evitar graves errores á que puede dar lugar un extracto mal hecho y de necesitar menos capacidad en los registradores. Pero al lado de estas ventajas, tiene graves inconvenientes nacidos de la complicacion y abultado volumen de las titulaciones y por lo que respecta á España, de la poca sencillez y precision de los formularios de las escrituras y sobre todo el de que en las enagenaciones y constitucion de derechos reales de poco valor dificilmente compensaria los gastos que requiere.

De aquí, que nuestra ley haya optado por «la inscripcion,» si bien minuciosa y sujeta á fórmulas concretas y comprensivas de todas las circunstancias indispensables para conseguir su objeto, que es el de dar toda la fianza necesaria á la propiedad, á los demás derechos en la cosa, á la contratacion y al crédito.

Como consecuencia de ello dispone: que «toda inscripcion

(1) Art. 7.º de la ley.

(2) Art. 13 del Reglamento.

que se haga en el registro, espresará las circunstancias siguientes:»

1.^a «La naturaleza, situación, medida superficial, linderos, nombre y número, si constaren, de los inmuebles objeto de la inscripción, ó á los cuales afecte el derecho que deba inscribirse.»

2.^a «La naturaleza, valor, estension, condiciones y cargas de cualquier especie del derecho que se inscriba.»

3.^a «La naturaleza, estension, condiciones y cargas del derecho sobre el cual se constituya el que sea objeto de la inscripción.»

4.^a «La naturaleza del título que deba inscribirse, y su fecha.»

5.^a «El nombre y apellido de la persona á cuyo favor se haga la inscripción.»

6.^a «El nombre y apellido de la persona de quien procedan inmediatamente los bienes ó derechos que se deban inscribir.»

7.^a «El nombre y residencia del juez, escribano ó funcionario que autorice el título que se haya de inscribir.»

8.^a «La fecha de la presentación del título en el registro, con espresion de la hora.»

9.^a Y últimamente: la conformidad de la inscripción con la copia del título de donde se hubiere tomado; y si fuere este de los que deben conservarse en el oficio del registro, indicacion del legajo donde se encuentre (1).

La naturaleza de la finca se espresará manifestando si es rústica ó urbana, y el nombre con que las de su clase sean conocidas en la provincia ó lugar.

La situación de las fincas rústicas se determinará espresando el término, pago, partido ó cualquier otro nombre con que sea conocido el lugar en que se hallaren los caminos que conduzcan á ellas, sus linderos por los cuatro puntos cardinales y cualquiera circunstancia que impida confundirlas con otras fincas.

La situación de las fincas urbanas se determinará espresando el pueblo en que se hallen, el nombre de la calle ó

(1) Art. 9.^o

lugar, el número si lo tuvieren, y si este fuere de fecha reciente el que hayan tenido antes; el número de la manzana ó cuartelada, el nombre del edificio, si fuere conocido con alguno determinado, los linderos y cualquiera otra circunstancia que sirva para distinguir la finca inscrita de otra.

La medida superficial se espresará en la forma que constare del título y con las mismas denominaciones que en él se empleen; pero si del título no resultare dicha medida, se espresará en la inscripción esta circunstancia.

La naturaleza del derecho que se inscriba, se espresará con el nombre que se le dé en el título, y si no se diere ninguno, no se designará tampoco en la inscripción.

El valor de la finca ó derecho inscrito, se espresará si constare en el título y en la misma forma que apareciere en él, bien en dinero, bien en especie. También se espresará dicho valor, si se hubiere hecho constar para el pago del impuesto por medio de tasación, ó si tratándose de un usufructo ó pensión, se hubiese capitalizado también para el pago del impuesto.

Para dar á conocer la estension, condiciones y cargas del derecho que deba inscribirse, se hará mención circunstanciada y literal de todo lo que, según el título, limite el mismo derecho y las facultades del adquirente en provecho de otro, ya sea persona cierta, ó ya indeterminada, así como los plazos en que venzan las obligaciones contraídas, si fueren de esta especie las inscritas.

Las cargas de la finca ó derecho á que afecte la inscripción inmediata ó mediatamente, podrá resultar, bien de alguna inscripción anterior, ó bien solamente del título presentado. En el primer caso, se indicará brevemente su naturaleza y número, citando el que tuviere cada uno y el fólío y libro del registro en que se hallaren: en el segundo, se referirán literalmente advirtiendo que carecen de inscripción. Si aparecieren dichas cargas del título y del registro pero con alguna diferencia entre ambos, se notarán los que sean.

Los nombres que deban consignarse en la inscripción se espresarán, según resulten del título, sin que sea permitido al registrador, ni aun con acuerdo de las partes, añadir ni quitar ninguno. Al nombre se añadirán, si también resultaren del

título, la edad, el estado, la profesion, el domicilio. Las sociedades ó establecimientos públicos se designarán con el nombre con que fueren conocidos, espresándose al mismo tiempo su domicilio y además con el de la persona que en su representacion pida la inscripcion, si no fuere una sociedad conocida únicamente por su razon.

Tambien deberá añadirse, si constare, el título en cuya virtud posea el que trasfiera el derecho.

Toda inscripcion de actos ó contratos que hayan devengado derechos á favor del Estado, espresará además el importe de estos y la fecha y número del recibo de su pago.

En las inscripciones de arrendamientos se espresarán su precio y la duracion del contrato.

Al final de toda inscripcion ó anotacion espresará el registrador los honorarios que devengare por ella (1).

«En la inscripcion de los contratos en que haya mediado precio ó entrega de metálico, se hará mención del que resulte del título, así como de la forma en que se hubiere hecho ó conenido el pago (2).

«Si la inscripcion fuere de traslacion de dominio, espresará si esta se ha verificado pagando el precio al contado ó á plazo: en el primer caso, si se ha pagado todo el precio ó qué parte de él; y en el segundo, la forma y plazos en que se haya estipulado el pago.» Iguales circunstancias se espresarán tambien, si la traslacion de dominio se verificare por permuta ó adjudicacion en pago y cualquiera de los adquirentes quedare obligado á abonar al otro alguna diferencia en metálico ó en efectos (3).

En las «inscripciones hipotecarias de crédito» deberá espresarse en todo caso «el importe de la obligacion garantida y el de los intereses, si se hubieren estipulado, sin cuya circunstancia no se considerarán asegurados por la hipoteca dichos intereses (4).»

«Las inscripciones de servidumbres se harán constar:

1.º «En la inscripcion de propiedad del predio sirviente.»

(1) Art. 25 del Reglamento.

(2) Art. 10 de la ley.

(3) Art. 11.

(4) Art. 12.

2.º «En la inscripción de propiedad del predio dominante.»

«La inscripción de los fideicomisos se hará á favor del heredero fiduciario si oportunamente no declarare con las formalidades debidas el nombre de la persona á quien hayan de pasar los bienes ó derechos sujetos á inscripción, pues si lo declarare, se verificará la inscripción desde luego á nombre del fideicomisario (1).»

«El cumplimiento de las condiciones suspensivas, resolutorias ó rescisorias de los actos ó contratos inscritos se hará constar en el registro, bien por medio de una nota marginal, si se consuma la adquisición del derecho, ó bien por una nueva inscripción á favor de quien corresponda, si la resolución ó rescisión llega á verificarse.»

«También se hará constar,» pero solo por nota marginal, «siempre que los interesados lo reclamen ó el juez lo mande, el pago de cualquier cantidad que haga el adquirente despues de la inscripción, por cuenta ó saldo del precio en la venta, ó de abono de diferencias en la permuta ó adjudicación en pago (2).»

Finalmente; las inscripciones y cancelaciones «de las hipotecas» se sujetarán á las reglas establecidas para las inscripciones en general, sin perjuicio de las especiales que en su lugar quedan determinadas.

Ahora bien: serán nulas las inscripciones de los títulos sujetos á la formalidad del registro á escepcion del de hipoteca, cuando carezcan de las circunstancias 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª, 5.ª, 6.ª y 8.ª mencionadas al principio de este párrafo, ó no conste la inscripción de servidumbre en la de propiedad del predio sirviente; y las inscripciones de hipotecas serán también nulas, cuando carezcan de las circunstancias espresadas en los números 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º y 8.º, pero ni una ni otra nulidad «perjudicará al derecho anteriormente adquirido por un tercero que no haya sido parte en el contrato inscrito (3).»

«Se entenderá que carece la inscripción de alguna de las circunstancias referidas, no solamente cuando se omita hacer

(1) Art. 15.

(2) Art. 16.

(3) Arts. 20 y 31.

mentión en ella de todos los requisitos expresados en cada uno de los números señalados, sino también cuando se expresen con tal inexactitud que pueda ser por ello el tercero inducido á error sobre el objeto de la circunstancia misma y perjudicado además en su consecuencia. Pero si la inexactitud no fuere sustancial ó la omisión no fuere de todas las circunstancias mencionadas, no se declarará la nulidad sino en el caso de que lleguen á producir el error y el perjuicio (1).

«Las escrituras públicas de actos ó contratos que deben inscribirse, expresarán, por lo menos todas las circunstancias que, bajo pena de nulidad, debe contener la inscripción y sean relativas á las personas de los otorgantes, á las fincas ó á los derechos inscritos (2), y el escribano que cometiere alguna omisión que impida inscribir el acto ó contrato la subsanará, estendiendo á su costa una nueva escritura si fuere posible, é indemnizando, en todo caso, á los interesados de los perjuicios que les ocasione su falta (3).»

El objeto de estas dos últimas disposiciones no es otro que el de evitar los vicios de las escrituras que producen la nulidad de las inscripciones, con cuya mira se publicó asimismo la Instrucción de 12 de Junio de 1861, señalando la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos al registro y á la cual deben ajustarse los notarios, si no quieren incurrir en la responsabilidad, que, de no hacerlo, les exige justamente la ley.

«Los registradores calificarán bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras en cuya virtud se solicite la inscripción, y la capacidad de los otorgantes, por lo que resulte de las mismas escrituras (4) y considerarán como faltas de legalidad en las formas extrínsecas de dicho documento ó escritura, todas las que afecten á su validez, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos públicos, siempre que resulten de su texto ó puedan conocerse por la simple inspección de los mismos (5). Cuando el registrador notare falta en las formas extrínsecas de las es-

(1) Art. 32.

(2) Art. 21.

(3) Art. 22.

(4) Art. 18.

(5) Art. 37 del Reglamento.

crituras, ó de capacidad en los otorgantes, la manifestará á los que pretendan la inscripcion; y si no la subsanaren á satisfaccion suya, les devolverá las mismas escrituras, para que recurran, si quieren, á los tribunales, sin perjuicio de hacer la «anotacion preventiva» de que mas adelante nos ocuparemos (1). «La calificacion que hagan los registradores ó en su caso los regentes á la Audiencia, de la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras ó de la capacidad de los otorgantes, se entenderá limitada para el efecto de negar ó admitir la inscripcion, y no impedirá ni prejuzgará el juicio que pueda seguirse en los tribunales, sobre la nulidad de la misma escritura. Si de la ejecutoria que en dicho juicio recayere, resultare que fué mal calificada la escritura ó la capacidad de los otorgantes, el registrador hará la inscripcion ó cancelará la que hubiere hecho, segun el caso, tomando el nuevo asiento la fecha del de presentacion del título que hubiere dado lugar al incidente (2).

Por último, «será tambien causa bastante para suspender ó denegar la inscripcion, la de no hallarse anteriormente inscrito el dominio ó derecho de que se trate á favor de la persona que lo trasfiera ó grave (3).» Sin embargo, esta disposicion, segun la Real orden de 20 de Febrero de 1863, es tan solo aplicable á los títulos traslativos de dominio, otorgados con posterioridad al planteamiento de la ley hipotecaria; así es que los anteriores al 1.º de Enero de 1863 que se presenten al registro para ser inscritos con arreglo al artículo 389 de la ley deberán inscribirse, sin necesidad de que se halle inscrito el anterior.

Mas tratándose de títulos posteriores al planteamiento de la ley hipotecaria, deberá el que tenga el dominio, «para subsanar aquella falta, hacer préviamente y en cualquier tiempo la inscripcion omitida, mediante la presentacion del título correspondiente,» y en su defecto «crear la titulacion por medio del expediente posesorio» de que queda hecho mérito. Examinada la forma de las inscripciones, pasemos á ocuparnos del modo de rectificar, caso de haberse incurrido en error, los asientos del registro.

(1) Art. 19 de la ley.

(2) Art. 36 del Reglamento.

(3) Art. 20.

En las inscripciones principales de inscripción, anotación o preventiva ó cancelación en el registro de la propiedad y cuyos

De la rectificación de los asientos del registro.

Si imprudentemente se abiera la mano para facilitar las rectificaciones de los registros, se daría lugar á falsificaciones y á abusos escandalosos: mas no por ello debe tampoco impedirse que los errores cometidos y que puedan ser perjudiciales á alguno de los interesados, se corrijan oportunamente, porque á la sombra de una equivocacion no es justo se creen ó se quiten derechos legítimos.

Comprendiendo esto el legislador, ha distinguido entre las diversas especies de errores que pueden cometerse y para el efecto, los ha dividido en dos clases, á saber: errores «materiales» y errores «de concepto.»

«Se entenderá que se comete error material, cuando sin intencion conocida se escriban unas palabras por otras, se omita la espresion de alguna circunstancia, cuya falta no sea causa de nulidad, ó se equivoquen los nombres propios ó las cantidades al copiarlas del título, sin cambiar por eso el sentido general de la inscripcion ni el de ninguno de sus conceptos (1).»

«Y se entenderá que se comete error de concepto, cuando al espresar en la inscripcion alguno de los contenidos en el título, se altere ó se varíe su sentido, sin que esta falta produzca esencialmente nulidad (2).»

Ahora bien; entre los errores «materiales,» hay unos que pueden ser rectificadas en vista de los títulos que obran en los registros, ó de las inscripciones principales; y otros, de que no existan en los registros medios de exámen, comparacion y comprobacion.

En el primer caso, la ley deja á los registradores la facultad de hacer las rectificaciones; mas en el segundo, exige para ello la conformidad del interesado que tenga en su poder el título inscrito ó en su defecto una providencia judicial.

De aquí es, que «los registradores podrán rectificar por sí, bajo su responsabilidad, los errores materiales cometidos:»

(1) Art. 259.

(2) Art. 261.

1.º «En los asientos principales de inscripcion, anotacion preventiva ó cancelacion que existan en el registro de la propiedad, ó en el de las hipotecas por orden de fechas, y cuyos respectivos títulos se conserven en el registro.»

2.º «En los asientos de presentacion, notas marginales, indicaciones de referencia y asientos del registro de las hipotecas por orden alfabético, aunque los títulos no obren en las oficinas del registro, siempre que la inscripcion principal baste para dar á conocer el error y sea posible rectificarlo por ella. Y finalmente:

3.º «En los mismos asientos» mencionados, «cuando la inscripcion principal no baste para dar á conocer el error, pero exista en el registro el título de ella (1).»

Corrobora estas mismas disposiciones el reglamento para la ejecucion de la ley hipotecaria y aun quizás se muestra en esta parte mas esplicito y terminante que la misma ley, pues previene en absoluto, que «en cualquier tiempo en que el registrador advierta que se ha cometido error material en alguna de las inscripciones ó asientos que pueda rectificar por si, procederá á hacerlo, ejecutando por su cuenta y bajo su responsabilidad un nuevo asiento en el mismo libro y con el número correspondiente, cuya rectificacion deberá hacer aunque el asiento que deba rectificarse esté ya cancelado (2).»

Esto en cuanto á las rectificaciones de errores materiales para las que existen antecedentes en el registro. Veamos ahora lo que dispone la ley para cuando se tratare de errores de igual clase, mas para cuya rectificacion no obraren en el mismo antecedentes ningunos. Entonces, «los registradores, no podrán rectificar sin la conformidad del interesado que tenga en su poder el título inscrito, ó sin una providencia judicial en su defecto, los errores materiales cometidos:»

1.º «En inscripciones, anotaciones preventivas ó cancelaciones comprendidas en el registro de la propiedad ó en el de las hipotecas por orden de fechas, y cuyos títulos no existan en el registro.»

2.º «En asientos de presentacion, notas marginales, indicaciones de referencia ó asientos de registro de las hipotecas

(1) Art. 254.

(2) Art. 195 del Reglamento.

por orden alfabético, cuando dichos errores no puedan comprobarse por las inscripciones principales respectivas, y no existan tampoco los títulos en la oficina del registro (1).»

Pasemos ahora á tratar de los errores «de concepto.» Los errores de concepto cometidos en inscripciones, anotaciones ó cancelaciones, ó en otros asientos referentes á ellas, cuando no resulten claramente de las mismas, no se rectificarán sin el acuerdo unánime de todos los interesados y del registrador ó una providencia judicial que lo ordene.

Los mismos errores cometidos en asientos de presentación, notas marginales, indicaciones de referencia y asientos del registro de las hipotecas por orden alfabético, cuando la inscripción principal respectiva baste para darlos á conocer, podrá rectificarlos por sí el registrador (2).»

Ahora bien: omitiendo entrar en detalles con respecto á la forma en que deben ser citadas las personas que puedan tener interés en la rectificación de un asiento del registro, como asimismo en cuanto á la tramitación que debe en tales casos dar el juez al espediente que con este motivo se incoare y que se halla señalada en el reglamento, diremos tan solo que «el registrador ó cualquiera de los interesados en una inscripción, podrá oponerse á la rectificación que otro solicite por causa de error de concepto, siempre que á su juicio esté conforme el concepto que se suponga equivocado con el correspondiente en el título á que la inscripción se refiera, debiendo decidirse la cuestión que con este motivo se empeñare en juicio ordinario (3).»

Por último: «los errores materiales que se cometan en la redacción de los asientos no podrán salvarse con enmiendas, tachas ni raspaduras, ni por otro medio que un asiento nuevo, en el cual se espresé y rectifique claramente el error cometido en el anterior (4).»

«Los errores de concepto se rectificarán por medio de una nueva inscripción, la cual se hará mediante la presentación del mismo título ya inscrito, si el registrador reconociere su error

(1) Art. 255 de la ley.

(2) Art. 256.

(3) Art. 257.

(4) Art. 261.

ó el juez lo declararé; y en virtud de un título nuevo, si el error fuere producido por la redacción vaga, ambigua ó inexacta del título primitivo, y las partes convinieren en ello, ó lo declararé así una sentencia judicial (1).»

«En el primer caso serán todos los gastos y perjuicios que se originen, de cuenta del registrador,» puesto que el error á él solo puede ser imputable; «en el segundo, pagarán los interesados los gastos de la nueva inscripción y los demás que la rectificación ocasione,» pues solo ellos son los que han dado margen á la equivocación padecida (2).

«El concepto notificado,» sin embargo, «no surtirá efecto en ningún caso, sino desde la fecha de la rectificación (3).»

Finalmente; «cuando los errores materiales ó de concepto produzcan la nulidad de la inscripción, no habrá lugar á rectificación, sino que se pedirá y declarará por quien corresponda, dicha nulidad (4).»

§. XIV.

Efectos de la inscripción.

Los efectos que la ley hipotecaria atribuye á la inscripción, son los siguientes:

1.º «Inscrito en el registro cualquier título traslativo del dominio de los inmuebles no podrá inscribirse ningún otro de fecha anterior, por el cual se trasmita ó grave la propiedad del mismo inmueble (5);» pero esto debe entenderse «sin perjuicio de la facultad que según la ley tengan los dueños de inmuebles ó de derechos reales, para registrar en plazos determinados los títulos que oportunamente se hubieren presentado al registro (6).» La razón de esto es, porque en tal caso no es de temer que se perjudiquen los derechos de un tercero, como sucedería si se permitiera inscribir en cualquier tiempo títulos que contuvieran anteriores traslaciones de dominio.

2.º «Los títulos» sujetos al requisito de la inscripción, «que no estén inscritos en el registro, no podrán perjudicar á

(1) Art. 262.

(2) Art. 263.

(3) Art. 264.

(4) Art. 258.

(5) Art. 17.

(6) Art. 35 del Reglamento.

tercero (1).» Se entiende por tercero aquel que no ha intervenido en el contrato ú acto inscrito (2).

3.º «Los títulos inscritos surtirán su efecto aun contra los acreedores singularmente privilegiados por la legislación comun (3) pero solo desde la fecha de su inscripción (4), entendiéndose por tal la del asiento de presentación, que deberá constar en la inscripción misma (5).»

Para determinar la preferencia entre dos ó mas inscripciones de una misma fecha relativas á una misma finca, se atenderá á la hora de la presentación en el registro de los títulos respectivos (6).

4.º «La prescripción no perjudicará á tercero, si requiriendo justo título, no se hallare este inscrito, en el registro, y en tal caso, y para este efecto, empezará á correr el término «desde la fecha de la inscripción;» si bien se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo á la legislación comun, en cuanto al dueño legítimo del inmueble que se esté prescribiendo (7).

Ahora bien; «todo derecho real de que se haga mencion espresa en las inscripciones ó anotaciones preventivas, aunque no esté consignado en el registro por medio de una inscripción separada y especial, surtirá su efecto contra tercero desde la fecha del asiento de presentación del título respectivo; escepto la hipoteca, que no surtirá efecto contra tercero si no se inscribe por separado (8).» Fúndase la primera parte de esta disposición en que aquel derecho es ya público en tal caso, y por tanto nadie puede alegar ignorancia de su existencia resultando como resulta de los libros del registro. Sin embargo, lo que allí se dispone debe entenderse, «sin perjuicio de la eficacia de la obligación de inscribir especialmente los derechos reales mencionados en otras inscripciones, y de la responsabilidad en que pueda incurrir el que deba pedir la inscripción en casos determinados (9).»

5.º «Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán

(1) Art. 23.

(2) Art. 27.

(3) Art. 24.

(4) Art. 25.

(5) Art. 28.

(6) Art. 26.

(7) Art. 35.

(8) Art. 29.

(9) Art. 29.

contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme á lo prevenido en la ley (1).»

Como consecuencia de ello, «no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho, por ninguna de las siguientes causas:»

1.º «Por revocacion de donaciones en los casos permitidos por la ley, excepto el de no cumplir el donatario condiciones inscritas en el registro.»

2.º «Por causa de retracto legal en la venta, ó derecho de tanteo en la enfiteusis.»

3.º «Por no haberse pagado todo ó parte del precio de la cosa vendida, si no consta en la inscripcion haberse aplazado el pago;» pues de callarse esta circunstancia, presume la ley que naturalmente se ha satisfecho, y por ello hace recaer el perjuicio sobre el que, con su silencio, ha sido causa de él.

4.º «Por la doble venta de una misma cosa, cuando alguna de ellas no hubiere sido inscrita,» pues solo desde la «inscripcion,» se entiende transmitido el dominio, tratándose de los derechos de tercero.

5.º «Por causa de lesion enorme ó enormísima;» lo cual, no obstante, «en nada afectara á las relaciones entré el comprador y vendedor.»

6.º «Por efecto de la restitution *in íntegrum* á favor de los que disfrután este beneficio,» innovándose en esta parte el antiguo derecho.

7.º «Por enagenaciones verificadas en fraude de acreedores,» con exclusion de los que despues manifestaremos.

8.º «Por efecto de cualesquiera otras acciones que las leyes ó fueros especiales conceden á determinadas personas, para rescindir contratos, en virtud de causas que no consten espresamente de la inscripcion (2).»

En todo caso que la accion resolutoria ó rescisoria no se pueda dirigir contra el tercero, conforme á lo que dejamos manifestado, se podrá ejercitar la personal correspondiente para la indemnizacion de daños y perjuicios, por el que los hubiere causado (3).

(1) Art. 36.

(2) Art. 38.

(3) Art. 38.

« Las acciones rescisorias y resolutorias se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos en los casos siguientes:

1.º « Cuando deban su origen á causas que consten explícitamente en el registro, » pues entonces ya no puede alegarse ignorancia con respecto á ellas.

2.º Cuando tratándose de enagenaciones hechas en fraude de acreedores « la segunda enagenacion haya sido hecha por título gratuito y el tercero haya sido cómplice en el fraude. » En estos dos casos prescribirá la acción al año, contado desde el día de la enagenacion fraudulenta (1) á diferencia de lo que sucedia por el antiguo derecho, con arreglo al cual, empezaba á contarse desde que llegaba la enagenacion á conocimiento de los acreedores.

Ahora bien; entiéndese « por enagenacion á título gratuito en fraude de acreedores, no solamente la que se haga por donacion ó cesion de derecho sino tambien cualquiera enagenacion, constitucion ó renuncia de derecho real que haga el deudor en los plazos respectivamente señalados por las leyes comunes y las de comercio en su caso, para la revocacion de las enagenaciones en fraude de acreedores, siempre que no haya mediado precio, su equivalente ú obligacion preexistente y vendida (2). »

Consecuencia de esto es, que « puedan revocarse siempre que concurren las circunstancias » que « acabamos de mencionar: »

1.º « Los censos, enfiteusis, servidumbres, usufructos y demás derechos reales constituidos por el deudor. »

2.º « Las constituciones dotales ó donaciones *propter nuptias* á favor de la mujer, de hijos ó de estraños. »

3.º « Las adjudicaciones de bienes inmuebles en pago de deudas no vencidas. »

4.º « Las hipotecas voluntarias constituidas para la seguridad de deudas anteriormente contraidas sin esta garantía y no vencidas, siempre que no se agraven por ella las condiciones de la obligacion principal. »

5.º Y finalmente: « cualquier contrato en que el deudor

(1) Art. 37.

(2) Art. 39.

traspase ó renuncie espresa ó tácitamente un derecho real (1).»

Deberá entenderse que no ha intervenido precio ni equivalente alguno en estos contratos «si el escribano no dá fé de su entrega, ó si, confesando los contrayentes haberse ésta verificado con anterioridad, no se justificare el hecho ó se probare que debe ser comprendido en el caso tercero arriba citado.»

Por último, debe ser considerado como cómplice en el fraude, tratándose de enagenaciones en perjuicio de acreedores, el poseedor de una cosa inmueble ó derecho real impuesto sobre ella, en los siguientes casos:

1.º «Cuando se probare que le constaba el fin con que dicha enagenacion se hiciera, y que coadyuvó á ella como adquirente inmediato, ó con cualquier otro carácter.»

2.º «Cuando hubiere adquirido su derecho bien inmediatamente del deudor, bien de otro poseedor posterior, por la mitad, ó menos de la mitad, del justo precio,» pues entonces la ley supone fundadísimamente que es conocedor del fraude.

3.º «Cuando habiéndose cometido cualquier especie de suposicion ó simulacion en el contrato celebrado por el deudor, se probare que el poseedor tuvo noticia ó se aprovechó de ella (2).»

Finalmente; siendo el único objeto de la inscripcion asegurar sus legítimos derechos á los que inscriban sus títulos y hacer constar el verdadero estado de la propiedad inmueble, inútil es decir que la inscripcion «no convalida los actos ó contratos que sean nulos con arreglo á las leyes (3).»

«Sin embargo; los actos ó contratos que se ejecuten ú otorguen por persona que en el registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto á tercero, una vez inscritos, aunque despues se anule ó resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito, ó de causas que no resulten claramente del mismo registro. Solamente en virtud de un título inscrito podrá invalidarse en perjuicio de tercero otro título posterior tambien inscrito (4).»

Esta disposicion, no obstante, ordenó la misma ley hip-

(1) Art. 40.

(2) Art. 41.

(3) Art. 33.

(4) Art. 34.

tecaria que no produjera efecto hasta un año despues de su planteamiento y que no se entendiera aplicable en ningun tiempo, al que careciendo de titulo de dominio inscrito, inscriba su derecho justificando la posesion en los términos que es licito hacerlo, «á menos que la prescripcion haya convalidado y asegurado el derecho á que se refiera dicho titulo (1).» Sin embargo, tanto este plazo como otros concedidos para la inscripcion, fueron posteriormente prorogados por dos años, por Real Decreto de 29 de Diciembre de 1863.

§. XV.

De la estincion de las inscripciones y anotaciones preventivas.

«Las inscripciones no se estinguen en cuanto á tercero sino por su cancelacion ó por la inscripcion de la transferencia del dominio ó derecho real inscrito á otra persona (2).»

La cancelacion de la anotacion preventiva, procederá «no solo cuando se estinga el derecho anotado, sino tambien cuando en la escritura se convenga ó en la providencia se disponga respectivamente convertirla en inscripcion definitiva.» Tendrá, pues, lugar su cancelacion en los casos siguientes:

1.º «Cuando por sentencia ejecutoria, contra la cual no se haya interpuesto recurso de casacion, fuere absuelto el demandado de la demanda de propiedad anotada.»

2.º «Cuando en el juicio ejecutivo, causa criminal ó procedimiento de apremio se mandara alzar el embargo ó se enagenare ó adjudicare en pago la finca anotada.»

3.º «Cuando se mandare alzar el secuestro ó la prohibicion de enagenar.»

4.º «Cuando ejecutoriamente fuere desestimada la demanda propuesta con el fin de obtener alguna de las providencias relativas á la capacidad legal de las personas, que deban ser inscritas.»

5.º «Cuando el legatario cobrare su legado.»

6.º «Cuando fuere pagado el acreedor refaccionario.»

7.º «Cuando la anotacion se convierte en inscripcion de-

(1) Art. 3433 JTA (2)

(2) Art. 77.

finitiva á favor de la misma persona en cuyo provecho se hubiere aquella constituido, ó su causa-habiente.»

8.º «Cuando caduca la anotación» por el trascurso de un año en los legados, 60 días en las obras objeto de la refacción é igual término en la anotación por defectos subsanables.»

9.º «Y finalmente: cuando renunciare á su derecho la persona á cuyo favor estuviere la anotación constituida, si tuviere para ello aptitud legal (1).»

Ahora bien: esta cancelación de las inscripciones y anotaciones preventivas, puede ser *total* y *parcial* (2).

Podrá pedirse y deberá ordenarse en su caso, la cancelación total:

1.º «Cuando se estinga por completo el inmueble objeto de la inscripción.»

2.º «Cuando se estinga también por completo el derecho inscrito.»

3.º «Cuando se declare la nulidad del título en cuya virtud se haya hecho la inscripción.»

4.º «Y finalmente: cuando se declare la nulidad de la inscripción por falta de alguno de sus requisitos esenciales (3).»

Sobre los tres primeros casos debemos hacer algunas indicaciones:

Así, pues; por lo que respecta al primero, «se entenderá estinguido el inmueble objeto de la inscripción, siempre que desaparezca completamente por cualquier accidente natural, ordinario ó extraordinario, como la fuerza de los rios, las mudanzas de sus álveos, la ruina de los edificios cuyo suelo sea de propiedad ajena, ú otros acontecimientos semejantes (4).»

«Se considerará estinguido el derecho inscrito para los efectos del número 2.º: 1.º Cuando el derecho inscrito sobre un inmueble deje completamente de existir, bien por renuncia del que lo tenga á su favor, ó bien por mútuo convenio entre los interesados, como sucedería si el dueño del predio dominante renunciara á su servidumbre, ó el acreedor á su hipoteca, ó si el censualista conviniera con el censatario en libertar del

(1) Art. 74 del Reglamento.

(2) Art. 70.

(3) Art. 79.

(4) Art. 66 del Reglamento.

censo una finca, para subrogarlo en otra: y 2.º, cuando deje tambien de existir completamente el derecho real inscrito, bien por disposicion de la ley, como sucede en la hipoteca legal, luego que cesa el motivo de ella, ó bien por efecto natural del contrato que diera causa á la inscripcion, como se verifica en la hipoteca cuando el deudor paga su deuda, en el censo cuando lo redime el censatario, en el arrendamiento cuando se cumple su término, y en los demás casos análogos (1).»

Por lo que al núm. 3.º se refiere, las cancelaciones que se hagan por consecuencia de declararse nulos los títulos inscritos, deben entenderse sin perjuicio de que la inscripcion surta su efecto y sin que se repunte inválida en cuanto á tercero hasta que la cancelacion aparezca en el registro (2). Esto en cuanto á la cancelacion total.

La cancelacion parcial podrá tambien pedirse y deberá decretarse en su caso.

1.º Cuando se reduzca el inmueble, objeto de la inscripcion ó anotacion preventiva (3), y «se entenderá reducido siempre que materialmente disminuya su cabida ó proporciones, bien por obra de la naturaleza, ó bien por la voluntad del propietario (4).»

2.º Y últimamente: cuando se reduzca un derecho inscrito á favor del dueño de la finca gravada.

Se considerará reducido este derecho para el efecto de que nos ocupamos:

1.º «Cuando se disminuya la cuantía del mismo derecho por renuncia del interesado, ó convenio entre las partes, como si el acreedor hipotecario consintiere en reducir su hipoteca á una parte inmueble hipotecada, ó si el usufructuario renunciara á una parte del predio usufructuado, ó si el censalista limitase el censo ó una parte de la finca acensuada.»

2.º «Cuando se disminuye la cuantía del derecho inscrito por efecto natural del contrato que diera causa á la inscripcion, como sucede cuando el deudor hipotecario paga una parte de su crédito, haciéndolo constar en debida forma, ó cuando el censatario redima una parte del capital del censo, ó cuando en el usu-

(1) Art. 67 del Reglamento.

(2) Art. 68

(3) Art. 80 de la ley.

(4) Art. 69 del Reglamento.

fructo vitalicio, constituido por dos ó mas vidas, fallece uno de los usufructuarios.»

3.º «Cuando se disminuya la misma cuantía del derecho por sentencia judicial, como sucede siempre que se declara nulo en parte solamente, el título en cuya virtud se haya hecho la inscripción (4).»

Vistos los casos en que la cancelacion procede, y enumerados asimismo los en que debe tener lugar *la total y la parcial*, pasemos á determinar el modo de llevarla á efecto.

Desde luego puede sentarse como principio que para la cancelacion de las inscripciones y anotaciones preventivas, se requieren los mismos motivos que determinaron su constitucion; y que debe hacerse con iguales medios que los que se emplearon para constituir las.

Así pues, podrán servir de norma las siguientes reglas:

1.ª «Las inscripciones ó anotaciones preventivas, hechas en virtud de escritura pública, no se cancelarán sino mediante otra escritura en la cual manifiesten su consentimiento la persona á cuyo favor se haya otorgado la primera, sus causa-habientes ó representantes legítimos, ó en virtud de providencia ejecutoria, contra la cual no se halle pendiente recurso de casacion (2),» circunstancia que tiene por objeto evitar complicaciones de derechos y conflictos que surgirían indudablemente si se permitiera que pudieran cancelarse antes de recaer sentencia en aquel recurso (3).

2.ª «La misma escritura en cuya virtud se haya hecho la inscripción de una obligacion, será título suficiente para cancelarla, si resultase de ella ó de otro documento fehaciente, que dicha obligacion ha caducado ó se ha estinguido (4).»

3.ª «Las inscripciones ó anotaciones hechas en virtud de mandamientos judiciales no pueden cancelarse sino por providencia ejecutoria que tenga la circunstancia mencionada» en el número 1.º y cuyo objeto queda explicado (5).

4.ª «Si se hubiere hecho la anotacion sin escritura pública y se tratare de cancelarla sin convertirla en inscripción defini-

(1) Art. 70 del Reglamento

(2) Art. 82 de la ley.

(3) Art. 82.

(4) Art. 72 del Reglamento.

(5) Art. 82.

tiva, podrá hacerse también la cancelación, mediante documentos de la misma especie que los que se hubieren presentado para hacer la anotación (1).» Por tanto, si se hubiere esta constituido por solicitud dirigida al registrador, bastará que le presenten otra los interesados, consignando en ella la renuncia y pidiendo la cancelación: y en este caso, después de ratificarse el renunciante en su presencia, y de asegurarse el registrador de la identidad de su persona y de su capacidad para ejercer el derecho de que se trata, procederá á la cancelación (2).

5.^a No se cancelará «ninguna inscripción procedente de hipoteca legal hecha por mandato de juez, sino en virtud de otro mandamiento» que solo podrá expedirse por los jueces «después de acreditarse ante ellos la extinción de la responsabilidad asegurada con la hipoteca, ó el cumplimiento de las formalidades que con arreglo á la ley sean necesarias, según los casos, para enagenar, gravar ó liberar los inmuebles hipotecados.» Y últimamente:

6.^a La hipoteca legal que se hubiere inscrito «sin mandato judicial no se cancelará ni se hará otra inscripción por cuya virtud quede de derecho cancelada, sin que del instrumento público que para ello se presente, resulten cumplidas las formalidades legales á que alude la regla anterior (3).»

Espuestas las anteriores reglas pasemos á ocuparnos de las prescripciones de la ley con respecto á las anotaciones preventivas hechas en favor de los legatarios que no lo sean de especie: de los que lo sean de rentas ó pensiones y de las introducidas en favor de los acreedores refaccionarios.

«La anotación preventiva á favor del legatario que no lo sea de especie, caducará al año de su fecha.» Sin embargo, «si al vencimiento del año no fuere todavía exigible el legado, se considerará subsistente la anotación hasta dos meses después del día en que pueda exigirse (4).»

Se considerará para este efecto exigible el legado, «cuando pueda legalmente demandarse en juicio su inmediato pago ó entrega, bien por haberse cumplido el plazo ó las condiciones á

(1) Art. 85.

(2) Art. 75 del Reglamento.

(3) Art. 73 del Reglamento.

(4) Art. 86 de la ley.

que estaba sujeto, ó bien por no existir ningun inconveniente legal que impida ó demore dicho pago ó entrega (1).

Con respecto al legatario de rentas ó pensiones periódicas impuestas por el testador determinadamente á cargo de alguno de los herederos ó de otros legatarios, pero sin declarar personal esta obligacion, dispone la ley que «tendrá derecho dentro del plazo antes espresado á exigir que la anotacion preventiva que oportunamente hubiere constituido de su derecho, se convierta en inscripcion hipotecaria (2).»

Y á la verdad, la garantía de la anotacion preventiva que por punto general basta á los legatarios, no seria suficiente en aquellos casos en que como el presente no se estingue la obligacion de la persona gravada entregando la cosa ó la especie legada, sino que es de tracto sucesivo; y necesita por tanto una seguridad mas permanente.

Por lo demás, «los legados que consistan en pensiones ó rentas periódicas, se considerarán exigibles desde que pueda reclamarse en juicio la primera pension ó renta (3).»

Al gravado con la renta ó pension, como deudor que es, debe naturalmente corresponder la designacion de las fincas que hayan de darse en garantía: pues el derecho del prestamista debe solo contraerse á obtener seguridad de que no haciéndose el pago á los respectivos vencimientos haya una finca bastante á responderle de la obligacion á su favor constituida, y de aqui que se haya establecido que «el heredero ó legatario gravado con la pension deba constituir la hipoteca sobre los mismos bienes anotados si se le adjudicaren, ó sobre cualesquiera otros inmuebles de la herencia que se le adjudiquen,» correspondiendo en todo caso al mismo la eleccion: y que «el pensionista deberá admitir la hipoteca que aquel le ofrezca, siempre que sea bastante y la imponga sobre bienes procedentes de la herencia (4).» Sin embargo, «el pensionista que no hubiere constituido anotacion preventiva, podrá exigir tambien en cualquier tiempo la inscripcion hipotecaria de su derecho, sobre los bienes de la herencia que subsistan en poder del heredero ó se hayan adjudicado al legatario ó heredero especialmente gravado, siempre que pudiera hacerlo

(1) Art. 79 del Reglamento.

(2) Art. 88 de la ley.

(3) Art. 79 del Reglamento.

(4) Art. 89 de la ley.

mediando anotacion preventiva eficaz,» conforme á lo que queda espuesto; pero «esta inscripcion no surtirá efecto sino desde su fecha (1).»

«La hipoteca» en favor del pensionista «deberá constituirse en la misma hijuela de particion correspondiente á aquel á quien se adjudique el inmueble gravado con la pension, y á falta de ella, en escritura pública otorgada por el pensionista y el legatario ó heredero gravado, ó por sentencia, si estos no se avinieren en la manera de constituir dicha obligacion (2).»

Pero si «el pensionista hubiera obtenido anotacion preventiva, no podrá exigir que se le hipotequen otros bienes que los anotados, si estos fueren suficientes para asegurar el legado; mas si no lo fuere podrá exigir el complemento de su hipoteca sobre otros bienes de la herencia,» si bien la inscripcion de ellos surtirá solo efecto desde su fecha (3).

Por lo que respecta á la anotacion preventiva que obtiene el acreedor refaccionario para hacer constar sucesivamente en el registro sus anticipos, tampoco tiene el carácter de permanente hasta que llega el caso de poder totalizar su crédito y formalizar la hipoteca que la corresponde sobre los bienes refaccionados. De aquí que «la anotacion á favor de el acreedor refaccionario caduque á los 60 dias de concluida la obra objeto de la refaccion (4).»

Sin embargo, si al espirar el término mencionado no estuviere aun pagado por completo de su crédito por no haber vencido el plazo estipulado en el contrato, para evitar que quede desatendido su derecho, declara la ley que «podrá en tal caso convertir su anotacion preventiva en inscripcion de hipoteca:» y asimismo que «si el plazo estuviere vencido, podrá, ó prorrogarlo mediante la conversion espresada, ó exigir el pago desde luego, para lo cual surtirá la anotacion todos los efectos de la hipoteca (5).»

«Para convertir en inscripcion hipotecaria la anotacion de crédito refaccionario, se liquidará este si no fuere liquido y se otorgará escritura pública (6). Y las cuestiones que se susciten

(1) Art. 90.
 (2) Art. 80 del Reglamento.
 (3) Art. 91 de la ley.

(4) Art. 92.
 (5) Art. 93.
 (6) Art. 94.

entre el acreedor y el deudor sobre la liquidacion ó sobre la constitucion de la hipoteca, se decidirán en juicio ordinario,» durante cuya sustanciacion y hasta que se termine, «subsistirá la anotacion preventiva y producirá todos sus efectos (1).» Por este medio ha conseguido la ley que queden debidamente asegurados los derechos del acreedor sin necesidad de empeorar para ello la condicion de los deudores.

Finalmente; «la anotacion» exigida á consecuencia de no poderse verificar la inscripcion «por defectos subsanables» del titulo presentado, «caducará á los 60 dias de su fecha: pero este plazo se podrá prorogar hasta 180 dias por justa causa y en virtud de providencia judicial (2).»

Ahora bien; como quiera que las relaciones de los contratantes entre si dependen solamente de la obligacion por ellos contraida y no de lo que en los registros consta con respecto á los mismos, es consiguiente que no han de tenerse por terminados sus compromisos por la sola cancelacion, del propio modo que tampoco pueden alegar para eludirlos, su no inscripcion en el registro. Asi lo reconoce la ley al declarar que «la cancelacion de las inscripciones ó anotaciones preventivas, no estingue por su propia y esclusiva virtud, en cuanto á las partes, los derechos inscritos á que afecte; pero que la que se verifique sin ningun vicio exterior de nulidad, surtirá todos sus efectos en cuanto al tercero que por efecto de ella haya adquirido é inscrito algun derecho, aunque despues se anule por alguna causa que no resulte claramente del mismo asiento de cancelacion (3).»

Cúmplenos ahora determinar cuáles sean los vicios que producen la nulidad de las cancelaciones.

Para ello nos bastará transcribir el articulo 98 de la ley en el que aparecen detallados. Dice asi:

«Será nula la cancelacion:»

1.º «Cuando no dé claramente á conocer la inscripcion ó anotacion cancelada.»

2.º «Cuando no espese el documento en cuya virtud se haga la cancelacion, los nombres de los otorgantes, del escri-

(1) Art. 95.

(2) Art. 96.

(3) Art. 97.

bano y del juez en su caso, y la fecha del otorgamiento ó espedicion.»

3.º «Cuando no espese el nombre de la persona á cuya instancia ó con cuyo consentimiento se verifique la cancelacion.»

4.º «Cuando haciéndose la cancelacion á nombre de persona distinta de aquella á cuyo favor estuviere hecha la inscripcion ó anotacion, no resultare de la cancelacion la representacion con que haya obrado dicha persona.»

5.º «Cuando en la cancelacion parcial no se dé claramente á conocer la parte del inmueble que haya desaparecido, ó la parte de la obligacion que se estinga y la que subsista.»

6.º «Cuando habiéndose verificado la cancelacion de una anotacion en virtud de documento privado, no dé fé el registrador de conocer á los que lo suscriban, ó á los testigos en su defecto.»

7.º «Cuando no contenga la fecha de la presentacion en el registro del titulo en que se haya convenido ó mandado la cancelacion.»

Cualquiera cancelacion que contenga alguno de los vicios que dejamos espresados, no surtirá efecto alguno en cuanto á tercero.

Por último, tambien «podrá declararse nula la cancelacion mas sin perjuicio de tercero:»

1.º «Cuando se declare falso, nulo é ineficáz el titulo en cuya virtud se hubiere hecho.»

2.º «Cuando se haya verificado por error ó fraude.»

3.º Y finalmente; «cuando la haya ordenado un juez incompetente (1).»

Los registradores calificarán bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrinsecas de las escrituras en cuya virtud se soliciten las cancelaciones y la capacidad de los otorgantes, en los términos prevenidos respecto á las inscripciones (2) y tambien la competencia de los jueces que ordenen las cancelaciones, en los casos en que no firmare el despacho el mismo que hubiere decretado la inscripcion ó anotacion preventiva. Si dudaren de la competencia del juez, darán cuenta al regente de la Audiencia respectiva, el cual decidirá lo que

(1) Art. 99.

(2) Art. 100.

estime precedente (1). En el entretanto el registrador hará constar la suspension de dichas cancelaciones, por medio de una anotacion preventiva, en la cual se espresare la inscripcion ó anotacion cuya cancelacion se pida, el documento presentado con este fin, su fecha, la de su presentacion y el motivo de la suspension (2). Cuando el regente declare la competencia del juez, el registrador hará desde luego la cancelacion. Cuando no lo estime competente, el mismo registrador comunicará esta decision al interesado, devolviéndole el despacho (3). Contra la decision de los regentes podrá recurrirse, tanto por los jueces como por los interesados, á la Audiencia (4), que conocerá del asunto en sala de gobierno, oyendo al recurrente por escrito, una sola vez, previo informe del registrador (5), y determinará lo que estime justo. Contra el fallo de la Audiencia procederá el recurso de casacion (6).

Por último, la anotacion preventiva que debe hacer el registrador al dar cuenta al regente de la suspension de una cancelacion por insuficiencia del documento presentado para ello ó por dudar de la competencia del juez que la haya ordenado, se cancelará de oficio por el registrador; en el primer caso, á los sesenta dias de su fecha, si antes no se subsanase el defecto del documento que la haya originado; y en el segundo cuando se declare por sentencia firme la incompetencia del juez que hubiere ordenado la cancelacion, si en los treinta dias siguientes á la fecha de dicha sentencia, no se presentare en el registro providencia del juez competente ordenando la misma cancelacion (7). El mismo reglamento determina el modo de proceder en estos casos (8) como asimismo los requisitos que indispensablemente deben tener las cancelaciones.

§. XVI.

De los honorarios de los registradores.

«Los registradores cobrarán los honorarios de los asientos que hagan en los libros y de las certificaciones que espidan con

(1) Art. 101.

(2) Art. 83 del Reglamento.

(3) Art. 102 de la ley.

(4) Art. 103.

(5) Art. 88 del Reglamento.

(6) Art. 103 de la ley.

(7) Art. 84 del Reglamento.

(8) Artículos 86, 87 y 88 del mismo.

sujecion estricta al arancel» aprobado en 30 de Julio de 1860. «Los actos ó diligencias que no tengan señalados honorarios en dicho arancel no devengarán ningunos (1).»

Deberán pagar dichos honorarios «aquel ó aquellos á cuyo favor se inscriba ó anote inmediatamente el derecho.» Mas como si fueren varios los que tuvieren la obligacion espresada, no seria justo que se obligase al registrador á dividir su accion entre todos los interesados, siendo asi que el provecho es comun á todos, ordena la ley que cuando esto suceda «podrá exigir el pago de cualquiera de ellos, y que el que lo verifique tendrá derecho á reclamar de los demás la parte que por los mismos haya satisfecho. En todo caso, se podrá proceder á la exaccion de dichos honorarios por la vía de apremio, pero nunca se detendrá ni negará la inscripcion por falta de su pago.»

«En los honorarios que señala el arancel á las certificaciones de los registradores, no se considerará comprendido el importe del papel sellado en que deban estenderse, el cual será de cuenta de los interesados (2).»

«Al pié de todo asiento, certificacion ó nota que haya devengado honorarios, estampará el registrador el importe de los que hubiere cobrado, citando el número del arancel, con arreglo al cual los hayan exigido (3).»

«Cuando declare el juez infundada la negativa del registrador á inscribir ó anotar definitivamente un título, como así mismo, cuando por error suyo, tuviere que rectificar un asiento, no estará obligado el interesado á pagarle sus honorarios (4).» Esceptuase solamente el caso en que la rectificacion se hiciere en virtud de «un título nuevo,» pues entonces deberán pagar «los interesados los gastos de la nueva inscripcion y los demás que la rectificacion ocasiona (5).»

«Por último, cuando el valor de la finca ó derecho á que se refiera el asiento ó la certificacion no escediere de 2000 rs. y pasare de 1000 solo podrán cobrarse la mitad de los honorarios respectivamente señalados en el arancel. Si escediendo de

(1) Art. 334.

(2) Art. 338.

(3) Art. 339.

(4) Art. 341 y 342.

(5) Art. 263.

500 rs., no pasare de 1000, se exigirá solamente la cuarta parte de los mismos honorarios. Si no esciediere de 500 rs. solo se exigirá la cantidad fija que señala el mismo arancel.»

Estas son las principales disposiciones de la ley hipotecaria en orden á los honorarios de los registradores; las demás dicen relacion tan solo á la obligacion que estos tienen de sujetarse en la redaccion de los asientos á las instrucciones y modelos reglamentarios, y al modo de ejercer su inspeccion sobre todos estos puntos los delegados de los regentes, pormenores á que no nos permite descender el carácter elemental de esta obra.

Veamos ahora los medios adoptados por el legislador para facilitar el tránsito del antiguo al nuevo sistema hipotecario.

En las hipotecas que se señalan el arancel de las certificaciones de los registradores, no se consideran comprendidos el pago de los honorarios por la vía de ejecución, ni el pago de los honorarios por la vía de inscripción por falta de su pago.

En las hipotecas que se señalan el arancel de las certificaciones de los registradores, no se consideran comprendidos el pago de los honorarios por la vía de ejecución, ni el pago de los honorarios por la vía de inscripción por falta de su pago.

En las hipotecas que se señalan el arancel de las certificaciones de los registradores, no se consideran comprendidos el pago de los honorarios por la vía de ejecución, ni el pago de los honorarios por la vía de inscripción por falta de su pago.

En las hipotecas que se señalan el arancel de las certificaciones de los registradores, no se consideran comprendidos el pago de los honorarios por la vía de ejecución, ni el pago de los honorarios por la vía de inscripción por falta de su pago.

En las hipotecas que se señalan el arancel de las certificaciones de los registradores, no se consideran comprendidos el pago de los honorarios por la vía de ejecución, ni el pago de los honorarios por la vía de inscripción por falta de su pago.

En las hipotecas que se señalan el arancel de las certificaciones de los registradores, no se consideran comprendidos el pago de los honorarios por la vía de ejecución, ni el pago de los honorarios por la vía de inscripción por falta de su pago.

En las hipotecas que se señalan el arancel de las certificaciones de los registradores, no se consideran comprendidos el pago de los honorarios por la vía de ejecución, ni el pago de los honorarios por la vía de inscripción por falta de su pago.

- Art. 341 (1)
- Art. 342 (2)
- Art. 343 (3)
- Art. 344 (4)
- Art. 345 (5)
- Art. 346 (6)

SECCION TERCERA.

Del tránsito del antiguo al nuevo sistema hipotecario.

Resúmen.

§. I. Razon del método.—§. II. De la liberacion de las hipotecas legales y otros gravámenes existentes antes de la publicacion de la ley hipotecaria.—§. III. De la inscripcion de las obligaciones contraídas y no inscritas antes de la publicacion de la misma.—§. IV. De los libros de registro anteriores al nuevo sistema hipotecario y de su relacion con los nuevos.

§. I.

Razon del método.

Ofreciendo por punto general graves dificultades el tránsito de una legislacion á otra en materia civil y mucho mas cuando las reformas encarnan profundamente en lo antiguo, como en la hipotecaria sucede, necesario era partir de un principio salvador que, saliendo al encuentro de todas las dificultades, permitiera establecer reglas justas y equitativas para facilitar sin grandes trastornos sociales el paso de una legislacion á otra.

Por ello los reformadores de la antigua legislacion hipotecaria rindiendo culto al que declara «que la ley no debe tener efecto retroactivo,» lo adoptaron como punto de partida si bien modificándolo y estableciendo ciertas formalidades para conservar los derechos hasta entonces adquiridos, con lo cual han conseguido poner en armonia el ejercicio de todos los derechos con las disposiciones de interés general que hacian indispensable el cambio de dicha legislacion.

Y á la verdad: sujetar á ciertas formalidades la declaracion y conservacion de derechos preexistentes, no es anularlos, sino mas bien hacer posible que sean eficaces: de otro modo, habria á un mismo tiempo dos legislaciones distintas, que marchando paralelamente producirian un antagonismo funesto y serian origen fecundo de litigios.

Por ello despues de haber examinado la naturaleza de la

hipoteca y las disposiciones concernientes al registro de la propiedad, pasamos á ocuparnos de los reglas dictadas para facilitar el tránsito de la antigua legislacion á la nueva, que es el objeto de la presente seccion.

§. II.

De la liberacion de las hipotecas legales y otros gravámenes existentes antes de la publicacion de la ley hipotecaria.

Para armonizar el legislador los antiguos derechos con el nuevo sistema comienza sentando como regla general, si bien con algunas escepciones en materias de hipotecas, que las generales y tácitas anteriores á la ley hayan de convertirse en especiales y espresas, dando derecho á los que tengan aquellas constituidas á su favor para exigir de las personas obligadas una inscripcion de hipoteca especial suficiente para responder del importe de la obligacion entonces asegurada (1).

Ningun perjuicio ciertamente se causa con esta disposicion á los acreedores hipotecarios; muy al contrario, la ley les permite mejorar notoriamente su condicion, logrando por la especialidad de la hipoteca y por su inscripcion en el registro, que siempre haya una finca sujeta al pago de la deuda, y que no se pueda desvanecer el derecho real que antes solo tenian por la voluntad del obligado, quien facultado como está para enagenar sus bienes ó hipotecarlos espresamente, pudiera muy bien constituirse en insolvencia y obligar al acreedor á tener que dirigirse contra terceros poseedores con las desventajas que son consiguientes.

Tampoco se empeora con dicha disposicion la condicion del deudor, puesto que al que se obligó con hipoteca teniendo fincas, ningun perjuicio se le sigue de que se contraiga á una determinada su responsabilidad real. Ahora bien, las hipotecas legales existentes, cuya inscripcion como hipotecas especiales podrá exigirse segun lo dispuesto en el citado artículo, serán las que á la publicacion de la ley hipotecaria existian con el carácter de tácitas:

1.º En favor de la Hacienda pública sobre los bienes de los

(1) Art. 347.

que manejen fondos de la misma ó contraten con ella, y sobre los bienes de los contribuyentes que deban mas de una anualidad de los impuestos que graven los mismos inmuebles.

2.º En favor de las mujeres, sobre los bienes de un tercero que haya ofrecido dotarlas.

3.º En favor del marido sobre los bienes de la mujer que haya ofrecido aportar dote, ó sobre los bienes de un tercero que hubiere hecho igual ofrecimiento por ella.

4.º En favor de los menores ó incapacitados sobre los bienes de sus tutores ó curadores, ó de los herederos de estos, si sus causantes hubieren fallecido sin tener aprobadas las cuentas.

5.º En favor de los hijos sobre los bienes de su madre y los de su padrastro si aquella hubiere sido su tutora ó curadora y no tuviere aprobadas sus cuentas.

6.º En favor tambien de los menores sobre los bienes de su propiedad vendidos y cuyo precio no haya sido pagado por completo.

7.º En favor del legatario sobre los bienes del testador, si el legado no estuviere pagado por completo.

8.º En favor de los acreedores refaccionarios, sobre las fincas refaccionadas por las cantidades ó efectos anticipados y no satisfechos para la edificacion ó reparacion.

9.º En favor de los vendedores sobre la cosa vendida por el precio de la misma, cuyo pago no haya sido aplazado (1).

El término fijado por la ley para que los que tuvieren á su favor algunas de las hipotecas espresadas puedan exigir que la persona obligada por ella constituya é inscriba en su lugar una especial suficiente para responder del importe de la obligacion asegurada por la primera, es el de «un año, contado desde el dia en que comenzó á regir dicha ley (2).» Pero «trascurrido dicho término ya no podrán exigir la constitucion de hipotecas especiales, en sustitucion de las legales, sino los que tengan derecho á ello con arreglo á la ley y en la forma que la misma prescribe (3). Tampoco trascurrido el año surtirá efecto contra tercero ninguna hipoteca legal» de las referidas si no estuviere «inscrita (4).»

(1) Art. 353.

(2) Art. 347.

(3) Art. 350.

(4) Art. 351.

«Mas las hipotecas especiales que se constituyan dentro del expresado término, bien en sustitucion de las legales ó bien en seguridad de derechos,» que aunque no inscritos surtian antes efecto en cuanto á tercero, pero que deben inscribirse para que puedan producirlo en lo sucesivo, «surtirán su efecto, desde la fecha en que, con arreglo á la legislacion anterior, deberia producirlo la hipoteca legal ó el derecho asegurado, para lo cual deberá fijarse dicha fecha en la inscripcion misma. Las que se constituyan pasado dicho término cualesquiera que sean su origen y especies, no surtirán efecto en cuanto á tercero, sino desde la fecha de su inscripcion (1).»

La razon que ha tenido la ley para ordenar que se haga constar en la inscripcion de las hipotecas que se constituyan dentro del año la fecha desde que debian producir efecto con arreglo á la legislacion antigua, no ha sido otra que la de no dar á dicho precepto legal fuerza alguna retroactiva: del mismo modo que hace recaer sobre los que dejan pasar el término expresado sin convertir sus hipotecas, la culpa de su negligencia, pues considera su omision como una renuncia del derecho que se les otorga.

Para inscribir dentro del año las hipotecas legales expresadas, deberá presentarse el título en cuya virtud se hayan constituido como hipotecas especiales; y si no existiere título será indispensable mandamiento judicial.

Omitimos repetir en este lugar la enumeracion de las personas á quienes compete el derecho de promover la inscripcion de las hipotecas legales de que nos ocupamos, por haberlas ya designado al tratar de cada una de ellas en su lugar respectivo. Solo, pues, tenemos que añadir que «si el importe de la obligacion que deban asegurar no fuere determinado ó líquido, se fijará de comun acuerdo entre los interesados ó sus representantes legítimos, para el efecto de señalar la cuantía de la hipoteca especial; en cuyo caso no quedará obligado el que la constituya á mas que á lo que pueda exigirsele por resultado de la obligacion principal, ni el que tenga á su favor dicha hipoteca perderá su derecho para exigir por la accion personal la parte del crédito que no alcancen á cubrir los bienes hipoteca-

(1) Art. 352.

058 JA (1)
158 JA (2)

058 JA (1)
158 JA (2)

dos (1). Si no hubiere avenencia entre los interesados sobre la determinacion del importe de la obligacion que haya de asegurarse ó la suficiencia de los bienes ofrecidos en hipoteca, se decidirán uno y otro punto por el juez en la forma prescrita para constituir ó ampliar judicialmente y á instancia de partes cualquiera hipoteca legal (2).

Determinadas las antiguas hipotecas tácitas legales cuya conversion es necesaria para que no se estinga el derecho hipotecario constituido con arreglo á la legislacion anterior, pasemos á ocuparnos de las que por razones de orden superior, tales como la conservacion de la paz y armonía entre las familias, han sido esceptuadas y conservádose con respecto á ellas en todo su vigor el derecho antiguo. Son las siguientes:

1.^a Las establecidas por dicha legislacion «en favor de las mujeres casadas, sobre los bienes de sus maridos, por la dote y parafernales que les hayan sido entregados.»

2.^a «En favor tambien de las mujeres casadas, sobre los bienes de sus maridos, por las dotes y arras que estos les hayan ofrecido.

3.^a En favor de los hijos sobre los bienes de sus padres, por los que tengan la cualidad de reservables.

4.^a En favor de los hijos sobre los bienes de los padres, por los de su peculio que estos usufructuen ó administren.

5.^a Y finalmente; «las hipotecas análogas que establecieren los fueros ó leyes especiales.

«Los que á la publicacion, pues, de la ley hipotecaria se hallaban disfrutando algunas de estas hipotecas generales, no podrán exigir por ellas la constitucion é inscripcion de hipoteca especial (3) y subsistirán con arreglo á la legislacion precedente, mientras duren las obligaciones que garanticen, á menos que por la voluntad de ambas partes, ó la del obligado, se sustituyan con hipotecas especiales ó dejen de tener efecto, en cuanto á tercero, en virtud de providencia dictada en el juicio de liberacion» de que luego nos ocuparemos.

Sin embargo, «los que á la publicacion de la ley tuvieren gravados sus bienes con alguna hipoteca tácita,» sea ó no de

(1) Art. 348.

(2) Art. 349.

(3) Art. 354.

las esceptuadas, «podrán exigir en cualquier tiempo de la persona á cuyo favor tengan dicha obligacion, que acepte en su lugar una hipoteca especial y espresa suficiente: y si dicha persona se negare á aceptar la hipoteca ofrecida ó si aceptando la oferta, no hubiere conformidad entre los interesados sobre el importe de la obligacion que haya de asegurarse, ó sobre la suficiencia de los bienes ofrecidos en garantia decidirá el juez» en la forma antes indicada. «Estas hipotecas surtirán su efecto, con arreglo á lo que llevamos dicho, segun que se hayan constituido en el término de un año, ó trascurrido dicho término (1).»

Estas disposiciones, sin embargo, en nada alterarán ni modificarán «la preferencia concedida por las leyes en los bienes que no sean inmuebles ni derechos reales impuestos sobre los mismos á las personas á cuyo favor se hayan constituido hipotecas legales (2),» pues la ley hipotecaria estienda solo sus efectos á los bienes inmuebles.

Tambien declara la ley que los que á la publicacion de la misma tuvieren á su favor «alguna accion resolutoria ó rescisoria procedente de derechos que en adelante no han de surtir efecto en cuanto á tercero sin su inscripcion, la podrán ejercitar dentro de un año, contado desde que empiece á regir aquella, si antes de hacerlo no hubiere prescrito (3). Mas si los derechos no fueren exigibles dentro del año, por no haberse cumplido la condicion de que dependan, podrá el que los tenga á su favor pedir que se los asegure con hipoteca especial la misma persona obligada, y en su caso el tercer poseedor de los bienes que lleven consigo la obligacion (4). Trascurrido el término del año sin haberse hecho uso de las acciones resolutorias ó rescisorias, ó sin haberse obtenido la garantia» mencionada «no se podrán ya ejercitar las espresadas acciones en perjuicio de tercero, como no se haya asegurado el derecho con hipoteca especial (5). El importe, la suficiencia y los efectos de la hipoteca que deba constituirse se determinarán por las reglas» que quedaron ya espuestas.

(1) Art. 356.

(2) Art. 357.

(3) Art. 358.

(4) Art. 359.

(5) Art. 360.

Las hipotecas legales existentes á la publicacion de la ley hipotecaria á favor de los legatarios y de los acreedores refaccionarios, se inscribirán tambien, dentro del año prefijado, como anotaciones preventivas, pudiendo los acreedores refaccionarios hacer la anotacion en dicho plazo, no solamente por las cantidades entregadas, sino tambien por las que entregaren durante el espresado término: respecto á las primeras, surtirá efecto la anotacion desde que se entregaren, y en cuanto á las segundas, desde su fecha (1).»

Por último, atendiendo la nueva ley, en lo que se refiere á los derechos existentes antes de su publicacion, no solo al interés de los que tienen constituido un derecho real en propiedad ajena, sino tambien al de los dueños, que lejos de perjudicar los derechos reales adquiridos ó gravados sobre su propiedad, los mejoran, mostrándose dispuestos á entrar en la reforma, ha introducido el procedimiento llamado de «liberacion» admitido y probado ya en otros paises. Por él, todos cuantos tienen gravados sus bienes con hipotecas legales existentes á la publicacion de la ley ó con algun gravámen procedente de acciones rescisorias ó resolutorias pueden poner en claro el verdadero estado de su propiedad, y obtener que se reduzca el gravámen á fincas determinadas, si no han hecho uso del derecho de exigir una hipoteca especial aquellos á cuyo favor venia constituida la antigua. Al efecto se establece un órden de procedimientos meditado y minucioso, en que al interesado se impone el deber de manifestar con toda precision cuanto puede conducir á formar idea de los inmuebles que posee, de las hipotecas ó gravámenes ocultos á que pueden estar afectos, y de las personas á quienes corresponden, y se les exige la presentacion de los títulos que acrediten la pertenencia de los bienes; se oye á los que tendrian derecho en su caso, á pedir la sustitucion de la antigua hipoteca con la nueva, y en una palabra, se dá toda la publicidad necesaria al juicio, para que los que tengan interés en el mismo, no queden nunca perjudicados; fijándose por fin, cuál debe ser la resolucion del juez en los diversos casos que pueden presentarse.

Pero no se ha limitado la liberacion á las hipotecas ocultas

(1) Art. 361.

ó constituidas en favor de personas desconocidas; ha tomado tambien en cuenta la ley, que por efecto de la gran facilidad que ha habido en nuestra patria para multiplicar indefinidamente las garantías, existieron pueblos que tomaron capitales á censo ó con hipoteca en tiempos mas ó menos remotos, constituyéndolos no solo sobre los bienes que comunalmente poseían sino tambien sobre los de todos y cada uno de los que acudieron al concejo; razon por la cual toda ó casi toda su propiedad territorial se halla afecta á una obligacion hipotecaria. Con este motivo y atendiendo á que por la opcion que tienen los censualistas ó acreedores hipotecarios para dirigir su reclamacion contra cualquiera de los poseedores de dichas fincas, se dificulta su enagenacion y desmerece la ley la propiedad, ha querido libertarla de dicha traba, y de aqui que declare que «el que á su publicacion tuviere gravados diferentes bienes de su propiedad con un censo ó una hipoteca voluntaria, cuyo capital no se haya dividido entre los mismos, tendrá derecho á exigir que se divida entre los que basten para responder de un triplo del mismo capital; que si una sola de las fincas gravadas bastare para responder de dicha suma, tambien podrá exigirse que se reduzca á ella el gravámen, y finalmente, que si dos ó mas de las mismas fincas hubieren de quedar gravadas, cada una deberá ser suficiente para responder del triplo de la parte de capital que se la señale (1).» Y como no sería justo negar al censualista y al acreedor lo mismo que se concede al deudor y al censatario, dispone que «el acreedor ó censualista podrá tambien exigir la division y reduccion del gravámen» en dicho caso, «si no lo hiciere el censatario ó deudor (2).»

Con estas disposiciones ha conseguido la ley indudablemente el objeto que se propuso sin inferir por ello perjuicio alguno á los acreedores ni á los deudores; sino, por el contrario, dejando á ambos beneficiados, pues la garantía del acreedor gana en eficacia y cubre con exceso su crédito, y convierte en libre una parte de la propiedad gravada del deudor.

Mas «si los bienes acensuados ó hipotecados en la forma que queda dicha, no bastaren para cubrir con su valor el triplo del capital del censo ó de la deuda, solo se podrá exigir la divi-

(1) Art. 338.

(2) Art. 384.

sion de dicho capital entre los mismos bienes en proporcion á lo que respectivamente valieran, pero no la liberacion de ninguno de ellos (1).»

La division y reduccion de los censos, de que venimos ocupándonos, «deben verificarse por acuerdo mútuo entre todos los que puedan tener interés entre unos ú otras; y si no hubiere conformidad entre los interesados, ó si alguno de ellos fuere persona incierta, se decretarán dichas division y reduccion por el juez en juicio ordinario y con audiencia del promotor fiscal, si hubiere interesados inciertos ó desconocidos (2),» pues no fuera justo que quedaran sin representacion. «Verificándose la division y reduccion del censo ó hipoteca de conformidad con los interesados, se hará constar por medio de escritura pública; mas cuando haya precedido juicio y recaído sentencia el juez expedirá el correspondiente mandamiento (3). Mediante la presentacion de la escritura ó del mandamiento judicial en su caso, se inscribirá en el registro la nueva hipoteca ó gravámen en la forma que quede constituido, y se cancelarán los anteriores que deban reemplazar, si estuvieren inscritos (4).»

Con lo dicho hemos terminado el exámen de las disposiciones que con el carácter de permanentes comprende la ley hipotecaria, para facilitar el tránsito del antiguo al nuevo sistema. Pero además de estas existen otras que tienen simplemente el carácter de transitorias, cuyo exámen será objeto del siguiente párrafo.

§. III.

De la inscripcion de las obligaciones contraidas y no inscritas antes de la publicacion de la ley.

Como siempre que se hacen cámbios profundos en la legislacion, se procura estimular y facilitar los medios de que la nueva ley sea pronto ejecutada para que se consiga los beneficios resultados que de la innovacion se espresa, de aquí que la «Hipotecaria» lo haya procurado así no solo con respecto á la inscripcion de los derechos reales y de las hipotecas en los

(1) Art. 385.

(2) Art. 386.

(3) Art. 387.

(4) Art. 388.

registros, sino tambien en órden á las omisiones que pudieran haberse cometido con arreglo á las leyes anteriores. Los estímulos de que para el efecto se ha valido, son: 1.º la fijacion de un plazo dentro del cual deben hacerse las inscripciones para aprovecharse del beneficio de la ley; y 2.º la relajacion del rigor con que las disposiciones fiscales castigaban á los omisos.

Por ello, pues, concedió el plazo de un año contado desde el dia en que empezara á regir para la inscripcion de títulos referentes á adquisiciones de inmuebles ó derechos reales verificados noventa ó más dias antes de su publicacion, eximiendo á los que durante dicho término acudieran á inscribirlos del pago del derecho de hipotecas y de las multas en que acaso hubieren incurrido, debiendo solo satisfacer al registrador la mitad de los honorarios señalados á la inscripcion. El motivo que ha tenido la ley para la fijacion del espresado término de noventa dias no ha sido otro que el de evitar los abusos que á la sombra del indulto concedido por omisiones pasadas, pudieran acaso cometerse, defraudando al Estado de lo que debía percibir en virtud de adquisiciones recientes ó de las posteriores á la ley. Sin embargo, si las adquisiciones verificadas dentro de los dichos noventa dias fueren de aquellas que segun la antigua legislacion no debian inscribirse, gozarán de igual beneficio; pero si segun él, debieron registrarse, se estará entonces á lo que el antiguo derecho determinaba en cuanto á derechos, multas y honorarios del registrador.

Por lo demás, «las inscripciones de los antiguos registros surtirán en cuanto á los derechos que de ellos consten todos los efectos de las nuevas inscripciones, aunque carezcan de algunos de los requisitos que exigen los artículos 9 y 13 de la ley, bajo pena de nulidad y no se lleguen á trasladar á los nuevos registros (1).»

Ahora bien; «las inscripciones que se verifiquen en el mencionado plazo de un año no surtirán efecto en cuanto á tercero, sino desde su fecha, cualquiera que sea la de las adquisiciones ó gravámenes á que se refieran, si el derecho inscrito no constare de los títulos de propiedad al tiempo de su última adquisicion; pero si constare tal derecho en los títulos se retrotrae-

(1) Art. 307 del Reglamento.

rán los efectos de la inscripción á la fecha en que se haya adquirido por el dueño (1). Trascurrido el término del año, se podrán inscribir también los inmuebles ó derechos adquiridos antes de la publicación de la ley, pero tales inscripciones, aunque se refieran á derechos cuya existencia se acredite por los títulos de propiedad al tiempo de su adquisición, no perjudicarán ni favorecerán á tercero sino desde su fecha, y devengarán derechos y honorarios dobles de los que les estuvieren respectivamente señalados (2).» Este recargo de derechos contra los morosos tiene el propio objeto que las exenciones pecuniarias conebidas á los que dentro del término del año acuden á inscribir sus títulos y que no es otro que el de procurar por uno y otro medio que produzca la ley cuanto antes sus beneficios resultados.

Finalmente; concédese también á todos «aquellos que á la publicación de la ley tuvieron adquirido algun derecho de los que se pueden anotar preventivamente, según lo dispuesto en los números 1.º, 3.º, 4.º, 5.º y 7.º del artículo 42,» que transcribimos al tratar de las anotaciones preventivas, que puedan «pedir su anotación en el plazo del año señalado,» y se declara; «que la anotación que obtuvieren surtirá efecto desde la fecha en que debería tenerlo el acto anotado, con arreglo á la legislación anterior (3).» Después de dicho plazo, «también podrá hacerse la anotación; pero en ningun caso surtirá efecto sino desde su fecha (4).»

Los casos en que con arreglo á la ley, pueden los interesados pedir la anotación preventiva de sus títulos y que no obstante para el efecto de que nos ocupamos han sido exceptuados por el artículo 42 citado, se refieren: el primero, al que hubiere obtenido á su favor, antes de la publicación de la ley, «mandamiento de embargo que se hubiere hecho efectivo en bienes raíces del deudor.» El segundo, «al legatario que no tiene derecho, según las leyes, á promover el juicio de testamentaria;» y los demás, á aquellos en que se dá lugar á las anotaciones preventivas cuando por alguna de las causas seña-

(1) Art. 391 de la ley.

(2) Art. 392.

(3) Art. 393.

(4) Art. 393.

ladas por la ley no pudieren ser los títulos que se presentaren, definitivamente inscritos.

Ahora bien; por lo que respecta al primer caso, fundándose la ley en que sería altamente injusto otorgar un beneficio en perjuicio de tercero al que no reclamó la toma de razón en las antiguas contadurías de hipotecas de los embargos constituidos á su favor, por cuanto con su inacción impidió pudiese tener aquel conocimiento de dicho embargo, dispone: que «los mandamientos de embargo de que aun á su publicación no se hubiere tomado razón en los registros, conforme á lo dispuesto en la ley de enjuiciamiento civil, no surtirán efecto, en cuanto á tercero, sino desde la fecha de su anotación; pero sin perjuicio de lo dispuesto sobre enagenaciones hechas en fraude de acreedores (1).» Sin embargo, creemos que entrarán de lleno en las condiciones de la nueva ley y surtirán por tanto todos sus efectos, aquellos mandamientos de que no se hubiere tomado razón por ser de fecha tan sumamente reciente que hubiere faltado materialmente el tiempo para ello.

En cuanto al segundo caso, fúndase la ley para establecer la escepcion, en que al legatario que no tiene derecho á promover el juicio de testamentaria solo se concede el término de ciento ochenta dias para pedir la anotación y en que no hay razón alguna para otorgar el de un año á aquel que hubiere adquirido su derecho antes de publicarse la misma. Por ello ordena en absoluto «que dicho término empezará á correr desde la fecha en que principia á regir la ley (2),» lo que equivale á declarar que en ningun caso podrá esceder de los expresados ciento ochenta dias.

Por último, en cuanto á la escepcion del caso tercero basta simplemente atender á la índole especial de las anotaciones á que se refiere, para comprender desde luego que no puede haberse creado antes de la ley derecho alguno que requiera armonizarse con las prescripciones de la misma.

Terminada esta materia, réstanos para concluir el exámen de la nueva legislación hipotecaria, ocuparnos de sus disposiciones en órden á los libros de registro anteriores al nuevo

(1) Art. 395.

(2) Art. 394.

sistema y su relacion con los nuevos, lo cual será objeto del siguiente párrafo.

De los libros de registro anteriores al nuevo sistema hipotecario, y de su relacion con los nuevos.

Para conservar la integridad de los antiguos registros, cerrarlos y hacer el tránsito del antiguo al nuevo sistema ordenadamente y de modo que estén en relacion los antiguos libros con los nuevamente abiertos, ninguna precaucion ha parecido escesiva al legislador. De aquí que haya adoptado al efecto todas cuantas disposiciones ha creído necesarias para evitar toda suerte de amaños y falsificaciones.

El carácter elemental de esta obra no nos permite, sin embargo, descender al exámen de todos los pormenores y minuciosidades establecidas al efecto, y por tanto bastará á nuestro propósito hacer constar las principales de sus disposiciones.

Así, pues, diremos solamente: 1.º que «en toda inscripcion, anotacion preventiva ó cancelacion que se haga en los nuevos libros, de finca ó derecho inscrito bajo cualquier concepto, en los libros antiguos se citará el número, fólío y nombre del libro en que se halle dicho asiento (1).» 2.º que «al márgen de toda inscripcion estendida en los libros antiguos, que despues de cerrados se cancele en los libros nuevos, se pondrá una nota, espresando dicha cancelacion y el libro y fólío en que se halle (2),» y últimamente: 3.º que «los asientos que se hagan en los nuevos índices, relativos á fincas ó derechos inscritos en los libros antiguos, contendrán la cita del número, fólío y nombre del libro en que dichos asientos se hallen, además de la correspondiente á los libros nuevos (3).»

(1) Art. 415.

(2) Art. 414.

(3) Art. 416.

LECCION NONA.

DE LOS MAYORAZGOS.

Resumen.

§. I. Razon del método.—§. II. Naturaleza y origen de los mayorazgos.
 —§. III. Juicio acerca de las utilidades ó inconvenientes de su institucion.
 —§. IV. Innovaciones hechas en la legislacion que regia en esta materia.—
 §. V. Especies de mayorazgos en general.—§. VI. Definiciones y observa-
 ciones sobre cada una de ellos.—§. VII. Reglas para determinar el orden de
 sucesion en los bienes vinculados.—§. VIII. Casos y leyes relativas á su
 estincion.

§. I.

Razon del método.

Además de las modificaciones de la propiedad derivadas de las causas de que hemos hablado en las lecciones anteriores, existe tambien otra modificacion que produce la *vinculacion* de los bienes.

Por medio de esta institucion, que autorizaron en otro tiempo nuestras leyes, quedaban ligados á una série de personas determinadas los bienes en que se constituia, y esta traba ó gravámen con que se iban continuando en sus poseedores hacia que el propietario se viese privado de la facultad de disponer de ellos á su arbitrio, por prohibirsele en general su enagenacion, como asimismo de utilizarse de lo que pudieran producir, porque cediendo á la finca las mejoras hechas en ella, la inseguridad de poder sacar el capital empleado impedian que estas se ejecutaran, causándose por ello un daño á su poseedor.

Aunque, segun la legislacion actual, es de suponer que desaparezca del todo este gravámen, ó al menos que se reduzca la *vinculacion* solo á aquellos casos en que por razones de interés general convenga conservarla en cierta clase de personas llamadas á desempeñar algun cargo elevado de la

nacion, ó en ciertas corporaciones que necesitan de este medio para atender mas seguramente á su existencia, sin embargo, como, aun prescindiendo de estos casos, existen entre nosotros los efectos de la *vinculacion*, por estar tenidos los poseedores que lo eran de bienes vinculados al tiempo de restablecerse en 30 de Agosto de 1836 la ley de desvinculacion de 27 de Setiembre de 1820, á conservar en clase de tales la mitad que ha de pasar á sus sucesores por el orden de llamamientos, esta consideracion nos obliga á tratar en este lugar de las *vinculaciones*: principalmente de las establecidas en beneficio de los particulares, las cuales son conocidas en general con los nombres de *mayorazgos*.

Para hacerlo con el debido orden, y siendo necesario el conocimiento de las leyes antiguas, al menos para decidir las cuestiones que se promuevan con respecto á la sucesion, examinaremos esta materia en sus relaciones con la anterior y actual legislacion, haciendo ver la naturaleza y origen de los *mayorazgos*, innovaciones hechas en esta institucion, y las reglas que determinan el orden que ha de guardarse en cuanto al modo de suceder en ellos, que será la materia de la presente leccion.

§. II.

Naturaleza y origen de los mayorazgos.

La palabra *mayorazgo*, derivada sin duda de las latinas *mayor natu*, y usada en nuestra España desde los tiempos del Rey D. Enrique II, puede tomarse, ó por el derecho de suceder en los bienes vinculados, ó por el conjunto de estos mismos bienes, ó por la persona que los posee ó ha de heredarlos.

Nosotros la tomamos en este lugar en el primer sentido, y segun él, definiremos el *mayorazgo*, siguiendo al célebre *Molina* en su obra de Primog. Hisp., lib. 1, cap. 1, diciendo que es: *el derecho de suceder en los bienes dejados con la condicion de que se conserven integros perpétuamente entre los individuos de una familia, y pasen de unos á otros por orden sucesivo de primogenitura, ó por el que hubiere designado el fundador.*

Origen de los mayorazgos.

Su origen le derivan algunos del derecho de primogenitura de los hebreos, del cual hace mencion el cap. xxvii de Génesis, y al que se refirió el Rey D. Alfonso el Sábío al fijar en la ley 2.^a, tit. xv, Part. 2.^a, el orden de suceder en la Corona: pero como este derecho solo comprendia ciertas prerogativas de distincion, y nada aparece en él que diga relacion á la perpetuidad de los bienes en la familia por orden sucesivo, que es lo que constituye entre nosotros la verdadera naturaleza de los *mayorazgos*, no podemos admitir esta opinion.

Otros lo derivan de los *fideicomisos familiares* de los romanos, en los cuales, si bien encontramos alguna mayor analogia, en razon de observarse tambien en ellos cierta perpetuidad en la sucesion de los bienes en virtud de los llamamientos hechos por el testador, sin embargo, como esta perpetuidad no podia estenderse mas allá de la cuarta generacion, como dispone la Novela 159, ni gozaban los bienes dejados en un *fideicomiso familiar* de las propiedades de *indivisibilidad, orden de primogenitura, preferencia de sexo ó edad* y otras cualidades que han de considerarse en la sucesion de nuestros *mayorazgos*, no nos parece tampoco muy fundada esta opinion.

La mas probable es la que los hace derivar del *sistema feudal*, de cuya institucion hicimos mencion en la leccion 7.^a de la primera parte de esta obra.

En efecto, segun este sistema, además de los *feudos personales* que acababan con la persona del poseedor, habia otros que se llamaban *lineales*, los cuales por la muerte del primer poseedor del feudo pasaban sucesivamente á sus descendientes varones juntamente con las propiedades y rentas que los Reyes habian concedido para mantener el honor de esta dignidad; y como este sea propiamente el carácter de los bienes de *mayorazgo*, de aquí el poder considerar los *feudos* como el fundamento mas directo que se conoce de ellos.

No obstante esta mayor analogia entre *feudos* y *mayorazgos*, se ignora cuándo tuvo principio esta última institucion.

El Sr. Salazar de Mendoza, en su obra *Origen de las dignidades de Castilla*, lib. III, cap. VII, dice que en el reinado de D. Alfonso el Sábio existieron ya algunas fundaciones de *mayorazgos familiares*, como son: las de D. Luis y Don Juan, condes de Belmonte y Monforte, y la de D. Gonzalo Ibañez de Aguilar, ascendiente de los duques de Medinaceli: y el Sr. Rojas Almansa, en su obra, *De Incompat.*, Disp. 1.^a, Quæst. 6.^a, designa el año 1251 como principio de esta institucion.

Mas á pesar de estos ejemplos, es lo cierto que ni encontramos usada la palabra *mayorazgo* en aquella época, ni hubo tampoco leyes que regulasen el orden de sucesion de estas primeras fundaciones sino hasta el reinado de D. Enrique II, el cual, para remediar el daño ocasionado con sus demasiadas liberalidades, puso en su testamento una cláusula en la que aparece por primera vez usada dicha palabra al disponer: *Que los bienes que comprenden las donaciones hechas por él como premio de señalados servicios, los gocen las personas agraciadas á manera de MAYORAZGO, sucediendo en ellos el hijo mayor, si tuvieren descendencia; ó que muriendo sin hijos legítimos volvieren á la Corona.*

Quedó esta cláusula como olvidada por muchos años, y aunque los reyes D. Fernando y doña Isabel la mandaron observar como ley general por Real provision de 16 de Febrero de 1486, no se consiguió su observancia hasta el Rey D. Felipe II, segun consta en la ley 10, tít. XVII, lib. X, Novis. Recop.; habiendo sido aclarada despues por el Rey D. Felipe V en los términos que aparecen en la ley siguiente de este mismo título y libro.

No hay duda que si se hubieran atendido los juriconsultos de la época del Rey D. Enrique II á las palabras testuales de su disposicion testamentaria, hubiera conseguido la Corona indemnizarse fácilmente del daño causado por tantas liberalidades concedidas: pero no fué así, sino que al tomar la defensa de los que se veian apremiados á la restitucion de los bienes por faltalles el requisito para retenerlos, empezaron á hacer aplicacion de las doctrinas de las escuelas estrangeras sobre el principio de la perpetuidad de los *feudos*; y no obstante que la referida disposicion del Rey D. Enrique no per-

mitia estender la sucesion á otros que á los hijos mayores de los agraciados, comprendieron tambien entre ellos á los parientes trasversales.

De este modo se abrió paso á esta multitud de vinculaciones mayores, que, contra la intencion de nuestros reyes, fueron continuándose, dándose lugar en vista de este ejemplo á la institucion de otros *mayorazgos* mas limitados, que, á imitacion de los primeros, empezaron á fundar los particulares, con el solo objeto de perpetuar en su familia los bienes de que constaban, cuya práctica, no solamente fué aprobada por nuestras leyes, sino que además dejaron trazada estas la norma que hubiera de seguirse en las nuevas fundaciones, y declarados los puntos mas esenciales en el orden de la sucesion, como consta de las leyes 27, 40 y 41 de Toro, insertas en el tít. xvii, lib. x, Novisima Recopilacion.

Tal es, en breves palabras, el origen de los *mayorazgos* en España. Contra ellos se ha levandó un clamor general, y será preciso que veamos qué es lo que hay de cierto en estas declamaciones, de lo cual nos ocuparemos en el párrafo siguiente.

§. III.

Juicio acerca de las utilidades ó inconvenientes de los mayorazgos.

Es doctrina comun entre los publicistas que la vinculacion de bienes, ora en una familia, ora en un establecimiento ó corporacion, es un mal muy grave para el Estado, fundándose en que la *vinculacion* saca la propiedad territorial del comercio ó circulacion, la encadena á la perpétua posesion de ciertos cuerpos y familias, con exclusion absoluta de todos los que no sean del número de sus individuos, y en alguna manera la estingue y anonada, privándola de aquella especie de vida que adquiere cuando pasa libremente de mano en mano sin ningun género de traba.

Cierto es que son tales los efectos que produce la *vinculacion*: pero á pesar de ello, no creemos que estos sean bastantes para condenarla en términos tan generales como se propone, por mas que en apoyo de esta doctrina se quiera citar la ley de 1.º de Mayo de 1855, en la que se decretó la mas amplia desamortizacion.

En efecto, aun supuesto que continúe la observancia de esta ley, como es de esperar, en razon de haberse levantado la suspension acordada por Real decreto de 14 de Octubre de 1856, y haber desaparecido los obstáculos que presentaba su aplicacion á los bienes de la Iglesia, á consecuencia del Convenio celebrado entre el Sumo Pontifice Pio IX y S. M. la Reina en 25 de Agosto de 1859; todavia encontraremos en ella razones que persuaden la necesidad de la *vinculacion*; pues además de exceptuar el legislador cierta clase de bienes á que no alcanzan los efectos de esta ley, se reservó la facultad de declarar otros como tales, si hubiere algun motivo grave para ello, como se dispone en su artículo 1.º

Si pues el mismo legislador reconoce motivos justos para continuar en algunos casos la *vinculacion*, será cierto el decir que por lo menos en ellos será útil y conveniente la amortizacion.

Però ¿cuáles son estos casos? A nosotros nos parece que puede muy bien permitirse la de los bienes siguientes:

1.º La de bienes eclesiásticos en cantidad suficiente para el sostenimiento de cada iglesia y el de los ministros ascritos á ella.

2.º La de los bienes de beneficencia, designándose un valor mayor ó menor, segun las necesidades ordinarias de cada Establecimiento.

3.º La de una parte de los bienes de aquellos á quienes en premio de sus servicios prestados al Estado se les concediera algun título de Grandeza ú otra cualquiera distincion, cuya memoria debiera perpetuarse para estímulo de las grandes acciones.

En ninguna de estas *vinculaciones* bien dirigidas encontraremos el daño que se atribuye á la amortizacion en general.

1.º Porque en la misma ley de 1.º de Mayo de 1855 se reconoce el principio de la *vinculacion* con el hecho de disponer la emision, á favor de las iglesias y establecimientos pios, de inscripciones *intransferibles* de la deuda consolidada del tres por ciento, por el capital equivalente al producto de los bienes que se han mandado enagenar.

