

CÓDIGO CIVIL

CUESTIONES SELECTAS

POR EL DOCTOR

FERNANDO FERREIRO LAGO

NOTARIO DE VALLADOLID

POR OPOSICIÓN.

Es propiedad.



Precio: 3 ptas.



VALLADOLID:

ESTABLECIMIENTO TIPOGRÁFICO

DE

ANDRÉS MARTÍN SÁNCHEZ

(Sucesor de Hijos de Rodriguez)

1897.

LIBRERIA JIMENEZ

Mayor, 66-68

MADRID

CÓDIGO CIVIL

CUESTIONES SELECTAS

(Colección de artículos publicados en la GACETA del NOTARIADO, corregidos y ampliados. Con un apéndice)

POR EL DOCTOR

FERNANDO FERREIRO LAGO

NOTARIO DE VALLADOLID

POR OPOSICIÓN.



VALLADOLID:

ESTABLECIMIENTO TIPOGRÁFICO

DE

ANDRÉS MARTÍN SANCHEZ

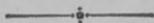
(Sucesor de Hijos de Rodriguez)

1897.

M
+ 164629

C 1211014

INTRODUCCIÓN



Próxima la época de la revisión del Código civil, es conveniente que cuantos intervienen en su aplicación expongan las dificultades que encontraron en su camino. Así será más fácil y provechosa la labor de la reforma. Sirva el presente humilde trabajo, ya que no de otra cosa, de recordatorio á las gentes más doctas, para que pongan lo que valen y saben á servicio de obra tan útil y grande.

I

Dado lo que disponen los artículos 1667 y 1668 del Código civil, y teniendo en cuenta lo establecido en el párrafo 2.º del artículo 12, ¿puede hoy invocarse en juicio la existencia de la sociedad ó compañía familiar gallega, reconocida en Galicia por una práctica constantemente observada y nunca interrumpida?

Para que la cuestión propuesta sea dilucidada con conocimiento de cuantos datos puedan contribuir á que sea acertada la contestación, hay algo que decir acerca de lo que es esa sociedad, de su naturaleza jurídica, de la forma de su constitución, de las reglas por que se rige y de las autoridades y prácticas en que se apoya.

*
* *

Si se pregunta el origen de la sociedad ó compañía familiar gallega, pocas noticias concretas se podrán encontrar anteriores al siglo XV. Ese punto ha sido objeto de

nuestras infructuosas investigaciones, dice el Sr. Buján (1), y solo hemos podido colegir que *su existencia* es anterior á 1480, en cuya fecha los Reyes Católicos crearon la Real Audiencia de Galicia, delegando amplias facultades para organizar el país, que estaba desquiciado por las perturbaciones de la propiedad. Vicente Stolle (2) entiende que es coetánea con la familia del labrador gallego y añade que desde el último tercio del siglo XV se vé defendida en algun *caso de corte*, y respetada por los Adelantados y Alcaldes mayores, y cada vez más generalizados esos respeto y observancia por los Jueces y Tribunales de Galicia. Manuel Montero encuentra, como Buján, algo parecido á ella en los fueros de Plasencia, Cáceres y Cuenca, y añade que también en las costumbres de muchos países extranjeros (3). Paz Novoa, el autor del proyecto de redención de foros, que tanto ruido hizo en la época de nuestra República, dice que alguna vez se ha preguntado si la compañía gallega sería de origen céltico, fundán-

(1) *Sociedad gallega. Estudio jurídico sobre el contrato de compañía de familia.*—Orense 1887.

(2) Artículo publicado en el tomo doctrinal 68 de la *Revista de Lsgislación y Jurisprudencia.*

(3) Artículos publicaddos en la *Fé Judicial.*—Coruña.

dose en los muchos puntos de identidad que hay entre los gallegos y los habitantes de la antigua Caledonia, los de Irlanda y los bretones franceses; pero que ni ahí ni en la *gens* latina ha podido reconocer el embrión de aquella sociedad familiar; por lo que concluyó por aceptar el origen germánico, "recordando que la mujer tenía entre los suevos su parte en el botín; que el hijo era libre desde que nacía; que en el repartimiento anual de las tierras se adjudicaba un lote, no á cada guerrero, sino á cada familia; que de la comunidad familiar existen aun vestigios en las gentes que pueblan la orilla derecha del Danubio, donde los suevos, vanguardia de los bárbaros, acamparon; que vestigios análogos existen también en algunas provincias del Imperio austro-húngaro, antiguos dominios de la poderosa Monarquía suavia; que estas sociedades tácitas *communantés taisibles* son conocidas en varios departamentos del centro de Francia, y que, en fin, la sociedad familiar rige en casi toda la extensión de la antigua Galicia, desde Asturias hasta el Duero; de tal modo que parece que tal régimen de vida y de propiedad en común en todos estos países, sirve á señalar sobre el mapa el itinerario seguido por las hordas

suevas hace catorce siglos á través de la Europa central y occidental.” (1)