2.º Porque reconocida la *vinculacion* como único medio para tener aseguradas las atenciones relativas á cada uno de

los espresados objetos, como se infiere de la cualidad de *intransferibles* que han de tener los mencionados títulos, debe precisamente reconocerse la necesidad de haber de realizarse en aquella clase de bienes que mas garantías y seguridades ofrezcan; y los documentos de crédito contra el Estado no son ciertamente los más adecuados para proporcionar esta seguridad; habiendo acreditado la esperiencia que, por motivos de graves y urgentes necesidades, no se han cumplido á las veces obligaciones tan sagradas como las dos indicadas, bastando tener á la vista lo ocurrido á principios de este siglo, en que tambien á consecuencia de ciertas disposiciones del gobierno, segun es de ver en las leyes 16 y 18, tit. xvii, lib. x, Novísima Recopilación, se procedió á la venta de muchos bienes vinculados, dando en cambio de su precio *vales consolidados*, y el resultado fué haber perdido los Establecimientos á la vez una porcion de capitales fincados, y los rendimientos que la nacion no ha podido satisfacer.

3.º Porque de hecho puede muy bien verificarse la vinculacion de bienes en las familias, continuando radicados en ellas por muchas generaciones, sin que la falta de circulacion sea obstáculo para darles aquella fuerza de produccion que constituye la verdadera riqueza.

4.º Porque, aun suponiendo que se causaran los daños que en teoria se proponen, quedan estos ventajosamente compensados con las utilidades que resultan de la vinculacion de ciertos bienes á favor de los tres objetos arriba indicados; no pudiendo además ignorar nadie que no hay bien alguno á que pueda llegarse sin caminar entre una multitud de dificultades.

Por todas estas y otras razones que omitimos por no ser propia de nuestro objeto esta discusion, nos parece muy conforme que se permita la vinculacion de bienes en los dos primeros casos, aunque con las limitaciones que se crean convenientes, y que se estienda además al caso en que para perpetuar la memoria esclarecida de alguno le hubiera condecorado S. M. con el título de *duque*, *marqués*, etc., ó fuera llamado á desempeñar algun cargo elevado de la nacion con derecho en los sucesores para continuar en él, segun ya hicimos ver en las Colecciones 7.ª, párrafo VII, y 27, párrafo X, de la primera parte de nuestra obra.

Fuera de estos casos, debe considerarse como perjudicial cualquiera otra clase de *vinculacion*, y como tal reputamos la de los bienes *de propios de los pueblos* y la de los *establecimientos de instruccion*, como igualmente la que se verificaba con arreglo á las leyes antiguas con motivo de las fundaciones de *mayorazgos familiares*, sin otro título que el de la conservacion de bienes entre aquellas personas que designaba el fundador.

Los males que particularmente experimentaba el Estado de estas últimas vinculaciones, obligaron al legislador á adoptar algunas medidas para contenerlos, las cuales, habiéndose ampliado en lo sucesivo, han llegado á constituir una legislación especial, cuyos fundamentos referiremos en el párrafo siguiente, apuntando únicamente las innovaciones que desde el rey Don Carlos IV se han hecho en la vinculacion de los bienes de *mayorazgos*.

§. IV.

Innovaciones hechas en la legislación en materia de mayorazgos.

Así como sostenemos francamente la utilidad de las vinculaciones en los casos expresados en el párrafo anterior, del mismo modo condenamos como altamente perjudicial á los derechos de la sangre y al interés social la vinculacion producida con motivo de la fundacion de un *simple mayorazgo*.

No nos detendremos en referir uno por uno los perjuicios que se causaban con esta institucion, principalmente desde fines del siglo XV, en el que, como en irrupcion, corrieron á sepultar sus bienes en un abismo todas las familias que podian reunir una mediana fortuna; baste decir que ella quitaba para siempre á la propiedad sus dotes mas preciosos, que son la comunicabilidad y trasmisibilidad, y á fuerza del sacrificio de los mas sagrados afectos, se beneficiaba en cada generacion á un individuo de la familia, dejando reducidos á la pobreza á todos los demás que la forman.

Males de tanta trascendencia no pudieron menos de llamar la atencion de nuestros reyes así que se les fueron espuestos por personas celosas de nuestras glorias; y para contenerlos empezaron á dictar algunas providencias dirigidas ante todo á

restringir la libertad y facilidad con que se constituían los mayorazgos.

A esta clase pertenecen las siguientes disposiciones:

1.^a El Real decreto de 14 de Abril de 1789, ó ley 12, título xvii, lib. x, Novis. Recop., en la que el rey D. Carlos III, y mas ciertamente el rey D. Carlos IV, mandó que en lo sucesivo no se fundara ningun mayorazgo sin Real licencia, cuando hasta entonces solo se exigia en el caso de vincularse las legítimas de los hijos, como consta de la ley 11, tit. vi, lib. x, Novis. Recop.; ni que tampoco pudiera concederse el Real permiso sino á consulta de la Real Cámara, ante la cual se justificare que el mayorazgo llegaba á lo menos á tres mil ducados de renta; que la posicion de la familia del fundador era tal que pudiera aspirar á esta distincion, y que la mayor parte de los bienes consistian en efectos de rédito fijo, como censos, acciones de Banco, etc., bajo pena de nulidad en caso contrario, y con derecho en los parientes para suceder en dichos bienes.

2.^a El Real decreto de 21 de Agosto de 1795, ó ley 14 de dicho titulo y libro, imponiendo el quince por ciento sobre el total importe de los bienes que en adelante se vincularan, ó en los que de cualquier modo se prohibiera su enagenacion, escepto si fueran fondos impuestos sobre la Real Hacienda ó en los cinco gremios mayores de Madrid, segun resolucion del Consejo de 8 de Octubre de 1802, ó ley 15, tit. vi, lib. x, Novis. Recop.; cuya contribucion, fuera de los casos esceptuados, dispuso el rey D. Fernando VII que se aumentara al veinticinco por ciento.

3.^a Las leyes desde la 16 al 20 del mismo titulo y libro, en las cuales se concede á los poseedores de mayorazgos la facultad de enagenar los bienes de sus dotaciones, y aun la de comprarlos ellos, guardándose en uno y otro caso las condiciones y formalidades que en dichas leyes se espresan.

Mucho se adelantó con estas disposiciones: pero ninguna mas eficaz para curar de raiz el mal que ocasionaba esta institucion que el decreto de las Cortes de 27 de Setiembre de 1820, sancionado como ley en 11 de Octubre del mismo año. A consecuencia de esta ley y sus aclaraciones de 15 y 19 de Mayo y 19 de Junio de 1821, no solo se impidió el aumento

de los mayorazgos, por prohibirse en ella que pudiera nadie en lo sucesivo fundar vínculos bajo ningún pretexto, ni impedir directa ni indirectamente la enagenacion de bienes determinados, sino que quedó abierto el camino para que en la siguiente generacion quedaran estinguidos los mayorazgos, por concederse en ella á los actuales poseedores la facultad de disponer libremente de la mitad de los bienes vinculados, pasando la otra mitad al inmediato sucesor, en cuyas manos se hace ya enteramente libre.

La reaccion política de 1823 impidió el que se sacara la utilidad que se esperaba de una disposicion tan capital, pues habiéndose anulado, en 4.º de Octubre de este año todos los actos del gobierno constitucional, y espeditose además una Real cédula en 11 de Marzo siguiente, rescindiendo todas las ventas que se habian hecho de los referidos bienes, volvieron otra vez los mayorazgos al estado que tenian antes de la ley de 7 de Cortés de 1820.

En este estado continuaron hasta la muerte del rey Don Fernando VII, sin que á pesar de las reclamaciones de los que á consecuencia de dicha Real cédula habian devuelto los bienes vinculados, comprados bajo la salvaguardia de una ley, pudieran lograr ninguna indemnizacion.

La Reina regente del reino, penetrada de la justicia de estas reclamaciones, trató de poner remedio á este mal, y para ello, por Real decreto de 23 de Octubre de 1833, no solo dejó sin efecto la mencionada Real cédula, sino que mandó á los de su Consejo que le propusieran los medios de reducir á términos de conciliacion, equidad y justicia las restituciones que, en virtud de la citada disposicion de 11 de Marzo de 1824, se al habian efectuado hasta entonces con daño de los compradores y lucro de los vendedores, ó de los que les habian sucedido en los mayorazgos; lo cual no tuvo efecto hasta el 9 de Junio de 1835, en el que se publicó la ley dada en Cortés acerca del modo de reintegrar á los que, habiendo comprado en los años desde el 1820 al 1823 bienes vinculados, los habian devuelto en virtud de dicha Real cédula.

Por Real decreto de 30 de Agosto de 1836 se restableció la ley de 27 de Setiembre de 1820, sancionada por S. M. en 11 de Octubre de dicho año, y juntamente las aclaraciones

arriba citadas relativas á la *desvinculacion*; reservando para las próximas Córtes determinar lo conveniente sobre las desmembraciones que por *donaciones* ó por otro cualquier título traslativo de dominio se hicieron en los *mayorazgos* mientras estuvo vigente la ley de 27 de Setiembre de 1820; pero quedando en salvo los convenios ó transacciones que hicieran los interesados á consecuencia de la ley de 9 de Junio de 1835.

Hasta el 19 de Agosto de 1841 no se publicó la ley á que se refiere el anterior Real decreto, la cual se hace preciso consultar con detencion para que se puedan distinguir bien los electos de dichas desmembraciones en cada uno de los casos que en ella se citan.

Además de las disposiciones relativas á la desvinculacion civil, aparece otra ley de desamortizacion de los bienes pertenecientes á *capellanias colativas* y á otras semejantes fundaciones piadosas familiares, publicada igualmente en 19 de Agosto de 1841, la cual, aunque fué derogada por Real decreto de 30 de Abril de 1852, y restablecida después por otro de 7 de Febrero de 1855, volvió otra vez á quedar sin efecto, al menos interinamente, por haberse suspendido de órden del Gobierno los efectos de este último decreto, segun aparece del que se publicó en 28 de Noviembre de 1856, en el que se dispuso que quedaran en suspenso los juicios y reclamaciones que se hubieran intentado, así respecto á la division de estos bienes como sobre el derecho de suceder en ellos, y que no se admitiesen demandas de esta clase en los tribunales hasta nueva providencia.

En el día continúa la misma suspension; pues á causa de la índole y destino peculiar de estos bienes, y de los diferentes derechos que en ellos radican, dejó de darse una resolucion definitiva acerca de ellos en el Convenio celebrado entre la Santa Sede y S. M. Católica, en 25 de Agosto de 1859, aplazándose esta para otro convenio particular, segun espresa el artículo 40 de este documento.

Por la breve aunque completa reseña que acabamos de hacer de las innovaciones introducidas en esta parte de legislacion, puede venirse en conocimiento que, estando prohibida la fundacion de *vinculaciones*, no tienen ya aplicacion en la actualidad las leyes antiguas sobre el *modo de fundar mayoraz-*

gos, personas que lo podian hacer, bienes que pudieran vincularse, y facultad para revocarlos ó no despues de fundados: pero si que tienen todavia aplicacion las leyes antiguas sobre el modo de suceder en ellos, en razon de haberse de conservar en los actuales poseedores como vinculada la mitad de los bienes, la cual ha de pasar á los legítimos sucesores en reconocimiento de los derechos que tenian adquiridos al publicarse la ley de desamortizacion.

Mas como estas leyes de sucesion no pueden aplicarse con seguridad sin que se sepa la clase á que pertenece el mayorazgo, será preciso dar antes alguna idea de sus especies mas conocidas, lo cual será la materia del párrafo siguiente.

§ V.

Especies de mayorazgos en general.

Para determinar fácilmente las especies de mayorazgos, los dividen primeramente los autores en regulares é irregulares. Se entiende por MAYORAZGO REGULAR aquel para cuya sucesion son llamadas las personas por el orden prescrito en la ley 2.^a, tit. vx, Part. 2.^a para suceder en la Corona de España.

Tal sería si el fundador llamase al hijo mayor varon y á sus descendientes legítimos, prefiriendo siempre el mayor al menor y el varon á la hembra; y á falta del hijo mayor y de sus descendientes al hijo segundo y sus descendientes por el mismo orden, y á falta de hijos y sus descendientes al mas cercano pariente trasversal que tuviere el último poseedor.

MAYORAZGO IRREGULAR es aquel que en la forma, modo ú orden de suceder, se aparta del que ha de observarse en la sucesion de la Corona de España, segun la ley de Partidas citada.

Como el modo de suceder en esta segunda especie de mayorazgos depende en un todo de la voluntad del fundador, y esta puede esplicarse de muy distintas maneras, no será fácil describir las varias clases en que pueden dividirse los mayorazgos irregulares.

Sin embargo, los que los autores suelen referir como mas comunes son los siguientes:

- 1.º De agnacion verdadera ó rigurosa.
- 2.º De agnacion fingida.
- 3.º De masculinidad.
- 4.º De femineidad.
- 5.º Electivos.
- 6.º Alternativos.
- 7.º Saltuarios.
- 8.º De segundo genitura.
- 9.º Incompatibles.

De cada una de estas especies daremos una sucinta idea en el párrafo siguiente.

§. VI.

Breve idea de los mayorazgos irregulares.

El primero de entre las enunciadas clases es el MAYORAZGO DE RIGUROSA AGNACION, por el cual entendemos *aquel para cuya sucesion son admitidos únicamente los varones descendientes del fundador de varon en varon sin mediar hembra alguna.*

Segun aparece de esta definicion, es circunstancia precisa en este mayorazgo la sucesion de varon en varon: mas habiéndose suscitado varios pleitos alegando las mujeres su derecho para suceder, fundado en las leyes de sucesion en la Corona, declaró el rey D. Felipe III, por Real pragmática de 15 de Abril de 1615, ó sea ley 8.ª, tit. xvii, lib. x, Novis. Recop., que desde este año en adelante pueden suceder las hembras con preferencia á los varones si fuesen ellas de mejor linea y grado, no debiéndose tener por escludidas sino cuando los nuevos fundadores lo declarasen espresa y literalmente.

MAYORAZGO DE AGNACION FINGIDA es *aquel para cuya sucesion es llamado por el fundador primeramente un cognado suyo, ó un extraño, ó una hembra, previniendo que sucedan al primer nombrado los hijos y descendientes de la persona llamada, de varon en varon.*

Se llama este mayorazgo de *agnacion fingida*, porque el fundador que no la tenia propia para perpetuar sus bienes, la

ingia, exigiendo que los poseedores llevasen siempre su apellido.

Se entiende por **MAYORAZGO DE MASCULINIDAD** *aquel á cuya sucesion son llamados solamente los varones, sean agnados ó cognados; ó sin distinguir si proceden de varón ó de hembra.*

En este mayorazgo se ha de tener tambien presente que desde el año 1615 en adelante, no se entienden escluidas las hembras de la sucesion si el fundador no las escluyó espresamente.

MAYORAZGO DE FEMINEIDAD es *aquel en que, ó solamente pueden suceder las hembras, ó son preferidas estas á los varones.*

Este mayorazgo, segun resulta de la definicion, es de dos clases, á saber: de *femineidad propia* y *femineidad impropia*.

En el primero han de ser siempre *hembras* las que sucedan; debiendo advertir que si al llamarlas el fundador dijese que habian de ser hembras de hembra, entonces se le dará el nombre de *contraria agnacion*; pero si solo se exigiese que fueran hembras, ora procedan de varón ó de hembra, se llamará de *contraria masculinidad*.

En el de *femineidad impropia*, aunque se funde en favor de hembras, pueden suceder los varones, si el poseedor no tuviese hijas ó descendientes de este sexo.

MAYORAZGO ELECTIVO es *aquel cuyo poseedor tiene facultad del fundador para elegir por sucesor á quien quiera de sus hijos, y en su defecto al pariente suyo que mejor le parezca, si es de la familia del fundador.*

En él solo hay que observar que si el poseedor muriere sin haber hecho la eleccion, pasará la sucesion á quien corresponda, segun el órden prescrito en un mayorazgo *regular*, á no ser que el fundador hubiera prescrito otra cosa para este caso.

MAYORAZGO ALTERNATIVO es *aquel á cuya sucesion llama el fundador á uno de una linea para los dias de su vida, y despues de su muerte á otro de otra linea, mandando que sucesivamente continúe siguiendo esta alternativa entre los parientes de las lineas llamadas.*

MAYORAZGO SALTUARIO es *aquel para cuya sucesion son*

llamadas por orden sucesivo las personas que tuvieren la circunstancia particular que espresó el fundador.

Así, por ejemplo, si el fundador llamase para cada sucesion al que tuviere mas edad de entre los individuos de su familia ó parientes, se buscará el que reuna esta circunstancia, y este será el sucesor en cada vacante que hubiere.

MAYORAZGO DE SEGUNDO GENITURA propiamente es *aquel á cuya sucesion son llamados espresa y perpétuamente los hijos segundos de los últimos poseedores.* Mas en sentido impropio puede comprenderse *aquel que, habiéndose fundado en la cabeza de un hijo segundo, sigue despues en los sucesores por el orden regular de sucesion, ó tambien aquel en que, no obstante de ser llamados los segundogénitos, no por ello se escluyen los primogénitos siendo únicos.*

MAYORAZGO INCOMPATIBLE es *aquel que no puede estar juntamente con otro en una misma persona.*

Este se divide en tantas clases cuantas son las causas de la incompatibilidad, y como la primera causa que generalmente se presenta es el haberlo determinado así la ley ó la voluntad del fundador, de aqui, la primera division que se hace de estos mayorazgos en *incompatibles por la ley, é incompatibles por el fundador.*

Llamamos incompatibilidad por la ley la que se deriva de la ley 7.^a, tit. xvii, lib. x, Novis. Recop., la cual prohibe que se unan por razon de matrimonio dos mayorazgos de los cuales tuviera el uno la renta anual de dos cuentos de maravedises, ó sean *cincuenta y ocho mil ochocientos veinte y tres reales.* En este caso, continúa dicha ley, han de dividirse entre los hijos, dando al primogénito la eleccion, y pasando el otro al segundogénito.

Incompatibilidad por el fundador es la que dimana de la voluntad de este, ora sea espresa, ora tácita. Será *espresa* cuando se manifiesta con palabras claras y terminantes, y *tácita* cuando así aparece de las condiciones ó gravámenes puestos en la fundacion.

Además puede ser la incompatibilidad *personal ó lineal; absoluta ó respectiva; para adquirir ó para retener.*

La *personal* es la que se impone solamente á la persona, pero no impide el que lo posean los otros parientes de su línea.

La *lineal* es la que impide, no solo que el poseedor de un mayorazgo tenga otro, sino que tambien estiende la prohibicion á todos los parientes de su línea.

Absoluta es aquella por la que se prohíbe al poseedor de un mayorazgo el que tenga otro de cualquier género y calidad que fuese.

Respectiva la que impide solamente que un mayorazgo se junte con otros que espresamente se determinan.

Finalmente, la incompatibilidad *para adquirir* es aquella por la que se prohíbe al poseedor de un mayorazgo que pueda adquirir otro, y la denominada *para retener* la que impide al poseedor, no el adquirir otro que pueda tambien perterecerle por la sucesion, sino el retener á un mismo tiempo los dos, debiendo en este caso renunciar á uno de ellos en el término de dos meses.

En cada una de las clases espresadas, bastaria atender á las cláusulas de la fundacion para saber el modo que quiso el fundador que debiere observarse en cuanto á la sucesion y sus efectos; pero como muchas veces no conste suficientemente determinado lo uno y lo otro, será preciso tener presente ciertas reglas que espondremos á continuacion.

§. VII.

Reglas para determinar en ciertos casos el orden de suceder en los mayorazgos, y sus efectos.

Esplicada la naturaleza de los mayorazgos en general y la de cada una de sus especies, solo falta que se propongan algunas reglas para poder decidir las cuestiones que se promovieren entre sus poseedores.

Estas pueden versar sobre uno de los objetos ó puntos siguientes:

- 1.º Personas que intervienen en la fundacion y sucesion de los mayorazgos.
- 2.º Clase de bienes á que podia estenderse la vinculacion.
- 3.º Modo de probarse la existencia de esta.
- 4.º Efectos que produce despues de constituida.

Personas que intervienen en la fundacion y sucesion de los mayorazgos.

Antes de la supresion de las vinculaciones habia que considerar las personas que podian fundar mayorazgos y las que podian suceder en ellos.

En la actualidad solo debemos ocuparnos de las personas que tienen derecho á la sucesion, y no de un modo ilimitado, sino circunscribiendonos, cuando se tratare de suceder en los bienes, á solo los parientes inmediatos de los últimos poseedores; reservando para cuando se trate de la sucesion en los títulos y otras prerogativas de honor, que acaso estuvieran anejas al mayorazgo, el estender este derecho á las demás personas, en razon de haber de guardarse para su obtento y ejercicio el mismo orden de sucesion prescrito en las concesiones de estas gracias, ó el que constare por las escrituras de fundacion ó en otro qualquier documento, segun así aparece del art. 13 de la ley de 27 de Setiembre de 1820.

Bajo este supuesto para determinar las personas que pueden suceder en los bienes reservados al inmediato sucesor por la citada ley, se observará lo que la legislacion antigua tenia dispuesto; sirviendo como de base ó fundamento para la sucesion de los mayorazgos lo determinado en la ley 2.^a, título xv, Part. 2.^a que trata del orden de suceder en la Corona de España, á no ser que otra cosa se hubiera dispuesto por el fundador.

Tambien se observará la legislacion antigua en el caso de concurrir dos ó mas personas pretendiendo tener derecho á la adquisicion del vínculo, sirviendo de regla para determinar la preferencia entre ellas las circunstancias siguientes, á saber: 1.^a, la *línea*: 2.^a, el *grado*: 3.^a, el *sexo*: 4.^a, la *edad*.

La línea será la del último poseedor, excepto en los mayorazgos alternativos; de modo que existiendo parientes de esta línea son preferidos en la sucesion con exclusion de los demás que no pertenecen á ella.

Si hubiera varios de una misma línea, deberá entonces atenderse al *grado de parentesco en que estuvieren con el último poseedor*; y en su consecuencia el mas próximo pariente de este escluirá á los de grado mas remoto, salvo el derecho

de representacion que indefinidamente conceden las leyes 2.^a, tit. xv, Part. 2.^a, y 5.^a, y 9.^a, tit. xvii, lib. x, Novísima Recopilacion, tanto en la línea *recta* como en la *transversal*, mientras el fundador no hubiere dispuesto lo contrario *expresa y literalmente*, según añade la última ley citada.

Si fueren de una misma línea y grado deberá atenderse al *sexo á que pertenezcan dichas personas*: siendo preferido entonces el varón á la hembra, sin derecho en esta para suceder no estando escluida espresamente por el fundador, sino en el caso de ser de mejor línea y grado que el varón, según lo declarado en la pragmática de 15 de Abril de 1815, ó sea ley 8.^a, tit. xvii, lib. x, Novis. Recop.

Finalmente, si los que concurren pretendiendo tener derecho fueren iguales en línea, grado y sexo, *debe preferirse al que esceda á otros en edad*.

Mas para que tenga lugar la prelación en los términos manifestados, es necesario que sean las personas de legítimo nacimiento, entendiéndose por tales, no solo los nacidos de matrimonio *legítimo*, sino aun tambien los de *putativo* ó de aquel en que uno de los cónyuges ó los dos ignoren el impedimento que tenían para contraer, como lo esplica la ley 1.^a, tit. xiii, Part. 4.^a

Si fueran ilegítimos, quedan escluidos de la sucesion, á no ser que se legitimaran por subsiguiente matrimonio, entendiéndose el derecho de suceder en este caso desde el casamiento de los padres; por manera que si despues de nacido el hijo ilegítimo el padre casara con otra mujer que aquella de quien lo hubo, y tuviera de este matrimonio un hijo legítimo, este, aunque menor en edad que el ilegítimo, será el que suceda en el mayorazgo, por mas que el otro que es mayor, se hubiera ya legitimado.

Los ilegítimos por rescripto del Principe son escluidos de la sucesion mientras existan parientes legítimos del fundador.

Los arrogados y los simplemente adoptivos nunca suceden.

Sabidas las personas que tienen derecho á la sucesion de un mayorazgo, veamos á qué clase de bienes se estiende.

Clase de bienes á que se estienda la vinculacion.

La clase de bienes á que se estendia la vinculacion antes de la ley de 27 de Setiembre de 1820, eran todos aquellos que constaban en la fundacion, juntamente con las mejoras que hubiesen adquirido, cualesquiera que fuesen los prédios en que se hubieran hecho; pues si bien es cierto que la ley de Toro, ó sea la 6.^a, tít. xvii, lib. x, Novis. Recop., solo hace mencion de las que se refieren á las hechas en las *fortalezas, cercas y edificios*, los autores y comentadores del derecho, sin embargo, amplian esta doctrina á las hechas tambien en los prédios rústicos, fundándose en que, además de no haber razon alguna para distinguir unos bienes de otros, serian grandes los perjuicios é inconvenientes que se seguirian si se exigiesen las hechas en estos últimos prédios.

En la actualidad solo queda vinculada para los inmediatos sucesores la mitad de los bienes que constituian el mayorazgo al tiempo de la publicacion de la ley de desvinculacion, con tal que conste de la existencia de la vinculacion por alguno de los modos legales.

Modos de probar la existencia del mayorazgo.

Esta puede probarse por tres medios:

1.^o Por la *escritura de fundacion* y de la licencia obtenida, en los términos que prescribe la ley 12, tít. xvii, lib. x, Novis. Recop.

2.^o No encontrándose este documento, podrá probarse por medio de *testigos* que declaren haber visto la escritura y estar enterados de su contenido.

3.^o A falta de lo uno y lo otro, puede servir la *prescripcion inmemorial*, acreditada esta con testigos que afirmen con juramento que por espacio de cuarenta años han visto y tenido aquellos bienes por vinculados, y que así lo oyeron decir á sus mayores y ancianos que lo vieron y oyeron tambien de sus antecesores, además de ser así público y notorio entre los moradores del pueblo, segun dispone la ley 1.^a, tít. xvii, libro x, Novis. Recop.

Probada la existencia de la vinculacion, solo falta que examinemos sus efectos.

Efectos de las vinculaciones despues de constituidas.

A dos clases podemos reducir los efectos que produce la vinculacion de los bienes, á saber: unos que se refieren á los derechos de los poseedores y sus sucesores, y otros á sus obligaciones.

Derechos de los poseedores

Estos son tres:

1.º Adquirir la posesion del vinculo por *ministerio de la ley* inmediatamente que falte el último poseedor: esto es, pasar á la persona llamada por el fundador la posesion natural y civil de todos los bienes vinculados, y actualmente de la mitad de ellos, sin ningun acto de aprehension corporal; de modo que, aun cuando el sucesor estuviere ausente ó lo ignorase, ó fuera infante, furioso, mentecato ó póstumo, ó que otro hubiera tomado la posesion no siendo llamado, no por ello queda perjudicado el legitimo sucesor; que de aquí viene el llamar los jurisconsultos *civilissima* á esta clase de posesion. Ley 1.ª, tit. xxiv, lib. xi, Novis. Recop.

Esto no impide el que, disputándose sobre la pertenencia del mayorazgo, se pida la posesion real por medios que las leyes hayan establecido, los cuales, aun cuando en lo antiguo se utilizaban por medio del juicio llamado de *tenuta*, que venia á ser *un juicio misto de posesorio plenario y petitorio, tenido ante el Consejo*, en el día ha cesado ya por el Reglamento provisional de administracion de justicia; debiendo utilizarse el interdicto posesorio ante los jueces de primera instancia, que son los que conocen en este grado de todos los pleitos que se promovieren en su partido judicial.

2.º No poderse prescribir sus bienes sino por tiempo inmemorial, segun sostienen muchos autores, y entre ellos el célebre Molina en su obra de Primog. Hisp., el cual, en el lib. iv, cap. x, adopta esta opinion, fundándose en que el haber pasado tanto tiempo sin reclamacion de ninguna clase por parte de los que podian tener interés en considerar los bienes como vinculados, hace presumir que concurrió todo lo necesario para su enagenacion.

3.º No estar obligado el poseedor á pagar las deudas de su

antecesor, porque el sucesor no adquiere los bienes por derecho hereditario, sino por derecho de sangre, á no ser que se hubiesen contraído por efecto de necesidad para la conservacion del mismo mayorazgo, que entonces deberá abonarlas, asi como tambien tendrá esta obligacion el que hubiere sucedido al fundador, por haber entrado en la posesion de dichos bienes por título de herencia.

No obstante, en la actual legislacion, la mitad que se reserva al inmediato sucesor nunca será responsable á las deudas contraídas ó que se contraigan por el poseedor, segun así está declarado en el artículo 2.º de la ley de 27 de Setiembre de 1820.

Obligaciones de los poseedores de los mayorazgos.

A tres pueden reducirse estas, del mismo modo que los derechos, á saber:

1.^a Haber de cuidar de los bienes vinculados como un buen padre de familias, obligándoseles en caso contrario á pagar los desperfectos, y además satisfacer todas las cargas reales que van anejas á ellos, inclusa la de haber de suministrar alimentos al sucesor.

2.^a No poder dividir los bienes del mayorazgo ni en el todo antiguamente, ni en la mitad que ha quedado ahora vinculada en los poseedores que lo eran al tiempo de publicarse la ley de desvinculacion, á no ser en el caso de haber nacido dos ó mas de un parto siendo de un mismo sexo, y no constara cuál habia nacido primero.

3.^a No enagenarlos, escepto con *justa causa* y con las formalidades que prescribe la ley. Será *causa justa*, por ejemplo, el interés público ó la utilidad del mismo mayorazgo; y las formalidades son el haberse de obtener la Real licencia con citacion del inmediato sucesor.

Con los antecedentes que hemos sentado podrá venirse en conocimiento de las reglas que segun la legislacion vigente deben tenerse presente para determinar el orden de suceder en los bienes vinculados, mientras no llegue el caso de quedar estos enteramente libres, ó de haberse estinguido el mayorazgo.

Cuando tiene lugar la estincion, y qué leyes se dieron

para disminuir los daños que se notaban en esta clase de vinculaciones hasta llegar á su abolicion, lo haremos ver brevemente en el párrafo siguiente.

§. VIII.

Modos cómo se estinguen los mayorazgos.

Los mayorazgos se estinguen, ó por *disposicion del fundador*, ó por *la ley*.

Por el *fundador* se estinguan antiguamente en dos casos:

1.º Cuando así lo disponia este, señalando alguna circunstancia sin la cual no pudiera existir la vinculacion.

2.º Cuando sin haberla designado, solo llamara á la sucesion á los parientes de una linea, y faltase el último pariente de la linea llamada, segun afirman algunos comentadores; si bien otros sostienen que aun en este caso continuaba el mayorazgo en los parientes de las demás lineas.

Prescindiendo de esta cuestion, por ser rara actualmente su aplicacion, lo que no tiene duda es que despues de instituido el mayorazgo podia el fundador revocarlo, añadir y variar los llamamientos, á no ser que habiéndolo instituido por *contrato* hubiese prometido con juramento de no hacer ninguna variacion, ó hubiese dado la posesion de los bienes al primer llamado, ó le hubiera entregado la escritura ante escribano, ó le hubiere fundado por causa onerosa con un tercero; en cuyos casos nada podia ya hacer si no se hubiese reservado esta facultad.

Por *disposicion de la ley* se estinguan los mayorazgos creados á consecuencia de donaciones Reales, faltando pariente legitimo de la linea del donatario, como lo dispusieron las leyes 10 y 11, tít. xvii, lib. x, Novis. Recop.

Fuera de este caso encontraremos en el mismo título varias leyes que tendian á la estincion de los mayorazgos, como son, entre otras, la 16, 18 y 19, en las que se permite la enagenacion de los bienes vinculados con las condiciones que en ellas se espresan; pero de todas estas disposiciones la que mas directamente tiende á su completa estincion es la ley de 27 de Setiembre de 1820, cuyas alternativas en cuanto á su obser-

LECCION DÉCIMA.

DE LOS MODOS NATURALES DE ADQUIRIR
LA PROPIEDAD.

Resumen.

§. I. Razon del método.—§. II. Requisitos en general para adquirir la propiedad.—§. III. Clases en que se dividen los modos por los que esta se adquiere.—§. IV. Naturaleza de la *ocupacion*.—§. V. Idea en general de la que se verifica por la caza y pesca.—§. VI. Doctrina del derecho sobre esta clase de ocupacion.—§. VII. Explicacion de la que se obtiene por la invencion ó hallazgo.—§. VIII. Naturaleza de la *tradicion*, y su necesidad en ciertos casos para adquirir el dominio.—§. IX. Sus clases, é idea de cada una de ellas.

§. I.

Razon del método.

Explicada la naturaleza de la propiedad y sus modificaciones, para que el hombre pueda ejercer con mas ó menos latitud los derechos que son inherentes á ella, es necesario que la haya adquirido por uno de los medios que autorizan las leyes. Sin este requisito, se consideraria uno mas bien como detentador que como dueño, y en tal concepto, no solo serian ilegales é injustos los actos de dominio que ejerciere, sino que además quedaria sujeto á la accion de la justicia para ser lanzado de la propiedad que ilegalmente se hubiere atribuido.

Interesa, pues, saber cuáles son los medios ó requisitos legales para adquirir la propiedad, á fin de que no dudando de su legitimidad en la persona que aparece como dueño, podamos con seguridad sostener los derechos que como á tal le competen.

Con esto se deja ver la razon por qué despues de haber examinado la naturaleza de la propiedad, debemos entrar en el exámen de los requisitos que exigen las leyes para su adquisicion, los cuales, segun enseñan los jurisconsultos, pueden

reducirse en general á dos clases, á saber: unos por los que entra una persona desde luego en el goce de los derechos inherentes á la clase de propiedad que le pertenece, y á estos les llamamos *modos de adquirir*; y otros con los que conseguimos el que, mediante el cumplimiento de una obligacion que alguno ha contraido en nuestro favor, lleguemos á hacernos dueños de una cosa, y á estos les damos el nombre de *títulos de dominio*.

En este segundo tratado solo nos ocuparemos de los *modos de adquirir*, para lo cual, despues de dada una idea de la significacion juridica de las palabras *modo* y *título*, y hecha la clasificacion correspondiente acerca de cada uno de estos requisitos ó causas del dominio, empezaremos por los modos que los jurisconsultos llaman *naturales*, á cuya clase se refieren la *ocupacion* y la *tradicion*, que será la materia de la presente leccion.

§. II.

Requisitos ó causas que han de concurrir para adquirir la propiedad.

Para que se constituya uno dueño de una cosa es necesario, generalmente hablando, que concurren dos causas, á saber: una que los jurisconsultos llaman *causa próxima* ó *modo de adquirir*, y otra que espresan con el nombre de *causa remota* ó *título de dominio*.

Se entiende por causa próxima ó modo de adquirir, *aquella por la cual una persona adquiere inmediatamente el dominio de una cosa, y ejerce desde luego los derechos que le son inherentes*; y por causa remota ó título, *aquella en virtud de la cual se adquiere solo un derecho para pedir que otro nos dé ó entregue una cosa á que se obligó, no pudiendo ejercer actos de dominio sobre ella hasta que se verifique su entrega*.

La *ocupacion* y la *tradicion*, por ejemplo, serán *modos de adquirir*, porque ocupada ó entregada la cosa entra desde luego la persona á ejercer en ella los derechos propios de un dueño: pero la *venta*, la *cesion* y otras causas semejantes serán únicamente *títulos de dominio*, porque, ó solo sirven para probar la legitimidad del que ya hemos adquirido, ó para de-

mandar al obligado á que nos entregue la cosa para ejercer en ella los derechos que nos pertenecen en virtud de la obligacion.

De esta doctrina resulta que el *título* solo nos dá derecho para pedir que nos entregue la cosa la persona obligada ó sus herederos, produciendo por lo mismo una *accion personal*; al paso que el *modo de adquirir* constituye tal derecho en la cosa, que desde luego podemos repetirla de cualquiera que la tenga en su poder, sin mas que probar haber adquirido su dominio, que por esto damos el nombre de *accion real* á la que utilizamos con este objeto.

Dejando para cuando tratemos de la *tradicion* el esplanar mas esta materia, nos limitaremos ahora solamente á dar una idea de las clases en que se dividen los modos de adquirir el dominio, que será el objeto del párrafo siguiente.

§. III.

Cómo se dividen los modos de adquirir el dominio.

Aunque no hay otros modos de adquirir la propiedad sino los que la ley civil establece, sin embargo, como en unos no hace mas que aprobar lo que todas las naciones admiten y reconocen, de aquí la division en *modos naturales y civiles de adquirir*, adoptada generalmente en las escuelas.

Se llaman *modos naturales* aquellos que proceden inmediatamente del derecho natural ó de gentes, no teniendo en cuanto á ellos otra intervencion el legislador civil sino la de determinar las circunstancias que deben acompañar al acto, para que por su medio se adquiriera el dominio; tales son, por ejemplo, la *ocupacion* y la *tradicion*.

Se llaman *modos civiles* aquellos que la ley civil ha establecido de por sí, tomando en consideracion ciertos antecedentes que hacen justa y razonable su institucion, á cuya clase pertenecen, entre otros, el *derecho hereditario* y la *prescripcion*.

Los primeros son comunes á todas las naciones; y los segundos, ó solo se hallan admitidos en algunas de ellas, ó aun cuando lo sean en todas, no son unas mismas las condiciones por que se rigen, como sucede, por ejemplo, en la *prescripcion*.

Tanto unos como otros pueden dividirse en *originarios* y *derivativos*.

Entendemos por MODOS ORIGINARIOS aquellos por los que adquirimos la propiedad de las cosas que, ó no han pertenecido jamás á nadie, ó no pertenecian al tiempo de su adquisicion, y por MODOS DERIVATIVOS aquellos por los que se trasmite de una persona á otra el dominio que la primera habia ya adquirido.

La ocupacion, por ejemplo, y la prescripcion, serán modos originarios: la tradicion y el derecho hereditario pertenecen á los derivativos.

Finalmente, los modos civiles pueden dividirse en *universales* y *singulares*.

Se llaman UNIVERSALES aquellos por los que se transmiten á otro los derechos y obligaciones de la persona á quien se sucede; y SINGULARES aquellos que solo nos dan el dominio de una ó mas cosas determinadas.

La herencia es el único modo universal de adquirir en el sentido en que lo hemos definido. De los singulares podemos citar la *prescripcion*, la *donacion*, el *legado* y el *fideicomiso singular*, y aun entre los modos naturales podemos decir que lo es tambien la *ocupacion*.

Cualquiera de los miembros de division que se adopte de entre los que acabamos de mencionar, podria servir para presentar con órden los diversos modos de adquirir que reconoce el derecho. Nosotros, sin embargo, adoptamos el primero para llenar el objeto espresado, y segun él empezaremos por los *modos naturales*, dando en el párrafo siguiente una idea en general del que conocemos bajo el nombre de *ocupacion*.

§. IV.

Qué se entiende por ocupacion.

La *ocupacion* es uno de los modos naturales, y el mas antiguo que se conoce, de adquirir el dominio. Ella en el estado primitivo del género humano era el signo y el único título de la *propiedad*, si bien por no hallarse entonces determinadas las nociones del dominio solo producía las ventajas

que proporciona este derecho, en tanto en cuanto el hombre se hallaba en posesion de lo que habia ocupado.

Las leyes de todas las naciones civilizadas la incluyeron en sus Códigos; pero al mismo tiempo le dieron una estension mayor que los antiguos no conocieron; no siendo ya necesaria, despues de sancionado el principio del *derecho de propiedad*, la continua posesion material de la cosa ocupada, para que el hombre pueda disfrutar y disponer de lo adquirido por este medio.

Estas simples ideas, que no desenvolvemos mas por no ser de nuestra atribucion, nos harán comprender que, aunque la *ocupacion* se cuente con razon entre los modos de adquirir el dominio por *derecho natural*, no es ya, segun este derecho, como debemos determinar su naturaleza, sino que deberán tomarse en cuenta las prescripciones del *derecho civil*, tanto por razon á la seguridad que prestan al que hubiere adquirido una cosa por medio de la *ocupacion*, como por las circunstancias que exigen para que se adquiera por ella el dominio.

Bajo este supuesto definiremos la ocupacion diciendo que es: *la aprehension de una cosa corporal que carece de dueño, con ánimo de hacerla propia el que la adquiere.* De esta definicion resulta que, para que haya *ocupacion*, son necesarios tres requisitos, á saber:

- 1.º La aprehension de la cosa.
- 2.º Intencion del que la ocupa de hacerla suya.
- 3.º Que la cosa ocupada no tenga dueño.

Aprehension de la cosa.

Esta ha de hacerse segun lo permita la naturaleza de la cosa que se aprehende, como, si fuera *mueble*, ocupándola por un acto material: si *raiz*, introduciéndose en ella haciendo gestiones de dueño; y si *semoviente*, aunque tambien es necesaria en general la aprehension material, la costumbre en algunos casos ha autorizado que sin ella pueda ocuparse; bastando, como sucede en la ocupacion por medio de la *caza*, el hecho de haber caido un animal en la trampa que de antemano teníamos preparada.

Intencion de hacerla propia el que la adquiere.

Es necesaria además la intencion; porque si solo fueren ocupadas las cosas por un acto indiferente, ó solo para hacer un uso momentáneo de ellas, no podria producir entonces esta *ocupacion* un derecho real y perpétuo, en razon de que terminado el uso, ó siéndole indiferente al hombre el tener ó no la cosa, cualquiera tiene derecho para apropiársela, sin temor de que legalmente se la puedan reclamar.

Que la cosa ocupada no tenga dueño.

Es necesario, finalmente, para la legitimidad de la *ocupacion*, el que la cosa ocupada no tenga dueño, porque si lo tuviese seria esto propiamente un robo ó detentacion.

Se entiende que las cosas no tienen dueño cuando no han estado jamás en poder de nadie, ó si lo han estado, han sido abandonadas por este con ánimo de desprenderse de ellas, ó tambien cuando no se sabe á quién pertenecen, ó no existe memoria de quién fuera su último dueño.

Cada una de estas circunstancias dá lugar á considerar la *ocupacion* de distinto modo, segun que haya estado ó no en poder de otro la cosa ocupada; y á fin de determinar lo que el derecho dispone para uno y otro caso, hablaremos con separacion de cada uno de ellos, distinguiendo dos clases de *ocupacion*, á saber: una que referiremos á las cosas que generalmente no han estado jamás en poder de otro, y á esta llamaremos *caza ó pesca*; y otra en que incluiremos las cosas que, aunque han tenido dueño, no lo tienen en el acto de la *ocupacion*, ó por haberlas libremente abandonado el que lo era, ó por no saber á quién pertenecen, y á esta daremos el nombre de *invencion ó hallazgo*.

De una y otra trataremos en los párrafos siguientes, empezando por la *ocupacion* que se verifica por medio de la *caza ó pesca*.

§. V.

Idea en general de la caza y pesca.

Se entiende por CAZA y PESCA, para los efectos del derecho, el *perseguimiento y aprehension de los animales que*

permiten las leyes. Su ejercicio es uno de los *modos naturales* de adquirir el dominio de las cosas y el mas antiguo que se conoce, por ser sin duda el primer modo que la naturaleza enseñó al hombre para buscar su sustento.

Mas aun cuando sea este un *modo natural*, y como tal comun á todos los hombres, sin embargo, como de permitirse á todos absolutamente en el estado de sociedad se causarian graves inconvenientes, tales, como la aniquilacion ó destruccion de los animales, el peligro de que se dedicara á este ejercicio un gran número de personas con sensible atraso de las artes, industria y comercio, y el que se promovieran continuamente contiendas entre propietarios y cazadores por el daño que se causara en las heredades con notable perjuicio de la agricultura; para evitarlos, se hallan establecidas en todas las naciones civilizadas varias leyes, ora para determinar lo necesario á fin de que no perjudique el ejercicio de la caza, ora para asegurar al hombre en el dominio de lo que hubiese adquirido por este medio.

Las disposiciones que determinan el uso que puede hacerse de este ejercicio y las penas en que incurren los que faltan á ellas, pertenecen al *derecho administrativo* y al *penal*: las que se refieren á determinar á quién pertenece la propiedad de lo adquirido, son objeto del *derecho civil*.

A nosotros solo nos pertenece el exámen de estas últimas; pero como del conocimiento de las relativas al uso que pueda hacerse de esta clase de ocupacion pende el determinar si existe ó no algun derecho en las cosas aprehendidas por este medio, espandremos brevemente á continuacion cuál sea la doctrina de uno y otro *derecho* acerca de esta clase de *ocupacion*.

§. VI.

Doctrina de las leyes sobre la caza y pesca.

Para determinar lo que las leyes disponen sobre el ejercicio de la *caza* ó *pesca* y sus efectos, dividiremos esta materia en los puntos siguientes:

- 1.º Clase de animales, objeto de la caza y pesca.
- 2.º Epocas en que se halla permitido su ejercicio.

- 3.º Artificios ó medios de que pueden valerse los que á él se dediquen.
- 4.º Lugares donde pueda ó no hacerse uso del mismo.
- 5.º Requisitos para la adquisicion del dominio por este medio.

Clase de animales, objeto de la caza y pesca.

Para saber qué animales son objeto de la caza y pesca, los dividiremos en tres clases, á saber: en *libres ó fieros; amansados ó domesticados, y mansos ó domésticos.*

Se llaman animales **LIBRES ó FIEROS** los que por su instinto vagan libremente sin apetecer la compañía del hombre y sin poder ser cogidos sino por la fuerza, ora sean terrestres, acuátiles ó aves. Entre los de esta clase hay algunos que tienen el instinto de hacer daño, y de aquí el nombre de *dañinos ó nocivos* con que además se conocen. Tales, son, por ejemplo, los lobos, zorras, etc.

Se llaman **AMANSADOS ó DOMESTICADOS** los que siendo fieros por naturaleza se reducen, crian y acostumbran á la vista y compañía del hombre, y adquieren muchos de ellos la costumbre de irse y volver á los abrigos que se les proporcionan. Entre los de esta podemos citar los ciervos, palomas, etc.

Finalmente, damos el nombre de **MANSOS ó DOMESTICOS** á los que nacen y se crian en nuestras casas ó bajo el poder del hombre, entre los cuales pueden contarse los bueyes, asnos, gallinas, etc.

De estas tres clases de animales solo son objeto de la caza y pesca los llamados *libres, fieros ó salvajes*; pero no lo son los *domesticados ó amansados* mientras se mantienen en el estado de *domestiquez* á que se les ha reducido, y mucho menos los *mansos ó domésticos*, en los cuales siempre ha de reconocerse en ellos un dueño, aunque se vayan y no vuelvan otra vez.

Esceptuáanse las *palomas*, que, aunque sean de dominio particular, pueden cazarse tirando á ellas cuando estuviéren á distancia de mil varas de los palomares, fuera de las épocas de recoleccion y de sementera, y á cualquiera distancia en las citadas épocas, con tal que, estando dentro de las mil varas

espresadas, se tire á ellas de espaldas al palomar, segun dispone el art. 24 del Real decreto de 3 de Mayo de 1834.

Épocas en que está permitida la caza.

La de los animales dañinos está permitida en todo tiempo, incluso los dias de nieve y los llamados de *fortuna*, como espresa el art. 25 del decreto citado; pero la de los otros animales libres solo se permite, siendo en lugares ó terrenos públicos, en las épocas no prohibidas en las respectivas provincias.

Las épocas prohibidas son: en Castilla, Astúrias, Galicia y Provincias Vascongadas, desde 1.º de Abril hasta 1.º de Setiembre, y en las otras provincias desde 1.º de Marzo á 1.º de Agosto; y además en unas y otras, durante el año, en los dias de nieve y fortuna, como aparece de los artículos 9.º y 10 del Real decreto mencionado.

En cuanto á la pesca, aunque están tambien determinadas las épocas para este ejercicio, segun consta por la ley 11, título xxx, lib. vii, Novis. Recop., sin embargo, queda este punto á discrecion de los comandantes de Marina en cuanto á anticipar el tiempo, como se observa en la costa de Valencia relativamente á la pesquera llamada de *Buey*.

El art. 47 del Real decreto establece en general que, desde el 1.º de Marzo hasta últimos de Julio no se pueda pescar á no ser con la caña ó anzuelo, lo cual está permitido en cualquier tiempo del año.

Artificios de que puede hacerse uso.

Supuesta la clasificacion hecha de los animales en *terrestres*, *acuáticos* y *aves*, diremos que en los de la primera y última clase solo se permite cazar dentro de las épocas referidas con tiro de pólvora y perros, previa licencia de la autoridad para el uso de armas, así como la de los dueños y arrendatarios en ciertos casos, sin que pueda en ningún tiempo hacer uso de *hurones*, *lazos*, *perchas*, *redes* y *reclamos machos*, á no ser en cuanto á las codornices y demás aves de paso en que se permite cazar con *redes* y *reclamos* durante su pasa ó tránsito, como lo disponen los artículos 11, 13 y siguientes del Real decreto antes citado.

Además están prohibidas las batidas comunales, aunque sea con el pretexto de procurar el esterminio de los animales dañinos, como se lee en el art. 35 del mismo decreto.

En cuanto á los animales acuáticos, se permite pescar con caña ó con anzuelos en cualquier tiempo del año, segun arriba se ha manifestado; pero con nasas y redes, solo cuando la malla tenga la estension marcada por el art. 46 del Real decreto mencionado, y esto en los tiempos no esceptuados.

Cualquier otro instrumento está prohibido, y mucho mas el valerse de medios ilicitos, como arrojando al agua cal, beleño, coca ú otra sustancia que estinga la cria ó sea nociva á la salud pública y á los abrevaderos de los ganados, segun está mandado en la ley 11, tit. xxx, lib. vii, Novis. Recop., y esplicó mas detenidamente dicho Real decreto en los artículos 38 y 45.

Lugares en donde puede ó no ejercerse la caza.

Para saberse en qué lugares puede cazarse, distinguiremos tres clases de terrenos:

- 1.º De particulares, estén ó no arrendados.
- 2.º De *propios* de los pueblos.
- 3.º De montes ó baldíos que no pertenecen á *propios*.

En los primeros solo pueden cazar los dueños, sin restriccion de ninguna clase, y lo mismo los arrendatarios, salvas las estipulaciones hechas con los propietarios. Los que no sean dueños solo lo podrán hacer con licencia de estos ó de los arrendatarios si los terrenos se hallan *acotados* ó *cerrados*; pero si fueran *abiertos* podrán cazar sin licencia del dueño, á no ser que estando labradas las tierras lo prohibiera este ó sus colonos. En uno y otro caso se sujetan, sin embargo, los cazadores á las restricciones que aparecen en la Ordenanza. Ley 17, tit. xxviii, Part. 3.ª, y artículos 2.º y siguientes del Real decreto de 3 de Mayo de 1834.

En los terrenos de *propios* no arrendados podrán cazar los que tengan la licencia correspondiente, y en los que estuvieren arrendados los que la tuvieren de los arrendatarios. Artículos 15 y 13 del mismo decreto.

Finalmente, en los *montes* y *baldíos* destinados á plantío cuyo suelo sea de dominio particular, nadie puede cazar sin

licencia del dueño: en los demás que sean de *proprios* podrán hacerlo los vecinos de los pueblos respectivos, sin mas restricciones que las de ordenanza; pero si fueran forasteros deberán tener además licencia de las justicias ó autoridades, segun está prevenido en el decreto de Córtes de 13 de Setiembre de 1837, y espresó tambien el art. 14 del de 3 de Mayo de 1834.

En todos estos casos que se han citado es necesario tener presente que nadie puede cazar sino á la distancia de 500 varas del pueblo, contándose estas desde la última casa que hubiere construida, como dispone el art. 18 del referido decreto de 3 de Mayo.

El que contraviniere á lo dispuesto en las Ordenanzas de caza y pesca, en el modo ó tiempo de ejecutar una ú otra, incurrirá en la multa de medio duro á cuatro, segun lo establecido en el art. 495, núm. 26 del Código penal.

Requisitos para adquirir el dominio por efecto de la caza y pesca.

Tres son los requisitos para la adquisicion del dominio por este medio.

1.º Que los animales sean objeto de la caza y pesca, y se hayan observado las reglas que prescriben las leyes para su uso.

2.º Que se haya verificado su aprehension.

3.º Que no se haya violado la propiedad ajena.

En cuanto al primer requisito, bastan las observaciones hechas para comprender en general la clase de animales que son objeto de la caza y pesca, y si se ha faltado ó no á las leyes que determinan el modo de hacerse uso de este ejercicio.

En cuanto al segundo requisito, diremos que es tan necesaria la aprehension, que si uno hubiese herido la fiera y otro la cojiese, seria de este último, como espresa la ley 21, título xxviii, Part. 3.ª

Sin embargo, como esta misma ley deja en salvo la costumbre que hubiese en los pueblos, siguiéndose esta debemos decir, que si uno hiriera la fiera y la persiguiera, será de este aunque otro la cogiera, como lo confirma la ley 16, tit. iv, lib. iii, Fuero Real, del mismo modo que la que cayese en una

trampa puesta por otro está admitido que sea de este, y no del que la cogiere estando presente el que la plantó.

Finalmente, en cuanto al tercer requisito, se hace tan necesario que no se hayan violado los derechos de propiedad, que si la fiera cayera herida en terreno ageno pertenecerá á su dueño ó arrendatario, del mismo modo que la que matara ó cogiera el cazador violando ó saltando la cerca, como tambien cuando careciendo de esta y estando la tierra labrada se le prohibiera entrar ó el que pudiera cazar en ella hallándose presente el dueño. Ley 17, tit. xxviii, Part. 3.^a, y artículos 7.^o y 8.^o del Real decreto de 3 de Mayo de 1834.

Tal es, en breves palabras, la doctrina del derecho con respecto á la caza y pesca, cuya materia terminaremos, por la analogía que tiene con ella, haciendo ver lo que las leyes disponen sobre la ocupacion de las *abejas*.

Estas se cuentan entre los animales fieros: pero el derecho, no obstante, ha concedido la propiedad de las mismas al que una vez se hubiere apoderado de ellas, y consiguiente á esta facultad ha señalado los derechos de que pueda hacer uso para retenerla.

Uno de ellos es, que aunque se escape algun enjambre haya de conservar el dominio mientras lo persiguere, hasta poder introducirse en campo ageno para recogerlo, sin que su dueño tenga facultad para prohibirlo. Ley 17, tit. iv, lib. iii, Fuero Real.

Solo, pues, en el caso de no perseguirlo se hará entonces del primer ocupante, el cual podrá apoderarse de las *abejas* aunque posaren en árbol ageno, del mismo modo que de los panales que hubieren hecho, á no ser que estando presente el dueño del campo se lo prohibiera, como dispone la ley 21, título xxviii, Part. 3.^a

§. VII.

Qué es invencion ó hallazgo, y doctrina sobre cada una de sus especies.

La otra especie de ocupacion es la que conocemos con los nombres de *invencion* ó *hallazgo*, la cual no es mas sino el acto de encontrar una cosa que se busca ó que la casualidad ofrece.

Las leyes atribuyen tambien la propiedad de las cosas al que las ocupa por este medio, como consta de la ley 5.^a, tit. xxviii, Part. 3.^a, y de aquí el ser la *invencion* otro de los modos de adquirir el dominio si reúne los requisitos que hemos explicado hablando de la *ocupacion* en general.

Uno de ellos es que la cosa encontrada no tenga dueño, habiendo considerado como tal aquella que, ó nunca lo ha tenido, ó si habiéndolo tenido ha sido desamparada ó abandonada con intencion de no contarla ya por suya, ó tambien si no puede saberse á quién pertenece.

De este requisito, resulta que el *hallazgo* puede ser de varias clases, á saber:

- 1.º De cosas que no han pertenecido á nadie.
- 2.º De cosas abandonadas por sus dueños; y
- 3.º De cosas cuyo dueño se ignora absolutamente.

En cada una de estas clases rigen ciertas y determinadas reglas, que espondremos á continuacion, designando al mismo tiempo las cosas que son su objeto.

Hallazgo de cosas que no han pertenecido á nadie.

Estas, en algunos casos, son:

- 1.º Las llamadas *preciosas* y las arenas auríferas ó cualesquiera otros minerales de los rios.
- 2.º Los minerales de la tierra.
- 3.º Los productos naturales, como *perlas*, *corales* y otros de esta clase que se encuentran en el mar ó sus riberas.

En todas estas cosas existen derechos por parte del ocupante ó inventor: pero en unas basta la *ocupacion* para adquirir el dominio, cuando en otras es además necesaria la concesion del gobierno y el cumplimiento de las condiciones que prescriben las leyes.

A la primera clase, ó sea de aquellas en que basta la *ocupacion*, pertenecen:

- 1.º Las *perlas*, *conchas* y demás productos del mar, como se halla declarado en la ley 5.^a, tit. xxvii, Part. 3.^a, y en el art. 1.º de la ley de 9 de Mayo de 1835:
- 2.º Las cosas preciosas que no se prestan á explotacion:
- 3.º Las arenas auríferas y demás minerales que aparecen en los rios, sobre cuya explotacion no se ha formado ningun

establecimiento fijo con los aparatos necesarios para beneficiarlas. Artículos 1.º y 4.º de la ley de 18 de Abril de 1849.

A la segunda clase ó sea de las en que es además necesaria la concesion del gobierno, pertenecen las dos últimas citadas entre las de la primera clase cuando se presen á explotacion, ó existen establecimientos fijos para beneficiarlas, como asimismo los minerales de la tierra cuando fueren sustancias inorgánicas, sean *metálicas, combustibles, salinas ó piedras preciosas*, y ora se encuentren en la superficie de la tierra, ora en lo interior de ella; pero no pertenecerán á esta clase las producciones minerales de sustancia terrosa, como *piedras cilices ó de construccion, arenas, tierras arcillosas y magnesianas*, y *piedras y tierras calizas* de cualquiera especie, las cuales continuarán siendo de aprovechamiento comun ó propio de cada uno, segun el lugar donde se encuentren, á no ser que puedan servir para objetos de interés público, que entonces podrá tambien el gobierno reservarse la facultad de conceder el permiso para explotarlas, siendo en ello preferidos los dueños.

En las cosas de esta segunda clase deberá cumplirse cuanto previene la legislación sobre minas, que no esponemos por ser este punto propio del *derecho administrativo*; bastando para nosotros en los casos espresados consultar la ley 18 de Abril de 1849 y su reglamento de 13 de Julio de este año, á fin de poder juzgar con conocimiento si en las cosas encontradas que no han pertenecido á nadie bastará solo su ocupacion para adquirir el dominio, ó si además es necesaria la concesion del gobierno para su aprovechamiento.

Hallazgo de cosas abandonadas por sus dueños.

Estas se consideran aquellas que, ora sean *raices*, ora *muebles*, han sido abandonadas por sus dueños libremente, ó con intencion de no contarlas ya como suyas.

Para su adquisicion son necesarios tres requisitos:

- 1.º Que realmente hayan sido abandonadas.
- 2.º Que el abandono haya sido voluntario y no por apremio ó algun temor grave.
- 3.º Que la aprehension de parte del inventor se haya hecho con ánimo de hacerse dueño de ellas.

Segun esta doctrina, pues, no adquirirá el dominio aquel

que entrara á ocupar alguna cosa de uno que, habiendo dicho que no la queria, la conservara sin embargo en su poder, como dispone la ley 50, tit. xxviii, Part. 3.^a

Tampoco lo adquirirá por falta del segundo requisito si las cosas hubieran sido abandonadas por miedo á enemigos ó ladrones, ó hubieran sido arrojadas al mar por temor de un naufragio ó de piratas, ó hubieran sido arrebatadas por las fieras, segun espresan las leyes 49 y 50, tit. xxviii, Partida 3.^a, y 7.^a, tit. ix, Part. 5.^a

La razon de ello en estos casos es, porque, ó no hay realmente abandono de la cosa, ó si lo ha habido no ha sido voluntario. y por lo mismo, siempre se supone en el dueño la intencion de retenerlas ó recobrarlas.

En cuanto al requisito relativo á la *aprehension*, baste decir que siendo de esencia en toda clase de *ocupacion*, no puede tampoco sin él adquirirse el dominio de la cosa por medio de la *invencion*.

Los autores de derecho refieren á esta clase de adquisicion el *dinero* ó *medallas* que se cogieren cuando en funciones Reales ó públicas, ó con motivo de algun regocijo doméstico, como de *nacimiento* ó *matrimonio* se arrojan á la multitud; y aun cuando no falta quien sostenga que en este caso hay mas bien una *donacion* ó *tradicion*, nadie ha dudado de ser tambien este acto un modo de adquirir el dominio.

Hallazgo de cosas cuyo dueño se ignora.

Este le dividiremos en cuatro clases, á saber:

1.^o De bienes *vacantes* y *mostrencos*, ó de bienes *abin-testato* en que no hay pariente hasta el grado que designa la ley.

2.^o De buques náufragos ó de sus cargamentos, alhajas y demás efectos.

3.^o De lo que el mar arroja á las playas, no siendo producto de la misma.

4.^o Del *tesoro*.

Las cosas comprendidas en las tres primeras clases pertenecen absolutamente al Estado, y serán ocupadas en su nombre en los términos y para los fines que espresan las leyes 2.^a, 4.^a, 5.^a y 6.^a, tit. xxii, lib. x, Novís. Recop., y 9 de Mayo

de 1835. Las de la cuarta clase quedan sujetas á varias reglas que espondremos brevemente, manifestando antes qué es lo que se entiende por tesoro.

Se entiende por TESORO *un depósito antiguo de dinero ó de alhajas descubierto casualmente, sobre el cual nadie puede justificar su dominio.*

Para su adquisicion se establecieron varias reglas en las leyes 5.^a, 45, 49 y 50, tít. xxviii, Part. 3.^a, las cuales, habiendo sido modificadas por la ley 3.^a, tít. xxii, lib. x, Novísima Recopilacion, volvieron despues á restablecerse por la ley de 9 de Mayo de 1835.

Con arreglo, pues, á esta ley y á las ya citadas de la Partida 3.^a, las reglas para determinar á quién pertenece el dominio del tesoro, son las siguientes:

1.^a Que para hacerse uno dueño del *tesoro* es preciso que no conste de la persona que lo hubiere depositado; pues si alguno hubiese escondido el dinero ó las alhajas encontradas y puede probar que le pertenecen, debe entregarlas, cualquiera que haya sido su inventor.

2.^a No sabiéndose quién sea su dueño, hace suyo el tesoro por entero el que lo hallare en su heredad; pero siendo el hallazgo en heredad agena, será la mitad del dueño del campo y la otra mitad del inventor.

3.^a Si el que no siendo dueño del campo lo encontrase buscándolo estudiosamente, será todo del que fuera su dueño, y nada del inventor.

4.^a Estas mismas reglas servirán para el caso en que el terreno donde se encontró fuera del Estado ó de algun concejo ó corporacion. Ley 45, tít. xxviii, Part. 3.^a, y art. 1.^o de la ley de 9 de Mayo de 1835.

Con lo dicho hasta aquí queda explicado lo mas necesario para formarnos una idea del primero de los modos naturales de adquirir el dominio, que es la *ocupacion*. Veamos qué es lo que deba tenerse presente acerca del otro modo, que es la *tradicion*.

§. VIII.

Naturaleza de la tradicion, y su necesidad en los modos derivativos de adquirir el dominio.

Se entiende por TRADICION un acto por el cual el propietario que tiene capacidad para enagenar sus bienes los traspasa á otro con intencion de que adquiera su dominio en virtud de una justa causa.

Segun aparece de esta definicion, por la tradicion hecha con los requisitos que acabamos de espresar se adquiere tambien el dominio; y por lo mismo, de parte de aquel que recibe la cosa será un modo de adquirir la propiedad; que comprenderemos en la clase de los naturales, por hallarse admitido en este sentido en todas las naciones:

Se diferencia de la ocupacion en que en esta no interviene para su adquisicion otra persona que la del adquirente, y por lo tanto, ocupada la cosa con los requisitos que se han explicado, tiene ya su poseedor el titulo que legitima su propiedad: mas en la tradicion intervienen dos ó mas personas, de las cuales, unas se desprenden del dominio que tienen sobre ciertas cosas, y otras á quienes se trasmite mediante una justa causa.

Resulta, pues, de esta diferencia, que en la tradicion hay que atender á dos consideraciones, á saber: una de parte del dueño antiguo que trasmite la cosa, y otra de parte del nuevo dueño ó de aquel á quien se trasmite: y como ni el antiguo dueño se cree que puede desprenderse del dominio sin causa ó titulo para ello, ni el nuevo puede acreditar que lo ha adquirido, si además de la causa ó titulo no justifica habersele hecho la entrega de la cosa ó tomado su posesion, de aqui la necesidad de haber de concurrir dos causas en los modos que llamamos derivativos de adquirir el dominio, que son: el titulo y la tradicion.

Pudiera decirse que constando del titulo no era necesaria la tradicion; pero como entonces pudieran originarse muchos pleitos, para evitarlos ha establecido la ley civil que haya de intervenir en este caso la tradicion.

Sin esta, el titulo solo dá un derecho á la cosa, ó *jus ad*

rem, el cual consiste en poder obligar en juicio al enagenante á que ponga en poder nuestro la cosa enagenada: pero interviniendo la *tradicion* se tiene ya el dominio de la cosa ó *ius in re*, en cuya virtud podemos desde luego reclamar la cosa, cualquiera que sea su poseedor.

Así, por ejemplo, si de dos compradores de una cosa, ó de dos á quienes se hubiera prometido, hubiese uno de ellos tomado posesion de la misma, este y no el otro será el que adquiere su propiedad, aunque el *contrato* ó el *título* por el que la ha adquirido haya sido posterior al del otro á quien tambien se prometió ó vendió.

No obstante de ser tan necesaria la *tradicion*, hay casos en que sin esta se trasfiere el dominio, aun refiriéndonos á los modos derivativos de adquirir, como sucede en los actos siguientes:

1.º En las donaciones hechas hasta cierto tiempo, si se hubiere designado la persona á quien deba pasar la cosa llegado el dia señalado, como espresa la ley 7.ª, tit. iv, Part. 5.ª

2.º En la constitucion de una *servidumbre negativa*, en la que, como uno, solo se obliga á no hacer, no puede acreditarse de otro modo el derecho para impedir que se haga lo contrario á la obligacion, sino por medio del *título* en que se constituyó.

3.º En la *hipoteca*; porque quedando la finca sobre que se constituye en poder del deudor, solo la escritura ó el *título* es lo que justifica el derecho que adquiere por ella el acreedor.

4.º En los *juicios divisorios*, cuales son: el de la *particion de herencia*, el de *dividir la cosa comun* y el de *señalamiento de límites de las heredades*: pues en todos ellos basta solo la sentencia del juez para acreditar su dominio.

5.º En las *adquisiciones por causa de muerte*, por no existir ya el dueño que debiera hacer la entrega, si bien algunos solo entienden este caso respecto de los legatarios y donatarios, y no respecto de los herederos, en los cuales existe el *título*, que es el testamento, y hay tambien *modo de adquirir*, que es la adiccion de la herencia ó su aceptacion.

Como quiera que sea, fuera de los casos espresados se reputa siempre la *entrega* ó *tradicion* como un requisito esencial para adquirir el dominio cuando se trata de los modos

derivativos; y por lo mismo deberá procurarse obtener en la manera que lo permita la naturaleza de la cosa que ha de entregarse, lo cual dá lugar á la division que los jurisconsultos hacen de la *tradicion*, que será la materia del párrafo siguiente.

§. IX.

Clases en que se divide la tradicion.

Para determinar las clases en que dividen los jurisconsultos la *tradicion*, deberá atenderse á la naturaleza de las cosas cuyo dominio se trasfiere. Las cosas de derecho privado, que son á las que nos referimos cuando se trata de la adquisicion del dominio, se dividieron ante todo, segun consta en el párrafo VII de la leccion 1.^a de este tratado, en *corporales* é *incorporales*; y como estas segundas no son susceptibles de entrega, ni hay siempre un signo que demuestre espresamente la voluntad del que dá y del que recibe, de aquí la primera division de la *tradicion* en *propia* é *impropia*, ó *cuasi tradicion*.

TRADICION PROPIA es el acto por el cual uno pone en poder de otro alguna cosa; y TRADICION IMPROPIA ó CUASI TRADICION el asentimiento que uno tácitamente presta á que otro ejerza un derecho sobre sus cosas.

Esta última clase de tradicion solo tiene lugar, segun nuestra opinion, en las *servidumbres afirmativas*, en las que el uso de uno y el consentimiento tácito del dueño de la cosa se reputa como suficiente para acreditar su adquisicion: pero en las demás cosas *incorporales*, ó no se necesita de esta *tradicion*, como en los casos espresados al final del párrafo anterior, ó si se necesita de este acto, no es preciso apelar, para demostrarlo, á la *cuasi tradicion*, habiendo simbolos con que acreditar el acto de la *tradicion*.

Esta además puede ser *material* ó *supuesta*; y de aquí la otra division de la *tradicion* en *natural*, *figiela* y *simbólica*.

Se entiende por TRADICION NATURAL el acto por el cual uno pone materialmente en manos ó poder de otro una cosa mueble.

Se llama TRADICION FINGIDA aquella en que el nuevo dueño se dá por entregado de la cosa corporal, ora sea mueble ó raíz, aunque en el acto no la reciba. Esto puede verificarse en los tres casos siguientes:

1.º Cuando la cosa que ha de entregarse se halla ya en poder del nuevo dueño por otro título distinto de aquel por el que últimamente la adquiriera; y en este caso se dá á la tradicion muy oportunamente el nombre de *brevi manu*, porque se evita el rodeo de salir la cosa del poder del nuevo dueño, para que pasando al antiguo pueda recibirse de sus manos. Ejemplos de esta tradicion los tenemos en la venta hecha al depositario de las cosas que tenia en depósito, ó en la hecha al inquilino de la que tenia en arriendo.

2.º Cuando la cosa, no obstante de haberse enagenado, continúa bajo otro respecto en poder del mismo que la enagenó y en este segundo caso se distingue la *tradicion* con el nombre de *constituto possessorio*; porque, segun la esplicacion que dan los jurisconsultos á esta frase del Digesto, ha quedado el nuevo dueño puesto en la posesion de la cosa que ha adquirido, por solo el consentimiento ó en virtud de la convencion. Tal sucederia, por ejemplo, en la venta que hiciera un dueño de la casa que habitara, continuando en ella el enagenante bajo el título de arrendatario ó inquilino del comprador.

3.º Cuando el antiguo dueño manifiesta desprenderse materialmente de la cosa, poniendola á la vista del nuevo á quien se trasmite, en cuyo caso se le dá á esta *tradicion* el nombre de *longa manu*, porque no ocupándola en el acto corporalmente el dueño, parece que se difiere la entrega hasta que se verifique la ocupacion.

En las leyes 46, 47, 48, tit. xxviii, y 3.ª hasta la 9.ª, título xxx, Part. 3.ª, se encuentran confirmadas estas doctrinas, las cuales podrán consultarse en las dudas que ocurrieran sobre los derechos que estos modos de transmitirse las cosas confieren.

Finalmente, TRADICION SIMBOLICA es la que se hace entregando á la persona que ha de adquirir la cosa un signo que simboliza el derecho que obtiene sobre ella.

Tiene lugar esta *tradicion* generalmente en las cosas raíces, en las que, para denotarse el traspaso de las mismas al

nuevo dueño, ó se le dá una posesion solemne con asistencia del escribano, practicándose ciertos actos como significativos del dominio que se adquiere, y que el uso tiene admitidos; ó se le entregan los títulos de pertenencia juntamente con la escritura en que aparece el contrato de venta, por ejemplo, que se ha celebrado.

Tambien tiene lugar esta *tradicion* en las cosas *incorporales* ó derechos que han de conferirse; y de aquí la institucion de ciertos simbolos análogos al derecho que se confiere.

Tal es, en general, la doctrina del derecho acerca de los modos naturales de adquirir el dominio, que son la *ocupacion* y la *tradicion*; solo falta que veamos con la misma brevedad cuál es la que se refiere á los modos de adquirir llamados *civiles*, de los cuales nos ocuparemos en las siguientes lecciones.

de concurrir en los testamentos y legados.—§ VII. Modo de las leyes sobre los testamentos y legados.—§ VIII. Modos de las leyes sobre los testamentos y legados.—§ IX. Naturaleza de los testamentos y sus divisiones.—§ X. Solemnidades con que han de otorgarse.—§ XI. Casos de que puede dispensarse con ellas.—§ XII. Casos de testamentos y legados que han de otorgarse en escritura pública y diligencias que han de practicarse con esta especie.

§ I.

Manera del modo

Adoptada la division de los modos de adquirir el dominio en naturales y civiles como punto de partida para tratar de cada uno de ellos, el orden que se sigue es el siguiente: examinar la doctrina del derecho con respecto á la ocupacion y tradicon, unos modos naturales que conocemos de adquirir en la propiedad, entramos en el examen de los modos civiles. Estos, segun dijimos, se dividen en materiales y espirituales; y para estudiarlos muy pronto esta division para presentar con orden y bajo un punto de vista una larga serie de divisiones legales, continuaremos segun esta materia empezando por el derecho hereditario, unico modo material de adquirir el dominio por derecho civil, como lo certifica la jurisprudencia, cuando pueda tambien considerarse como un especie de derecho de sucesion, ó como el mismo dominio, segun las indicaciones hechas en el párrafo I. leccion 2.ª de este tratado.

LECCION UNDECIMA.

DE LA ADQUISICION DE LOS BIENES POR
TESTAMENTO.

Resúmen.

§. I. Razon del método.—§. II. Origen de los testamentos.—§. III. Cómo se definen, y juicio sobre su utilidad.—§. IV. Clases en que se dividen.—§. V. Solemnidades con que han de otorgarse.—§. VI. Requisitos que han de concurrir en los escribanos y testigos.—§. VII. Modo cómo ha de otorgarse un testamento.—§. VIII. Doctrina de las leyes sobre los testamentos privilegiados.—§. IX. Naturaleza de los codicilos y sus divisiones.—§. X. Solemnidades con que han de otorgarse.—§. XI. Cosas de que puede disponerse en ellos.—§. XII. Clases de testamentos y codicilos que han de reducirse á escritura pública, y diligencias que han de practicarse con este objeto.

§. I.

Razon del método.

Adoptada la division de los modos de adquirir el dominio en *naturales* y *civiles* como punto de partida para tratar de cada uno de ellos, el órden pide que despues de haber examinado la doctrina del derecho con respecto á la *ocupacion* y *tradicion*, únicos modos *naturales* que conocemos de adquirir la propiedad, entremos en el exámen de los modos *civiles*.

Estos, segun dijimos, se dividen en *universales* y *singulares*; y pareciéndonos muy propia esta division para presentar con órden y bajo un punto de vista una larga série de disposiciones legales, continuaremos segun ella esta materia, empezando por el *derecho hereditario*, único modo *universal* de adquirir el dominio por derecho civil, como lo califican los jurisconsultos, aunque pueda tambien considerarse como una especie de derecho *in re*, ó como el mismo dominio, segun las indicaciones hechas en el párrafo I, leccion 2.^a de este tratado.

Mas como cualquiera que sea el modo con que se considere este derecho, no podemos prescindir de su efecto, que es el de suceder en los bienes, derechos y obligaciones que tenia un difunto al tiempo de su muerte, y esta sucesion puede ser producida ó por la voluntad espresa del que era su dueño, ó por disposicion de la ley, trataremos de él bajo este concepto, presentando con separacion lo relativo á cada una de las dos causas de sucesion, que distinguiremos con el nombre de *sucesion testada* la primera, y la segunda con el de *intestada* ó por disposicion de la ley.

El modo cómo se verifica la primera puede ser, ó por efecto de un *testamento*, ó por medio de un *codicilo*, ó por una *memoria testamentaria*; cuyos actos, no produciendo ningun efecto si les falta alguno de los requisitos que exigen las leyes para su validez, será necesario que nos ocupemos de cada uno de ellos, dando antes una idea del origen, naturaleza y utilidad de los *testamentos*, así como del modo con que han de otorgarse, que será la materia de la presente leccion.

§. II.

Origen de los testamentos.

Demostrada la necesidad de la propiedad individual, segun consta de las doctrinas emitidas en la leccion 2.^a de este tratado, y consistiendo generalmente este derecho en el uso que cada hombre puede hacer de los bienes que le pertenecen y destino que quiera darles, es consiguiente el haber de reconocerse en él la facultad de disponer de ellos á su voluntad.

Esta disposicion, que nadie ha contradicho cuando se trata de negocios que producen su efecto desde el mismo acto que se ejecutan, ha sido disputada por algunos en cuanto á aquellos otros negocios que no han de tener efecto sino despues de la muerte del propietario: pero como el diferirse ó no la ejecucion de un acto no altera la fuerza de la disposicion hecha en tiempo hábil, como no la alteraria en aquel que, despues de haber dispuesto de sus cosas para un tiempo dado, se hiciera incapaz para disponer llegado este, en razon de que la validez de la disposicion arranca del tiempo en que dispuso, resulta que, tanto en unos actos como en otros, es cierto el decir que

existe en el hombre la facultad de disponer de sus bienes á su voluntad, aunque sea para despues de su muerte.

De esta facultad hicieron uso los hombres aun antes que hubiera alguna ley civil que les autorizara para ello; de lo cual tenemos un ejemplo en el hecho que refieren las sagradas letras de Abraham, que, estando para morir, dejó todos sus bienes á su hijo Isaac, segun consta en el cap. 25 del Génesis, v. 5.º; no faltando tampoco en la historia profana ejemplos que lo confirman, como entre otros puede citarse el hecho de haber sido instituido heredero Tarquinio por su padre con exclusion de su hermano póstumo, segun refiere Tito Livio, Lib. I, Década 4.ª

Estos hechos, para cuyo ensayo no consta que hubiera ley alguna positiva que inspirara á los hombres el uso de dicha facultad, demuestran que el derecho civil no es el que la ha creado, sino que trae su origen de otra fuente mas elevada, cual es la ley natural; no habiendo tenido otra intervencion en ella la legislacion civil sino el haber sancionado el principio admitido, y haber prescrito su forma, instituyendo ciertas solemnidades para evitar la mala fé y los fraudes á que estaban espuestas estas disposiciones hechas segun su primitiva sencillez.

Una de las solemnidades, y acaso la principal, para conseguir este objeto, es la presencia de testigos que puedan dar fé de haberse verificado por el propietario el acto en que consta su disposicion; y de aqui el nombre de *testamento* ó *testatio mentis* con que se le designa, cuya definicion y juicio acerca de su utilidad será objeto del siguiente párrafo.

§. III.

Como se definen los testamentos, y juicio sobre su utilidad.

Se entiende por **TESTAMENTO** la *declaracion solemne de nuestra voluntad acerca de lo que queremos que se haga de nuestros bienes para despues de la muerte*, como espresa con muy poca diferencia la ley 1.ª, tit. I, Part. 6.ª; ó como se lee en el proyecto del nuevo Código: *un acto solemne y esencialmente revocable, por el que dispone el hombre de*

todo ó parte de sus bienes para despues de su muerte en favor de una ó mas personas. (1)

Juicio sobre su utilidad.

Algunos son de opinion que no debia permitirse al hombre el uso de esta facultad, por considerarla como causa y origen de muchos males y pleitos; pero son tantas y tan poderosas las razones que la justifican, que no podemos menos de sostener su utilidad.

Una de estas razones es, que sin la facultad de testar, ó habian de quedar los bienes del difunto á merced del que primero se apoderase de ellos, ó habia de darse una ley general de sucesion. Lo primero seria sancionar el derecho de la fuerza; lo segundo lleva en sí dos grandes inconvenientes, que son:

Primero, el que pudiendo ser el heredero que la ley designara para suceder una persona para quien el propietario no tuviese afecto alguno, ó que aun tal vez conservase contra ella algun odio, se le pondria en situacion de consumir sus bienes, por carecer de aquel estímulo que fomenta en el hombre su afán en mejorar y aumentar su patrimonio.

Segundo, el que no constándoles al legislador la diversidad de casos y circunstancias en que se encontraran los que designare para suceder, no podria preciar sus necesidades, y en tal concepto, se destruiria el principio de utilidad en la ley adjudicando igual parte al que tuviese mayor necesidad que á aquel otro que no tuviese ninguna, ó se privaria á los hombres del consuelo y alivio que pueden esperar en sus necesidades; pues sabido es que la esperanza que tiene la familia ó los domésticos de que les dejará algo aquel á quien les sirven, hace que redoblen sus servicios y cuidados en obsequio suyo.

Otra de las razones que demuestra la utilidad de los testamentos es, que revestido el hombre de la facultad de testar, se hace mas respetable su autoridad en los que sean padres de familias, y se asegura mejor la sumision de los hijos; sabiendo estos que, á medida del esmero con que cumplan sus deberes, puede ser mayor la recompensa, así como en caso contrario

(1) Art. 555.

pueden ser escludidos absolutamente de la participacion de sus bienes, si su conducta lo mereciere.

Tales son, en general, las razones que justifican la utilidad ó ventajas que lleva consigo la facultad de testar.

El que el testador pueda hacer de sus bienes un reparto perjudicial en lugar de acomodarse á la mayor ó menor necesidad de aquellos á cuyo favor lo hace: el que pueda moverse para esta distribucion por un capricho cualquiera, ó que en lugar de procurar una subordinacion razonable convierta en tiranía su autoridad; y finalmente, el que pueda abusarse del estado del moribundo y arrancarle una concesion cualquiera, ó suplantarle una disposicion, que son los argumentos que cifan los contrarios, serian motivos bastante poderosos para oponernos al uso de esta facultad, si al mismo tiempo no se hubieran dictado algunas medidas para precaver estos daños, entre las cuales podemos contar las siguientes:

Primera, el señalamiento de una parte á los herederos forzosos, de la cual no puedan ser privados sino en casos determinados:

Segunda, el haberse dejado otra parte al testador para gratificar á los parientes ó estraños por sus servicios, ó para cumplir con algun objeto que su voluntad le dicte:

Tercera, el haber hecho inútiles las esperanzas de poder percibir cosa alguna las personas de quienes pudiera temerse alguna seduccion; y

Cuarta, el haber rodeado este acto de muchas solemnidades para conseguirse en lo posible la certeza y veracidad de las disposiciones testamentarias.

Todas estas medidas se hallan autorizadas en nuestra legislacion, como manifestaremos en sus respectivos lugares; y por lo mismo no deben obstar los inconvenientes indicados para dejar de reconocer la conveniencia y utilidad de los testamentos, con tal que se observe lo que prescriben las leyes, tanto en cuanto á su parte dispositiva, como respecto á las solemnidades con que deben otorgarse, segun fuere la especie á que perteneciesen.

§. IV. Especies mas generales de los testamentos.

Los testamentos se dividen primeramente en *comunes* ó *solemnes*, y en *especiales* ó *privilegiados*.

Llamamos testamentos **COMUNES** ó **SOLEMNES** á los que, otorgándose en casos ordinarios, pueden cumplirse en ellos en toda su estension las solemnidades que por regla general prescriben las leyes; y se llaman **ESPECIALES** ó **PRIVILEGIADOS** aquellos que, por circunstancias particulares del otorgante, se permite que puedan hacerse sin otro requisito que el de haber de constar de su otorgamiento, ó con menos solemnidades que se exigen para casos ordinarios.

Los *comunes* pueden otorgarse de dos modos, á saber: ó cerciorando el otorgante de su voluntad á los que asistan al acto del testamento, ó presentando ante ellos un escrito cerrado en el que se halle contenida su voluntad; y de aquí la division de los testamentos *comunes* en *nuncupativos* ó *abiertos* y en *escritos* ó *cerrados*.

El nuevo Código añade á estos otro tercero, que se llama *ológrafo* (1), el cual, por mas que se halle admitido en otras naciones, á nosotros nos parece muy peligroso.

Testamentos **ABIERTOS** ó **NUNCUPATIVOS** son aquellos que se hacen de viva voz ante escribano y testigos, ó solo delante de estos sin intervencion de escribano; y testamentos **CERRADOS** ó **ESCRITOS** aquellos que se otorgan presentando el testador al escribano, delante de los testigos que designa la ley, un escrito cerrado en que dice hallarse contenida su voluntad. En los primeros quedan enterados los testigos y escribano de la disposicion del testador, que de aquí viene la palabra *abiertos* con que se califican. En los segundos ignoran unos y otros, ó al menos los testigos, cuál sea su disposicion, que por esto se les llama *cerrados*, y tambien *escritos*.

La razon de la ley para dar tanta estension al derecho de testar, permitiendo no solo el testamento *abierto*, sino tambien el *cerrado*, y en el nuevo Código el *ológrafo*, no es otra

(1) Art. 563.

sino promover la libre facultad de disponer cada uno de sus bienes, evitando los inconvenientes que pueden resultar de saberse ya desde el otorgamiento de un testamento cuál sea su contenido.

Una *mejora*, por ejemplo, que el padre por motivos justos quisiera hacer á favor de alguno de sus hijos, escitaria tal vez la envidia de los demás, dando pábulo con ello á ódios y enemistades contra el agraciado. Por otra parte, los dependientes y personas que hubiesen prestado algunos servicios al testador podrian tambien creerse poco recompensados, y consiguiente á ello serian muy frecuentes las ofensas y agravios que recibiera durante su vida.

Finalmente, ¡á cuántas pretensiones puede dar lugar el conocerse la disposicion testamentaria en el acto que se otorgue, aparte del tormento que causan en el ánimo del enfermo los interesados en que este cambie su voluntad!

Por todas estas y otras razones que omitimos, no podemos menos de aprobar el pensamiento de la ley en permitir que pueda otorgarse el testamento sin hacerse pública desde luego su parte dispositiva, siempre que por otra parte esté bien asegurada su forma ó acto exterior, reprobando al menos para los casos ordinarios el testamento *ológrafo* ó aquel para cuya validez basta que esté escrito y firmado por el testador; ora por la facilidad con que puede suplantarse y la grande dificultad en averiguar en caso de duda si el escrito presentado despues de la muerte del que se supone lo escribió es realmente suyo, ora tambien, porque permitiéndose por regla general á todos los que puedan testar, no es de suponer que pueda siempre hacerse un uso prudente de esta facultad, particularmente por los jóvenes de las primeras edades, en quienes no es la discrecion el distintivo que preside á sus actos.

Estando, pues, suficientemente atendida la libertad de testar con los dos modos que autoriza la actual legislacion para que pueda constar de la voluntad del que otorgó testamento, pasaremos á determinar las solemnidades que deben acompañar á los que llamamos *comunes*, ora sean *nuncupativos* ó *cerrados*.

§. V.
Solemnidades con que han de otorgarse los testamentos nuncupativos y cerrados.

Antes de manifestar cuáles sean las solemnidades de los testamentos comunes, no será por demás el dar su definición. Entendemos por *solemnidades* en este caso *ciertos requisitos que exigen las leyes para la validez de los testamentos*.

Las leyes romanas y de Partidas consideraron como tales: 1.º, la institucion de heredero; 2.º, la presencia de siete testigos llamados ó *rogados*; 3.º, la unidad de acto en el otorgamiento. Instit. de Just., tit. x, libro II, y leyes 1.ª, 2.ª y 3.ª, tit. I, y Proem. al tit. III, Part. 6.ª

Mas por las leyes recopiladas solo se exige como solemnidad la presencia de testigos y la del escribano en algunos casos: no siendo ya necesaria, ni *la institucion de heredero*, porque vale lo ordenado en los testamentos, aun cuando el testador no haya nombrado sucesor ó no quisiera este adir la herencia, segun dispone la ley 1.ª, tit. XVIII, lib. X, Novis. Recop.; ni tampoco el que los testigos sean *rogados*, y que haya de observarse con rigor la *unidad de contesto*; porque siendo estas prácticas otras de las muchas sutilezas que abundaban en las leyes romanas, y entrando en el espíritu de la reforma de nuestra legislacion el abolirlas, como apuntamos en el párrafo I, lección 18 de la primera parte de esta obra, pareceria una anomalía que hoy dia se conservaran, aun cuando no conste que se hayan derogado espresamente las leyes de Partidas que las adoptaron.

Consistiendo, pues, en la presencia de testigos, y del escribano en algunos casos, la única solemnidad que exige nuestra legislacion para que valga el testamento, será preciso que manifestemos cuándo deba concurrir el escribano, y si es uno mismo el número de testigos el que haya de asistir á este acto, lo cual podrá comprenderse mas claramente espresando con separacion el modo de otorgarse, tanto el testamento *nuncupativo* como el *cerrado*.

Empezando por el testamento *nuncupativo*, como este puede considerarse, ó con relacion á las personas no privadas del sentido de la vista, ó con relacion á las que carecen de

este sentido ó ciegos, y no son unas mismas las solemnidades que para unas y otras personas establecen las leyes, será preciso hablar con distincion de cada una de ellas, presentando primero las que se refieren al testamento *nuncupativo ordinario*, con que nos ha parecido calificar el que hacen las personas no privadas del sentido de la vista, pasando despues á las que se prescriben para el *nuncupativo extraordinario*, que es como puede denominarse el que otorgaren los ciegos.

Modo de otorgarse el testamento nuncupativo ordinario.

Supuesta la division que hemos hecho del testamento nuncupativo en *ordinario* y *extraordinario* ó del ciego, el primero puede otorgarse de uno de los cuatro modos siguientes:

- 1.º Ante escribano y tres testigos vecinos del pueblo donde se otorga.
- 2.º Ante cinco testigos vecinos sin escribano.
- 3.º Ante tres testigos vecinos, cuando no puedan hallarse en el acto del otorgamiento cinco con esta cualidad, ni haya en el pueblo escribano.
- 4.º Ante siete testigos no vecinos sin escribano. Leyes 1.ª y 2.ª, tít. xviii, lib. x, Novis. Recop.

De estos cuatro modos puede elegir el testador el que mas le convenga, excepto el designado bajo el número 3.º, que solo podrá utilizarse á falta de las personas que en él se espresan, pero siempre con derecho á preferirlo sobre el contenido en el número 4.º

De esta libertad carecen las personas privadas del sentido de la vista, porque, aun cuando por el ordenamiento de Alcalá, ó sea ley 1.ª, tít. xviii, lib. x, Novis. Recop., no se hace distincion de personas al espresar el modo cómo en lo sucesivo debieran otorgarse los testamentos, sin embargo, como de permitirse á los ciegos en los mismos términos que á los demás no parece que quedaba bastante garantida la seguridad de sus disposiciones, las leyes de Toro, mas esplicitas en esta parte que las del Ordenamiento, fijaron un modo particular para el testamento del ciego, del cual trataremos á continuacion.

Modo de otorgarse el testamento del ciego.

No solo han prohibido las leyes que los ciegos puedan

hacer testamento *escrito* (1), á fin de evitar cualquiera suplantacion, sino que además han dejado señalada una sola forma para el otorgamiento del testamento *nuncupativo*, que se les permite.

Este, segun la ley 14, tit. 1, Part. 6.^a, debia hacerse ante siete testigos y escribano, ó con ocho testigos no habiendo escribano; pero por la ley 3.^a de Toro, ó sea 2.^a, tit. xviii, lib. x, Novis. Recop., bastan solo cinco testigos.

Como al espresarse así la citada ley nada dijo acerca de la cualidad de *vecino*, ni de la circunstancia de haber de asistir ó no el escribano á su otorgamiento, se hace preciso averiguar si son ó no necesarios estos requisitos para la validez del testamento del ciego.

A nosotros nos parece, atendido el contesto de la ley de Toro, que este testamento debe otorgarse ante cinco testigos *vecinos* y con escribano.

Que así haya de entenderse la ley citada, bastará para demostrarlo tener presente que la ley de Toro es aclaratoria de la del Ordenamiento, como aparece de su primera cláusula; y bajo este supuesto hemos de convenir que, diciéndose en aquella que *en el testamento del ciego intervengan cinco testigos al menos*, no podrá este otorgarse ni con tres testigos *vecinos* y escribano, ni mucho menos con cinco no siendo ellos *vecinos*.

Lo primero es evidente, porque espresamente manda la ley que sean cinco los testigos: lo segundo no lo es menos, porque de otro modo se autorizaria un testamento con menos solemnidades que las que generalmente se establecen, y lo general es que no vale el testamento que se haga con cinco testigos no *vecinos*, como antes hemos manifestado.

Tambien consideramos como necesaria la presencia del escribano, y la razon es, porque conviniendo todos en que el objeto de la ley de Toro, al determinar la forma del testamento del ciego, fué el aumentar sus solemnidades por los mayores fraudes á que está espuesto, nada se hubiera conseguido con esta disposicion, porque por el Ordenamiento de Alcalá tambien puede hacerse el testamento con cinco testigos *vecinos* sin escribano.

(1) Art. 602.

Es, pues, necesaria la existencia de este oficial público, como lo exigieron las leyes 1.^a y 2.^a, tit. 1, Part. 6.^a, ó en caso de no poder ser habido, el que asista otro testigo además de los cinco que ordinariamente exige la ley 3.^a de Toro; á la manera que para igual caso exigian otro las leyes de Partidas, fuera de los que por punto general habian señalado.

Estas son las solemnidades con que ha de otorgarse el testamento *nuncupativo* en los dos casos indicados.

Las que hayan de observarse, tanto en cuanto á la ritualidad del testamento, como relativamente á las cualidades del escribano y testigos, se espresarán á continuacion de haber manifestado el modo cómo ha de otorgarse el testamento *escrito ó cerrado*.

Modo de otorgarse el testamento escrito ó cerrado.

No ha sido uniforme nuestra legislacion al determinar el modo de otorgarse esta clase de testamentos.

Por las leyes de Partidas, solo se exigia la presencia de siete testigos del mismo modo que para los *nuncupativos*, consistiendo únicamente la diferencia entre unos y otros:

Primero, en que estos podian hacerse de palabra y por escrito, y los primeros siempre por escrito:

Segundo, en que los *nuncupativos*, aunque se escribieran, constaba la voluntad del testador, lo cual no sucedia en los *escritos*; y

Tercero, en que estos tenian una ritualidad especial para hacer saber á los testigos que en el escrito que presentaba ante ellos el testador se hallaba contenida su disposicion. Leyes 1.^a y 2.^a, tit. 1, Part. 6.^a

Por la ley 1.^a, tit. xix del Ordenamiento de Alcalá, ó sea 1.^a, tit. xviii, lib. x, Novis. Recop., habia lugar á dudar si quedaron uniformados ambos testamentos; puesto que sin hacer diferencia entre unos y otros se establece en general *que si alguno ordenare su testamento ú otra postrimera voluntad*, etcétera, se observen las solemnidades que antes hemos nosotros referido al hablar del modo *comun y ordinario* de otorgarse el testamento *nuncupativo*.

Finalmente, por la ley 3.^a de Toro, ó sea 2.^a, titulo xviii, libro x, Novis. Recop., no solo fué corregida la citada ley del

Ordenamiento de Alcalá, declarando que las solemnidades prescritas en esta deben entenderse del testamento *nuncupativo*, sino que además señaló las propias y peculiares del testamento escrito; y como despues de esta no existe otra ley que haya alterado lo que ella dispone, resulta que el modo como en la actualidad ha de otorgarse este testamento, es el siguiente:

Escrito el testamento por el testador ú otra persona de su orden (1), y firmado por él en su parte interior si no hubiere ningun obstáculo que lo impida, se presenta cerrado bajo una plica al escribano para que lo autorice á su presencia y la de siete testigos, firmando encima de la cubierta, que es donde se estiende el testimonio de autorizacion, el mismo testador y los testigos, *si supieren y pudieren*; ó firmando unos por otros cuando los testigos *no supieren* y el testador *no pudiere*, de modo que sean ocho las firmas que aparezcan sobre la carpeta además del signo y firma del escribano. Leyes 2.^a, tít. 1, Part. 6.^a, y 2.^a, tít. xviii, y lib. x, Novis. Recop.

Del contesto de estas leyes resulta que, para la validez del testamento *cerrado ó escrito*, es necesario: 1.^o, que realmente se escriba; 2.^o, que cerrado, sin dar á conocer su contenido, se presente al escribano ante siete testigos; 3.^o, que sobre la cubierta aparezca una autorizacion del escribano y las firmas correspondientes en los términos ya espresados.

No obstante la necesidad de estas tres circunstancias, para decidir de la validez de este testamento, se han promovido entre los jurisconsultos algunas cuestiones de no fácil solucion, atendida la oscuridad que presenta el testo literal de la ley recopilada citada, las cuales se espondrán á continuacion, manifestando nuestro parecer acerca de cada una de ellas.

La primera cuestion es, si podrán otorgar testamento *escrito* los que no sepan escribir; y sobre ella solo podremos decir que, aunque autores muy respetables sostienen que no es necesaria esta circunstancia, á nosotros nos parece más probable lo contrario, y para demostrarlo, bastará fijar la consideracion en la clase de razones de que se valen los que sostienen dicha opinion.

(1) Art. 569.

El principal, ó acaso el único argumento en que se fundan, es que hablando la ley de la circunstancia de haber de firmar sobre la carpeta del testamento los *testigos* y el *testador*; dice de unos y otros en su primera cláusula: *Si supieren y pudieren*; arguyendo de aquí, que si en los *testigos* no es defecto para no dejar de serlo el no saber escribir, tampoco deberá serlo en el *testador* para hacer testamento *escrito*.

Mas como estas palabras no prueban todo lo que desean los que siguen esta opinion, porque á ser así no sería necesario que ningun testigo supiera escribir, lo cual no puede en manera alguna admitirse, inferimos que, así como *colectivamente* no ha de escluirse de los *testigos* la circunstancia de haber de saber escribir, á pesar de decir la ley en términos generales que no obsta su ignorancia, como se colige de la condicion puesta de, *si supieren*; con mucha mayor razon debe suponerse dicha cualidad en el *testador*, cuando tan óbvia se presenta para no ser engañado en aquello mismo que afirma ser su última disposicion.

Que este sea el espíritu de la ley, lo dá á entender la cláusula que añade á continuacion: *Y si los testigos no supieren, ó el testador no pudiese firmar*: cuya diferencia de lenguaje para con el testador y testigos sería del todo inútil, si en concepto del legislador no se tuviere como necesaria la cualidad de haber de saber escribir el testador para hacer testamento escrito, lo cual se halla además recibido en la práctica.

La segunda cuestion es si los testigos han de ser tambien *vecinos* en este testamento.

Algunos suponen como necesaria esta cualidad, fundándose en que siendo la ley 3.^a de Toro correctoria de la ley 1.^a, título xix del Ordenamiento de Alcalá, y no haciéndose en aquella otra aclaracion que la que dice relacion al número de testigos que designó para el testamento *escrito*, les parece que dejó intacta la necesidad de haber de reunir estos dicha cualidad.

Nosotros, sin embargo, solo juzgamos que es prudente el que el escribano procure que sean *vecinos* los testigos, y si no pudieran serlo, que haya de anotar la vecindad que tuvieren, para poder ser citados á hacer su declaracion en el acto de la apertura del testamento: pues no es tan cierto que la ley de

Toro dejase intacta la cualidad de *vecindad*, ó la supusiese necesaria, cuando no en todos los testigos de que hace mérito la ley del Ordenamiento se exige.

Finalmente, la última cuestion versa sobre el número de testigos que deben saber firmar, la cual no nos parece difícil de resolver, porque diciéndose en la ley que en caso de no saber firmen *unos* por otros, está dicho lo bastante para comprender que han de ser al menos *dos* los testigos que sepan firmar.

Con lo dicho quedan manifestadas las solemnidades que prescribe la ley para la validez del testamento comun ú ordinario, tanto que sea *nuncupativo* como *escrito*.

Mas como estas suponen que por parte de las personas que intervienen en él no ha de haber tampoco ningún defecto que obste á su legitimidad, será preciso que se espresen los requisitos ó cualidades que han de reunir estas, así como tambien las formalidades que han de observarse para que llegue á producir efecto lo que el testador hubiere dispuesto, lo cual será materia del párrafo siguiente.

§. VI.

Requisitos de las personas que intervienen en el otorgamiento de un testamento y modo como se ordena este.

Aunque son tres las clases de personas que por lo comun intervienen en el otorgamiento de un testamento, á saber: el *testador*, los *testigos* y el *escribano*, haremos únicamente mencion en este lugar de los requisitos relativos á los dos últimos nombrados, dejando para la lección siguiente hablar de los que se refieren al *testador*.

Requisitos del escribano.

Segun las leyes recopiladas, debe ser el escribano de los del número del pueblo donde se otorga el testamento, no pudiéndose otorgar bajo pena de nulidad ante los escribanos Reales que no sean *numerarios*, sino en los dos casos siguientes:

1.º Cuando en el pueblo donde se hubiere de otorgar el testamento no residieran escribanos de número:

2.º Cuando fuere su otorgamiento en los lugares en que estuviere la corte y chancillerías. Leyes 7.ª y 8.ª, tít. xxiii, lib. x, Novis. Recop.

Algunos añaden que si el testador hallare algun inconveniente en otorgar su testamento ante el escribano *numerario* del pueblo, pueda hacerlo ante escribano simplemente Real: pero como al mismo tiempo exigen como necesaria la presencia de siete testigos que firmen el testamento para mayor seguridad, y es sabido que ante estos solamente si no son vecinos, y aun con cinco, siendo vecinos, se puede otorgar, entendemos que no deben admitirse otras escepciones que las dos arriba indicadas, y que en el caso que se supone recibe su fuerza el testamento mas bien de la solemnidad de los testigos que de la asistencia del escribano Real.

En el nuevo Código solo se dice que ha de otorgarse ante escribano público (1).

Requisitos de los testigos.

Tres son los requisitos que han de concurrir en los testigos que intervienen en los testamentos:

- 1.º Que sean vecinos del lugar en que se otorgaren estos:
- 2.º Que no tengan ninguno de los defectos que designa la ley para ser escludidos:
- 3.º Que estén presentes al acto del otorgamiento, viendo y oyendo al testador.

Que sean vecinos.

Con respecto á esta cualidad hay que observar que en unos casos es esencial, en otros no es necesaria, y en otros hay lugar á dudas por no estar claramente espreso en la ley.

Es esencial en los testamentos *abiertos* que se otorguen ante tres testigos con escribano, ó ante cinco sin escribano, ó ante tres solamente, no encontrándose cinco que sean vecinos, ni escribano: no es necesaria en el testamento *abierto* que se hiciere ante siete testigos; y se duda si lo es en los testamentos *cerrados* y en los que otorgaren los ciegos, no obstante el juicio manifestado en el párrafo V.

(1) Art. 565.

En los casos en que sea necesaria la vecindad, pretenden algunos que basta la que gozan los *domiciliados* ó *residentes*, y así lo espresa el nuevo Código (1): pero como en las leyes recopiladas se usa solo de la palabra *vecinos*, parece que haya de referirse á los que propiamente y en rigor entendemos como tales.

Como quiera que sea, no se reputan entre los de esta clase los hijos de familia, ni los criados que están y comen en casa del otorgante á espensas de éste, ni mucho menos los que se hallaren en el pueblo en clase de *transeuntes*.

Si á pesar de estas aclaraciones estuviera presente al testamento alguna persona á quien se le negara la cualidad de *vecindad*, ha de probarla el que sostenga la validez del testamento, según espresa Matienzo en sus glosas á la ley 4.^a, título XVIII, lib. x., Novísima Recopilación, que es la 4.^a, lit. iv, lib. v, de la Nueva Recopilación.

Que los testigos no tengan ningun defecto de los que designa la ley.

Por falta de este requisito están excluidos de poder ser testigos, unos *absolutamente*, y otros *en ciertos y determinados testamentos*.

Están excluidos absolutamente:

1.^o Las mujeres, cuya prohibicion está fundada en que la debilidad de su sexo y su poca sagacidad y reserva darian lugar á intrigas y maquinaciones si se admitieran. El nuevo Código, sin embargo, no las excluye (2).

2.^o Los menores de catorce años (3).

3.^o Los física y moralmente impedidos, como los locos á no ser en sus lúcidos intervalos, los imbeciles, los ciegos, los totalmente sordos ó mudos, y los pródigos declarados judicialmente (4).

4.^o Los que no entienden el idioma del testador (5), aun cuando asistiera un intérprete que fuere declarando ante los testigos y escribano lo que el testador espresare.

A todos los que hemos mencionado añade la ley 9.^a, tí-

(1) Artículos 565 y 590; núm. 5.^a (4) Art. 590, números 2, 3 y 4.

(2) Artículos 589 y 590.

(5) Art. 590, núm. 2.^a

(3) Art. 589.

16 tulo 1, Part. 6.^a, los condenados por libelos infamatorios ó por
 17 otros graves delitos, y los apóstatas; cuyas incapacidades,
 18 aunque en concepto de muchos son ineficaces despues de la
 19 publicacion del Código penal, nosotros creemos que, no constando
 20 espresamente esto derogado, no debe esponderse el testador á que pueda disputarse la validez de su testamento por
 21 razon de estos defectos, mayormente estando declarado que
 22 una de las tachas legales para no poder ser testigo en juicio es
 23 la de haber sido condenado uno por falso testimonio, como
 24 espresa el art. 320 de la ley de enjuiciamiento; cuya tacha impide
 25 tambien, segun los comentadores, el no poderlo ser en
 26 cualquier instrumento, en lo cual se conforma el nuevo Código
 27 (1).

28 Están escludos de ser testigos en ciertos y determinados
 29 testamentos:

30 1.^o Los ascendientes y descendientes del testador, escepto
 31 en el testamento militar que otorgare el hijo de familia, en el
 32 que podrá admitirse al padre como testigo, segun asi lo dispone
 33 la ley 14, tit. xvi, Part. 3.^a

34 2.^o El heredero y sus parientes dentro del cuarto grado
 35 en el testamento en que aquel hubiere sido instituido; debiendo
 36 advertir que con respecto al heredero consta así en la ley 9.^a,
 37 tit. v, lib. iii, Fuero Real; pero en cuanto á los parientes de
 38 éste es solo una práctica generalmente recibida, fundada sin
 39 duda en que, prohibiéndose en la ley 11, tit. i, Part. 6.^a,
 40 que los parientes del heredero puedan ser testigos en el pleito
 41 que se moviere sobre nulidad de testamento por sospechas de
 42 parcialidad á favor del mismo, se ha creido que tambien debian
 43 ser escludos de ser testigos en el testamento, principalmente
 44 si fuere *abierto*, y se otorgare sin asistencia de escribano,
 45 ó no constara de él por escrito, como esplica Gregorio
 46 Lopez en su glosa 1.^a á la citada ley de Partidas.

47 Algunos estienden tambien esta prohibicion á los legatarios
 48 y fideicomisarios, al menos en ciertos casos; pero como no
 49 hay ley en que conste espresamente esta circunstancia, antes
 50 bien consta lo contrario relativamente á los legatarios y fideicomisarios
 51 singulares, como observa el mismo Gregorio

(1) Art. 589.

Lopez en dicha ley, solo consideramos que será prudente el que no se elijan estos para testigos, si pudieran ser habidos otros.

Que estén presentes, y vean y oigan al testador.

Para evitar cuestiones en cuanto á este último requisito, se hace preciso advertir que, aunque por derecho romano debia empezar y concluir el testamento en un solo acto, sin embargo, por derecho español no hay dificultad en que se otorgue en diversos tiempos; bastando para su validez, ora se haya hecho en un acto continuado, ora en diversos, el que concurran los requisitos siguientes:

1.º Que los testigos estén todos presentes mientras se lee ó publique toda la disposición testamentaria.

2.º Que no solo oigan hablar, sino que vean al mismo tiempo al testador (1).

3.º Que entiendan perfectamente cuanto este hubiere ordenado si el testamento es *abierto*, y si fuere *cerrado*, que vean la plica que entrega el testador al escribano para que puedan despues declarar de su otorgamiento, firmando sobre ella en los términos arriba espresados.

4.º Que si el testador fuera extranjero é ignorase el idioma español, deban asistir además de los testigos dos ó tres intérpretes (2) y el escribano, el cual estenderá la última voluntad si el testamento es *abierto*, al tenor de lo que fueran estos manifestando por lo que oyeren ó hubiere escrito el testador, y si fuere *cerrado*, reduciendo á escritura pública ó autorizando lo que ellos espresaren que se contenia en la carpeta del pliego en que el testador dijese que se hallaba allí escrita su voluntad.

De lo dicho resulta que haciéndose el testamento con el número de testigos que la ley designa, y concurriendo en ellos y en el escribano, cuando asistiere, los requisitos que hemos espresado, quedará desde luego perfecto en cuanto á su forma exterior, y se llevará á efecto lo que él contenga, excepto en lo que pueda perjudicar los derechos de los herederos.

Los demás requisitos que exige la ley solo se refieren á la ritualidad ó modo de ordenarse el testamento, de lo cual daremos una breve idea en el párrafo siguiente.

(1) Art. 565.

(2) Art. 566.

le sin embargo de que en el §. VII. se dice que solo el testador puede disponer de sus bienes, y que no se elijan otros para que hagan sus partes.

Modo de ordenarse los testamentos.

Para que pueda formarse una idea en general del modo de ordenarse un testamento, transcribiremos antes los puntos principales que ha de contener, los cuales son los siguientes:

- 1.º El nombre, apellido, naturaleza, vecindad y filiacion del testador.
- 2.º La invocacion divina y protestacion de la fé, y todo lo relativo al entierro y bien de alma.
- 3.º Las mandas y legados que dejare.
- 4.º La declaracion de sus deudas y créditos, y si fuere casado, los matrimonios que hubiere contraido, dotes que llevaron sus mujeres, arras que hubiere dado ú ofrecido, bienes que aportó al matrimonio, edad y estado de los hijos, si los tiene, y donaciones ó mejoras que les hiciere.
- 5.º El nombramiento de tutores á los hijos impúberes.
- 6.º El de los albaceas testamentarios.
- 7.º La institucion de heredero y sustituciones que creyere convenientes.
- 8.º La revocacion ó confirmacion de las disposiciones anteriores si las tuviere.

Con presencia, pues, de estos antecedentes, ó el testador dispone su última voluntad en testamento *abierto* ó en *escrito* ó *cerrado*.

Si dispone en testamento *abierto*, ó lo hace solo ante testigos, ó ante estos y notario. En el primer caso, ó lee á su presencia la disposicion que de antemano tuviere escrita, la cual convendrá que la firmen si supieren, ó les manifiesta de palabra solamente su voluntad. En el segundo caso, estenderá el escribano el testamento, que podrá hacer de uno de estos dos modos: ó anotando ante los testigos lo que el testador vaya disponiendo y leyéndolo despues todo íntegro por si ha de variarse algun punto, ó escribiendo estando solo con el testador lo que este ordenare, haciendo entrar despues á los testigos para su lectura ó publicacion, que firmará el testador ó un testigo.

Consideramos como válido el testamento *abierto* en que ni

firme el testador ni otro testigo, con tal que el notario espresare y dé fé que no firman ni uno ni otro por la causa que tuvieron (1).

Autorizado el testamento, podrá el escribano ante quien se hubiere otorgado, dar al testador y no á otra persona, mientras viviere, las copias que le pidiese; del mismo modo que las podrá dar, muerto éste, á los interesados que las solicitaren, sin necesidad de mandato judicial ni de citacion contraria, que únicamente se exige cuando otro escribano que el autorizante la diere.

Estas copias han de estar estendidas en el papel del sello correspondiente, advirtiendo que al darse la primera copia que pidan los interesados, ó en los tres dias siguientes al mes del fallecimiento del testador, si no la pidieren, estenderán otra de las cláusulas que contengan mandas ó legados en favor de los establecimientos de beneficencia, ó darán fé de que no contiene ninguna de estas cláusulas, segun dispone la Real orden de 23 de Marzo de 1845.

Si el testamento fuere cerrado, tendrá presente el que lo escriba los puntos arriba mencionados; y ya que estuviere escrito, lo presentará al notario ante siete testigos bajo una plica, que debe ser del tamaño, cuando menos, de medio pliego de papel, y del sello 9.º, sobre la cual se estenderá el acto del otorgamiento, espresando el notario el lugar, fecha, nombre, domicilio y filiacion del testador; la protestacion de fé y que se halla en su cabal juicio; la manifestacion de que en aquella plica está su último testamento, por el cual revoca todos los demás, ó que es el primero que tiene otorgado; y finalmente, los nombres y vecindad de los testigos, con espresion de los que firmaron por si y de los que lo hacen á ruegos del testador ó de los demás que no sepan; con cuya ritualidad está conforme en lo general el nuevo Código (2).

Este testamento podrá el testador confiarlo á la custodia de cualquier persona ó del mismo notario; pero este en todo caso, insertará en el libro reservado de que trata el art. 33 de la ley de 28 de Mayo de 1862, con la numeracion correspondiente, copia de la carpeta del testamento cerrado, remitiendo

(1) Art. 567.

(2) Art. 569.

índice reservado al Regente de la Audiencia por conducto del juez, dentro de los primeros 8 dias de cada mes.

Examinadas las doctrinas del derecho relativamente al otorgamiento de los testamentos comunes ú ordinarios, solo nos falta saber las que se refieren al modo de otorgarse los testamentos *privilegiados*, de las cuales nos ocuparemos en el párrafo siguiente.

§. VIII.

Doctrina del derecho sobre el modo de otorgarse los testamentos privilegiados.

Los testamentos privilegiados, segun dijimos en el párrafo IV, son aquellos que, por circunstancias particulares del otorgante, se permite que puedan hacerse sin otro requisito que el que conste de su otorgamiento, ó con menos solemnidades que las que se exigen para casos ordinarios.

Segun esta definicion, podremos dividirlos en dos clases, á saber: en *privilegiados generales* y en *especiales ó locales*.

Los primeros son los que sin relacion á la localidad del otorgante, se permiten á ciertas clases del Estado: tales son los testamentos de los militares.

Los segundos son los que por fueros particulares otorgan los habitantes de las provincias en que está vigente esta clase de legislacion, como los otorgados en Cataluña, Aragon, Navarra y Provincias Vascongadas.

Prescindiendo de los que se otorgan en cada una de estas localidades con arreglo á sus fueros, solo nos ocuparemos de los primeros, ó sea de los testamentos *militares*.

Estos son aquellos que otorgan las personas que gozan del fuero de guerra, sin necesidad de sujetarse á las formalidades del derecho, y si solo por aquellos medios que su prudencia les dicte para que conste de su voluntad.

Aunque por regla general sean perjudiciales los testamentos privilegiados por la mayor facilidad con que se pueden supplantar, sin embargo, no por ello dejamos de reconocer la utilidad del privilegio de testar en favor de los militares; pues sin él quedarían privados en muchos casos de la facultad que á todo hombre se concede para disponer de sus bienes, por no hallarse siempre en circunstancias de poder llenar las solemnidades que por derecho comun se requieren.

Atendida esta consideracion, no estrañaremos el ver consignado en los Códigos de las demás naciones el privilegio de testar que á las personas de esta clase se concede, si bien no es una misma la jurisprudencia seguida en todas ellas en cuanto al modo de otorgarlo.

Los romanos, para determinarlos, distinguian tres tiempos, á saber: el del militar en campaña pero fuera del peligro; el de aquel que se hallaba frente al enemigo ó en accion de guerra, y el del mismo fuera de campaña.

En el primer caso permitian al militar que pudiera testar ante dos testigos, no por via de solemnidad, sino de prueba: en el segundo le concedian que lo hiciese del modo que quisiese ó pudiese, tanto de palabra como por escrito, y aun escribiendo con su sangre en su escudo de armas, ó en la tierra ó arena con su espada: en el tercero tenia que acomodarse á las leyes comunes.

Las leyes de Partidas, como aparece en la 4.^a, tit. 1, Partida 6.^a, admitieron esta doctrina en todas sus partes, la cual habiendo caido en desuso por una costumbre en contrario, vino despues á restablecerse en cierto modo por la Real cédula de 28 de Abril de 1739, en la que se declaró que en el testamento otorgado por los militares sin ninguna solemnidad, no valiera si no fallecian en aquella campaña que les obligó á hacerlo, debiendo otorgar otro con todas las solemnidades prescritas por la ley en pasando á poblado.

Por el Real decreto de 9 de Junio de 1742 quedó sin efecto lo dispuesto en la anterior cédula, volviendo otra vez á continuarse aquella costumbre antigua en virtud de la cual podian testar de cualquier modo, tanto en campaña como en cualquier otro punto, cuya disposicion fué confirmada por la ley 7.^a, título xviii, lib. x, Novis. Recop., y artículos 1.^o, 2.^o, 3.^o y 4.^o, tit. xi, tratado 8.^o de las Ordenanzas del egército.

El haberse añadido en estas que siempre que pudiera el militar testar en paraje donde hubiere escribano lo hiciera ante este oficial público, dió lugar á dudar si quedaba ó no á su arbitrio el testar á estilo de guerra en los parajes donde hubiere escribano; y consultado el rey D. Carlos III, declaró, segun consta en la ley 8.^a, tit. xviii, lib. x, Novis. Recop., que los militares, comprendiéndose en estos los que gozan del

fuero de guerra, pudieran en fuerza de sus privilegios otorgar por sí sus testamentos en papel simple y firmado de su mano, ó de cualquier otro modo en que constara de su voluntad, ó hacerlo ante escribano con las fórmulas ó cláusulas de estilo.

Esta resolución fué confirmada por la Real órden de 17 de Enero de 1835, declarándose en ella en vista de algunas consultas dirigidas á S. M., que es árbitro el militar, no solo en campaña, guarnicion cuartel ó marcha, sino tambien en donde quiera que se halle y cualquiera que sea su estado de salud, con peligro ó sin él, elegir para manifestar su voluntad la forma civil ó la militar, sin tener que sujetarse á los reglamentos locales, que eran los que se alegaban en las consultas que motivaron esta Real órden.

Tal es la actual legislacion con respecto al privilegio de testar que gozan los militares; pero al mismo tiempo debemos advertir que esta tan ámplia facultad solo se refiere á la forma exterior del testamento, y no en manera alguna á su parte dispositiva, en la que tendrán que observar lo que establecen las leyes comunes sobre legítimas, segun lo prevenido en el artículo 17, tít. xi, tratado 8.º de las Ordenanzas militares, si bien podrán acomodarse á las que estén en uso en aquella localidad en que lo otorgare, como se permite en la ley 8.ª, título xviii, lib. x, Novis. Recop.

Además del testamento militar, pueden considerarse como privilegiados los hechos ante el rey, de los cuales dice la ley 5.ª, tít. 1, Part. 6.ª, que, aunque no haya en ellos otro testigo escrito que el monarca, valen tanto como los mas solemnes, por ser una persona tan autorizada que no cabe en ella ninguna sospecha de fraude, como añade Gregorio Lopez en su glosa á la ley citada.

Igualmente nos parece que subsiste el privilegio concedido á los aldeanos por la ley 6.ª del mismo título y Partida, de poder hacer testamento escrito con solo cinco testigos que sepan firmar, cuando no pudieran hallarse siete que reunan esta circunstancia; fundándonos para ello en que si las leyes recopiladas hubieran querido que no subsistiese este privilegio, lo hubieran espresado, asi como lo hicieron con respecto al testamento de los padres entre hijos, que era otro de los privi-

legiados que admitian las Partidas, y que la ley 2.^a, tit. xviii, lib. x, Novis. Recop., igualó con los demás. Últimamente, esta misma observacion podíamos hacer para considerar tambien como privilegiado el testamento hecho en tiempo de peste, mayormente despues de haber citado el señor Crespi de Valdaura cierto ejemplar ejecutoriado en el supremo Consejo, como es de ver en su obra juridica, Observacion 400.

Con lo manifestado hasta aquí podremos ya comprender la doctrina del derecho acerca de uno de los modos cómo se verifica la sucesion testada, que es por medio del testamento, tanto comun, como especial ó privilegiado.

Veamos ya la que se refiere á los otros modos de disponer de nuestras cosas, que son por medio de un *codicilo* ó de una *memoria testamentaria*.

§. IX.

Naturaleza de los codicilos y sus clases.

Otro de los modos de manifestar los hombres su última voluntad, segun dejamos sentado en el párrafo I, es el *codicilo*, el cual no es mas que una especie de última disposicion ordenada antes ó despues del testamento, en la que sin nombrar directamente heredero, declara uno lo que quiere se haga de sus cosas despues de su muerte. Leyes 1.^a y 2.^a, tit. xii, Part. 6.^a

De esta definicion resulta que el codicilo puede otorgarse antes y despues del testamento, y aun no existiendo este. En el primer caso le dan las leyes romanas el nombre de *codicilo confirmado por testamento*, á no ser que siendo este posterior se revocara en él la anterior disposicion: en el segundo se le llama *codicilo no confirmado*.

En uno y otro caso puede otorgarse, ó haciendo el que dispone pública su voluntad, ó quedando esta oculta hasta despues de su muerte. Si lo primero, el codicilo se llamará *abierto* ó *nuncupativo*: si lo segundo, *cerrado* ó *escrito*.

Algunos escritores suponen que despues de la ley 2.^a, titulo xviii, lib. x, Novis. Recop., solo se conocen los codicilos *escritos*, fundándose sin duda en que no siendo necesaria para

la validez del testamento que haya en él institucion de heredero, y siendo el codicilo un instrumento en que, además de no poder contener dicha institucion, ha de hacerse con las mismas solemnidades que el *testamento nuncupativo*, opinan que no existe ya ninguna diferencia entre los codicilos que los antiguos llamaban *abiertos* y los testamentos de la misma clase.

Nosotros, á pesar de la erudicion de estos escritores, no podemos menos de defender, mientras esté vigente la actual legislacion, la division que hemos hecho de los codicilos.

La razon de ello la encontramos en la misma ley citada de la Novisima Recopilacion, en la que despues de haber hablado de las solemnidades del testamento *nuncupativo*, del *cerrado* y del que otorgare el *ciego*, para no repetir, al referirse á los codicilos, las mismas clases que las de cada uno de los testamentos de que en singular acaba de espresar, dice en términos generales: *Y en los codicilos intervenga la misma solemnidad que la que se requiere en el testamento nuncupativo.*

En hora buena que se dispute, en vista de las palabras de la ley, acerca de si hayan de observarse en todos los codicilos unas mismas solemnidades, porque la ley dice generalmente: *Y en los codicilos, etc.*; pero no cabe discusion sobre si pueden ó no dividirse estos en dos clases; pues de otro modo nos espondríamos á privar á los *ciegos* de la facultad de otorgar codicilo, sabiendo que á estos se les está prohibido hacer testamento *escrito*.

No pudiéndose sostener que despues de la ley recopilada solo existen codicilos *escritos*, como afirman algunos escritores, deberemos admitir las mismas dos clases de *abiertos* y *escritos* que conocieron los antiguos, con arreglo á la ley 1.^a, tit. XII, Part. 6.^a, cuyas solemnidades manifestaremos á continuacion.

§. X.

Solemnidades de los codicilos, y cosas que pueden disponerse en ellos.

Admitida la division de los codicilos en *abiertos* y *escritos*, segun hemos demostrado en el párrafo anterior, parece muy propio que se determinen las solemnidades con que han de otorgarse.

Algunos autores pretenden que son unas mismas para sus

dos especies, y las razones en que se fundan son las siguientes:

Primera, el haber usado la ley, al designar las solemnidades con que han de otorgarse, de las palabras: *Y en los codicilos*, como queriendo comprender á los de una y otra clase; y

Segunda, el que así como la ley hizo diferencia entre las solemnidades del testamento *abierto* y las del *cerrado*, la habria hecho tambien entre ambos codicilos, si no hubiese querido que en ellos se guardaran unas mismas solemnidades.

Nosotros, sin embargo, á pesar de reconocer la fuerza de estas razones, como no desvanecen todavia las dudas que se ofrecen, nos inclinamos á que cada uno de los codicilos haya de tener su forma especial.

Esta con respecto á los codicilos *abiertos* consiste en haber de reunir las mismas solemnidades que el testamento *nuncupativo*, distinguiéndose no obstante de este, en que en los *codicilos* la fórmula del otorgamiento, segun los modelos que presentan los prácticos, es como la de cualquiera otra escritura pública, cuando la del testamento *nuncupativo* empieza por la protestacion de la fé que hace el testador, siguiendo despues las disposiciones que tiene por conveniente. Mas con respecto á los codicilos *cerrados*, su forma es como la de un testamento tambien *cerrado*, sin mas diferencia que la de bastar en el codicilo *escrito* cinco testigos, segun dispone la ley 1.^a, tit. xu, Part. 6.^a

Muévenos á seguir esta opinion el observar que, aun cuando las dos clases de codicilos pudieran otorgarse con el mismo número de testigos que los que se exigen para el testamento *nuncupativo*, sin embargo, como en el codicilo *escrito* es circunstancia esencial que sepan firmar algunos de ellos, y semejante cualidad no se exige en el testamento *abierto*, será cierto, el decir que los codicilos *escritos* no pueden hacerse con los mismos requisitos que los que bastan para el testamento *nuncupativo*.

Dejando esta cuestion, cuyos fundamentos hemos presentado por una y otra parte, lo que no admite duda es, que su puesta la division de los codicilos en *abiertos* y *escritos*, á unos y otros deben estenderse las determinaciones respecto á su parte dispositiva, de las cuales nos ocuparemos en el párrafo siguiente.

§. XI. Y en los co-

Disposiciones de las leyes acerca de las cosas que son objeto de los codicilos.

En los codicilos solo puede disponerse de las cosas que no prohiben las leyes.

Están prohibidas:

1.ª Instituir directamente heredero: pero si que se permite instituirse indirectamente por via de fideicomiso, y aun nombrarse la persona que lo haya de ser, siempre que el testador espresara en su testamento que lo fuera la que él designase en el codicilo. Léyes 7.ª y 8.ª, tit. III, y 2.ª, tit. XII, Partida 6.ª

2.ª Hacer sustituciones al heredero nombrado en testamento, é imponer condiciones al mismo, á no ser que en el testamento se dijese que llevaria la herencia el instituido en él, con las condiciones y forma que espresare en el codicilo. Ley 8.ª, tit. III, y 2.ª, tit. XII, Part. 6.ª

3.ª Desheredar á los herederos instituidos en testamento; pero si el testador dijere en el codicilo que el heredero que habia instituido le habia hecho tal injuria que no mereciese tener la herencia y se probase, quedaria privado de ella. Ley 2.ª, tit. XII, Part. 6.ª

Algunos suponen que por la ley 1.ª, tit. XVIII, libro X, Novis. Recop., se derogó la prohibicion de las leyes de Partidas de nombrar heredero en codicilo, fundándose en la última cláusula de dicha ley, que dice así: *Y si alguno dejare en su postrimera voluntad á otro por heredero*: pues, como tanto puede ser un *testamento* como un *codicilo* este acto de última voluntad, infieren que, no solo indirecta sino aun directamente puede nombrarse heredero en codicilo.

A nosotros, sin embargo, nos parece que, habiéndose referido esta ley en la cláusula anterior solo al testamento, hablando del nombramiento de heredero, las palabras *postrimera voluntad* que á continuacion siguen, deben entenderse de aquella solamente en que se permite dejar heredero, ó de solo el heredero *fideicomisario* que tanto puede nombrarse en testamento como en codicilo.

Siendo esto así, quedan subsistentes las tres espresadas

prohibiciones, permitiéndose en lo demás hacer lo mismo que en el testamento.

Así que, podrá quitarse y enmendarse lo dispuesto en dicho instrumento, no siendo en los puntos indicados; añadirse lo que en él se hubiere omitido; dejar legados; hacer mejoras; nombrar tutor en los codicilos confirmados por testamento, aunque con la condicion de haberse de obtener la aprobacion judicial; revocar los anteriores codicilos, y aun tambien lo dispuesto en los testamentos, escepto en cuanto á la institucion de heredero, que unicamente podrá revocarse por un testamento posterior.

Tales son las cosas de que puede disponerse en los codicilos. Algunas de ellas pueden tambien llevarse á efecto, aun cuando estén escritas en un simple papel que conocemos con el nombre de *memoria testamentaria*, cuya definicion y juicio sobre este documento se manifestará á continuacion.

Memoria testamentaria.

Por esta entendemos *un escrito simple á que se refiere el testador al ordenar su voluntad, previniendo que haya de formar parte del testamento.*

La ley que ha revestido de tantas solemnidades las disposiciones testamentarias no podia autorizar semejantes documentos, que tan espuestos se hallan á fraudes y suplantaciones; pero como no dejan de prestar alguna utilidad, por favorecerse por este medio la libre disposicion de los bienes, en la práctica se hallan admitidos, y con arreglo á los mismos se llevan á ejecucion los mandatos que contienen, siempre que antes se asegure y demuestre el estar escritos por el testador, ó que se encuentran en ellos las señales que en el testamento se hayan consignado para darlos á conocer, como espresa el artículo 1398 de la ley de enjuiciamiento civil.

Si esceptuamos este último documento, los demás de que nos hemos ocupado en esta leccion, en tanto producirán efecto, en cuanto reunan las solemnidades que prescriben las leyes; mas como á pesar de haberse estas observado, no todos gozan siempre de fé pública de modo que presentándose en juicio puedan desde luego los interesados obtener los derechos que aleguen, será preciso que manifestemos últimamente lo que

haya de practicarse para reducir á escritura pública los *testamentos* y *codicilos* que no gozan de este carácter desde su otorgamiento.

§. XII.

Qué testamentos han de reducirse á escritura pública, y diligencias que han de practicarse con este objeto.

Los *testamentos* y *codicilos* que han de reducirse á escritura pública, son los siguientes:

- 1.º Los *cerrados* en todos los casos.
- 2.º Los *nuncupativos* solo cuando en su otorgamiento no hubiera asistido el escribano *numerario* y fuera necesario deducir alguna accion en juicio ó lo pidieran los interesados. En cada uno de ellos hay su procedimiento especial, que para su mas inteligencia espresaremos con separacion.

Procedimiento para reducir á escritura pública los testamentos escritos.

A tres puntos refieren las leyes las diligencias que han de practicarse para reducir á escritura pública los *testamentos* y *codicilos escritos*, á saber:

- 1.º A la presentacion del documento para su apertura:
- 2.º A su reconocimiento por los testigos que intervinieron en su otorgamiento:
- 3.º Al acto material de la publicacion.

Presentacion de estos documentos.

Están obligados á hacerla todos los que tengan en su poder un documento de esta clase, que deberán verificar ante el juez dentro de un mes, contado desde el fallecimiento del testador, bajo la pena de perder *ipso iure* el derecho á las mandas que se les dejasen, ó no dejándoseles ninguna, de haber de pagar el daño á la parte, y además abonar dos mil maravedises de multa con destino á las penas de cámara. Así lo dispone la ley 5.ª, tit. xviii, lib. x, Novis. Recop.

Como el *testamento cerrado* puede confiarse á la custodia de un notario ó de otra persona cualquiera, entendemos que se hallan tambien comprendidas en esta obligacion; pero aun prescindiendo de ella, es lo cierto que al pedirse la apertura del *testamento*, la cual puede instar todo aquel que presuma

tener algun interés, pidiendo por sí ó por procurador al juez por medio de un escrito que tal persona, designándola, en cuyo poder se encuentre el testamento, lo presente inmediatamente si se hallare en el pueblo, ó dentro del término que tuviere á bien señalarle; hallándose en otro punto, no hay duda que acordándolo así el juez queda obligado el escribano que lo tuviere á presentarlo, como cualquiera otra persona en cuyo poder estuviere.

Mas ó bien que se presente dicho testamento en el término señalado por la ley recopilada, ó bien se haga la presentación por mandato del juez, verificada que sea, hará este que se escriba por el escribano diligencia espresiva del estado en que se han encontrado su cubierta, sus sellos y demás que sea digno de notarse, firmándola la persona que haya hecho la presentación, lo cual cumplido, dispondrá que se cite para el día siguiente, ó antes si es posible, al escribano y testigos que aparecen firmados en su cubierta, á fin de hacer ante ellos la solemne apertura del pliego, previo su reconocimiento. Artículos 1390, 1391 y 1392 de la ley de enjuiciamiento civil.

Reconocimiento del testamento.

Presentes ya los testigos y escribano en virtud de la providencia del juez, se les pondrá de manifiesto el pliego, y permitiéndoseles que lo reconozcan, espresarán si lo encuentran en el mismo estado en que se hallara cuando firmaron la carpeta. También reconocerán sus firmas, espresando bajo juramento que son de su puño y letra, y si vieron igualmente poner las firmas de los que han fallecido ó estén ausentes, y las tienen por legítimas.

Pudiera bastar esta última declaración para abonar los ausentes ó que hubieren fallecido; pero como no siempre podrá conseguirse por ella este resultado, la ley ha dispuesto:

Primero, que si alguno ó algunos de los testigos se hallaren en este caso, sean abonados, examinándose dos testigos que conozcan sus firmas y aseguren la semejanza de las del pliego con las suyas; y

Segundo, que si fuera el escribano el que se hallare en dicho caso, sea también abonado en la misma forma, y que además el juez y el escribano ante quien se instruya el expediente, co-

tejen su signo con otros del mismo que sean indubitados, si puede verificarse.

Hecho este reconocimiento, se procederá á la apertura del testamento para su publicacion. Artículos 1393, 1394 y 1395.

Publicacion del testamento.

Para que se decrete esta, precede la apertura del testamento, que la hará el juez ante los escribanos y testigos y la persona que lo hubiere presentado, leyéndolo el juez para si por si acaso contuyese algo que no conviniera hacerlo notorio en el acto.

Si nada contiene que deba quedar oculto, lo entrega al escribano para que lo lea delante de todos, y verificada la lectura, de lo cual estenderá diligencia este, dando fe de las hojas que contenga y papel en que está escrito, dictará el juez providencia, declarando por testamento y última voluntad lo contenido en el escrito, mandando que sea reducido á escritura pública, y que se protocolice en el registro del escribano que haya autorizado el otorgamiento, si es posible, ó no siéndolo, en el del que designe el juez entre las escribanías del lugar del domicilio del testador, añadiendo que se dé á la persona que lo haya presentado testimonio de la espresada providencia para su resguardo y puedan entregarse á los interesados los traslados que pidieren. Artículos 1396 y 1397 de dicha ley.

Véanse además las leyes 2.^a, 3.^a y 5.^a, lít. II, Part. 6.^a, con cuyas disposiciones se halla en lo general conforme el nuevo Código (1).

Si hubiere memoria testamentaria, se estenderá diligencia espresiva de la persona que la haya presentado, ó en poder de quién haya sido hallada, de su estado, y de si hay en ella las señales que en el testamento se hayan consignado para darla á conocer. Constando estas, se mandará protocolizar juntamente con el testamento. Artículos 1398 y 1399 de la misma ley.

Tales son las formalidades que han de observarse para reducir á escritura pública los testamentos y codicilos *cerrados*: veamos las que se exigen para los *testamentos* y *codicilos*.

(1) Artículos 594, 595 y 596.

abiertos, en los casos que carecieran de esta cualidad en su otorgamiento.

Procedimientos para reducir á escritura pública los testamentos abiertos.

Aunque es válido el testamento ó codicilo *abierto* hecho sin escribano con el número de testigos que designa la ley, sin embargo, no gozará de fé pública hasta que se declare tal por el juez.

Para ello hay que tener presente si el testamento se halla ordenado en cédula ó papel simple que se leyó á los testigos por el testador ó por otro á su presencia, ó solo fué verbalmente manifestada ante ellos por el testador su última voluntad.

Cualquiera que sea el modo cómo se haya otorgado, solo podrá elevarse á escritura pública á instancia de parte legítima, entendiéndose por tal, según los artículos 1380 y 1381 de la ley de enjuiciamiento:

Primero, el que tuviere interés en el testamento:

Segundo, el que hubiere recibido en él cualquier encargo del testador:

Tercero, el que con arreglo á las leyes pueda representar á cualquiera de los que se encuentren en los dos casos expresados.

Esto supuesto, presentada la solicitud, en la cual, acompañándose la cédula, si la hubiere, ha de pedirse que sean examinados los testigos al tenor de lo que ella contenga, ó á lo que la parte interesada supone haber manifestado el testador en su última disposición, mandará el juez que se reciba la sumaria informacion que se pide, señalando al efecto dia y hora para el exámen de los testigos.

Presentados éstos, de cuyo conocimiento dará fé el escribano, ó en caso de no conocerlos exigiendo dos testigos que les conozcan y suscriban las declaraciones de aquellos, serán examinados separadamente, cuidando el juez, bajo su responsabilidad, de que se espresen en las declaraciones la edad y el lugar en que tuvieren su vecindad al otorgarse su testamento.

Evacuada la sumaria, si de lo declarado apareciere:

Primero, el propósito deliberado del testador de hacer su última disposición:

Segundo, la institución de heredero ó el destino que quiso dar á sus bienes:

Tercero, el haber oído los testigos la disposición testamentaria de boca del testador, y en un solo acto, aunque se haya hecho en diferentes el testamento; y

Cuarto, que los testigos son los que exige la ley y que reúnen las cualidades que ella establece, declarará el juez por testamento lo que de dicha sumaria resulte, con la cláusula de *sin perjuicio de tercero*, y mandará protocolizar el expediente en el registro de la escribanía que designare, prefiriendo si la hubiere, la del lugar en que tuviere su domicilio el testador, ó eligiendo la que le pareciere en caso de haber muchas, ó no habiendo ninguna, la de la cabeza de partido que determine. Artículos desde 1382 al 1389 de la citada ley.

La escribanía en donde se protocolizare dará á los interesados las copias y testimonios que pidieren en los términos convenientes de manera que hagan fé, con cuya doctrina se conforma el proyecto del nuevo Código (1).

(1) Art. 597 y 598.

terror cuáles son las solemnidades de que deben estar revestidos los testamentos para que produzcan efecto, el orden que se designan las facultades, respondiendo al mismo tiempo en ellas las facultades del testador, y en las facultades que la actual legislación concede al poder otorgarse por uno los testamentos.

LECCION DUODÉCIMA.

DE LAS PERSONAS QUE PUEDEN TESTAR.

Resumen.

§. I. Razon del método.—§. II. Qué personas pueden testar.—§. III. Origen del testamento por comisario, y juicio acerca de su utilidad.—§. IV. Quiénes se llaman comisarios testamentarios, y modo cómo han de ser nombrados.—§. V. Cuáles son sus facultades.—§. VI. Sus obligaciones.—§. VII. Naturaleza del testamento llamado *comun* y *mútuo*, y juicio sobre su utilidad.—§. VIII. Advertencias para el testamento del que carece de bienes, conocido con el nombre de *declaracion de pobre*.

§. I.

Razon del método.

Sancionada por el derecho civil la facultad de poder disponer el hombre de sus bienes para despues de su muerte, era consiguiente que el legislador interviniera en cada uno de los actos por donde pudiera hacerse manifiesta la voluntad del testador, no solo para asegurarse de su certeza y evitar los fraudes á que están espuestas las últimas voluntades por las falsificaciones ó suplantaciones que con facilidad pueden cometerse, sino tambien para no dar lugar á que, personas que no tienen conocimiento para comprender el objeto y fin por que se concede esta facultad, puedan hacer mal uso de ella en perjuicio de las familias y de la misma sociedad.

Para asegurarse de que es obra del testador el testamento que se le atribuye, la ley ha dejado establecida la forma con que haya de otorgarse, ó las solemnidades de que debe estar revestido; y para evitar el mal uso que pueda hacerse de la facultad de testar, la ha limitado la misma ley á solo á aquellas personas en quienes se supone el conocimiento necesario para hacer un buen uso de ella, y no ofrecer ningun inconveniente público el que la ejerzan.

Bajo este supuesto, habiendo manifestado en la leccion an-

terior cuáles son las solemnidades de que deben estar revestidos los testamentos para que produzcan efecto, el orden pide que se designen las personas que pueden hacerlo, lo cual haremos ver en la presente lección, esponiendo al mismo tiempo en ella las doctrinas del derecho acerca de la facultad que la actual legislación concede de poder otorgarse por otro los testamentos.

§. II.

Qué personas pueden testar.

III. Puede testar cualquiera persona de ambos sexos á quien la ley no le haya prohibido el ejercicio de esta facultad; y las personas á quienes lo ha prohibido, ora absolutamente, ora en casos determinados, son las siguientes:

1.º Los que no han cumplido catorce años, siendo varones, y doce si son hembras. Ley 13, tit. 1, Part. 6.ª (1).

Si hubieren llegado á esta edad, podrán testar, no teniendo otra prohibicion, aun estando bajo la patria potestad; pues aunque por la ley 2.ª del mismo título y Partida lo estaba prohibido á los que estuvieren bajo este poder, á no ser del peculio castrense ó cuasi castrense esta disposicion fué despues derogada, segun consta por la ley 4.ª, tit. xviii, lib. x, Novísima Recopilacion.

2.º Los que padecen enagenacion mental, como locos, fátuos, etc., mientras se hallen en tal estado, como expresa la ley 13 de Partidas antes citada.

Si no lo estuvieren ya cuando lo otorgaren, ó aun estándolo tuvieren algunos lúcidos intervalos, podrán testar (2); pero para evitar dudas y controversias sobre este punto, convendrá que los parientes ú otras personas interesadas acudan al juez pidiéndole que autorice al escribano para que con asistencia de facultativos vea si la persona á que se refieren se halla en estado de otorgar testamento, y para el caso en que se declare su aptitud, reciba acto continuo la voluntad del testador con las solemnidades correspondientes, la cual, firmada por los facultativos y testigos, se presente al juez para su aprobacion.

3.º Los pródigos declarados como tales judicialmente; pero

(1) Art. 600.

(2) Art. 600.

será válido el testamento que hubieren otorgado antes de esta declaración. Ley 13, tit. 1, Part. 6.^a

4.º Los sordo-mudos y mudos solamente que no supieren manifestar de modo alguno su voluntad: pues sabiéndolo, no hay motivo para que se les prive de este derecho, mayormente en el día, en que tanto se ha perfeccionado la instruccion de dichas personas, que, no solo los que padecen este defecto por un accidente, sino tambien los que lo tienen por nacimiento aprenden á escribir y otras artes y ciencias: por manera que, sin habernos de atener á las leyes de Partidas, podemos establecer como principio que si el mudo sabe escribir podrá hacer testamento por escrito si lo escribe él mismo, como se halla consignado en la ley 13 citada y confirma el nuevo Código (1); y si solo sabe leer, podrá hacerlo por otro á quien lo hubiere encargado por medio de signos, teniéndose por válido si leyéndolo despues para sí lo aprobase delante de los testigos con señales que no dejen lugar á duda.

5.º Los que hubieren abrazado el estado religioso, habiendo ya profesado, permitiéndoseles durante el año del noviciado el poder testar y renunciar sus bienes con licencia del obispo ó su vicario general en los dos meses anteriores á su profesion, como dispone el Concilio de Trento, Sess. 25 de Regular., capitulo xvi.

Esta doctrina, que tan conforme es al estado religioso, ha sufrido en España algunas modificaciones, dándose lugar á que, no obstante su profesion religiosa, puedan hacer testamento los comprendidos en las clases siguientes:

Primera, los religiosos que sirven de capellanes en el ejército y armada, segun la ley 9.ª, tit. xxvii, lib. ii, Novísima Recopilacion.

Segunda, los caballeros profesos de la orden de Malta con licencia del gran Maestre.

Tercera, los religiosos secularizados y esclaustrados, entendiéndose esta facultad en los primeros desde la fecha de la secularizacion, y en los segundos desde el dia de su esclaustracion, como aparece en el art. 38 de la ley de 29 de Julio de 1837.

(1) Art. 570.

La Cuarta, las monjas que continúan haciendo vida regular en los conventos que quedan abiertos, cuya facultad se retrotrae al 8 de Marzo de 1836, así para este acto como para los demás derechos civiles, según espresa el mismo artículo de la ley citada.

La prohibición, pues, en virtud de dichas modificaciones queda hoy limitada á los religiosos que viven en clausura observando la vida regular, en cuyo sentido se espresa también el nuevo Código (1).

Los clérigos seculares, aunque por derecho canónico y civil solo pueden testar de sus bienes patrimoniales, y no de los adquiridos por razón de la Iglesia ó beneficio, sin embargo, en España se introdujo por costumbre desde tiempos muy antiguos que pudieran disponer libremente de unos y otros, la cual fué despues confirmada por nuestro derecho. Leyes 3.^a, 4.^a y 5.^a, tit. xxi, Part. 4.^a, y 42, tit. xx, lib. x, Novísima Recopilación.

6.^o No pueden testar los arzobispos y obispos en cuanto á los ornamentos sagrados y pontificales, por haberse considerado como fuera de su propiedad y haber de pasar á los sucesores en esta dignidad, como se dispone al final del art. 31 del Concordato de 16 de Marzo de 1851.

Antiguamente no podían estos prelados testar de los frutos del obispado, según se disponía en la ley 8.^a, tit. xxi, Partida 1.^a, á no ser con licencia del R. Pontífice; pero habiéndose estipulado en el Concordato de 1753 que en lo sucesivo no concediera ya esta licencia Su Santidad para que así quedaran á favor del Estado los bienes llamados *espolios* y *vacantes*, se hizo general en ellos la prohibición de testar.

Las novedades introducidas en los bienes pertenecientes á las corporaciones eclesiásticas de España dieron lugar á la Real orden de 30 de Abril de 1844, circularada á los subcolectores de espolios, en virtud de la cual se concedió á los obispos la libre facultad de disponer de todos sus bienes, cualquiera que fuese su procedencia, cuya disposición fué luego aprobada en el art. 31 del Concordato de 16 de Marzo de 1851, con la limitación arriba espresada.

(1) Art. 601.

7.º Tampoco podían testar antiguamente los condenados á muerte, ni los infames, ni los desterrados para siempre, ni los cautivos, como consta de las leyes 15 y 16, tit. 1, Partida 6.ª: disposicion que en cierto modo modificaron las leyes de Toro, segun es de ver por la ley 3.ª, tit. xviii, lib. x, Novisima Recopilacion, permitiéndoles testar en cuanto á los bienes no confiscados. Mas como nuestra actual legislacion penal no admite la pena de confiscacion, y además se halla asi espreso en la Constitucion política del Estado, quedan todas estas personas con derecho para testar libremente como los demás ciudadanos.

Finalmente, aunque puedan testar los extranjeros, ha de tenerse presente que en la forma han de sujetarse á lo que prescriben nuestras leyes, escepto si por leyes de su pais les estuviera prohibido disponer de otro modo que el ordenado en su legislacion (1).

De lo dicho resulta que las personas que en la actualidad están prohibidas absolutamente de hacer testamento, son:

1.º Los menores de catorce y doce años, segun que fueren varones ó hembras.

2.º Los locos, fátuos, etc., mientras lo estén:

3.º Los pródigos declarados judicialmente:

4.º Los religiosos profesos que viven en clausura:

5.º Los obispos en cuanto á los ornamentos y pontificales.

Todas las demás personas fuera de las mencionadas podrán hacer cuantos testamentos quisieren hasta su muerte, segun espresó la ley 25, tit. 1, Part. 6.ª, respecto á los que en aquella legislacion no tenian prohibicion, asi como tambien podrán revocarlos, y aun dar poder ó comision á otra ú otras personas para que en su nombre otorguen su testamento, ó concluyan el que hubieran principiado.

En el caso que lo hicieren por comision, se llamará esta disposicion *testamento por comisario*, cuyo origen y utilidad se examinará en el siguiente párrafo.

(1) Art. 26.

§. III.

Origen del testamento por comisario, y juicio acerca de su utilidad.

El testamento por comisario, que *es aquel que uno ordena por mandato de otro*, trae su origen de los tiempos del rey D. Alfonso el Sábío, el cual autorizó á las personas que no pudiesen ó no quisiesen ordenar por sí su testamento, el que lo hiciesen por otro, y que valiera lo que este ordenare como si lo hubiere hecho aquel que le dió el poder. Ley 7.^a, título v, lib. III del Fuero Real.

Sin duda que no corresponderia á su objeto esta autorizacion, cuando á poco tiempo de haberlo así establecido tuvo á bien el mismo rey hacer en ella alguna modificacion, prohibiendo que el nombramiento de heredero pudiera cometerse á otro, bajo pena de nulidad, si bien dejó todavía al arbitrio del testador que pudiera en cuanto á los demás actos encargar al escribano que fuese en busca de un *hombre sábio* para que ordenara el testamento por él y valiese lo que en el mismo hubiese dispuesto. Ley 11, tit. III, Part. 6.^a

La restriccion puesta por la citada ley de Partidas á la facultad de testar por comision, y los fraudes y engaños á que se halla espuesta, segun espresó la ley 4.^a, tit. XIX, lib. X, Novis. Recop., manifiestan suficientemente el juicio poco favorable que ha de formarse de esta clase de testamentos: pero como á pesar de no ser él un acto de utilidad general, no puede menos de confesarse lo muy conveniente que es en ciertos casos, por haber muchas personas que carecen de los conocimientos necesarios para ordenar bien un testamento y escasear las mas veces el tiempo en los últimos momentos de la vida para espresar con la estension debida su voluntad, tuvieron á bien los legisladores de Toro dejar subsistente el testamento por comisario, pero organizando al mismo tiempo esta institucion, que no hallándose todavía reglamentada, podia ser causa de graves perjuicios por abuso de facultades de parte del apoderado.

Para evitarlos, hubiera sido muy conveniente adoptar de una vez la resolucion que aparece en el nuevo Código, de no poder dejarse la formacion de un testamento ni en todo ni en parte al

arbitrio de un tercero (1); sin embargo, prefirieron mas bien reglamentar esta institucion que abolirla, determinando, tanto lo perteneciente al modo de nombrarse dos comisarios testamentarios, como al que se refiere á deslindar sus facultades y obligaciones, de cual se hará constar en los párrafos siguientes:

§. IV.
Calificación de los comisarios testamentarios y modo de nombrarlos.

Llámanse comisarios testamentarios aquellas personas que pueden hacer testamento por otras en virtud del poder que para ello se les confiere.

Se diferencian de los simplemente testamentarios ó albaceas, en que estos son nombrados para la ejecucion material de lo que el mismo testador deja mandado, y aquellos para ordenar el testamento, segun las facultades que se les hubieren concedido. Esto no impide que algunas veces puedan concurrir ambos conceptos en una misma persona, como en el caso de que el testador ó comitente encargase al mismo tiempo al comisario la ejecucion de lo que por sí mismo dispuso.

Para ser comisario testamentario basta, segun algunos, el que los nombrados tengan la testamentifaccion, cuando, segun otros, es preciso que no estén privados de ser procuradores ó apoderados. Cualquiera que sea la opinion que se adopte, lo que conviene es que las personas que se nombren sean juiciosas ó de conocimiento para llenar debidamente su encargo.

Estas pueden ser una ó muchas á un mismo tiempo, debiendo advertir que en caso de ser muchas y no quisieran ó no pudieran usar todas del poder que se les confiere, como, por ejemplo, muriendo alguna de ellas, pasará esta facultad á las demás, segun dispone la ley 7.^a, tit. xix, lib. x, Novísima Recopilacion.

Modo de nombrarse los comisarios.

Ora sea uno, ora muchos los comisarios que se nombren, el modo de nombrarlos ha de ser por medio de una escritura de poderes en cuyo otorgamiento intervengan las mismas solemnidades que las que, segun nuestras leyes, se exigen en los

(1) Art. 558.

testamentos, como espresa la ley 8.^a del mismo título y libro citados.

Una copia de estos poderes se insertará en el testamento que en virtud de ellos hiciere el comisario, el cual, despues de asegurar á continuacion que no le han sido revocados, suspendidos ni limitados, y que bajo los mismos ha fallecido el comitente, irá anotando primero lo que él hubiere ordenado por sí, siguiéndose en orden lo que en cumplimiento de esto mismo, y lo que en uso de las facultades recibidas, dispusiere.

§. V.

Cuáles son las facultades de los comisarios.

Las facultades de los comisarios testamentarios han de deducirse de la escritura de poderes, y para determinarlas se hace preciso atender á si los poderes son *generales* ó *especiales*:

Decimos que los *poderes* son *generales* en dos casos:

- 1.^o Cuando el otorgante no faculta al comisario para hacer cosa alguna determinada, y solo espresa que le autoriza para que haga testamento en su nombre; y
- 2.^o Cuando las facultades concedidas solo se dirigen á que acabe el principiado por él, y que no continuó despues de nombrado el heredero.

En el primer caso, las facultades del comisario se reducen á pagar las deudas y cargas de servicio del comitente, y del remanente de los bienes invertir primero la quinta parte en bien de su alma y partir lo restante entre los herederos *abintestato* si los hubiere, ó no teniéndolos, disponer de todos los bienes por causas pias y provechosas al alma del que le dió el poder, entregando antes á su mujer, si la tuviere, lo que por las leyes del reino pueda pertenecerle. Ley 2.^a, título xix, lib. x, Novis. Recop.

En el segundo caso, como ya hay nombrado heredero, solo podrá, despues de pagadas las deudas y cargas de servicio del testador, invertir el quinto en bien de su alma, como espresa la ley 6.^a del mismo título y libro.

Serán *especiales* los *poderes* cuando el otorgante autoriza

al comisario para que haga alguna de las cosas que, sin estar especialmente facultado, no puede ejecutar.

Las cosas que las leyes prohíben al comisario sin un poder especial, son las siguientes: 1.^a, instituir heredero; 2.^a, sustituir; 3.^a, desheredar; 4.^a, hacer mejoras; 5.^a, nombrar tutor; 6.^a, revocar el testamento que el testador hubiere hecho ó principiado á hacer, á las cuales añaden otra los autores, que es la de delegar á otro sus facultades.

Ninguna de estas cosas podrá hacer el comisario, á no ser que el que le dió el poder para hacer testamento le autorizara especialmente en *debida forma*; esto es, que si le faculta para instituir heredero, deba designarlo antes el comitente expresando su nombre, y si para las otras cosas, señalarle aquella ó aquellas por que le autoriza. Leyes 1.^a y 4.^a, título xix, lib. x, Novís. Recop.

Si fueren muchos los comisarios y discordaren en sus disposiciones, se estará á lo que decida la mayoría, y en caso de no aparecer esta se tomará por tercero al juez de primera instancia del lugar de donde fuere el comitente; y si este lugar no fuere el de la residencia del juez se tomará al alcalde ordinario de dicho pueblo, ó habiendo muchos el que la suerte designe, ejecutándose entonces lo que la mayoría declare. Ley 7.^a, id.

Para evitar estos desacuerdos aconsejan los prácticos que el otorgante confiera á cada uno de los comisarios *in solidum* la facultad de practicarlo todo: y así lo concluiría por sí solo el que principiase el testamento, y no intervendrían los demás.

Hecho ya el testamento, ora sea uno, ora muchos los comisarios nombrados, no podrán estos revocarlo, ni hacer codicilo, aunque sea *ad pias causas*, por mas que se reservaren la facultad para hacer lo uno ó lo otro, como espresó la ley 5.^a del mismo título y libro de la Novís. Recop.; sino que deberá llevarse á ejecución si está arreglado á los *poderes* y se ha cumplido con las obligaciones que impone la ley.

§. VI.

Obligaciones de los comisarios testamentarios.

Las obligaciones de los comisarios todas están comprendidas en hacer lo que se les encarga en los *poderes*.

Para su cumplimiento tienen el término de cuatro meses si al tiempo que se otorgó la escritura de poderes estaban en el lugar del otorgamiento: seis meses si al dicho tiempo se hallaban ausentes, pero dentro del reino; y un año si estuvieran fuera de España.

Así lo dispone la ley 3.^a, tit. xix, lib. x, Novis. Recop., la cual, como no espresa desde cuándo deben empezar á contarse estos términos, ha dado lugar á la diversidad de opiniones que se nota, creyendo unos que han de empezar desde el otorgamiento del poder, otros desde que llegó á noticias del comisario, y otros desde la muerte del otorgante, cuya última opinion nos parece mas probable.

Estos términos corren á los comisarios, como añade la citada ley, aunque digan y aleguen que no llegó á su noticia el nombramiento: por lo mismo, trascurridos que sean sin haber hecho uso del poder, espiran sus facultades, y pasarán los bienes á los herederos *ab-intestato* del otorgante, excepto en el caso en que este hubiera facultado al comisario para hacer la institucion de heredero en la persona que le designó, ó en el que le hubiese encargado hacer una cosa determinada, como mejorar á alguno, etc., pues entonces, pasados dichos tiempos sin haberlo hecho el comisario, se habrá de cumplir como si este lo hubiera ejecutado. La misma ley 3.^a.

En el caso de que, por no haber ordenado el testamento el comisario, hubieren de heredar *ab-intestato* los parientes del que otorgó el poder, quedarán estos obligados á invertir el *quinto* en bien de su alma, dentro de un año, contado desde su muerte, y no cumpliéndolo podrán ser compelidos á ello por los jueces, pudiendo ser *parte* en la demanda cualquiera del pueblo.

Exceptúanse de esta obligacion los hijos y demás descendientes y ascendientes legítimos del comitente, á los cuales se entregarán íntegros los bienes, sin estar tenidos á la deducción

del quinto, aunque si que tendrán obligación de hacer el entierro y demás sufragios que se acostumbra en el pueblo, con arreglo á la calidad y circunstancias del difunto, pudiendo ser apremiados á ello por sus propios jueces. Leyes 13 y 14, título xx, lib. x, Novis. Recop.

Tal es la doctrina de nuestra legislación actual acerca del modo de testar por comisario.

Además de este modo existe otro admitido en la práctica, cual es el de poder testar dos ó mas personas en un mismo acto, ya sea recíprocamente, ya en favor de un tercero. El testamento así otorgado se conoce con los nombres de *testamento comun* ó *mútuo*, cuya naturaleza explicaremos en el siguiente párrafo.

§. VII.

Naturaleza de los testamentos comun y mútuo, y juicio sobre su utilidad.

Se llama testamento comun *el que hacen dos personas juntamente, disponiendo en un mismo acto en favor de un tercero*, como, por ejemplo, lo sería el que hiciesen unidos padre y madre en beneficio de sus hijos; y se llama testamento mútuo *el que otorgan dos personas en un mismo acto, dejándose recíprocamente la herencia, si no tiene herederos forzosos el que premuriere*; como, por ejemplo, lo sería el que otorgasen marido y mujer instituyéndose mutuamente herederos, no teniendo descendientes ó ascendientes.

Aunque hechos por dos personas estos testamentos, las solemnidades son las mismas que las que se requieren para la validez de los que cada persona otorga de por sí individualmente, sin que por ser dos los otorgantes haya necesidad de duplicarse el número de testigos que para los demás se exigen.

Juicio acerca de su utilidad.

Estos testamentos presentan muchos inconvenientes en cuanto á su ejecución, consistiendo ellos en la dificultad de poder conciliar la *revocabilidad*, que es una cualidad esencial de toda última voluntad, con la *inviolabilidad* de la fé que recíprocamente debe uno y otro respetar: de modo que ni se puede permitir al sobreviviente la revocacion sin la violacion de la fé que recíprocamente deben guardarse, ni puede declararse

la irrevocabilidad sin atentar á un requisito esencial de todo testamento.

Atendiendo á estas razones, en casi ninguna nacion se hallan admitidos, y aun en nuestra España, aunque son conocidos en la práctica, sin embargo, no encontramos ninguna ley que los prohiba ni que los autorice.

Únicamente lo que se prohíbe como nulo es el *pacto de sucederse mutuamente*, como lo espresa la ley 33, tit. xi, Partida 5.^a, exceptuando á los militares en el caso que ella designa; pero como hay mucha diferencia entre sucederse mutuamente por pacto á sucederse del mismo modo por testamento, en razon de que en el primer caso queda constituida absolutamente la irrevocabilidad, lo cual no se halla declarado en el segundo, no debemos deducir que porque sea nulo el *pacto de sucederse* sea tambien nulo el testamento *comun* y el *mútuo*, mientras así no lo declare la ley ó prohiba su uso, como lo hace el nuevo Código (1).

Finalmente, aunque no hay necesidad de espresar que no obsta la falta de bienes de fortuna para hacer testamento, sin embargo, como pudiera dudarse por el escribano si podia ó no autorizar un testamento de esta clase, manifestaremos por conclusion de esta leccion lo que la práctica enseña sobre la última disposicion que hicieron los que no tienen bienes, llamada comunmente *declaracion de pobre*.

§. VIII.

Advertencias sobre el testamento llamado **DECLARACION DE POBRE**.

Este testamento no es mas sino *la última disposicion hecha por aquel que carece de bienes*.

Para su validez son necesarios los mismos requisitos ó solemnidades que se exigen en el testamento nuncupativo, pues solo se diferencia del que hace el que tiene bienes en que en éste los legados, institucion de heredero y demás supone siempre la existencia de los bienes, y en aquel ó no hay legados, ni mejoras, ni instituciones, etc., ó si los hay es con referencia á los bienes que tal vez adquiriera en lo sucesivo el testador,

(1) Art. 557.

no sirviendo de obstáculo el que de presente no los tenga para que dejen de ser cumplidas sus disposiciones, si realmente los adquiriera antes de su muerte.

En confirmacion de esta doctrina, bastará advertir que siendo otra de las disposiciones que suelen hacerse en los testamentos el nombramiento de tutor, y no siendo necesario para desempeñar este cargo que tenga bienes el pupilo, pues cumple el tutor en hacer la manifestacion diciendo que carece de ellos, á fin de librarse de la formacion de inventario y de la fianza, caso que corresponda, resulta, á no dudar, que el que no tiene bienes podrá sin embargo testar.

Unicamente deberá tener presente el escribano al autorizar este testamento, que en todas aquellas disposiciones que suponen bienes, para poderse cumplir ha de referirse siempre en las cláusulas en que se contengan á los bienes que en lo sucesivo adquiriere el testador, y que en lo relativo á funerales y bien de alma procure que se espese en términos suplicatorios, dirigiéndose al párroco en cuya parroquia fallezca, ó á cualquier otro sugeto, pidiéndoles que le manden dar sepultura de limosna y hacerle los sufragios que pudieren.

En lo demás procurará acomodarse á la ritualidad ó modo de ordenarse el testamento, dando principio por la invocacion divina, y siguiendo á continuacion el nombre, apellido, naturaleza, vecindad y filiacion del testador, juntamente con las otras cláusulas que generalmente se insertan en esta clase de documentos que podrán verse en el párrafo VII de la leccion XI de este tratado.

El auto por el que se nombra los primeros se llama interdicción de herencia, la cual, aunque no es necesaria para la validez del testamento, según la ley 4.ª tit. xviii lib. 2.ª y 7.ª vizcainas Recopilacion, y espresa tambien el nuevo Código (1), sin embargo, no por esto deja de ser el objeto principal de su otorgamiento, sino en el supuesto caso de existir personas á quienes forzosamente se les ha de restituir el no tienen los testamentos una causa justa para privarles de la parte de la herencia que les designa la ley; y si acaso esta sea, parece muy propio

LECCION DÉCIMATERCIA.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO.

Resumen.

§. I. Razon del método.—§. II. Qué se entiende por *heredero*, y sus clases.—§. III. Origen de la porcion llamada *legítima*, y cuál es la que corresponde a los herederos forzosos.—§. IV. Personas á quienes no pueden dejarseles la herencia por incapacidad.—§. V. Cuáles son las que se escluyen como indignas de suceder.—§. VI. Requisitos que han de observarse en la institucion de heredero, y modo cómo puede hacerse esta.—§. VII. Qué se entiende por *condición*, y sus caracteres.—§. VIII. Clases en que se dividen y esplicacion de cada una de ellas.—§. IX. Efectos que producen.

§. I.

Razon del método.

Cualquiera que sea la persona á quien la ley ha facultado para hacer testamento, su objeto, al hacer uso de ella, no es otro, generalmente hablando, sino el disponer de sus bienes en favor de uno ó mas individuos determinados, ó para algun destino público ó piadoso.

El modo de disponer puede ser, ó á título *universal*, ó á título *singular*. Si dispone de sus bienes á título universal, la persona ó personas nombradas se llamarán *herederos*, y si á título singular, *legatarios*, *donatarios* ó *mejorados*.

El acto por el que se nombran los primeros se llama *institucion de heredero*, la cual, aunque no es necesaria para la validez del testamento, segun la ley 1.^a, tit. XVIII, lib. x, Novísima Recopilacion, y espresa tambien el nuevo Código (1), sin embargo, no por ello dejará de ser el objeto principal de su otorgamiento, aun en el supuesto caso de existir personas á quienes forzosamente se les ha de instituir si no tienen los testadores una causa justa para privarles de la parte de la herencia que les designa la ley; y siendo esto así, parece muy propio

(1) Art. 625.

que, despues de haber manifestado quiénes pueden hacer testamento, entremos en el exámen de su objeto principal, que es *la institucion de heredero*.

Con ello queda ya determinada la materia de la presente leccion, la cual, para el mejor orden se dividirá en tres partes, en las que procuraremos examinar: 1.º, qué se entiende por heredero, y sus clases: 2.º, los requisitos que han de observarse en su nombramiento, y modo cómo puede hacerse: 3.º, qué efectos produce este.

§. II.

Qué se entiende por heredero, y cuales son sus clases.

Se entiende por *heredero*, tomada esta palabra de la latina *herus* que significa SEÑOR, *la persona que, despues de la muerte de alguno, le sucede en su herencia*, y entendemos por herencia *la sucesion en todos los bienes del difunto, juntamente con todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte* (1).

Como esta sucesion puede provenir, ó del nombramiento de heredero hecho en testamento, ó inmediatamente de la disposicion de la ley, de aquí la primera y mas general division de los herederos en *testamentarios* ó *instituidos*, y en *legítimos* ó *ab-intestato*.

Llamamos HEREDERO TESTAMENTARIO *la persona que nombra el testador para que despues de su muerte le suceda en sus bienes, derechos y obligaciones*, y HEREDERO LEGÍTIMO ó AB-INTESTATO *el designado por la ley para la sucesion de un difunto cuando no hay heredero testamentario*.

Para el nombramiento de este no siempre puede obrar libremente el testador, en razon de haberle limitado la ley esta facultad en ciertos casos á fin de no dar lugar á que, desconociendo algunos la obligacion que les impone la naturaleza de haberse de socorrer mutuamente los hijos y los padres, puedan dejar su fortuna á los estraños: y de aquí la division que se hace de los herederos testamentarios en *forzosos* y *voluntarios*.

Entendemos por HEREDEROS FORZOSOS *aquellos á quienes*

(1) Art. 549.

la ley reservó en los bienes del difunto cierta porción de la herencia de la que no pueden ser privados á no ser por una justa causa (1).

Estos son:

1.º Los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos.

2.º Faltando estos, los padres y ascendientes legítimos respecto de sus hijos y descendientes legítimos. Ley 1.ª, título xx, lib. x, Novis. Recop. (2).

3.º Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio se consideran por la ley 1.ª, tit. xiii, Part. 4.ª, con los mismos derechos y obligaciones que si hubieran nacido dentro del matrimonio, como espresa tambien el nuevo Código (3), y por lo mismo son herederos forzosos de sus padres y ascendientes legítimos como lo son estos de aquellos.

4.º Los legitimados por gracia del rey son asimismo herederos forzosos en defecto de hijos legítimos; mas si existieren hijos de esta clase no podrán heredar á su padre juntamente con ellos, si bien podrán concurrir con dichos hijos en la sucesion de los parientes colaterales y gozar de las mismas honras y preeminencias como si fueran legítimos. Ley 7.ª, título xx, lib. x, Novis. Recop.

5.º Con respecto á la madre, son herederos forzosos en defecto de hijos y descendientes legítimos los hijos y descendientes naturales y espúreos que tuviere, por su orden y grado, salvo si los hijos espúreos fuesen de los llamados de *dañado y punible ayuntamiento* ó de los que se conocen con el nombre de *sacrilegos*, como dice la ley 5.ª, tit. xx, lib. x, Novísima Recopilacion.

Ninguno de los espresados en el número anterior tiene derecho á la herencia testada del padre; permitiéndose únicamente á este el poder nombrarles herederos siendo de los llamados *naturales*, en caso de no tener él hijos y descendientes legítimos, aun cuando tuviere ascendientes de esta clase. Ley 6.ª, del mismo título y libro citados.

No habiendo herederos forzosos, la ley concede á los testa-

(1) Art. 640.

(2) Art. 641.

(3) Art. 120.

dores que puedan disponer de sus bienes del modo que les pareciere (1); y de aquí la otra especie de herederos testamentarios, que son los *voluntarios* ó *extraños*.

Entendemos por herederos voluntarios *aquellos á quienes el testador nombra para que le sucedan en sus bienes después de su muerte, sin tener para ello ninguna obligación*. Tales son los que se nombraren de entre los parientes colaterales, y con mayoría de razón los que fueren elegidos de entre aquellos que no tienen ninguna relación de parentesco con el testador.

Un caso, sin embargo, espresan nuestras leyes en que los colaterales podrán reclamarse la herencia como si fueran herederos forzosos, y es cuando uno, á falta de descendientes y de ascendientes, hubiere instituido á una persona torpe ó de mala vida con preferencia á su hermano, sin que este haya hecho cosa por que pudiera ser desheredado. Ley 12, tit. vii, Part. 6.^a.

Todas estas divisiones se hallan admitidas por las leyes romanas y de Partidas, con la diferencia de que por derecho romano, y aun por el de Partidas, como es de ver por la ley 21, tit. iii, Part. 6.^a, los herederos testamentarios se dividían en tres clases, á saber: en *suyos* y *necesarios*, *simplemente necesarios* y *voluntarios* ó *extraños*, y segun la actual legislación solo se dividen en dos, que son *forzosos* y *voluntarios*; y además en que los romanos la cualidad de *necesarios* ó *voluntarios* la tomaban de la necesidad de adir ó aceptar la herencia en los primeros, y de la libertad de aceptarla ó no los segundos; cuando, segun las leyes recopiladas, la cualidad de herederos *forzosos*, que equivalen á los *suyos* y *necesarios* de los romanos, se toma, no por la necesidad de adir ó aceptar la herencia, sino por el derecho que les concede la ley para suceder en la porción legítima que esta les ha señalado, mientras no tengan alguna causa para ser desheredados.

Cuál sea la porción legítima en cada uno de los herederos *forzosos*, lo haremos ver en el párrafo siguiente.

(1) Art. 624.

§. III.

Qué se entiende por LEGÍTIMA, y doctrina de nuestras leyes sobre ella.

Se entiende por LEGÍTIMA la parte de la herencia que por disposición de la ley se debe á los herederos forzosos.

Aun quando no faltan razones para dejar á los hombres una libertad ilimitada de disponer de sus bienes, sin embargo, como por desgracia existen ejemplos de padres desnaturalizados que han sacrificado las mas dulces afecciones de la naturaleza á los falsos halagos de una persona interesada, fué preciso que la ley limitase esta facultad, fijando por una parte la cuota de bienes que deben mutuamente dejarse en ciertos casos, mientras no existiere alguna de las causas por las que mereciesen ser privados de ella.

En el origen de Roma se vió ejercida la mas ámplia libertad en los padres de familia para disponer de sus bienes; lo cual no debe ciertamente estrañarse, atendido el derecho de vida y muerte que tenian los padres sobre sus hijos, y del que era una consecuencia el que se les permitiera disponer de todo su patrimonio del modo que quisiesen, como al efecto les vemos autorizados para ello por una ley de las Doce Tablas.

Pero con el tiempo se conoció cuán pernicioso era el uso de una y otra facultad, y para contener los excesos que en adelante pudieran cometerse, se redujo el derecho de vida y muerte á solo poder imponer un castigo moderado, así como fué sometido á los tribunales el uso que el padre hiciese de la facultad de testar, permitiendo á los hijos que pudieran oponerse intentando la queja llamada de *inoficioso testamento*, quando sin justa causa fueren escludidos de la herencia.

La frecuencia con que se repetian estas quejas obligó á los romanos á buscar un medio de hacerlas mas raras, y ninguno mas á propósito que, así como para los herederos estraños se habia instituido el beneficio de las cuartas *falcidia* y *trebeliánica*, se concediera tambien á los hijos cierta porcion que hubiera de quedar íntegra en ellos de los bienes de sus padres, como así en efecto se adoptó.

Esta porcion, que con razon pudo llamarse *legítima* por proceder inmediatamente de la ley, consistió en un principio,

tanto para los descendientes como para los ascendientes, cualquiera que fuera su número, en la cuarta parte de los bienes del difunto, como aparece de la ley 8.^a de inoffic. testam. del Digesto, y de la 6.^a del mismo título del Código; pero en el tiempo de Justiniano se hizo en ella una variación, aumentándola este emperador hasta la tercera parte de los bienes cuando los hijos no pasaban de cuatro, y hasta la mitad cuando pasaban de este número, según consta por la Novela 18, cap. libug.

En nuestra España, por una ley antigua que se atribuye á Eurico, se permitía también á los ascendientes disponer libremente de sus bienes: pero observando el rey Chindasvindo que algunos disipaban sus bienes dándolos á personas extrañas y quitándolos sin razón á los hijos, derogó dicha ley, según constaba por la 1.^a, tit. v, lib. iv del Fuero Juzgo, mandando que en adelante, ni los padres ni los abuelos pudieran hacer de sus cosas lo que quisiesen, ni tampoco que pudieran desheredar por culpas ligeras á sus hijos ó nietos, sino que únicamente pudieran disponer libremente del quinto de sus bienes, además del tercio que se les permitía dejar á cualquiera de sus hijos ó descendientes.

No pudiendo, pues, los padres disponer en favor de extraños mas que del quinto de sus bienes, teniendo hijos, según expresa la citada ley, quedó consignada su legítima en las otras *cuatro quintas partes*, si bien con derecho en el padre para desmembrar un tercio de estas en favor de alguno ó algunos de sus hijos ó descendientes, que es lo que dió origen á las *mejoras*.

Esta ley fué luego después confirmada por la 10, tit. v, lib. iii, Fuero Real, y aunque el rey D. Alfonso el Sábio no la incluyera en el Código de las Partidas, siguiendo mas bien en esta parte lo dispuesto en la Novela del emperador Justiniano antes citada, como consta de la ley 47, tit. 1, Part. 6.^a, sin embargo, fué después adoptada por las leyes de Toro, según es de ver por la ley 8.^a, tit. xx, lib. x, Novis. Recop.

Si la necesidad de evitar por parte de los padres, un acto de tiranía y de abandono para con sus hijos, obligó á nuestros legisladores á señalar á estos en la herencia de aquellos una parte de la que no pudieran ser privados sin justa causa, no menos interés mostraron en que no se faltara por los hijos á

la gratitud y sumision que deben á sus padres y ascendientes, y al declarar que fueran herederos de sus hijos si estos no tuvieran descendientes con derecho á heredarles, les asignaron al mismo tiempo su porcion legitima.

Por las leyes romanas no pasaba esta de la cuarta parte de los bienes, segun se deduce de las leyes del Digesto y Código arriba citadas; però por nuestras leyes, aunque no consta cuál pudiera ser en lo antiguo, la que hoy dia tienen señalada son las *dos terceras partes* de los bienes de los hijos, quedando en estos de libre disposicion la otra tercera parte, como dispone la ley 1.^a, tít. xx, lib. x, Novis. Recop.; cuya doctrina admite el nuevo Código, tanto con respecto á la legitima de los ascendientes como descendientes, aunque modificándola con proporcion al número de herederos que hubiere (1).

Nada debíamos decir acerca de la legitima de los hermanos para el caso que reclamasen la herencia por haber sido postergados á una persona torpe sin causa alguna para ser desheredados, porque no siendo herederos forzosos entre sí, á no ser en el sentido espresado, no se han cuidado las leyes de señalarles la porcion que hubieren de reclamar.

Sin embargo, atendiendo á que, en virtud de la queja que puede intentar un hermano en el citado caso, queda sin efecto la institucion de heredero, probada que sea la causa de la infamia respecto de la persona instituida, como se halla prevenido en la ley 12, tít. vii, Part. 6.^a, diremos que será legitima todo lo que el testador hubiere dejado á dicha persona, entrando á heredar el hermano ó hermanos, como si hubiera muerto *ab-intestato* el otro que les premurió.

De lo dicho hasta aquí resulta que la legitima de los descendientes son las *cuatro quintas partes* de los bienes de los ascendientes, y la de los ascendientes con respecto á sus descendientes las *dos terceras partes* de los bienes que estos tuvieren al tiempo de su muerte.

Mas como para tener derecho á ella los herederos *forzosos*, así como para ser instituidos los llamados *voluntarios*, no han de ser ni *incapaces* estos ni *indignos* aquellos de la sucesion, será preciso que en uno y otro concepto se determinen las personas que puedan ser herederos.

(1) Art. 642.

§. IV.

Personas en general que pueden ser herederos, y á quienes excluye la ley por su incapacidad.

Pueden ser herederos, tanto por *testamento* como *ab-intestato*, todos los individuos y corporaciones no excluidas por la ley: pero como la ley excluye de la sucesion á unos por su incapacidad y á otros por ser indignos de ella (1), y entre los excluidos como incapaces no siempre lo son de modo que queden absolutamente prohibidos de ser herederos, para distinguir á unos de otros manifestaremos con separacion quiénes no pueden *absolutamente* ser herederos, y quiénes solamente con respecto á *ciertas y determinadas personas*.

Personas excluidas absolutamente de ser herederos.

Estas son las siguientes:

1.º Los hijos abortivos, ó que no reúnen las circunstancias que prescribe la ley 2.ª, tit. v, lib. x, Novis. Recop., segun lo manifestado en el párrafo III, leccion tercera, trat. 1.º (2).

2.º Las corporaciones ilícitas, ó erigidas contra derecho ó contra la voluntad del rey, como dispone la ley 4.ª, tit. III, Part. 6.ª; entendiéndose por tales las comprendidas en las leyes del tit. XII, lib. XII, Novis. Recop. (3).

Si las corporaciones fueren de las lícitas ó reconocidas, como por ejemplo, las iglesias, decíamos en nuestra primera edicion, que podian ser instituidas herederas en cuanto á los bienes *muebles*, pero no en cuanto á los *raices*, si no gozaban de privilegio especial; si bien añadíamos que podian dejárseles aun los de esta última clase, con la condicion de que hubieran de venderse, para emplearse en los usos piosos que designare el testador.

Nos movió entonces á consignar esta doctrina—que era la que venia observándose en virtud de la prohibicion de adquirir las iglesias *bienes raices* en mas cantidad que aquella que, atendidas las necesidades de cada una de ellas, se les habia se-

(1) Art. 606.

(2) Art. 607, núm. 3.º

(3) Art. 607, núm. 4.º

ñalado en el *privilegio de amortizacion*,—porque, aun cuando por el art. 41 del último Concordato se establecía el principio de poder adquirir estas corporaciones por título legítimo sin distincion de bienes, sin embargo, atendiendo á que todavía no se habia declarado el modo cómo habia de aplicarse el artículo citado, nos parecia que la facultad de adquirir que en dicho tratado se reconocia, debia entenderse en el sentido antes explicado, mientras otra cosa no se resolviese.

Esta resolusion ha llegado ya á obtenerse, segun aparece del art. 3.º del Convenio celebrado entre la Santa Sede y S. M. la reina en 25 de Agosto de 1859, en el cual se con-signa que el gobierno de S. M. reconoce de nuevo formalmente el libre y pleno derecho de la Iglesia para adquirir, re- tener y usufructuar en propiedad, y sin limitacion ni reserva, *toda especie de bienes y valores*, con derogacion de cualquiera disposicion contraria y señaladamente las que puedan alegarse de la ley de 1.º de Mayo de 1855, y en su consecuencia será en la actualidad cierto el decir, que las corporaciones eclesiásti- cas pueden ser instituidas herederas en toda clase de bienes, quedando subsistente solo con respecto á las demás corpora- ciones, como Ayuntamientos y Concejos, Establecimientos de hospitalidad, beneficencia é instruccion, la prohibicion de ad- quirir *bienes raices*, mientras no obtengan un *privilegio espe- cial*, ó se les hayan dejado estos con las condiciones que es- presamos antes con respecto á las iglesias, cuya opinion con- viene con la doctrina del proyecto del nuevo Código civil (1).

3.º Están prohibidos asimismo de ser herederos *absoluta- mente*, los religiosos profesos que vivan en clausura; pero no los secularizados, ni los esclaustrados, ni las monjas, como con respecto á los secularizados lo declaró así el decreto de Córtes de 26 de Junio de 1822, restablecido por otro de 25 de Enero de 1837; y en cuanto á los esclaustrados y monjas, aun vi- viendo estas en clausura, la ley de 29 de Julio de 1837, ar- tículo 38 (2).

A todos los que acabamos de espresar añadian las leyes de Partidas á los moros, judios, hereges, apóstatas, rebauti- zados, y á los condenados á penas perpétuas por otros delitos,

(1) Artículos 608 y 609.

(2) Art. 607, núm. 2.º

como consta de las leyes 4.^a, tit. III, y 17, tit. VII, Part. 6.^a; pero como, segun la ley 3.^a, tit. XVIII, lib. X, Novis. Recop. los sentenciados á muerte natural ó civil pueden disponer por testamento ó codicilo de los bienes suyos que no hubieren sido confiscados, y hoy dia se halla abolida la pena de confiscación tanto en la Constitución política como en el Código penal, debemos inferir que habiendo concedido las leyes á dichas personas la facultad de testar, debieron por lo mismo quedar habilitados todos ellos para poder adquirir y ser herederos; cuyo argumento se halla corroborado con la doctrina del nuevo Código (1).

Personas escluidas parcialmente de ser herederos.

Los que solamente no pueden ser herederos con respecto á ciertas y determinadas personas, son los siguientes:

1.^o Los hijos adulterinos con respecto al padre, como lo dispone la ley 10, tit. XIII, Part. 6.^a, y con respecto á la madre, cuando estos fueren nacidos de *dañado y punible ayuntamiento*, ó de mujer casada, segun lo declarado en la ley 5.^a, tit. XX, lib. X, Novis. Recop. No siendo así, son herederos forzosos de la madre en defecto de hijos legítimos y naturales, como consta de la ley citada.

2.^o Los hijos de clérigos, frailes y monjas con respecto á sus padres y parientes de estos, segun lo resuelto por la ley 4.^a, tit. XX, lib. X, Novis. Recop.; añadiendo nosotros que no lo pueden ser tampoco con respecto á la madre, pues aunque no se halla bien espreso en la citada ley, no debe haber ninguna duda consultando á la ley siguiente, en la que, al hablar de esta clase de hijos, se dice que si por este ayuntamiento no incurren las madres en la pena de muerte, como sucedia en caso de adulterio siendo estas casadas, sin embargo, en cuanto á los derechos de sucesion haya de observarse en ella lo que con respecto al padre se halla establecido relativamente á estos hijos en la ley anterior.

3.^o Los sacerdotes con respecto al que hubieren confesado en su última enfermedad, é igualmente los parientes de aquellos, sus iglesias y conventos, segun consta por la ley 15, ti-

(1) Art. 607, núm. 2.^o

tulo xx, lib. ix, Novis. Recop. la cual, aunque solo prohibe que puedan dejarse mandos ó legados, se amplió esta prohibición á las herencias por Real cédula de 30 de Mayo de 1830, añadiéndose además en ella que no pudiera encargarse á las ya dichas personas el cumplimiento de la voluntad del testador cuando este dejara por heredera á su alma ó á la de sus parientes ó de otros cualesquiera, ó señalare por vía de manda algunos sufragios, bajo la pena de haber de pasar estos bienes á los parientes *ab-intestato* del difunto, y de privación de oficio al escribano que autorizara estos instrumentos.

En el nuevo Código no solamente se adopta esta doctrina con respecto á los confesores, sino que además la estiende á otras personas, como médicos y cirujanos que hubieren asistido al enfermo, ó escribanos y testigos en el testamento abierto del mismo, por suponerse en todos ellos los mismos motivos que los que espresa, tanto la ley recopilada como la Real cédula citadas, para haber tomado dicha resolución (1).

Tales son las personas que como incapaces las escluye la ley de poder ser herederos, ora absolutamente, ora con relación á otras ciertas y determinadas: veamos ahora cuáles son las que como indignas son escluidas de la sucesión.

§. V.

Cuáles son las personas que como indignas se escluyen de la herencia.

Además de las personas declaradas como incapaces para heredar, existen otras á quienes la ley, interpretando la voluntad del difunto, declara como indignas de la sucesión.

Estas en general son todas aquellas que han faltado al cumplimiento de un deber hácia la persona, honra ó memoria del difunto á quien se pretende heredar: pero como de establecerse una regla general para determinarlas tal vez pudieran con procedimientos injustos escluirse personas que no mereciesen esta pena, nos ha parecido conveniente anotar los casos en que con arreglo á las leyes, pueden ser escluidas, los cuales son los siguientes:

1.º Cuando sabedor el heredero, mayor de veinticinco

(1) Artículos 612, 613 y 614.

años, de la muerte violenta de la persona á quien hereda, no la denuncia á la justicia antes de tomar posesion de la herencia, si la muerte acaeci6 por obra 6 consejo de alguno de su familia, 6 dentro de cinco años si fu6 causada por estraños, como disponen las leyes 13, tit. vii, Part. 6.^a, y 11, tit. xx, lib. x, Novis. Recop.

Sin embargo, cesa la obligacion de denunciar, y quedarán por lo mismo con derecho á la herencia:

Primero, cuando los homicidas fueran ascendientes 6 descendientes, hermanos 6 c6nyuge del heredero, porque las leyes 2.^a, tit. 1, Part. 7.^a, y 3.^a, 4.^a y 5.^a, tit. n, Part. 3.^a, prohiben á estas personas acusarse unas á otras:

Segundo, si no se supiese qui6n era el matador 6 no se hallase este en la tierra, segun la ley 11 citada de la Novisima:

Tercero, si otro se anticip6 á hacer la acusacion 6 se procediese de oficio, como resuelve Gregorio Lopez en su glosa á la ley 13, tit. vii, Part. 6.^a; y

Cuarto, si el difunto perdon6 al homicida, como espresa la ley 2.^a del Digesto de Senat. Consul. Silian., cuya obligacion con las referidas escepciones admite tambien el nuevo C6digo (1).

2.^o Queda escludo tambien como indigno el heredero testamentario que abriese el testamento antes de acusar á los homicidas del testador sabiendo qui6nes son: mas no si lo ignorara 6 fuera algun simple aldeano, como añaade la ley 13 de Partidas ya citada. Algunos suponen que no basta la apertura para hacerse indignos, sino que además es necesaria la adiccion de la herencia, á cuya opinion suscribimos, especialmente si el heredero no sabia que se le habia instituido, como naturalmente debe suceder en el testamento cerrado.

3.^o Es escludo igualmente el heredero testamentario 6 *abintestato* que hubiere causado 6 contribuido á causar por obra, consejo 6 culpa suya la muerte de la persona de cuya sucesion se trata, entendiéndose escludo aun en el caso de haber obtenido indulto 6 prescrito la pena (2).

(1) Artículos 617, núm. 2.^o y 619.

(2) Art. 617, núm. 1.^o

4.º Asimismo se escluye el que hubiere cometido adulterio con la mujer del difunto á quien ha de suceder (1), segun la referida ley 13 de las Partidas, lo cual debera estenderse al caso que hubiera tenido ayuntamiento carnal con la hija ó nuera del mismo, como dice Gregorio Lopez, citando la ley 9.ª, tít. xxvi, Partida 4.ª: añadiendo este juriconsulto que no diciendo la ley en qué tiempo ha de haberse cometido este delito, ha de entenderse tanto antes como despues de la muerte del difunto.

5.º Se escluye tambien el que denunció como falso el testamento en que fué instituido heredero, aun cuando lo hiciera en calidad de abogado ó procurador de otro, y seguida la instancia se hubiera declarado válido. Se esceptúa el caso en que lo hiciese á nombre y en beneficio del huérfano de quien fuera tutor. Ley 13 citada.

6.º El que consintió en ser instituido heredero fiduciario para entregar luego la herencia al que por derecho es incapáz de heredar, incluyéndose tambien el fideicomisario en esta prohibicion, á no ser que denunciara este el fideicomiso. Leyes 13 y 14, tít. vii, Partida 6.ª

Finalmente, tambien son escluidos como indignos los que dejan abandonados á sus padres dementes ó imbéciles, permitiéndolo que los recoja y cuide de ellos un estraño. Ley 17, idem (2).

Los que teniendo derecho á la sucesion de alguno que se halla en poder de enemigos ó de ladrones, ó preso en la cárcel, no quieren librarle de esta desgracia, pudiendo. La misma ley.

Los que habiéndoles dejado una manda para que se encargaran de la tutela de los hijos del testador, no aceptaran este cargo. Ley id. (3).

Los parientes del huérfano que viéndole sin tutor testamentario y no queriendo ellos encargarse de la tutela, no pidieran al juez que se les nombrase. Ley 12, tít. xvi, Part. 6.ª

Ultimamente, los que hubieran cometido algun hecho por el que pudieran ser desheredados, añadiendo á todos los que hemos espresado la viuda que viviera deshonestamente, la cual,

(1) Art. 617, núm. 4.º

(2) Art. id., núm. 5.º

(3) Art. 618.

según las leyes 5.^a, tit. II, lib. V, Fuero Juzgo, y 9.^a, tit. XII, lib. III, Fuero Real, pierde lo que hubiere recibido de los bienes de su marido.

En todos estos casos en que uno es excluido de la herencia como incapaz ó indigno, se ha de tener presente que si fuere heredero *legítimo* pasará la herencia al que después del indigno está llamado por la ley á la sucesion; y si fuere heredero *estrano*, pasará: 1.^o, al sustituto, si lo tuviere: 2.^o si fueren muchos los coherederos con derecho de acrecer, á los conjuntos; y 3.^o, en defecto de unos y otros á los parientes *ab-intestato* por su orden.

Mas para que tenga lugar la exclusion deberá intentarse la accion correspondiente ante el juez del domicilio del que haya de ser excluido, y declarada su indignidad restituirá entónces los bienes en que consistió la herencia ó manda que se le hubiere dejado, juntamente con los frutos que hubiere producido (1).

Por la manifestacion de las causas de incapacidad ó indignidad podrá venirse en conocimiento de las personas que pueden ser herederos: falta solo que veamos los requisitos que han de concurrir en su institucion y el modo cómo esta puede hacerse.

§. VI.

Requisitos necesarios para la institucion de heredero, y modo cómo puede hacerse esta.

Aunque para la validez del testamento no es necesaria la institucion de heredero, según la ley 1.^a, tit. XVIII, lib. X, Novísima Recopilación (2), no obstante, para el caso de verificarse esta deberá observar el testador lo que previenen las leyes, así como podrá hacer uso á su voluntad de las facultades que las mismas le conceden.

Lo que el testador debe precisamente observar es lo siguiente:

1.^o Hacer la institucion de heredero en *testamento* y no en *codicilo*, según se demostró ya en el párrafo XI, lección XI, explicando las palabras de la ley 1.^a, tit. XVIII, li-

(1) Art. 622.

(2) Art. 625.

bro x, Novis. Recop., debiendo solo advertir como consecuencia de la doctrina allí establecida que, si el testador le nombrase en este documento rogando á los instituidos que entreguen la herencia á otro nombrado, estarán obligados, no siendo herederos forzosos, á cumplirlo, sacando antes para sí la cuarta que los romanos llamaron *trebeliánica*. Ley 7.^a, tit. III, Partida 6.^a

Sin embargo, no es necesario que al instituir el testador heredero en testamento lo dé á conocer en él; pues basta decir en este instrumento que instituye por tal al sugeto que designare en el codicilo, como espresa la ley 8.^a del mismo título y Partida, ó al que aparezca nombrado en la memoria testamentaria de que no hubiere duda haber sido estendida por el testador, como enseñan los prácticos.

2.^o Instituir por sí mismo al heredero, sin poder dejarlo al arbitrio de un tercero, ni dar comision á otro para que lo instituya, aun cuando le hubiera conferido la facultad para testar en su nombre. Leyes 11, tit. III, Partida 6.^a, y 1.^a, título XIX, lib. X, Novísima Recopilación. No obstante, añade la ley 11 citada de las Partidas, que cuando preguntado el testador si institua heredero á fulano, respondiere afirmativamente, valga la institucion, aunque no pronuncie su nombre.

3.^o Designar el heredero por su nombre y apellido ó por señales y demostraciones ciertas y determinadas que no dejen duda de la persona á quien quiere instituir, siempre que estas señales y demostraciones no consistan en injurias ó dicterios especiales por las que parezca que el testador se propone mas bien deshonorarle que dejarle sus bienes, como si lo designase con la denominacion de *traidor* ú otra semejante; mas no si en general dijese que, aunque era malo, le institua heredero. Leyes 6.^a y 10, tit. III, Part. 6.^a

4.^o Tener conocimiento cierto de ser la misma la persona á quien quiere instituir; porque si creyendo equivocadamente que tal persona era la que suponía la nombrara heredero, sería nula la institucion; del mismo modo que lo sería si hubiera errado en la calidad de la persona, instituyendo á uno, por ejemplo, por creerlo hermano ó primo, no siéndolo. Mas si estando cierto de la persona errase en el nombre, ó nombrara á uno su heredero llamándole hijo ó hermano, no por creer

que lo fuera, sino por amistad ó cariño, valdrá entonces la institución. Leyes 12 y 13, tit. III, Part. 6.^a

Quedando á salvo estos requisitos, será libre el testador en instituir heredero del modo que mejor le pareciere, en virtud de las facultades que le conceden las leyes.

Asi que, podrá instituir á uno heredero hasta cierto tiempo ó desde cierto tiempo, sin que se oponga á ello la ley 15, título III, Part. 6.^a, en la que, siguiéndose los principios de la legislación romana, se establece que en tal caso haya de tomar la herencia el heredero instituido sin esperar el día ó tiempo designado; puesto que las leyes recopiladas, y en especial la 1.^a, tit. XVIII, lib. X, Novis. Recop., han dado ya disposiciones que destruyen las bases de aquella legislación.

Puede tambien el testador, no habiendo herederos forzosos, nombrar uno ó mas herederos estranos y repartirles la herencia segun su voluntad, como es de ver por las leyes 16 y 17, tit. III, Part. 6.^a, y aun, segun la doctrina comunmente recibida, puede solo disponer de una parte señalada de la herencia entre uno ó mas herederos, quedando los demás bienes á favor de los herederos *ab-intestato*, y no á favor del heredero ó herederos nombrados, como disponia la ley 14 del mismo título y Partida, por no ser compatible con nuestra actual legislación el principio de las leyes romanas de que *nadie pudiese morir parte testado y parte intestado*, en que la referida ley de Partidas se fundaba (1).

Finalmente, puede hacerse el nombramiento de heredero *puramente* ó *con condicion*, si bien en este último caso solo podrá llevarse á efecto si la condicion impuesta fuere de las que naturalmente pueden cumplirse, lo cual se comprenderá fácilmente esplicando antes la naturaleza de la *condicion* y la de cada una de sus especies.

§. VII.

Qué es condicion, y sus caracteres.

Se entiende por *CONDICION* la designacion de algun acontecimiento futuro é incierto, de que se hace depender

(1) Art. 627.

la validez de alguna obligación aceptada ó de alguna última disposición. De esta definición resulta, que para que un hecho se considere como *condicion* son necesarios tres requisitos, á saber: que sea *posible, futuro é incierto*, no pudiéndose calificar como tal si faltara alguno de ellos.

Segun esta doctrina, no será propiamente *condicion* la que se refiere á tiempo pasado ó presente, porque no suspende de modo alguno la perfeccion del acto en que se pone, sino que tiene este su efecto desde luego.

Tal sería si uno dijese: *Instituyo por mi heredero á Pedro, si el rey le ha nombrado senador*; pues en este caso no se necesita otro requisito para obtener la herencia sino el que se acredite dicho nombramiento, si bien algunos lo consideran como verdadera condicion, en cuanto á ignorar el que la pone si es ó no cierto el hecho á que se refiere (1).

Tampoco será propiamente *condicion* la que se refiere á hechos que necesariamente han de suceder, como si dijese uno: *Nombro por mi heredero á Pedro si se muriese*, y no señalase dentro de qué tiempo; porque tal acortecimiento no puede menos de suceder, y por lo mismo produce desde luego efecto la institucion, entrando el heredero en la herencia así que muera el testador. Ley 8.^a, tit. iv, Part. 6.^a

Finalmente, tampoco será *condicion* la que se refiere á un hecho que se sabe que no ha de existir ó que es *imposible*, por no poder verificarse jamás el caso de llevarse á efecto lo que de este modo se hubiera dispuesto.

Sin embargo, como algunas veces se ha visto que los hombres unen á alguna obligación que quieren contraer, ó á una última disposición suya, ciertos despropósitos que no tenemos inconveniente en calificar como tales, era preciso que, para determinar los efectos que hubieran de producir las obligaciones y últimas disposiciones así manifestadas, dieran los legisladores las convenientes reglas, sin que por ello se entendiera que admitian como *condicion* lo que tan repugnante se presenta á su naturaleza, según se infiere de su definición.

Siguiendo, pues, nosotros este mismo pensamiento, hablaremos de estos hechos como si fueran propiamente *condiciones*,

(1) Art. 1030.

presentando antes una division general de todas ellas, para mejor determinar sus efectos.

§. VIII: con las palabras: Tercero, como se dividen las condiciones, y esplicacion de cada una de sus especies.

Las condiciones que mas uso tienen en materia de obligaciones y de disposiciones testamentarias, pueden dividirse en las clases siguientes, á saber:

- 1.º En *tácitas* y *espresas*:
- 2.º Las espresas en *posibles é imposibles*:
- 3.º Las posibles en *potestativas, casuales* y *mistas*; en *afirmativas* y *negativas*; *conyunctivas* y *disyunctivas*; *suspensivas* y *resolutorias*:
- 4.º Las imposibles, en unas que lo son por *naturaleza*, otras por *derecho*, otras por *estar en contradiccion sus palabras*, y otras por *las circunstancias particulares del hecho*.

De cada una de ellas trataremos á continuacion por el orden con que las hemos presentado.

Condiciones tácitas.

Estas son *aquellas que, aunque espresamente no se pongan, se entienden virtualmente puestas, por exigirlo así la naturaleza de la cosa, ó porque así lo dispone la ley*.

Tales serian, por ejemplo, si uno dijese: *Legó ó prometo los frutos de mi heredad: pues en este caso se ha de sobreentender la condicion de si nacieren*, como espresa la ley 20, título XI, Part. 5.ª; ó tambien cuando un testador, teniendo dos hijos, dispusiese que muriendo el uno heredase el otro; porque entonces se sobreentiende la condicion de *si muriere sin hijos el premuerto*. Si no tuviere hijos, ó fueran estraños los dos herederos, muerto el uno le heredará el otro, segun consta de la ley 10, tit. IV, Part. 6.ª

Condiciones espresas.

Estas son *aquellas que se proponen con claridad, usándose de palabras propias y aptas para determinarlas*.

Los modos como pueden concebirse, son los siguientes: *Primero*, con la particula *si*, diciendo: *Legó á Pedro tal he-*

redad si se casare: Segundo, con el adverbio *cuando*, como si dijese: *Lego á Juan tal heredad CUANDO se casare*; pues siendo incierto si se casará, equivale esta fórmula á *si se casare*: Tercero, con las palabras de *en tanto que* ó *con tal que*; pues en uno y otro caso siempre se denota la *condicion* de si se hiciere lo que en ella se espresa.

Las condiciones que mas nos tienen en materia de obligaciones y de disposiciones testamentarias, pueden dividirse en

Condiciones posibles.

Entendemos por estas en general *todas aquellas que pueden cumplirse por no haber obstáculo alguno que lo impida*.

Aunque bastaba esta definición para comprender sus efectos, sin embargo, como estos dependen de las circunstancias del hecho á que se refieren y del modo de proponerlas, nos haremos cargo de cada una de las especies en que las hemos dividido.

Estas se llaman *potestativas* cuando penden únicamente del arbitrio de la persona á quien se imponen: *casuales*, cuando no depende del arbitrio de los hombres su cumplimiento, sino de la aventura ó casualidad; y *mistas* de una y otra las que en parte penden de la voluntad del hombre y en parte de la casualidad ó de la voluntad de un tercero. Ejemplos de estas condiciones los tenemos en las leyes del título iv, Part. 6.^a (1).

Además se dividen en *afirmativas* y *negativas*, consistiendo las primeras en haber de hacerse alguna cosa, y las segundas en no hacer lo que señaladamente se prohíbe.

Unas y otras serán *conjunctivas* ó *disyunctivas*, segun que ó hayan de cumplirse todas las que se impusieren, siendo muchas las que se designan, ó queda al arbitrio de las personas en tal caso el cumplimiento de cualquiera de ellas, de modo que cumplida una queda libre de las demás.

Finalmente, *condicion suspensiva* es la que suspende el efecto de la obligación ó de una última disposición hasta que se verifique el acontecimiento que se designe, y *condicion resolutoria* la que al cumplirse produce la revocacion de la obligación ó de la última disposición, restituyendo las cosas al estado que tenían antes (2). Así, por ejemplo: *Doy ó lego*

Los modos como pueden concretarse, son los siguientes:
 (1) Art. 1032. (2) Art. 1031.

mi casa á fulano si muero en la epidemia, será condicion suspensiva: y *Doy ó lego mi casa á fulano si mi hermano que vive en Ultramar no viniere á vivir á España*, será resolutoria, pues si viniere se entiende que se la legó á él.

Condiciones imposibles.

Estas son aquellas que no pueden cumplirse por haber algun obstáculo irresistible que lo impide. Para determinar sus especies bastará considerar, ó la clase del obstáculo, ó la calidad del hecho, ó el modo oscuro de proponerlo.

Así, pues, si el impedimento que aparece procede de la naturaleza, de modo que son ineficaces los esfuerzos humanos para cumplir la condicion, se llamará esta *imposible por naturaleza*. Tal sería si dijese el testador: *Instituyo por heredero á fulano si alcanzaré el cielo con la mano*. Ley 3.^a, tit. iv, Part. 6.^a

Si el hecho que se designa no puede cumplirse sin faltar á la moral, ó á la ley, ó á un acto de piedad, se llamará *imposible por derecho*: como sería, por ejemplo, si uno dijese: *Instituyo por mi heredero á fulano si no saca de la cautividad á su padre, ó si le niega los alimentos, ó si mata á zutano*. La ley citada.

Si no puede comprenderse qué es lo que se quiso expresar con la condicion impuesta, se llamará *imposible por ambigüedad de palabras*, como si se dijera: *Establezco por mi heredero á Pedro si lo fuere Juan, y si Juan lo fuere, instituyo á Pedro*. Ley 5.^a, id.

Finalmente, si el acontecimiento que se designa no está tan determinado que pueda saberse desde luego si alcanza ó no á ello el poder humano, se llamará *imposible de hecho*, como sería aquella en que uno dijese: *Te instituyo heredero si das á tal iglesia un monte de oro*, que es el ejemplo de que se vale la ley 4.^a, id., para demostrarla.

Tal es la naturaleza de las condiciones que suelen estar unidas á las obligaciones y últimas disposiciones: solo falta que veamos los efectos que producen relativamente á los testamentos.

§. IX.

Efectos de las condiciones puestas en los testamentos.

Para explicar los efectos que producen las diversas clases de condiciones que pueden ponerse en las últimas disposiciones, deberá ante todo establecerse que si bien es libre el testador en poner las condiciones que quiera el instituido por su heredero ó legatario, sin embargo, se exceptúan los herederos forzosos, á los cuales, segun la ley 11, tit. iv, Part. 6.^a, no puede imponerse condicion alguna relativamente á su porcion legitima, permitiéndose únicamente al padre que pueda en la parte que dejare al hijo fuera de esta porcion imponerle una condicion *potestativa*, y no otra alguna, como espresa la ley citada.

Sentado este antecedente, diremos de cada condicion particular lo que las leyes han establecido acerca de sus efectos.

Empezando por las condiciones *tácitas*, en estas su efecto es el mismo que el que se espresó al explicar su naturaleza, á saber: que en tanto valen ó aprovecha lo que con ellas se dejó, si se realiza lo que las mismas suponen, como lo acreditan los ejemplos allí citados.

Pasando despues á las *espresas*, y visto el modo cómo suelen concebirse, sus efectos son distintos, segun la clase á que pertenecen. Asi, pues, refiriéndonos en primer lugar á las *posibles*, si estas son *potestativas*, deberán cumplirse para que sea válido el nombramiento de *heredero*, ó pueda percibirse lo que se dejó por *legado*, ó lo que se obligó uno á dar ó hacer en virtud de un contrato. Leyes 7.^a, tit. iv, y 22, tit. ix, Partida 6.^a, y 12 y 14, tit. xi, Part. 5.^a (1).

No obstante, si el heredero ó legatario no pudieron cumplir la condicion por un acontecimiento que no estaba en su mano evitar, valdrá la *institucion* ó el *legado*, como disponen las leyes 14, tit. iv, y 22, tit. ix, Part. 6.^a

Si la condicion *potestativa* fuere de la clase de las *afirmativas*, deberá cumplirse antes de percibirse lo que se hubiere dejado; mas si fueren de las *negativas*, se entregará

(1) Art. 710.

desde luego la herencia ó el legado; dando caucion el heres-
dero ó legatario de que restituirá lo que recibe por estos tí-
tulos; si hiciere la cosa que se le prohíbe. Ley 7.^a, lit. iv, Par-
tida 6.^a (1). En el caso de que se prohibe al heredero ó legatario
esta caucion, llamada entre los romanos *Muciana*, por
haber sido Quinto Mucio quien la introdujo, no tiene lugar en
los contratos; y de aquí el suspenderse la obligación hasta que
se pase el tiempo que se señaló para que no se verificara el
hecho, ó no fijándose época, hasta que sea una cosa cierta que
no puede hacerse lo que se prohíbe (2).

Excepiáse de esta regla general la condición negativa de
no casarse, la cual se tiene por no puesta si se impusiere á un
célibe; pero deberá cumplirse cuando se ponga á un viudo (3).

La utilidad que resulta á la sociedad de esta doctrina, por
fomentarse con ella los matrimonios, hace que sea generalmen-
te recibida en España, aunque no tenga en su apoyo sino leyes
del derecho romano.

Sin embargo, no por ello ha de inferirse que quedan pri-
vados los padres de mejorar á sus hijas solteras, mientras se
mantengan sin casarse, porque su objeto al poner en la mejora
esta restriccion, así como el de aquel que dejara ó el usufruc-
to ó pension, etc., en el mismo sentido, no es impedir el ma-
trimonio, sino el de socorrer á sus hijas ó á las demás perso-
nas por el tiempo que permanecieren solteras ó viudas, como
expresa tambien el nuevo Código (4).

Si la condicion es *casual*, debe cumplirse esta para que
tenga efecto lo dejado en testamento ó contrato. Leyes 14,
título xi, Part. 5.^a, y 8.^a, lit. iv, Part. 6.^a Mientras no se
cumpla, solo tendrá la persona á quien se hubiera dejado una
cosa con esta condicion, la esperanza de poderla adquirir
cuando la cumpliere; y como la esperanza no se trasmite á los
herederos en lo dejado por testamento, resulta que si muriere
el heredero ó legatario sin cumplirla se extinguirá la herencia ó
legado, á no ser que, siendo muchos los instituidos, tuvieran
derecho de acrecer ó fueran unos sustitutos de otros, que en

(1) Art. 711.

(2) Art. 1035.

(3) Art. 713.

(4) Art. id., pár. 2.^o.

tonces pasará la cosa á los que quedasen, si durante su vida se verificó la condicion. Ley 34, tit. xi, Part. 6.^a

70 Cuando la condicion fuese mista de *potestativa* y *casual*, si depende de la voluntad del hombre y de la casualidad, suspende la ejecución de lo dejado con esta condicion hasta su cumplimiento, de modo que no cumpliéndose no produce ningun efecto. Leyes 12, tit. xi, Part. 5.^a, y 9.^a, tit. iv, Partida 6.^a Mas si dicha condicion depende del arbitrio de aquel á quien se impone y de la voluntad de un tercero, como si se dijese: *Instituyo por mi heredero á Pedro si se casa con Juana*, y se deja de cumplir por no querer Pedro, ó por haber muerto cualquiera de los dos, no valdrá la institucion: pero si que se tendrá por cumplida cuando la circunstancia de no haberse casado fuera, ó por no querer Juana, ó por haber algun impedimento. Leyes 14, tit. iv, y 22, tit. ix, Partida 6.^a

En el caso que la condicion se refiriera á tiempo ó dia señalado, hay que distinguir, que si el dia fuere *incierto*, ó que no se sabe absolutamente si llegará, entonces produce los mismos efectos que las condiciones *casuales*: pero si el dia fuere absolutamente *cierto*, de modo que no solo se sabe que ha de existir, sino tambien el cuándo, entonces, como el nombramiento de heredero deja de ser *condicional* por no ser propiamente *condicion* la que se refiere á hechos que necesariamente han de suceder, pasará al nombrado la herencia ó legado dejado en esta forma, así que muera el testador, aun cuando el heredero ó legatario muriera antes que llegare el dia señalado. Ley 34, tit. ix, Part. 6.^a

En las condiciones *conyunctivas* y *disyunctivas*, así como en las *suspensivas* y *resolutorias*, su efecto aparece de sus respectivas definiciones (1).

71 Finalmente, los efectos de las condiciones imposibles puestas en los testamentos, son: que las imposibles por *naturaleza* ó por *derecho* se tienen como no puestas y en nada perjudican al heredero ó legatario, aun cuando el testador disponga lo contrario (2): mas si fueren imposibles por *ambigüedad de*

(1) Artículos 1040 y 1041.

(2) Art. 709.

palabras ó de hecho, anulan ó dejan sin efecto la institucion. Leyes 3.^a, 4.^a y 5.^a, tit. iv, Part. 6.^a

De lo dicho aparece cuáles son los efectos de las condiciones *posibles é imposibles* puestas en los testamentos. Entre las primeras, además de las que hemos referido, se cuenta tambien la institucion de un segundo ó mas herederos para el caso de que falten, ó de si faltaren los primeros instituidos: y como esta condicion no puede espresarse sino por medio de una *sustitucion*, de aquí la necesidad de haber de esplicar su naturaleza y efectos, de lo que nos ocuparemos en la siguiente leccion.

LECCION DÉCIMACUARTA.

DE LA SUSTITUCION DE HEREDERO.

Resúmen.

§. I. Razon del método.—§. II. Definición de la sustitucion y principios para conocer su naturaleza.—§. III. Sus clases en general, y esplicacion de la llamada *vulgar*.—§. IV. Naturaleza de la sustitucion *pupilar*, y modo cómo se establece.—§. V. Quiénes y á qué personas puede substituirse *pupilarmente*.—§. VI. Clase de bienes que ha de heredar el sustituto *pupilar*.—§. VII. Cuando se acaba esta sustitucion.—§. VIII. Naturaleza de la sustitucion *ejemplar*, y disposiciones del derecho acerca de ella.—§. IX. Espliancion de las sustituciones *compendiosa* y *brevilocua*.—§. X. Idea de la sustitucion *fideicomisaria*.—§. XI. Facultades de los *fideicomitentes*.—§. XII. Obligaciones y derechos de los herederos *fiduciarios* y *fideicomisarios*.

§. I.

Razon del método.

Otra de las facultades concedidas á los testadores, segun lo manifestado en la leccion anterior, es la de poder poner al heredero instituido las condiciones que tenga por conveniente, siendo este de la clase de los *voluntarios*; y como la sustitucion de heredero no es mas que una institucion *condicional*, por no poder tener lugar sino en el caso de no llegar á heredar el primero nombrado, de aquí la necesidad de haber de manifestar el modo cómo ha de hacerse su nombramiento para que puedan conocerse sus efectos.

Entre los romanos, y tambien por las leyes de Partidas, la facultad de substituir interesaba en gran manera á los testadores, puesto que, caducando los demás capítulos del testamento faltando la *adicion de la herencia*, no habia otro medio mas directo para que se consiguiera que el de asegurar la existencia del heredero por medio de la *sustitucion*.

En la actual legislacion no ofrece ya esta ningun interés, considerada bajo dicho aspecto, por hallarse dispuesto en la ley 1.^a, tít. xviii, lib. x, Novis. Recop., que valga lo estable-

cido en el testamento, aun cuando el heredero instituido no adiera la herencia: pero si no ofrece ya ventaja alguna en este sentido, no por ello es menos su utilidad, pues, además de ser muy conveniente y espedito que haya una persona que represente al difunto para que pueda cumplir lo ordenado en su última voluntad, se deja mayor amplitud á los testadores para socorrer necesidades y premiar servicios de otras personas que, á falta del primer instituido, puedan ser mas acreedores á una recompensa que los herederos *ab-intestato*, á los cuales tendrian que pasar los bienes en tal caso si no existiera el medio de la *sustitucion*.

Atendiendo á estas razones, y no siendo en general la *sustitucion* sino una institucion *condicional* de heredero, parece muy propio que, estando tratando de las condiciones con que pueden ser nombradas las personas que han de heredar, hablemos de la *sustitucion*, esplicando su naturaleza y la de cada una de sus clases, lo cual será la materia de la presente leccion.

§. II.

Definicion de la SUSTITUCION, y principios para conocer su naturaleza.

Se entiende en general por SUSTITUCION *el nombramiento de otro heredero para que éntre en la herencia á falta del instituido en primer lugar*. Ley 1.^a, tit. v, Part. 6.^a

De esta definicion se infiere:

1.^o Que siendo la *sustitucion* una especie de institucion de heredero, debe hacerse en testamento y no en codicilo, y recaer solamente en aquella persona que no tenga prohibicion de heredar.

2.^o Que hallándose establecida la *sustitucion* para asegurar la existencia de heredero, y pudiendo faltar, tanto el instituido en primer lugar como el sustituido, no solo podrá nombrarse el sustituto al primer heredero, sino tambien al sustituido en lugar de este, y sucesivamente cuantos se quieran, de modo que cada uno sea sustituto, no únicamente del que le precede, sino tambien del instituido (1).

(1) Art. 632.

3.º Que siendo muchos los herederos, y sustituidos mutuamente entre sí, faltando uno de ellos percibirán los restantes la parte que aquel dejó con proporcion á la que se les hubiera designado en la institucion, como espresa la ley 3.ª, título v, Part. 6.ª (1): pero si siendo muchos los herederos se hubiese dado á cada uno un sustituto, solo percibirá este en su caso la porcion de aquel á quien sustituye.

4.º Que si habiendo varios herederos á solo uno de ellos se le nombra sustituto; este solamente es quien percibirá la herencia de aquel, sin derecho en los otros para reclamar parte alguna, á no ser que lo espresase el testador (2), ó que los instituidos fueran hijos ó descendientes suyos y un extraño el sustituido. Sin embargo, si á uno de los descendientes á quien se le nombró sustituto le hubiera dejado el testador el *quinto*, no hay duda que en esta parte le sucederá el sustituto, aun cuando vivan los otros hermanos del sustituido.

5.º Que la condicion puesta al heredero se entienda repetida en el sustituto en los tres casos siguientes:

1.º Si fuere de las llamadas *casuales* y se hubiera impuesto á todos los grados ó personas nombradas en el testamento:

2.º Si fuere *potestativa* y no es coherente á la persona que espresó el testador:

3.º Si, cualquiera que sea la condicion, se impone despues de las cláusulas de *institucion y sustitucion*.

Fuera de estos casos, no se entiende repetida en el sustituto la condicion impuesta al instituido (3).

Todas estas reglas son aplicables á las diversas clases de sustituciones, cuya division y su naturaleza respectiva se explicará en los párrafos siguientes.

§. III.

Cómo se divide la sustitucion en general, y naturaleza de la llamada vulgar.

La sustitucion se divide primeramente en *directa y obliqua* ó *indirecta*. Se llama DIRECTA la que se hace designando

(1) Art. 633.

(2) Art. 633.

(3) Art. 634.

la persona para que reciba la herencia por sí y no por intervención de otro; é INDIRECTA aquella en que se hace la entrega de la herencia por mano de aquel á quien se lo encargó el testador.

En la directa hay cinco clases, á saber: la vulgar, pupilar, ejemplar, compendiosa y brevilocua ó reciproca: de la indirecta existe solo una especie, que es la llamada fideicomisaria, la cual generalmente se espresa bajo el nombre de fideicomiso.

De todas estas clases son propiamente sustituciones: la vulgar, pupilar y ejemplar: la compendiosa, brevilocua y fideicomisaria son mas bien modos de sustituir. Sin embargo, de unas y otras daremos su definición en concepto de ser unas sustituciones, presentando al mismo tiempo las disposiciones del derecho sobre cada una de ellas, para lo cual empezaremos en este párrafo por la vulgar.

Naturaleza de la sustitucion vulgar.

Esta sustitucion llamada vulgar ó comun porque todos pueden hacerla y no ser necesario que recaiga sobre una clase de herederos determinados, como sucede en la pupilar y ejemplar, no es mas que el nombramiento de segundo heredero para el caso en que el instituido en primer lugar no llegue á serlo.

El no llegar uno á ser heredero puede provenir, ó de no querer, ó de no poder recibir la herencia el instituido, y de aquí el comprenderse en el caso de la definición, tanto la impotencia como la falta de voluntad en el heredero para admitir la herencia (1). Ley 1.^a, tít. v, Part. 6.^a

Esta sustitucion, única en general, que admite el nuevo Código (2), por limitar la pupilar á solo los bienes de libre disposicion (3), puede verificarse de dos modos, á saber: espresa y tácitamente.

Se verifica ESPRESAMENTE cuando con palabras determinadas instituye el testador á uno por su heredero, mandando que no siéndolo él, reciba la herencia el otro que es

(1) Art. 630.

(2) Art. 629.

(3) Art. 638.

presa. Tal seria si se dijese: *Nombro por mi heredero á Pedro, y si este no lo fuere, nombro á Juan.* En este caso es claro que si Pedro repudia ó no quiere la herencia, ó muere antes de aceptarla, la percibirá Juan. Ley 2.^a, tit. v, Partida 6.^a

Se verifica TÁCITAMENTE cuando de la cláusula de institución de heredero se deduce la sustitucion, como puede verse en el siguiente ejemplo: *Nombro por mis herederos á Pedro, Antonio y Juan, ó á aquel de estos tres que me sobreviva.*

En este caso, es consiguiente que si los tres sobreviven al testador y ninguno de ellos repudia la herencia, los tres la recibirán por partes iguales, y si dos de ellos ó uno solo queda vivo, el que quede será heredero, porque así se deduce de la voluntad del testador. Ley 2.^a, id. Mas si las partes en que fueren instituidos los herederos no fueran iguales, como, por ejemplo, si establecidos tres herederos, uno en seis partes, otro en cuatro y otro en dos, dijera el testador que renunciando alguno la herencia ó muriendo antes de aceptarla la reciban los otros en lugar de él, cada uno de los dos restantes tendrá la parte que se le hubiere señalado, y además la porcion que, segun ella, le corresponde á proralá de la que dejó vacante el que hubiera muerto ó renunciado. Ley 3.^a, id.

Cuándo cesa la sustitucion vulgar.

Esta clase de sustituciones queda sin efecto si el heredero instituido llega á entrar en la herencia, ó consiente en su aceptación, diciendo que quiere ser heredero.

La razon de ello es porque la sustitucion vulgar se entiende solo para el caso en que el heredero instituido no llega á ser heredero; luego si ha llegado á serlo, ó ha manifestado su consentimiento, deja de existir la causa para que éntre el sustituto, aunque inmediatamente despues de aceptada la herencia hubiere muerto el heredero. Ley 4.^a, id.

§. IV.

Naturaleza de la sustitucion PUPILAR, y modo cómo se establece.

Se entiende por sustitucion PUPILAR el nombramiento de segundo heredero hecho por el padre de familias para que suceda á su hijo legitimo impúber, en el caso en que este hubiera entrado en la herencia y muriese antes de llegar á la edad de la pubertad.

El objeto de esta sustitucion no es otro sino el asegurar á los pupilos contra las asechanzas de sus parientes, que podian atentar contra su vida para suceder en sus bienes antes de llegar á la edad de la pubertad, en la que pueden hacer ya testamento, y para conseguir dicho objeto le han dado las leyes tal fuerza, que tienen al sustituto como si el mismo hijo le hubiera instituido heredero, ó como un testamento que hiciera el padre en nombre del hijo. Ley 7.^a, tit. v, Part. 6.^a

Esta sustitucion puede hacerse *expresa y tácitamente*.

Se hace *expresamente* cuando el testador, despues de haber instituido por heredero á su hijo legitimo impúber, nombra un sustituto para el caso de que el hijo llegara á ser heredero y muriese antes de la pubertad. Tal seria si el testador dijese: *Instituyo por mi heredero á Pedro, mi hijo legitimo, menor de catorce años, y si llega á heredarme y muere antes de cumplir esta edad, sea heredero Juan.*

Se hace *tácitamente* cuando de la cláusula de la institucion se deduce que el testador quiso nombrar á su hijo un sustituto *pupilar*. Esta cláusula puede concebirse, ó estableciendo dos ó mas herederos además del hijo impúber, añadiendo que el que de ellos sea su heredero lo sea tambien de su hijo, ó usando para ello de la misma fórmula de la sustitucion *vulgar expresa*.

De cada uno de estos dos modos presenta la ley un modelo particular, sirviendo para el primer caso la fórmula de: *Instituyo por mi heredero á Pedro, mi hijo legitimo, menor de catorce años, y á Juan y Antonio, mis amigos, y mando que el que de estos fuere mi heredero lo sea tambien de mi hijo; y para el segundo caso la de: Instituyo por mi heredero á Pedro, mi hijo legitimo, impúber, y si no llega á heredar nombre en su lugar á Juan.* Ley 5.^a, tit. v, Part. 6.^a

Estos dos ejemplos están dando á entender que si la sustitucion *pupilar* se hace *tácitamente*, no solo heredará el sustituto al hijo impúber cuando este sea heredero y muera antes de la pubertad, sino tambien cuando no llegó á ser heredero; que de aquí viene la máxima recibida entre los jurisconsultos de haber de considerarse la sustitucion *pupilar tácita* comprendida en la *vulgar*.

Solo hay un caso en que no se observa esta regla, y es cuando el testador, teniendo dos hijos, uno mayor y otro menor de catorce años, los nombra por herederos, diciendo que si alguno muriese antes de entrar en la herencia ó no quisiera ser heredero, que lo sea el otro; pues en tal caso, si el menor hubiere llegado á ser heredero y muriese antes de la pubertad, no podrá el mayor heredarle como sustituto, sino únicamente en calidad de pariente mas próximo.

La razon de ello es porque el padre quiso hacer iguales en derechos á los dos hermanos; y como respecto del mayor no pueden concurrir las dos sustituciones *pupilar* y *vulgar*, sino solamente esta última, es consiguiente el no poder heredar como sustituto al menor por efecto de la sustitucion *pupilar*, sino solo por efecto de la *vulgar*, que es por lo cual el menor heredaría en su caso al mayor. Asi lo explica la citada ley 5.^a, añadiendo que esto mismo haya de observarse cuando algun extraño es instituido heredero juntamente con el hijo impúber del testador.

Estas disposiciones de las leyes de Partidas relativamente á la sustitucion *pupilar*, han sido modificadas por las leyes recopiladas, como podrá verse en el siguiente párrafo, en que trataremos de las personas que pueden y de aquellas á quienes se puede hacer esta sustitucion.

§. V.

Quiénes y á qué personas puede substituirse pupilarmente.

La sustitucion *pupilar* la han considerado las leyes romanas y de Partidas como un efecto de la patria potestad; y por lo mismo, no teniendo la madre este poder, ni tampoco los abuelos, es consiguiente decir que á solo el padre es á quien compete esta facultad. Ley 5.^a, título v, Part. 6.^a Mas para ha-

cer este uso de ella con arreglo á la ley citada, es preciso que concurren en los hijos las circunstancias siguientes:

1.^a Que sean de legítimo matrimonio, porque á los que no proceden de esta union, si no están legitimados, no se estiende la patria potestad. Sin embargo, como la arrogacion es igualmente un modo de adquirirse este poder, podrá el arrogador sustituir pupilarmente á su hijo arrogado, del mismo modo que lo podrá hacer el abuelo con el nieto que hubiera adoptado. Leyes 5.^a y 9.^a del mismo título y Partida.

2.^a Que tanto los legítimos y legitimados, como los arrogados y plenamente adoptados, hayan de ser impúberes, porque siendo la sustitucion *pupilar* un testamento del padre por el hijo, precisamente se ha de referir al tiempo en que este no pueda testar.

3.^a Que no hayan sido emancipados, porque entonces falta el fundamento de la sustitucion *pupilar*, que es la patria potestad.

Concurriendo estas circunstancias, podrá el padre nombrar sustituto *pupilar* á su hijo, y valdrá, aunque lo hubiese desheredado con justa causa, hallándose en la edad competente para ser privado de la herencia, en razon de que por la desheredacion no salen los hijos de la patria potestad. Ley. 6.^a, idem.

Si ha de valer tambien esta sustitucion cuando al pupilo le sobreviviere su madre, como lo dispone terminantemente la ley 12, id., es una cuestion que han promovido algunos autores gratuitamente, á nuestro parecer, por estar derogada esta ley de Partidas por la 1.^a, tít. xx, lib. x, Novis. Recop.

Para convencernos de ello, bastará citar las palabras de la ley recopilada. En ella se establece que *los ascendientes sucedan á sus descendientes EX TESTAMENTO y AB-INTESTATO, en caso que los descendientes no tengan hijos ó descendientes, ó QUE HAYAN DERECHO DE LOS HEREDAR: pero con esta diferencia, que si suceden por testamento tienen derecho solamente á las dos terceras partes, por permitirse á los hijos disponer de la otra tercera; mas si suceden ab-intestato adquieren derecho á todos los bienes.*

Segun el contesto de esta ley, la madre, como ascendiente inmediata, tendrá derecho á las dos terceras partes de los

bienes del hijo muriendo este con *testamento*, y á todos si muriere *ab-intestato*; y como la sustitucion pupilar se dá para el caso en que uno sea heredero y muera en la edad en que no pueda testar, es consiguiente que, muriendo el hijo en esta edad, ha de heredar la madre *ab-intestato* todos sus bienes.

La única escepcion que propone la ley recopilada para no heredar los ascendientes á los descendientes, es cuando los dichos descendientes tuvieren hijos ó descendientes legítimos ó que hayan derecho de los heredar; y aunque algunos han creído ver en esta espresion otra escepcion á favor del *sustituto pupilar*, semejante interpretacion está destituida de todo fundamento, por no poder referirse la espresion ó que hayan derecho de los heredar á los sustitutos, sino á las demás clases de hijos ó descendientes que, aun no siendo legítimos, tienen tambien derecho de heredar á sus padres ó madres con exclusion de los ascendientes, como son los *legitimados*, y los *naturales* y *espúrcos*, de los cuales van esplicándose despues sus derechos mas determinadamente en las leyes 5.^a, 6.^a y 7.^a del mismo tit. xx, lib. x, Novis. Recop.

Algunos para sostener, al menos en parte, el efecto de la sustitucion *pupilar* proponen un medio como conciliatorio de ambas opiniones, que consiste en adjudicar al sustituto el tercio de los bienes del hijo, del cual podria este disponer en testamento aun teniendo ascendientes, y quedar para la madre las otras dos terceras partes, como heredera forzosa en calidad de ascendiente.

Fúndanse para ello en que si bien esta legítima lo es solo de los ascendientes cuando los hijos mueren con *testamento* y no cuando fallecen *ab-intestato*, como sucede en el caso de la sustitucion *pupilar*, sin embargo, como admitida esta sustitucion ha de considerarse como un testamento del hijo hecho por medio del padre, segun la califica la ley 7.^a, tit. v, Part. 6.^a, infieren que debe valer en este testamento lo que valdria en el del hijo si este lo hubiese ordenado.

Aunque no nos oponemos á este medio, no podemos menos de decir que, atendidos los principios de las leyes recopiladas en que se determina la cantidad de que puede disponer el padre, teniendo hijos, sean púberes ó impúberes, y hallándose

además establecido que en las legítimas de los hijos no puedan imponerse ni condiciones ni otro cualquier gravamen, á lo cual añade el nuevo Código, ni sustitución de ninguna especie (1), presenta sus dificultades su admisión, así como también las presentan después de lo dicho las otras disposiciones de las leyes de Partidas relativas á la clase de bienes que atribuyen á los sustitutos en todos los casos de la sustitución *pupilar*, como lo haremos ver en el párrafo siguiente.

Clase de bienes que ha de heredar el sustituto pupilar.

Para determinar los bienes que pasan al sustituto, llegado el caso de la sustitución *pupilar*, debe distinguirse la sustitución de hijos *arrogados* y la que se hace á hijos *legítimos*.

En los primeros heredará el sustituto la cuarta parte de los bienes del arrogador, que es lo que por derecho compete al arrogado, no siendo desheredado ni emancipado, como asimismo lo que á este le hubiera dejado algun amigo de su padre adoptivo en consideración á su arrogación; pero no heredará nada de los demás bienes que el arrogado hubiera adquirido de su padre natural y legítimo, porque estos pasan á los herederos *ab-intestato* cuando el arrogado no llegó á disponer de ellos. Ley 9.^a, tit. x, Part. 6.^a

Si el arrogador tuviera hijos ó descendientes legítimos, como estos no pueden ser perjudicados en la legítima que les señala la ley 8.^a, tit. xx, lib. x, Novis. Recop., solo heredará el sustituto el quinto de los bienes del arrogador, que es la parte que en tal caso corresponde al arrogado.

Pasando á determinar la clase de bienes que ha de heredar el sustituto *pupilar* nombrado á un hijo *legítimo*, lo que las leyes de Partidas disponen, es lo siguiente:

1.º Que el sustituto, supuesta su capacidad para heredar, tenga derecho á todos los bienes del pupilo, cualquiera que sea su procedencia. Ley 7.^a, tit. v, Part. 6.^a

2.º Que si el sustituto fué además nombrado heredero con el pupilo, muerto éste, haya de aceptar, no solo los bienes que

(1) Art. 643.

le pertenecian del padre, sino tambien los que tenia de la madre ó de otro cualquier pariente ó extraño, excepto si el pupilo, cuando vivia, se convino con el sustituto en renunciar los bienes paternos. Ley 8.^a del mismo titulo.

3.^o Que si el testador solo dió sustituto pupilar al menor sin nombrarle heredero juntamente con él, haya de aceptar igualmente unos y otros bienes, llegado el caso de la sustitucion. La misma ley.

Tales son las doctrinas de las leyes de Partidas sobre la clase de bienes que pasan al sustituto *pupilar* nombrado á los hijos *legítimos*, y aunque todos los autores las proponen como de uso recibido, á nosotros nos parece que no siempre pueden tener aplicacion.

En efecto, no la tiene siempre la disposicion del núm. 1.^o, porque, segun lo manifestado en el párrafo anterior, si al pupilo le sobrevivieren ascendientes, ó nada percibe el sustituto, ó solo tendrá derecho al tercio de los bienes en caso que se admita el medio conciliatorio que algunos proponen.

Ni tampoco la tienen las disposiciones de los números 2.^o y 3.^o:

Primero, porque siendo los hijos herederos forzosos, sean ó no púberes, no puede concurrir con ellos un extraño sino solo en cuanto al quinto de los bienes, que es lo único de que puede disponer el padre; y

Segundo, porque no siendo incompatible que sucedan los herederos testamentarios con los legítimos, segun la ley 1.^a, tít. xviii, lib. x, Novís. Recop., no es necesario que el sustituto haya de aceptar, como dicen las leyes de Partidas, todos los bienes que pertenecian al pupilo al tiempo de su muerte.

Solo, pues, tendrán lugar las disposiciones de las Partidas cuando el pupilo no tuviere herederos forzosos, y no se hubiera antes estinguido la sustitucion *pupilar*, cuyos casos se determinarán en el siguiente párrafo.

§. VII.

En qué casos concluye la sustitucion pupilar.

Se acaba esta sustitucion, segun la ley 40, tít. v, Part. 6.^a, por los modos siguientes:

1.^o Por llegar el pupilo á la edad de la pubertad, pues en-

tonces puede hacer testamento, y cesa por lo mismo la causa de la sustitucion.

2.º Por perder los hijos el estado de familia ó salir de la patria potestad, la cual, segun se ha dicho, es el fundamento de esta sustitucion.

3.º Por anularse, romperse ó revocarse el testamento en que se hizo el nombramiento de sustituto.

4.º Por nacer, despues de hecha la sustitucion, algun hijo de quien no hizo mencion alguna el padre en su testamento.

Además de las causas espresadas, cesaba tambien la sustitucion, segun las Partidas, si el pupilo no aceptaba la herencia, no haciéndolo dolosamente: pero como, segun la ley recopilada antes citada, queda válido el testamento en cuanto á lo que en él se dispone, aun cuando el heredero instituido no acepte la herencia, no puede ya tener esta causa en el dia ninguna aplicacion.

En cuanto á acabarse la sustitucion por morir el pupilo antes que el padre, aunque en términos generales lo proponen así los autores, esto deberá entenderse de la sustitucion pupilar *expresa*, y no de la *tácita*, la cual, como está comprendida en la *vulgar*, tiene lugar, no solo en el caso que sea heredero el pupilo ó muera despues del padre, sino tambien en el caso en que no sea heredero ó muera antes que este.

Lo que no ofrece ninguna duda es el acabarse la sustitucion si el sustituto muere antes que el instituido, porque en este caso concluye ya la esperanza al derecho de sustitucion.

Con lo dicho nos parece que se halla comprendido lo mas necesario para determinar la naturaleza de la sustitucion pupilar y sus efectos; veamos ya cuál es la de la sustitucion ejemplar.

§. VIII.

Naturaleza de la sustitucion ejemplar, y disposiciones del derecho sobre ella.

Entendemos por sustitucion EJEMPLAR *el nombramiento de un segundo heredero que hacen los ascendientes á sus hijos ó descendientes que hubieren perdido el juicio, en caso de morir en este estado sin haber hecho antes testamento.*

La fórmula con que se espresa esta sustitucion es la siguiente: *Instituyo por mi heredero á Pedro, mi hijo legítimo, y en caso que falleciere en la locura ó fatuidad que padece, nombro por su heredero á Juan, su hermano.* Leyes 1.^a y 11, tit. v, Part. 6.^a

Esta sustitucion se llama *ejemplar*, por haberse introducido á ejemplo ó por la misma causa que la pupilar, la cual, segun se ha dicho, es la incapacidad del pupilo para hacer testamento; de modo que, si por no poderlo hacer este concedió la ley á su padre que pudiera nombrarle un sustituto para el caso que muriera en esta edad, era consiguiente que tambien concediera al padre y demás ascendientes la misma facultad, cuando por otra causa que por la edad no pudiera el hijo testar.

A pesar de la semejanza de estas dos instituciones, se diferencian entre sí:

- 1.º En las personas que pueden hacerlas y aquellas á quienes puedan hacerse:
- 2.º En las que pueden ser nombradas sustitutos:
- 3.º En el modo cómo concluyen una y otra.

Personas que pueden, y á quienes puede darse sustituto ejemplar.

Pueden nombrar sustituto *ejemplar* el padre, la madre ó abuelos á sus hijos ó descendientes que tengan derecho á heredarles y estén imposibilitados para hacer testamento por su locura, como espresa la ley 11, tit. v, Part. 6.^a; ó por tener algun otro defecto ó impedimento, como afirman los comentaradores, en cuya clase enumeran los pródigos y los sordomudos que no saben leer ni escribir.

Las leyes romanas y de Partidas no creyeron conveniente considerar á esta sustitucion como efecto de la patria potestad, como consideraron á la pupilar, y de aquí la diferencia que se nota entre una y otra con respecto á las personas que pueden y á quienes puede darse sustituto, siendo en las primeras todos los ascendientes sin distincion de paternos y maternos en la *ejemplar*, cuando lo es solo el padre en la *pupilar*; asi como en cuanto á las personas á quienes ha de nombrarse sustituto *ejemplar*, basta, supuesta su incapacidad, que tengan derecho á ser herederos del que les nombra sustitutos, sin ser necesarios los demás requisitos que se exigen en la *pupilar*.

Personas que han de ser nombradas.

Tambien se diferencia esta sustitucion de la *pupilar* en cuanto á las personas de los sustitutos; no pudiendo el testador elegirlos estos á su arbitrio, por haber de sujetarse á las personas que designa la ley 11, tit. v, Part. 6.^a, guardando al mismo tiempo el orden siguiente:

- 1.^o Los hijos del loco, fátuo ó desmemoriado.
- 2.^o A falta de hijos, los nietos y demás descendientes por su orden ó grado.
- 3.^o No teniendo descendientes, los hermanos.
- 4.^o A falta de estos, los estraños.

Como se vé por lo que acabamos de indicar, las Partidas omitieron á los ascendientes, sin duda porque, segun la ley 4.^a, tit. XIII, Part. 6.^a, no gozaban de la preferencia para suceder en defecto de descendientes, como la tienen en la actualidad en virtud de la ley 2.^a, tit. xx, lib x, Novisima Recopilacion. Mas ya que gozan hoy dia de esta preferencia, nos parece que deben ser nombrados sustitutos los ascendientes á falta de descendientes, y seguir despues los hermanos y los estraños: advirtiendo que aun antes de llegar á estos últimos colocan los comentadores algunas otras personas, como á los hijos de los hermanos y á la mujer del loco, si la tuviere, lo cual nos parece muy arreglado.

Causas por la que acaba la sustitucion ejemplar.

Cesa esta sustitucion, segun la ley 11, tit. v, Part. 6.^a, por las causas siguientes:

- 1.^a Por recobrar el loco ó fátuo su juicio.
- 2.^a Por nacerle á este un hijo despues de hecha la sustitucion.
- 3.^a Cuando el que la hizo, la hubiere revocado en un testamento posterior.

Algunos autores, y entre ellos Antonio Gomez en su obra Var. res., lib. 1, cap. 1.^o, opinan que si despues de recobrar el loco su juicio volviera á caer en la locura, convalece la sustitucion: pero á nosotros nos parece que, si mientras estaba en su cabal juicio hubiera hecho testamento, concluye la sustitucion *ejemplar*, aunque al tiempo de su muerte padeciera de

nuevo una enagenacion mental. La razon de esto se encuentra espresada en la misma definicion de esta sustitucion, la cual, segun se ha dicho, se dá para el caso en que un loco muera en este estado sin testamento legitimo.

Tales son las sustituciones propiamente dichas; las otras que designan los autores, son, segun dijimos en el párrafo III, modos de sustituir; pero que sin embargo añadimos que daríamos de ellas sus definiciones bajo el concepto de sustituciones, como lo haremos á continuacion.

§. IX.

Naturaleza de las sustituciones COMPENDIOSA y BREVÍLOCUA.

De entre las sustituciones que, segun se ha dicho, han de considerarse mas bien como modos de sustituir, la primera es la que se llama sustitucion *compendiosa*, que es aquella que en breves palabras contiene á un mismo tiempo diferentes sustituciones. La fórmula que, á manera de ejemplo, propone para esta sustitucion la ley 12, tit. v, Part. 6.ª, es la siguiente: *Instituyo por mi heredero á Pedro, y en cualquier tiempo que muera sea su heredero Juan.*

En estas breves palabras se comprende tanto la sustitucion *pupilar* como la *vulgar*, y de aqui el poder estenderse á cualesquiera herederos, tiempos y edades en que fallecieren, como igualmente á todos sus bienes; si bien debe tenerse presente que esta estension que la citada ley 12 dá á esta sustitucion, solo podrá admitirse actualmente mientras no se perjudique á los derechos que tienen los herederos forzosos del hijo, si á este fué á quien bajo dicha fórmula se le dió sustituto, segun hicimos ya ver al hablar de la sustitucion *pupilar*.

La otra sustitucion llamada *brevilocua*, ó mas bien *reciproca*, es aquella en que son mutuamente sustituidos los instituidos en primer lugar. La fórmula con que se ordena, segun la ley 13, tit. v, Part. 6.ª, es la siguiente: *Instituyo por herederos á Pedro y Juan, mis dos hijos menores de catorce años, y los hago mutuamente sustitutos uno de otro.*

Como aparece por este ejemplo, son cuatro las sustituciones que en él se comprenden, á saber: dos *pupilares* y dos *vulgares*: y por lo mismo, ora deje de entrar alguno de ellos en

la herencia, ora llegue á ser heredero y muera antes de la puer-
bertad, en ambos casos la percibirá el sustituto, aunque sin
perjuicio de los derechos de la madre ó ascendientes, segun
antes se ha manifestado.

Algunos creen que, como en la ley 13 citada solo se hace
referencia á los hijos del testador, no tendrá lugar esta sustitu-
cion entre herederos estraños: pero nosotros no hallamos nin-
gun inconveniente en que se estienda á estos, en razon de que
la fórmula indicada solo está puesta á manera de ejemplo y no
para escluir de la sustitucion otras personas, como puede de-
mostrarse con la doctrina de la ley 37, tit. v, lib. xxvii del
Digesto.

§. X.

Idea de la sustitucion fideicomisaria.

La otra sustitucion que debe considerarse tambien como un
modo de sustituir, es la llamada *fideicomisaria*, la cual, segun
la ley 14, tit v, Part. 6.^a, es *aquella en que el testador en-
carga al heredero instituido que restituya á otro la heren-
cia*. La cláusula con que se espresa, dice así: *Instituyo por mi
heredero á Pedro, y le ruego, quiero ó mando que esta mi
herencia, ó la tenga en su poder tanto tiempo y pasado la
entregue á Juan, ó que se la entregue á este desde luego.*

Para que con claridad pueda aplicarse la doctrina del de-
recho en esta clase de sustituciones, distinguiremos con sus
nombres propios las personas que intervienen en ella, llamando
fideicomitente al testador, que es el que la establece: *fidu-
ciario* á la persona que se instituye heredero con el gravámen
de entregar los bienes á otro: *fideicomisario* á aquella á quien
ha de hacerse la entrega; y *fideicomiso* á los bienes que
se dejan á una persona por medio de otra ó de un modo in-
directo; teniéndose presente que si lo que se deja constituye
toda la herencia, será *universal* el fideicomiso, y *singular* si
solo se refiere á bienes determinados.

Esto supuesto, veamos cuáles son las disposiciones del de-
recho acerca de esta sustitucion.

Empezando por las relativas á las personas designadas, di-
remos que podrán ser *fideicomitentes* todos los que pueden

testar, y *fiduciarios* y *fideicomisarios* los que pueden ser instituidos herederos; advirtiendo en cuanto á los fideicomitentes que aunque son todos los que pueden testar, no son tantas sus facultades que les sea lícito imponer este gravámen á cualquier heredero.

Así, pues, no lo podrán imponer los ascendientes á los descendientes, ni estos á aquellos en la parte que les corresponda por su legítima, como con respecto á la de los hijos lo estableció ya la ley 17, tit. 1, Part. 6.^a, y con respecto á la de estos y de los ascendientes las leyes recopiladas arriba citadas.

Tampoco los podrán imponer en la parte que además de las legítimas reciban unos ú otros por via de mejora ó por cualquier otro título, ó en lo que libremente dejaren, siendo estraños los herederos, si el fideicomiso ha de continuar por una série determinada de personas, ó con vinculacion de sus bienes, por hallarse así prohibido en el art. 14 de la ley de 27 de Setiembre de 1820 (1): pero sí que podrá dejarse sin esta traba, y aun tambien con ella bajo una série determinada de llamamientos, si la prohibicion de que no puedan enagenarse los bienes del fideicomiso no pasa del tiempo de 99 años: de otro modo, habiamos de negar la facultad de legar el usufructo durante la vida de una ó mas personas sucesivamente, si viven al tiempo de constituirse, ni tampoco podria admitirse la duracion de cien años que se concede á los pueblos para utilizarse del usufructo que sin designacion de tiempo se les dejase, siendo así que nadie lo ha contradicho, ni está tampoco derogada la ley 26, tit. xxxi, Part. 3.^a, que lo ha establecido.

El nuevo Código lo estiende hasta los nietos que tenga ó tuviere en adelante el testador, pero únicamente en la parte libre de los bienes que hubiere dejado á sus hijos (2).

No gravándose, pues, la legítima de los descendientes y ascendientes, ni poniéndose gravámenes que impidan indefinidamente la enagenacion en la parte de que puedan los testadores disponer libremente, podrán dejarse fideicomisos y aplicarse entonces las doctrinas que proponen los autores acerca de los derechos y obligaciones de las personas que intervienen en ellos, las cuales se espondrán en los párrafos siguientes.

(1) Art. 636.

(2) Art. 638.

§. XI.

Facultades de los fideicomitentes.

Las facultades de los fideicomitentes se refieren principalmente al modo cómo pueden dejarse los fideicomisos en los casos no prohibidos.

Estos pueden dejarse expresa y tácitamente: *espresamente*, como en la cláusula referida al principio del párrafo anterior: *tácitamente*, cuando sin hacer el testador mencion alguna de restitucion, se le dá al *fiduciario* algun encargo del cual se colige que debe restituir la herencia, como si dijera: *Instituyo por mi heredero á Pedro, con la condicion de que no pueda hacer testamento*; pues con esta cláusula se indica lo bastante para comprender que el objeto del testador es que despues de la muerte de Pedro vaya su herencia á los parientes *ab-intestato* de este.

Además, pueden los *fideicomitentes* designarle confidencialmente al *fiduciario* la persona ó personas á quienes debe entregar la herencia, cuya disposicion en tanto podrá llevarse á efecto en cuanto la persona designada tenga capacidad para ser heredero, pues de otro modo si el heredero *fiduciario* consintiera en entregar la herencia á la persona incapacitada, no solo será escludido como indigno de suceder en la parte que le hubiere dejado el testador, sino que se aplicarán todos los bienes al fisco, salva la mitad de estos, que podrá percibir el *fideicomisario* en caso de haberlo denunciado, como disponen las leyes 13 y 14, tit. vii, Part. 6.^a

Tambien es permitido á los *fideicomitentes* el que sin señalar persona determinada para la entrega de los bienes, puedan designar los objetos en que han de invertirse estos, como en limosnas, dotes de huérfanas á maridar, sufragios para su alma ó la de otras personas, etc., con tal que para la inversion de sus bienes en sufragio de sus almas á título de *manda* ó de *herencia* no encarguen su cumplimiento á los confesores en su última enfermedad, ó á sus parientes, ó á sus religiones y conventos, por estar prohibido por la Real cédula de 30 de Mayo de 1830, bajo la pena de haber de pasar á los parientes del testador ó de haber de aplicarse á los destinos piadosos que

indique el juez lo que hubiere dejado en este concepto, y de quedar privado de oficio el escribano que autorizó esta disposición.

Finalmente, queda al arbitrio del testador disponer que el *fiduciario* entregue desde luego la herencia al *fideicomisario*, ó que lo verifique para cierto tiempo ó cuando se cumpla tal condicion; cuyas circunstancias será preciso tener presente para poder determinar los derechos y obligaciones, tanto de los herederos *fiduciarios* como de los *fideicomisarios*.

§. XII.

Obligaciones y derechos de los fiduciarios y fideicomisarios.

No habiendo en el fideicomiso ninguna cosa reservada, cuyo cumplimiento quede á la conciencia del *fiduciario*, ni habiendo prohibido el testador absolutamente que se le pudieran exigir cuentas, las obligaciones que tiene que cumplir en el *fideicomiso expreso* serán las siguientes:

1.^a Hacer la entrega de los bienes al *fideicomisario*, ó inmediatamente ó el día que señaló el testador, ó cuando se hubiera cumplido la condicion que este impuso. Cuando la entrega se deja al arbitrio del *fiduciario* ó se dudare del tiempo en que ha de verificarse, se entiende que es para despues de la muerte de este.

2.^a En caso de haber de entregarse los bienes para cierto día ó cumplida una condicion, debe el *fiduciario* formar inventario de ellos y dar una copia al *fideicomisario*, como igualmente rendir cuentas en el acto de la entrega, escepto si el testador le relevó de esta obligacion.

3.^a Si, siendo muchos los herederos, impusiera á uno de ellos la obligacion de entregar su parte á los coherederos, solo él deberá entregar sus bienes, recibéndolos con proporcion á la parte en que hubieren sido nombrados. Ley 3.^a, tit. v, Partida 6.^a

Segun la legislacion de las Partidas, debía además el heredero *fiduciario* aceptar la herencia, hasta poder apremiarle el juez si lo rehusare, como dispone la ley 19, tit. xi, Partida 6.^a: mas en el día no tiene ya efecto esta obligacion, por estar permitido al *fideicomisario* pedir la herencia para sí,

no aceptando ó renunciándola el *fiduciario*. Ley 1.^a, tít. xviii, lib. x, Novís. Recop.

Manifestadas las obligaciones del *fiduciario*, sus derechos principalmente se reducen á percibir la cuarta parte de los bienes del fideicomiso, que los romanos llamaron *trebeliánica*.

Algunos autores, sin embargo, sostienen que en la actualidad ha caducado ya este derecho, fundándose para ello en que no teniendo él otro objeto sino estimular al heredero *fiduciario* á adir la herencia, sin cuyo requisito quedaba sin efecto el testamento, infieren que, habiendo cesado ya la necesidad de la adición, segun la ley 1.^a, tít. xviii, lib. x, Novís. Recop., no debe tener efecto lo que sobre la *cuarta trebeliánica* establecieron las Partidas.

A pesar de esta observacion, nos parece mas fundada la doctrina que hemos presentado; pues además de seguirla jurisprudencias muy célebres, entre los cuales se cuenta Cevallos, que afirma haber obtenido en su confirmacion una sentencia favorable de los tribunales, encontramos en la citada ley recopilada palabras muy significativas que lo persuaden.

Dice así la ley al final de la misma: «Si alguno dejare á otro en su postrimera voluntad por heredero, ó le legase ó mandase alguna cosa para que la dé á otro á quien sustituye en la herencia ó manda; si el tal heredero ó legatario no quisiese aceptar, ó renunciare la herencia ó legado, el sustituto ó sustitutos lo puedan haber *todo*.»

Segun aparece de las palabras testuales de la ley, cuando el heredero *fiduciario* no acepta la herencia ó legado, el *fideicomisario* lo pueda haber *todo*, ó lo que es lo mismo, que el *fiduciario* en este caso no tiene derecho á la *cuarta trebeliánica*, como lo dispuso ya la ley 8.^a, tít. xi, Part. 6.^a: luego si acepta la herencia el *fiduciario* no lo podrá haber *todo* el *fideicomisario*; y como la ley recopilada no dió reglas para el caso de la aceptacion, sino solo para el caso en que el heredero *no quiere aceptar* ó *renuncie*, es visto que por esta ley quedó intacto el derecho á la *cuarta trebeliánica* por parte del *heredero fiduciario* que hubiere aceptado.

Tales son las obligaciones y derechos de los herederos *fiduciarios*; y puesto que aquellas y estos dicen relacion con las personas de los *fideicomisarios*, fácilmente vendremos en co-

nocimiento de lo que bajo uno y otro respecto pueda corresponder á estos; terminando con ello la lección sobre *sustituciones*, que, aunque no sea de mucha aplicación en la práctica, es necesario estar advertidos para los casos que ocurran en ella.

LECCION DÉCIMAQUINTA.

DE LAS MEJORAS.

Resumen.

§. I. Razon del método.—§. II. Naturaleza y origen de las mejoras.—§. III. Su utilidad.—§. IV. Personas que pueden, y á quiénes pueden mejorarse.—§. V. Requisitos para que valgan las promesas de mejorar y de no mejorar.—§. VI. Cómo pueden hacerse las mejoras.—§. VII. Cantidad que puede dejarse por este título, y bienes en que ha de pagarse.—§. VIII. A qué tiempo ha de atenderse para regular las mejoras, y de dónde han de sacarse.—§. IX. Cuál se saca primero dejándose el tercio y quinto de los bienes.—§. X. Efectos que producen.—§. XI. Casos en que son nulas y en que pueden ó no revocarse.

§. I.

Razon del método.

Hasta de ahora hemos considerado las personas que por título *universal* suceden al testador en sus bienes y le representan en sus derechos y obligaciones, ora sean llamadas en primer término á la sucesion, á las cuales damos el nombre de *herederos*, ora lo sean en segundo ó ulterior lugar, las cuales son conocidas con el nombre de *sustitutos*.

Mas como, fuera de las personas que suceden á los testadores por título *universal* ó de *herencia*, es permitido á estos dejar por un título *singular* cierta porcion de bienes, ó en favor de uno ó mas descendientes que mas lo merezcan por sus servicios y afecto, ó en favor de estraños ó para un objeto piadoso, el orden pide que entremos en el exámen de las leyes que se refieren á esta sucesion parcial, la cual puede verificarse ó por título de *mejora*, en cuyo caso llamaremos *mejorados* á los sugetos agraciados en ella, ó por título de *legado* ó de *donacion mortis causa*, y entonces daremos los nombres de *legatarios* y de *donatarios* á las personas ú objetos en cuyo favor se hubieren hecho estas disposiciones.

Comprendiendo, pues, la sucesion por título *singular* las

mejoras, los legados y las donaciones por causa de muerte, hablaremos con separacion de cada uno de estos títulos, empezando por el de las *mejoras* en esta leccion, en la que, despues de dar su definicion y de hacer algunas observaciones acerca de su origen y utilidad, haremos ver, aunque en términos generales, cuáles son las disposiciones del derecho sobre los diversos puntos en que hemos dividido esta materia.

§. II.

Origen y naturaleza de las mejoras.

Las mejoras fueron instituidas por el rey Chindasvindo, segun consta por la ley 1.^a, tit. v, lib. iv del Fuero Juzgo.

Dió lugar á esta institucion la necesidad de corregir el abuso que hacian los padres de la facultad de disponer libremente de sus bienes, que una ley antigua les concedia, y para conseguirlo ordenó este rey que en lo sucesivo solo pudiera el padre disponer á su arbitrio del quinto de sus bienes, quedando por lo mismo reservadas á sus hijos ó descendientes las otras cuatro quintas partes, aunque con la facultad de poder dejar á favor de algunos de ellos hasta lo que importare el tercio, ora dispusiere ó no del quinto.

Siendo, pues, la quinta parte de los bienes del padre de libre disposicion, y pudiendo este además disponer del tercio entre sus hijos ó descendientes, resulta que, si realmente dispone de estas porciones en favor de alguno de sus hijos ó nietos, como estos ó sus padres perciben por otra parte lo que les corresponde de su legitima, aquel en cuyo favor hubiere dispuesto será de mejor condicion que los demás coherederos suyos, por haber recibido mayor porcion que la que por ley le pertenece.

Esta mayor porcion, pues, que los padres y demás ascendientes dejan á alguno ó á algunos de entre sus hijos ó descendientes además de su legitima, se llamará con razon *mejora* (1); y con ello queda demostrado cuál sea el origen y la naturaleza de las mejoras. Veamos las leyes y comentadores á que hemos de consultar para conocer sus efectos.

(1) Art. 654.

Establecidas ya las *mejoras*, que aunque quedó interrumpido su uso á consecuencia de la legislacion municipal que las proscribía, volvieron luego á restablecerse con la publicacion del Fuero Real, segun aparece de la ley 10, tit. v, lib. iii de este Código, la cual confirmó en todas sus partes lo que la ley citada del Fuero Juzgo habia establecido.

Las Partidas se separaron de esta legislacion con el hecho de haber adoptado lo que las leyes romanas disponian sobre la legitima de los hijos, segun consta de la ley 17, tit. 1, Partida 6.^a: pero, como esta doctrina no llegó á tener efecto ni antes ni despues de la publicacion oficial de este Código, continuó el uso de las *mejoras* en los términos propuestos por los citados Fueros.

Sobre ellas dieron reglas las leyes 213 y 214 del Estilo; las cuales, ampliadas por las leyes de Toro, forman la jurisprudencia que ha de seguirse en este ramo de legislacion. Unas y otras se hallan recopiladas en el tit. vi, lib. x, Novis. Recop., pero al mismo tiempo no debemos perder de vista lo que algunos sábios jurisconsultos, y especialmente D. Sancho de Llamas, nos han dejado escrito en materia de *mejoras*, cuya utilidad examinaremos en el párrafo siguiente.

§. III.

Utilidad de las mejoras.

Para demostrar la utilidad de las *mejoras*, bastará atender á los motivos que tuvieron presente los legisladores para establecerlas.

Uno de ellos fué el de revestir á los padres de familias de medios suficientes para premiar servicios, cuidados y hasta el mayor afecto de alguno de sus hijos, y castigar de un modo indirecto las ingraticudes ó tibieza de los otros. Pudiera decirse que este mismo resultado puede conseguirse con la facultad de desheredar que tienen los padres: pero como esta no puede ejercerse sino cuando ocurran las justas causas que señala el derecho, y hay defectos que, aunque no son justa causa de desheredacion, no por ello son menos dignos de castigo, de aquí la ventaja que llevan siempre las *mejoras* para que se consigan dichos objetos.

El otro motivo fué equilibrar en lo posible la suerte de los hijos; pues sucediendo con frecuencia no ser iguales las condiciones naturales de todos ellos, y necesitando unos de mayores ausilios que los otros para atender á su subsistencia, era muy conveniente que tuvieran los padres á su disposicion este medio para poder igualar entre sí á los que, por un defecto de naturaleza, ó por desgracias involuntarias, ó por su menor edad y condicion de su sexo, se hallan espuestos á mayores necesidades.

A pesar de estas razones, prefieren algunos escritores mas bien el sistema de *igualdad* entre los hijos que adoptó la legislacion municipal, que el sistema de las *mejoras* adoptado en la legislacion vigente, fundándose para ello en que, además de no atender siempre los padres á los motivos que tuvo presente la ley al concederles la facultad de mejorar, y de ser las mas veces la *mejora* efecto de su capricho y vanidad, suele producir esta institucion discordias y disensiones entre los hijos, no solo por la disminucion de sus legítimas en una parte muy considerable, sino tambien por la ofensa que reciben, dándose lugar á que se interprete siniestramente á las veces la prelación de un hijo sobre los demás.

Nosotros, sin embargo, sin desconocer la fuerza de las anteriores observaciones, tenemos por mas ventajoso el sistema de las *mejoras*, y como tal, no podemos menos de defenderlo; si bien juzgamos necesario que se proceda á la reforma de la actual legislacion, modificando por lo menos la facultad que hoy dia tienen los padres de disponer por este título del tercio y quinto de sus bienes, como lo ha ensayado ya el nuevo Código, segun puede verse en la sec. 2.^a, cap. vi del tit. 1, lib. III del proyecto.

De este modo desapareceria el único inconveniente que, á nuestro parecer, tiene contra sí esta institucion, y se harian mas patentes las ventajas que lleva consigo, tanto en utilidad de las personas que conceden las *mejoras*, como en la de aquellas á cuyo favor se dejan.

§. IV.

Que personas pueden, y a quienes puede mejorarse.

Manifestados los fundamentos que tuvo presente el legislador para instituir las *mejoras*, se deja comprender fácilmente que personas pueden mejorar, y aquellas á quienes pueden hacerse las mejoras.

Para que con claridad puedan constar unas y otras las presentaremos por el orden siguiente: 1.^o, las que pueden y aquellas sobre quienes ha de recaer la *mejora*: 2.^o, las que no pueden mejorar: 3.^o, las que deben.

Personas que pueden mejorar y á quienes.

La facultad de mejorar, supuesta en el sugeto la capacidad de testar y la libre administracion de los bienes, segun que se ejerza aquella en el acto del testamento ó en un contrato, compete tanto al padre como á la madre, como igualmente á los abuelos y cualesquiera otros ascendientes (1). A estas personas se refieren únicamente las leyes del tit. vi, lib. x, Novísima Recopilacion, y en ellas es en las que puede verificarse el primero de los objetos que, segun se ha dicho, tuvo presente el legislador al establecer las *mejoras*.

Mas, aunque en términos generales sea esta la doctrina de las leyes, en su aplicacion se presentan á las veces algunas dudas que se hace preciso aclarar, para lo cual servirán las reglas siguientes:

1.^a El padre, como tal, solo puede mejorar á sus hijos *legítimos*: la madre no solo á estos, sino tambien á los *naturales* y demás *ilegítimos* que tengan derecho á heredarle, segun el orden de preferencia de nacimiento, como se indicó ya al determinar quienes son *herederos forzosos*.

2.^a Los abuelos pueden mejorar en los mismos términos á sus nietos, aunque vivan sus hijos, así como en calidad de padres podrán mejorar á sus hijos prescindiendo de los nietos, ó á estos juntamente con los primeros. Ley 2.^a, tit. vi, lib. x, Novis. Recop.

(1) Art. 654.

3.º Como la *mejora* puede entenderse, ó por la prelación de una ó mas personas sobre las otras, ó por la porcion que uno recibe además de su legitima, el testador que solo tuviere un hijo ó solo un nieta sin ningun otro descendiente, no puede mejorarle en el tercio de sus bienes, por no haber lugar entonces á prelación alguna y suceder en él *forzosamente*. Sin embargo, podrá mejorarle en el quinto, porque recibe con él una porcion además de su legitima.

Lo dicho de los hijos debe entenderse tambien de las hijas en cuanto á las *mejoras* hechas en el testamento; pero no en cuanto á las hechas por contrato, por estar prohibido que puedan estas ser mejoradas tácita ni espresamente por contrato entre vivos. Ley 6.ª, tit. III, lib. X, Novis. Recop.

Personas que no pueden mejorar.

No pueden mejorar las personas siguientes:

1.º Los que no tienen capacidad para testar ó celebrar contrato, segun sea el acto en que haya de hacerse la *mejora*.

2.º Los descendientes á los ascendientes, por faltar en aquellos los motivos que tuvo presente el legislador al conceder la facultad de mejorar, ni existir ley alguna que se refiera á *mejoras* hechas por los descendientes. En el caso que estos dejaren á alguno de los ascendientes el tercio de que pueden disponer á su arbitrio, aunque en un sentido lato se entienda mejorado el ascendiente, no parece que deba regir en cuanto á esta porcion lo que las leyes establecen acerca de las *mejoras*.

3.º Tampoco puede mejorar la madre sin licencia del marido, si la *mejora* hubiera de constar por contrato, ó aun si, siendo efecto de una *donacion por causa de muerte*, se hubieran de entregar en el acto al mejorado los bienes en que ha de pagarse la *mejora*. La razon es porque en el primer caso existe la ley 11, tit. I, lib. X, Novis. Recop., que prohibe en general á la mujer casada celebrar contratos sin licencia del marido, y en el segundo, porque la mujer no puede privar al marido del usufructo que le corresponde aun en los bienes propios de ella.

4.º Finalmente, tampoco pueden los padres prometer ni hacer *mejoras* á sus hijas por ninguna manera de contrato en-

tre vivos, ni por via de dote ni casamiento, segun dispone la ley 6.^a, tít. III, lib. X, Novis. Recop., cuya prohibicion nos parece que haya de estenderse tambien á los abuelos con respecto á las nietas, atendida la generalidad de las palabras de la ley citada de que *ninguno puede dar ni prometer*, etc.

A estos cuatro casos añaden algunos el no poderse hacer á la hija la promesa *de no mejorar* á sus hermanos, por parecerles que con dicha promesa mejora ella su condicion. Nosotros, sin embargo, atendiendo á que realmente no recibe la hija en este caso mayor cantidad que los hermanos, opinamos que puede hacerse á ella la promesa *de no mejorar*.

Personas que deben mejorar.

Están obligados á mejorar los padres á sus hijos varones cuando medió promesa *de mejorar*, siempre que en esta *mejora* concurren los requisitos que exigen las leyes: del mismo modo que deberán tambien guardarse los que estas prescriben para que sea válida la promesa *de no mejorar*, de cuya materia nos ocuparemos en el párrafo siguiente.

§. V.

Requisitos para que valgan las promesas de mejorar y de no mejorar.

Como la obligacion que en algunos casos contraen los padres de haber de mejorar ó no á sus hijos dimana, segun se ha dicho, de la oferta que se hubiera hecho á ellos en uno ú otro sentido, se hace preciso saber las circunstancias que deben acompañar á este acto para que pueda producir dicha obligacion. Estas circunstancias se hallan contenidas en la ley 6.^a, tít. VI, lib. X, Novis. Recop., la cual dispone que si las promesas fueren *de mejorar* han de hacerse por razon de *casamiento* ú *otra causa onerosa*, y que las *de no mejorar* han de constar por *escritura pública*.

Algunos autores son de parecer que en ambas promesas deben concurrir los dos requisitos, afirmando que el sentido y la forma en que está redactada dicha ley así lo persuaden.

Nosotros, sin embargo, creemos que solo la *escritura pública* debe considerarse como requisito necesario en las dos clases de promesas, fundándonos para ello en la misma ley, la

después de espresar la necesidad de este instrumento en las promesas *de no mejorar*, continúa diciendo: *Y asimismo mandamos que si prometió el padre... mejorar*, etc.: cuyas palabras *asimismo* indican que ha de guardarse en la promesa de que á continuación habla la ley el mismo requisito de la *escritura* que acaba de espresar.

Pero, si este es nuestro modo de pensar con respecto á dicho requisito, no sucede lo mismo en cuanto á haber de exigirse tambien en las promesas *de no mejorar* el que hayan de hacerse por una *causa onerosa*; ora porque este requisito es una especialidad de la promesa *de mejorar*, como lo indica el haber hablado la ley separadamente de una y otra promesa, ora tambien porque de otro modo no podia hacerse la promesa *de no mejorar* por un acto de sola liberalidad del padre, lo cual seria un absurdo.

Prescindiendo de esta observacion, hechas ambas promesas con los requisitos espresados, quedan obligados los padres á su cumplimiento: de modo que si habiendo hecho promesa *de mejorar*, no la cumplieren durante su vida, se considerará á su muerte como si la hubieren hecho, así como habiendo prometido á algun hijo *no mejorar* á los demás; si despues la hicieren no valdrá dicha *mejora* (1), y quedan obligados al resarcimiento de los daños y perjuicios, que es el efecto que producen las obligaciones *de no hacer* en caso que se falte á ellas.

A pesar de ser esta la doctrina de la citada ley, hay casos en que, no obstante la promesa *de no mejorar*, pueden hacer alguna *mejora*, y casos en que quedan libres del cumplimiento de ambas promesas.

Casos en que puede mejorarse, no obstante la promesa de no mejorar.

Dos son los casos en que, no obstante la promesa *de no mejorar*, puede hacerse una *mejora*:

1.º Si el padre prometió *no mejorar* á los demás hijos en beneficio solo de aquel á quien hizo la promesa; pues entonces, deduciendo este su parte íntegra de su legitima, puede todavía de la porcion que resta mejorarse á los demás. Otra cosa seria

(1) Art. 658.

si la promesa se hizo en beneficio de todos, porque su objeto en tal caso es que todos hereden por iguales partes.

2.º Si se hiciese la *mejora* al mismo á quien se hizo la promesa de *no mejorar*, porque la obligacion del padre con esta promesa es solamente de *no mejorar* á los demás hermanos.

Casos en que se libran los padres del cumplimiento de ambas promesas.

Tambien son dos los casos en que los padres quedan libres de esta obligacion:

1.º Cuando aquel á cuyo favor se hizo la remite ó consiente que su padre ó madre mejoren al hijo que quieren.

2.º Cuando el mismo á quien se prometió *mejorar* ó *de no mejorar* á los demás, murió sin descendientes antes que el que hizo la promesa; pero si murió dejando hijos ó descendientes ha de cumplirse en ellos lo que se ofreció á sus padres, por razon de sucederles en todos sus derechos: de modo que se abstendrá de *mejorar* si la promesa fué de *no mejorar*, y cumplirán en los nietos la promesa de *mejorar*, dividiendo la *mejora* entre todos por partes iguales.

Finalmente, debemos advertir que aunque el padre ó madre prometan por causa onerosa *no mejorar* á sus hijos ni descendientes en el tercio ni en el quinto de sus bienes, esto no impide que puedan disponer del *quinto* del modo que les pareciere, porque el objeto de esta promesa es que en la legítima rigurosa haya igualdad; y como esto se consigue no mejorando en el tercio, resulta que el quinto quedará siempre de libre disposicion: de otro modo seria casi inútil en este caso la facultad de testar.

Tales son las doctrinas mas generales acerca de las promesas de *mejorar* y de *no mejorar*. Si, no obstante lo manifestado, ocurrieran algunas dudas sobre ellas, deberá estarse á lo que constare del contrato celebrado con este objeto, que es el único título de prueba en esta clase de obligaciones; muy al contrario de lo que sucede en cuanto al acto de la *mejora*, la cual puede hacerse de varios modos, como lo haremos ver en el párrafo siguiente.

§. VI.

Cómo pueden hacerse las mejoras.

Las mejoras pueden constituirse en *testamento*, en *codicilo* y en *contrato*; y unas y otras pueden hacerse de los modos siguientes:

- 1.º Espresa ó tácitamente.
- 2.º Puramente ó acompañando á ella alguna condicion ó gravámen.
- 3.º Con señalamiento de una cosa en que consista la mejora sin designar la cuota, ó con designacion de cuota sin señalar la cosa, ó determinando la cuota señalando la cosa para su pago.

Se hacen *espresamente* cuando el mejorante clara y terminantemente manifiesta la voluntad de mejorar, usando para ello de la palabra *mejoro*, ú otra equivalente; y *tácitamente*, cuando de algun hecho se deduce la voluntad de mejorar, como haciendo el padre ó la madre alguna donacion á favor de algun hijo sin otro móvil que su afecto, pues en tal caso se entiende que lo mejora, segun así lo declara la ley 10, tit. vi, lib. x, Novis. Recop.

Sin embargo, como hay casos en que, á pesar de mediar una donacion, no debe considerarse esta como mejora, segun se deduce de la ley 5.ª, tit. iii, lib. x, Novis. Recop., será preciso para determinarlos que se tengan presente las siguientes reglas:

- 1.ª Atender á si los donantes, al hacer la donacion, espresaron ó no que lo que daban á los hijos era á cuenta de su legitima.
- 2.ª Ver si las donaciones tienen ó no alguna causa que las haya motivado, como, por ejemplo, el matrimonio que celebren los hijos, el librar á uno de ellos de la suerte de soldado, y otras semejantes.

Bajo este supuesto, serán mejoras las donaciones en que ni los donantes espresan que las hacen á cuenta de la legitima, ni son por causa de matrimonio ú otra cualquiera: si lo espresaren ó señalaren las causas por que las hacen, no serán propriamente mejoras.

Las donaciones hechas del primer modo las designan los prácticos con los nombres de donaciones *simples*; y como que son unas verdaderas *mejoras*, se gobernarán en un todo por las reglas por que se rigen estas: de modo que se imputarán al que se hicieron; primero en el *tercio*; si algo escede de este, en el *quinto*, y si todavía sobrase, entrará lo restante á formar la *legítima*. Ley 10, tit. vi, lib. x, Novísima Recopilación.

La otra clase de donaciones mencionadas se llaman *donaciones por causa*; y como estas no son propiamente *mejoras* sino solo en lo que escudieren de la *legítima*, ya no pueden seguirse las mismas reglas que en las anteriores, sino que se imputarán primero en *legítima*, y si algo sobrare se aplicará al *tercio* y *quinto* de los bienes, teniéndose como inoficioso en lo demás que escudieren. Ley 5.^a, tit. iii, lib. x, Novísima Recopilación.

Además se dejan *puramente* las *mejoras* cuando no acompaña á ellas ninguna circunstancia que las modifique; y con *condicion* ó *gravámen* cuando á ellas acompaña cierta circunstancia que haya de cumplir el mejorado. Cuáles sean estas circunstancias, lo dejamos sentado en el párrafo IX de la lección 13, en el que, despues de manifestar que á la *legítima* de los hijos no puede imponerse ningun gravámen, añadimos que, si se deja alguna otra porcion además de la que le corresponde por ella, puedan ponerse en el esceso condiciones honestas, que deberán cumplirse por el mejorado. Ley 11, tit. iv, Partida 6.^a

Antiguamente, segun la ley 11, tit. vi, lib. x, Novísima Recopilación, era permitido á los mejorantes poner en el *tercio* cualquier gravámen, así de restitucion como de fideicomiso, y hacer además los vínculos, sumisiones y sustituciones que quisieren, siempre que guardaren el orden de llamamientos que dicha ley espresa: pero esta facultad, que ya se limitó por la ley 12, tit. xvii, lib. x, Novis. Recop., en el día se halla del todo derogada en cuanto á lo relativo á fundaciones de mayorazgos y fideicomisos, segun consta del art. 14 de la ley de 27 de Setiembre de 1820: permitiéndose únicamente imponer gravámenes que no sean perpétuos, como, por ejemplo, dejar la *mejora* á alguno en *usufructo*, y mandar que despues de su muerte pase, tanto este como la propiedad, á otro cual-

quiera aun de entre los estraños, si la *mejora* fuere del *quinto*, ó solo de entre los descendientes si fuere del *tercio*.

Finalmente, los otros modos de hacerse la *mejora*, como son, señalando la cosa en que ha de entregarse, ó solo designando una cuota, ó esta al mismo tiempo que la cosa, aunque pueden fácilmente comprenderse, se esplicarán en el párrafo siguiente, en que se tratará de la cantidad que puede darse por título de *mejora*.

§. VII.

Cantidad que puede dejarse á título de *mejora*, y bienes en que ha de pagarse.

La *mejora*, ora sea *expresa* ó *tácita*, ora se constituya por *contrato* ó por *última voluntad*, no puede esceder del *tercio* y *quinto* de los bienes del mejorante, segun lo prevenido en la ley 10, tit. vi, lib. x, Novís. Recop.; advirtiendo que no es necesario que haya de disponerse á la vez de toda esta cantidad en uno ú en otro acto, sino que podrá dejarse una parte de ella en *contrato* y la otra en *testamento*, con tal que la parte de que primeramente se hubiere dispuesto se tome en cuenta para completar despues en el otro acto lo que permite la ley que pueda dejarse á título de *mejora*.

Como consecuencia de esta doctrina, diremos que si un padre, teniendo hijos, hubiere hecho donacion en vida hasta en la quinta parte de sus bienes, no puede dejar ya otra quinta parte en su muerte y además el *tercio*, porque entonces se escederia de la parte que las leyes le permiten disponer por este título, que es como ha de entenderse la ley 8.^a, tit. xx, lib. x, Novís. Recop., que prohíbe al padre y á la madre dejar á sus hijos ó descendientes mas de un quinto de sus bienes en vida y en muerte.

Esta cantidad que fija la ley como la mayor de lo que se quiera dejar por título de *mejora*, puede señalarse, ó en términos absolutos sin designar los bienes en que ha de entregarse, ó designando una cosa cierta y determinada en que consista la *mejora*. Ley 3.^a, tit. vi, lib. x, Novís. Recop.

Quando se deja sin designacion de bienes, los modos cómo suele espresarse son los siguientes:

- 1.º Mejoro á mi hijo Pedro en el *tercio*.

- 2.º *Le mejoro en el quinto.*
 3.º *En el tercio y quinto.*
 4.º Diciendo simplemente: *Le mejoro.*

En los tres primeros casos, como es manifiesta la cantidad de la mejora, se estará á lo que en ellos se espresa, y se separará del caudal hereditario lo que importan las respectivas porciones. En el cuarto, nos parece que ha de bajarse lo que importare el *tercio* y *quinto*, en razón á que constando por esta cláusula de la voluntad de mejorar en términos absolutos, parece que haya de estenderse á todo lo que permite la ley, segun el axioma aquel de que lo *favorable en caso de duda debe ampliarse.*

Si la mejora consiste en cosa determinada, los modos cómo suele dejarse son los siguientes:

1.º Designando la finca sin espresar la cuota, como si se dijese: *Mejoro á mi hijo Pedro en tal campo.*

2.º Señalando la cuota y espresando al mismo tiempo la finca en que ha de pagarse, como: *Mejoro á mi hijo Pedro en el tercio, ó en el quinto, ó en ambas cuotas, y se le dará en pago tal heredad.*

3.º Determinando la finca con espresion de la cuota por la que deba computarse, como: *Mejoro á mi hijo Pedro en tal casa, por razon de tercio ó de quinto, ó de ambas cuotas.*

En el primer caso, si la finca cubriere ambas cuotas, se entenderá mejorado en el *tercio* y *quinto*, y no cubriéndolas, solo le será hasta donde alcancen las dos porciones.

En el segundo caso, como la cantidad es la que constituye la *mejora*, si la finca señalada no completa las cuotas que se espresen, deberá suplirse lo que falte de los demás bienes de la herencia.

En el tercero, siendo la finca la que constituye la *mejora*, servirá ella hasta donde alcance el importe de la cuota señalada; de modo que, si escediere, debe restituirse á la herencia, y si faltare, no puede suplirse de los otros bienes.

Solo nos falta advertir que en todos los casos en que se designe alguna finca para pago de la *mejora*, su señalamiento pertenece al mejorante, *sin que pueda cometer á otra persona alguna esta facultad*, como espresa la ley 3.ª, tit. vi, lib. x, Novísima Recopilacion; no pudiendo ni aun admitirse la opi-

nion del Sr. Sala y otros, que afirman que no está incluido en esta prohibicion el mejorado, porque las palabras de la ley citada escluyen toda escepcion, como mas determinadamente lo declara el nuevo Código (1).

Fuera de los casos en que consista la mejora en cosa determinada, sobre los cuales nos parece haber dicho lo suficiente para saber cómo ha de verificarse su pago, en los demás, en los que el mejorante no hubiese señalado los bienes en que ha de pagarse, deberá satisfacerse en la parte de hacienda que el testador hubiere dejado, segun dispone la ley 4.^a, tit. vi, libro x, Novis. Recop., salvo si esta hacienda fuere de tal calidad que no pudiera dividirse cómodamente; que entonces, como previene la misma ley, podrán los herederos dar al mejorado ó mejorados el valor de la mejora en dinero (2), regulándose dicho valor por el que tuvieren los bienes del mejorante al tiempo de su muerte, como se hará ver en el párrafo siguiente.

§. VIII.

Tiempo á que ha de atenderse para regular las mejoras, y bienes de donde han de sacarse.

Para la deduccion y computacion de las mejoras hechas por contrato ó por última voluntad, ha de atenderse al valor que tuvieren los bienes del mejorante al tiempo de su muerte, y no al tiempo en que se hizo la mejora. Ley 7.^a, tit. vi, lib. x, Novísima Recopilacion.

Mas aunque no puede dudarse del tiempo á que ha de atenderse para computar el valor de las mejoras, por haberlo declarado terminantemente la citada ley, los autores no están conformes en cuanto al modo de calcularse este valor, queriendo unos que se verifique esta operacion despues de acólados ó agregados al haber liquido del mejorante los bienes que los hijos recibieron en vida á cuenta de su legitima, cuando otros pretenden que ha de calcularse por el valor que tenga dicho haber, hecha abstraccion de lo que los hijos hubieren recibido en vida de sus padres, ó sea antes de acólarse ó acumularse al caudal hereditario los bienes referidos.

(1) Arts. 661 y 662. (2) Art. 664.

Unos y otros autores tienen en su apoyo razones no despreciables que pueden verse en los comentarios de D. Sancho de Llamas á la ley 25 de Toro: pero á nosotros nos parece mas fundada la opinion de estos últimos, y para demostrarlo no hay mas que fijar la consideracion en la ley 9.^a, tit. vi, libro x, Novisima Recopilacion.

En efecto, en ella se dispone que el *tercio ó quinto* que por título de *mejora* dejase el testador no se saque de las *dotes y donaciones PROPTER NUPTIAS*, ni de otras *donaciones* que los hijos trajeren á colacion; y como de regularse el valor de las *mejoras* despues de verificarse esta agregacion resultaria el sacarse ellas de los referidos bienes, lo cual se halla prohibido por la mencionada ley, inferimos con razon que, para la deducccion de las *mejoras*, no deben acolarse antes las *dotes* y demás donaciones espresadas, sino que se hará la computacion de aquellas por lo que valgan los bienes que al tiempo de la muerte tuviere el testador.

El único argumento que mas esfuerzan los contrarios para sostener su opinion se funda en suponer que las *dotes y donaciones PROPTER NUPTIAS* deben tambien considerarse como *bienes del testador* por haberse de imputar á los hijos en la division de la herencia; pero como, á pesar de la imputacion, los bienes sobre que recae esta pasaron á poder de los hijos, dejando de formar el patrimonio de los padres desde que se entregaron, y la ley 7.^a del título y libro citados establece que para la computacion de las *mejoras* ha de atenderse al valor de los bienes que formen el patrimonio de los mejorantes al tiempo de su muerte, debemos decir que, aun cuando en la division de la herencia se hayan de tomar en cuenta dichos bienes, no por ello se deduce que despues de acolados estos al caudal hereditario hayan de sacarse las *mejoras*.

Hemos presentado los dos argumentos mas principales en favor de una y otra opinion y nuestro juicio acerca de ellos, absteniéndonos de entrar en otras observaciones, porque los estrechos límites de unos elementos no nos lo permiten.

Solo diremos por conclusion que la opinion que sostenemos, además de impedir que se aumenten los perjuicios que producen las *mejoras*, segun la actual legislacion, es la que generalmente se sigue en la práctica, la cual, no teniendo ninguna

razon convincente para separarnos de ella, nos servirá de norma para dar una idea del modo cómo haya de procederse á la particion de una herencia cuando hubiere mejoras, sin olvidar al mismo tiempo los antecedentes que quedan sentados en esta leccion para comprender su naturaleza.

Entre estos antecedentes no debe perderse de vista aquel que se refiere á determinar la clase de *mejora* que ha de sacarse primeramente cuando se hubiera dispuesto por este título del tercio y quinto de los bienes.

§. IX.

Clase de mejora que ha de sacarse primero cuando se deja el tercio y quinto de los bienes.

Dejándose el *tercio* y *quinto* á favor de dos ó mas personas, debe deducirse el *quinto* antes que el *tercio*, aunque en la cláusula en que se espresan estas dos *mejoras* se nombre primeramente el *tercio*, como generalmente se observa.

Asi lo dispone la ley 214 del Estilo, aclarando la 10.^a, título v, lib. III del Fuero Real, cuya disposicion sin duda está fundada en que, siendo el *quinto* la única parte de la herencia de que puede disponer libremente un ascendiente, ha creido el legislador que debia dársele la mayor estension posible, á fin de que tuviera el testador con que gratificar los servicios y afectos de las personas á quienes quedara obligado, ó ejercer las obras de piedad que mas de su agrado luesen, tanto en sufragio de su alma, como en favor de la Iglesia ó de cualquier establecimiento de caridad.

A pesar de ser esta la doctrina y el objeto de la citada ley, hay casos en que deberá observarse el orden inverso, los cuales son los siguientes:

1.º Si el mejorante mandare que se dedujese el *tercio* antes que el *quinto*.

2.º Cuando en contrato irrevocable ó por causa onerosa, como por razon de casamiento, hizo el testador la *mejora* del *tercio* con entrega de bienes á favor de un hijo ó nieto, y apareciese luego que en su última disposicion, ora anterior ó posterior al contrato, hubiere hecho la *mejora* del *quinto* á favor de otro hijo ó extraño ó de cualquier otro objeto.

3.º Cuando se pactó entre los interesados que la donación que llevaba consigo la *mejora* del *tercio* surtiese su efecto antes de la muerte del donante.

En todos estos casos se sacará el *tercio* antes que el *quinto*. En el 1.º, porque siendo la preferencia que se dá al *quinto* de bajarse antes que el *tercio* un privilegio á favor del testador, queda á su arbitrio el hacer uso ó no de esta gracia; y en el 2.º y 3.º, porque mucho antes que el legatario ó mejorado en el *quinto* adquiriese algun derecho sobre él, ya tenía el mejorado en el *tercio* un derecho á su importe en todos los bienes del mejorante; y como de sacarse primero el *quinto* se privaría de este derecho al mejorado en el *tercio*, resulta demostrado que este debe sacarse antes que el *quinto* en los dos últimos casos.

Con lo dicho hasta aquí solo nos consta del modo cómo ha de computarse el valor material de las mejoras. Falta saber si el tanto que corresponde por ellas pasa íntegro al mejorado, ó se han de hacer en él algunas deducciones, lo cual se podrá comprender fácilmente determinando los efectos que producen las mejoras.

§. X.

Efectos que producen las mejoras.

Los efectos de las mejoras se refieren unos á los derechos del mejorado, y otros á sus obligaciones.

Derechos de los mejorados.

A tres pueden reducirse los derechos que producen las mejoras.

1.º Percibir la *mejora* en los bienes señalados, si al hacerla el padre designó las cosas en que hubiera de pagarse. A falta de este señalamiento, tienen derecho á entregarse de ella en parte de la herencia, sin que puedan los coherederos satisfacerla en dinero, á no ser que las cosas no tuvieren cómoda division, segun se dijo al final del párrafo VII.

2.º Poder aceptar la *mejora* y renunciar la herencia pero con la obligacion de satisfacer á prorata de lo que importe la *mejora* las deudas manifiestas del difunto, ó que resultan ya

al tiempo de la particion; y afianzar por las que despues se descubrieren, ora consista la mejora en cosa cierta, ora en incierta, segun dispone la ley 5.^a, tit. vi, lib. x, Novisima Recopilacion, y admite el nuevo Código en la hecha entre vivos, aunque no en la que se deja en testamento (1).

3.^o Hacer suyos los frutos de los bienes en que consistió la mejora, ó desde la muerte del testador, si designó este las fincas en que hubiere de pagarse la mejora, ó no habiéndolas designado desde que se le hizo la adjudicacion.

Obligaciones de los mejorados.

Sus obligaciones son las siguientes:

1.^a Cumplir las condiciones y cargas con que el testador gravó á los mejorados, siempre que sean de la clase de las que espusimos en el párrafo VI.

2.^a No habiéndose designado ninguna carga especial, está obligado el mejorado en el quinto, por regla general, á pagar los gastos del entierro y las mandas que hubiere dejado el testador en cuanto alcanzare el importe de la espresada mejora: no pudiéndose abonar del cuerpo de la hacienda si se hubiere dispuesto del quinto, aunque el testador mande lo contrario. Ley 9.^a, tit. xx, lib. x, Novis. Recop.

3.^a Si el mejorado en el tercio lo fué con el cargo de pagar los gastos del entierro y legados, deberá él satisfacer estas cargas hasta en la cantidad que importare el quinto, ora haya dispuesto ó no el testador de esta última cuota. Mas si sin disponer del quinto hubiese mejorado en el tercio á uno de sus hijos ó descendientes, y no le hubiera impuesto dicho gravámen, entonces se pagarán del cuerpo de la hacienda los gastos del entierro y legados en cuanto no escedan del quinto, lo cual verificado, se sacará el tercio para el mejorado, quedando lo restante para las legítimas.

Todos estos efectos cesan en caso de anularse la mejora ó de haberse ella revocado, y por lo mismo se hace necesario espresar los casos en que tiene esto lugar.

(1) Art. 665.

§. XI.

Casos en que se anula la mejora, y cuando puede ó no revocarse.

Los casos en que se anula la *mejora* son todos aquellos en los cuales se declara nulo el acto en que se hubieran dejado. Así, pues, si se hubieren dejado en testamento, se anularán estas si se declarase nulo el testamento por defecto de las solemnidades necesarias para su validez, ó por ser inhábil la persona que lo otorgó: mas si únicamente se rompiere ó anulare el testamento por causa de pretericion ó de exheredación injusta, quedan subsistentes las *mejoras*, como dispone la ley 8.^a, tit. vi, lib. x, Novis. Recop.

Las hechas en contrato serán igualmente nulas cuando se declarase la nulidad de este acto, así como también lo serán las promesas de mejorar ó de no mejorar, si en ellas no concurren los requisitos espresados en el párrafo V.

Fuera de estos casos, valdrán las *mejoras* mientras no conste *expresa ó tácitamente* que se hayan revocado, no estándolo prohibido.

Esta facultad la tienen todos los mejorantes hasta su muerte, tanto en cuanto á las *mejoras* dejadas en testamento, como en las que constan en un contrato, según dispone la ley 1.^a, tit. vi, lib. x, Novis. Recop. En las primeras, por ser revocable de por sí toda última disposición, y en las segundas, porque no produciendo generalmente su efecto sino después de la muerte del que las hizo, tienen cierta semejanza con las que se hacen por última voluntad; y en su consecuencia, son también revocables, escepto si la ley lo prohíbe, como sucede en los casos siguientes:

1.^o Cuando el mejorante puso al mejorado ó á su apoderado especial en posesión de las cosas en que consignó la *mejora*.

2.^o Cuando en lugar de la posesión de la cosa, le entrega ante escribano la escritura en que está constituida la *mejora*.

3.^o Cuando esta se hubiese hecho en contrato celebrado por causa onerosa con un tercero interesado en que se constituya la *mejora*, como lo sería, por ejemplo, para realizar un matrimonio ú otro motivo semejante.

Así se halla dispuesto en la ley 1.^a, tít. vi, lib. x, Novísima Recopilación, la cual aunque sólo habla de las *mejoras del tercio*, parece que haya de aplicarse igualmente á las del *quinto*, porque en ambas milita la misma razón: sin embargo, no debemos pasar en silencio que esta irrevocabilidad que la ley atribuye á las *mejoras* en los tres casos espresados, en tanto subsiste, en cuanto el mejorante no se reservó la facultad para revocarla, ó no ocurriere alguna de las causas por las que, según nuestras leyes, pueden revocarse las donaciones perfectas, como concluye la ley 1.^a ya citada.

LECCION DÉCIMA SESTA.

DE LOS LEGADOS Y DONACIONES POR CAUSA DE MUERTE.

Resumen.

§. I. Razon del método.—§. II. Naturaleza de los legados.—§. III. Sus divisiones en general, y observaciones sobre los *forzosos*.—§. IV. Breve idea de los legados que nacen de la cualdad de las cosas que se legan.—§. V. Explicacion de los que se derivan de la forma con que se dejan.—§. VI. Quiénes pueden legar y ser legatarios.—§. VII. Instrumentos en que puede legarse, y modo cómo han de dejarse.—§. VIII. Cosas que son su objeto.—§. IX. Cantidad que puede dejarse por este título, y á quién puede encargarse su entrega.—§. X. Sus efectos y acciones para pedirlos.—§. XI. Modos cómo se estinguen.—§. XII. Naturaleza de las donaciones por *causa de muerte*.—§. XIII. En qué consiste el derecho de *acrecer*.—§. XIV. Requisitos para que tenga lugar y reglas para llevarlo á efecto.

§. I.

Razon del método.

Al regularizar el rey Chindasvindo la facultad de testar, en vista del mal uso que se hacia de ella, segun hemos indicado en la leccion anterior, no solo permitió á los padres que de la porcion legitima, ó que la ley habia reservado para los hijos, pudieran disponer hasta en lo que importare el *tercio* en favor de alguno de sus descendientes, sino que además dejó absolutamente el *quinto* de libre disposicion del testador, á fin de que este pudiera contar siempre con algunos bienes, ó para recompensar á sus fieles sirvientes, ó para dejar una señal de gratitud y afecto á las personas de quienes habia recibido beneficios ó le fueran queridas, ó para ejecutar ciertas obras con que perpetuar su memoria ó satisfacer sus piosas inclinaciones.

Cuando la persona agraciada en la parte que dejó la ley á la libre disposicion del testador fuera alguno de sus descendientes, la porcion que se le deje con este motivo recibe el

nombre de *mejora*; mas si se dejare á alguno de los demás parientes ó estraños, ó se destinare para algunos objetos pios, en tal caso, ó se le designa con el nombre de *legado* ó *manda*, ó toma el nombre de *donacion por causa de muerte*, segun fuere la fórmula de que se valiere el testador para expresar una y otra disposicion.

Bajo este supuesto, habiendo tratado en la leccion anterior de la sucesion de ciertos bienes por titulo de *mejora*, el órden pide que hablemos de la que se verifica por titulo de *legado* ó de *donacion por causa de muerte*, lo cual procuraremos desempeñar en esta leccion, manifestando en ella la naturaleza de estas dos últimas disposiciones, juntamente con lo que las leyes han dispuesto sobre cada una de ellas.

Naturaleza de los legados.

La palabra *legado*, que entre nosotros es lo mismo que *manda*, designaba antiguamente entre los romanos cualquiera disposicion testamentaria, segun aparece de la ley 120 del Digesto de verb. signif., la cual, esplicando el significado de la voz *legare*, de que usa aquella ley de las Doce Tablas: *Pater familias uti LEGASSET*, etc., dice: que bajo estas palabras se halla comprendida la facultad de *instituir heredero, dejar LEGADOS, dar libertad á los esclavos y nombrar tutores.*

Mas con el tiempo, ora sea por interpretacion de los juriconsultos, ora por autoridad del legislador, quedó reducida la palabra *legare* á denotar ciertas especies de donaciones que se hacen en testamento ó en otro acto de última voluntad, cuya significacion es la que generalmente se encuentra usada.

Entendida en este sentido la palabra *legado*, puede tomarse en dos acepciones, á saber: ó por el acto ó disposicion en que se deja una cosa, ó por la misma cosa que se deja. En la primera acepcion el *legado* no es mas que *una especie de donacion que hace el testador*: en la segunda, es *la cosa particular que este deja á alguno.*

Las leyes de Partidas la toman en la primera acepcion, y de aquí al definir la *manda* ó *legado* en la ley 4.^a, tít. ix, Part. 6.^a, dicen que es: *una manera de donacion que deja*

el testador en su testamento ó en codicillo á alguno, por amor de Dios et de su alma, ó por facer algo á aquel á quien deja la manda.

Nosotros, sin embargo, la tomaremos en la segunda acepcion, puesto que pudiendo á las veces tener un *legado* la consideracion de *mejora*, como en el caso de haberse dejado á un hijo ó descendiente, y habiendo definido la *mejora*, en el sentido de ser *una porcion de bienes que se deja á algun hijo ó descendiente, además de la legitima*, es consiguiente que tambien definamos el *legado* bajo la consideracion de la cosa legada, y como tal diremos que es: *una porcion de bienes que el testador separa de la masa hereditaria para que se entregue despues de su muerte á la persona que directa ó indirectamente designa, ó para que se invierta en los objetos que hubiere señalado.*

Si la persona á quien se ha de hacer la entrega de los bienes se designase con palabras *directas* se llamará entonces propiamente *legado*: mas si lo fuere con palabras *oblicuas* ó *supplicativas*, como, por ejemplo, encargando al heredero ó á aquel á quien le hubiere legado algo que dé á otro alguna ó algunas cosas singulares, entonces se llamará *fideicomiso singular*; pero sin que por ello deje de considerarse como *legado* esta clase de disposicion, por estar comprendida en nuestras leyes bajo la palabra *manda*, y hallarse igualado con esta en cuanto á sus efectos.

Con lo dicho podremos comprender fácilmente cuál es la naturaleza de los legados en general: mas como al hacer uso el testador de la facultad que le conceden las leyes para disponer de sus bienes por este título, no son siempre de una misma clase los bienes de que dispone, ni es tampoco uno mismo el objeto y fin que le mueve á ejercer con otro esta liberalidad, de aquí la necesidad de reglas y disposiciones para determinar, en los diferentes casos en que se lega una cosa, cuáles son las particularidades propias de cada legado.

Para conocer estas particularidades no hay otro medio mas conducente que dividir por clases los diversos modos de legar que mas frecuentemente ocurren, y dando á cada uno de ellos un nombre particular que le distinga, formar una série de legados en que, con solo enunciarlos, pueda saberse cuanto

haya de observarse en cada uno de los casos en que se hayan dejado.

Cuáles sean las clases en que puedan dividirse los legados, lo haremos ver en el párrafo siguiente.

§. III.

Division general de los legados, y observaciones sobre los llamados FORZOSOS.

Los legados pueden dividirse primeramente en *forzosos* y *voluntarios*. Se llaman **FORZOSOS** los que los testadores *ten- gan obligacion de dejar en sus testamentos para los objetos que expresen las leyes*. De estos, unos pueden ser *generales* ú obligatorios á todos, y otros *locales* en el caso que solo han de obligar á individuos de las respectivas localidades.

Entre los primeros se han conocido varios en España, como por ejemplo, el que habia de dejarse para la redencion de cautivos ó para casar huérfanas, de que habla la ley 7.^a, tit. III, lib. X, Novis. Recop.; el destinado para la conservacion de los Santos Lugares; y últimamente, el que habia de dejarse para socorro de las viudas é hijos de los que murieron en la guerra de la Independencia, segun consta del Real decreto de 16 de Setiembre de 1813, renovado por otro de 25 de este mes de 1825.

Entre los *locales* pueden contarse los que han de dejarse en beneficio de los hospitales y establecimientos de caridad existentes en las respectivas capitales de provincia, como, por ejemplo, el establecido en favor de los hospitales de la corte por Reales órdenes de 11 de Diciembre de 1750 y 17 de Octubre de 1751, y los que en Valencia debian dejarse en favor del Hospital general de esta ciudad, Hospicio de la casa de Misericordia y Colegio de huérfanos de San Vicente.

No obstante los piadosos fines de los legados que hemos mencionado, en el dia puede decirse que han cesado de ser obligatorios, habiendo sido derogado por Real decreto de 23 de Mayo de 1845 el último de la clase de los *generales* que quedaba subsistente, ó sea el constituido en favor de los Santos Lugares, como mas espresamente se halla declarado por Real orden de 22 de Julio de 1855, dada á consulta de la audiencia de Barcelona.

Lo mismo podemos asegurar de los que por privilegios especiales debían dejarse en favor de ciertos establecimientos piadosos de algunas provincias; quedando hoy día reservado á la piedad de los testadores dejar las mandas de esta clase que tengan por conveniente; pero con la obligación en los escribanos públicos y notarios Reales que en su caso hubieran autorizado algun testamento ó codicilo, de haber de expedir, en el tiempo que presija la Real órden de 23 de Marzo de 1845, una copia de las cláusulas que contengan alguna *manda* ó *legado* para dichos establecimientos, ó den su fé negativa de no contener ninguna de estas cláusulas, la cual ha de remitirse al gobernador civil para su conocimiento.

Mas aun cuando en la actualidad hayan cesado los legados que hasta el día tenían el carácter de *forzosos*, no por ello creemos que el legislador quedé privado de establecer los que tenga por justos, en caso de exigirlo alguna necesidad pública, que es el concepto bajo el cual nos ha parecido hacer ante todo esta division.

Los otros legados, llamados *voluntarios*, son aquellos que *dependen enteramente de la voluntad del testador*. Su misma definición indica la dificultad de determinar las diferentes modificaciones de que son susceptibles los legados, y consiguientemente las diversas especies que pueden resultar de la varia voluntad de los testadores; pero en la necesidad de haber de dar una idea, al menos de los mas frecuentes, haremos antes una division general de ellos, que fundaremos en la diferente naturaleza de las cosas que se legan, y en los diversos modos cómo se legan.

De la diferente naturaleza de las cosas que se legan nacen los legados que llamaremos: de *cosa propia*, *ajena* y *empeñada*: los de *género*, *especie* y *cantidad*: los de *crédito*, *liberacion* y *deuda*: los de *dote*, *alimentos* y *vitalicio*; y finalmente, los de *quinto*, *tercio* y el de *usufructo*: así como de los diversos modos cómo pueden dejarse se derivan los llamados *puros* ó *simples*, los *condicionales*, los dejados *para cierto tiempo* y *desde cierto tiempo*, y últimamente, los que se conocen con el nombre de *remuneratorios* ó *por causa*; y los de *modo* y con *demonstracion*.

De cada uno de ellos hablaremos con la brevedad posible,

empezando por los que nacen de la diferente naturaleza de las cosas que se legan.

§. IV.

Breve idea de los legados que nacen de la cualidad de las cosas que se legan.

El primero en el orden de esta clase de legados es el de *cosa propia*, que es *aquel en que las cosas que se dejan son propias del testador*.

Este legado, considerado en sí, no necesita de esplicacion; pero, á las veces, le acompañan ciertas circunstancias que es preciso no perder de vista para comprender su naturaleza.

Así, por ejemplo, si al dejar el testador una cosa suya estuviese acompañada de otra como accesoria de la primera, habrá de tenerse presente que, faltando la principal en vida del testador, no se debe lo accesorio; pero si que se deberá pereciendo lo principal despues de su muerte.

La razon es porque en el primer caso lo accesorio sigue lo principal, y por lo mismo, faltando este, no se debe lo accesorio; y en el segundo, como el legatario ya habia adquirido derecho á la cosa legada, se le debe entregar lo que queda de ella, por aquella regla de que: *Meum est quot ex re mea superest*.

Legado de cosa agena.

Este es: *aquel que recae sobre bienes que no pertenecen al testador sino á un tercero*.

Aunque á primera vista parece que este legado sea contrario al principio de que nadie puede disponer sino de sus bienes, sin embargo, la aclaracion que hace la ley 10, tit. ix, Part. 6.^a, deja á salvo toda sospecha de quererse atentar por él á la propiedad agena, puesto que, segun la esplicacion que dá esta ley, no tiene otro objeto el testador al dejar este legado sino imponer la obligacion al heredero de haber de comprar de su dueño la cosa legada y entregarla al legatario, ó en caso de no querer venderla, ó de pedir por ella un precio escesivo, darle su estimacion á juicio de peritos (1).

(1) Art. 679, párrafo 2.º

Para que valga este legado es necesario: 1.º, que la cosa ajena esté en el comercio de los hombres, porque no estándolo, ni se puede entregar, ni dar su estimacion, en razon de no poderse regular su precio: 2.º, que el testador sepa cuando la lega que no es suya; cuya circunstancia, en caso de duda, incumbe probarla al legatario (1), á no ser que fuera este pariente del testador, porque entonces vale el legado, aun cuando el testador ignorase que era suya la cosa legada, como dispone la ley 10 antes citada.

Legado de cosa empeñada.

Entendemos por este legado *aquel que hace el testador de una cosa suya que ha dado en prenda, ó de una ajena que él ha recibido en calidad de tal para seguridad de una deuda.* Leyes 11 y 16, tit. ix, Part. 6.ª

Para juzgar de la validez y efectos de este legado es preciso atender, en cuanto al primer caso á que se refiere la definicion, á si la cosa legada se hallaba empeñada por todo ó mas de su valor ó por menos que él. Si lo estaba por todo ó mas de su valor, es obligacion del heredero redimir la prenda, ora supiera ó no el testador que estaba empeñada; mas si lo estaba por menos, solo cuando el testador sabia que estaba empeñada deberá redimirla el heredero, pues si lo ignoraba será del legatario esta obligacion, como espresa la ley 11 citada. En el nuevo Código se impone esta carga al heredero sin hacer ninguna distincion (2).

En el segundo caso, valdrá el legado en cuanto á quedar estinguido por él el derecho de prenda (3); pero no valdrá en cuanto á la estincion de la deuda, la cual podrá repetir el heredero, á no ser que conste, ó probase el legatario, que al legarle el testador la prenda le quiso tambien remitir la deuda.

Legado de género.

Por este se entiende *aquel que se hace de cosas indeterminadas, pero comprendidas en algun género ó especie de-*

(1) Art. 679, párrafos 1.º y 3.º

(2) Art. 683.

(3) Art. 688.

terminada; como si el testador deja un *caballo* en general, ó una *casa*, etc., sin designar cuál haya de ser.

En este legado ha de atenderse á si la cosa legada tiene sus límites por la misma naturaleza, como, por ejemplo, si se dejase un *caballo*, ó á si los tiene por el arte, como si fuese una *casa* la que se legare.

En el primer caso, si el testador no tiene mas que un caballo, este será el que ha de entregarse al legatario: si tiene muchos eligirá este uno de ellos: con tal que no sea el mejor; y si no tuviera ninguno, deberá comprar el heredero uno que se repute comunmente bueno y darlo al legatario (1).

En el segundo caso, ó cuando la cosa no tiene sus límites sino por la mano del hombre, como, por ejemplo, una *casa*, si el testador no la designa teniendo varias, deberá dar el heredero una cualquiera al legatario: si no tiene mas de una, esta es la que deberá entregarle; mas si no tuviere ninguna, no vale el legado, y por lo mismo queda libre el heredero de comprarla, como dispone la ley 23, tit. ix, Part. 6.^a.

Con el legado de *género* tiene mucha analogía el de *opcion* ó de *eleccion*, que es *aquel en que el testador dá facultad al legatario para elegir la que quiera de entre varias cosas legadas de una misma especie*.

En este legado hay derecho en el legatario para elegir lo mejor (2), lo que no sucede con el legado de género; pero una vez hecha la eleccion no puede arrepentirse, dejando la cosa elegida para tomar otra, á no ser que hubiere perdido en juicio la primera que eligió.

Si el testador dejó la eleccion al arbitrio de un tercero, y este no la hiciera dentro de un año, podrá despues hacerla el legatario, y si legó alguna de sus cosas á dos personas para que eligiesen la que quisieran, y no se conformara el uno con la eleccion del otro, deben echar suertes, y ha de elegir y haberla aquel á quien le tocara, dando al otro lo que corresponda á juicio de peritos por el mas valor de la cosa elegida.

En todos estos casos, si muriera el legatario sin haber hecho uso de la facultad que le compete en cada uno de ellos, pasa este derecho á sus herederos en los mismos términos que

(1) Art. 691.

(2) Art. 692.

los que hemos espresado con respecto al legatario. Leyes 25 y 26, tit. ix, Part. 6.^a

Legado de especie y de cantidad.

Se entiende por legado de especie *aquel por el cual se deja una cosa determinada, designándola con alguna denominacion particular, ó con las señales que la caracterizan*. Tal sería si uno dijese: *Lego á N. mi caballo blanco, ó la finca de tal parte*; y por legado de cantidad *aquel en que se dejan á uno cosas de cierto género ó especie con designacion de su número, peso ó medida*; como: *Lego á N. seis caballos, diez toneles de vino, treinta pesos*, etc.

Para comprender la naturaleza de uno y otro legado, deben tenerse presente las siguientes reglas:

1.^a En todo legado de cosa hay necesidad de que se designe la especie y su número, peso ó medida, porque sin ello sería nulo é irrisorio el legado; pero no es necesario que se fije siempre la cantidad en el mismo acto de legar, con tal que por un cálculo aproximado pueda determinarse en lo sucesivo.

Así, por ejemplo, cuando uno lega la porcion de vino ó aceite, ó el dinero que anualmente se necesite para la subsistencia de alguno y de su familia, aunque en el acto no queda determinada la cantidad, puede esta, sin embargo, fijarse, atendiendo al número de las personas favorecidas, y á la entidad del caudal hereditario.

2.^a Tampoco es necesario para que valga este legado que existan en poder del testador las cosas que lega, á no ser que mandase espresamente que se sacasen de alguno de sus propios fondos, como si dijese: *Lego á N. diez cántaros de vino de tal viña*, porque entonces si nada ha producido la viña, nada se debe.

3.^a Tanto en el legado de *especie* como en el de *cantidad*, puede suceder que el testador lo repita dos ó mas veces, ora en un mismo testamento, ora despues en un codicilo; y para evitar cuestiones sobre si se debe ó no tantas veces cuantas se haya repetido, dispone la ley 45, tit. ix, Part. 6.^a, que si este legado, que llamaremos *repetido* fuere de *especie*, como, por ejemplo, de *tal casa* ó de *tal viña*, aunque se repita dos ó mas veces en un mismo testamento solo se debe una vez; pero si

fuere de *cantidad*, debe darse tantas veces cuantas fuere mandada la cosa si el legatario prueba que esta fué la intencion del testador, lo cual debe estenderse tambien al caso en que legada la cantidad en testamento se repitiera despues en el codicilo, á no ser que el heredero probase que el testador no quiso que se pagara mas de una vez.

A estos tres casos de la ley añaden los autores que si al repetirse segunda vez el legado se añade alguna circunstancia especial que no existia cuando se enunció primeramente, se debe tambien dos veces, por la nueva y distinta calidad que se le añade.

Legados de crédito, liberacion y deuda.

El legado de *crédito* ó de *nombre*, segun los romanos, es *aquel en que el testador deja al legatario lo que un tercero le debe*, como si dijese: *Lego á Pedro lo que Juan me debe.*

Se llama legado de liberacion ó de perdon *aquel en que el testador deja á su deudor lo que este le debe*, como: *Lego á Pedro cien pesos que me debe.* Este legado y el anterior pueden hacerse ó *espresamente* como en los ejemplos citados, ó *tácitamente* mandando al legatario el instrumento en que consta el crédito del testador (1).

Finalmente, entendemos por legado de deuda *aquel por el cual el testador lega á su acreedor la cantidad que le está debiendo*, como si dijese: *Lego á Pedro veinte mil reales que le debo.*

Aunque á primera vista parece inútil este legado, porque sin él tambien podria el legatario reclamar la cantidad que se le debiere, sin embargo, no deja de producir grandes ventajas, tales como, la de poder pedir la deuda luego que muera el testador, aunque no hubiere vencido el plazo ó no se hubiere cumplido la condicion, si la tenia: la de hacerse líquida la deuda si antes no lo era, y últimamente, la de poder pedir la cosa en virtud del testamento, aunque no tuviere otras pruebas, si bien debe tenerse presente que en tal caso, no acreditando la deuda, solo la podrá pedir bajo el título de legado.

(1) Art. 688.

Legado de dote.

Este es *aquel en que el testador lega á su mujer la cantidad que dice le aportó en dote.*

Sobre este legado hay que observar que, aunque sea cierto haber aportado la mujer lo que el marido le lega, no por ello deja de reportarle muchas utilidades, puesto que así puede pedir desde luego la dote, cuando de otro modo tendria que esperar un año si consistiere en cosas muebles, y además no está obligada á probar haber traído realmente al matrimonio lo que bajo este concepto se le deja. Sin embargo, es de advertir que si la mujer no tiene otras pruebas que la confesion del marido hecha en el testamento, no se le puede hacer pago de su importe sino en la parte libre que le quede al testador despues de satisfechas las deudas, y sacadas las legítimas de los herederos forzosos, si los hubiere. Ley 19, tit. ix, Part. 6.^a

Los escritores de derecho romano dan á este legado el nombre de *prelegado de dote*, usando de la denominacion de *legado de dote* para denotar el que se hace á una mujer para cuando contraiga matrimonio.

Legado de alimentos y vitalicio.

Entendemos por legado de alimentos *aquel que se deja con el fin de que sirva para la subsistencia del legatario por el tiempo que designa el testador.*

Si no hay tiempo señalado, se entiende que lo es por toda la vida del legatario, asi como en el caso de no haberse expresado la cantidad que por este concepto deba darse, se atenderá á lo que el testador acostumbraba dar en el tiempo anterior á su fallecimiento; ó si no tuvo tal costumbre, se calculará por lo que necesite el legatario para vivir, segun su estado y condicion, y las facultades de la herencia. Asi consta de la ley 24, titulo ix, Part. 6.^a, en la que está conforme el nuevo Código (1).

Se llama legado vitalicio *aquel que hace el testador dejando alguna renta fija á favor de alguna persona para que la disfrute durante su vida.*

(1) Art. 694.

Si la cantidad señalada se dijera que era para cada año, se considerará entonces este legado como *anual*, el cual dá derecho para pedir al principio de cada año la cantidad designada, sin obligacion de devolverla, aun cuando el legatario muera antes de este período (1), á diferencia del legado de alimentos, en que deberá devolverse la parte de lo recibido si no se completa el tiempo para el que se dió (2).

Legados de quinto, tercio y de usufructo.

El legado de quinto es *aquel por el cual el testador deja el quinto de sus bienes en favor de alguno de sus parientes ó estraños*. Si los parientes fueran de los descendientes del testador, se considerará este legado como una *mejora*; pero si no son de esta clase, ó se deja á un estraño, tendrá entonces el carácter de *legado*.

Legado de tercio es *aquel por el cual dispone un testador del tercio de sus bienes en favor de una persona*. Si el testador tiene descendientes, solo puede disponer de esta parte en favor de alguno ó algunos de ellos, y en este caso se tendrá por una *mejora*, del mismo modo que el anterior; pero si no tuviera descendientes, se considerará como un *legado*, aun cuando lo deje á alguno de sus ascendientes. De dicha cantidad se han de abonar los otros legados y las misas que dejare el testador; mas no los gastos del funeral, los cuales, ó se pagarán del cuerpo de bienes, lo mismo que la copia del testamento, ó á prorata entre los herederos y el legatario del tercio, salvo si otra cosa hubiere dispuesto el testador.

Finalmente, el legado de usufructo es *aquel en que el testador deja á una persona el usufructo de una cosa por toda su vida ó por cierto tiempo, mandando que pase despues la finca fructuaria á otra persona*.

Tales son las especies de legados que mas frecuentemente se conocen, atendida la diversa índole de las cosas que se legan, pudiendo aun añadir á los ya espresados el legado llamado de *hecho*, que consiste en la obligacion que el testador impone al heredero de hacer una cosa en favor de cierta persona.

(1) Art. 696.

(2) Art. 695.

Las otras clases de legados que distinguen los autores se derivan de los varios modos cómo pueden dejarse, los cuales se esplicarán separadamente, á fin de poder comprender mejor su naturaleza.

§. V.

Explicacion de los legados que se derivan del modo cómo se dejan.

Al final del párrafo III presentamos en general los legados mas frecuentes que se derivan de la mencionada causa, y puesto que para espresarlos quedó establecido el orden con que se enunciaron, con este mismo procederemos á hacer de cada uno de ellos una breve esplicacion.

Legado puro y simple.

Por este entendemos *aquel que se deja sin prefijar tiempo, dia, condicion ni calidad ó circunstancia que lo modifique ó que suspenda su entrega*. Tal seria si el testador dijese: *Lego á N. tal finca, ó le lego mil reales*. Ley 31, título IX, Part. 6.^a

Legado condicional.

Este es *aquel en que el testador hace depender su validez ó su existencia y sus efectos de un acontecimiento futuro é incierto*.

Es tan inmensa ó ilimitada la materia de condiciones, que se hace hasta imposible el preveer los innumerables casos que pueden ofrecerse. Las leyes 21 y 31, tit. IX, Part. 6.^a, presentan algunos ejemplos de esta clase de legados, que no es necesario reproducir, porque en los párrafos VII y VIII de la leccion 13 quedan espuestas las varias especies de condiciones que en general pueden ponerse en las últimas disposiciones, y las reglas que rigen para determinar sus efectos.

Legado desde ó hasta cierto tiempo.

Se entiende por este legado *aquel que se hace señalando el dia desde el que se ha de entregar ó hasta el cual debe disfrutarse*. Si el dia desde que empieza á deberse el legado fuere incierto; como, por ejemplo, si dijese el testador: *Lego á Pedro mil reales para cuando se gradúe de doctor*, en-

tonces se convierte este legado en condicional, y sigue sus reglas. Leyes 31 y 34, tít. ix, Part. 6.^a

Legado por causa.

El legado por causa ó remuneratorio es aquel en que el testador expresa el motivo que ha tenido para dejarlo. Tal sería si dijese: *Lego á Pedro mil reales por el servicio que prestó cuidando de mis negocios.*

Este legado tiene de particular que, aunque sea falsa la causa por que se deja, no por ello se vicia ó anula, como lo declara la ley 20, tít. ix, Part. 6.^a, á no ser que el heredero probase que el testador no hubiera dejado el legado á saber que no era cierta la causa que le movió á dejarlo, que entonces quedará sin efecto. Ley 40, tít. 1, lib. 35 del Digesto.

Legado de modo.

Se llama legado de modo ú oneroso segun otros le denominan, *aquel en que se expresa el fin ú objeto para que se deja*, como si se dijese: *Lego á Pedro mil reales para que se gradúe de doctor, ó le lego tal finca con la obligacion de haber de dar á Juan mil reales, ó de hacerle tal servicio.*

Como aparece de los citados ejemplos, este legado lleva siempre una carga ú obligacion que deberá cumplirse por el legatario, ó antes de entregársele el legado, si así lo dispone el testador, ó despues de su entrega, si diere caucion de que restituirá la cosa con sus frutos si no lo cumpliere (1), ó no pusiere los medios necesarios para su cumplimiento, en caso de que dependiera en parte de la voluntad de otro tercero. Ley 21, tít. ix, Part. 6.^a

Se diferencia este legado del anterior en que el dejado por causa tiene su fundamento en una cosa pasada, y el modal ú oneroso en una que está por cumplirse, pero ni uno ni otro debe confundirse con el condicional, bastando para poderlos distinguir entre sí atender á la forma especial con que se conciben, la cual, segun la ley 21, tít. ix, Part. 6.^a, es: en el condicional, *Lego á Pedro cien pesos si ha cuidado de mis*

(1) Art. 703.

negocios: en el de causa, porque ha cuidado de mis negocios: en el de modo, para que cuide de mis negocios.

Legado con demostracion.

Este es aquel en que el testador pone á la cosa legada alguna señal ó circunstancia para distinguirla mas fácilmente de otra, como, por ejemplo, Lego á Pedro la finca tal que compré de Juan.

En este legado hay que observar que regularmente no se anula porque sea falsa la demostracion, del mismo modo que el legado *causal*. Sin embargo, hay casos en que no vale el legado si es falsa la demostracion, ó porque así consta de la voluntad del testador, ó porque el heredero probó que no hubo en él tal intencion de legar, cuando no aparece ser cierto el aditamento que se puso para demostrar la cosa legada.

Si la demostracion ó aditamento se pone para determinar de dónde ha de pagarse el legado, hay que distinguir si la designacion es simplemente *demonstrativa* ó es *limitativa*. Si es *demonstrativa*, como, por ejemplo, si dijese: *Lego á Pedro anualmente cien cántaros de vino que deben tomarse de cierta viña*; si la cosecha de un año no basta para cubrir la cantidad fijada por el testador, se tomará lo que falte del producto de los años siguientes: mas si la designacion es *limitativa*, como si dijere: *Lego á Pedro cien cántaros de vino del que se coja en tal viña*, entonces no estará obligado el heredero á dar mas de lo que la viña produzca, y si nada se coje, nada deberá dar.

Así se deduce de la ley 18, tít. ix, Part. 6.^a, la cual, refiriéndose al legado de una cantidad de dinero en el que se espresa el lugar dónde ha de encontrarse, declara que no existiendo tal suma en el lugar que se designa, nada debe el heredero; si existe menos, cumple con dar el que exista, y si fuere mas cantidad la que se encontró, solo debe entregar la que se hubiere designado.

Todas estas especies de legados, así como las espresadas en el párrafo anterior, pudieran haberse explicado al tratar de las cosas que se legan, y del modo cómo pueden legarse; pero atendiendo á que, de seguirse este método, no pudiera presentarse con claridad lo que constituye la naturaleza del legado

en cada uno de los casos en que el testador hace uso de este derecho, nos ha parecido mas conforme hacer una clasificacion de todos ellos, presentando respectivamente sus requisitos para que pueda constar de su validez.

Mas como de poco serviria haber determinado estos requisitos, si por otra parte faltaba por su base el legado por la incapacidad de la persona que lo deja ó la de aquella á quien se deja, será preciso que veamos quiénes pueden legar y ser legatarios.

§. VI.

Quiénes pueden legar y ser legatarios.

Pueden legar todos los que pueden testar, por ser este acto propio y peculiar de las últimas voluntades; y pueden ser legatarios todos los que pueden ser instituidos herederos, bastando que tengan esta capacidad al tiempo de la muerte del testador, aun cuando no la hubieran tenido al tiempo del otorgamiento del testamento ó codicilo. Ley 1.^a, tít. ix, Part. 6.^a

Mas este principio, que con tanta generalidad propone la citada ley para determinar quiénes pueden ser legatarios, no debe entenderse sino de los que no tienen prohibicion absoluta de ser herederos, porque si la prohibicion fuera solo parcial ó relativamente á ciertas personas aunque estas no les puedan nombrar herederos, podrán, sin embargo, dejarles un legado, si espresamente no se les prohíbe.

Así vemos que el hijo natural no puede ser instituido heredero de su padre, teniendo este hijos legítimos ó legitimados; pero puede ser su legatario. El hijo de dañado y punible ayuntamiento tampoco puede ser heredero de su madre, aun no teniendo esta hijos legítimos, y sin embargo, puede recibir de ella hasta la quinta parte de sus bienes, aun teniendo hijos que tengan derecho á heredarle. Ley 5.^a, tít. xx, lib. x, Novísima Recopilacion.

La regla, pues, que la ley 1.^a, tít. ix, Part. 6.^a, propone, diciendo que pueden ser legatarios los que pueden ser herederos, se refiere solo á los que no tienen prohibicion absoluta para heredar, pero no á los que solo tienen una prohibicion parcial, los cuales pueden recibir legados, aun de los mismos de quienes no pueden ser herederos.

Pero como, aun supuesta la aptitud de la persona que lega y la del legatario, puede suceder que no pueda acreditarse la existencia del legado, ó por falta de instrumento para su comprobacion, ó por falta de claridad en la designacion de la persona á quien se quiere legar, ó de la cosa que se lega, preciso será manifestar en qué instrumentos puede dejarse el legado, y modo cómo debe hacerse la designacion del legatario.

§. VII.

En qué instrumentos puede legarse, y modo cómo ha de nombrarse el legatario.

El legado puede dejarse, tanto en testamento como en codicilo, segun dispone la ley 34, tit. ix, Part. 6.^a, y además ha de designarse con palabras que espresen claramente la voluntad del testador, aun cuando no sean estas directas, como se lee en la ley 28 del mismo título.

Tambien podrá dejarse en una memoria testamentaria, y valdrá, aunque no lo espresa la ley, siempre que el testamento se refiriere á este escrito, conforme á lo manifestado al final del párrafo XI de la leccion undécima.

En cualquiera de los instrumentos en que se legue debe procurar el testador la mayor claridad en la designacion de la persona del legatario, espresándola con su nombre y apellido ó con señales que no den lugar á dudas, pues si no pudiera saberse á quién se queria dejar el legado, seria este nulo, y no quedaria obligado el heredero á satisfacerlo. Ley 9.^a, título ix, Part. 6.^a

Si constase de la persona de un modo indudable, aunque el testador padeciese algun error en el nombre ó apellido, ó en las dos cosas juntamente, no por ello se anularia el legado. Leyes 9.^a y 28 del mismo título.

Igualmente valdria si el error fuese en la calidad, profesion ó lugar del nacimiento, si por otra parte no se dudara de la certeza de la persona, como lo declaró la ley 48, tit. v, libro xxviii del Digesto; así como tambien será válido el que hiciera el testador llamando al legatario *hijo* ó *hermano*, aun cuando este no tuviera tal calidad, segun espresan las leyes 33, tit. 1, libro xxxv, y 58, tit. v, lib. xxviii del Digesto, á no ser que se probase que la calidad que el testador creia como verdadera

era la que le habia determinado á dejar el legado, como espresa la ley 5.^a, tit. xxiii, libro vi, Cod. Just.

Finalmente, debe constar con certeza la cosa que se quiere legar, pues si fuere distinta de la que el testador se propuso dejar, ó dispusiera de las que la ley le prohíbe, seria nulo el legado, como se hará ver en el siguiente párrafo.

§. VIII.

Qué cosas pueden legarse, y cómo ha de hacerse su designacion.

Las cosas que pueden legarse son todas aquellas que llamamos de *propiedad privada*, ora sean de las que realmente existan, ora sean futuras, como los frutos ó productos de la naturaleza ó industria, ora sean corporales ó incorporeales, ora en fin, propias del testador, ajenas ó empeñadas. Leyes 10, 11 y 12, tit. ix, Part. 6.^a

Siendo esto así, no podrán legarse, por no ser susceptibles de propiedad privada ó por estar fuera del comercio de los hombres (1), las cosas siguientes:

- 1.^a Las cosas sagradas y los bienes de las Iglesias.
- 2.^a Las del patrimonio de la nacion ó de la Corona; pero si las del patrimonio del príncipe.
- 3.^a Las cosas de las ciudades, pueblos ó villas.
- 4.^a Los mármoles, pilares, etc., que constituyeren parte de los edificios, como igualmente aquellas cosas que, aunque pudieran legarse cuando el testador dispuso de ellas, cambiaron despues de condicion, como, por ejemplo, si hubieren pasado á poder de la Iglesia, ó se hubieren incorporado á un edificio. Ley 13, tit. ix, Part. 6.^a

Debiendo, pues, recaer los legados en las cosas que están en el comercio de los hombres, para que puedan ellos producir su efecto es necesario que se determine con claridad y precision la cosa legada, usando para ello de la denominacion que generalmente se le dá para designar su esencia. No siendo así seria nulo el legado, como lo declara la ley 28 del citado título, valiéndose del ejemplo de aquel que, para legar un objeto de oro, lo espresara bajo el nombre de *laton*, creyendo que

(1) Art. 682.

esta era su propia denominacion; pues en tal caso, como aparece legada una cosa distinta de la que se queria dejar, puede decirse que no se lega ninguna.

Si el legado fuera de cantidad, se espresará igualmente con claridad cuál sea la que se lega, debiéndose al mismo tiempo tener presente que ha de estar contenida dentro de la parte que permiten las leyes que pueda disponerse por este título, pues de lo contrario se anulará en cuanto al esceso.

§. IX.

En qué cantidad pueden dejarse los legados, y á quién puede encargarse su entrega.

Para determinar hasta en qué cantidad pueden dejarse los legados hay que atender á si tienen ó no herederos forzosos los testadores. Si los tienen, y fueran descendientes, solo podrán disponer libremente hasta el *quinto* de sus bienes, y hasta el *tercio* si fueran ascendientes. Ley 1.^a y 8.^a, tit. xx, lib. x, Novis. Recop. Disponiendo en mas del *quinto* ó del *tercio* en los casos espresados, se revocarán los legados en cuanto al esceso, rebajándose á cada legatario la parte proporcional que le corresponda hasta que se complete la legítima de los herederos forzosos.

Si no tuvieran herederos de esta clase, podrán los testadores distribuir todos sus bienes en legados; pues no es necesario que se nombre heredero para que valga el testamento, como dispone la ley 1.^a, tit. xviii, lib. x, Novis. Recop.

Constando de las cosas que pueden legarse y hasta en qué cantidad, su entrega ó la satisfaccion de los legados puede encargarse tanto á los herederos como á los legatarios, y á cuantos dejare alguna cosa el testador, con tal que estos últimos no sean gravados en mas de lo que reciban, ni sufran lesion en sus legítimas los herederos forzosos. Leyes 3.^a y 6.^a, tit. ix, Part. 6.^a (1).

Si en los herederos estraños ha de quedar ó no salva tambien la cuarta llamada *falcidia*, que la ley 1.^a, tit. xi, Partida 6.^a les concede, es un punto controvertido entre los co-

(1) Arts. 675, 676 y 677.

mentadores é intérpretes de nuestro derecho, habiendo por una y otra parte autores de mucha nota que defienden sus respectivas opiniones. Sin embargo, á nosotros nos parece mas probable la opinion afirmativa, por las razones siguientes:

1.^a Porque no hay ley alguna que haya derogado espresa ó tácitamente la citada ley de Partidas; y como por otra parte no es contraria á ninguna de nuestras prácticas ó instituciones, debe continuar su observancia segun los principios de legislacion general.

2.^a Porque de las dos causas que tuvieron presentes los romanos al establecer la *cuarta falcidia*, á saber, la una en favor del heredero nombrado para no obligarle á desempeñar las cargas hereditarias sin ninguna utilidad, y la otra en favor del testador para que no quedara destituido el testamento por falta de aceptacion, la ley de Partidas solo se refiere á la primera, diciendo *que debe haber á lo menos el heredero extraño esta cuarta parte, por razon que es establecido heredero en testamento de otro*; y como el ser establecido heredero ó legatario siempre supone en el testador voluntad de que perciba el nombrado al menos lo que permitan las leyes, es consiguiente que, no hallándose derogada la citada ley de Partidas, ha de quedar salva al heredero la *cuarta falcidia*.

El único argumento de que se valen los de opinion contraria, sacado de la ley 1.^a, tít. XVIII, lib. X, Novis. Recop., en la que se declara no ser necesaria la adición de la herencia para que valgan las mandas, á nuestro modo de ver queda destruido por su misma base, porque suponen los que tal argumento proponen que la ley de Partidas estableció la *cuarta falcidia* para estimular á los herederos á que aceptaran la herencia, á fin de asegurar la validez de los demás capítulos del testamento, siendo así que dicha ley solo alegó como causa la que antes se ha manifestado.

Teniendo como mas probable la opinion de los que admiten la *cuarta falcidia*, no será por demás hacer alguna indicacion de las principales disposiciones acerca de ella.

Esta no es mas que *la facultad que tiene el heredero extraño de sacar para sí la cuarta parte de los bienes de la herencia, cuando el testador hubiera repartido su hacienda*

en términos que no quedase al menos salva esta cantidad para el nombrado. Ley 1.^a, tit. xi, Part. 6.^a

Se deduce despues de pagadas las deudas, tanto las contraidas en vida del testador, como las que hay que satisfacer por razon de funerales y gastos de inventario y testamentaria, debiéndose atender para su cómputo al valor que tienen los bienes á la muerte del testador. Leyes 2.^a y 3.^a del mismo título.

Este derecho, sin embargo, cesa en algunos casos, como son: 1.^o, en los legados píos: 2.^o, en el testamento militar: 3.^o, en los de cosa cierta cuya enagenacion se prohíbe: 4.^o, cuando el heredero hubiere pagado ya íntegros algunos legados: 5.^o, si canceló maliciosamente el testamento ú ocultó alguna de las cosas legadas: 6.^o, si no hubiera hecho inventario; y últimamente, cuando el testador hubiere prohibido su detraccion. Leyes 4.^a, 5.^a, 6.^a y 7.^a del título citado.

No teniendo ningun vicio el legado, ni por razon de las personas, ni por razon de las cosas, ni por razon de la cantidad que se deja, adquiere sobre él un derecho el legatario, al mismo tiempo que se contraen algunas obligaciones de parte del heredero, de cuyos efectos nos ocuparemos en el párrafo siguiente.

§. X.

Efectos de los legados y acciones para reclamarlos.

Segun sean los legados, así serán los efectos que producen, tanto con relacion á los derechos del legatario, como á las obligaciones que con él contrae el heredero; y para que puedan comprenderse con facilidad, referiremos al menos en general los propios de cada uno.

Empezando por los legados de *cosa propia*, si estos son *específicos ó determinados* y se han dejado *puramente*, su efecto inmediato es adquirir el legatario su propiedad desde la muerte del testador, y consiguiente á ello hacer suyos los frutos pendientes y futuros, segun dispone la ley 37, tit. ix, Partida 6.^a, así como, si pereciera ó sufriese algun menoscabo la cosa sin culpa del heredero, será de cuenta del legatario este

perjuicio, como espresan las leyes 34 y 41 del mismo título y propone tambien el nuevo Código (1).

Si los legados son de *género*, y tambien se han dejado *puramente*, aunque se deban desde la muerte del testador, no pasa el dominio al legatario hasta que se haya hecho la entrega, y por lo mismo serán de cuenta del heredero hasta este tiempo todos los perjuicios, del mismo modo que lo serán tambien los frutos que produjere, á no ser que se constituyera en mora despues de designada ya la cosa que hubiera de entregarse.

Siendo los legados de *cantidad* ó de alguna parte alicuota de bienes, como, por ejemplo, *del quinto* ó *del tercio*, y no habiéndose designado las cosas que hayan de darse en pago de estas cuotas, se observará lo mismo que en los legados de *género*.

En los legados de *cosa ajena* el legatario solo tiene derecho para interpelar al heredero á que cumpla con la obligacion en los términos manifestados al explicar su naturaleza, que podrán verse en la ley 10, tit. ix, Part. 6.^ª; debiéndose entender lo mismo en cuanto al legado de *cosa empeñada* en los casos que, segun se dijo, debe redimirla el heredero, pagando la deuda. Ley 11, id. (2).

Si los legados fueren de *crédito* ó de *perdon de una deuda*, es obligacion del heredero en el primer caso entregar al legatario los instrumentos con que puede probarse, y ceder al mismo las acciones para su cobranza, así como en el segundo ó en los de *perdon* deberá devolverse la escritura, vale ó recibo, y aun hasta la prenda ó caucion que hubiere recibido el testador para seguridad de la deuda. Leyes 15 y 47, tit. ix, Part. 6.^ª (3).

En los legados de *deuda*, aunque esta no sea cierta, deberá el heredero pagar la cantidad que espresó el testador, segun disponen las leyes 19 y 20 de este título, debiéndose observar lo mismo en el *prelegado de dote* si no existieren herederos forzosos ó acreedores, pues si los hubiere, no puede abonarse la dote legada á no ser probando que realmente se aportó al matrimonio.

(1) Artículos 697 y 698.

(2) Artículos 679 y 683.

(3) Art. 686.

Tales son, aunque en términos generales, los efectos de los legados mas frecuentes. En los demás que aquí no se expresan, podremos inferir cuales sean por lo que hemos manifestado en los párrafos IV y V, al dar la definición de cada una de sus especies.

Acciones para pedir los legados.

Tres son las acciones que competen á los legatarios para pedir los legados, á saber: la *reivindicatoria*, la *personal* EX TESTAMENTO, y la *hipotecaria*. Mas aun cuando esto sea así, no todas les competen del mismo modo. En los legados de *especie*, si se han dejado absolutamente, puede el legatario reclamarlos aunque sea por la accion *reivindicatoria*, en razon de habersele trasferido el dominio desde la muerte del testador; pero si el legado fuere de *género*, no compete al legatario la *reivindicacion*, sino solo la accion *personal* ó la *hipotecaria*, por no tener el dominio en la cosa legada hasta su entrega.

Estas acciones pueden intentarse, ó en el lugar del domicilio del heredero, ó en el que empiece á pagar las mandas, ó en el que exista la mayor parte de los bienes del testador, salvo siempre si este hubiese designado en su testamento el lugar donde hubiere de hacerse la entrega. Ley 48, tit. IX, Part. 6.^a

A pesar de ser estas las disposiciones de las leyes de Partidas, en la actualidad debe estarse á las prescripciones de la ley de enjuiciamiento civil, para lo cual deberán consultarse los seis primeros artículos de esta ley, y además el art. 410 de la misma, si el legatario promoviere el juicio de testamentaria en uso de la facultad que le concede la disposicion 3.^a del art. 406.

Si no hubiere heredero instituido, ni tampoco parientes que hereden *ab-intestato*, podrá el legatario dirigirse al albacea ó ejecutor testamentario (1), ó en su defecto pedirá al juez que nombre un albacea dativo á semejanza del que ha de nombrarse segun el artículo 359 de la ley de enjuiciamiento, y con él se practicarán las diligencias necesarias para que tenga efecto la voluntad del testador.

(1) Art. 700.

Todos estos efectos tendrán lugar si no se hubiere estinguido el legado que el testador dejó; y por lo mismo interesa saber cómo se estinguen los legados.

§. XI.

Cómo se estinguen los legados.

La estincion de los legados puede provenir:

- 1.º De parte del testador:
- 2.º De parte del legatario.
- 3.º De parte de la cosa legada.

Causas de estincion del legado de parte del testador.

Se estingue el legado por parte del testador cuando este lo revoca espresa ó tácitamente. Se dice que lo revoca *espresamente*:

1.º Cuando así lo declara en un testamento ó codicilo posterior.

2.º Cuando cancela ó inutiliza por sí propio ó por otro con mandato suyo el testamento ó codicilo en que se hallaba escrito el legado. Si lo cancelase un tercero sin mandato del testador, valdrá el legado con tal que pueda leerse, ó pueda probarse su contenido con el número de testigos necesario. Ley 39, tit. IX, Part. 6.ª

Se revoca *tácitamente* el legado:

1.º Cuando el testador hizo donacion en vida de la cosa legada; pero no cuando la vendiese, permutase ó empeñase, á no ser que probara el heredero que la intencion del testador al proceder á estos actos fué la de revocar la manda. Leyes 17 y 40, tit. IX, Part. 6.ª (1).

2.º Si el testador convirtió la cosa legada en una nueva especie, como si habiendo legado *lana, madera*, etc., hiciese de la lana *pañó*, ó de la madera *nave, casa* ú otro edificio. Ley 42, id.

3.º Cuando pidió y cobró la deuda que habia legado al deudor (2); pero no cuando este la hubiese pagado voluntariamente, ó sin habérsela pedido. Ley 15, id.

(1) Art. 685.

(2) Art. 687.

4.º Cuando en un segundo testamento lega á una persona la cosa que en el primero habia legado á otra. Ley 2.ª, tit. v, lib. III del Fuero Real.

5.º Cuando hubiere cesado el único motivo que tuvo el testador para hacer el legado, de lo cual se presentan varios casos en el tit. de legat., 1, Digesto.

Causas de estincion del legado de parte del legatario.

Se estingue el legado por parte del legatario:

1.º Cuando este muere antes que el testador ó se dejó á uno á quien se le creia vivo, siendo así que habia ya fallecido. Ley 35, tit. ix, Part. 6.ª

2.º Si muere el legatario antes que se cumpla la condicion. Ley 34, id.

3.º En el caso de no querer cumplir la condicion ó gravámen que se le impuso, ó no hizo lo necesario para su cumplimiento, si la condicion fué de las llamadas *potestativas* ó *mistas*. Leyes 21 y 22, id.

4.º Cuando al tiempo de la muerte del testador en el legado *puro*, ó al tiempo del cumplimiento de la condicion en el *condicional*, estuviere incapacitado el legatario. Ley 1.ª, id.

5.º Si este hubiese adquirido ya por título *lucrativo* la cosa legada, ora fuera del mismo que se la legó, ora de otro, como sucede en el legado de cosa ajena; pero no se extinguirá si la hubiese obtenido por título *oneroso* (1), ni tampoco cuando legada por dos testadores hubiere recibido de uno de ellos solamente su estimacion. Leyes 43 y 44, id.

6.º Cuando el legatario se hubiere hecho indigno por alguna de las causas que espresamos en el párrafo V de la leccion 13, segun la ley 13, tit. vii, Part. 6.ª; ó tambien cuando entre este y el testador se hubiese originado una enemistad capital sin haberse reconciliado. Ley 4.ª, tit. iv, lib. xxxiv, Digesto.

7.º Cuando el legatario no puede ó no quiere admitir el legado, salvo en caso de sustitucion ó de tener derecho de acrecer los demás nombrados; advirtiendo que el legatario no puede admitir una parte y repudiar la otra del mismo legado, aun-

(1) Art. 693.

que sí que puede hacerlo cuando fueren dos los legados, á no ser que, siendo el uno de ellos *oneroso*, quisiera repudiar este y admitiera el otro. Ley 36, tit. ix, Part. 6.^a (1).

Causas de estincion de parte de la cosa legada.

Se estingue el legado por parte de la cosa legada:

1.º Cuando siendo de *especie* el legado pereció en vida del testador, ó despues de su muerte sin culpa del heredero: pero no si el legado fuere de *género* ó *cantidad*, porque ni lo uno ni lo otro perece. Ley 41, id.

2.º Cuando durante la vida del testador sale la cosa del comercio de los hombres, ó lo fuere despues de su muerte sin haber tenido en ello parte el heredero. Ley 13, id.

Tal es, en breves palabras, la doctrina de las leyes acerca de los legados. Por medio de esta disposicion testamentaria podian quedar satisfechos los deseos de los testadores en cuanto al objeto que les mueve á ejercer este acto de liberalidad; pero como todavía permiten las leyes que bajo el nombre de *donacion por causa de muerte* puede dispensar á otros sus favores, será preciso dar una idea, al menos en general, de esta clase de donaciones.

§. XII.

Naturaleza de las donaciones por causa de muerte.

Se entiende por *donacion por CAUSA DE MUERTE aquella que se hace como por via de manda en razon de muerte á favor de una ó mas personas*. Ley 1.^a, tit VII, lib. x, Novisima Recopilacion.

Como se vé por la definicion, tan apenas existe diferencia alguna entre esta donacion y el *legado* en cuanto á su naturaleza y objeto; pues uno y otro acto se hallan subordinados á la condicion de la muerte, y como tales, sujetos los dos á la revocacion hasta que esta se verifique.

Sin embargo, como ciertas circunstancias pueden dar lugar á que el propietario quiera, aun en vida, que la persona á quien desea favorecer éntre en posesion de la cosa donada, y continúe despues de su muerte irrevocablemente en ella sin

(1) Artículos 705, 706 y 707.

necesidad de practicar gestion alguna para su adquisicion, á lo cual no se presta el *legado*, no hay inconveniente en que para este caso admitamos como muy útil la *donacion por causa de muerte*, aunque por otra parte la igualemos con los legados (1).

Siendo, pues, una misma la naturaleza de las *donaciones por causa de muerte* y la de los *legados*, regirán en cuanto á ellas las mismas disposiciones, tanto relativamente á las personas del donante y donatario, como á las cosas que son su objeto, sus efectos y modos de extinguirse; quedando como propios de las donaciones las consideraciones siguientes:

1.^a Que puedan hacerse estas entregando desde luego los bienes si son de cosas no fungibles, para que el donatario los disfrute con las condiciones que le imponga el donante, aunque sujetándose á su revocacion y restitution mientras este viviere, lo cual no tiene lugar en los legados.

2.^a Que aunque la donacion puede hacerse en los mismos instrumentos que los legados, sin embargo, hay que observar que si han de entregarse los bienes en el acto, como los testamentos y codicilos no tienen efecto sino despues de la muerte del testador, será preciso que se otorgue una escritura pública con las solemnidades que, respecto á estos documentos, previenen las leyes del tít. xxiii, lib. x, Novís. Recop., y proponen los prácticos.

3.^a Que si las donaciones no llevan en el acto la entrega de los bienes, y se hicieren en testamento ó codicilo, como entonces no tienen otra consideracion que la de un simple *legado*, no hay lugar á que intervenga en su otorgamiento el donatario, asi como se necesita cuando se otorgue escritura de donacion.

4.^a Finalmente, que segun algunos prácticos afirman, puede á veces hacerse irrevocable la *donacion por causa de muerte* si se espresa con una cláusula bien determinada, lo cual en manera alguna puede tener cabida en los legados.

Tal es el verdadero juicio que debe formarse de las *donaciones por causa de muerte*; y con ellas concluiríamos el exámen de las disposiciones del derecho acerca de las personas

(1) Art. 942.

que suceden á los testadores, ó á título *universal* como el de *herencia*, ó á título *singular* como el de *mejora*, *legado* y *donacion por causa de muerte*, si no sucediera á las veces que sin voluntad espresa del testador hayan de percibir los *herederos* nombrados, así como los *mejorados*, *legatarios* y *donatarios por causa de muerte*, mayor porcion de la que en su nombramiento se les hubiera designado.

Con este motivo, pues, nos ha parecido conveniente al buen orden el que, como materia común á todos los títulos de *sucesion*, se explique al final de esta leccion la causa de dónde proceda el derecho para acrecer ó aumentar cada uno de los sucesores espresados su respectiva porcion, y juntamente los requisitos para que pueda llevarse á efecto.

§. XIII.

Naturaleza y observaciones sobre el derecho de acrecer.

Se entiende por DERECHO DE ACRECER *la accion que los coherederos ó colegatarios y demás llamados juntamente á una misma cosa por el testador, tienen á la parte de la herencia, legado, mejora ó donacion que queda vacante por haber faltado alguno de ellos antes que el testador, ó haberla renunciado.*

Entre los romanos se conocieron dos especies de derecho de acrecer, á saber: uno *necesario* y otro *voluntario*.

Se llamaba *necesario* el que establecia la ley sin que el testador pudiera impedirlo, como sucedia cuando el heredero nombrado lo hubiera sido solo en cierta cosa ó cuota de la herencia, sin haber dispuesto de lo restante, pues en tal caso, como no se podia morir en parte *testado* y en parte *intestado*, tenia que recoger los otros bienes el heredero instituido.

El *voluntario* era el que dependia solo de la voluntad del testador, ora fuere esta espresa, ora presunta, como en el caso de ser llamadas dos ó mas personas á una misma cosa; advirtiéndose que esta division solo tenia lugar en la herencia, pues en los legados siempre dependia el derecho de acrecer de la voluntad del testador.

Las leyes de Partidas, tomándolo de las romanas, adoptaron tambien para las herencias estas dos especies del derecho de

acrecer, segun es de ver por la ley 14, tít. III, Part. 6.ª; pero como la ley 1.ª, tít. XVIII, lib. X, Novis. Recop., dispuso que cuando el testador no instituyó heredero, ó aunque, habiéndolo instituido, no quiera aceptar la herencia, valga el testamento en cuanto á las mandas y demás que contenga, y entren á heredar los herederos *ab-intestato*, nos parece que en la actualidad no existe en España otro derecho de acrecer que el *voluntario*; pues con el hecho de admitir esta ley que en parte se suceda en virtud del testamento y en lo demás que entren á heredar los herederos *ab-intestato*, quedó destruido el principio en que se fundaba el derecho de acrecer *necesario* que admitió la ley de Partidas citada.

Tal es nuestra opinion en esta materia, considerando muy débil el argumento de los contrarios, que quisieran que hubiera sido mas explícita la ley recopilada, declarando derogada la ley de Partidas que reconoció este derecho; como si las leyes no pudieran tambien derogarse tácitamente, que es lo que tomaria en consideración la Sala de mil y quinientas del antiguo Supremo Consejo para resolverlo así en cierto negocio, segun refiere Elizondo en su Práctica Forense.

No estando, pues, admitido en España el derecho de acrecer *necesario*, establecido en las herencias por las leyes romanas y de Partidas, solo tendrá lugar cuando el testador lo disponga terminantemente ó se colija de sus palabras de un modo inequívoco, concurriendo los requisitos que espresaremos en el párrafo siguiente.

§. XIV.

Requisitos para que tenga lugar el derecho de acrecer, y reglas para llevarlo á efecto.

Para que tenga lugar el derecho de acrecer son necesarios dos requisitos:

1.º Que el coheredero ó colegatario y conmejorado haya muerto antes que el testador, ó haya renunciado la parte que le corresponda en la *herencia, legado, mejora ó donacion por causa de muerte*, ó que por cualquier causa no haya llegado á obtener su parte, como por no haber cumplido la condicion, ó haberse hecho incapáz de otro modo. Ley 33, tít. IX, Partida 6.ª

2.º Que los coherederos ó colegatarios y demás estén llamados juntamente á una misma cosa en un mismo testamento; pues no siendo así se extinguiría la parte del que faltase, y pasaria á los herederos *ab-intestato* (1).

Este llamamiento de varias personas á una misma cosa puede verificarse de tres modos, á saber: por conjuncion *real*, *verbal* y *mista*.

Hay conjuncion *real* cuando en un mismo testamento se deja una misma cosa á dos ó mas personas, pero en cláusulas separadas, como si se dijese: *Dejo mis bienes ó lego la viña A al núm. 1: Dejo mis bienes ó lego al núm. 2 la misma viña.*

Hay conjuncion *verbal* cuando dos ó mas personas están llamadas á una misma cosa, pero con señalamiento de partes intelectuales, como si se dijese: *Dejo mis bienes por iguales partes á los números 3 y 4, ó lego al núm 3 la mitad de la viña A y al núm. 4 la otra mitad.*

Hay conjuncion *mista* de real y verbal cuando el testador deja una misma cosa á dos ó mas personas en una sola cláusula sin division de partes, como si se dijese: *Dejo mis bienes á los números 5 y 6, ó lego á los números 5 y 6 la viña A.*

Dadas estas esplicaciones, las reglas que han de observarse para llevar á efecto lo así dispuesto, son las siguientes:

1.ª Que existiendo en el testamento conjuntos de solo alguna de las especies indicadas, la porcion del que faltare acrece á su compañero con las mismas cargas (2).

2.ª Que si concurren conjuntos de las tres especies referidas, y faltase, ó el unido por conjuncion *verbal*, ó el unido por conjuncion *mista*, la porcion del que falta acrece solo á su compañero: pero si faltase el unido por conjuncion *real* la porcion de este acrecerá á todos, haciéndose por lo mismo tres partes, que serán: una para los que queden de los nombrados por conjuncion *real*, otra para todos los conjuntos de la *verbal* y otra para los de la *mista*.

En confirmacion de ello, siguiendo los ejemplos indicados, diremos, que si faltase el núm. 3, su porcion acreceria al 4; si faltase el 5, su porcion acreceria al 6; pero si faltase el nú-

(1) Art. 816.

(2) Art. 816, párrafo 2.º

mero 1 su porcion acrecerá á todos; de modo que el núm. 2 percibirá una tercera parte de esta, otra tercera los números 3 y 4, y otra los números 5 y 6.

Algunos sostienen que en la conjuncion *verbal* no hay lugar al derecho de acrecer, porque no estando llamados los coherederos ó colegatarios sino á porciones distintas de la herencia ó legado, cada uno puede decirse que es heredero ó legatario de cosa diferente: pero como el señalamiento de porcion sin determinar materialmente cuál sea, no impide que sean conjuntos *in solidum* los unidos, tanto por conjuncion *verbal* como por las demás, nos parece que no está tan destituida de razon la opinion de los que sostienen el derecho de acrecer en las tres clases de conjuntos que hemos espresado.

Sin embargo, la opinion mas comun es la de no admitirse el derecho de acrecer en la conjuncion *verbal*, ora por la razon antes manifestada, como por no haber hecho mencion de ella la ley 33, tit. ix, Partida 6.^a, que es la que arregla el espresado derecho.

Tal es, en breves palabras, la doctrina acerca de este derecho con arreglo á nuestra legislacion. Los que deseen mayor instruccion pueden consultar al Derecho romano, en donde se halla tratada esta materia con mucha estension.

LECCION DECIMASÉPTIMA.

DE LA DESHEREDACION.

Resumen.

§. I. Razon del método.—§. II. Qué sea desheredacion, por quiénes y á quiénes se puede desheredar.—§. III. Cómo debe hacerse la desheredacion.—§. IV. Causas por las que pueden ser desheredados los descendientes.—§. V. Cuáles son las que el derecho señala para la desheredacion de los ascendientes.—§. VI. Por qué causas pueden ser desheredados los hermanos, y si para la desheredacion de estos ó de los descendientes y ascendientes podrán admitirse otras causas que las señaladas en las leyes.—§. VII. Qué sea pretericion y sus efectos.

§. I.

Razon del método.

Hasta de ahora no hemos considerado en el uso que hacen los hombres de la facultad de testar sino la parte relativa al destino que, segun las leyes, pueden dar los testadores á los bienes que les pertenecen.

Falta solo considerar la otra facultad de que se hallan revestidos para asegurar la sumision y respeto de sus hijos, la cual no es otra sino la de poder privarles de la porcion que la ley les tiene señalada en la herencia de sus padres.

Sin esta facultad no se podria mantener el orden y disciplina interior de la familia; puesto que, estando seguros los hijos de que no se les podria quitar la parte que la ley les habia concedido, nada habria que les pudiera contener en su deber, y quedaria sin prestigio y fuerza la autoridad paterna.

A que esta se robustezca se dirigen las leyes que sancionan la facultad de testar, y bajo este supuesto, habiendo examinado en las lecciones anteriores las disposiciones del derecho relativas al uso que deben hacer los testadores en cuanto á la parte que concierne á la distribucion de sus bienes, el orden pide que entremos en el exámen de las que se refieren á la otra parte que encierra la facultad de testar, cual es la de

poder privar de dichos bienes aun á los mismos á quienes la ley ha señalado en la herencia una porcion determinada.

El acto por el cual se ejerce esta facultad se llama *desheredacion*, cuya naturaleza y modo de hacerse, juntamente con las causas que pueden motivarla, será la materia de la presente leccion.

§. II.

Qué sea desheredacion, y por quiénes y á quiénes se puede desheredar.

Se entiende por DESHEREDACION *una disposicion testamentaria por la cual se priva ó excluye de la herencia al que tiene derecho á ella.* Ley 1.^a, tit. VII, Part. 6.^a

De esta definicion resulta: 1.^o, que siendo la desheredacion una disposicion testamentaria, solo pueden desheredar los que pueden hacer testamento; y 2.^o, que únicamente pueden ser desheredados los que tengan derecho á la herencia. Quiénes sean los primeros, lo deduciremos de lo manifestado en la leccion 12, en que se trata de las personas que pueden testar: los segundos constarán á continuacion.

Quiénes pueden ser desheredados.

Pueden ser desheredados por regla general todos los que tienen derecho á la herencia (1).

Así, pues, podrán ser desheredados primeramente los descendientes, como espresa la ley 2.^a, tit. VII, Part. 6.^a, pero guardándose entre ellos el mismo orden que el que rige para la institucion de heredero, esto es, que así como, teniendo un abuelo hijos y nietos, únicamente puede instituir á los hijos por herederos, así tambien solo podrá desheredar á estos y no á los nietos viviendo sus padres, por no tener derecho en tal caso á la legitima del abuelo, como esplica la ley 6.^a, tit. III, libro XXVIII del Digesto.

Esta doctrina, que en lo que llevamos dicho no presenta ninguna dificultad, la ofrece y muy grande cuando se trata de saber si desheredado el hijo se estienden á los nietos los efectos de la desheredacion.

(1) Art. 666.

A nosotros nos parece que aun en el caso de haber sido justa la causa por la que haya sido desheredado un padre de familia, si este sobrevive al testador, los hijos tendrán entonces el derecho de representar á su padre desheredado como si realmente hubiera este muerto, y en su consecuencia percibirán la herencia en lugar de él, sin que su padre pueda alegar derecho alguno al usufructo y administracion de los bienes que por esta causa hereden.

Así opinan tambien otros muchos jurisconsultos, cuya opinion, adoptada por el proyecto del Código civil (1), no tenemos inconveniente en admitir, tanto por su equidad, como porque con esta doctrina se consigue, por una parte, que el hijo quede castigado no dándole participacion alguna en la legitima, y por otra, se evita que los inocentes nietos sufran las consecuencias de un delito que no cometieron. Sin embargo, puede consultarse á Antonio Gomez, en su obra Var. Resol., capitulo XI, párrafo 21, juntamente con las adiciones, en donde se hallan reunidos los argumentos que por una y otra parte se aducen.

Además de los descendientes, pueden ser tambien desheredados los ascendientes, como continúa la ley 2.^a, tít. vu, Partida 6.^a; á pesar de que, habida consideracion al carácter de padres y á la calidad de los bienes á que se refiere la desheredacion, adquiridos las mas veces inmediatamente de estos, ó debidos al oficio y carrera que ellos les dieron, no permiten las leyes que sean tan amplias las facultades de los hijos para desheredar á sus padres, como las que conviene que tengan estos para desheredar á sus hijos.

Finalmente, todos los demás parientes por linea colateral, aunque tengan derecho á heredar *ab-intestato* á los de su misma linea en defecto de descendientes y ascendientes, sin embargo, cualquiera de ellos que hiciere testamento puede omitirlos ó no dejarles bienes algunos, nombrando por heredero á un extraño, el cual percibirá por entero la herencia, aun cuando se opusieran á ello los parientes de esta linea, como concluye la ley 2.^a ya citada.

Esceptúase el caso en que siendo el preferido hermano del

(1) Art. 673.

testador hubiera sido postergado á una persona torpe ó de mala vida, pues entonces, como la ley le dá el carácter de heredero forzoso para poder reclamar contra el testamento de su hermano, solo podrá prevalecer la voluntad del testador cuando este le hubiere desheredado, que de aquí viene el decir que tambien los hermanos pueden ser desheredados.

Tanto en este caso, como en los demás en que se permite la desheredacion, para que esta produzca efecto es necesario que se observen los requisitos que prescriben las leyes, de los cuales trataremos en los siguientes párrafos.

§. III.

Cómo debe hacerse la desheredacion.

Tres son en general los requisitos que deben observarse en el acto de la desheredacion para que esta produzca su efecto, á saber:

- 1.º Que la persona sobre la que haya de recaer la desheredacion sea capaz de dolo.
- 2.º Que la desheredacion se haga en la forma establecida por las leyes.
- 3.º Que exista alguna de las causas que las mismas designan.

Que la persona del desheredado sea capaz de dolo.

Para cumplir con este requisito ha de tenerse presente que solo podrán ser desheredados los hijos si tuvieren al menos diez años y medio, como dispone la ley 2.^a, tit. VII, Part. 6.^a, á no ser que el delito ó falta por la que merecerian ser desheredados exigiera en ellos una mayor edad para poder aplicárseles esta pena. Tal seria en el caso en que se les quisiera privar de la herencia por haber tenido tratos ilícitos con su madrastra, en el que debe suponerse en ellos la edad de catorce años, como se infiere de las leyes 4.^a, tit. XIX, Part. 6.^a, y 9.^a, tit. I, Part. 7.^a, ó en el que se les hubiere de desheredar por no haber rescatado á sus padres estando cautivos ó haberles abandonado en estado de demencia, en que se exige la edad de diez y ocho años, segun la ley 6.^a, tit. VII, Partida 6.^a

Algunos suponen que despues de publicado el Código penal, en el que se hallan designadas las edades para poder exigirse ó no la responsabilidad criminal, quedaron derogadas las referidas disposiciones de las Partidas; fundándose para ello en las dos observaciones siguientes:

1.^a En que las edades que las leyes de Partidas designan para juzgar si hay ó no dolo en la persona que ha cometido un hecho ilícito, eran antes unas mismas, tanto para los efectos civiles como para los criminales, segun podremos convencernos de ello comparando las leyes 2.^a, tit. vii, y 4.^a, tit. xix, Partida 6.^a, con la ley 9.^a, tit. i, Part. 7.^a; y por lo mismo, derogadas en el nuevo Código en cuanto á los efectos criminales, lo deben estar tambien en cuanto á los efectos civiles.

2.^a En que en el proyecto del Código civil no aparece determinacion alguna acerca de la edad en que pueden ser desheredados los hijos, creyendo con razon sus redactores que, tratándose de calificar un hecho doloso, deben regir las mismas reglas que las establecidas en el Código penal, para juzgar si alguno puede eximirse ó no de la responsabilidad criminal.

Que la desheredacion se haga en la forma que prescriben las leyes.

El segundo requisito es el haberse de guardar la forma que prescriben las leyes para la desheredacion.

Esta debe hacerse en testamento (1) y con las circunstancias siguientes:

1.^a Nombrando al desheredado por su nombre y apellido ó por otra señal cierta que no deje lugar á dudar sobre la persona desheredada, á no ser que el testador no tuviera mas que un solo hijo, que entonces valdria, aunque el padre dijera simplemente: *Desheredo á mi hijo por tal causa*, y aun tambien designándolo con palabras injuriosas, como si dijere: *¡Al malo, ó al ladron, que no merece ser llamado mi hijo! le desheredo por tal ó tal motivo.* Ley 3.^a, tit. vii, Part. 6.^a

2.^a Ha de hacerse la desheredacion total y sin condicion alguna, pues de otro modo no valdria, como añade la ley citada.

Algunos juriconsultos opinan, sin embargo, que, hallán-

(1) Art. 667.

dose fundado este requisito en el principio aqael que admitian los romanos de *no poder morir uno en parte testado y en parte intestado*, y estando desaprobadas por nuestras leyes recopiladas las sutilezas en que se fundaba, debe ser válida la desheredacion, aun cuando se haga condicionalmente ó de parte de la herencia.

Por lo que á nosotros toca, aunque abundamos en el mismo modo de pensar, no solo porque era una sutileza de los romanos el exigir dicho requisito, sino tambien por los males que pueden originarse de seguirse dicha doctrina, no podemos menos de considerar como necesarias las dos indicadas circunstancias, mientras que otra cosa no se establezca.

3.^a Finalmente, la desheredacion ha de fundarse en alguna justa causa, la cual no solo ha de espresarse claramente (1), sino que en el caso de ser reclamada ha de probarla el testador ó su heredero (2), bastando cuando fueran muchas las espresadas el que se pruebe solo algunas de ellas para que valga la desheredacion, como disponen las leyes 8.^a y 10, título vii, Part. 6.^a

La determinacion de esta justa causa no han creido los legisladores que debia dejarse al arbitrio del testador, sino que ellos mismos tuvieron por conveniente señalarlas en sus leyes, dividiéndolas para el mejor orden en tres clases, á saber: unas por las que pueden los ascendientes desheredar á los descendientes; otras por las que pueden estos desheredar á los ascendientes, y otras con respecto á los hermanos para el caso de que pudieran obtener la consideracion de herederos forzosos.

Cuáles sean unas y otras lo haremos ver en los párrafos siguientes.

§. IV.

Causas por las que pueden desheredarse los descendientes.

Las leyes 4.^a, 5.^a, 6.^a y 7.^a, tit. vii, Part. 6.^a, refieren catorce causas tomadas de las leyes romanas, por las que los ascendientes pueden desheredar á los descendientes.

(1) Art. 667.

(2) Art. 668.

Para determinarlas, bastaría espresar en general su objeto; pero como la ley 8.^a del título citado previene que no se pueda desheredar por ninguna otra causa fuera de las designadas en las leyes anteriores, nos vemos en la necesidad de indicárselas individualmente, dividiéndolas para su mas fácil inteligencia en cuatro clases, á saber:

1.^a De las que se refieren á atentados contra la vida, honor y bienes de los padres.

2.^a De las relativas á faltas de piedad filial.

3.^a De las que se fundan en actos indecorosos ó infamantes.

4.^a De las que tienen por objeto la represion de los delitos contra la religion.

En la primera clase se cuentan siete causas de desheredacion, á saber: tres por atentados contra la vida de los padres, dos contra su honor; y otras dos contra sus bienes.

En los atentados contra la vida, se cuentan:

1.^o Haber maquinado de cualquier modo su muerte. Ley 4.^a, tít. vii, Part. 6.^a

2.^o Haberles acusado de delito por el que pudiera imponérseles la pena capital ó de destierro, excepto si fuere de lesa majestad. La misma ley.

3.^o Haber puesto en sus personas sus manos airadas, hiéndolos ó maltratándolos. Ley 4.^a, citada (1).

En los atentados contra el honor de los padres se refieren:

1.^o Haberles infamado ó injuriado gravemente de palabra. Ley id.

2.^o Haber tenido trato ilícito con su madrastra, no siendo necesario incluir en este caso á la concubina, como añade dicha ley, por no estar tolerado el concubinato.

Finalmente, en los atentados contra los bienes lo están:

1.^o Haber causado tal daño, por el que hubiesen perdido los padres una gran parte de sus bienes. Ley id.

2.^o Haberles impedido hacer testamento ó dejar algun legado, quedando además el legatario á quien se queria nombrar, con derecho para percibir la manda, probando dicho atentado. Ley id.

(1) Art. 672, núm. 2.^o

En la segunda clase, ó sea por faltas de piedad filial, se cuentan tres causas, á saber:

1.^a No haber querido los hijos ser fiadores de sus padres para librarles de la cárcel; entendiéndose esta causa para con los hijos varones y no para con las hembras, por no poder ser estas fiadoras. Ley 4.^a, tit. VII, Part. 6.^a

2.^a No haber cuidado de recoger y alimentar al ascendiente que perdió el juicio, no obstante de haber sido avisados por el estraño que les recogió, como dispone la ley 5.^a de este título, añadiéndose en ella que además de poder ser desheredados por el ascendiente si recobrará su juicio, no valga el testamento en cuanto á la institucion, si estuviere ya hecho, y muriendo *ab-intestato* le herede el estraño que le recogió (1).

3.^a No haber rescatado, pudiendo, á sus ascendientes cautivos, perdiendo tambien en este caso la herencia, si antes de su cautividad hubieran hecho testamento, ó hubiesen muerto *ab-intestato* permaneciendo en el cautiverio. Ley id.

En la tercera clase, ó sea por razon de actos infamantes que cometiera el hijo, se cuentan igualmente tres causas, que son:

1.^a Ser hechicero ó encantador, aunque esta causa tiene hoy dia rarísima aplicacion. Ley 4.^a, tit. VII, Part. 6.^a

2.^a Lidiar con hombre ó bestia por dinero, ó hacerse juglar, farsante ó cómico, contra la voluntad de su padre, no ejerciendo este tales oficios. Ley 5.^a, id.

3.^a Hacerse prostituta la hija á quien su padre quiso casar y ella lo resistió: pero si ella quiso casarse y el padre lo difirió de modo que llegara á los veinticinco años sin efectuarlo, si despues se prostituyere ó se casare contra la voluntad de su padre, no la podrá entonces desheredar, como añade la misma ley 5.^a

Finalmente, en la última clase, que se refiere á los hijos que hubieren cometido algunos delitos contra la religion, se cuenta el volverse judíos, moros ó herejes, siendo el padre cristiano, como dispone la ley 7.^a

A estas catorce causas espresadas en las Partidas deben

(1) Art. 672, núm. 1.º

añadirse otras dos que constan en las leyes recopiladas, á saber:

1.^a Haber contraído los hijos matrimonio clandestino:

2.^a Haberse casado contra la voluntad de los padres, sin haber obtenido el permiso, hoy dia del gobernador civil. Leyes 5.^a y 9.^a, tit. II, lib. X, Novis. Recop. (1).

No obstante de hallarse así espreso en las dos leyes citadas, no faltan autores que suponen haber caducado ya en la actualidad estas dos causas; por lo mismo será preciso que nos hagamos cargo de los argumentos en que se fundan, para juzgar con conocimiento de su valor.

Así, pues, empezando por la primera, el único argumento que alegan contra ella es que, estando impuesta por las leyes de Toro la pena de desheredacion en dicho caso con el objeto de evitar los matrimonios clandestinos, que, aunque válidos, causaban graves daños y perjuicios, era consiguiente que hubiera de cesar dicha pena desde el acto en que semejantes matrimonios fueron declarados nulos por el Concilio de Trento.

Mas como, prescindiendo del objeto que se propusieron las Córtes de Toro, existe una razon legal para haber de considerar subsistente esta causa de desheredacion, cual es haberla renovado el rey D. Cárlos IV cuando ya no existian los motivos que se suponen en dichas Córtes para su publicacion, diremos que, lejos de haber caducado esta causa; ha recibido nueva fuerza, por no ser ya las leyes de Toro de donde toma su autoridad esta disposicion, sino del rey D. Cárlos IV que la adoptó.

No menos vigente consideramos la otra causa de desheredacion que se refiere al hecho de haber contraído los hijos matrimonio sin consentimiento de los padres ni de la autoridad civil, de que trata la ley 9.^a, tit. II, lib. X, Novis. Recop.; pues aunque la ley 18 del mismo título no hable de semejante pena, y por otra parte se dispone en ella que *todos hayan de arreglarse estrictamente á la misma y no á otra ley anterior*, sin embargo, somos de parecer que, así como en los demás puntos que menciona dicha ley 9.^a, y no fueron incluidos en la ley 18, como, por ejemplo, el matrimonio de personas

(1) Art. 672, núm. 3.

reales, se rige por lo prescrito en aquella, á pesar de la espresada cláusula, otro tanto debe decirse con respecto á la pena de desheredacion, que, como pena civil, ni está en oposicion con las penas de espatriacion y confiscacion que impuso la ley 18, sustituidas hoy dia con las que establece el Código penal en los artículos 399 y 403, ni tampoco se entiende que quedó derogada en virtud de dicha cláusula, por no poder referirse las palabras de *haberse de arreglar todos* á lo contenido en la ley 18, sino únicamente á lo que en ella se espresa, pero no en lo que esta omite, como, por el ejemplo del matrimonio antes mencionado, queda demostrado.

Tales son las causas de desheredacion con respecto á los descendientes: veamos ya cuáles son las que establece el derecho relativamente á los ascendientes.

§. V.

Causas por las que los descendientes pueden desheredar á los ascendientes.

Aunque algunos escritores públicos hayan censurado la ley que concede á los hijos el derecho para desheredar á sus padres, por no ser conforme al carácter de que estos se hallan revestidos el que los hijos se constituyan sus jueces, y en cierto modo pasen á imponerles castigos, sin embargo, como no faltan por desgracia padres desnaturalizados que, sordos á los sentimientos naturales, cometen contra los hijos ofensas verdaderamente graves, creemos que para tales casos debia existir una ley que declarase indignos á los padres de poder recibir los bienes de aquellos á quienes hubieren causado algunos daños.

No es, pues, la razon de deberse recíprocamente la legítima por la ley la única causa por la que mutuamente puedan desheredarse los ascendientes y descendientes, como suponen ciertos escritores, sino que existen razones de moralidad que persuaden la necesidad de semejantes disposiciones; si bien confesamos que debe ser muy parca la ley al determinar las causas por las que los descendientes puedan desheredar á los ascendientes, en atencion á que muchos de los actos que en los hijos constituyen faltas muy graves para con sus padres, considerados en estos con relacion á sus hijos, no son sino

medios de conservar la disciplina doméstica y de contener á cada uno de la familia en su deber.

Fundadas en estos principios las leyes romanas, solamente designaron ocho causas por las que los descendientes pudieran desheredar á los ascendientes; las cuales, habiendo sido adoptadas por el rey D. Alfonso el Sábio, como consta de la ley 11, tít. vii, Part. 6.^a, forman tambien parte de nuestra legislación.

Al darlas á conocer pudiéramos presentarlas divididas por clases: pero como, atendiendo su corto número, no es tan difícil conservarlas en la memoria, como sucede en las que hemos espuesto en el párrafo anterior, haremos solo una descripción de ellas por el mismo orden con que aparecen colocadas en la citada ley, dejando á cada uno en libertad para hacer su distribución del modo que entienda mas conveniente.

El orden con que las presenta la ley es el siguiente:

1.^a Haber acusado los padres á sus hijos de delito que se castigara con la pena capital,

2.^a Haber maquinado de cualquier modo su muerte.

3.^a Haber tenido trato ilícito con su nuera.

4.^a Haberles impedido disponer de sus bienes.

5.^a Haber procurado el padre la muerte de su mujer, ó esta la de su marido (1).

6.^a No haber querido suministrar al hijo loco ó fátuo lo necesario para su subsistencia (2).

7.^a No haber redimido sus hijos, estando cautivos.

8.^a Ser hereje, y el hijo ó descendiente católico.

Tales son las causas por las que los hijos pueden desheredar á los padres, y el orden con que se hallan colocadas en la ley 11 citada, añadiéndose en ella que cuando los hijos quisieran hacer uso de este derecho deban espresar aquella por la que les desheredan, sin cuyo requisito no pueda valer la desheredación (3).

Las otras causas que espresan las leyes se refieren á la desheredación de los hermanos en el caso que quisiera hacer uso cualquiera de ellos de este derecho.

(1) Art. 674, núm. 3.^o

(2) Art. 674, núm. 2.^o

(3) Art. 669.

§. VI.

Causas de desheredacion en los hermanos, y si procede en general esta por otras causas que las espresadas.

No estando civilmente obligados los hermanos á instituirse mutuamente herederos, segun se manifestó en la leccion 13. y se ha repetido en esta al final del párrafo II, podrán desheredarse y omitirse con causa y sin ella en sus respectivos testamentos, y aun tambien instituir por sus herederos á personas estrañas, como así lo dispone la ley 12, tit. vii, Part. 6.^a

Mas como por una parte seria una injuria grave que se haria á los hermanos si el estraño que se les hubiera preferido fuere una persona de mala vida, y por otra pudiera el testador tener motivos justos para que el hermano postergado no percibiera parte alguna de su herencia, para conciliar uno y otro extremo estableció la citada ley que el hermano postergado á una persona de mala vida pudiera reclamar la herencia del otro hermano, á no ser que el que le postergó le hubiera desheredado por alguna de las causas siguientes:

1.^a Por haberle acusado de delito que tuviera impuesta la pena capital.

2.^a Por haber maquinado de cualquier modo la muerte de su hermano.

3.^a Por haberle causado ó procurado causar la pérdida de la mayor parte de sus bienes. Así consta de la espresada ley.

Existiendo cualquiera de estas tres causas y pudiéndose probar, se sostendrá entonces la institucion de un estraño, aun siendó de mala vida la persona instituida, y en su consecuencia perderá el hermano en virtud de la desheredacion el derecho para reclamar la herencia, como espresa la citada ley, del mismo modo que lo pierden tambien los descendientes ó ascendientes que hayan sido desheredados en virtud de alguna de las causas que relativamente á cada uno de ellos se ha espresado.

Si procede tambien la desheredacion por otras causas que las que las leyes designan, aunque no faltan autores de derecho romano y español que sostienen la afirmativa, á nosotros, sin embargo, nos parece mas probable la opinion contraria, por las siguientes razones:

1.^a Porque siendo esta una materia odiosa, no debe estenderse á mas casos que los que espresa la ley.

2.^a Porque las leyes de Partidas, que designan con separacion cada una de las referidas causas, añaden siempre la circunstancia de no poder estenderse á otras que á las mencionadas en cada una de las clases de personas á que se dirigen.

Véase si no la ley 8.^a, tit. vii, Part. 6.^a, y encontraremos mandado con respecto á la desheredacion de los descendientes, que si alguno fuese desheredado *por otra razon cualquiera de las sobredichas en estas leyes, no haya de valer tal desheredamiento.*

Del mismo modo se espresa la ley 11, en que se trata de la desheredacion de los ascendientes, en la que, al final de la misma, se dice que para desheredar el hijo al padre ha de señalar *una de las ocho razones sobredichas*, sin lo cual *no valdria el testamento quanto en el desheredamiento dél*, y lo mismo aparece en la ley 12, en la que, despues de proponer tres causas por las que puedan desheredarse los hermanos, se dice: *que por cualquiera de estas tres razones sobredichas pueda el un hermano desheredar*, etc.

De lo dicho resulta que solo tendrá lugar la desheredacion si existiera alguna de las causas que hemos referido; siendo por el contrario nula cuando, ó se hubiera hecho sin espresion de causa, ó por una que no sea de las legales, ó tambien cuando, aun siendo de las de esta clase, no haya sido probada su certeza por el testador ó el heredero, si el desheredado hubiera impugnado el testamento (1).

Tal es la naturaleza y efectos de la desheredacion; debiendo además advertir que aun sin esta manifestacion de parte del testador podrán tambien ser privados de la herencia los que tienen derecho á ella, si hubieran incurrido en alguna de las faltas por las que las leyes les escluyen como indignos de suceder (2), las cuales pueden verse en el párrafo V de la leccion 13, en donde quedaron esplicadas.

Solo falta que veamos si se producen los mismos efectos por la pretericion, de que trataremos á continuacion.

(1) Artículos 668 y 669.

(2) Art. 671.

§. VII.

Qué sea pretericion, y sus efectos.

Se entiende por PRETERICION *la omision hecha por el testador de los herederos forzosos, ora instituya á otros en su lugar sin desheredarles, ora no instituya heredero alguno.* Ley 10, tit. VII, Part. 6.^a

La pretericion se ha considerado siempre como una injuria hecha á los que tienen derecho de suceder, y entre los romanos, además, era un defecto capital en el testamento; tanto, que bastaba que el padre no hiciera en él mención de sus hijos para que caducara todo lo contenido en el mismo.

Las Partidas adoptaron esta doctrina, y de aquí el haber establecido la ley 10 ya citada que no valga el testamento en que el padre nombre por heredero á algun extraño ú otro pariente suyo sin hacer mención de su hijo, instituyéndole heredero ó desheredándolo.

Las leyes recopiladas variaron en alguna manera esta legislación con el hecho de haber dispuesto que valga el testamento aun cuando no contenga institucion de heredero; y por lo mismo, otra debe ser la doctrina que ha de regir con respecto á la pretericion, la cual nos parece que podrá quedar comprendida en las reglas siguientes:

1.^a Que si el testador, teniendo descendientes, ó en su defecto ascendientes, no instituyese heredero ni desheredase á los que están en primer lugar, sino que los omitiese ó no hiciera mención de ellos, nombrando heredero á otro, seria nulo el testamento en cuanto á la institucion, y subsistiria en cuanto á los legados, mejoras y demás, segun dispone la ley 8.^a, título VI, lib. X, Novis. Recop.

2.^a Que si los omitiese sin nombrar heredero alguno, será válido el testamento; pero entrarán á heredar los herederos *ab-intestato*, lo mismo que en el caso anterior, aunque con la obligacion de pagar las mandas que en él se contienen, en cuanto no les disminuya su legítima, segun se infiere de las leyes 1.^a, tit. XVIII, y 1.^a, 8.^a y 9.^a, tit. XX, lib. X, Novísima Recopilacion.

3.^a Que si fueren preteridos los hermanos, solo se anulará

el testamento en cuanto á la institucion, si se les postergó á una persona de mala vida; cuya calificacion, como no se halla determinada en el derecho, nos parece que debe dejarse al prudente arbitrio del juez, pudiendo servir de norma la enumeracion que hacen los autores de esta clase de personas, para lo cual podrá consultarse á Antonio Gomez en su comentario sobre la ley 9.^a de Toro, núm. 21.

Con lo dicho hasta aquí queda concluido el exámen de las principales disposiciones á que se refieren los testamentos.

Para poderse dar cumplimiento á todas ellas interesa en gran manera que haya algunas personas encargadas de su ejecucion mientras que no resulte ningun motivo por el que hayan de perder su fuerza los testamentos, ó no exista alguna causa que impida que se lleve á efecto en todo ó en parte lo que en ellos dispuso el testador, de lo cual nos ocuparemos en la siguiente leccion.

LECCION DÉCIMOACTAVA.

DE LOS ALBACEAS, Y MODOS DE PERDER SU FUERZA
LAS ULTIMAS VOLUNTADES.

Resúmen.

§. I. Razon del método.—§. II. Qué son albaceas, y sus clases.—§. III. Quiénes pueden serlo.—§. IV. Cuáles son sus facultades.—§. V. Sus obligaciones.—§. VI. Términos en que deben cumplir su encargo, y penas contra los morosos.—§. VII. Por qué causas se acaba este oficio, y sus efectos.—§. VIII. Modos de perder su fuerza los testamentos.—§. IX. Casos en que solo la pierden en cuanto á la institucion de heredero.—§. X. Doctrina sobre la querrela de inoficioso testamento.

§. I.

Razon del método.

Además de las disposiciones relativas á las *instituciones de heredero, sustituciones, mejoras, legados, fideicomisos, donaciones por causa de muerte y desheredaciones*, de que nos hemos ocupado en las lecciones anteriores, existen otras en los testamentos relativas á su ejecucion, cuyo exámen nos parece muy propio de este lugar, porque, al mismo tiempo que sirve para completar el conocimiento que debemos tener de la parte dispositiva de un testamento, nos dá una idea de los medios de asegurar el cumplimiento de lo que en cada una de sus disposiciones y declaraciones ordenó el testador.

Entre estos medios presenta una grande utilidad el nombramiento de ejecutores testamentarios ó *albaceas*, pues además de dejar asegurado al testador de que serán cumplidos exactamente los legados y demás disposiciones que tenga á bien encargar, se evita cualquiera sustraccion de los bienes de la herencia, especialmente en los casos en que, siendo menores los herederos, ó hallándose estos ausentes, es muy de temer una completa dilapidacion, tanto mas fácil, cuanto es mas difícil su justificacion.

Para que pudieran conseguirse estos objetos, no solo se-

ñaló la ley las cualidades de que deben estar adornadas las personas que hayan de desempeñar este encargo, sino que además determinó las facultades que pueden ejercer, cuando no consten las que les quiso dar el testador, no fuese que un exceso de confianza llegara á producir males mayores que los que se deseaban evitar con su nombramiento.

Demostrar, pues, cuáles son las cualidades y atribuciones de los que han de encargarse de la ejecucion de los testamentos, será el objeto de la presente leccion, la que terminaremos manifestando los modos de perder estos su fuerza, ó por cuyo medio se impide que se lleve á efecto en todo ó en parte lo que en ellos dispuso el testador.

§. II.

Definicion de los albaceas, y sus clases.

Los *albaceas*, llamados tambien *ejecutores testamentarios*, *cabazaleros*, *mansesores* y *fideicomisarios*, segun la ley 1.^a, tit. x, Part. 6.^a, son: *aquellas personas que tienen á su cargo hacer cumplir y ejecutar lo que el testador ha ordenado en su testamento ó última disposicion.*

Aunque algunos confunden este oficio con el de *comisario testamentario*, hay entre ellos dos una notable diferencia, la cual consiste en que los *albaceas* no se encargan sino de la puntual y material ejecucion de lo que el testador haya dispuesto, cuando los *comisarios*, segun ya hicimos ver en el párrafo IV de la leccion 12, son nombrados para ordenar el testamento en nombre de otro. Esto no impide el que puedan concurrir ambos conceptos en una misma persona; y de aquí el ser tambien *albaceas* los *comisarios*, si se les encarga la ejecucion de lo que ellos dispongan.

Clases de albaceas.

A semejanza de los tutores, se dividen los *albaceas* en tres clases, á saber: en *testamentarios*, *legítimos* y *dativos*.

Se llaman *testamentarios* los nombrados en testamento ú otra última disposicion. *Legítimos* son aquellos á quienes compete por la ley el cumplimiento de la voluntad del testador; tales como el obispo, que lo es de las últimas pias volun-

tades, y el heredero, que lo es en general de todo lo que concierne á la disposicion que el difunto ordenó.

Finalmente, los *dativos* son los que nombra de oficio el juez cuando los *testamentarios* y *legítimos* no quieren cumplir lo dispuesto en el testamento.

Tanto los *dativos* como los *testamentarios* podrán ser *particulares* ó *universales*, segun que fueren nombrados, ó para dar cumplimiento á lo que el testador dispuso en órden al bien de alma, pago de legados ú otra cosa particular, ó para ejecutar en un todo las disposiciones contenidas en el testamento.

Cualquiera que sea la clase á que pertenezcan los *albaceas*, deben reunir las cualidades necesarias para poder desempeñar debidamente el cargo que se les confia; pues de otro modo, no solo no pueden ser nombrados, sino que aun despues de su nombramiento podrán ser removidos de su oficio.

Cuáles sean estas cualidades, lo inferiremos sabiendo quiénes pueden ser elegidos.

§. III.

Quiénes pueden ser albaceas.

Segun la ley 8.^a, tit. v, lib. III del Fuero Real, pueden ser *albaceas* todas las personas escepto las que en ella se expresan, que son las siguientes: 1.^o, los siervos, religiosos, mujeres y menores: 2.^o, el loco y cualquiera que esté falto de juicio, y el sordo ó mudo de nacimiento: 3.^o, el hereje, moro y judío: 4.^o, el alevoso, traidor, y el condenado á muerte ó á destierro.

De estas personas hay algunas que por costumbre inconcusa y generalmente observada pueden desempeñar este oficio. Tales son:

1.^o Las mujeres, aunque si son casadas nos parece ser necesaria la licencia del marido (1).

2.^o Los menores de veinticinco años y mayores de diez y siete, en razon de que á esta edad se les permite que puedan tomar á su cargo los negocios estrajudiciales de otro, segun consta de la ley 19, tit. v, Part. 3.^a

(1) Art. 727.

3.º Los religiosos profesos, pues, aunque antes de su supresion en España no podian serlo sin licencia de sus preladados, segun el cap. 2.º, tit. xi, lib. iii del Sexto de las Decretales, y ni aun con ella los de la orden de San Francisco, segun el cap. 1.º, tit. xi, lib. v de las Clementinas, en la actualidad parece que ha cesado en cierto modo esta prohibicion con respecto á los esclaustrados, en vista del art. 38 de la ley de 29 de Julio de 1837, salvo en los casos prevenidos en la Real cédula de 30 de Mayo de 1830, si es que hubieren confesado al testador en su última enfermedad.

4.º Los escribanos que autorizaren el testamento, excepto en el caso que reportaran alguna utilidad por este cargo, como aparece de las instrucciones á que han de atenerse los visitadores.

Si á estas personas, que por costumbre se les admite al desempeño de este cargo, añadimos las demás que no están incluídas en ninguna de las otras clases que fuera de las expresadas enumera la ley 8.ª, tit. v, lib. iii del Fuero Real, tendremos ya demostrado quiénes pueden ser *albaceas*.

Su nombramiento puede recaer en una ó muchas personas, sin distincion entre ausentes y presentes, ni entre legos y clérigos, salva la limitacion en cuanto á estos segundos contenida en la Real cédula arriba citada; y aunque, generalmente hablando, nadie puede ser compelido á que admita este encargo, una vez aceptado, ora *expresa*, ora *tácitamente*, están obligados á evacuarlo en los términos prescritos por el testador, ó en su defecto con arreglo á las facultades que les concede el derecho (1).

§. IV.

Facultades de los albaceas.

Las facultades de los *albaceas* serán las que designe el testador en la cláusula de su nombramiento, siempre que estas no sean contrarias á las leyes. Tal seria si el testador quisiera autorizarles para que se apoderaran de los bienes de la herencia, habiendo herederos *forzosos*, siendo así que esta facultad

(1) Art. 739.

solo les compete en el caso de ser *extraños* los herederos (1).
No habiéndose designado el testador las facultades del *albacea*, serán entonces las siguientes:

1.^a Disponer y pagar los sufragios y funeral del difunto con arreglo á lo ordenado por este, y en su defecto, segun la costumbre del pueblo (2).

2.^a Pagar los legados que consistan en cantidades de dinero, con sujecion á lo que dispone el testador. Leyes 2.^a y 3.^a, tít. x, Part. 6.^a (3).

3.^a Velar sobre la ejecucion de todo lo demás que se hubiere ordenado en el testamento, que es en lo que funda principalmente la ley 1.^a del mismo título la utilidad de su institucion (4).

4.^a No habiendo en la herencia dinero bastante para pago de legados y del funeral, promover la venta de los bienes muebles, ó no alcanzando estos, la de los inmuebles, la cual únicamente podrá realizar en pública almoneda con intervencion de los herederos ó de sus representantes; pero sin que pueda comprar nada en ella bajo pena de nulidad, y del cuatro tanto aplicado al fisco, como disponen las Leyes 62, tít. xviii, Partida 3.^a, y 1.^a, tít. xii, lib. x, Novís. Recop. (5), ni interesarse directa ni indirectamente en ninguna clase de contrato ú operacion sobre bienes pertenecientes á la testamentaria en que deban intervenir por razon de su cargo, bajo la pena de ser castigados con pena de *inhabilitacion especial y multa* del 10 al 50 por 100 del valor del interés que hubieren tomado en el negocio. Art. 315 del Código penal.

5.^a Formar los inventarios, apreciados, cuentas y particiones de los bienes del difunto entre sus hijos menores, si estuvieren autorizados por el testador; pero con la obligacion de presentar las diligencias al juez para su aprobacion, las cuales han de protocolizarse en los oficios del juzgado. Ley 10, tít. xxi, libro x, Novís. Recop. (6).

Para el ejercicio de estas facultades deben, siendo muchos los nombrados, concurrir todos si pudieren; mas si no pudieren

(1) Art. 728.

(2) Art. 729, núm. 1.^o

(3) Art. 729, núm. 2.^o

(4) Art. 729, núm. 3.^o

(5) Art. 730.

(6) Art. 732.

ó no quisiesen intervenir valdrá lo que hagan los que las ejercieren, aunque sea uno solo. Así se halla dispuesto en la ley 6.^a, tít. x, Part. 6.^a (1): añadiendo á ello los autores que, aun sin esta disposicion, deberá observarse lo mismo cuando á cada uno de los nombrados se les hubiera conferido *in sólido* esta facultad.

Tales son en general las atribuciones de los albaceas: veamos cuáles son sus obligaciones.

§. V.

Obligaciones de los albaceas.

Además de haber de observar los albaceas lo que disponen las leyes al hacer uso de las facultades que les competen, tienen tambien otras obligaciones que cumplir, las cuales para el mejor órden se dividirán en dos clases, á saber: unas que consisten en hacer, y otras que no son sino prohibiciones.

Las que consisten en hacer son las siguientes:

1.^a Cumplir la voluntad de los testadores en los mismos términos que se espresaron, como dice la ley 3.^a, tít. x, Partida 6.^a, y entregar al juez dentro de un mes el testamento terrado, si lo tuvieren en su poder, bajo la pena de perder la manda que se les hubiere dejado. Ley 5.^a, tít. xviii, lib. x, Novis. Recop.

2.^a Hacer inventario, cuando fueren nombrados para invertir y distribuir toda ó parte de la herencia en objetos pios ó de pública utilidad; pues no siendo así, solo están obligados á hacerlo si el testador lo hubiere ordenado ó los herederos lo consintieren, segun enseñan los autores (2).

3.^a Dar cuenta de su encargo al heredero ó al juez, en caso de ser nombrados albaceas universales para la inversion ó distribucion de todos los bienes, como en la práctica se halla admitido (3).

Como consecuencia de estas obligaciones, se les prohibe:

1.^o Conmutar lo dejado para causas pias en otros usos, aunque sean mejores, á no ser en caso de necesidad y con au-

(1) Art. 736.

(2) Art. 733.

(3) Art. 737.

torizacion del obispo. Conc. Trid., Sess. 22 de reform., capitulo 6.º

2.º Demandar judicial y estrajudicialmente los bienes al heredero para pagar los legados, escepto en los casos siguientes: 1.º, en las mandas piasos y en las de alimentos: 2.º, cuando se legó una cosa á otro juntamente con ellos: 3.º, si el testador les concedió esta facultad. Fuera de estos casos pertenece solo á los legatarios reclamar los legados del heredero. Ley 4.ª, tit. x, Part. 6.ª

3.º Delegar su encargo sin espresa autorizacion del testador, por razon de estar elegida en este caso la industria de la persona, como dicen los intérpretes del derecho (1).

Todas estas obligaciones, unidas á las facultades espresadas, constituyen el cargo de albacea, el cual deberá cumplirse en el tiempo mas breve posible, si no lo hubiere señalado el testador, ó en su defecto en el que señala la ley.

§. VI.

Término en que deben cumplir los albaceas su encargo, y penas contra los morosos.

Los albaceas deben cumplir su encargo en el tiempo que les prefijó el testador, aun cuando sea mayor que el señalado por la ley: mas si no les prefijó tiempo alguno, deberán evacuarlo lo antes posible, ó cuando mas, dentro de un año contado desde que falleció. Ley 6.ª, tit. x, Part. 6.ª (2).

Cuando por malicia ó negligencia no cumplen su encargo, si despues de haber sido amonestados dieran aun lugar á ser removidos por esta causa, perderán lo que el testador les hubiere dejado, entendiéndose, en caso de ser alguno de ellos hijo del testador, de solo lo que no pertenece á su legitima, como dispone la ley 8.ª del título citado, lo cual se observará asimismo en cuanto á los demás herederos forzosos.

Disputan los autores sobre la clase de juez que, en caso de no cumplir los albaceas su encargo, pueda apremiarles á su cumplimiento. Si atendemos á lo dispuesto en la ley 7.ª, tit. x, Part. 6.ª, no cabe duda que solo los obispos son los

(1) Art. 738.

(2) Art. 735.

jueces competentes para este objeto, si bien algunos lo limitan á lo concerniente á obras pías, porque solo de esta clase de disposiciones son ejecutores dichos prelados en los casos prescritos en derecho, segun espresa el Concilio de Trento, Sess. 22 de reform., cap. 8.º

Mas si atendemos á que la ley 13, tit. xx, lib. x, Novísima Recopilacion, dispone que las justicias Reales son las que hayan de compeler á los obligados á invertir el quinto de los bienes por el alma del difunto á quien se sucede, cuya inversion nadie puede dudar que sea una obra pía, y si además se atiende á que esto mismo lo declaran las leyes 14 y 15 siguientes con palabras mas terminantes que la ley anterior, nos parece que ha de haber quedado derogada en esta parte la ley de Partidas antes citada, y por consiguiente que aunque á los obispos pertenezca el informarse del cumplimiento de las disposiciones pías de los testamentos, sin embargo, en lo perteneciente á haber de apremiar á los herederos ó encargados á que lleven á ejecucion lo dispuesto en el testamento, están muy terminantes las leyes recopiladas para que pueda dárseles otra interpretacion

Los que deseen mayor instruccion pueden consultar al señor conde de la Cañada, en su Tratado de recursos de fuerza, cap. 2.º

Si apremiados los albaceas para el cumplimiento de su encargo no lo verificaran dentro del tiempo que nuevamente se les designare, deberán ser removidos del cargo, terminando desde luego su oficio, por ser esta una de las causas por qué cesa este, de las que se tratará en el párrafo siguiente.

§. VII.

Por qué causas se acaba el oficio de albacea, y sus efectos.

Además de acabarse el oficio de albacea por haber sido removido cuando siendo amonestado para que cumpliera su encargo no lo hiciese en el tiempo señalado, segun dispone la ley 8.ª, tit. x, Part. 6.ª, se acaba tambien por las causas siguientes:

1.ª Por la muerte del albacea, no pasando á los herederos este encargo por ser personalísimo, aunque podrán ser deman-

dados por la responsabilidad en que aquel hubiere incurrido, así como les serán satisfechos los gastos que sus habientes causa hubieren hecho en su desempeño.

2.^a Por imposibilidad física ó moral.

3.^a Por remocion en virtud de justa causa.

4.^a Por estar evacuado el encargo ó haber cesado el motivo por el que se le nombró (1).

Algunos añaden á estas causas la revocacion que haga el testador de su nombramiento, cuya causa la omitimos por ser impropio que acabe el oficio que nunca empezó.

La cesacion en todos estos casos no produce unos mismos efectos, pues, segun hemos visto en el párrafo anterior, si lo ha sido por haber sido removidos cuando hubieren dejado trascurrir el tiempo prefijado sin evacuar su encargo, pierden lo que se les hubiere dejado por el testador, segun la ley 8.^a, tít. x, Part. 6.^a: y lo mismo nos parece que debé entenderse cuando la remocion hubiere sido por alguna justa causa, como ser sospechosos de fraude, ó haber estado enemistados con el testador sin haberse reconciliado antes de su muerte.

En los demás casos percibirán lo que el testador les hubiere dejado, lo cual, si fué dado á todos conjuntamente, deberán partirlo con igualdad ó en la forma prevenida por él; y en caso de fallecer alguno de ellos sin haber empezado el encargo ó no habiéndolo aceptado, acrecerá á los demás con la misma proporcion (2).

Algunos son de parecer que los albaceas tienen derecho á una retribucion, cuando nada les hubiere señalado el testador: pero á nosotros nos parece mas seguro lo contrario, fundados en la naturaleza del contrato que se celebra entre el testador y el albacea, que, no siendo otro sino un mandato, el cual por su esencia es gratuito, es consiguiente que por el mismo hecho de aceptarlo quede obligado el albacea á desempeñarlo graciosamente, cualquiera que sea su estension y el tiempo de su duracion, si bien es cierto tiene derecho á ser reintegrado de los gastos y daños causados en su desempeño (3).

Tal ha sido siempre nuestra opinion, que nos alegramos

(1) Art. 738.

(2) Art. 740.

(3) Artículos 739 y 744.

ver confirmada y declarada en el proyecto del nuevo Código, la cual, como no excluye los pactos en contrario, se deberá, no obstante, estar en su caso á los que se hubieren celebrado entre el albacea y testador.

Todas las disposiciones que contienen los testamentos, en tanto deberán cumplirse en cuanto no hubiesen estos perdido su fuerza por alguno de los modos ó causas que espresa el derecho; y por lo mismo interesa saber cuáles sean estas causas y sus efectos.

§. VIII.

Modos de perder su fuerza las últimas voluntades.

Por las leyes de Partidas perdian su fuerza las últimas voluntades por las mismas causas que las designadas en derecho romano: pero como aun antes de la publicacion del Ordenamiento de Alcalá, en que recibieron autoridad las referidas leyes, ya se habian hecho notables innovaciones en muchas de sus doctrinas, se hace preciso advertir que no todos los modos por los cuales espresaron las Partidas que perdian su fuerza las últimas voluntades nos pueden servir de norma en esta materia, sino solo aquellos que no están en contradiccion con las doctrinas de las leyes posteriores.

Para determinar, pues, con facilidad los que hoy dia se reconocen como tales, los dividiremos en dos clases, á saber: unos por los que se invalidan totalmente los testamentos, y otros por los que solo se rescinden en cuanto á la institucion de heredero, quedando subsistentes los demás capítulos.

Empezando por los de la primera clase, aunque son dos generalmente los casos que proponen los autores por los cuales se invalidan totalmente los testamentos, el mas frecuente ú ordinario es el que se verifica por la revocacion espresa ó tácita que hace el testador de los que anteriormente habia otorgado, en virtud de la facultad que le conceden las leyes de variar sus disposiciones testamentarias hasta su muerte, por mas que hubiera prometido ú obligádose á no alterarlas. Ley 25, tít. 1, Part. 6.^a (1).

(1) Art. 717.

Se entiende revocado *espresamente* un testamento cuando, habiendo hecho el testador otro posterior perfecto, ó con las solemnidades necesarias, declara que quiere se tenga por revocado el anterior, y no existen por otra parte motivos para suponer que haya de valer el primer testamento á pesar del segundo, como sucede en los casos siguientes:

1.º Cuando el testador revoca despues el posterior y declara que valga el primero. Ley 25, id. (1).

2.º Cuando el segundo testamento fué hecho en virtud de una falsa causa, como, si creyendo el testador que habia muerto el heredero instituido en el primero, hiciese el segundo para proceder al nombramiento de otro: si bien debemos advertir que, aun cuando en tal caso vale el primer testamento, subsisten, sin embargo, las mandas dejadas en el segundo. Ley 21 del citado título (2).

3.º Tambien valdrá el primer testamento á pesar de otro posterior perfecto que contenga revocacion del anterior, si en el primero se habian instituido los hijos por herederos y no se hiciese mencion espresa de esta circunstancia en el segundo. Ley 22 del mismo título.

4.º Vale igualmente el primero cuando, habiéndose otorgado este con cláusulas derogatorias generales ó especiales de otro que de nuevo apareciera, no se hiciera mencion de estas cláusulas en el posterior. Ley 22, id.

Algunos autores observan sobre este último caso, que la ley citada, en que apoyan los prácticos esta doctrina, no dice espresamente que para revocarse el primero haya de hacerse en el segundo mencion específica de las cláusulas derogatorias que aquel tuviere, y por lo mismo son de parecer que hasta que el testador declare en general que á pesar de las palabras que dijera en el primero de que quedaran derogados cualesquiera otros testamentos, era su voluntad que valiera este último.

Como quiera que sea, semejantes cláusulas, por las que prohíbe el testador que valga otro testamento, no solamente quedan sin efecto cuando en el testamento posterior se hace mencion espresa de ellas, sino que ni tampoco impiden el que

(1) Art. 720.

(2) Art. 721. (1)

se presenten las demandas de nulidad que pudieran oponerse, ni las relativas á la interpretacion que se crea puede darse á la voluntad del testador, como resuelven los prácticos, y se halla declarado en el nuevo Código (1).

El segundo caso por el que se invalidan totalmente los testamentos, es: rompiéndolos á sabiendas el otorgante, ó borrando las firmas, ó arrancando las obleas ó lacres que los cerrasen, como espresa la ley 24, tít. 1, Part. 6.^a

Aunque de las palabras de esta ley se infiere á no dudar que se trata en ella de los *testamentos cerrados*, sin embargo, como pudiera creerse, como algunos han afirmado, que se estiende tambien este efecto á los *testamentos nuncupativos* cuando el testador, teniendo en su poder la copia de la escritura, hiciera en ella las indicadas demostraciones, debemos sentar que solo ha de entenderse este modo de invalidarse en cuanto á los *testamentos cerrados*, y no en cuanto á los *nuncupativos*, en razon á que quedando estos en el protocolo del escribano si se hicieron con asistencia de este oficial, siempre existe intacta la disposicion testamentaria, aun cuando se rompiere la copia que se hubiera sacado, á no ser justificándose que al destruirla ó romperla habia tenido intencion el testador de revocar su testamento.

Tales son los modos de invalidarse totalmente los testamentos: pasemos ya á ver cuáles son aquellos por los que solo pierden su fuerza en cuanto á la institucion de heredero, quedando subsistentes los demás capítulos que contienen.

§. IX.

Casos en que los testamentos pierden su fuerza en cuanto á la institucion de heredero.

Se invalidan los testamentos en cuanto á la institucion de heredero, en los casos siguientes:

1.º Cuando teniendo el testador herederos forzosos y no habiéndolos desheredado, hubiera instituido en su lugar á los estraños, segun manifestamos ya en el párrafo VII de la leccion anterior.

(1) Art. 722.

(1)

2.º Cuando despues de hecho el testamento, ó despues de fallecimiento del testador, le hubiera nacido un hijo del cual no habia hecho mencion en él, segun espresa la ley 20, tit. 1, Part. 6.ª; pues en tal caso el *póstumo*; que así se llama este hijo, entra á participar de la legitima con los demás hermanos, rompiendo el testamento en cuanto á la institucion, pero no en cuanto á las demás partes que contiene.

Así se infiere tambien de la ley 1.ª, tit. xviii, lib. x, Novísima Recopilacion, en la que disponiéndose por punto general que valgan los testamentos en cuanto á las mandas y demás que contienen, aunque el testador no haya hecho en ellos heredero alguno; se dá bastante á entender que, si por no nombrar á ningun heredero el testador no dejan de valer las mandas y demás partes del testamento, otro tanto debe suceder cuando no ha nombrado ó no ha hecho mencion del *póstumo*.

3.º Se invalidan igualmente con respecto á los herederos, y aun tambien con respecto á los legatarios, en todos aquellos casos en que los nombrados no pudieran percibir la herencia ó el legado, ó por haber muerto antes que el testador, ó no haber cumplido la condicion de que dependia la existencia de la herencia ó del legado, ó por haber caducado la manda por cualquiera de las causas espresadas en el párrafo XI de la leccion 15, ó finalmente por la incapacidad ó indignidad de los herederos, segun los casos anotados en los párrafos IV y V de la leccion 13 (1).

4.º Ultimamente, se invalidan por la querrela de inoficioso testamento, si se hubiere sentenciado la causa á favor de los que propusieron esta queja, cuya naturaleza y requisitos para poderse utilizar examinaremos en el siguiente párrafo.

§. X.

Qué se entiende por queja de testamento inoficioso, quién puede intentarla y dentro de qué tiempo.

Llámase querrela de inoficioso testamento *la accion que los herederos forzosos injustamente desheredados, y los hermanos postergados á personas de mala vida proponen ante el*

(1) Artículos 723, 724 y 725.

juez pidiendo la rescision del testamento inoficioso, ó hecho contra los oficios de piedad que mutuamente se deben estas personas y el testador. Ley 1.^a, tit. VIII, Part. 6.^a

De esta definicion resulta, que pueden intentar esta queja:

1.^o Los ascendientes y descendientes desheredados por una falsa causa, cuya certeza en su caso incumbe probar al heredero instituido. Leyes 8.^a, 10 y 12, tit. VII, Part. 6.^a

2.^o Los hermanos desheredados en la propia forma, pues aunque no siendo herederos forzosos no hay necesidad de desheredarles para que dejen de percibir la herencia, sin embargo, atendiendo á la injuria que se les hace por la espresada desheredacion, podrán intentar en tal caso dicha queja, lo mismo que cuando habiendo sido preteridos se les hubiera preferido una persona de mala vida. Ley 2.^a, tit. VIII, Part. 6.^a

Esta accion se dá por el tiempo de cinco años, contados desde que el heredero instituido entró en la herencia; de modo que si el desheredado callase en todo este tiempo, pierde su accion, á no ser que fuese menor de veinticinco años, que entonces tendrá para intentarla todo el tiempo que le quede de la menor edad y cuatro años despues. Ley 4.^a del mismo título.

Tambien se pierde ó cesa esta accion cuando el desheredado aprueba el testamento espresa ó tácitamente, como si recibiera para sí ó para otro alguna manda que en él se legaba, ó en clase de abogado ó de procurador defendiera su validez en juicio, ó consintiera en él de cualquiera otra manera semejante á estas como espresa la ley 6.^a, tit. VIII, Part. 6.^a

Finalmente, no hay lugar á esta queja cuando el padre deja al hijo su parte legitima como heredero, instituyendo á otro, aunque sea extraño, en los bienes restantes de que puede disponer; ni tampoco cuando habiéndole señalado una cantidad por su legitima, fuese esta menor que la que le compete por dicho título: porque en el primer caso obra el padre dentro de los límites del derecho, y en el segundo le queda al hijo la accion para reclamar lo que le falte hasta su complemento. Ley 5.^a del mismo título.

Sin embargo, podrá intentarse esta accion si dejando al hijo su legitima á título de legado no la aceptase este, ó aun aceptándola protestara que le debia quedar salva la querella, como añade la citada ley.

Si ha de darse tambien esta accion á los desheredados sin expresion de causa, ó es el remedio de nulidad el que compete en este caso, es una cuestion muy debatida entre los intérpretes del derecho romano.

Por lo que á nosotros toca, aunque confesamos que no ofrece esta cuestion el mismo interés que entre aquellos, porque ora se intente la querella, ora la nulidad, el resultado en uno y otro caso es el de anularse ó rescindirse la institucion subsistiendo los demás capitulos del testamento, no obstante, como de ser una ú otra la accion que corresponda existe una notable diferencia en cuanto al tiempo de su duracion, y por otra parte, es un principio admitido que el remedio ordinario, como lo es el de la nulidad, ha de preferirse en competencia del extraordinario, como lo es el de la querella, opinamos que, estando decidido por las leyes 10 y 11, tít. vii, Part. 6.^a, que sea nula la desheredacion hecha sin expresion de causa, debe pedirse la nulidad, mas bien que intentarse la querella de inoficioso testamento.

Con lo dicho hasta aquí nos parece haber comprendido y explicado las materias mas principales relativas al *derecho hereditario* cuando este es producido en virtud de un testamento; pasemos ya á examinar las que se refieren á este mismo derecho cuando se verifica por disposicion de la ley.

LECCION DECIMANONA.

DE LA SUCESION INTESTADA.

Resumen.

§. I. Razon del método.—§. II. Principios en que se funda la sucesion intestada.—§. III. Casos en que tiene lugar.—§. IV. Modos en general de suceder *ab-intestato*.—§. V. Cómo se sucede en la línea recta de descendientes.—§. VI. Cuál es el orden establecido en la línea de ascendientes.—§. VII. Cómo se sucede en la línea colateral.—§. VIII. Doctrina sobre la cuarta marital.

§. I.

Razon del método.

Hasta de ahora hemos considerado el derecho hereditario como un modo universal de adquirir los bienes por voluntad espresa del difunto, ó como una especie de derecho en la cosa que proviene de la misma causa.

Mas como no solamente se conoce este modo de suceder, sino que además hay otro establecido por la ley para el caso en que el hombre no hubiere dispuesto de sus bienes, ó para el que, aun habiendo dispuesto, no puede llevarse á efecto su disposicion, ó fué esta incompleta en alguna de sus partes, el orden pide que nos ocupemos, aunque brevemente, del exámen de las disposiciones relativas á esta clase de sucesion.

Su utilidad se deja conocer desde luego si se atiende á que con ella se suple la imposibilidad ó descuido del hombre en haber arreglado sus cosas en estado de sanidad, y se consigue que vayan á parar sus bienes á las mismas personas á quienes por un cálculo prudencial se cree que los hubiera dejado el difunto si hubiera dispuesto de ellos para despues de su muerte.

Interesa, pues, saber los medios de que se ha valido el legislador para conseguir este objeto, así como los principios que le han servido de guia para decidir de la herencia del que ha fallecido sin testamento, lo cual será la materia principal de

esta lección, en la que, después de sentar los principios que sirven de base para la sucesión intestada, y de señalar los casos en que tiene lugar, se recorrerán los diferentes órdenes de suceder establecidos por la ley, determinando las personas que en cada uno de ellos se comprenden.

§. II.

Principios en que se funda la sucesión intestada.

Las leyes civiles de todas las naciones, después de fijar el derecho de propiedad y de hacerle comunicable mediante los contratos que los hombres celebran entre sí, le hicieron también trasmisible en el instante de la muerte, abriendo así la puerta á los testamentos en los que determina el testador las personas á quienes quiere que pasen sus bienes después de su muerte.

Mas como pudiera suceder que el hombre falleciese sin poder espresar cuál fué su voluntad, y de dejarle abandonado la ley en esta época fatal pudieran ocasionarse notables perjuicios en daño del público y de los particulares, para evitarlos creyó el legislador que debía intervenir de oficio en la distribución de los bienes del difunto, y designar de antemano las personas que habian de suceder, á fin de quitar todo pretesto de arbitrariedad de parte de aquellos que se juzgasen con derecho á los bienes vacantes, por una mala interpretación de la voluntad de su dueño.

Así se halla observado en todas las naciones con aplauso general; no pudiendo nadie dudar de la utilidad que presenta este título de sucesión, por mas que en cuanto á la designación de las personas que hayan de gozar de este beneficio aparezca alguna diversidad en la legislación de las respectivas naciones.

La que rige en España nos parece muy acertada con muy pocas excepciones, porque con ella no se hace mas que secundar la voluntad del difunto, el cual es de presumir que si hubiera otorgado testamento hubiera guardado el mismo orden de llamamientos que el que ha establecido la ley para el caso de morir sin haber dispuesto de sus bienes.

Esta presunción que tiene la ley, se halla fundada en la natural inclinación del hombre de dispensar favores y beneficios á las personas á quienes mas afecto profesa; y como la experien-

cia enseña que generalmente es mayor el afecto que se tiene á los hijos que á los padres, y mayor el que se profesa á estos que á los demás parientes, no ha dudado la ley, siguiendo este mismo orden de amor, en llamar para esta clase de sucesion: primero á los descendientes; faltando estos á los ascendientes, y en defecto de estos á los colaterales (1).

Como este llamamiento á suceder es supletorio, ó solo tiene aplicacion cuando no conste de la legitima voluntad del difunto, se hace preciso saber los casos en que tiene lugar esta clase de sucesion.

§. III.

Casos en que tiene lugar la sucesion intestada.

Supuesto el principio de que la sucesion intestada solo tiene lugar á falta de herederos testamentarios, segun se ha demostrado en el párrafo anterior (2), los casos en que esta circunstancia puede verificarse son los siguientes:

1.º Cuando uno muere sin testamento, ó con testamento que despues se declaró nulo, ó con testamento que, aunque válido al principio, perdió luego despues su fuerza por cualquiera de las causas espresadas en los párrafos VIII, IX y X de la leccion anterior.

2.º Cuando el testamento no contiene institucion de heredero en el todo, ó si la contiene relativamente á alguna parte de los bienes, no dispuso el testador de los restantes, segun la doctrina mas comun entre los jurisconsultos.

3.º Cuando falta el heredero á la condicion puesta en la institucion, si es que realmente se le pudo poner, ó muriere el nombrado antes que el testador, ó repudiare la herencia no habiendosele nombrado sustituto para este caso, ni constando que haya lugar al derecho de acrecer, siendo muchos los nombrados.

4.º Cuando los herederos instituidos fueren incapaces ó indignos de suceder, entendiéndose por tales los declarados como inhábiles para este objeto en los párrafos IV y V de la leccion 13.

(1) Art. 761, 764 y 767.

(2) Art. 742.

Así consta por las leyes 1.^a, tit. xiii, Part. 6.^a, y 1.^a, título xviii, lib. x, Novís. Recop., además de otras varias que aparecen citadas en las lecciones á que se refiere la doctrina contenida en los casos espresados, con la cual está conforme el nuevo Código (1).

En todos estos casos pasan los bienes á los herederos *ab-intestato*, aunque con la obligación de haber de satisfacerse las mandas y legados, segun la ley 1.^a, tit. xviii, libro x, Novís. Recop., siempre que aparecieran dejados estos en un testamento en el que, no obstante su validez, haya declarado la ley que hay lugar á la sucesión intestada.

En esta se hallan establecidas algunas reglas con el fin de evitar la confusion que pudiera originarse asi en el modo de suceder como respecto al órden que debe guardarse entre las personas llamadas á ella, de las cuales nos ocuparemos á continuacion, empezando por declarar los modos cómo se sucede en esta clase de herencias.

§. IV.

Modos en general de suceder AB-INTESTATO.

Tres son los modos de suceder *ab-intestato*, á saber: 1.^o, por *cabezas*, ó sea por *derecho propio*: 2.^o, por *estirpes* ó por *derecho de representacion*: 3.^o, por *lineas*.

Se dice que se sucede por *cabezas*, cuando siendo varios los herederos entra cada uno en la herencia por su propia persona, y no en representacion de otra, haciéndose tantas porciones del caudal hereditario, quantas sean las personas que hayan de heredar, ora procedan de la línea recta de descendientes, ora de la colateral, que son en las que tiene lugar este modo de suceder.

Se sucede por *estirpes* ó por *derecho de representacion*, cuando los parientes llamados á la herencia no entran en ella por derecho propio, sino en representacion de los derechos que tendria otro pariente ya difunto, si viviera, de modo que los que le representan no llevan todos juntos sino la parte ó

(1) Art. 743.

porcion que hubiera tocado á la persona representada, en cuyo lugar, grado y derechos se subrogan (1).

Este modo de suceder tiene siempre lugar en la línea recta de ascendientes: no lo tiene en la de los ascendientes, y en la colateral solo se admite en los hijos de hermanos cuando concurren con sus tios. Leyes 3.^a, 4.^a y 5.^a, tit. xiii, Part. 6.^a, y 2.^a, tit. xx, lib. x, Novis. Recop. (2). Esceptuase el caso de sucesion á un mayorazgo, en el que el derecho de representacion se estiende á todos los parientes de la línea colateral, como se halla dispuesto en las leyes 5.^a y 9.^a, tit. xvii, libro x, Novis. Recop.

Finalmente, suceder por *líneas*, es: heredar ó venir á una sucesion, no por *representacion* ni por *cabezas*, sino por séries de personas, cuyo modo solo tiene lugar entre los ascendientes, los cuales partirán por mitad los bienes del difunto cuando concurren ascendientes de un mismo grado de las dos líneas paterna y materna, porque si existen únicamente los de una línea, ó aun existiendo de las dos, no fueren iguales en grado, los mas próximos en uno y otro caso serán los que hereden los bienes. Leyes 4.^a, tit. xiii, Part. 6.^a (3).

Con estos antecedentes puede facilitarse el conocimiento de las otras reglas que rigen para determinar el orden de suceder *ab-intestato* en cada una de las líneas de parentesco, segun la graduacion propuesta en el párrafo II al hablar de los principios en que se funda esta sucesion; y como la línea á que la ley dá la preferencia sobre las demás es la línea recta de descendientes, empezaremos por el exámen de las disposiciones que se refieren á ella, manifestando el orden de suceder entre las personas comprendidas en la misma.

§. V.

Del orden de suceder ó heredar en la línea recta de descendientes.

Antes de entrar á manifestar el orden de heredar *ab-intestato* que establece la ley entre los parientes de esta línea, nos parece propio advertir que, teniendo derecho á suceder en

(1) Arts. 753 y 755.

(2) Art. 754.

(3) Arts. 765 y 766.

ella, no solo los descendientes legítimos, sino que aun en ciertos casos los ilegítimos, cuya circunstancia se observa asimismo en la línea recta de ascendientes y colateral, explicaremos con separacion en cada línea el derecho de sucesion con respecto á unos y otros, empezando en todas ellas por los derechos que gozan los parientes legítimos.

Sucesion ab-intestato de los descendientes legítimos.

Supuesto que la ley llama á la herencia en primer lugar á la línea recta de descendientes (1), es muy puesto en razon que tambien por esta línea hayamos de empezar nosotros á tratar del orden de heredar que se observa en ella, el cual constará por las siguientes reglas:

1.^a Muerto el padre, entran á heredar sus hijos legítimos y los considerados como tales por la ley.

2.^a A falta de alguno de los hijos, si el premuerto ha dejado descendientes, heredarán tambien estos juntamente con los demás hijos del intestado.

3.^a No existiendo ninguno de los hijos del difunto, son llamados los nietos, biznietos y demás descendientes, ocupando cada clase de estos el lugar de sus padres ó abuelos respectivos, como causantes de su derecho.

Tal es el orden de suceder en la línea recta de los descendientes legítimos, segun lo establecido en las leyes 3.^a, título XIII, Part. 6.^a, y 1.^a y 2.^a, tit. xx, lib. x, Novísima Recopilacion, en las que conviene el proyecto del nuevo Código (2); debiendo advertir que, bajo la palabra *legítimos*, se comprenden no solamente los propiamente tales, sino tambien los que han sido legitimados por subsiguiente matrimonio, como igualmente los llamados *putativos*, segun explicamos ya en el tratado 4.^o al hablar de los efectos civiles del matrimonio al final del párrafo IX de la leccion 7.^a, y en los párrafos III y IV de la leccion 9.^a, seccion 1.^a, que trata de la legitimacion.

Todas estas personas comprendidas bajo la palabra *legítimos*, son las que suceden segun el orden que hemos propuesto, sin hacer distincion en unos y otros de varones ó hembras, ni de nacidos antes de la muerte del padre ó despues de esta,

(1) Art. 761.

(2) Art. 751.

no siendo abortivos, como esplicamos ya en la leccion 3.^a, párrafo III, tratado 1.^o, ni de emancipados ó que todavía estén bajo la patria potestad, ni finalmente, de uno ó mas matrimonios, cuando se tratare de la sucesion del padre ó madre comun: pero no se hallan comprendidos entre ellos los legitimados por rescripto del rey, los cuales no podrán suceder mientras haya hijos legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio, escepto si se tratase de suceder á los colaterales, en cuyo caso pueden concurrir con los hijos legítimos, segun dispone la ley 7.^a, tit. xx, lib. x, Novis. Recop., y manifestamos ya en el párrafo VI de la leccion 9.^a, seccion 1.^a, tratado 1.^o

En esta linea puede sucederse, tanto por *cabezas* como por *estirpes*, segun notamos en el párrafo anterior, y por lo mismo será necesario espresar los casos en que tiene lugar uno ú otro modo, lo cual podrá comprenderse por las dos siguientes reglas:

1.^a Los hijos del difunto le heredan por *cabezas* ó por su propio derecho y en partes iguales.

2.^a Los nietos y demás descendientes, ora concurren con los de grado mas próximo, ora sean todos de un mismo grado, le heredarán por *estirpes* ó por representacion, percibiendo el representante ó representantes la porcion que el representado heredaria, si viviera, la cual, en caso de ser varios los que por esta causa sucedan, se la dividirán entre sí por iguales partes, como espresa la ley 3.^a, tit. xii, Part. 6.^a, y confirma el nuevo Código (1).

Un ejemplo pondrá mas en claro esta doctrina.

Muere intestado *Pedro*, que tuvo dos hijos: si los dos le sobreviven, aun cuando tengan uno y otro descendientes, le heredarán solo los dos hijos, dividiéndose la herencia por mitad. Asi lo dá á entender el número 1.^o de las reglas que se han sentado al principio de este párrafo.

Si vive solo un hijo y el premuerto ha dejado uno ó mas nietos del intestado *Pedro*, heredarán estos juntamente con el otro hijo superstite de *Pedro*, haciéndose por lo mismo dos partes de la herencia, á saber: una para el hijo de este y la

(1) Artículos 755, 762 y 763.

otra para los nietos, que se la dividirán entre sí por partes iguales. Así se colige del núm. 2.º de dichas reglas.

Si han muerto los dos hijos de *Pedro* y quedan nietos de uno y otro, ó nietos de uno y biznietos del otro, se harán tambien dos partes, que se dividirán por mitad entre los nietos de uno y otro hijo, ó entre los nietos de un hijo y los biznietos del otro, porque en los grados posteriores al primero siempre se hereda por derecho de representacion. Núm. 3.º, id.

Sin embargo, algunas veces podrá suceder que los nietos ó biznietos sucedan por cabezas; como lo será en el caso en que los hijos de primer grado hubieren sido declarados indignos de suceder ó hubieren repudiado la herencia.

La razon es, porque no habiendo en ninguno de estos casos derechos que representar, no pueden venir á la herencia los nietos ó biznietos en representacion de sus padres, sino en calidad de parientes mas próximos. No hay ley que así lo establezca: pero así se deduce de la doctrina que se ha sentado para determinar el orden de sucesion entre los descendientes legítimos, en la cual está conforme el nuevo Código (1).

Sucesion intestada de los descendientes ilegítimos.

Siguiendo el orden de heredar en la línea de descendientes, podremos considerar comprendidos los derechos de sucesion con respecto á los ilegítimos en las dos siguientes reglas:

1.ª Que solo en defecto de hijos legítimos y de legitimados por subsiguiente matrimonio, entran á heredar los ilegítimos que fueren legitimados por rescripto del rey; si bien con respecto á los bienes de los demás parientes y en cuanto á las honras y preeminencias que gozan los hijos legítimos, sucederán juntamente con estos, segun dispone la ley 7.ª, tit. xx, lib. x, Novis. Recop.

Si para el efecto de heredar á sus padres y abuelos á falta de hijos legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio, es necesario que la legitimacion se haya concedido con la cláusula de heredar, véase lo que dijimos en el párrafo VI, leccion 9.ª, seccion 1.ª, tratado 1.º

2.ª Que á falta de hijos legitimados por rescripto del rey,

(1) Art. 752.

sucedan los demás ilegítimos no incapacitados para ser herederos, según lo manifestado en el párrafo IV de la lección 13 de este tratado: pero como en virtud de la dificultad de ser conocido su padre, lo cual no sucede con respecto á la madre, no es uno mismo el derecho de sucesion que les conceden las leyes, será preciso espresar con separacion el que compete tanto con respecto á la madre, como con respecto al padre.

Derechos de los ilegítimos con respecto á la madre.

Supuestas las dos reglas anteriores, y tratándose de la sucesion de los ilegítimos con respecto á su madre, diremos que es tan ámplio este derecho que solo habiendo legítimos ó legitimados de cualquiera clase, es como quedan escludidos los demás que todavía fueren ilegítimos.

No existiendo, pues, aquellos, heredarán á su madre aun cuando tenga esta ascendientes legítimos, los hijos *naturales*, y tambien los *espúreos* hábiles para heredar, por su *orden* y *grado*, según lo dispuesto en la ley 5.^a, tít. xx, lib. x, Novis. Recop.; entendiéndose por las palabras por su *orden* y *grado* que usa esta ley el que, concurriendo hijos de las dos clases espresadas, sean preferidos los *naturales* á los *espúreos*, así como entre varios de los de cada clase, se entiende que han de preferirse los de grado mas próximo en los mismos términos que los manifestados respecto á los descendientes legítimos.

Derechos de los ilegítimos con respecto al padre.

Con respecto al padre son mas limitados sus derechos, consistiendo estos: 1.^o, en que á falta de hijos legítimos y legitimados, aunque tuviere el padre ascendientes, pueden suceder solo los hijos *naturales* reconocidos, en la sesta parte de la herencia, como dispone la ley 8.^a, tít. xiii, Part. 6.^a, cuya porcion han de partir con su madre natural, sin que pueda impedirlo la viuda del difunto, según la aclaracion de la ley siguiente; y 2.^o, que en el caso de no tener el padre ni descendientes, ni ascendientes, ni colaterales hasta el cuarto grado, hayan de suceder en toda la herencia, como se halla dispuesto en la ley de 9 y decreto de 16 de Mayo de 1835.

Tales son los derechos de los ascendientes ilegítimos con respecto á la sucesion intestada, los cuales pueden completarse

con lo dicho en los párrafos II y IV de la lección 13 de este tratado.

§. VI.

Del orden de heredar en la línea recta de los ascendientes.

El segundo lugar en el orden de suceder *ab-intestato* lo ocupan los ascendientes, no solo por la razón del mayor afecto que se tiene generalmente á ellos sobre los demás parientes colaterales, segun indicamos en el párrafo II, sino que tambien porque la herencia que en su caso les defiere la ley puede considerarse como una indemnizacion de los gastos que hicieron en sus hijos, ó como una recompensa y acto de reconocimiento por los cuidados y molestias que sobrellevaron en su educacion.

Bajo este supuesto, pasaremos á determinar las personas comprendidas en este orden de sucesion, distinguiendo tambien entre ascendientes legítimos é ilegítimos, como lo hemos hecho con los descendientes en el párrafo anterior.

Reglas para la sucesion de ascendientes legítimos.

Las reglas que han de observarse en esta clase de sucesion, son las siguientes:

1.^a A falta de hijos y demás ascendientes del difunto, le heredarán los ascendientes con absoluta exclusion de los colaterales, segun consta por las leyes 1.^a y 2.^a, tit. xx, lib. x, Novís. Recop., con las cuales quedó derogada la ley 4.^a, título xiii, Part. 6.^a, que llamaba á esta sucesion á los hermanos y sobrinos del difunto juntamente con los ascendientes del mismo (1).

2.^a Si existen padre y madre del difunto, le heredarán por partes iguales; pero si solo existe uno de ellos, el que exista heredará todos sus bienes, con exclusion de los abuelos ó padres del premuerto, por no tener lugar en esta línea el derecho de representacion, y haberse de atender solo á la proximidad del grado, segun espresa la ley 4.^a, tit. xiii, Part. 6.^a (2).

3.^a A falta de padre y madre del difunto le heredarán los

(1) Art. 764.

(2) Art. 765.

demás ascendientes mas próximos en grado y en partes iguales aunque sean de distintas líneas (1): de modo que si viviesen los dos abuelos paternos y los dos maternos, se harán dos partes, una para cada línea, y otro tanto ha de observarse si viviera, por ejemplo, solo uno materno y los dos paternos, ó al contrario. Mas si existieren abuelos de una línea y bisabuelos de la otra, solo los mas próximos, que son los abuelos, heredarán al nieto, del mismo modo que entre los descendientes son preferidos los de grado mas inmediato, segun se dijo en el párrafo anterior.

4.^a En ninguno de los casos indicados se hará separacion de bienes paternos y maternos para adjudicarlos á la línea de su procedencia, sino que todos ellos formarán una masa comun, que heredarán indistintamente los ascendientes en los términos que hemos manifestado.

Se exceptúan de esta regla aquellas poblaciones en donde esté en uso el *fuero de troncalidad*, que consiste en haber de volver los bienes al tronco ó raíz de donde procedan, segun dispone la ley 1.^a, tít. xx, lib. x, Novis. Recop.; pero para ello deberá probar el que lo alega el estar en observancia en su población, como por regla general lo establece así para toda clase de *fueros* la ley 3.^a, tít. II, lib. III, Novis. Recop.

Este modo de suceder con arreglo á *fuero*, nos parece que solo ha de entenderse en la sucesion intestada y no en la testada; pues de lo contrario se impediria al testador la libertad de testar, y habrian de considerarse como vinculados dichos bienes: debiendo advertir, por conclusion de las reglas que han de observarse en la sucesion de los ascendientes legitimos, que en el caso de aplicarse el *fuero de troncalidad*, no ha de entenderse á otros bienes que á los raices, ora se hayan heredado del abuelo, ora del padre, como se deduce de la ley 10, tít. VI, lib. III del Fuero Real.

Reglas de sucesion en los ascendientes ilegítimos.

No habiendo ascendientes legitimos, entran á heredar al difunto los ilegítimos en la misma manera que los descendientes.

(1) Art. 766.

tes ilegítimos heredan á sus ascendientes , como espresó la ley 8.^a, tit. xiii, Part. 6.^a

Mas como esta ley solo presenta el principio que sirve de base á esta sucesion, sin hacer de él ninguna aplicacion, será preciso que digamos brevemente lo que con arreglo á él deba observarse en la sucesion de los ascendientes ilegítimos.

Así, pues, habiendo sentado la citada ley que al hijo natural le suceden su padre y madre en los mismos términos que aquel á estos, estableceremos como consecuencia de este principio las siguientes reglas:

1.^a Que si el difunto fuese hijo espúreo, solo la madre es la que heredará todos sus bienes, aun viviendo el padre, por no ser aquel heredero de este, segun ya hemos manifestado.

2.^a Si fuere hijo natural reconocido y viven el padre y la madre, heredará esta las cinco partes de la herencia, y la otra sesta el padre.

3.^a No viviendo el padre del hijo natural lo heredará todo la madre; pero no lo heredará todo el padre no viviendo la madre, si nos hemos de acomodar al derecho de reciprocidad y á lo que prescribe la ley 12, tit. xiii, Part. 6.^a, por disponerse en ella en este caso que pasen los bienes del hijo natural á los herederos de parte de madre, quedándose solo el padre con la sesta parte.

§. VII.

Del orden de heredar en la linea colateral.

Consultando las leyes la causa que mueve á los hombres á dispensar á otros sus favores y beneficios, la cual no es otra que el afecto ó cariño, y teniendo en consideracion que este es mayor ó menor segun sea la proximidad del parentesco, como generalmente lo demuestra la esperiencia, han llamado á la sucesion intestada en defecto de descendientes y de ascendientes á los parientes colaterales, colocándolos en el tercer orden de suceder, segun se dijo ya en el párrafo II.

En esta sucesion no ha sido siempre una misma la estension que le han dado las leyes. En el Fuero Juzgo se estendia hasta el sétimo grado, como consta de la ley 11, tit. ii, lib. iv de este Código. La legislacion de Partidas la estendió hasta el

décimo grado, según la computación civil, añadiendo que, en defecto de personas comprendidas en este grado, sucediera el cónyuge sobreviviente, y á falta de este el Estado, como puede verse en la ley 6.^a, tít. xiii, Part. 6.^a Finalmente, las leyes recopiladas derogaron esta disposición, reduciendo la sucesión *ab-intestato* en dicha línea hasta el cuarto grado, según el artículo 7.^o de la instrucción que acompaña á la ley 6.^a, tít. xxii, lib. x, Novís. Recop.

Esta diversidad de legislación, y las varias cuestiones promovidas con motivo de no haber espresado la ley recopilada la clase de computación según la que había de entenderse el cuarto grado que señala, ni aparecer en ella tampoco espresamente derogado el derecho de los cónyuges á suceder mutuamente á falta de los parientes colaterales, según se hallaba establecida por las leyes del Fuero Juzgo y de Partidas citadas, dieron lugar á la ley de 16 de Mayo de 1835, por la que se fijó de un modo claro y terminante la jurisprudencia que hubiera de regir en esta clase de sucesión.

En ella se dispone que, á falta de descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado, sucedan con preferencia al Estado:

1.^o Los hijos naturales legalmente reconocidos y sus descendientes por lo respectivo á la sucesión del padre, y sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos para suceder á la madre.

2.^o El cónyuge no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo del fallecimiento, con la condición de que á su muerte hayan de volver los bienes raíces de abolengo á los colaterales.

3.^o Los colaterales desde el quinto hasta el décimo grado inclusive, computados civilmente al tiempo de abrirse la sucesión.

De este modo es como se ha fijado el orden general de la sucesión intestada por la mencionada ley, y puesto que en nada se altera lo que hemos sentado acerca del orden de suceder en la línea recta de descendientes y ascendientes, solo falta que veamos el orden y modo de verificarlo en la de los parientes colaterales, así legítimos como ilegítimos, según venimos observando.

Reglas para la sucesión de los parientes colaterales legítimos.

El orden y modo de suceder estos parientes puede comprenderse en las reglas siguientes:

1.^a Muerto uno sin descendientes ni ascendientes en los términos manifestados en los párrafos anteriores, le heredarán los hermanos enteros ó de doble vínculo, reputándose por tales á los que sean de un mismo padre y madre con el difunto, los cuales dividirán entre sí la herencia en tantas partes cuantos sean ellos en número, por razon de suceder estos por *cabezas*, como dispone la ley 5.^a, tit. xiii, Part. 6.^a (1).

2.^a Si hubiere muerto alguno de los hermanos enteros anteriormente al intestado, y hubiera dejado hijos, sucederán estos juntamente con los otros hermanos que sobrevivan, representando á su padre, y dividirán entre sí por partes iguales la porcion que á este hubiese tocado si viviese, por suceder en este caso los hijos del hermano del intestado, por derecho de representacion. Ley 5.^a citada (2).

3.^a No existiendo ningun hermano entero ó de doble vínculo, sucederán los sobrinos ó hijos de los hermanos premuertos, haciéndose tantas partes de la herencia cuantos fueron los sobrinos, por suceder entonces por *cabezas*, segun se dispone en la misma ley.

4.^a Faltando hermanos enteros y sus hijos, entran á heredar los hermanos medios, ora sean consanguíneos ó solo de padre comun, ora uterinos ó de madre, como previene la misma ley; advirtiéndose que si concurrieren de las dos clases heredarán los consanguíneos los bienes que el intestado habia adquirido de su padre, y los uterinos los que habia recibido de su madre: pero si el hermano medio que habia premuerto los hubiera adquirido por otro concepto, se dividirán entonces entre los hermanos medios de una y otra clase todos los bienes por partes iguales. Ley 6.^a, tit. xiii, Part. 6.^a

5.^a En defecto de hermanos medios suceden los tíos del difunto por derecho propio, á los cuales, segun lo dicho en el número 3.^o, son preferidos los sobrinos, porque, aun cuando se

(1) Art. 768.

(2) Art. 768. (1)

hallen en igualdad de grado, se reputa que están mas cercanos del intestado por venir representando siempre á los hermanos de este.

6.^a A falta de tíos, suceden los primos hermanos del difunto, tambien por derecho propio, sin distincion de líneas ni miramiento al doble vínculo, por aquel principio de que el doble vínculo y el derecho de representacion no se estiende mas allá de los hermanos y de los hijos de estos (1).

7.^a No habiendo primos, que son los que están dentro del cuarto grado civil, sucederán al padre los hijos naturales reconocidos y sus descendientes, segun ya manifestamos al referir las disposiciones contenidas en la ley de 16 de Mayo de 1835 (2).

8.^a En defecto de hijos naturales son llamados el viudo ó viuda que al morir su consorte no estuvieren separados, aunque fuese por demanda de divorcio contestada al tiempo de su fallecimiento; pero con la condicion que arriba quedó espresada al hacernos cargo del contenido de la citada ley.

9.^a A falta de las personas hasta aquí mencionadas sucederán los parientes desde el quinto hasta el décimo grado civil, excluyendo el mas próximo en grado al mas remoto, y repartiéndose la herencia por partes iguales cuando hubiere dos ó mas de igual grado. La misma ley.

10. Finalmente, en defecto de todos los que se han espresado en este orden de suceder, heredará el Estado: pero para ello deberá observarse lo prevenido en los artículos 8.^o y siguientes de la ley y decreto de 9 y 16 de Mayo de 1835.

Reglas para la sucesion de los colaterales ilegítimos.

Establecidas las reglas para la sucesion de los colaterales legítimos, pasaremos á designar brevemente las que rigen en cuanto á los ilegítimos, las cuales son las siguientes:

1.^a Muriendo una persona de nacimiento ilegítimo sin descendientes ni ascendientes, le heredarán los hermanos por parte de madre, con exclusion de los de parte de padre, si los hubiere, como dispone la ley 12, tít. XIII, Part. 6.^a, dando la razon de

(1) Art. 771.

(2) Artículos 777 y 778.

esta preferencia el ser ciertos los de parte de madre y haber dudas con respecto á los del padre.

2.^o A falta de estos, continúa la misma ley, le heredarán los hermanos por parte de padre, prefiriéndose los legítimos á los ilegítimos.

3.^o Los ilegítimos no suceden á sus hermanos y demás parientes legítimos por parte de padre; pero sí que suceden á los que provienen de parte de madre, si fueren ellos los parientes más próximos, como concluye la citada ley (1).

Con estas reglas concluiríamos la materia relativa á la sucesion intestada, si las leyes no hubieran concedido al mismo tiempo á la viuda del difunto en ciertos casos una parte ó porcion de bienes en esta herencia, la cual es conocida con el nombre de *cuarta marital*; y por lo mismo será preciso que se manifieste aunque en general lo que el derecho dispone sobre ella.

§. VIII.

Doctrina de las leyes sobre la CUARTA MARITAL.

La ley 7.^a, tit. xiii, Part. 6.^a, espresa en pocas palabras la doctrina vigente acerca de la *cuarta marital*, dando al mismo tiempo una idea de la causa de su institucion, juntamente con los efectos que produce y casos en que, ó no compete, ó si se pierde este derecho.

Para comprender, pues, lo que sobre esta porcion ordena la ley citada, daremos antes su definicion diciendo que es: *el derecho que tiene la viuda á la cuarta parte de los bienes de su difunto marido, en el caso de ser ella pobre y no haberle dejado este bienes para mantenerse.*

Segun se deduce de esta definicion, y así lo espresa tambien dicha ley, su institucion se debe á aquellos sentimientos de humanidad de que se le supone siempre al legislador, en virtud de los cuales, no creyendo muy conforme á los derechos y deberes de la naturaleza, ni tampoco á los intereses de la sociedad y del mismo difunto, que la mujer á quien el marido movido de su afecto la eligió por compañera suya, haya de

(1) Art. 781.

quedar reducida á la indigencia, ó porque este la dejó olvidada en su testamento, faltando á sus mas sagrados deberes, ó porque no pudo manifestar hácia ella sus sentimientos por haber muerto sin testamento, ordenó que en uno y otro caso pudiera percibir hasta la cuarta parte de sus bienes, aunque tuviera el difunto hijos ó herederos forzosos, siempre que lo que le tocara por este respecto no escudiera de *cien libras de oro*, ó de 102,705 rs. 30 mrs. en que algunos gradúan esta cantidad legal.

Los casos en que compete á la viuda este derecho los ha dejado en cierto modo señalados la ley; y decimos en cierto modo, porque aun cuando en esta se espresa que pueda reclamar de la herencia la referida parte cuando el *marido no le hubiere dejado en que pudiese vivir bien y honestamente, ó no tuviera ella de lo suyo con que vivir con decencia*, sin embargo, como esta circunstancia es relativa al estado ó posición social de la mujer, nunca podrá tenerse una regla segura para saber si compete ó no en casos determinados este derecho.

Como quiera que sea, en los casos en que puede reclamarse esta parte, se sacará del patrimonio especial del difunto, por ser una deuda que la ley impone solo al marido, la cual pertenecerá á la viuda mientras no pase á segundo matrimonio ó no viva deshonestamente durante su viudedad; pues de lo contrario, ó pasará en el primer caso la propiedad á los hijos del primer matrimonio, ó perderá absolutamente estos bienes en el segundo, pasando á los herederos de su difunto marido, á semejanza de lo dispuesto en igual caso en cuanto á los bienes gananciales, segun consta por la ley 5.^a, tít. iv, lib. x, Novísima Recopilación.

LECCION VIGÉSIMA.

DE LA ACEPTACION Y REPUDIACION DE LA
HERENCIA.

Resúmen.

§. I. Razon del método.—§. II. Qué es aceptacion de la herencia, y requisitos para que tenga lugar.—§. III. Modos cómo se manifiesta la voluntad de aquel que quiere aceptarla.—§. IV. Cómo puede hacerse su aceptacion.—§. V. Qué es beneficio de *deliberacion*, modo de utilizarse y sus efectos.—§. VI. Naturaleza del beneficio de *inventario*, qué sea este y sus clases.—§. VII. Cuándo ha de hacerse *judicial* ó *extrajudicialmente*.—§. VIII. Requisitos de los *inventarios solemnes*.—§. IX. Trámites en general para la formacion y aprobacion de los *judiciales*.—§. X. Sus efectos en uno y otro caso.

§. I.

Razon del método.

Aunque la herencia se defiere por disposicion de testador ó de la ley (1), y sea bajo los dos conceptos un favor ó beneficio relativamente á la persona ó personas que tienen derecho á suceder en ella, sin embargo, como puede ser esta mas bien gravosa que útil á los intereses de los herederos, por ser mas las deudas y obligaciones que tuviere que las ventajas que puede producir, era consiguiente que la ley dejara á los llamados á la sucesion en libertad para admitirla ó repudiarla, segun mejor les conviniera á sus intereses (2).

A no ser así, les pudiera causar un perjuicio en vez de la utilidad que por otra parte esperaban recibir, y se veria el legislador en la precision de haber de hacer responsable al pago de las deudas á personas que ni las habian contraído ni habian consentido en tomarlas sobre sí.

Para evitar, pues, estos perjuicios está el medio de libre aceptacion de la herencia, sin cuyo acto dejaria el derecho he-

(1) Art. 553.

(2) Art. 820.

reditario de considerarse como un modo de adquirir el dominio, por faltar en la persona á la que se trasmitiese el consentimiento necesario para hacer propio suyo todo aquello en que consistia el beneficio que se le queria dispensar.

Con este motivo, despues de haber tratado en las lecciones anteriores de los modos de transmitirse la herencia, el órden pide que pasemos á examinar las formalidades que se exigen de parte de aquellos á quienes se trasmite para hacerse dueños de ella, las cuales, estando reducidas al acto de la *aceptacion* ó de *adicion* de la herencia, manifestaremos en esta leccion su naturaleza y requisitos para que tenga lugar, así como los modos de hacerse y sus efectos.

§. II.

Qué es aceptacion de la herencia, y requisitos para proceder á ella.

Se entiende por **ACEPTACION** de la herencia *el acto por el cual la persona llamada por el testador ó por la ley para suceder en los bienes de otro, manifiesta su voluntad de ser heredero y tomar sobre sí las obligaciones anejas á este título.*

Para que pueda esta hacerse legitimamente, son necesarios los requisitos siguientes:

1.º Que conste con certeza haber muerto la persona á quien haya de sucederse, siendo nula la aceptacion ó renuncia que se hiciere si se dudara sobre su muerte. Ley 14, tit. vi, Part. 6.º (1).

2.º Que igualmente debe ser cierto que la persona que nombró al heredero podia hacer testamento, si bien no es impedimento que el aceptante dude sobre su propia aptitud para aceptar ó no la herencia, como dispone la ley citada.

3.º Que este tenga la libre administracion de los bienes ó sea capaz de contratar (2), en razon á que por la aceptacion se obliga el aceptante al pago de las deudas, tanto testamentarias como hereditarias; y como no todos los que son llamados á la herencia pueden celebrar contratos ó cuasi contratos, de aquí el no poder aceptarla los que no tengan dicha capacidad.

(1) Art. 823.

(2) Art. 824.

A esta clase pertenecen en general los hijos de familia, los menores, los locos ó mentecatos, los pródigos y las mujeres casadas, de los cuales, según la ley 13, tit. vi, Part. 6.^a, ó no pueden aceptar unos sino por medio de sus padres, tutores ó curadores; ó no pueden otros sino con aprobación del juez, como los menores que no tienen tutor ó curador; ó es necesario el consentimiento del marido ó del juez en su caso, como sucede en la mujer casada, salvo si la aceptara esta á beneficio de inventario, como dispone la ley 10, tit. xx, lib. x, Novísima Recopilacion (1).

4.º Que el aceptante tenga capacidad para heredar, aunque con esta diferencia, que si fuere hijo ó descendiente el heredero basta que la tenga al tiempo de la muerte de aquel de cuya sucesion se trata: mas si fuere extraño, debe tenerla en los tres tiempos que espresa la ley 22, tit. iii, Part. 6.^a, á saber: en el *de su institucion ó nombramiento*, en el *de la muerte de aquel á quien haya de suceder*, y en el *de la aceptacion*.

5.º Que si el heredero fué instituido con condicion, haya de haberse esta cumplido, según lo prescrito en la ley 14, título vi, Part. 6.^a

6.º Que para aceptarse la herencia de uno que hubiere dejado á su mujer en cinta, ó se creyere que lo estaba, debe esperarse á su alumbramiento, como manda la ley 16 de este mismo título; practicándose entre tanto las diligencias que prescribe la ley siguiente para atender á la custodia y seguridad del parto y evitar todo engaño, con las cuales se halla conforme en lo general el nuevo Código (2); debiendo advertir que, aunque la citada ley 16 habla solo del caso en que el marido hubiere fallecido intestado, debe entenderse lo mismo del caso en que hubiere herederos extraños instituidos en testamento.

Concurriendo los requisitos espresados, podrá la persona interesada proceder á la aceptacion de la herencia, haciendo antes manifiesta su voluntad de que quiere ser heredero, en el modo que se hará constar en el párrafo siguiente.

(1) Art. 826. (2) Artículos desde el 786 al 799. (3)

§. III.

Modos cómo se manifiesta la voluntad de aceptar la herencia.

De dos modos puede el heredero manifestar su voluntad de admitir la herencia, á saber: *espresa* y *tácitamente*.

Se manifiesta *espresamente* cuando de palabra ó en un instrumento público ó privado declara el heredero que acepta la herencia; y *tácitamente*, cuando, sin ninguna manifestacion directa, practica ciertas gestiones que suponen necesariamente en él su intencion de aceptarla (1).

Al primer modo llamaban los romanos *adicion de la herencia*: al segundo, *gestion de heredero*. Párrafo VII, Inst. de Her. Qual.

El primero de estos modos, no ofrece dificultad alguna para saber si acepta ó no la herencia: no sucede así en cuanto al segundo, por no poderse calificar desde luego si los actos ó gestiones que practica una persona en los bienes de una herencia inducen ó no la presuncion suficiente para conocer si la acepta.

Para ocurrir á esta dificultad proponen los autores la siguiente regla, á saber:

Que se entiende que acepta uno la herencia cuando usa de los bienes en que consiste esta á la manera que cualquier otro dueño; pero no cuando los actos que hiciera en ellos se refieren únicamente á su conservacion y cuidado, moviéndose para ello por sentimientos de piedad, ó con el fin de que no se menoscaben ó pierdan.

Así, pues, se entenderá que acepta la herencia el que dispusiera á título gratuito ú oneroso de alguno de los bienes hereditarios (2); el que los hipotecara ó impusiere sobre ellos alguna servidumbre; el que mudara la forma de las heredades; el que pagara los legados ó deudas, ó transigiera con los legatarios y acreedores; el que pidiera al juez la herencia, ó finalmente, hiciera otras gestiones semejantes, al tenor de lo que espresa la ley 11, tit. vi, Part. 6.^a: pero no se entenderá que la acepta porque pagara los gastos del entierro, ó porque

(1) Art. 829.

(2) Art. 830.

diera de comer á los ganados y caballerías, ó porque cuidara de los enfermos y del mantenimiento de las personas de la familia, ó por otros actos de igual naturaleza, que indican mas bien el ejercicio de una obra de piedad que el deseo de apoderarse de la herencia; si bien aconseja dicha ley que el que así obrare, lo manifieste ante *algunos*, y á nuestro parecer, con mas seguro éxito, si en su lugar hiciera esta declaracion ante el juez.

De estos dos modos por los cuales puede manifestarse la voluntad de aceptar la herencia, las leyes generalmente solo dan reglas con respecto á la aceptacion que se verifica por una manifestacion espresa, por no poder aplicarse las doctrinas del derecho á la que se hace tácitamente, ó se deduce de algunos hechos.

Una de tantas reglas, supuestos los requisitos necesarios para que tenga lugar la aceptacion de la herencia, es la relativa al modo cómo puede esta verificarse, de lo cual trataremos en el párrafo siguiente.

§. IV.

Cómo puede aceptarse la herencia.

La herencia puede aceptarse ó por el mismo interesado, ó por otro en su nombre, en virtud de un poder especial que se otorgue al efecto.

La ley 15, tit. vi, Part. 6.^a, siguiendo las doctrinas del derecho romano, que consideraba la adición de la herencia como un acto legítimo, y atendiendo á aquel principio consignado en esta legislacion de que nadie puede morir parte testado y parte intestado, disponia que no pudiera hacerse la aceptacion de la herencia por procurador; ni desde tal tiempo hasta tal tiempo, ni tampoco bajo condicion: pero como estos principios en que está fundada la citada disposicion han caducado ya entre nosotros, segun se deduce de la doctrina de las leyes recopiladas, especialmente de la 1.^a, tit. xviii, lib. x, Novis. Recop., no debe obstar la ley de Partidas citada para que pueda, segun la actual legislacion, aceptarse la herencia por procurador, y desde tal dia hasta tal dia, pasando en este caso los bienes á los herederos *ab-intestato* por el tiempo en que no estuviere aceptada.

Lo que no puede dejar de admitirse es el haber de aceptarse la herencia *puramente* ó *sin condicion*, como espresa al mismo tiempo la referida ley de Partidas, y confirma tambien el nuevo Código (1); pues á no ser así se perjudicaría á los derechos de los acreedores, los cuales no podrían hasta el cumplimiento de la condicion pedir al heredero el pago de las deudas vencidas.

No obstante de ser esta la doctrina de las leyes, como el que sucede en los bienes de un difunto, haya ó no muerto con testamento, entra, no solo en sus bienes y derechos, sino tambien en las obligaciones que este tenia, segun consta de la definicion que se dió de la *herencia* en el párrafo II de la leccion 13 de este tratado, y pudiera suceder que importaran mas las deudas que los derechos y bienes, para evitar este perjuicio establecieron los legisladores que á nadie se obligara á aceptar una herencia sin tomar antes conocimiento ó estar asegurado de si le conviene ó no admitirla, segun así consta en el Proemio al tit. vi, Part. 6.^a

El beneficio por el cual se concede á los herederos esta facultad, á fin de evitar que les sea perjudicial la aceptacion de la herencia, se llama *beneficio de deliberar*, cuya naturaleza, así como el modo de hacer uso de él y sus efectos, se examinará en el párrafo siguiente.

§. V.

Qué es beneficio de deliberacion, modo de utilizarse, y sus efectos.

Se entiende por BENEFICIO DE DELIBERACION la facultad que la ley concede á los herederos, tanto testamentarios como AB-INTESTATO, para examinar en un plazo dado si les conviene admitir ó desechar la herencia á que fueren llamados. Ley 1.^a, tit. vi Part. 6.^a

Modo de utilizarse este derecho.

Para que pueda utilizarse este derecho es preciso que los interesados, antes de manifestar *expresá* ó *tácitamente* que quieren ser herederos, siendo personas hábiles para hacer esta

(1) Art. 822.

declaracion, pidan al juez de primera instancia del lugar donde estuviere la mayor parte de los bienes del difunto, que se les conceda un plazo para examinar en vista de los documentos, cuya exhibicion pueden reclamar, si les es útil ó no la aceptacion de la herencia.

En su vista lo acuerda así el juez, concediendo á lo mas nueve meses de término para hacer las indagaciones que tengan por conveniente, pudiéndolo reducir hasta cien dias si los cree suficientes. Leyes 1.^a y 2.^a del mismo título.

Antiguamente podia pedirse tambien este beneficio al rey, el cual lo concedia hasta el término de un año, segun espresa la ley 2.^a citada; pero como en la actualidad, con arreglo á la Constitucion política, solo es atribucion de los tribunales y juzgados el ejercicio de las funciones judiciales, únicamente á ellos es adonde debe acudirse con este objeto. La instancia en tal caso se dirigirá al juez del domicilio del difunto, que es el competente para conocer de los juicios *ab-intestato* y de testamentaria, tanto *voluntarios* como *necesarios*, segun disponen los artículos 354 y 410 de la ley de enjuiciamiento civil, si bien podrá acudirse al juez del lugar donde tuviere el difunto la mayor parte de los bienes, que es el que designa la ley 1.^a de Partidas arriba citada, por no impedir lo dispuesto en los mencionados artículos la sumision de los interesados á otro juez ordinario, como espresa el art. 411 de dicha ley.

Concedido ya por el juez competente el término señalado, si el heredero muriera antes que se cumpliera el plazo tendrá su sucesor el que restare: mas si falleciese despues de haberse concluido sin haber admitido la herencia, solo tendrá derecho á entrar en ella su sucesor en el caso en que el finado, que dejó pasar el plazo sin hacer dicha declaracion, fuera descendiente del testador que le instituyó heredero: pero no en el caso de ser un heredero extraño. Ley 2.^a, tit. vi, Part. 6.^a

Efectos del beneficio de deliberacion.

Los efectos que produce este beneficio son los siguientes:

1.^o Que mientras corra el tiempo para deliberar, no puede el heredero enagenar cosa alguna de los bienes de la herencia sin preceder mandato del juez, el cual podrá darlo existiendo alguna causa justa, como la de pagar el entierro del difunto,

ó de haber de hacer otras cosas sin las que se menoscabarian los bienes hereditarios. Ley 3.^a del mismo título.

2.^o Que si en vista del exámen practicado se resolviera á repudiar la herencia, no pueda volver á aceptarla, á no ser menor de edad, ó siendo mayor fuera descendiente del testador, con tal que este último pida de nuevo la aceptacion en el término de tres años. Leyes 18 y 20 de este título.

3.^o Que no admitiendo la herencia, si se hubiere apoderado de alguna cosa, de la misma deba restituirla á la persona que haya de suceder, ó en caso contrario abonar á la misma cuanto jurare esta que importan los bienes sustraídos, sin perjuicio de haberse de sujetar á la regulacion prudencial del juez. Ley 4.^a, id.

4.^o Que admitida la herencia, no puede despues renunciar, como dispone la ley 18 de este título, y quedará obligado el heredero á responder hasta con sus propios bienes de todas las cargas y obligaciones de la herencia.

Los efectos que acabamos de espresar acreditan la poca eficacia de este beneficio para poder quedar á cubierto el heredero de la responsabilidad que se proponia evitar. Necesario, pues, era otro medio que llenara mas cumplidamente este objeto, y ninguno mas propio que el *beneficio de inventario* introducido primeramente por el emperador Gordiano en favor de los militares, y estendido despues por Justiniano á todos los herederos *testamentarios* ó *ab-intestato*.

Uno y otro beneficio quedaron autorizados en nuestra legislacion, como consta por el tit. vi, Part. 6.^a: pero atendiendo á la mayor seguridad que presta este último, apenas se hace uso del *beneficio de deliberacion*, eligiéndose con razon el *beneficio de inventario*, cuya naturaleza y sus requisitos, juntamente con sus efectos, se examinará en el párrafo siguiente.

§. VI.

Naturaleza del beneficio llamado de INVENTARIO, qué sea este, y sus clases.

Se entiende por beneficio de INVENTARIO el derecho que la ley concede al heredero para que no se le pueda obligar en concepto de tal á pagar á los acreedores del difunto mas deudas, que las que puedan cubrirse con los efectos de la

herencia anotados en el inventario que se haya practicado de los bienes en que consista esta. Ley 5.^a, tit. vi, Part. 6.^a

De la definicion que acabamos de dar se infiere que, para que pueda aprovechar este beneficio á los herederos, es preciso haber hecho antes un inventario de los bienes de la herencia.

Qué sea inventario.

Este, en general, no es mas que *la escritura ó instrumento en que se anotan ó escriben los bienes de alguno por razon de su muerte, ó por haber de pasar su administracion ó custodia, y á veces tambien su aprovechamiento, á otro que á su dueño.* Tal sucede en el caso de tutela y curatela, como espresa la ley 99, tit. xviii, Part. 3.^a; en el de concepcion de un usufructo; en el de embargo y secuestro de bienes; en el de administracion de bienes, ora sea general, ora de una sociedad que obra en liquidacion, ora de los de un quebrado y deudor en caso de quiebra ó concurso; y últimamente en el de una sucesion ó herencia; segun indica la ley 100, tit. xviii, Partida 3.^a

Para que este documento pueda servir de garantía á las personas interesadas en los bienes que en él se anotan, ha de reunir las cualidades ó requisitos que prescriben las leyes en cada uno de los casos en que estas lo exigen, y á fin de poderlos mejor determinar dividiremos el inventario precisamente en *simple y solemne.*

Llamamos **INVENTARIO SOLEMNE** *el que se hace con asistencia de escribano y testigos, observando además las solemnidades que el derecho prescribe; y se llama INVENTARIO SIMPLE* *el que se hace por los mismos interesados con asistencia de escribano y testigos ó sin ella, anotando ó describiendo sencillamente los bienes á que se refiera.*

Prescindiendo de la designacion del que corresponda hacerse en los casos en que se exige su formacion, de lo cual se trata en los respectivos lugares de esta obra, el que debe hacer el heredero, cualquiera que sea, si quiere librarse de la obligacion de pagar todas las deudas y mandas del difunto aun cuando importen mas que los bienes que este hubiere dejado, es el *solemne*, ora se haga *judicial*, ora *estrajudicialmente.*

Se llama **INVENTARIO JUDICIAL** *aquel en cuya formacion interviene el escribano por comision del juez, sin perjuicio de que pueda este concurrir tambien en todo ó en parte si lo considera necesario*, segun espresa el art. 429 de la ley de enjuiciamiento civil; y **ESTRAJUDICIAL** *aquel en que solo han de observarse las formalidades generales del derecho, sin comision ni intervencion alguna del juez.*

Cuándo procede el haber de formarse el inventario de uno ú otro modo, lo espresaremos en el párrafo siguiente.

§. VII.

Cuándo ha de hacerse el inventario judicial ó estrajudicialmente.

En dos casos debe hacerse el inventario *judicialmente* segun lo dispuesto en el art. 427 de la ley de enjuiciamiento, á saber:

1.º Cuando estuviere intervenida la herencia á consecuencia de haberse prevenido el juicio de *ab-intestato*, ó el de testamentaria llamado *necesario*.

2.º Cuando lo solicitare alguno de los que han sido declarados parte legitima para promover el juicio llamado *voluntario* de testamentaria, ó tambien cuando habiendo intervenido el juez en una herencia *ab-intestato* por estar ausentes los parientes que designa la ley para poder dividirse ellos de por sí los bienes, quisiera alguno ó algunos de los interesados que hubieran comparecido el que continuara la intervencion judicial. Así aparece de los artículos 352, 359 y 499 de dicha ley, además del que antes se ha citado (1).

En todos los demás casos se harán *estrajudicialmente* los inventarios, como espresa el art. 428 de la misma ley, á no ser que el testador dispusiera otra cosa, ó que por el contrario prohibiera directa ó indirectamente á sus herederos, siendo estraños, el uso del *beneficio de inventario*, pues entonces ni aun se cree que sea necesaria su formacion; quedando estos, como representantes del difunto en caso de aceptacion de la herencia, obligados á todas las deudas y cargas que este hubiere dejado.

(1) Art. 865.

No existiendo ninguna prohibición del testador, ni otra cualquiera disposición que modifique lo que las leyes disponen acerca del inventario y avalúo, según indica el art. 496 de dicha ley, se hará lo uno y lo otro guardando las formalidades que las leyes prescriben: de lo contrario, no podrán usar del beneficio de no quedar obligados sino en cuanto alcanzen los bienes de la herencia, aunque aleguen haberla aceptado á beneficio de inventario.

Interesa, pues, saber cuáles son las solemnidades ó requisitos de los inventarios solemnes, así como las diligencias ó tramitación que ha de seguirse cuando estos se hicieren *judicialmente*.

§. VIII.

Requisitos de los inventarios solemnes.

Aceptada la herencia á beneficio de inventario, para lo cual se otorgará escritura pública en que conste la aceptación juntamente con la obligación de formalizar el inventario, se procederá á su realización, guardando las formalidades ó requisitos que prescribe el derecho, los cuales son los siguientes:

1.º Que el heredero empiece el inventario dentro de treinta días desde que supiere que había recaído en él la herencia, y lo concluya dentro de tres meses desde que se principió (1), si los bienes que hayan de anotarse se hallan todos ellos en el distrito del pueblo en que falleció el testador; pero si lo estuvieren en distintos pueblos puede utilizarse el término de un año, además de los tres meses, como espresa la ley 5.ª, tít. vi, Part. 6.ª De no observarse este requisito, podrá ser compelido el heredero por todas las deudas del difunto, aunque importaran mas que sus bienes (2).

2.º Que se haga con intervencion del escribano (3), no siendo necesaria la presencia del juez ni aun en el caso de hacerse los inventarios *judicialmente*, á no ser que este la considerara necesaria en los de esta clase, según espresa el ar-

(1) Art. 846.

(2) Art. 850.

(3) Art. 848.

artículo 429 de la ley de enjuiciamiento, ó la solicitaran los interesados aun en los que se hicieren *estrajudicialmente*, como aparece de la ley 10, tit. XXI, lib. X, Novis. Recop.

3.º Que se haga con conocimiento de los interesados en la herencia, para cuyo objeto dispone la ley 5.ª, tit. VI, Partida 6.ª, que se haga saber á aquellos á quienes el testador hubiere dejado una manda; ó por medio de aviso del que, habiendo aceptado la herencia, procediera á su formacion, siendo esta *estrajudicial*, ó pidiendo al juez, en el caso de hacerlo *judicialmente*, que mande citar ó citando este de por sí, cuando proceda de oficio, á los herederos, al cónyuge que sobreviva si lo hubiere, y á los legatarios de parte alicuota del caudal, como dispone el art. 430 de la ley de enjuiciamiento (1).

Si á pesar del aviso ó citacion del juez en su caso, no comparecieran los llamados, no por ello será vicioso el inventario si han concurrido los testigos necesarios, mayormente teniendo siempre facultades los interesados para redargüir como diminuto el inventario.

4.º Que se espresé el lugar, dia, mes y año en que empieza, por ser este un requisito comun á toda escritura pública, como espresa la ley 1.ª, tit. XXIII, lib. X, Novis. Recop., y además porque así consta si realmente se han hecho los inventarios en el término legal, que por esto debe anotarse tambien el dia en que se concluyen. Algunos añaden que ha de constar diariamente la hora en que empieza y termina la anotacion que se haya hecho, lo cual parece muy conveniente para la regulacion de los salarios ó dietas.

5.º Que asistan á la formacion tres testigos de buena fama que conozcan al inventariante y vean lo que se anote, entendiéndose como necesario este requisito, que exigen las leyes 5.ª, tit. VI, Part. 6.ª, y 100, tit. XVIII, Part. 3.ª, solo en el caso de no haber comparecido los interesados que hayan sido citados á este acto.

Algunos dudan si esta especialidad de los tres testigos que señalan las leyes citadas es tal que no pueda hacerse el inventario con dos testigos, como sucede en todas las otras escrituras.

(1) Art. 845.

A nosotros nos parece mas probable la afirmativa (1), porque siendo esta la práctica general, no hay razon para exceptuar este caso, que, aunque espreso terminantemente en las dos mencionadas leyes, sin embargo puede decirse que ha caido en desuso, á la manera que tambien, segun la ley 5.^a, tít. vi, Part. 6.^a, debia firmar un escribano el inventario cuando el heredero no supiese firmar, y no es esta la práctica que se observa.

6.º Que se escriban con distincion y claridad todos los bienes, créditos y acciones por el órden que espresa el artículo 431 de la ley de enjuiciamiento, el cual, aunque señalado para los inventarios judiciales, puede y aun debe seguirse en los demás, anotándose por lo mismo: 1.º El metálico. 2.º Las alhajas. 3.º Los efectos públicos. 4.º Los bienes semovientes. 5.º Los frutos. 6.º Los bienes muebles. 7.º Los raices. 8.º Los derechos y acciones. Además se formará con igual claridad y distincion otro inventario de las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encontraren, como añade el artículo 432 de la misma ley.

7.º Que el inventariante espresse, concluido el inventario, haberlo ejecutado bien y fielmente, protestando manifestar cualesquiera otros bienes que se descubrieran pertenecientes á la herencia, como disponen las leyes 100, tít. xviii, Part. 3.^a, y 5.^a tít. vi, Part. 6.^a, y además que lo firme juntamente con los otros interesados, ó un escribano por él en caso de no saber, segun dicen las citadas leyes; si bien en la práctica está admitido que lo haga un testigo á su ruego. Esta misma circunstancia se observará en el caso de haberse invertido varios dias en la formacion de inventario, con respecto á lo anotado en cada uno de ellos.

Terminado el inventario con los requisitos que acabamos de espresar, y depositados los bienes en poder del heredero ó de la persona que se designe, se procederá á su avalúo, á no ser que los interesados acordaren que se practicaran simultáneamente estos dos actos, ó que siendo *judicial* el inventario, accediera á ello el juez á petición de parte, como dispone el art. 426 de la ley de enjuiciamiento.

(1) Art. 848.

Estas mismas solemnidades ó requisitos se observarán en los inventarios que se formaren *judicialmente*, cuya tramitación hasta el acto en que se verifiquen y su aprobación espondremos brevemente.

§. IX.

Trámites en general para la formación y aprobación de los inventarios judiciales.

Determinados por el art. 427 de la ley de enjuiciamiento los dos casos en que han de hacerse los inventarios *judicialmente*, el juez competente para intervenir en ellos es el de primera instancia del domicilio del difunto, por ser propio de este, tanto la facultad de prevenir el juicio *ab-intestato*, como el conocimiento de los juicios de testamentaria *voluntario* y *necesario*, según lo dispuesto en los artículos 354 y 410 de la citada ley.

Se exceptúan de esta regla general los casos siguientes:

1.º En la herencia testada ó intestada de un militar, no siendo bienes amayorazgados ni tratándose de la sucesión de este á una persona estraña á su fuero, como es de ver por las Reales órdenes de 19 de Junio de 1764 y de 25 de Marzo de 1752; corroboradas con el art. 5.º, tit. xi, tratado 8.º de las ordenanzas del ejército.

2.º En la sucesión de un clérigo, cuando él ó algun lugar pio suceden sin concurrencia de legos á la herencia de otro clérigo, porque, si bien la ley 16, tit. xx, libro x, Novísima Recopilación, prohíbe á los tribunales eclesiásticos conocer de los testamentos, inventarios, etc., aun cuando se hayan otorgado por personas eclesiásticas, es solo para el caso en que juntamente con el clérigo sucedieran tambien legos, como espresa esta ley; pero no cuando fueran los eclesiásticos herederos únicos de otro clérigo.

Esto supuesto, ó se trata del inventario judicial á consecuencia de haberse prevenido el juicio *ab-intestato*, ó del que puede hacerse en un juicio *voluntario* de testamentaria, ó del que siempre se exige en el juicio *necesario* de esta clase.

En el primer caso, la primera providencia del juez, luego que haya tenido noticia de la muerte intestada de alguno sin dejar descendientes, ascendientes ó colaterales hasta el cuarto

grado, ó aun existiendo estos, pero estando ausentes, será la de haberse de constituir en casa del finado, y constando de su muerte y haber sido esta natural, mandará dar sepultura al cadáver, procediendo además á ocupar sus bienes, libros y papeles para evitar cualquier extravío.

Practicadas estas diligencias, que podrán hacerse tambien por el juez de primera instancia del pueblo donde hubiere ocurrido la muerte, ó por el juez de paz en los lugares en que no residieren los jueces ordinarios, se averiguará si el finado murió con testamento ó sin él, y resultando no haber dispuesto de sus bienes, procederá al nombramiento de un albacea *dativo*; á inventariar y depositar los bienes en persona competente á quien se le encargará la administracion, y á examinar sus libros y papeles. Artículos desde el 351 al 367 de la ley de enjuiciamiento.

En el segundo caso, si el que promovió el juicio voluntario solicitare la intervencion del caudal del difunto, se decretará del modo menos vejatorio posible, proveyendo á su administracion y custodia en los términos en que hubieren convenido los herederos, y en su defecto del modo que al juez le pareciera mas conveniente, lo cual verificado se continúa el juicio de testamentaria con la formacion del inventario. Artículos desde el 422 al 425 de dicha ley.

Terminado este, lo aprobará el juez si estuvieren conformes los interesados; y no estándolo se pondrá de manifiesto en la escribanía por término de ocho dias para que puedan hacerse las reclamaciones que estimen convenientes, las cuales se sustanciarán por la via ordinaria y en piezas separadas, continuándose el juicio con el avalúo de los bienes inventariados, si no se han hecho estas dos operaciones simultáneamente.

Para esta última operacion serán nombrados peritos, ó de comun acuerdo, ó por cada uno de los interesados, en los términos que espresan los artículos desde el 443 al 450 de esta ley, quedando con libertad para reclamar mutuamente contra las personas nombradas, así como contra el avalúo hecho por ellas, observándose en uno ú otro caso lo prescrito en los artículos desde el 451 al 466.

Finalmente, en el juicio *necesario* de testamentaria, que tendrá lugar en los casos señalados en el artículo 407, se ob-

servará lo mismo que en el *voluntario*, con algunas leves modificaciones, siendo una de ellas el haber de formarse los inventarios siempre *judicialmente*. Artículos 498 y 499 de la misma ley.

Hecho el inventario judicial, ó estrajudicialmente con el fin de aprovecharse el heredero del beneficio que este produce, pasaremos á determinar sus efectos.

§. X.

Efectos del beneficio de inventario.

Aceptada la herencia á beneficio de inventario, los efectos que de él se derivan son los siguientes:

1.º Que durante el tiempo concedido para su formación no pueda reconvenirse al heredero al pago de las deudas ni de las mandas, como dispone la ley 7.ª, tít. vi, Part. 6.ª (1); aunque la ley 15, tít. xiii, Part. 1.ª, establezca que pasados nueve dias desde el entierro, pueda ya ser reconvenido por los acreedores al pago de las deudas; por limitarse esta ley al caso en que se temiera alguna ocultacion, como lo dan á entender sus últimas palabras.

2.º Que despues de hecho el inventario no es responsable el heredero á los acreedores del difunto sino en cuanto alcancen los bienes inventariados, como continúa la misma ley 7.ª (2).

3.º Que no puede ser obligado al pago de las mandas hasta que estén cubiertas las deudas, como añade la citada ley; de modo que, si las hubiere pagado y no quedaran bienes para ser satisfechos los acreedores, deberán pedir estos á los legatarios que restituyan lo percibido en cuanto fuere necesario para su pago (3).

4.º Que se evita la confusion que de otro modo resultaria entre los bienes del heredero instituido y los que constituyen la herencia, y se conservan además á favor suyo sus créditos, derechos y acciones contra la herencia del difunto, como si fuera un acreedor cualquiera. Ley 8.ª, tít. xvi, Part. 6.ª

5.º Que no haciendo inventario, ó si lo hiciere fuera de

(1) Art. 853.

(2) Art. 860.

(3) Art. 856.

tiempo, queda obligado al pago de las deudas y legados, no solo con los bienes de la herencia, sino aun tambien con los suyos propios, Ley 40 del mismo título (1).

6.º Que aun haciéndolo en el término legal, si ocultó alguna cosa con dolo y se probase deba pagar el duplo de lo ocultado, como espresa la ley 9.ª *idem*, aunque algunos pretenden que haya de quedar obligado como en el caso anterior.

7.º Que cuando los herederos son dos ó mas, el inventario hecho por uno aprovecha á los otros que no intervinieron en él, aun cuando fuera hecho por la viuda ó por el juez de oficio (2).

Por los efectos que acabamos de espresar se vé desde luego que el heredero nada arriesga por aceptar la herencia á beneficio de inventario. Sin embargo, como no por ello se le priva de la facultad de repudiarla si le parece mas espedito el acto de la repudiacion, cuando nada espera conseguir, será preciso que veamos en qué consista esta, y sus efectos.

§. XI.

Qué sea repudiacion de la herencia, modos de hacerse, y sus efectos.

Se entiende por repudiacion de la herencia *la declaracion que hace el heredero testamentario ó legítimo de que no admite la herencia que se le desiere.*

Puede hacerse *expresa y tácitamente*, segun consta en la ley 48, tit. vi, Part. 6.ª *Expresamente*, cuando se manifiesta de palabra ó por escrito, y *tácitamente*, cuando se deduce de algun hecho su intencion de no admitirla. Tal seria si uno dejase espirar el tiempo que se le hubiere concedido para deliberar si le convenia ó no su aceptacion, como aparece de la ley 48, tit. vi, Part. 6.ª

Requisitos para la repudiacion.

Para este acto son necesarios, en general, los mismos requisitos que los espresados para la aceptacion en el párrafo II.

Así es que no podrá renunciarse la herencia sin estar cierto el heredero de la muerte de aquel á quien trata de heredar (3),

(1) Art. 850.

(2) Art. 869.

(3) Art. 823.

ni tampoco el que fué instituido con condicion puede verificarlo antes de cumplida esta, como dice la ley 14 del mismo título, aunque no sea muy fácil de explicar la razon de esta última disposicion.

Tampoco puede renunciarla la mujer casada sin haber obtenido la licencia de su marido (1), si bien para su aceptacion no necesita de este requisito, cuando la hiciere á beneficio de inventario, como dispone la ley 10, tit. xx, lib. x, Novisima Recopilacion.

Ultimamente, no puede renunciarla el que una vez la hubiera aceptado (2), así como hay casos en que está obligado á hacer esta renuncia, como lo es en aquel en que habiendo sido nombrado uno heredero juntamente con otro y aceptando uno de ellos renunciara el conjunto no teniendo sustituto; puesto que entonces debe aceptar la parte que ha quedado vacante, ó renunciar la suya, como espresa la ley 18, tit. vi, Part. 6.^a, si bien nos parece que no debe admitirse este caso, por ser contrario á las doctrinas contenidas en la ley 1.^a, tit. xviii, lib. x, Novis. Recop. (3).

Efectos de la repudiacion.

Repudiada la herencia, no puede despues demandarse ó pedirse por el mismo que la renunció, á no ser que fuera menor de edad, segun dispone la ley 18, tit. vi, Part. 6.^a, así como ni tampoco lo podrá hacer en calidad de heredero *ab-intestato* aquel que, siendo el pariente mas inmediato del finado, desechase la herencia para la que habia sido instituido en testamento, como espresa la ley siguiente.

Sin embargo, si fueren hijos ó nietos los que repudiaren la herencia de sus padres ó abuelos, pueden, aun siendo mayores, recobrarla si la piden dentro de tres años, escepto en los bienes que se hubieran enagenado por el heredero que estaba en posesion de la misma por la renuncia de aquellos, lo cual no debe entenderse del caso en que los hijos ó nietos se hallaren en la menor edad, porque entonces pueden recobrarla en el todo, como espresa la ley 20 del mismo título.

(1) Art. 826.

(2) Art. 827.

(3) Art. 838.

LECCION VIGÉSIMAPRIMERA.

DE LA DIVISION O PARTICION DE LA HERENCIA.

Resúmen.

§. I. Razon del método.—§. II. Qué es particion de herencia, y cosas que son su objeto.—§. III. Modos cómo puede hacerse esta.—§. IV. Qué se entiende por liquidacion.—§. V. Diligencias anteriores á esta.—§. VI. Bajas en general del cuerpo de bienes.—§. VII. Cuáles son las que han de hacerse del patrimonio especial del difunto.—§. VIII. Qué sea colacion de bienes, y sus requisitos.—§. IX. Reglas para la adjudicacion de cada una de sus partes.—§. X. Efectos de la particion.

§. I.

Razon del método.

Aceptada la herencia, y terminado legítimamente el inventario y tasacion de todos los bienes y efectos del difunto, ora haya muerto este con testamento, ora intestado, como no siempre es uno solo el heredero á quien se le defiere, sino que por el contrario, sucede con frecuencia que sean muchos á la vez los que tienen derecho á ella, era necesario que la ley proveyese de remedio para el caso en que no se conformaran todos los interesados en que continuaran los bienes acumulados bajo la direccion de uno de ellos.

Además, como aun en el caso de convenirse los coherederos en que permanecieran los bienes en comun, podian acaecer disputas y litigios que tendrian á las familias en una continua inquietud, como desgraciadamente lo comprueba la esperiencia diaria, era consiguiente que, tambien bajo este aspecto, se hubiera de adoptar una medida que pusiera término de una vez á estas discordias y disensiones.

El medio mas apto en uno y otro caso para prevenir estos daños, juzgaron las leyes que no podia ser otro sino el de la division ó particion de la herencia, y al efecto, no solo dejaron sentado que nadie pudiera ser compelido á formar compañía con otros si entendiera que de tener en comun sus bienes con

los de los demás se le habia de seguir algun perjuicio, como dispuso la ley 1.^a, tit. x, Part. 6.^a, sino que además establecieron reglas para determinar el modo cómo ha de practicarse, á fin de que haciéndose *derechamente*, segun expresion de la ley 1.^a, tit. xv, Part. 6.^a, pudiera conseguirse su objeto.

Siguiendo, pues, nosotros este mismo pensamiento de las leyes, y habiendo tratado en la leccion anterior de los modos cómo se dan los herederos por entregados de la herencia en comun, nada mas propio, segun dice el rey D. Alfonso el Sábido en su proemio al tit. xv, Part. 6.^a, que el que se trate á continuacion del modo cómo la deben ellos partir entre sí, que será la materia de la presente leccion.

§. II.

Qué es particion de herencia, y cosas que son su objeto.

Se entiende por particion ó division de la herencia, segun la ley 1.^a, tit. xv, Part. 6.^a, *el departimiento que facen los homes entre sí de las cosas que han comunalmente por ella; ó mas claramente, la distribucion del caudal líquido de un difunto en el modo y forma que dejó este ordenado en su testamento si lo hubiere otorgado, ó en su defecto, con arreglo á lo que prescriben las leyes.* Ley 2.^a del mismo titulo.

Cosas que son su objeto.

Por regla general son objeto de la particion todas las cosas propias del difunto en que tengan parte los herederos: pero como entre ellas pudieran encontrarse algunas cuyo uso fuere nocivo ó inmoral, las leyes han creído conveniente, antes de determinar el modo cómo debe hacerse, deslindar las que no pueden en manera alguna ser objeto de la particion.

A esta clase pertenecen:

1.^o Las yerbas ponzoñosas y medicinas dañosas, las cuales deberán mas bien quemarse que dividirse, como espresa la ley 2.^a, tit. xv, Part. 6.^a

2.^o Los libros y escritos reprobados ó prohibidos por la Iglesia, como añade la citada ley.

3.^o Las cosas mal adquiridas ó robadas, que deben resti-

tuirse á sus respectivos dueños si constare quiénes sean, ó invertirse en objetos piadosos cuando no se supiere. La misma ley.

4.º Las cosas que alguno de los herederos dijere que eran suyas, como también aquellas que los hijos no deben traer á colación, de las cuales se trata en la ley 5.ª del título citado.

5.º Finalmente, no son objeto de la particion los documentos en que constaren los honores ó privilegios concedidos á la familia, como tampoco las escrituras ó instrumentos en que se hallaren incluidas á la vez diversas adquisiciones de fincas y derechos, por estar ya designadas por las leyes las personas en cuyo poder han de conservarse, que son, no habiéndolas señalado el testador: primero el que tuviere mayor parte en la herencia; ó siendo iguales en esta el mayor de edad y mas fiel, escepto que fuera mujer; ó el que la suerte hubiere designado en el caso de haberse así convenido; ó no conviniéndose, se depositarán, mientras se decida la cuestion, en un lugar seguro, con la obligacion en todos los que los custodien de dar á los demás las copias que pidieren ó de exhibirles los originales, si lo solicitaren. Leyes 7.ª y 8.ª, tít. xv, Part. 6.ª (1).

A todas estas cosas añaden los prácticos las *incorporales* si son de las que ni natural ni legalmente pueden dividirse, como, por ejemplo, las *servidumbres*.

Todas las demás cosas fuera de las espresadas serán objeto de la particion, y deberán por lo mismo adjudicarse separadamente á los interesados, practicándose antes las formalidades necesarias segun el modo cómo se hiciere la division.

§. III.

Modos cómo puede hacerse la particion de la herencia.

La particion de la herencia puede hacerse *judicial* y *extra-judicialmente*.

Se hará judicialmente:

1.º Cuando los herederos son menores de edad ó incapacitados por otra causa, y el testador no hubiere dispuesto lo contrario.

(1) Art. 912.

2.º Cuando siendo mayores de edad lo pidieren.

Se hace estrajudicialmente:

1.º Si el testador hubiera ya hecho la distribucion de los bienes en su testamento, la cual se llevara á efecto en todas sus partes si fueren estraños los herederos, ó caso de ser forzosos, si no se les perjudica á estos en su legítima, que deberá suplirse en lo que faltare (1).

2.º Cuando el testador hubiere nombrado á personas de su confianza para que la hiciesen, aunque en el caso de ser menores los herederos tienen obligacion los testamentarios divisores de presentar al juez las diligencias, ó lo que hubiesen practicado, para su aprobacion. Ley 10, tit. XXI, lib. X, Novísima Recopilacion.

3.º Cuando los herederos son mayores de veinticinco años, y se convinieran entre sí en hacerla amistosamente. Ley 8.ª, tit. IV, lib. III, Fuero Real (2).

Tanto que se hiciere judicialmente la particion como estrajudicialmente por los coherederos, las operaciones principales que han de practicarse para llevarla á efecto, son: 1.º, la liquidacion: 2.º, la colacion si se trata de dividir la herencia de los padres: 3.º, la adjudicacion ó señalamiento de la parte que corresponda á cada interesado.

De cada una de estas operaciones hablaremos con separacion, empezando por la que se refiere á la *liquidacion*.

§. IV.

Qué sea liquidacion de la herencia, y personas encargadas de hacerla.

Se entiende por *liquidacion* en este lugar la cuenta que se forma para averiguar la parte que pueda tocar á cada uno de los interesados en la herencia, hechas las bajas correspondientes, tanto del caudal inventariado, como del que quede propio de la persona á quien se sucede.

Personas que se encargan de hacerla, y sus cualidades.

Las personas elegidas para practicar esta operacion se llaman *contadores*, las cuales, aunque para su nombramiento solo

(1) Art. 899.

(2) Artículos 893 y 902.

exige el art. 468 de la ley de enjuiciamiento civil que sean de la confianza de los que las nombran, sin embargo, es muy conveniente que sean inteligentes en cuentas, y además letrados, como por auto del Consejo de 11 de Abril de 1768 se hallaba antes mandado en cuanto á las particiones judiciales que tuvieren lugar en la Côte, cuya circunstancia si bien se exige hoy dia tambien en las judiciales, pero es solo respecto á los que han de nombrarse para dirimir las discordias que ocurran entre los que eligieron primeramente los interesados. Art. 472 de la misma ley.

A quién pertenece su nombramiento, y si es obligatorio este cargo.

Su nombramiento pertenece á los herederos quienes, antes de verificarlo, se pondrán de acuerdo si ha de ser uno solo ó dos los que se encarguen de la liquidacion y particion.

Si se hubiere convenido en que fueren dos, ó aun si siendo uno, no hubiere entre ellos avenencia acerca de las personas que hayan de encargarse de estas operaciones, propondrá cada heredero, si es llamado por sí á la herencia, uno por su parte, y otro por la suya, cada seccion de los llamados á suceder en representacion de alguno, ó insaculados por el juez los nombres de los propuestos, se tendrán por elegidos los que designe la suerte.

De cualquier modo que se hiciese el nombramiento de contador, á nadie podrá obligarse á su aceptacion; pero una vez aceptado el cargo será ya obligatorio, en términos que ni este podrá renunciarlo ni los herederos removerle ó recusarle, á no mediar alguna de las causas designadas en la ley de enjuiciamiento para la recusacion de peritos, que podrán verse en el art. 303, y al que se refiere el art. 473 de esta ley.

Aceptado, pues, el nombramiento por los contadores, procederán estos á la liquidacion y distribucion de los bienes entre los herederos, practicando antes ciertas diligencias preparatorias para facilitar esta operacion.

§. V.

Diligencias que han de practicarse anteriormente á la liquidacion.

Como la liquidacion supone un capital á que referirse; ante todo deben entregarse á los contadores los documentos que lo acrediten.

Estos son: 1.º, el inventario de los bienes del difunto, que en la particion judicial ha de haber sido aprobado por el juez juntamente con el avalúo ó justiprecio de los mismos, al tenor de lo prescrito en los artículos desde el 433 al 466 de la ley de enjuiciamiento; y 2.º, los papeles y documentos relativos á la herencia.

Entregados ya de ellos, conferenciarán entre sí los contadores recurriendo al juez en caso de duda, y no ocurriendo ninguna, ó desvanecida esta por la manifestacion unánime de los interesados ó por lo que los contadores estimen por justo, si no hubiere conformidad en los coherederos, como disponen los artículos 475, 476 y 477 de dicha ley, procederá el mas moderno de los contadores, siendo letrados, á formar la liquidacion, fijando antes algunos supuestos ó atentos con arreglo á lo que se hubieren convenido, para que los interesados conozcan los fundamentos en que se afianza la division: y si son ó no perjudicados en la parte que les corresponda.

Hechos ya los supuestos, que serán mas ó menos en número, segun el estado á que hubiere pertenecido el difunto, y fijándonos nosotros en el modo de practicarse la particion de los bienes del que hubiere sido casado, por ser la que mas complicaciones presenta, especialmente si lo habia sido en dos ó mas matrimonios, lo primero que debe hacerse es formar el cuerpo de bienes, presentándolos reunidos, no por menor como en el inventario, sino por mayor ó por clases, diciendo al final de los supuestos con estas ú otras palabras semejantes, lo que sigue: *Con arreglo á lo espuesto en los anteriores supuestos, se procede á formar el cuerpo de bienes, su liquidacion y distribucion en la forma siguiente:*

Cuerpo de bienes.

Se suponen por caudal ocho mil reales en que se han va-

luado las tierras de huerta inventariadas por muerte de D. N. N...

Mas: seis mil reales á que ascienden las viñas que dejó, etcétera, y así se vá siguiendo hasta llegar á comprender en él el total importe del caudal inventariado.

Formado en estos términos el *cuero de bienes*, se pasará inmediatamente á hacer las bajas ó deducciones que correspondan; mas como habiendo sido casado el difunto se ha de separar primero lo que pertenece al capital de cada consorte para que segregado ya y unida á él la mitad de los bienes gananciales pueda saberse el capital que constituye la herencia, y tanto en este capital como en el que forma el caudal inventariado hayan de hacerse las bajas ó deducciones que procedan, trataremos para el mejor orden de cada una de ellas con separacion, indicando primero, aunque en términos generales, cuáles son las bajas que han de hacerse del caudal inventariado; y pasando despues á las privativas del patrimonio especial del difunto.

§. VI.

Bajas que han de hacerse del caudal inventariado.

Las bajas ó deducciones del caudal inventariado y el orden con que deben hacerse, es el siguiente:

- 1.º La dote de la mujer y las arras si fueron entregadas.
- 2.º Los bienes parafernales, si la mujer se hubiera reservado el dominio ó no hubieran pasado al marido en aumento de dote.
- 3.º El capital del marido, si hubiere bienes gananciales en cantidad suficiente para pagar las deudas comunes.
- 4.º Las deudas que durante el matrimonio se hubieran contraido, si sacado el capital del marido quedan bienes bastantes para su pago.

Para fundar la causa de estas bajas, aunque pudieran servir las doctrinas emitidas en el tratado 1.º al hablar de las dotes, arras, bienes parafernales, y muy particularmente lo que se dijo en el párrafo IX, leccion 8.ª, seccion 3.ª, sin embargo, para que á la simple vista quede asegurado el contador de los fundamentos de estas bajas y pueda resolver las dificultades que en estas ocurran, haremos algunas breves obser-

vaciones en cada una de ellas, empezando por la baja primera, que es la

Dote.

La primera deducción que debe hacer el contador es la dote, si está acreditada antes legalmente por la escritura dotal de que hablamos en el párrafo XIII, lección 8.^a, sección 1.^a, tratado 1.^o, pues si solo constare por la confesión del marido habrá de tener presente lo que dijimos al final del párrafo X de la citada lección.

Aun siendo la dote *numerada*, no es siempre esta la primera baja si hay acreedores mas privilegiados que la mujer y no existen bienes suficientes para el pago de todas las deudas.

Estos créditos privilegiados, son:

1.^o Los que competen á uno por título de dominio.

2.^o Los constituidos contra el marido con hipoteca convencional anterior á la carta dotal.

No siendo de las clases indicadas será preferida la dote de la mujer en concurrencia con las otras clases de créditos hipotecarios si se hubieren constituido estos con posterioridad á la carta dotal; pero no si lo hubieren sido anteriormente á esta.

Sabido ya que la dote es la primera baja en el sentido explicado, para su devolución se tendrá presente lo que se dijo en el párrafo X de la lección 8.^a, tratado 1.^o, al hablar *del modo cómo ha de hacerse la restitucion de la dote*, en cuyo aparte se encontrarán, aunque en general, las doctrinas de la ley y de los intérpretes sobre este punto.

Juntamente con la dote se bajarán las arras si fueron entregadas ó se incorporaron como aumento suyo en la carta dotal, segun lo manifestado en el párrafo VIII, sección 2.^a de la misma lección; lo cual, verificado, se pasará á la segunda baja, que se hará de los

Bienes parafernales.

Despues de deducida la dote se bajan del caudal inventariado los bienes que fuera de ella aportó la mujer al matrimonio ó adquirió durante él por título gratuito: pero para hacerse debidamente esta baja ha de atenderse á si se entregaron al marido como aumento de dote, ó se reservó la mujer el dominio, quedando solo en el esposo su administracion.

En el primer caso siguen la naturaleza de la dote, y deberá observarse lo que se ha manifestado en la baja anterior, consultando la doctrina del tratado 1.º en los párrafos citados; en el segundo, y aun tambien en el caso en que, habiéndose entregado como aumento de dote, no se hubiesen estimado, se tendrá presente cuanto se ha dicho en los párrafos IX y X, lección 8.ª, sección 1.ª, tratado 1.º, al hablar de los derechos y obligaciones de la mujer sobre la dote y modo como debe hacerse la restitucion, escepto en la parte que dice relacion á la clase de garantía que tiene esta sobre dichos bienes, en los cuales, no entregándose como aumento de dote, aun cuando tenga por ellos hipoteca tácita, no goza del privilegio de prelación, segun dejamos sentado en el párrafo XI de la misma lección.

Deducidos del caudal inventariado los bienes dotales y parafernales se pasa á la baja tercera, que, como se ha dicho, se refiere al capital del marido.

Capital del marido.

Para hacerse esta baja es necesario atender á si despues de separada la dote y bienes parafernales quedan bienes bastantes, aunque se separe del capital del marido, para pagar las deudas que hubiere.

Si quedaren bienes suficientes, ó no hubiere deudas, se bajará entonces el capital del marido, comprendiendo en él lo que recibió este por donacion *propter nuptias* y los demás bienes que tuviere propios al tiempo de la celebracion del matrimonio, ó adquirió durante él por titulo lucrativo, siempre que se acredite legalmente haberse aportado este capital, para lo cual pueden servir las escrituras que con este motivo se otorguen, segun lo manifestado en los párrafos XII y XIII, lección 8.ª, sección 1.ª, tratado 1.º

Mas si no quedaren bastantes bienes para pago de las deudas despues de sacado el capital del marido, entonces, antes que se separe este, se harán las bajas correspondientes á fin de que queden ellas satisfechas; y de aquí la otra baja que ha de hacerse del caudal inventariado, que es la relativa á las

En el primer caso siguen la misma regla de la baja anterior, y he-
 Deudas. para observarse lo que se ha establecido en la baja anterior.

Por lo que aparece de la baja anterior, no siempre ha de separarse el capital del marido inmediatamente despues de separado el de la mujer, sino que se irán continuando bajando las deudas, si fueran estas tales que absorban los gananciales si los hubiere, y con mucha mas razon si no los hubiere.

Para proceder á esta baja se observarán las reglas que propusimos en el párrafo IX, seccion 3.^a de la citada leccion, y si despues de bajadas todas las deudas quedaren todavia bienes suficientes para sacarse el capital del marido, se separará lo que cupiere, y el residuo, si se hubiere cubierto todo, será entonces lo que constituya los bienes gananciales; de los cuales, antes de procederse á su particion, se harán las bajas siguientes:

4.^a El lecho nupcial, que comprende la tarima ó catre, los colchones y jergon, cuatro sábanas, cuatro almohadas, colcha, manta y colgadura, si la usaban; entendiéndose que si el consorte sobreviviente volviera á casarse haya de restituir á los herederos del difunto la mitad de su importe si se dedujo de los bienes gananciales, como dispone la ley 6.^a, tít. vi, lib. iii, Fuero Real, ó todo su valor, si se dedujo de los bienes del difunto.

2.^a Los gastos de la última enfermedad, si aun no estuvieren satisfechos.

3.^a Las cargas, gravámenes y tributos que se adeudaren, y los gastos de administracion, reparacion y cultivo.

4.^a Los derechos de inventario, tasacion y particion, si los interesados fueren solo el marido y la mujer, pues si hubiere otros pagará cada uno la parte que le toque á proporcion de lo que le perteneciere (1).

Hechas estas bajas y pagadas todas las deudas comunes, segun lo dispuesto en las leyes 14, tít. xx, lib. iii, Fuero Real, y 207 del *Estilo*, el residuo será la parte de gananciales que ha de partirse, agregando antes todas las cantidades ó valores que habiendo salido del caudal comun, se hubieren invertido en utilidad solamente de uno de los dos consortes.

(1) Art. 907.

Los casos en que tiene lugar esta agregacion pueden verse en el párrafo IV, leccion 8.^a, seccion 3.^a, tratado 1.^o, así como tambien, consultando el párrafo IX de esta misma seccion, se encontrará en él lo mas general para proceder con conocimiento á la liquidacion y division de los bienes gananciales, incluidas las reglas para la percepcion de frutos que de ellos provienen.

Verificada la division con arreglo á estos antecedentes, la mitad de los gananciales que corresponde por ella se unirá al capital que cada cónyuge tenia ya separado, y formándose una suma de estas dos partidas constituirá este total con respecto al premuerto su patrimonio peculiar ó herencia, de la cual han de hacerse á continuacion las bajas que correspondan.

§. VII.

Bajas especiales del patrimonio del difunto.

Las bajas que han de hacerse del patrimonio especial del difunto, unas convienen tanto al patrimonio de la mujer como al del marido: otras son propias y especiales de este.

Convienen á los dos patrimonios.

1.^o Las bajas por deudas contraidas por cualquiera de los dos consortes, al tenor de lo manifestado en la regla 1.^a del párrafo IX de la leccion últimamente citada.

2.^o Las que han de hacerse de los bienes que el marido ó mujer, habiéndose casado segunda vez, hubiesen de reservar para los hijos del primer matrimonio, si los tuvieran.

3.^o Los gastos del funeral y bien de alma, y los legados que uno ú otro hubiese dejado, con tal que no escedan del *quinto*; advirtiéndose que si escedieren de esta parte de la herencia han de rebajarse de los legatarios á prorata del valor que cada uno hubiere recibido.

4.^o Las mejoras que el padre ó madre hubieran hecho; debiéndose tener presente en esta baja lo que dijimos en el párrafo VII, leccion 15 de este tratado, para saber el modo cómo han de deducirse.

Bajas especiales del patrimonio del marido.

- 1.º Los daños que por su culpa acaecieron en la dote inestimada y en los bienes parafernales, según lo manifestado en los párrafos IX, X y XI, lección 8.ª, sección 1.ª, tratado 1.º
- 2.º Las arras prometidas, en los términos propuestos en los párrafos VII y VIII, sección 2.ª de la misma lección.
- 3.º Los alimentos de la mujer, si quedó embarazada; y según los prácticos, los de los nueve días siguientes á la muerte del marido, no faltando quien los estiende hasta que se le haga la restitucion de la dote, lo cual podrá, á nuestro parecer, admitirse en cuanto á aquella dote que consistiera en bienes no productivos, pero no en los que lo fueran, en los cuales hasta que se le den á cuenta de la parte de frutos las cantidades que necesite.
- 4.º El luto de la viuda, pero no el de los herederos.
- 5.º La cuarta marital, en los términos manifestados en la lección anterior.

De todas estas bajas, que, con respecto á los dos patrimonios ó solo al del marido, hemos anotado, la última que ha de sacarse es la de las mejoras, si se hubieran dejado; advirtiéndose que, para su adjudicacion, han de hacerse las deducciones que espresamos en el párrafo X, lección 15 de este tratado, las cuales deberán anotarse en una cuenta aparte que se forme, particularmente en la del quinto, al practicarse la liquidacion del haber que corresponda á cada uno de los interesados en la particion.

A esta liquidacion y distribucion deberia el contador proceder tan luego como hubiere hecho las bajas que correspondan, al tenor de lo que hemos manifestado, si no hubiere en algunos casos bienes que acumular al caudal liquido del difunto de parte de los hijos que los tenian ya recibidos.

Con este motivo, y á fin de que, llegado este caso, puedan tenerse presentes las reglas necesarias para evitar los perjuicios que de otro modo pudieran causarse, diremos brevemente en qué consista esta operacion, que en la jurisprudencia conocemos con el nombre de *colacion*, para lo cual daremos antes su definicion.

favor de la hija constituirse en legítima por el valor que tuvieran los bienes del padre al constituirse la dote, según se establece en el §. XIII. **Qué es colación, y requisitos para que tenga lugar.**

Se entiende por COLACION la *agregación que los hijos y demás descendientes legítimos hacen al caudal paterno ó materno de los bienes que en vida les dieron sus padres, para que contándoseles en parte de su haber, reciban todos, si no hubiere mejoras, una porcion igual en la herencia.*

De esta definicion, sacada de la ley 5.^a, tit. III, lib. x, Novísima Recopilacion, se infiere que la colacion solo tiene lugar en las particiones de la herencia de los padres ó de otros ascendientes, siempre que existieran hijos ó descendientes que, teniendo derecho á la legítima y no habiendo renunciado á ella, hubieren recibido á cuenta de la misma alguna parte de bienes durante la vida de sus padres ó ascendientes (1).

Segun esta doctrina, pueden los contadores desde luego determinar los bienes que han de traerse á colacion: pero para mas claridad, y con el objeto de desvanecer algunas dudas que pudieran ofrecerse, presentaremos separadamente los que deben y los que no deben traerse á colacion.

Bienes que deben traerse á colacion.

Estos son los siguientes:

1.^o La dote de las hijas, en los términos propuestos en el párrafo IX, lección 8.^a, seccion 1.^a, tratado 1.^o, entendiéndose no solo del caso en que se hubiere recibido del padre, sino tambien cuando se hubiera recibido de un extraño por contemplacion á este, segun se dijo en el párrafo III de la misma leccion (2).

Si la hija repudiara la herencia, ó el padre al constituirle la dote prohibiera que se trajera á colacion, como expresa la ley 3.^a, tit. xv, Part. 6.^a (3), sacará el contador lo que le tocara por legítima, y acolará lo que escediere de esta, por no poder imputársele el sobrante como mejora despues de la ley 6.^a, tit. III, lib. x, Novis. Recop. Sin embargo, podrá todavia en

(1) Art. 879.

(3) Art. 882.

(2) Art. 879.

favor de la hija computarle su legítima por el valor que tuvieron los bienes del padre al tiempo de constituirle la dote, según se permite en la ley 5.^a del mismo título y libro, lo cual no nos parece que esté ni aun tácitamente derogado.

2.^o Han de traerse á colación las donaciones que los padres hicieron á los hijos, movidos del deseo de socorrerles en alguna necesidad más ó menos digna de consideración, las cuales se conocen con el nombre de *donaciones por causa*, según se dijo en el párrafo VI, lección 15 de este tratado; advirtiendo que el exceso de lo que les corresponda por legítima se les ha de imputar, en cuanto quepa, en el *tercio y quinto* de mejora, como dispone la ley 5.^a, tít. III, lib. X, Novis. Recop., y quedó explicado en el párrafo XII, lección 8.^a, sección 1.^a, tratado 1.^o

3.^o Las donaciones esponsalicias, ó vestidos, joyas y demás que los padres del esposo dieron á la esposa, aun cuando excediera su valor de la tasa legal, según lo manifestado en los párrafos I y II, lección 8.^a, sección 2.^a, tratado 1.^o

4.^o Las cantidades que se invirtieron en utilidad y beneficio del hijo, no siendo por gastos de su carrera ó por razón de alimentos.

5.^o Finalmente, lo que esciediere del tercio y quinto del patrimonio líquido del difunto en las donaciones que hubiere hecho en vida por un acto de liberalidad, por reputarse estas como una mejora tácita, según dijimos en el párrafo VI, lección 15 de este tratado, como igualmente el exceso en las mismas partes en cuanto á las mejoras espresas, cuyos bienes se hubieren entregado en vida del mejorante.

Lo dicho nos parece suficiente para determinar la clase de bienes que ha de traerse á colación; veamos los que no deben acolarse.

Bienes que no se traen á colación.

Estos son los siguientes:

1.^o Los peculios castrense, quasi castrense y adventicio, como espresa la ley 5.^a, tít. XV, Part. 6.^a

2.^o Los gastos que hicieron los padres en dar carrera á sus hijos, siempre que esta sea tal, que sin ella no pueden vivir cómoda ni decentemente, según la condición á que per-

tenecieren (1). La razon, además de espresarlo la ley citada, es porque estos gastos se comprenden entre los alimentos necesarios, los cuales, teniendo el padre obligacion de suministrarlos, deben estar exentos del gravámen de la colacion.

Sin embargo, hay que observar que si el padre al costearlos manifestó que los hacia á cuenta de su legitima, entonces deberán acolarse al menos en la parte que excediere de lo que debe darle por alimentos, á no ser que quisiera que aun esta se les imputara en mejora.

3.º Tampoco deben colacionarse los libros que el padre diere á los hijos para aprender alguna ciencia, así como las espensas para armarles caballeros, dándoles armas, caballo y las otras cosas que fueren necesarias, como añade la misma ley; si bien lo mas seguro, para evitar cuestiones, tratándose del mas ó menos gasto que pudiera hacerse con este objeto, es que el padre lo impute al hijo en mejora de tercio y quinto, rebajándose lo que se invertiria en él por razon de alimentos si lo tuviere en su casa (2).

4.º Finalmente, no deben acolarse las donaciones llamadas *simples* en lo que no excedieren del tercio y quinto del patrimonio líquido del difunto, ni lo que los padres gastaren en sus hijos por un acto de piedad ó liberalidad, ó con el objeto de que estuvieran mas condecorados en la sociedad (3).

Con lo dicho nos parece que podrá formarse una idea bastante circunstanciada acerca de los bienes que deben ó no traerse á colacion.

Solo nos falta advertir que para hacer esta agregacion de los bienes que sean colacionables no han de traerse al cúmulo de la herencia ó al patrimonio líquido del difunto las mismas cosas donadas ó dadas en dote, sino solo el valor ó estimacion que tenian ó se les dió si se hizo entonces su justiprecio; siendo de cargo y cuenta del donatario el aumento ó deterioro posterior, y aun su pérdida total, casual ó culpable, segun sostiene Ayora con otros varios autores, cuya opinion adopta el nuevo Código (4).

Lo mismo debe entenderse de los bienes que, calificados

(1) Art. 885.

(2) Art. 886.

(3) Art. 884.

(4) Art. 887.

como mejoras, no se pueden acolar en lo que no escedan del tercio y quinto del patrimonio líquido del difunto, pues también en ellos ha de atenderse, para calcularlo, al valor que tenían las cosas al tiempo de hacerse la donación, ó su entrega.

20. Aumentada la herencia con los bienes traídos á colación, la cantidad que resulte como total de legítimas se divide por iguales partes entre los herederos, formando para cada uno de ellos su haber, al que se agregará: con respecto al mejorado en el *quinto*, la cantidad líquida despues de deducido el funeral, bien de alma, legados y demás cargas; al mejorado en el *tercio*, lo que este importe si no se le impuso ningun gravámen; y al que se le hubiere dejado un legado, su valor.

21. Al mismo tiempo se anotará el haber de la viuda por su dote, mitad de gananciales, arras, lecho nupcial, etc., lo cual verificado y comprobadas las cuentas para ver si la cantidad que resulte, bajados los bienes colacionados, es igual á la que consta del inventario ó cuerpo de bienes, se formarán las *hijas*, adjudicando y aplicando á cada heredero lo que se estime mas proporcionado para pago de sus haberes, lo cual se comprenderá fácilmente teniendo presente el contador ciertas reglas para la adjudicación.

§. IX.

Qué es adjudicación, y reglas para hacerse debidamente.

Se entiende por adjudicación *el acto por el cual se aplica á cada heredero cierta porción de bienes de la herencia para pago del haber que le corresponde en ella.*

Para evitar reclamaciones, lo que debe ante todo procurar el contador es ver si pueden convenirse los interesados en los bienes en que se haya de hacer pago á cada uno de ellos, pues entonces no tiene mas que acomodarse á lo que estos hubieren acordado. Mas si no han podido convenirse en la junta que hayan promovido de todos ellos, podrá decirse que ha llenado el contador completamente su encargo si observa lo que crea procedente con arreglo á derecho, segun disponen los artículos 478 y 479 de la ley de enjuiciamiento, para lo cual pueden servir las siguientes reglas:

1.^a Procurar la mas exacta igualdad, así en el haber que

á cada uno corresponda, como en el valor ó estimacion de las cosas que se le apliquen para su pago (1).

2.^a Evitar en la formacion de las hijuelas la subdivision de alguna finca entre otros coherederos, adjudicándola á uno solo, aun cuando escada de su haber, con cargo á este de devolver el exceso para cubrir el de los demás, si en ello se conviniere los interesados; ó no conviniéndose, adoptando el medio de la licitacion ó el de que se echen suertes, si hubieren varios que la quisiesen, ó el que se venda á un extraño si nadie la quisiere (2).

3.^a Que en la finca divisible que haya de distribuirse entre varios no se consigne el haber de cada uno en porciones separadas, sino unidas en cuanto sea posible, y si tuviere alguna servidumbre, hacer que todos puedan usarla sin entrar en la parte de otro para su disfrute.

4.^a Que si en alguna de las fincas tuviere ya parte uno de los herederos, prefiera á este para ver si la puede poseer en el todo.

5.^a Que en la division que se hiciere entre el cónyuge y los herederos se haga el pago á aquel en las fincas que aportó al matrimonio ó adquirió durante él, mientras existan.

6.^a Que en las cosas incorporales, como censos, etc., se dividan sus capitales con la misma equidad que en las fincas.

7.^a Que los créditos se adjudiquen de modo que nadie quede perjudicado, si bien seria conveniente facultar á uno para que los cobrase y se dividiera el total entre ellos.

8.^a Que si hay deudas que no se pagaron antes de la division, podrá autorizarse tambien á otro coheredero para que las pague, adjudicándole bienes de fácil venta, y obligándose todos á proporcion á abonar lo que faltase.

Como aun á pesar de haberse observado estas reglas pudiera haberse causado algun perjuicio, concluida la liquidacion y particion, si se procediese judicialmente, las presentarán los contadores al juzgado en papel comun autorizado con sus firmas, y el juez mandará ponerlas de manifiesto en la escribania por término de ocho dias, haciéndolo saber á los interesados.

Si pasare este término sin hacer oposicion, ó si durante él

se hubiese presentado alguno ó algunos pidiendo su entrega, y trascurridos quince dias que para cada uno decretará el juez, no se opusiesen, aprobará este la particion, disponiendo que se protocolice: pero si dentro del tiempo hábil se opusieren, se convocará á junta á los interesados y contadores para que acuerden lo mas conveniente. Si se convinieren, se ejecutará lo acordado y se harán las reformas convenidas: pero si no se convinieren, se dará por terminada la junta, y comunicadas á los contadores las reclamaciones para que informen por escrito, se sustanciarán estas con sujecion á los trámites de un juicio ordinario. Artículos desde el 480 al 490 de la ley de enjuiciamiento.

Aprobadas en definitiva las particiones, se entregará á cada interesado lo que en ellas le haya sido adjudicado juntamente con los títulos de propiedad, y además un testimonio de su haber y adjudicacion, segun dispone el art. 491 de dicha ley (1); pero con la obligacion de parte de cada uno de ellos de estar tenidos al resultado de la particion y haber de cumplir con lo que prescriben las leyes á consecuencia de la misma, que son los efectos inmediatos que este acto produce.

Finalmente, debe tenerse presente que para que las adjudicaciones de bienes inmuebles puedan surtir el efecto de perjudicar á tercero, es requisito indispensable que se hayan inscrito en el registro de la propiedad (2).

§. X.

Efectos que produce la particion.

A tres clases pueden reducirse los efectos de la particion, á saber:

1.^a De los que se refieren al goce de los bienes que á cada uno haya correspondido en la adjudicacion:

2.^a De los relativos á la eviccion y saneamiento á que cada uno de los coherederos se obliga en cuanto á las cosas que respectivamente le han sido adjudicadas:

3.^a De los que son consiguientes á la rescision que se hubiere intentado de la particion en los casos que lo permite el derecho.

(1) Art. 911. (2) Art. 2 y 23 de la ley hipotecaria.

Efectos en cuanto á los bienes adjudicados.

Estos consisten en poder los interesados disfrutar y disponer por sí como dueños de lo que respectivamente se les haya adjudicado, pero con la obligación de haber de cumplir con lo que prescriben las leyes relativamente á la presentación en el registro de la propiedad de los documentos de la herencia, ó de legados y donaciones por causa de muerte, y pago del impuesto á la Hacienda pública en el tiempo señalado en el decreto de 20 de Julio de 1869, que dice así:

En los documentos referentes á herencias, legados y donaciones por causa de muerte, cuando las particiones se hayan ejecutado en el territorio de la oficina liquidadora, se presentarán á la liquidación del impuesto en el plazo de 30 días, á contar desde la fecha exclusiva de la adjudicación si no interviene la autoridad judicial, y desde la aprobación de la cuenta y partición cuando sea necesaria ó haya intervenido en las operaciones anteriores de la testamentaria. Si la partición se hubiese hecho en otro territorio de la Península é islas adyacentes, el plazo para presentar los documentos á liquidación será de 80 días, á contar desde la misma fecha (1).

Quando no hubiese particiones, el plazo para la presentación á la liquidación del impuesto será de seis meses, á contar desde el fallecimiento del causante, y lo mismo aunque las hubiere, si no se hace constar oficialmente dentro de dicho plazo haber incoado las operaciones de la testamentaria (2).

En los casos que hubiere particiones y conocimiento oficial de haberse incoado en los seis meses siguientes al fallecimiento del causante, y se terminasen dentro de un año, contado desde el mismo día, la presentación á la liquidación del impuesto, se hará con arreglo á los plazos establecidos en el art. 6.º, sin esceder del periodo de un año prefijado por el art. 5.º de la ley de Presupuestos (3).

Si la aprobación ó adjudicación de las particiones, bien sea judicial ó privada, se dilatase mas de un año, á contar desde el fallecimiento del causante, los poseedores ó adminis-

(1) Art. 6.º

(2) Art. 7.º

(3) Art. 8.º

tradores con cualquier título de los bienes testamentarios, presentarán dentro del año á la liquidacion del impuesto de declaracion descriptiva y valorada de dichos bienes, y copia del testamento, si lo hubiere, satisfaciendo los derechos correspondientes, sin perjuicio de las rectificaciones que procedan, terminadas que sean las particiones.

En caso de sucesion intestada, sustituirá á la copia del testamento testimonio de la declaracion de herederos; y si esta estuviese pendiente, relacion de los que se hubieren presentado como interesados en la herencia y el grado de parentesco que alegaren (1).

Los plazos de medio año y un año fijados en los dos artículos que anteceden, se ampliarán respectivamente á nueve meses y á año y medio si el fallecimiento ocurriese en otra nacion de Europa, á un año y dos si hubiere tenido lugar en Africa ó América, y año y medio y tres años si se hubiese verificado en Asia (2).

En las herencias causadas en provincias aforadas, los plazos establecidos en los artículos anteriores, se contarán tambien desde el dia del fallecimiento del causante, inténtese ó no la adversion ó bonificacion del testamento (3).

Quando la trasmision se verifique por contrato, y en las herencias cuando hubiese de partirse de la fecha de la adjudicacion ó aprobacion de las particiones, el plazo será de ocho meses para la presentacion de los documentos otorgados en otra nacion de Europa; de dos años para los que lo sean en Africa y América, y de tres años si lo hubiesen sido en Asia (4).

Para que se considere que consta oficialmente la instauracion de las operaciones de la testamentaria á los efectos de los artículos 7.º y 8.º, es preciso que se hayan incoado judicialmente antes de transcurrir los seis meses del fallecimiento del causante si hubiese juicio necesario de testamentaria, ó que se haya acudido á la autoridad judicial si este hubiese de intervenir por causa de menores ú otra análoga: cuando fueren privadas las operaciones, habrá de darse conocimiento de su

(1) Art. 9.º
(2) Art. 10.

(3) Art. 11.
(4) Art. 12.

principio á la Administracion económica de la provincia respectiva (1).

Ahora bien, además de la obligacion espresada, es cargo tambien de los coherederos el abono de los derechos asignados á la Hacienda pública por la trasmision de las herencias, en la forma siguiente:

El uno y cuarto por ciento de los bienes raices, y el medio por ciento de los semovientes y muebles en las sucesiones y herencias de los conyuges é hijos naturales legalmente declarados.

El dos y medio por ciento de los bienes raices, y el uno por ciento de los semovientes y muebles en las de los colaterales de tercer grado é hijos naturales de segundo grado.

El cuatro y medio por ciento de los bienes raices y el dos por ciento de los semovientes y muebles en las de los colaterales de tercer grado é hijos naturales no declarados legalmente.

El siete por ciento de los bienes raices, y tres por ciento de los semovientes y muebles en las de los colaterales de cuarto grado.

El ocho y medio por ciento de los bienes raices, y cuatro por ciento de los semovientes y muebles en las de los grados mas distantes.

El diez por ciento de los bienes raices, y cinco por ciento de los semovientes y muebles en las hechas á favor de estraños.

El dos por ciento en los bienes raices, y medio por ciento en los semovientes y muebles en los legados, mandas ó mejoras en propiedad entre ascendientes y descendientes.

El cuatro y medio por ciento de los bienes raices, y dos por ciento de los semovientes y muebles en los legados en propiedad entre colaterales de segundo grado, conyuges é hijos naturales legalmente declarados.

El siete por ciento de los bienes raices, y tres por ciento de los semovientes y muebles en los legados de colaterales de tercer grado é hijos naturales no declarados legalmente.

El ocho y medio por ciento de los bienes raices, y cuatro por ciento de los semovientes y muebles, en los que se hagan á parientes de grados mas distantes.

(1) Art. 13.

El diez por ciento de los bienes raíces, y cinco por ciento de los semovientes y muebles en los que se hagan á favor de estraños.

En las sucesiones, herencias y legados de que vá hecho mérito, se esceptuan del pago del impuesto el mobiliario, ropas y alhajas de uso particular.

Los usufructos, ya sean por herencia ó por legado, devengarán la cuarta parte de los derechos señalados respectivamente á la propiedad en la escala de los legados. (Art. 4.º de la Ley sobre traslaciones de dominio de 29 de Junio de 1867.)

Efectos relativos á la obligacion de evicción los coherederos.

Los efectos á consecuencia de esta obligacion, son: el que pueda cualquier coheredero á quien se le reclamare en juicio alguna de las cosas que se le adjudicaron en la herencia, repetir contra los demás el reintegro de lo que hubiere perdido por razon de la evicción (1), escepto en los casos siguientes:

1.º Cuando el padre dejó hecha la division, siempre que no resulte perjuicio en las legítimas, como espresa la ley 9.ª, título xv, Part. 6.ª (2).

2.º Cuando habiéndose hecho por los mismos coherederos, hubiesen pactado que ninguno quedase obligado á la evicción, ó se tratase de una finca que se adjudicó en comun á todos ellos, ó hubiere perecido la cosa por su propia naturaleza (3).

Fuera de estos casos habrá lugar á la prestacion de evicción por los bienes quitados en juicio á alguno de los herederos á quienes se adjudicaron, siempre que aquel contra el cual se dirigiera la reclamacion, cite de evicción á los coherederos para que salgan á su defensa, como se manifestará en el tratado 3.º, al hablar de las obligaciones que nacen del contrato de compra-venta.

Efectos consiguientes á la rescision de las particiones en los casos que proceda.

Para determinar con claridad estos efectos, se hace preciso advertir, que aun despues de aprobadas las particiones pueden concurrir tales vicios en ellas, que tengan que rescindirse ó

(1) Art. 917.

(2) Art. 918.

(3) Art. 919.

enmendarse, segun fuere la causa que diere lugar á su impugnacion.

Estas causas pueden provenir, ó de vicios que, segun el derecho, producen la nulidad de un acto determinado, ó de la calidad de las personas que se suponen perjudicadas.

En uno y otro caso, aunque son varias las que proponen los prácticos, nosotros solo haremos mencion de dos de ellas por ser las que mas generalmente se observan en las particiones, á saber:

1.^a Por haber mediado lesion en mas ó menos de la mitad del valor adjudicado:

2.^a Por pedirse ó utilizarse, habiendo menores, el *beneficio de restitucion*.

Concurriendo estas causas, podrá aplicarse la doctrina del derecho, tanto en cuanto al tiempo en que han de proponerse, como en cuanto á sus efectos despues de hecha la declaracion correspondiente, que serán, el haberse de hacer de nuevo las particiones, á no ser que pudiera subsanarse el daño con solo suplir el engaño causado.

De todos estos efectos, hay algunos que pueden continuarse, si el difunto fué casado, hasta despues de la muerte del cónyuge sobreviviente, como sucederá en el caso de haberse de aumentar á los hijos ó descendientes que quedaren, el haber que se les hubiere adjudicado en la particion de la herencia del premuerto, con lo que este hubiere dejado al sobreviviente por título gratuito.

Los bienes de que se forma esta mayor porcion que se agrega á la parte que correspondió á los hijos en la particion, se llaman *bienes reservables*, de los cuales trataremos en la siguiente leccion.

LECCION VIGESIMASEGUNDA.

DE LOS BIENES RESERVABLES.

Resumen.

§. I. Razon del método. — §. II. Naturaleza de la reservacion, y su fundamento. — §. III. Origen de las reservas, y juicio sobre el estado de nuestra legislacion acerca de ellas. — §. IV. Personas obligadas á reservar, y bienes sobre que recae esta obligacion. — §. V. Cuando empieza esta, y efectos que produce. — §. VI. Casos en que cesa. — §. VII. Reglas para saber cómo ha de procederse en la particion si hubiere bienes sujetos á reserva.

§. I.**Razon del método.**

Aunque las leyes adjudiquen en pleno dominio á la mujer casada lo que recibió de su marido por un efecto de su liberalidad, y pasen á consecuencia de este derecho á su poder los bienes comprendidos en el haber que se le formó al proceder á la particion de la herencia del cónyuge difunto, sin embargo, razones de orden público segun creyeron los antiguos, y la necesidad de que sean regulados por las leyes aquellos actos que, aunque ejercidos en uso de facultades propias, pudieran causar algunos perjuicios, han obligado á los legisladores á disponer que pierdan los viudos y viudas el derecho á estos bienes en ciertos casos, haciendo que los reserven, mientras vivan, en favor de los hijos que hubieren tenido del matrimonio contraido con la persona de quien proceden.

La obligacion que la ley impone en este caso se llama *reserva ó reservacion*, de cuyo conocimiento, no pudiendo prescindirse los contadores, para poder en su tiempo distribuir entre los hijos y descendientes del primer matrimonio los bienes que, á consecuencia de esta obligacion les pertenecen, nos ha parecido muy propio el que, como complemento de la materia de particiones en el caso en que el difunto hubiere sido casado, se dé en este lugar una idea de la naturaleza y fundamentos de esta obligacion, espresando los bienes á que ella se

refiere y sus efectos, lo qual servirá de materia á la presente lección.

§. II. Naturaleza de la reserva ó reservacion de bienes, y su fundamento.

Se entiende por RESERVA ó RESERVACION la *obligacion que tiene el cónyuge que contrae segundas nupcias de conservar para los hijos del primer matrimonio los bienes que recibió por título gratuito del cónyuge premuerto, y los que adquirió por herencia testada ó intestada de sus mismos hijos*. Los objetos y cosas á que se refiere la obligacion expresada, se llaman *bienes reservables*.

Su fundamento.

El fundamento de esta obligacion no es otro sino el haber considerado la ley que debia secundar la presuncion en que están los cónyuges, al hacerse algunas donaciones ó dejarse algunos legados, de que en caso de disponer el que sobreviviera de los bienes en que consistan, lo hará en favor de los hijos propios, evitando que sean defraudadas las esperanzas que estos habian concebido de que nadie sino ellos ó sus descendientes entraria á la participacion de los bienes que fueron del patrimonio de sus difuntos padres, contra la intencion ó deseos que deben suponerse en los mismos.

El que cause una ofensa á la memoria del otro cónyuge, casándose segunda vez el sobreviviente, que es otro de los fundamentos que alegan algunos autores en apoyo de esta obligacion, no creemos que haya podido servir de motivo al legislador para que así lo decretara, vindicando la injuria que se supone hecha al otro cónyuge por esta causa; pues ni es propio del legislador este oficio, que como de interés privado sólo incumbe al ofendido, ni es de creer que en la supuesta ofensa ha de ir envuelta la condicion de quererse privar los cónyuges de los bienes que mutuamente se dieron, cuando muy fácilmente podian así haberlo expresado en el acto de la donacion.

Cierto es que las leyes han impuesto á las viudas que viven licenciosamente la pena de perder los bienes gananciales en favor de los herederos del difunto marido, como dispone la

ley 5.^a, tit. iv, lib. x, Novis. Recop.; pero de ahí no debe sacarse argumento para sostener que la ofensa hecha al cónyuge con el segundo matrimonio sea el fundamento de las reservas; porque semejante pérdida nada tiene de comun con los efectos que produce la obligación de reservar los cónyuges los bienes que mutuamente hubieren recibido; ni es propiamente la injuria hecha al marido lo que se ha propuesto la ley castigar en este caso, sino mas bien el evitar el escándalo que se causa á la moral pública, y que creyeron podia conseguirse con solo privar á la viuda de los referidos bienes.

Esto supuesto, insistimos en que solo el favor ó utilidad de los hijos es lo que ha procurado la ley atender con la obligación de la reserva, no debiéndose estrañar el que nos ocupemos con tanto interés en averiguar el fundamento que haya tenido la ley para dictar esta medida, porque no será este el único punto en que tengamos que acudir al espíritu de las leyes para poder resolver con acierto algunas cuestiones, por ser insuficientes las disposiciones que existen en nuestros Códigos sobre esta materia, como fácilmente podrá comprenderse, al esplicar en el párrafo siguiente el origen de las reservas.

§. III.

Origen de las reservas, y juicio sobre el estado de nuestra legislación acerca de ellas.

El origen de las reservas parece que deba derivarse de la legislación romana, no habiendo en nuestros Códigos antiguos ley alguna que directamente pueda aplicarse á lo que en nuestro estado actual se halla vigente sobre esta materia.

La ley 5.^a, tit. II, lib. v del Fuero Juzgo, en que se dispone que la mujer que recibió algunas donaciones de su marido, si despues de los dias de este viviere honestamente ó se casare en legítimas nupcias, pueda hacer lo que quiera de ellas si no tuviera hijos, pero que si los tuviera las hayan de haber estos, ó las haya de perder si viviere licenciosamente, aunque parece indicar lo mismo que lo que se dice acerca de la obligación de reservar, sin embargo, como la limitacion y pérdida de las donaciones en su caso no la establece la ley en favor solo de los hijos, sino en favor tambien de cualquiera heredero del

marido, no puede servir de argumento directo para sostener la antigüedad que en vista de esta ley atribuyen generalmente los autores á las reservas.

Mucho menos puede inferirse de la ley 9.^a, tit. XII, libro III del Fuero Real, citada igualmente por los autores para demostrar la antigüedad de las reservas, pues, además de poder aplicarse á ella la observacion que hemos hecho á la ley del Fuero Juzgo, existe otra circunstancia que le separa mas de poderse suponer que en ella se hablaba de esta institucion, cual es el no hacer mencion del caso en que la viuda pasara á segundas nupcias, como lo hace la ley del Fuero Juzgo, sino que solo se fija en el hecho de si vive ó no honestamente la viuda, para determinar si hace suyo ó no lo que el marido le hubiere dado.

La primera ley, pues, que podemos citar en corroboracion de las doctrinas generalmente admitidas sobre las reservas, es la 25, tit. XIII, Part. 5.^a, en la que se dispone que, si muerto el marido se casara su mujer con otro, queden á favor de los hijos de su primer consorte las arras y donaciones que este le hubiera hecho, las cuales deban entregárseles despues de la muerte de su madre, quedando mientras tanto obligados sus bienes para su seguridad.

Aquí tenemos en esta ley comprendidas en pocas palabras toda la doctrina de las reservas: pero como á pesar de hallarse contenidos en ella los principios generales para su aplicacion práctica en esta materia, su falta de espresion daba lugar á muchas dudas y cuestiones promovidas entre los intérpretes, para suplir estos vacíos se vieron en la necesidad los Reyes Católicos en las Córtes que celebraron en Toro de publicar algunas aclaraciones sobre los puntos que mas dudas ofrecian.

Segun advierten los comentaristas, dos eran en aquel tiempo los puntos sobre que se hacia necesaria una aclaracion del legislador, á saber:

1.^o Si era solo la mujer ó tambien el marido el que hubiera de reservar á favor de los hijos del primer matrimonio lo que hubiese recibido de la misma, puesto que la ley de Partidas citada únicamente se refiere á aquella.

2.^o Si solo recaia la obligacion de la reserva sobre los bienes del consorte premuerto, ó habia de estenderse tambien

esta obligación á los que heredaron de sus hijos; siendo así que dicha ley de Partidas solo se refirió á los primeros.

Como en las demás materias fuera de las espresadas convenian generalmente los intérpretes del derecho, todo el pensamiento de reforma intentada en esta parte por los Reyes Católicos se cifró en estos dos objetos, que habiéndolos resuelto en sentido afirmativo, como consta de la ley 15 de Toro, ó sea la 7.^a, tit. iv, lib. x, Novis. Recop., dióse lugar á que se constituyera desde entonces la jurisprudencia que venimos siguiendo en esta materia.

A estas dos leyes, pues, tomada la una de las Partidas y la otra de las Cortes de Toro, está reducida toda la parte dispositiva de nuestra legislación relativamente á las reservas; y como ella no alcanza á resolver las cuestiones que continuamente se promueven, de aqui la necesidad de haber de acudir al derecho romano, de donde hemos dicho que se deriva esta institución, para que con las luminosas ideas que en sí encierra, podamos tener una norma segura mientras no se complete en esta parte nuestra actual legislación.

El proyecto del nuevo Código llena á nuestro modo de ver esta necesidad, presentando al mismo tiempo con orden los puntos legales que hay que considerar en esta materia, y segun el cual haremos nosotros una breve esplicacion de ellos, empezando por ver qué personas tienen obligación de reservar, y qué bienes están sujetos á reserva.

§. IV:

Personas obligadas á reservar, y bienes sujetos á reserva.

Están obligados á reservar el viudo ó viuda que pasare á segundo matrimonio; advirtiendo que no solo procede esta obligación la primera vez que se casaren despues de viudos, sino todas las demás en que volvieren á enviudar y casarse de nuevo, siempre que por otra parte existan hijos ó descendientes de aquel consorte del que procedieren los bienes sobre los cuales imponen las leyes esta obligación.

Así consta de la ley 7.^a, tit. iv, lib. x, Novis. Recop., la cual, corrigiendo la ley 25, tit. xiii, Part. 5.^a, que solo hace referencia al caso en que casare la mujer, dispone que uno y

otro cónyuge sin distincion tengan obligacion de reservar, expresando, para evitar cualquiera duda que se ofreciere, que *en los mismos casos que las mujeres, casando segunda vez, están obligadas á reservar:: en los mismos casos el varon que casare segunda ó tercera vez, esté tenido á esta obligacion*, con cuya doctrina se halla conforme el nuevo Código (1).

Bienes que han de reservarse.

La obligacion de reservar, por regla general, se estiende á todos los bienes que el cónyuge sobreviviente hubiere recibido del premuerto por testamento, donacion, ú otro cualquier título lucrativo; como asimismo á los que el viudo ó viuda hubiere heredado de los hijos ó hijas del primer matrimonio, que son los términos con que se espresa la ley 7.^a, tit. iv, lib. x, Novís. Recop. (2).

De esta doctrina resulta, que los bienes sujetos á reserva son:

1.^o Los que recibieron los cónyuges reciprocamente por donaciones esponsalicias, arras, legados, cuarta marital, lecho nupcial, ó cualquiera otra donacion semejante; no comprendiéndose en ellos la mitad de los bienes gananciales, porque su adquisicion no depende de la voluntad de los cónyuges, sino de la ley (3).

2.^o Todos los que adquirieron por sucesion intestada de alguno de los hijos del primer matrimonio, con tal que estos los hubiesen heredado antes del difunto padre ó madre; de modo que si es esta la que los adquiere han de haberlos heredado los hijos del padre, y si este, los han de haber heredado de la madre.

3.^o Las dos térceras partes de los bienes que adquirieron de los hijos por sucesion testada, porque, si por derecho romano no tenian obligacion de reservar parte alguna de los bienes que hubieran recibido de los hijos por testamento, en razon de suceder en este caso como estraños, segun espresa el cap. 46, Novel. 22, es consiguiente que sucediendo entre

(1) Artículos 800, 802 y 813.

(2) Art. 800.

(3) Art. 800.

nosotros, no como herederos voluntarios, sino como forzosos, en las dos terceras partes de la herencia testada de los hijos, como dispone la ley 1.^a, tit. xx, lib. x, Novis. Recop., sean estas dos partes las que deban reservar para los demás hermanos, y no la otra tercera parte, si se les hubiera dejado, por suceder en ella como estraños, segun se observaba en cuanto al todo entre los romanos.

No obstante de ser esta la doctrina generalmente admitida, sin embargo, si se atiende al contesto de la ley 15 de Toro, ó sea 7.^a, tit. iv, lib. x, Novis. Recop., parece que si el hijo al hacer testamento no dispuso de la tercera parte, hayan de reservar los padres el todo de la herencia que recibieron, por disponerse en ella en términos generales, y sin hacer diferencia entre sucesion testada ó intestada, que deban reservar tambien *lo que hubieren heredado de los hijos del primer matrimonio*.

Como quiera que sea, y limitando nosotros esta obligacion en la herencia testada á solas las dos terceras partes por la razon arriba espresada, debemos observar que, así como en la sucesion intestada se ha dicho que únicamente tendrán obligacion los padres de reservar los bienes hereditarios de los hijos, si estos los han heredado antes del difunto padre ó madre, segun consta en el núm. 2.^o, otro tanto ha de decirse en cuanto á la sucesion por testamento.

Sabidos los bienes que han de reservarse, parece muy propio que se diga cuándo empieza esta obligacion, y sus efectos.

§. V.

Cuándo empieza la obligacion de reservar y sus efectos.

Esta obligacion empieza desde el acto en que el viudo ó viuda pasare á segundo matrimonio, como espresan las leyes hasta aqui citadas, produciéndose desde entonces los efectos siguientes:

1.^o El perder el cónyuge sobreviviente la propiedad que tenia sobre los bienes adquiridos del premuerto ó de sus hijos, por los titulos antes referidos, quedándose en la clase de usufructuario de los mismos mientras viviere.

2.º El haber de hacer como usufructuario, un inventario de los bienes sujetos á esta obligacion (1).

3.º El de quedar obligado á constituir sobre sus bienes, la hipoteca especial que la ley establece en favor de los hijos, por lo que sus padres deban reservarles; y la introducida en favor de los hijos del primer matrimonio sobre los bienes de su padrastro, en su caso, por los que la madre haya administrado ó administre, ó se hallen sujetos á reserva; inscribiendo en el registro el título de su constitucion (2).

Esta obligacion, sin embargo, desaparecerá, cuando los bienes que deben reservarse tuvieren el carácter de inmuebles, pues entonces, *se constituirá solamente la hipoteca sobre ellos*, segun en su lugar espusimos.

4.º El no poder enagenar dichos bienes ninguno de los dos cónyuges despues de haber pasado á segundas nupcias; pero si que podrá hacerlo antes de contraer el nuevo enlace (3), por no existir todavía la obligacion de reservar, si bien probando los hijos que cuando se enagenaron tenia ya contratado el cónyuge sobreviviente el matrimonio, podian rescindir-se las enagenaciones, ó sacar su valor de los bienes propios del enagenante, si los tuviere, por estar estos hipotecados á su favor. Ley 26, tit. xiii, Part. 5.ª (4).

Si los enagenase despues de contraido el segundo matrimonio, subsistirán, sin embargo, estas enagenaciones, mientras viviere, porque pudiera suceder que hubieren fallecido ya todos los hijos sin haber dejado descendientes, en cuyo caso cesan los efectos de la reservacion (5).

Tambien pueden sostenerse las enagenaciones hechas despues de haber pasado el viudo ó viuda á segundo matrimonio, aun quedando hijos ó descendientes al tiempo de su fallecimiento, si dejare bienes suficientes con que reintegrar á estos hijos el valor de los bienes reservables enagenados: mas si no dejare bienes, podrán entonces revocarse las enagenaciones repitiendo los bienes del comprador, si renuncian antes los hijos á la herencia del padre ó madre que hizo la enagenacion. Ley 24, tit. xiii, Part. 5.ª

(1) Art. 807.

(2) Arts. 168, 184 y 201 de la ley hipotecaria.

(3) Art. 809.

(4) Art. 810.

(5) Art. 808.

Todos estos efectos en tanto se producen en cuanto existe la obligación de reservar; por lo mismo será preciso que veamos los casos en que cesa esta.

§. VI.
Casos en que cesa la obligación de reservar.

La obligación de reservar cesa en los casos siguientes:

1.º Si al morir el padre ó madre que contrajo segundo matrimonio no existen hijos ni descendientes legítimos del primero (1).

2.º Cuando los hijos del primer matrimonio, mayores de edad, renunciaron espresamente con escritura pública al derecho que tenían en los bienes sujetos á la reserva, sabiendo que estaba ya casado el cónyuge que los adquirió (2).

3.º Si los hijos en cuyo favor han de quedar reservados los bienes, casándose segunda vez sus padres, dieren su consentimiento para el segundo enlace, por suponerse con este hecho que renuncian á estos bienes. Algunos autores, sin embargo, no tienen como suficiente este consentimiento, si al mismo tiempo no espresan su voluntad de renunciar á dichos bienes, en los términos manifestados en el número anterior.

Otros mas casos presentan los prácticos, tales como el casarse con licencia del rey: el haber obtenido el cónyuge sobreviviente permiso del premuerto para volverse á casar; y finalmente, omitiendo otros, el haber espresado al hacerse los cónyuges alguna donacion que en ningun caso es su voluntad que baya de estar tenidos los bienes que se dieran á ninguna obligación.

A pesar de la erudicion de estos autores, los cuales habrán podido examinar con la mayor discrecion los documentos y doctrinas de los intérpretes del derecho para proponer los casos que acabamos de espresar, á nosotros nos parece que no pueden considerarse como suficientes para que por ellos cese la obligación de la reservacion.

En efecto, el primero de los espresados, aun refiriéndonos á los tiempos en que el rey ejercia plenamente la soberanía,

(1) Art. 804.

(2) Art. 803.

no puede admitirse en los términos que se propone, pues á ser así, todas las clases que ya desde tiempos antiguos necesitaban licencia Real para casarse, obtenida esta, quedarían libres de la obligación de reservar si fueren viudos, lo cual creemos que nadie podrá admitirlo.

En cuanto al segundo caso, según ya hemos demostrado, la obligación de reservar no conoce por fundamento la injuria que mutuamente pudieran hacerse los cónyuges, casándose segunda vez, sino únicamente el beneficio ó utilidad de los hijos; y por lo mismo no podrá nunca la licencia que diere un cónyuge al otro para casarse, hacer que se altere una disposición legal que no está introducida en favor de ninguno de ellos.

Así se ha considerado en el proyecto del nuevo Código, en el cual vemos que para evitar que volviera á reproducirse esta cuestión se establece terminantemente que haya de tener lugar la reserva, aun cuando el difunto consorte hubiere autorizado al viudo ó viuda para repetir matrimonio (1).

Finalmente, en cuanto al tercer caso, como la obligación de reservar no recae solamente en los bienes que mutuamente se dieron los cónyuges, sino que se estiende igualmente á los bienes que heredaren de sus hijos, como dispone la ley 7.^a, tit. IV, lib. X, Novísima Recopilación, resulta que si de unos y otros dice la ley citada que el padre ó madre que casara segunda ó tercera vez los haya de reservar, no habrá facultad en los cónyuges para restringir los efectos de la ley, hallándose esta espresada en términos tan absolutos.

Con estos principios generales nos parece que podrá el contador proceder con conocimiento en la particion de los bienes del difunto que hubiere sido casado, y resolver las cuestiones que en ella suelen ofrecerse sobre esta materia.

Sin embargo, á fin de facilitar mas su resolución, pondremos en resumen las reglas que deben tenerse presente, con las que terminaremos esta lección.

(1) Art. 802.

§. VII.

Reglas para saber cómo ha de procederse en la partición si hubiere bienes sujetos á reserva.

Aunque de las doctrinas que hemos sentado constan ya los principios que han de tener presente los contadores cuando en la partición hubiere bienes sujetos á reserva, no obstante, para su mas fácil inteligencia haremos un resumen de todos ellos, comprendiéndolos bajo las siguientes reglas:

1.^a El viudo ó viuda contraen, cuando casaren segunda ó mas veces, la obligacion de reservar para los hijos del primer matrimonio los bienes que hubieren recibido por título gratuito del consorte de quien proceden dichos hijos, como asimismo lo que hubieren adquirido de alguno de estos por sucesión intestada, y las dos terceras partes en la testada.

2.^a Esta obligacion empieza desde el acto de casarse segunda vez, y no antes, siendo su efecto principal el perder el cónyuge que lo hubiere verificado la propiedad de estos bienes, y convertirse en un mero usufructuario, en cuyo derecho continúa hasta su muerte.

3.^a Como consecuencia de este efecto, no podrá disponer de dichos bienes desde este tiempo, quedando á salvo á los hijos el derecho para ser reintegrados del valor de los mismos, si hubiera dispuesto, ó bien indemnizándose con los bienes del cónyuge que los enagenó, si los tuviere, ó bien repitiendo del comprador los mismos bienes, rescindiendo la venta.

4.^a Que siendo en este caso el cónyuge sobreviviente un usufructuario de los bienes que ha de reservar, deberán adjudicarse á los hijos del primer matrimonio los frutos pendientes al tiempo del fallecimiento de dicho cónyuge, en razon de que, considerándose tales frutos como parte de la finca que los produce, ó siendo una misma cosa con ella, es consigniente que, así como quedó reservada á favor de ellos la propiedad, lo deban quedar tambien á su favor dichos frutos; á la manera que en cualquier otro usufructo pasan igualmente estos al propietario concluido que sea este derecho, segun se dijo en el párrafo V, leccion 5.^a de este tratado.

5.^a Que las mejoras que el cónyuge que pasó á segundo

matrimonio hiciere á alguno de sus hijos, ora de la primera, ora de la segunda mujer, se han de sacar solo de los bienes propios del que las hace, aun cuando por haber heredado á alguno de los de los otros hijos se hayan confundido los bienes.

6.^a Finalmente, que los hijos no pueden disponer de los bienes llamados *reservables* por solo el hecho de haber pasado á ellos la propiedad en los casos que espresa la ley, sino que ha de esperarse á la muerte del cónyuge para hacerse entre los hermanos que existieren de aquel matrimonio la distribución de dichos bienes, la cual se verificará ó por iguales partes, ó en el modo que estuviere ordenado en el testamento que hizo aquel de quien procedieran, en virtud del derecho que tiene cada cónyuge para mejorar á algunos de entre sus hijos de la parte que les pertenece en los mismos, como afirman varios intérpretes y confirma el nuevo Código (1).

ARTÍCULO 805.

Artículo 805. En el testamento que el cónyuge que sobrevive hiciera á alguno de sus hijos, ora de la primera, ora de la segunda mujer, se han de sacar solo de los bienes propios del que las hace, aun cuando por haber heredado á alguno de los de los otros hijos se hayan confundido los bienes.

Artículo 805. Finalmente, que los hijos no pueden disponer de los bienes llamados *reservables* por solo el hecho de haber pasado á ellos la propiedad en los casos que espresa la ley, sino que ha de esperarse á la muerte del cónyuge para hacerse entre los hermanos que existieren de aquel matrimonio la distribución de dichos bienes, la cual se verificará ó por iguales partes, ó en el modo que estuviere ordenado en el testamento que hizo aquel de quien procedieran, en virtud del derecho que tiene cada cónyuge para mejorar á algunos de entre sus hijos de la parte que les pertenece en los mismos, como afirman varios intérpretes y confirma el nuevo Código (1).

(1) Art. 805.

LECCION VIGESIMATERCIA.

DE LA PRESCRIPCION.

Resúmen.

§. I. Razon del método.—§. II. Naturaleza de la prescripcion y su fundamento.—§. III. Personas que pueden prescribir, y requisitos que se exigen para ello.—§. IV. Cualidades de la posesion.—§. V. Circunstancias para que la cosa se posea justamente.—§. VI. Cuándo se entiende continuada la posesion.—§. VII. Tiempo que se ha de permanecer en ella.—§. VIII. Cosas que pueden ó no prescribirse.—§. IX. Doctrina sobre la prescripcion extraordinaria.—§. X. Actos que se oponen á la prescripcion.

§. I.

Razon del método.

Al clasificar en la leccion 10 de este tratado los modos de adquirir el dominio, en vista de la necesidad que tenemos de conocer los medios que las leyes han autorizado para que pueda constar de la legitimidad de los derechos que las personas ejercen sobre las cosas ó bienes que forman su patrimonio, dijimos que, aunque pudiera servir cualquiera de las divisiones que hacen los autores para presentar con orden los modos de adquirir que reconoce el derecho, á nosotros nos parecia mas propio el separar los modos que en las escuelas se llaman *naturales* de los otros llamados *civiles*, y esplicar bajo este orden los requisitos que en cada uno de ellos deban concurrir para que se consiga el objeto que se propusieron las leyes al establecerlos.

Siguiendo, pues, esta division, tratamos primeramente de los modos *naturales*, que son la *ocupacion* y la *tradicion*, y concluido su exámen entramos desde luego á considerar los modos *civiles*, los cuales, para su mas fácil conocimiento, creimos conveniente dividirlos en *universales* y *singulares*, segun que, ó se adquiriera por ellos una universalidad de bienes y derechos, ó solo alguna cosa determinada ó singular.

Esto supuesto, habiendo examinado en las lecciones ante-

riores el único modo *universal* admitido en nuestro derecho, que es el que se verifica por la sucesión testada é intestada, el orden pide que entremos en el exámen de los modos *singulares* de adquirir.

Entre estos se cuentan principalmente el *legado*, la *donación*, el *fideicomiso singular* y la *prescripción*; mas como los tres primeros se han incluido en el tratado de sucesiones, por formar parte de las disposiciones testamentarias, únicamente nos ocuparemos del último de los indicados, que es la *prescripción*, examinando su naturaleza y requisitos para que tenga efecto, que será la materia de la presente lección.

Naturaleza de la prescripción y su fundamento.

Antes de explicar la naturaleza de la prescripción en el sentido en que nos proponemos hacerlo en este lugar, no será por demás advertir que la palabra *prescripción*, ni siempre ha tenido una misma significacion en el derecho, ni es una misma tampoco aun tomada esta en su sentido gramatical.

Por derecho romano antiguo se diferenciaba de la *usufructu* como es de ver por el tit. vi, lib. ii, Instituciones Jus., y aunque en tiempo del emperador Justiniano desaparecieron estas diferencias, formándose de estas dos instituciones una sola especie, segun consta de la ley única, tit. xxxi, lib. vii, Código, sin embargo, subsiste todavía la diversidad de significacion en su sentido gramatical, denotándose, unas veces con ella la adquisicion de un derecho, y otras su estincion.

Nosotros en este lugar la tomamos en el sentido de ser uno de los modos de adquirir el dominio, y para designarla como tal usaremos siempre en *nominativo* el derecho que se adquiere, valiéndonos, por ejemplo, si es el dominio ó una servidumbre, etc., lo que pasa á nuestro poder por este medio, de la siguiente oracion: *El dominio, la servidumbre, etc., se prescribe*, así como para denotar la estincion usaremos en *dativo* la obligacion ó derecho que se estingue, como en esta otra oracion: *Hemos prescrito á tal derecho, á tal obligacion, etc.*

Bajo este supuesto, pues, definiremos la *prescripción* como

modo de adquirir, diciendo que es: *el medio de adquirir un derecho por el lapso del tiempo y bajo las condiciones de terminadas por la ley.* Proemio al tit. XIX, Part. 3.^a (1).

Fundamento de la prescripción.

El fundamento ó razones por que establecieron las leyes este medio para adquirir ó perder el dominio de las cosas ó cualquier otro derecho que pueda tenerse en ellas, lo expresó el rey D. Alfonso en la ley 1.^a del título y Partida citada; señalando tres causas que hacian necesaria esta institucion, á saber:

1.^a Para asegurar la propiedad y evitar la incertidumbre en que estarian los hombres acerca del señorío que tuvieran sobre las cosas.

2.^a Para poner término á los frecuentes litigios que se promoverian á consecuencia de esta incertidumbre.

3.^a Para escitar á los hombres á la mejora y produccion de los bienes, constándoles que nadie se los puede reclamar; como igualmente para castigar el abandono ó negligencia de aquellos que, viendo por largo tiempo á otros en el goce y posesion de los bienes, no los reclaman.

A fin, pues, de evitar estos daños, concluye la citada ley, es porque los legisladores tuvieron á bien señalar un término, pasado el cual no se pudiera ya inquietar á los poseedores.

Al hacerlo así no creemos que se hayan traspasado los límites de sus facultades:

1.^o Porque el legislador, en virtud del dominio eminente que ejerce, puede, si lo exige la necesidad y el interés general, hacer que pierda la propiedad de cierta cosa el que fuere dueño de ella.

2.^o Porque en todo legislador se ha de reconocer aquella estension de poder que moralmente es necesario para la conveniente y tranquila administracion de sus Estados; y como tanto para la felicidad pública, como para la pacífica y conveniente administracion de la sociedad, es necesario que pierda uno á las veces el dominio y se adjudique á otro, cuando en

(1) Art. 1933.

un tiempo dado no reclamare la cosa su dueño, según se deduce de las tres causas que la ley 1.^a, tit. XIX, Part. 3.^a designa como fundamento de la *prescripción*, resulta demostrado que no hay exceso de facultades en los legisladores que así lo ordenaron.

El decir que repugna á la equidad natural que uno se haga rico en perjuicio de otro, y que por lo mismo no puede admitirse la prescripción como incluida en el principio sentado, es no tener presente que en tanto debe admitirse esta máxima, en cuanto no hubiere ninguna justa causa para que uno haya de experimentar alguna pérdida; pero no cuando hubiere un justo motivo, como sucede en la prescripción, según ya se ha manifestado.

Ni tampoco repugna el otro principio de derecho, de que lo que es de cada uno no puede pasar á otro sin algún hecho ó consentimiento de su dueño, porque este principio debe también entenderse del caso en que no haya una justa causa para prescindir de este consentimiento; y ejemplos de ello los tenemos en la enagenación forzosa, en las agregaciones que se verifican por razón de la acesión, y en otros muchos casos en que en pena de un delito, y aun también por actos contra ley civil, se le priva al sugeto de alguna cosa suya, aplicándola al fisco.

Demostrada la legitimidad de la prescripción, parece muy propio que se vea quiénes pueden hacer uso de ella.

§. III.

Personas que pueden prescribir, y requisitos que se exigen para ello.

Pueden prescribir todos los que sean capaces de adquirir (1), y reúnen además las condiciones que exige la ley.

Por falta de este requisito no pueden prescribir:

1.º Los faltos de razón, como el loco ó el demente, según espresa la ley 2.^a, tit. XXIX, Part. 3.^a, á no ser que, estando en sano juicio, tuviere ya la cosa en su poder él, ó aquel cuyos bienes heredare, que entonces, como concluye la

(1) Art. 1935.

misma ley, bien la puede ganar, continuando en su poder por el tiempo necesario.

2.º Los que poseen la cosa en nombre de otro y sus herederos, en cuya clase se consideran los arrendatarios, comodatarios, depositarios, etc., á menos que se haya cambiado el título de su posesion por causa procedente de un tercero, ó por la oposicion que ellos mismos hayan hecho al derecho del propietario. Leyes 1.ª, tit. viii, lib. xi, Novis. Recop., y 22, tit. xxix, Part. 3.ª (1).

3.º Los coherederos y los condueños en cuanto á la cosa que poseen en comun *pro indiviso*, aunque uno de ellos sea solo el que la tenga; y finalmente, los ladrones con respecto á las cosas hurtadas, que nunca las prescriben por mas tiempo que las tuvieren en su poder, como se esplica la misma ley.

Fuera de las personas espresadas podrán las demás prescribir, bien por sí ó bien por medio de otro, segun dispone la ley 13, tit. xxix, Part. 3.ª; pero para ello deben concurrir ciertas condiciones, que para su mas fácil inteligencia dividiremos en tres clases, á saber: unas de parte de la persona que entrega la cosa, otras de parte de la que la recibe, y otras de parte de la misma cosa que se adquiere.

De parte de la persona que entrega la cosa solo se exige que no sea dueño de ella, pues si lo fuere, entonces se adquiere el dominio en el acto de la tradicion y no hay necesidad de la prescripcion.

De parte del que la recibe se requiere:

1.º Que la esté poseyendo.

2.º Justamente.

3.º Sin interrupcion.

4.º Por el tiempo señalado por la ley.

Ultimamente, de parte de la cosa, es necesario que sea capaz de prescribirse.

Como no todas estas condiciones las exige la ley en los casos en que reconoce la prescripcion como medio de adquirir algun derecho, ni es igual en todos ellos el tiempo de la posesion, para determinar lo uno y lo otro distinguiremos dos clases de prescripcion, á saber: una que llamaremos *comun*.

(1) Art. 1948.

ú ordinaria, en la que deben concurrir todos los espresados requisitos, y es uniforme el tiempo de la posesion, y otra que denominaremos *especial* ó *extraordinaria*, en la que el que la alega solo tiene que justificar haber trascurrido el tiempo señalado, segun la calidad de las cosas y sus circunstancias.

Cuáles sean las cosas comprendidas en una y otra prescripcion lo haremos ver en los párrafos siguientes, esplicando antes los requisitos que se exigen de parte de la persona que adquiere, que siendo el primero de ellos *el que posea*, nada mas propio que el que se den á conocer las cualidades de la posesion.

§. IV.

Cualidades de la posesion.

El primer requisito para la prescripcion es poseer la cosa, pues como dice la ley 25, tit. III, lib. XLI del Digesto, sin la posesion no puede tener efecto la prescripcion (1).

Se dice que posee el que, en concepto de dueño, tiene en su poder una cosa corporal que está en el comercio de los hombres, ó ejerce en ella algun derecho, siendo incorporeal; ó lo que es lo mismo, que la posesion que se requiere para la prescripcion debe ser la que en las escuelas es llamada *civil*, la cual comprende: 1.º, la ocupacion en los términos que lo permita la naturaleza de la cosa; y 2.º, la conciencia de ser uno dueño de ella (2).

La razon de haber de ser esta y no otra la posesion, es porque la prescripcion es un modo civil de adquirir el dominio, y este no se adquiere sin la voluntad é intencion del adquirente y la de aquel que trasmite la cosa si ha pertenecido antes al dominio de otro, como esplica la ley 55, tit. VII, lib. XLIV del Digesto; que de aquí vino el haber considerado en el párrafo anterior, como incapaces para prescribir á todos los que posean la cosa á nombre de otro.

Con solo esta indicacion, pueden ya comprenderse la cualidades que ha de reunir el que posea la cosa para ganar la prescripcion, las cuales, hallándose además anotadas en el párrafo III de la leccion 4.ª de este tratado, remitimos á ella

(1) Art. 1946.

(2) Art. 1947.

á nuestros lectores para escusar repeticiones, limitándonos á explicar en este lugar aquellas que se refieren á los requisitos de la prescripción, de los que es el segundo en orden el haber de poseer la cosa *justamente*, según la colocación que les hemos dado en el párrafo anterior.

§. V.

Circunstancias para que la cosa se posea justamente.

El segundo requisito de parte de la persona que adquiere la cosa es que *la posea justamente*, y entonces decimos que se posee justamente una cosa cuando concurren las circunstancias siguientes:

- 1.^a Título justo para adquirirse.
- 2.^a Buena fé en el que la adquiere.
- 3.^a Voluntad en el que la trasmite.

Título justo para adquirirse.

Es tan necesario un título justo para la prescripción, que sin él nunca podrá prescribirse la cosa. La razón es porque, según el párrafo anterior, una de las cualidades de la posesión es que se tenga á título de propietario; y como esto no puede verificarse sin una causa que le haga suponer á uno que es suya la cosa, resulta que no existiendo título para poseer la cosa, no puede haber tampoco prescripción.

Se entiende por título justo *la causa que contiene en sí la traslación del dominio* (1), como, por ejemplo, la compraventa, la permuta, la donación, el legado, etc.

El título se divide en *verdadero* y *no verdadero*, y este último en *colorado*, *putativo* y *presunto*.

Se llama título *verdadero* aquel que por sí solo tiene fuerza de transferir el dominio sin necesidad de la prescripción: tal es el que se constituye, por ejemplo, por la compra de una cosa del que es su verdadero dueño.

El *colorado* es aquel que, apareciendo como verdadero, no tiene fuerza de por sí para transmitir á otro el dominio en el

(1) Art. 1958.

acto, como sucede, por ejemplo, en la compra de una cosa hecha de uno que se creia dueño de ella.

Putativo es aquel que se supone que ha precedido á la adquisición de una cosa, cuando realmente no ha existido, como sucederia en el caso de estar uno poseyendo una cosa creyendo que se la habian legado.

Finalmente, título *presunto* es el que presumen las Leyes que intervino en el acto de la adquisición de la cosa, aunque pudo realmente no haber intervenido. Tal sucede en las prescripciones de treinta ó mas años, en las que el lapso de tiempo tan largo lo considera de por sí la ley como un título suficiente para ser tenido como dueño.

Esto supuesto, si se quiere saber qué título de los expresados es el que se requiere para la prescripción, diremos que el título *verdadero*, tal como lo hemos definido, no es el que se requiere para la prescripción; antes al contrario, la impide, en razón á que transfiriendo este título el dominio no necesitamos de la prescripción para adquirirlo.

Los autores, sin embargo, y aun el mismo proyecto de Código, se esplican diciendo que el título para la prescripción debe ser válido y *verdadero* (1). Tal vez estemos de acuerdo en la idea; pero á nosotros nos parece que por parte de estos autores no está bien significada, debiéndose mas bien decir: que para la prescripción ordinaria se requiere el título *colorado*, que es el que tiene aquel que compró alguna cosa de buena fé de uno á quien creia dueño; pero que no basta el título *putativo*, porque la falsa creencia de que existió una causa justa para la adquisición no altera la naturaleza de la cosa que se adquiere, á no ser que de este error no fuese culpable el poseedor, y si un tercero, que entonces valdria la prescripción, como lo demuestran con varios ejemplos las leyes 13, 14 y 15, tít. xxix, Part. 3.^a

Finalmente, para la prescripción de las cosas incorporales, como, por ejemplo, de una servidumbre, y para las de muy largo tiempo, basta el título *presunto*; pues en las primeras, el uso de uno y la paciencia de otro hace las veces de título, y en las segundas, el lapso de tanto tiempo sin reclamación

(1) Art. 1959.

alguna indica que nadie tiene derecho en la cosa; que por esto en la revision de escrituras, cuando consta el dominio pacíficamente continuado en una ó mas personas por mas de treinta años, ya no hay inconveniente en considerar como de procedencia legítima lo que se adquiriere.

El nuevo Código, sin embargo, establece que el que alegue la prescripcion ha de probar el justo título, añadiendo que este nunca se presume (1).

Buena fé en el que la recibe.

La segunda circunstancia para que la posesion sea justa es la buena fé en el que recibe la cosa.

Se entiende por buena fé *la ignorancia en que uno está de que puede ser de otro la cosa que posee*. Tal es la de aquel que compró una cosa de uno que creía era su dueño, segun lo demostraban los títulos de su posesion (2).

Esta circunstancia se presume mientras no se pruebe lo contrario; y aunque por la ley 12, tit. xxix, Part. 3.^a, cuya disposicion admite el nuevo Código (3), basta que exista al tiempo de la adquisicion, excepto en el contrato de compraventa en que es necesaria tambien al tiempo de su perfeccion, nosotros, siguiendo en esta materia al derecho canónico, que la exige como necesaria en todo el tiempo de la prescripcion, segun consta del cap. xx, tit. xxvi, lib. II, Decr. Gregorio IX, decimos que no basta solo que se tenga al principio, como establece la ley de Partidas citada.

La razon es porque en concurrencia de ley civil y canónica, en que se trata de evitar una accion pecaminosa, debemos estar á lo que dispone esta, y no á lo dispuesto en la ley civil, por ser la autoridad de la Iglesia á la que pertenece juzgar de la bondad ó malicia intrinseca de las acciones por autorizacion del mismo Dios.

Ultimamente, será justa la posesion cuando no se recibe la cosa por fuerza (4), sino por voluntad de su dueño; ora sea el mismo, ora otro el que la entregue por mandato suyo, que

(1) Art. 1960.

(2) Art. 1956.

(3) Art. 1957.

(4) Art. 1947.

era la tercera circunstancia que se designó para explicar el segundo requisito de la prescripción.

Mas como no basta que la posesion sea justa, sino que es necesario que sea continuada, ó que se posea la cosa sin interrupcion, será preciso que veamos en qué consista este tercer requisito de la prescripción.

§. VI.

Quando se considera continuada la posesion.

El tercer requisito de parte del que recibe la cosa para poder ganarla por la prescripcion, es el haber de conservarla en su poder ó el poseerla sin interrupcion (1).

Es tan necesario este requisito, que sin él no puede llegarse á prescribir la cosa, en razon de que interrumpida la posesion, cualquiera que sea la causa, no puede completarse el tiempo que la ley tiene señalado en cada caso, mientras que, ó no se una con el que trascurrió cuando otro la poseia, ó se termine todo en el nuevo poseedor.

Para determinar, pues, los efectos de la posesion interrumpida, distinguiremos dos clases de interrupcion, á saber: una que se verifica *natural* y otra *civilmente* (2).

Se interrumpe naturalmente la posesion cuando se pierde esta real y efectivamente (3), ora impidiéndose que use de ella el que la tiene, ora abandonándola este, ora dejándola á favor de otro en virtud de algun justo título.

En todos estos casos, si bien se interrumpe la posesion, no son unos mismos los efectos que se producen.

En el primero, ó cuando existe un impedimento para poseerse la cosa, como, por ejemplo, por razon de peste, ó guerra, ó por otra de las causas espresadas en la ley 17, tit. xxx, Part. 3.^a, entonces queda en suspenso ó no se cuenta el tiempo que no se poseyó; pero desapareciendo el impedimento, y volviéndose á ocupar la cosa, continúa el tiempo subsiguiente unido con el primero trascurrido hasta que se cesó en la posesion.

(1) Art. 1947.

(2) Art. 1982,

(3) Art. 1983.

Esto no obsta, sin embargo, á que durante el tiempo en que no se posea la cosa por las espresadas causas, pueda demandarse en juicio y sostenerse su dominio como dice la ley de Partidas citada.

En el segundo caso, ó en el que uno abandona la cosa, aunque vuelva otra vez á su poder, no puede unir el tiempo trascurrido antes de abandonarla con el que está por venir despues de recobrada, sino que deberá empezar á contarse desde este acto la prescripcion. Ley 29, tit. xxix, Part. 3.^a

En el tercer caso, la regla general es que para la prescripcion no es necesario que sea uno mismo el que continúe poseyendo la cosa por todo el tiempo que las leyes exigen, sino que podrá completarse con el que trascurriere entre dos ó mas personas que la poseyeren; y siendo esto así, aprovechará al segundo poseedor el tiempo que la poseyó el primero, si durante él tuvo buena fé, y entrara el segundo á poseerla con la misma cualidad, y continuara en ella. Ley 16, tit. xxix, Partida 3.^a (1).

Mas si fuere viciosa en el antecesor la posesion, no puede continuar en el sucesor el tiempo trascurrido, aunque no por ello podrá perjudicarle si la ha adquirido de buena fé, empezando en él los años de la prescripcion (2).

Finalmente, debe tenerse presente que por empeñarse la cosa que se estaba poseyendo no se impide la prescripcion, y aprovechará el tiempo que se hallaba en poder del acreedor, como declaró la citada ley 16.

La otra interrupcion de la posesion es la llamada *civil*, la cual se verifica por la citacion judicial hecha al poseedor por el que creia fundadamente que tenia derecho en la cosa (3). La razon es porque la posesion se tiene con ayuda del cuerpo y del entendimiento, como dice la ley 1.^a, tit. xxx, Part. 3.^a; y por lo mismo, si faltando la ocupacion de la cosa se interrumpe la posesion, otro tanto debe decirse cuando se pone en cuestion el derecho de poseer.

El efecto de esta interrupcion es que si durante el juicio se completó el tiempo de la prescripcion no aprovecha á nadie,

(1) Art. 1955.

(2) Art. 1955.

(3) Art. 1984.

(1)
(2)

á no ser que terminara este con la absolucion del demandado, que entonces se unirá el tiempo en que estuvo interrumpida civilmente la posesion al que hubiese trascurrido anteriormente á la citacion.

Como la continuacion de la posesion no es indefinida, sino que tiene un tiempo señalado, el orden pide que veamos cuál es el que las leyes designan.

§. VII.

Tiempo señalado para la prescripcion.

El cuarto requisito de la prescripcion, supuesta la posesion de la cosa con buena fé y justo título, es el que se continúe en ella por el tiempo que las leyes designen.

Este en las cosas *muebles* es el de tres años sin diferencia entre ausentes y presentes, y el de diez años entre presentes, y de veinte entre los ausentes en las *inmuebles*, ora las posea uno por sí mismo, ora por medio de otra persona que las tenga en su nombre, como arrendatario, depositario, etc. (1).

Repútase ausente para el efecto de prescribir, el propietario que reside fuera de la provincia en que radica la cosa inmueble, así como se tendrá por presente el que se halle en la provincia donde esté situada, aun cuando no sea en el mismo lugar ó pueblo en que lo estuviere. Ley 19, tit. xxix, Part. 3.^a (2).

Si parte del tiempo estuvo presente y parte ausente, cada dos años de ausencia se reputarán como uno para completar los diez de presente (3); de modo que si se deseara saber si está ó no completa la prescripcion, no se necesita mas que dividir por mitad los años de ausencia, y si unidos á los de presencia resulta una suma de diez, se tendrá por prescrita la cosa, así como tambien se considerará por tal si duplicando los años de presencia y uniéndolos á los de ausencia, resultare la suma de veinte.

Es de advertir que la ausencia que no fuere de un año entero y continuo no se tomará en cuenta para el cómputo anterior (4).

(1) Artículos 1962 y 1953.

(3) Art. 1954.

(2) Art. 1954.

(4) Art. 1954.

El tiempo no ha de contarse de momento á momento, como dispone la ley 6.^a, tit. III, lib. XLI del Digesto; pero se añade en ella que, empezado el último día, se tiene por completo; lo cual nos parece que esplica mejor el nuevo Código al establecer que el día que empieza á correr la prescripción se tiene por entero, pero el último día debe cumplirse en su totalidad (1).

Con lo dicho quedan esplicados los requisitos para la prescripción de parte del que recibe; solo falta saber de parte de la cosa cuáles son las que pueden ó no prescribirse.

§. VIII.

Qué cosas pueden ó no prescribirse.

Pueden prescribirse todas las cosas que están en el comercio de los hombres, á no prohibirlo una ley especial (2).

Aunque por este principio puedan conocerse las cosas que pueden ó no prescribirse, sin embargo, como son mas en número las sujetas á prescripción que las escluidas, hemos pensado adoptar, para espresarlas, el principio contrario, diciendo que pueden prescribirse las que no están prohibidas.

Están prohibidas, unas por su naturaleza y otras por la ley.

A la primera clase pertenecen las cosas sagradas y las religiosas; los derechos de la Majestad; las cosas de aprovechamiento comun de los pueblos, y otras semejantes, que podrán verse en las leyes 6.^a y 7.^a, tit. XXIX, Part. 3.^a

En las de la segunda clase lo están, unas *tácitamente* ó de un modo general, y otras *espresamente* ó por menor.

Tácitamente ó de un modo general lo están todas aquellas cuya enagenacion se prohíbe, como las cosas de los pupilos y las de menores de 25 años, entendiéndose esta prohibicion, segun la ley 9.^a, tit. XIX, Part. 6.^a, cuando el tiempo de la prescripción comienza á correr contra los menores, *seyendo ellos nacidos*; mas no cuando antes de ser ellos nacidos ó de ser establecidos herederos de otros ya hubiere comenzado la prescripción contra aquellos á quienes los menores heredasen.

(1) Art. 1945.

(2) Art. 1937.

Tambien se cuentan entre las prohibidas las dotales, si son inestimadas, á no ser que siendo el marido un dissipador no reclamase la mujer contra esta dilapidacion. Ley 8.^a, tit. XXIX, Partida 3.^a

Finalmente, tambien pueden considerarse como tales, á lo menos con respecto á los poseedores, las cosas dadas en depósito, en prenda, en comodato ó en arrendamiento, como asimismo las que se tienen en comun *pro indiviso* por sus condueños, segun disponen las leyes 1.^a y 2.^a, tit. VIII, lib. XI, Novis. Recop.; y decimos con respecto á los poseedores, porque si estas cosas pasasen por compra ó por otra cualquiera *derecha razon* á otra persona, y esta la poseyera con buena fé por diez ó veinte años sin reclamarla su dueño, entonces podrán prescribirse como consta de la ley 27, tit. XXIX, Partida 3.^a, aun cuando en ella se trate solo de las cosas dadas en prenda.

Expresamente ó por menor están prohibidas unas en gracia de ciertos dueños, y otras en ódio de los que las poseen.

En gracia de ciertos dueños lo están las cosas patrimoniales del fisco ó del rey; las de los ausentes mientras lo estuvieren, teniendo cuatro años de tiempo desde su vuelta para reclamarlas, segun dice la ley 28, tit. XXIX, Part. 3.^a; los bienes adventicios de los hijos de familia, como dispone la ley 8.^a, *idem*; las cosas dejadas á lugares piadosos ó con destino á los pobres, y las cosas eclesiásticas, segun puede verse en la ley última del Código de Justiniano, título de sacrosanct. eccles.

En ódio á los poseedores están prohibidas las cosas furtivas y adquiridas por fuerza, y de aquí el no poder adquirirlas nunca los que las robaron, ni aun tampoco por la prescripción ordinaria los terceros poseedores. Leyes 4.^a, y 21, tit. XXIX, Partida 3.^a

De todas estas cosas que acabamos de expresar, hay sin embargo algunas, en especial las que no reconocen otra causa que la prohibición de la ley, que si bien no pueden adquirirse por la prescripción *ordinaria* ó *comun*, permiten las leyes que puedan adquirirse por la *extraordinaria*, cuyas clases se manifestarán á continuacion, esponiendo antes la doctrina del derecho acerca de los requisitos de esta prescripcion.

Cosas que se prescriben por treinta años.

Se prescriben por este tiempo:

1.º Las cosas raíces, cuando el que las enagena no tiene derecho en ellas, á no ser que su dueño supiese que se enagenaban y no las demandase por diez ó veinte años segun que estuviere ausente ó presente, que entonces se prescribirán por uno de estos dos tiempos. Ley 19, tit. xxix, Part. 3.ª

2.º Las cosas poseidas sin título, aunque sean hurtadas ó robadas, no siendo por el mismo ladron; advirtiéndose en cuanto á estas que, si se perdió la posesion, ya no puede el que las poseia, si tenia mala fé, reclamarlas de aquel en cuyo poder se hallaren, á no ser del mismo que las robó, ó de aquel á quien se las habia entregado en arrendamiento ó comodato; pero si tenia buena fé, puede reclamarlas de cualquiera; á menos que hayan ido á parar á su dueño.

3.º Las de los menores de veinticinco años y mayores de catorce; pues si no hubieren llegado á esta última edad no corre contra ellos ninguna prescripcion á no haber empezado en sus antecesores, salvo siempre en ambos casos el beneficio de la *restitucion*. Ley 9.ª, tit. xix, Part. 6.ª

Cosas que se prescriben por cuarenta y cien años.

Se prescriben por cuarenta años:

1.º Las cosas patrimoniales de los pueblos, ora sean muebles, ora raíces, si en los cuatro años posteriores á los señalados no las reclamase la ciudad ó pueblo, como dispone la ley 7.ª, tit. xxix, Part. 3.ª; advirtiendole que si fueren de aprovechamiento comun, no cabe en ellas la prescripcion, segun hemos manifestado en el párrafo anterior.

2.º Las cosas raíces de las iglesias; pues las muebles, si son capaces por su naturaleza para poderlas adquirir cualquiera, se prescriben por tres años como las de los otros hombres. Ley 26 del mismo título.

Finalmente, por cien años se prescriben las cosas que pertenecen á la Iglesia de Roma, segun dispone esta misma ley.

Cosas que se prescriben por tiempo inmemorial.

Se prescriben por este tiempo los bienes de los mayoraz-

gos, segun demuestra Antonio Gomez en el comentario á la ley 40 de Toro, núm. 90, dando la razon de que el haber pasado tanto tiempo hace presumir que concurrió la licencia del Rey y todos los demás requisitos para la enagenacion, como afirma Molina, de Primog., lib. iv, cap. X, sosteniéndolo tambien con mucha copia de argumentos Gregorio Lopez en su extensa glosa 3.^a á la ley 10, tit. xxvi, Part. 4.^a, en la que afirma al final de la misma que el no haber memoria del tiempo en que empezaron á poseerse estos bienes, debe servir de título, ó indica un privilegio.

El modo de probar este tiempo es el establecido en la ley 1.^a, tit. xvii, lib. x, Novis. Recop.

Antiguamente, cuando los reyes concedian como premio de grandes servicios el señorío de los pueblos con jurisdiccion ó sin ella, se hallaba establecido que tambien pudieran continuar en esta dignidad los que por tiempo inmemorial se hallaban en posesion de los mismos, como consta de la ley 4.^a, tit. viii, lib. xi, Novis. Recop.; pero abolidos los señoríos y devuelta á la Corona la jurisdiccion, de la que nunca debieran haberse desprendido los reyes, no puede hallar cabida ya esta adquisicion en nuestro derecho.

Algunos, sin embargo, aplican dicha prescripcion á los bienes patrimoniales de la Corona, lo cual no tenemos inconveniente en admitir, infiriéndolo así de la ley 4.^a citada.

Lo dicho nos parece suficiente para comprender la naturaleza de la prescripcion, considerada como uno de los modos singulares de adquirir el dominio por derecho civil, mientras que no existan algunos actos que se opongan á ella.

Cuales sean estos, lo esplicaremos en el párrafo siguiente.

§. X.

Actos que se oponen á la prescripcion.

Los actos contrarios á este modo de adquirir son todos aquellos por los que, ó no *procede* la prescripcion, ó *duerme*, ó se *interrumpe*, ó se *rescinde*.

Se dice que no *procede* la prescripcion, cuando por defecto de alguna de las condiciones que exigen las leyes no puede esta empezar. Tal seria en la prescripcion ordinaria si faltase el ti-

tulo, ó no fuera civil la posesion que se tuviese ó no hubiere trascurrido el tiempo de diez ó veinte años que se designa para la adquisicion por este medio de los bienes raices.

Se entiende que *duerme* cuando, ó no puede empezar, ó principiada se suspende por algun impedimento que sobreviene, de modo que removido este vuelve otra vez á continuarse, uniéndose el tiempo subsiguiente con el primero que trascurrió, descontado como inútil el tiempo intermedio.

Así se dice que *duerme*:

1.º En la edad pupilar, porque en este tiempo no puede principiarse, ó porque si se ha principiado en el antecesor del pupilo, se suspende la llamada *ordinaria*, cuando este entró á suceder en la cosa que empezó á prescribirse contra su antecesor:

2.º *Duerme* tambien en el tiempo de la menor edad, porque contra los menores tampoco corre la prescripcion *ordinaria*, y no vuelve á continuarse sino hasta que hayan llegado á la mayor edad, cuando ha empezado en su antecesor:

3.º *Duerme* asimismo en tiempo de guerra ó de peste, porque contra el que no puede instar en juicio ninguna acción no corre la prescripcion, segun la doctrina de la ley 1.ª, título XL, lib. VII, Cod. Justin.

Se *interrumpe* la prescripcion siempre que se interrumpa la posesion (1), y esto puede tener lugar *natural* ó *civilmente* (2).

Naturalmente, cuando por cualquiera causa se ha dejado de poseer la cosa por un año y dia, que es el tiempo por que se prescribe la posesion, segun la ley 3.ª, tít. VIII, lib. XI, Novísima Recopilacion (3). En este caso debe empezar de nuevo la prescripcion.

Civilmente se interrumpe, cuando por algun acto judicial se pone en duda el derecho de poseer, como lo es por la citacion ó emplazamiento, aunque sea ante juez incompetente (4), á no ser que fuese nula, ó desistiera el actor de la demanda, ó fuera absuelto de ella el demandado (5).

(1) Art. 1981.
(2) Art. 1982.
(3) Art. 1983.

(4) Art. 1984.
(5) Art. 1985.

El efecto de estas dos clases de interrupcion no es uno mismo, sino que hay entre una y otra dos notables diferencias, á saber:

1.^a Que la *natural* obra respecto de todos, ó está interrumpida absolutamente: la *civil* solo respecto del que mueve el pleito, de modo que si él no fuera el dueño, y durante el litigio se completó el tiempo de la prescripcion contra el dueño verdadero, quedará prescrita la cosa:

2.^a Que la posesion y prescripcion solo se reputa civilmente interrumpida cuando la sentencia fuere condenatoria del poseedor; pero no cuando fuese absoluta, pues entonces sigue la prescripcion como si no hubiera mediado ningun pleito.

Finalmente, se dice que se *rescinde* la prescripcion cuando despues de completa esta en todas sus partes, se utiliza contra ella el beneficio de restitucion, ora por parte de los menores dentro del cuadrienio legal, ora por los ausentes por causa necesaria dentro de cuatro años de su regreso, ora por los pueblos dentro del mismo tiempo despues de trascurridos los cuarenta años por los que se prescriben las cosas patrimoniales de los mismos, como dispone la ley 7.^a, tit. xxix, Part. 3.^a

No habiendo acto alguno que se oponga á la prescripcion, se producen por ella dos efectos, que son: 1.^o, el que se adquiere por ella el dominio ó cualquier otro derecho por parte del que prescribió: 2.^o, el que se pierda alguno de estos derechos por parte del que los tenia.

Mas como no es solo la prescripcion el único modo de perderse el dominio de las cosas, será preciso ver cuáles son los que la ley designa como tales, que será la materia de la siguiente leccion.

(1) Art. 1381
(2) Art. 1382

(1) Art. 1381
(2) Art. 1382
(3) Art. 1383

LECCION VIGESIMACUARTA

Y ÚLTIMA DE ESTE TRATADO.

DE LOS MODOS DE PERDER EL DOMINIO.

Resumen.

§. I. Razon del método.—§. II. Causas en general por las que se pierde el dominio.—§. III. Qué se entiende por abandono, y sus efectos en cada una de sus clases.—§. IV. Qué es enagenacion, y á quién se permite.—§. V. Casos en que se pierde el dominio contra la voluntad de su dueño ó sin su consentimiento.—§. VI. Conclusion.

§. I.

Razon del método.

Constituido el dominio por alguno de los modos que prescriben las leyes, la persona que lo adquiere entra en el goce de las facultades que van inherentes á él, las cuales, segun dijimos en el párrafo III de la lección 2.^a de este tratado, son, además del derecho de poseer la cosa por sí ó por medio de otro, la de percibir sus frutos y utilidades; la de escluir á otros de su uso en caso de quererla para sí; y la de disponer de ella hasta dejarla abandonada ó cederla á favor de otro.

Mas todos estos derechos, para cuyo goce establecieron las leyes varios remedios con que el propietario se pudiera ayudar y no fuera una palabra vana la propiedad, en tanto se permiten en el dueño, en cuanto ó no renuncia voluntariamente á ellos, ó no se halla restringido su ejercicio, ó lo tiene absolutamente prohibido.

Se dice que renuncia á ellos su dueño cuando, ó deja abandonada la cosa cuyo dominio le pertenece, ó la enagena en todo ó en parte, no teniendo coartada esta facultad. Se restringen ó modifican sus derechos cuando por testamento, por pacto ó por la ley se le disminuye la libertad de poder gozar plenamente de ella; y finalmente, se entiende que tiene prohi-

bido su ejercicio, cuando por motivos de pública utilidad pierde el derecho que había adquirido sobre la misma.

Con este motivo, parece muy propio que, habiendo tratado en las lecciones anteriores del dominio, ora absoluto, ora modificado por los derechos que competen á otras personas que á sus propios dueños, y vistos los modos cómo puede adquirirse en uno y otro sentido, se espliquen á continuación los modos cómo puede perderse juntamente con las causas que los motivan, con lo cual daremos fin á estas lecciones.

§. II.

Causas por las que se pierde en general el dominio.

El dominio de las cosas se pierde, generalmente hablando, ó por *voluntad de su dueño*, ó *sin su consentimiento*.

Por *voluntad de su dueño* se pierde de dos modos:

1.º Por abandonar la cosa aquel á quien le pertenece, con ánimo de no tenerla mas en su poder.

2.º Por la enagenacion.

Sin *consentimiento del dueño* se pierde por varias causas:

1.ª Por la ley.

2.ª Por autoridad judicial.

3.ª Por perderse, inutilizarse ó confundirse con la de otro.

4.ª Por la condicion que los jurisconsultos llaman *resolutoria*.

De cada una de estas causas hablaremos brevemente en los párrafos siguientes; advirtiendo que las mismas, con muy pocas diferencias, pueden servir para saber los casos en que se pierde la posesion: pero como estas ya quedaron esplicadas en el párrafo VII de la leccion 4.ª de este tratado, únicamente nos ocuparemos de aquellas que se refieren á la pérdida del dominio.

Entre estas hemos colocado en primer lugar las que se fundan en un acto voluntario del dueño, ora desprendiéndose de la cosa para que la haga suya el primero que la ocupe, ora trasmitiendo á otro en todo ó en parte los derechos que tiene sobre ella.

El acto por el cual se pierde el dominio en el primer caso es el *abandono voluntario*, cuya naturaleza y efectos examinaremos en el siguiente párrafo.

§. III.
 Qué se entiende por abandono, sus clases y efectos en cada una de ellas.

Entendemos por **ABANDONO** el acto por el cual deja uno desamparada la cosa que le pertenece.

Puede tener lugar en las personas y en las cosas.

En las personas, en dos casos: 1.º, de parte del empleado que abandona su destino; y 2.º, de parte de aquellos que teniendo á su cargo la defensa de los niños, los dejan abandonados.

Uno y otro abandono está calificado como delito en el Código penal, y castigado con las penas señaladas en el artículo 289 con respecto al primero, y por las que designan los artículos 411, 412 y 413 en cuanto al abandono de niños; debiéndose tener presente que este último, además, priva de la patria potestad, segun se dijo en el párrafo VII, lección 40, tratado 1.º

En las cosas puede ser de cuatro clases:

1.ª De bienes muebles ó raíces, con intencion de que los haga suyos el primero que los ocupe.

2.ª De estos mismos bienes, cuando se ceden á otro para librarse su dueño de alguna obligacion.

3.ª De los efectos que el asegurado deja á favor del asegurador en el comercio marítimo.

4.ª De las acciones empezadas ya á ejercitar en juicio, y de derechos aun no ejercidos que se tienen contra un tercero.

Empezando por la primera clase, solo en el caso que en ella se espresa pierde su dueño el dominio, como disponen las leyes 49 y 50, tít. xxviii, Part. 3.ª No siendo así, no se tienen por abandonadas, aun cuando no se tenga esperanza de recobrarlas.

Por esta razon no se pierde el dominio de las cosas arrojadas al mar en caso de tempestad, ni las arrebatadas por los animales, ni las que se pierden ó dejan olvidadas, ni las heredades que por miedo á ladrones ó enemigos se abandonaren sin

encomendarlas á nadie, salvo siempre el caso de prescripción, según las doctrinas esplicadas en la lección anterior.

Si por dejar de cultivarse las tierras ha de perderse el dominio, únicamente podemos decir sobre esto que, en cuanto á los concesionarios de tierras novales ó yermas, hemos visto varias veces puesta la condicion de que, no cultivándose ó roturándose dentro de un tiempo señalado, se hayan de adjudicar al que de nuevo las demande, y además que así consta en el título xxii, lib. vii, Novis. Recop. Fuera de este caso, no creemos que se pierda el dominio por dejar incultas las tierras ó no edificar en ellas, aunque los propietarios tendrán que sujetarse á las medidas que en su vista tomaren las autoridades administrativas, para lo cual puede verse la ley 4.^a, tít. xxiii del lib. vii citado.

En cuanto al abandono de segunda clase, hay que distinguir tres casos para saber sus efectos:

1.^o Cuando se hace por un deudor que, no teniendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, cede los que le quedan á sus acreedores.

2.^o Cuando es por aquel que, para librarse de un gravámen que tiene alguna finca suya, la deja á favor del que se estaba utilizando de ella.

3.^o Cuando para indemnizar los daños causados por animales de su propiedad, siendo mansos, y no habiendo habido culpa por su parte, los abandona su dueño al perjudicado.

En los tres casos se pierde el dominio de lo abandonado en compensación de la obligacion que tenia contra sí su dueño; pero en el primero solo se libra de esta en cuanto al valor concurrente, teniendo que abonar lo restante si viniere á mejor fortuna.

En cuanto á la tercera clase, véase lo que decimos en los párrafos VIII, IX, X y XI, lección 21, parte tercera de nuestra obra.

Con respecto á la cuarta clase, si el abandono es de una accion que se ha empezado á ejercitar en juicio, aun cuando la ley de enjuiciamiento solo trata en el art. 838 del caso en que el apelante no comparece ante el tribunal superior dentro del término del emplazamiento, sin embargo, debemos decir por nuestra parte que el actor que despues de contestada la de-

manda abandonar su acción ó no comparece en el tribunal, puede ser compelido á proseguirla, y en caso contrario debe absolverse al demandado de la instancia, condenando al actor en las costas y daños causados. Esto mismo ha de observarse en caso de acusación ó querrela, con la pena, además, de no ser oído si de nuevo la intentare.

Finalmente, si el abandono es de acciones, derechos y créditos contra un tercero, se considerará para su efecto como una especie de enagenación, de que trataremos en el párrafo siguiente.

§. IV.

Qué es enagenación, y á quién se permite.

El otro modo por el cual se pierde el dominio con consentimiento del dueño es el de la *enagenación*, la cual no es mas que el *acto por el cual se trasfiere el dominio pleno ó útil, ó se ceden ó traspasan á otro los derechos que nos pertenecen, tanto en la cosa como á la cosa.*

De esta definición resulta, que son dos las acepciones en que puede tomarse la palabra *enagenación*, á saber: una en *sentido riguroso*, que comprende aquellos actos y contratos con los que se trasfiere á otro el dominio, como la *compraventa, la permuta, la donación, el legado*, etc.; y otra en *sentido lato*, que contiene los actos y negocios por los cuales se trasmite alguno de los derechos que tenemos en la cosa ó á la cosa, como son: la *enfiteusis, la prenda, la servidumbre*, etc.

Cualquiera que sea el sentido en que se tome, solo el propietario ó el que tiene algun derecho en la cosa es el que lo puede ceder ó transmitir á otro, mientras que por ley, ó por pacto, ó por voluntad del testador, no tenga coartada esta facultad.

Por ley se prohíbe, por ejemplo, la enagenación de todas aquellas cosas que no pueden venderse, segun se dirá al tratar del contrato de compra-venta: por efecto de un pacto lo tenemos en la venta á carta de gracia, en la que una de las cláusulas generales de la escritura que se otorga es que el comprador no la pueda enagenar, hipotecar, gravar, etc.; y finalmente, por

testamento puede citarse el caso en que el testador impusiera al donatario, legatario ó mejorado este gravámen; no siendo perpétuo, segun manifestamos en el párrafo VI de la leccion 15. Si en algunos casos enagenan los que no son dueños, esto en nada destruye el principio general de que solo el propietario es quien puede enagenar, puesto que son unas medidas que la ley adopta por necesidad, del mismo modo que lo son todas aquellas disposiciones por las que se declara que pierda el dueño el dominio de ciertas y determinadas cosas, aun contra su voluntad.

VI

§. V.

Casos en que se pierde el dominio contra la voluntad de su dueño, ó sin su consentimiento.

Para determinar con facilidad los casos en que tiene lugar la pérdida del dominio contra la voluntad de su dueño, será preciso atender á las causas de donde se derivan. La primera por que se pierde, segun el orden con que en el párrafo II se propusieron, es

Por la ley.

Se pierde el dominio por sola la disposición de la ley:

1.^o En todos los casos en que esta lo decreta por motivos de pública utilidad, como sucede, por ejemplo, en la prescripción y espropiacion forzosa.

2.^o En todos aquellos en que es preciso fijar los derechos de las personas con motivo de incorporaciones ó agregaciones de cosas que pertenecen á distintos dueños, como pueden verse en la leccion 3.^a

3.^o Cuando se ha cometido un delito en virtud del cual se apodera desde luego el juez en nombre de la ley de los instrumentos con que se perpetró, ó si fuere de contrabando, decomisando los géneros que se aprehendieron.

Por autoridad judicial.

Varios son los casos en que, con arreglo á las leyes de Partidas, y aun de las recopiladas, se perdía el dominio ó cualquier otro derecho *in re* por autoridad del juez: pero como estas en

su mayor parte se hallan derogadas, solo reduciremos á dos los casos en que esto se verifica con arreglo á la actual legislación; á saber:

1.º Cuando para hacer efectiva la sentencia de remate se pasa al procedimiento de apremio descrito en los artículos desde el 979 al 994 de la ley de enjuiciamiento civil.

2.º Cuando habiendo utilizado el acreedor pignoraticio el derecho que tiene para hacer que se venda la prenda para pago de su obligacion, y no compareciendo en la almoneda postor, pide al juez que la otorgue por suya ó que se le adjudique, segun así lo disponen las leyes 41, 42 y 44, tit. xiii, Partida 5.ª

Por pérdida de la cosa.

Pereciendo la cosa, y no siendo esto siempre del agrado de aquel á quien pertenece, es consiguiente que tambien en este caso se pierda el dominio contra la voluntad del dueño. Mas esta pérdida no es necesario que sea material, sino que á las veces basta que, en cuanto á su efecto, se considere como si hubiera perecido. Así sucede:

1.º En la nueva especie que se forme de cosas que no pueden volver á su estado primitivo, segun puede verse en el párrafo VII, leccion 3.ª

2.º En las cosas confundidas ó mezcladas casualmente, si de la confusion ó mezcla resultara una masa inútil ó de ningun uso, como aparece en el mismo párrafo.

3.º En las cosas que han salido del comercio de los hombres, con cuyo motivo se dijo en el párrafo VIII, leccion 16, que no vale el legado de las cosas que, aunque pudo disponer de ellas el testador cuando lo hizo, dejaron despues de pertenecer á su patrimonio.

4.º En los animales domesticados, cuando huyeran del poder del que los habia cogido, de modo que ya no hubiera esperanza de volverlos á tener, segun se dijo en el párrafo VII, leccion 4.ª

Por condicion resolutoria.

La condicion resolutoria, cuya definicion dimos en el párrafo VIII, leccion 13, produce tambien cuando se cumple, la

pérdida de la cosa contra nuestra voluntad, como con el ejemplo del legado á que nos referimos en dicho párrafo se demuestra. Sin embargo, á veces aun podrá ser efecto de un pacto la pérdida de la cosa por esta causa, y entonces pasará á considerarse como uno de los casos en que se pierde el dominio con consentimiento del dueño.

CONCLUSION.

Con esta leccion damos fin al segundo de los tres tratados en que hemos dividido la parte segunda de nuestra obra; y aunque á primera vista parecerá difícil el poder dar en todo tiempo razon de las materias que en él se contienen, á causa de su mucha estension, sin embargo, es tal el enlace con que las hemos presentado, como puede demostrarse con la simple agregacion de los párrafos primeros de cada leccion, que confiamos sacar el fruto que nos hemos propuesto con la publicacion de estos trabajos.

Alentados, pues, con estas esperanzas, y despues de haber examinado en el primer tratado los derechos de las personas con relacion al estado ó clase á que pertenecen en la sociedad, y vistos en este segundo los que gozan las mismas en las cosas adquiridas legalmente, pasaremos á tratar en el tercero de los que les competen para exigir de otro lo que debiere, ó sea, *de las obligaciones.*

FIN DEL TRATADO SEGUNDO.

PROGRAMA DE ENSEÑANZA

TABA

EL TERCER AÑO DE JURISPRUDENCIA, Y PÁGINAS DE LA OBRA
EN QUE SE HALLAN ESPALDADAS SUS RESPECTIVAS
LECCIONES.

PARTE SEGUNDA.

DE LOS DERECHOS CIVILES.

TRATADO SEGUNDO

DEL DERECHO DE LAS PERSONAS EN LAS COSAS ADQUIRIDAS LEGALMENTE.

LECCION PRIMERA.

Págs. 1.

De la naturaleza de las cosas en tanto jurídicas, y sus divisiones.

RESUMEN. I. Razon del título. II. Qué se entiende por cosa en sentido jurídico y sus divisiones en general. III. Cómo se adquieren las cosas llamadas de derecho común, y su clasificación. IV. Qué derechos tienen las personas sobre ellas. V. Cómo se adquieren las cosas de derecho especial, su división y explicación de las llamadas pecuniarias. VI. Derechos de las personas sobre las mismas. VII. Qué son cosas procedidas de los particulares, y clases en que generalmente se dividen.

LECCION SEGUNDA.

Págs. 21.

De la naturaleza de la propiedad, y sus derechos en general.

RESUMEN. I. Razon del título. II. Naturaleza de la propiedad, su origen y utilidad. III. Clases en que se divide. IV. Necesidad de leyes que la definen y protegen. V. Límites de este derecho, y posesión en el sistema de las cosas. VI. Reglas para hacer efectiva la restricción. VII. Casos que, además de esta restricción, limitan el derecho de propiedad.

PROGRAMA DE ENSEÑANZA

PARA

EL TERCER AÑO DE JURISPRUDENCIA, Y PÁGINAS DE LA OBRA
EN QUE SE HALLAN ESPLICADAS SUS RESPECTIVAS
LECCIONES.

PARTE SEGUNDA.

DEL DERECHO CIVIL.

TRATADO SEGUNDO.

DEL DERECHO DE LAS PERSONAS EN LAS COSAS ADQUIRIDAS LEGALMENTE.

LECCION PRIMERA.

Pág. 5.

De la naturaleza de las cosas en sentido jurídico, y sus divisiones.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Qué se entiende por *cosa* en sentido jurídico, y sus divisiones en general. III. Cómo se definen las cosas llamadas de *derecho divino*, y su clasificación. IV. Qué derechos tienen los cristianos sobre ellas. V. Cómo se definen las cosas de derecho humano, su division y esplicacion de las llamadas *públicas*. VI. Derechos de las personas sobre las mismas. VII. Qué son cosas *privadas* ó de *particulares*, y clases en que generalmente se dividen.

LECCION SEGUNDA.

Pág. 24.

De la naturaleza de la propiedad, y sus derechos en general.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Naturaleza de la propiedad, su origen y utilidad. III. Clases en que se divide. IV. Necesidad de leyes que al dejen asegurada. V. Límites de este derecho, y potestad en el Soberano para establecerlos. VI. Reglas para llevar á efecto la espropiacion. VII. Causas que, además de esta restriccion, limitan el derecho de propiedad.

LECCION TERCERA.

Pág. 34.

Del derecho de accesion.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Qué es derecho de accesion, y sus especies. III. Cosas que son objeto de la accesion llamada *discreta* ó *interrumpida*, y á quién pertenecen. IV. Cuáles son las que se refieren á la accesion llamada *continua* ó *no interrumpida*. V. Reglas para determinar los derechos que nos corresponden en virtud de incorporacion hecha naturalmente á las cosas inmuebles. VI. Cuáles son las que han de observarse en caso de incorporacion hecha á las mismas artificialmente. VII. Reglas para determinar el derecho que las leyes conceden por la incorporacion hecha á las cosas muebles.

LECCION CUARTA.

Pág. 53.

De la posesion.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Qué se entiende por posesion, y sus clases. III. Requisitos para obtener la posesion civil. IV. Efectos que esta produce. V. Doctrina de las leyes con respecto al que se refiere á la percepcion de frutos. VI. Cómo se pierde la posesion. VII. Qué es interdicto, sus clases, y breve resumen de la tramitacion que ha de seguirse en cada uno de ellos.

LECCION QUINTA.

Pág. 69.

Del usufructo, uso y habitacion.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Concepto bajo el cual trataremos del usufructo. III. Su naturaleza y modos cómo se adquiere. IV. Cómo se constituye, y cosas que son su objeto. V. Derechos del usufructuario. VI. Sus obligaciones. VII. Cómo se estingue el usufructo. VIII. Naturaleza del uso, sus efectos y cuándo concluye. IX. Qué es derecho de habitacion, sus efectos y modos de estinguirse.

LECCION SESTA.

Pág. 90.

De las servidumbres.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Naturaleza de las servidumbres. III. Su utilidad. IV. Sus especies en general. V. Reseña de las llamadas *urbanas*, y explicacion de cada una de ellas. VI. Clases de obras que pueden denunciarse al juez para su demolicion. VII. Cuáles no pueden denunciarse, aunque perjudiquen. VIII. Naturaleza de la servidumbre de medianería. IX. Reseña de las servidumbres *rústicas*, y su explicacion. X. Modos cómo se constituyen las servidumbres, y requisitos que han de reunir los títulos por que se adquieren. XI. Derechos y obligaciones que producen. XII. Modos cómo se estinguen.

LECCION SEPTIMA.

Pág. 120.

De los censos.

SECCION PRIMERA.

Del censo enfiteutico.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Naturaleza de los censos en general, y sus divisiones. III. Qué es censo enfiteutico, su origen y utilidad. IV. Sus especies y modo de constituirse. V. Derechos y obligaciones á favor del dueño directo, despues de constituido. VI. Cuáles son los derechos que produce relativamente al dueño útil, y sus obligaciones. VII. Cómo se estingue.

SECCION SEGUNDA.

Del censo reservativo.

Pág. 140.

RESUMEN. I. Naturaleza del censo reservativo, y sus semejanzas y diferencias entre este y el enfiteutico y consignativo. II. Reglas para determinar en caso de duda la clase á que pertenece el censo constituido. III. Antigüedad del censo reservativo, y modo cómo se constituye. IV. Derechos y obligaciones que produce de parte del censalista y del censuario. V. Modos cómo se estingue.

SECCION TERCERA.

Del censo consignativo.

Pág. 148.

RESUMEN. I. Naturaleza del censo consignativo, y cómo ha de considerarse relativamente á la finca sobre que se impone. II. A qué debe atenderse el censalista para hacer efectivos sus derechos. III. Cómo se constituye. IV. Derechos y obligaciones del censalista. V. Cuáles son de parte del censuario. VI. Modos cómo se estingue, y observaciones sobre cada uno de ellos.

LECCION OCTAVA.

Pág. 161.

De la hipoteca.

SECCION PRIMERA.

De la naturaleza, clases y efectos de la hipoteca.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Naturaleza de la hipoteca. III. Reforma del sistema hipotecario. IV. Diversas clases de hipoteca. V. De

las hipotecas voluntarias. VI. De las hipotecas legales. VII. Hipoteca en favor de las mujeres casadas. VIII. Hipoteca por bienes reservables. IX. Hipoteca por razon de peculio. X. Hipoteca por razon de tutela ó curaduría. XI. De otras hipotecas legales y reglas comunes á todas las de esta clase. XII. De las anotaciones preventivas. XIII. Efectos de la hipoteca y de las anotaciones preventivas. XIV. Modo de hacerse efectivos los créditos garantidos con hipoteca. XV. Modos de extinguirse la hipoteca.

SECCION SEGUNDA.

Del registro de la propiedad.

Pág. 218.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Qué se entiende por registro de la propiedad, su origen y objeto de su institucion. III. De la direccion é inspeccion de los registros. IV. Del nombramiento, cualidades y deberes de los registradores. V. De la responsabilidad de los registradores. VI. De la publicidad de los registros. VII. Del modo de llevar los registros. VIII. De los títulos sujetos á inscripcion. IX. Necesidad de la inscripcion. X. De los expedientes posesorios. XI. Personas que pueden ó deben pedir la inscripcion en el registro de los títulos sujetos á dicha formalidad. XII. Forma de la inscripcion. XIII. De la rectificacion de los asientos del registro. XIV. Efectos de la inscripcion. XV. De la estincion de las inscripciones y anotaciones preventivas. XVI. De los honorarios de los registradores.

SECCION TERCERA.

Del tránsito del antiguo al nuevo sistema hipotecario.

Pág. 274.

RESUMEN. I. Razon del método. II. De la liberacion de las hipotecas legales y otros gravámenes existentes antes de la publicacion de la ley hipotecaria. III. De la inscripcion de las obligaciones contraidas y no inscritas antes de la publicacion de la misma. IV. De los libros de registro anteriores al nuevo sistema hipotecario y de su relacion con los nuevos.

LECCION NONA.

Pág. 287.

De los mayorazgos.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Naturaleza y origen de los mayorazgos. III. Juicio acerca de las utilidades ó inconvenientes de su institucion. IV. Innovaciones hechas en la legislacion que regia en esta materia. V. Especies de mayorazgos en general. VI. Definiciones y observaciones sobre cada una de ellos. VII. Reglas para determinar el orden de sucesion en los bienes vinculados. VIII. Casos y leyes relativas á su estincion.

LECCION DECIMA.

Pág. 310.

De los modos naturales de adquirir la propiedad.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Requisitos en general para adquirir la propiedad. III. Clases en que se dividen los modos por los que esta se adquiere. IV. Naturaleza de la ocupacion. V. Idea en general de la que se verifica por la caza y pesca. VI. Doctrina del derecho sobre esta clase de ocupacion. VII. Explicacion de la que se obtiene por la invencion ó hallazgo. VIII. Naturaleza de la tradicion, y su necesidad en ciertos casos para adquirir el dominio. IX. Sus clases, é idea de cada una de ellas.

LECCION UNDECIMA.

Pág. 331.

De la adquisicion de los bienes por testamento.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Origen de los testamentos. III. Cómo se definen, y juicio sobre su utilidad. IV. Clases en que se dividen. V. Solemnidades con que han de otorgarse. VI. Requisitos que han de concurrir en los escribanos y testigos. VII. Modo cómo ha de otorgarse un testamento. VIII. Doctrina de las leyes sobre los testamentos privilegiados. IX. Naturaleza de los codicilos y sus divisiones. X. Solemnidades con que han de otorgarse. XI. Cosas de que puede disponerse en ellos. XII. Clases de testamentos y codicilos que han de reducirse á escritura pública, y diligencias que han de practicarse con este objeto.

LECCION DUODECIMA.

Pág. 364.

De las personas que pueden testar.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Qué personas pueden testar. III. Origen del testamento por comisario, y juicio acerca de su utilidad. IV. Quiénes se llaman comisarios testamentarios, y modo cómo han de ser nombrados. V. Cuáles son sus facultades. VI. Sus obligaciones. VII. Naturaleza del testamento llamado comun y mútuo, y juicio sobre su utilidad. VIII. Advertencias para el testamento del que carece de bienes, conocido con el nombre de *declaracion de pobre*.

LECCION DECIMATERCIA.

Pág. 377.

De la institucion de heredero.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Qué se entiende por heredero, y sus clases. III. Origen de la porcion llamada legitima, y cuál es la que

corresponde á los herederos forzosos. IV. Personas á quienes no puede dejárseles la herencia por incapacidad. V. Cuáles son las que se escluyen como indignas de suceder. VI. Requisitos que han de observarse en la institucion de heredero, y modo cómo puede hacerse esta. VII. Qué se entiende por *condicion*, y sus caractéres. VIII. Clases en que se dividen y esplicacion de cada una de ellas. IX. Efectos que producen.

LECCION DECIMACUARTA.

Pág. 401.

De la sustitucion de heredero.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Definicion de la sustitucion y principios para conocer su naturaleza. III. Sus clases en general, y esplicacion de la llamada *vulgar*. IV. Naturaleza de la sustitucion *pupilar*, y modo cómo se establece. V. Quiénes y á qué personas puede sustituirse pupilarmente. VI. Clase de bienes que ha de heredar el sustituto pupilar. VII. Cuando se acaba esta sustitucion. VIII. Naturaleza de la sustitucion *ejemplar*, y disposiciones del derecho acerca de ella. IX. Esplicacion de las sustituciones *compendiosa* y *brevilocua*. X. Idea de la sustitucion *fideicomisaria*. XI. Facultades de los *fideicomitentes*. XII. Obligaciones y derechos de los herederos *fiduciarios* y *fideicomisarios*.

LECCION DECIMAQUINTA.

Pág. 422.

De las mejoras.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Naturaleza y origen de las mejoras. III. Su utilidad. IV. Personas que pueden, y á quiénes puede mejorarse. V. Requisitos para que valgan las promesas de mejorar y de no mejorar. VI. Cómo pueden hacerse las mejoras. VII. Cantidad que puede dejarse por este título, y bienes en que ha de pagarse. VIII. A qué tiempo ha de atenderse para regular las mejoras, y de dónde han de sacarse. IX. Cuál se saca primero dejándose el tercio y quinto de los bienes. X. Efectos que producen. XI. Casos en que son nulas y en que pueden ó no revocarse.

LECCION DECIMASESTA.

Pág. 442.

De los legados y donaciones por causa de muerte.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Naturaleza de los legados. III. Sus divisiones en general, y observaciones sobre los *forzosos*. IV. Breve idea de los legados que nacen de la cualidad de las cosas que se legan. V. Esplicacion de los que se derivan de la forma con que se dejan. VI.

Quiénes pueden legar y ser legatarios. VII. Instrumentos en que puede legarse, y modo cómo han de dejarse. VIII. Cosas que son su objeto. IX. Cantidad que puede dejarse por este título, y á quién puede encargarse su entrega. X. Sus efectos y acciones para pedirlos. XI. Modos cómo se extinguen. XII. Naturaleza de las donaciones por *causa de muerte*. XIII. En qué consiste el derecho de *acrecer*. XIV. Requisitos para que tenga lugar y reglas para llevarlo á efecto.

LECCION DECINASEPTIMA.

Pág. 473.

De la desheredacion.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Qué sea desheredacion, por quiénes y á quiénes se puede desheredar. III. Cómo debe hacerse la desheredacion. IV. Causas por las que pueden ser desheredados los descendientes. V. Cuáles son las que el derecho señala para la desheredacion de los ascendientes. VI. Por qué causas pueden ser desheredados los hermanos, y si para la desheredacion de estos, ó de los descendientes y ascendientes podrán admitirse otras causas que las señaladas en las leyes. VII. Qué es pretericion y sus efectos.

LECCION DECIMA OCTAVA.

Pág. 488.

De los albaceas, y modos de perder su fuerza las últimas voluntades.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Qué son albaceas, y sus clases. III. Quiénes pueden serlo. IV. Cuáles son sus facultades. V. Sus obligaciones. VI. Términos en que deben cumplir su encargo, y penas contra los morosos. VII. Por qué causas se acaba este oficio, y sus efectos. VIII. Modos de perder su fuerza los testamentos. IX. Casos en que solo la pierden en cuanto á la institucion de heredero. X. Doctrina sobre la querrela de inoficioso testamento.

LECCION DECIMANONA.

Pág. 503.

De la sucesion intestada.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Principios en que se funda la sucesion intestada. III. Casos en que tiene lugar. IV. Modos en general de suceder *ab-intestato*. V. Cómo se sucede en la línea recta de descendientes. VI.Cuál es el orden establecido en la línea de ascendientes. VII. Cómo se sucede en la línea colateral. VIII. Doctrina sobre la cuarta marital.

LECCION VIGESIMA.

Pág. 520.

De la aceptacion y repudiacion de la herencia.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Qué es aceptacion de la herencia, y requisitos para que tenga lugar. III. Modos cómo se manifiesta la voluntad de aquel que quiere aceptarla. IV. Cómo puede hacerse su aceptacion. A. Qué es beneficio de *deliberacion*, modo de utilizarse y sus efectos. VI. Naturaleza del beneficio de *inventario*, qué sea esta y sus clases. VII. Cuándo ha de hacerse *judicial ó extrajudicialmente*. VIII. Requisitos de los *inventarios solemnes*. IX. Trámites en general para la formacion y aprobacion de los *judiciales*. X. Sus efectos en uno y otro caso.

LECCION VIGESIMAPRIMERA.

Pág. 538.

De la division ó particion de la herencia.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Qué es particion de herencia, y cosas que son su objeto. III. Modos cómo puede hacerse esta. IV. Qué se entiende por liquidacion. V. Diligencias anteriores á esta. VI. Bajas en general del cuerpo de bienes. VII. Cuáles son las que han de hacerse del patrimonio especial del difunto. VIII. Qué sea colacion de bienes, y sus requisitos. IX. Reglas para su adjudicacion de cada una de sus partes. X. Efectos de la particion.

LECCION VIGESIMASEGUNDA.

Pág. 567.

De los bienes reservables.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Naturaleza de la reservacion, y su fundamento. III. Origen de las reservas, y juicio sobre el estado de nuestra legislacion acerca de ellas. IV. Personas obligadas á reservar, y bienes sobre que recae esta obligacion. V. Cuándo empieza esta, y efectos que produce. VI. Casos en que cesa. VII. Reglas para saber cómo ha de procederse en la particion si hubiere bienes sujetos á reserva.

LECCION VIGESIMATERCIA.

Pág. 573.

De la prescripcion.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Naturaleza de la prescripcion y su fundamento. III. Personas que pueden prescribir, y requisitos que se

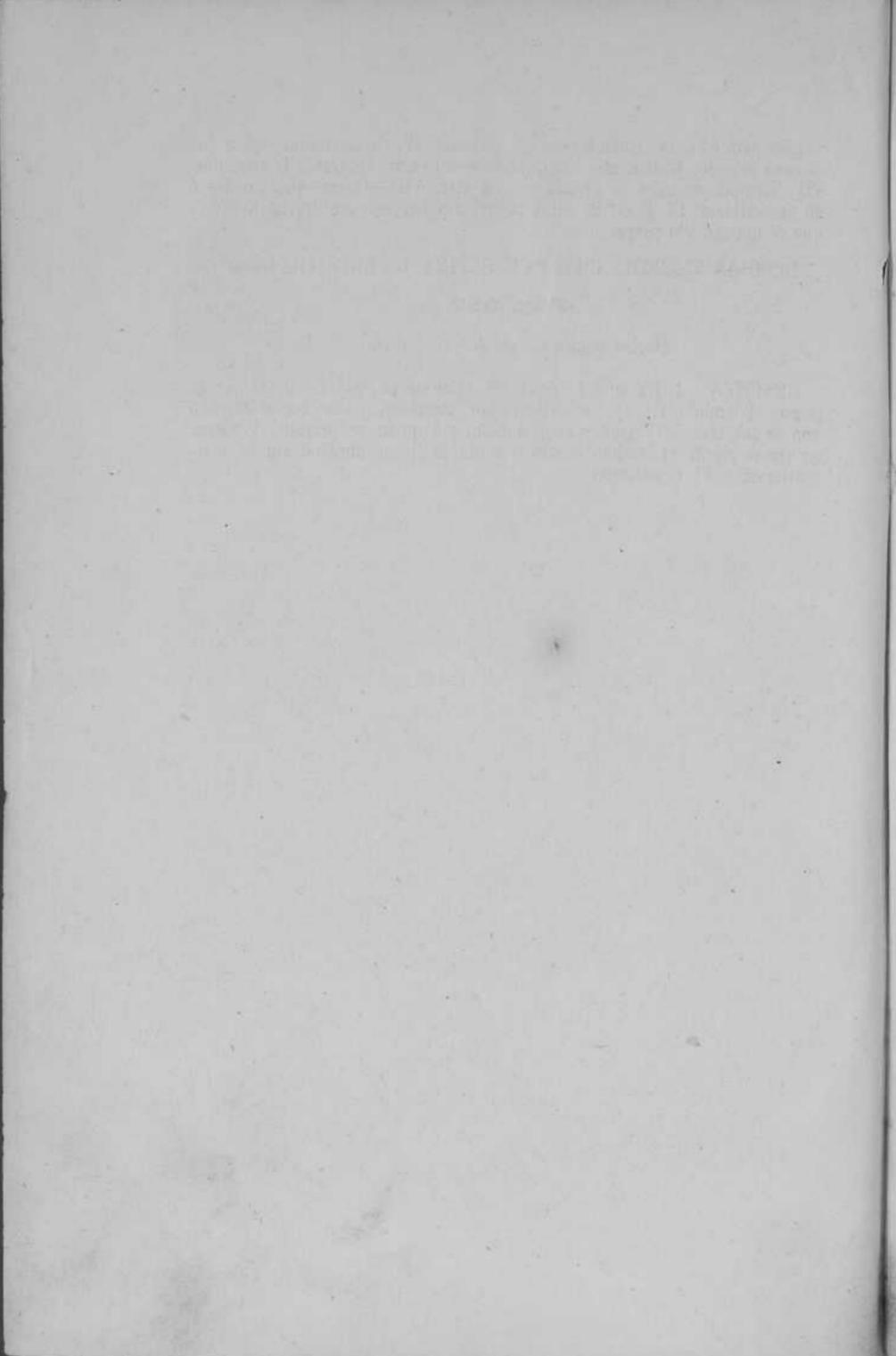
exigen para ello. IV. Cualidades de la posesion. V. Circunstancias para que la cosa se posea justamente. VI. Cuándo se entiende continuada la posesion. VII. Tiempo que se ha de permanecer en ella. VIII. Cosas que pueden ó no prescribirse. IX. Doctrina sobre la prescripcion extraordinaria. X. Actos que se oponen á la prescripcion.

LECCION VIGESIMA CUARTA Y ULTIMA DE ESTE TRATADO.

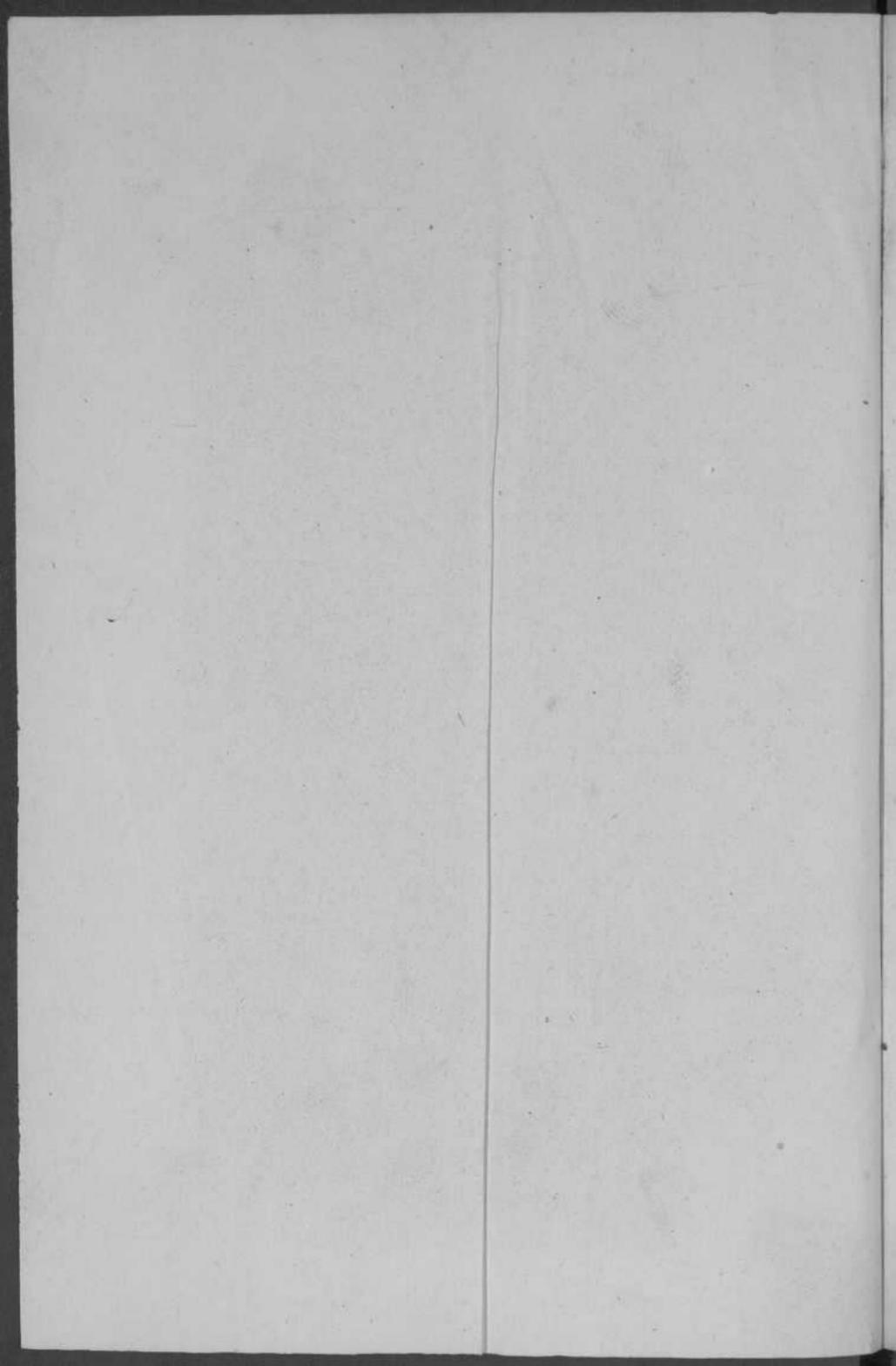
Pág. 592.

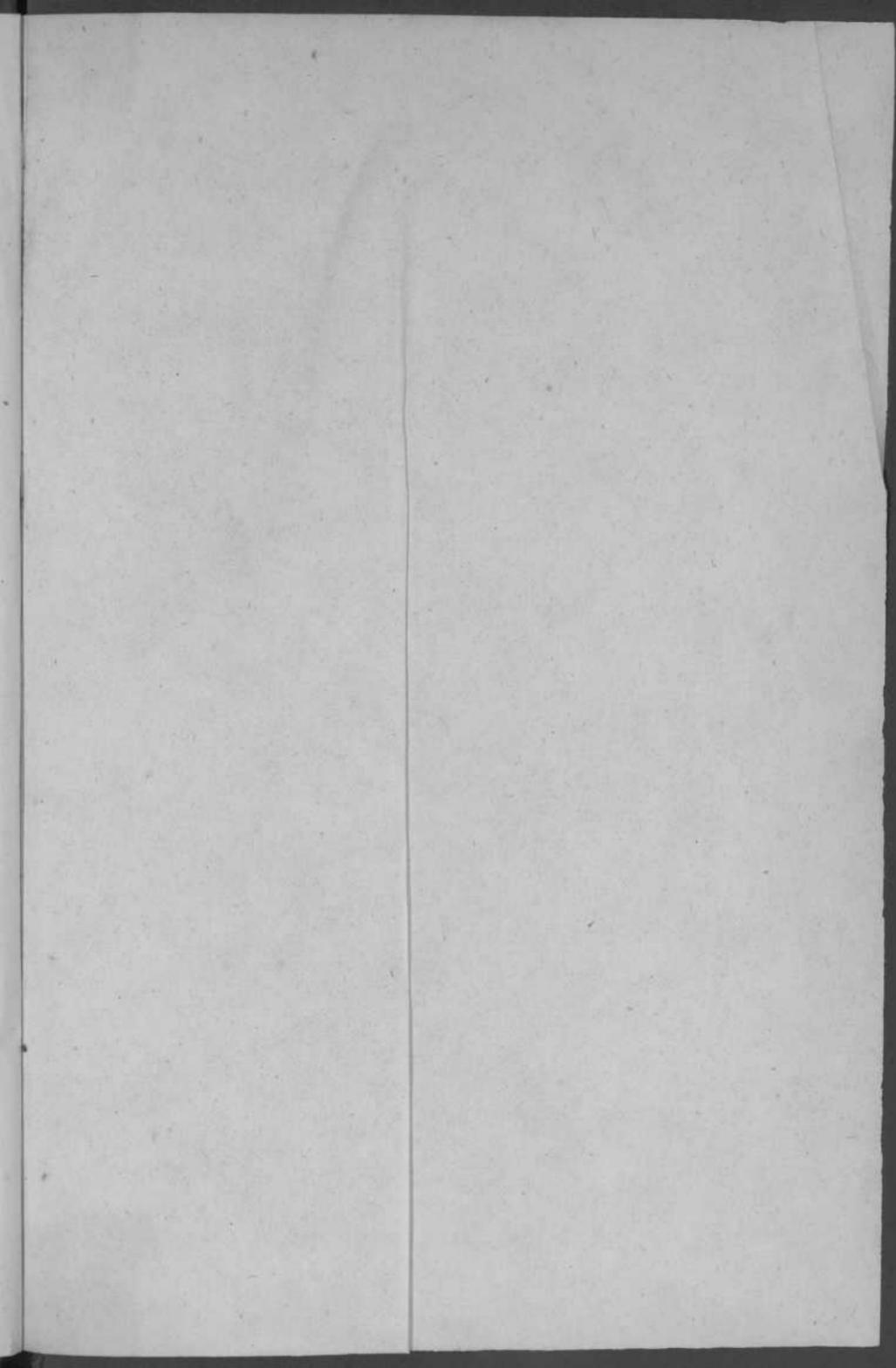
De los modos de perder el dominio.

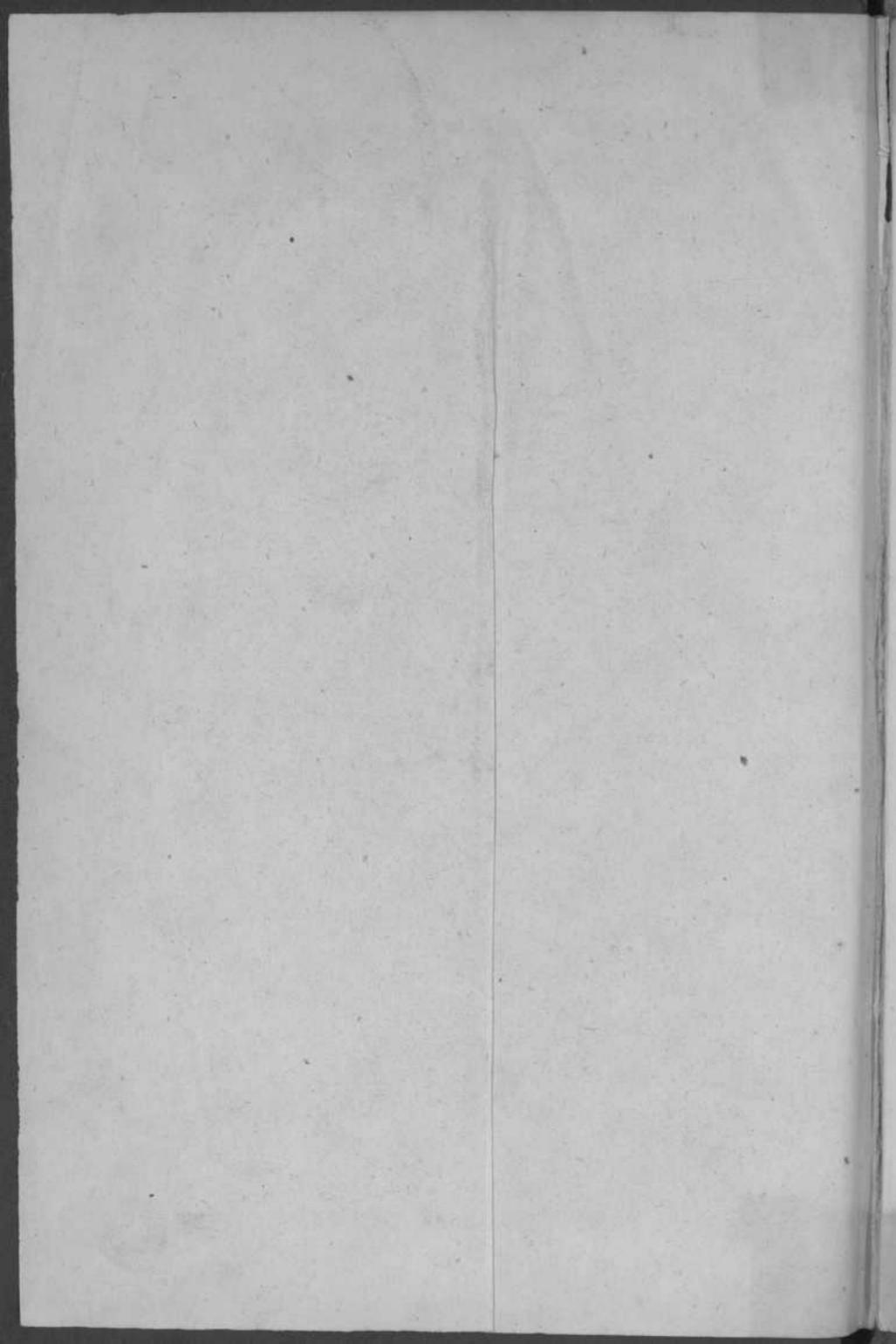
RESUMEN. I. Razon del método. II. Causas en general por las que se pierde el dominio. III. Qué se entiende por abandono, y sus efectos en cada una de sus clases. IV. Qué es enagenacion, y á quién se permite. V. Casos en que se pierde el dominio contra la voluntad de su dueño ó sin su consentimiento. VI. Conclusion.











2416-23

+
8
+

212100

+
4
+

+
7
+



VISO

DERECHO

CIVIL

2

15.284