Luminosas y dignas de todo encomio y respeto son tan eruditas investigaciones; pero lo esencial á nuestro propósito es hacer constar:

Que desde tiempo inmemorial, viene la institución de que se trata observada y guardada constantemente en Galicia; que así ha sido reconocida en la práctica de los Tribunales; y que igualmente le han prestado siempre su sanción, su apoyo y su autoridad escritores y jurisconsultos. Todo lo cual se puede demostrar examinando los documentos que existen en el archivo de la Audiencia de la Coruña y consultando á los letrados y peritos de la región gallega, en la que todos los días hay ocasión de ver como operaciones de partición y otros contratos verificados entre labradores en los últimos cien años, tienen y han tenido siempre por norma las reglas propias de la institución que examinamos. En los protocolos de todos los Notarios de Galicia hay una clase de escrituras peculiares de aquel país, generalmente calificadas con el nombre de “separación de sociedad”, y que no tienen otro objeto que hacer constar que

(1) Prólogo puesto al folleto ya citado de Bujan.

algunas personas, no obstante ser parientes y labradores, y vivir juntos, no forman entre sí sociedad ó compañía, como desde luego se entendería que la formaban, segun la costumbre del país, á no hacer constar así, y de un modo tan expreso y solemne, lo contrario.

Además, contribuyen también poderosamente á la demostración los juriscultos tratadistas con los trabajos hechos y los libros y artículos publicados, en que se dá por cosa corriente, no solo la existencia de la institución en la vida real, sinó también su existencia jurídica, en calidad de derecho consuetudinario, constantemente guardado y observado. Los que recordamos en este momento, son:

El libro de Herbella, titulado *Derecho práctico y estilos de la Real Audiencia de Galicia*, cuyo único tomo, primero de una importantísima obra que se proponía publicar, vió la luz en el año de 1768. Libro, que, aunque no trate directamente de la compañía familiar, anotamos, como prueba evidente de que en Galicia hay derecho consuetudinario, y prácticas y observancias especiales, muy anteriores al código y de mucha antigüedad; esto es, que Galicia es región que á la fecha de la publicación del

Código tenía derecho especial; por lo que es de las comprendidas en el precepto del artículo 12, según tendremos ocasión de hacer ver más adelante.

El folleto de D. Gumersindo Buján, y el prólogo que para el mismo escribió el señor Paz Novoa, ya citados. El señor Buján reúne con las relevantes dotes que le adornan, la circunstancia de haber administrado justicia en las provincias gallegas durante muchos años. (1)

El tratado de *Práctica legal sobre foros*

(1.) Hé aquí el índice de ese notable folleto:

PRÓLOGO.

- I.—Preliminares.
- II.—Naturaleza jurídica de la compañía gallega.
- III.—Elementos constitutivos de la Compañía.
- IV.—Incapacidad para constituir compañía.
- V.—Deberes de los socios.
- VI.—Efectos jurídicos de la compañía.
- VII.—Distribución de pérdidas y ganancias.
- VIII.—Causas de disolución de la compañía.
- IX.—Efectos de su disolución.
- X.—De la prueba de la compañía de familia.
- XI.—Valor jurídico de la compañía de familia.
- XII.—Conclusión.

APÉNDICE.

Este folleto es además importantísimo por la demostración que en él se hace de la armonía entre las bases constitutivas de la compañía familiar y los principios cardinales del derecho común antiguo en cuanto á sociedad.

y compañías de Galicia, publicado por Basilio Besada, bajo los auspicios de aquel esclarecido patricio llamado Arrazola. (1)

(1) Hé aquí el índice ó sumario que el autor, en la parte referente á nuestro estudio, pone al frente de su libro.

- 1.—Las Compañías son una notabilidad en Galicia.
- 2.—Puntos que comprende este tratado.
- 3.—El consentimiento es la base de la sociedad gallega.
- 4.—Ese consentimiento es tácito.
- 5.—El consentimiento está explicado por los hechos de los sócios.
- 6 al 12.—Quiénes pueden formar la sociedad gallega.
- 13.—Principio para distinguir que pérdidas y que ganancias son comunicables entre los sócios.
- 14 al 18.—Ganancias no comunicables.
- 19 al 27.—Que pérdidas son peculiares del sócio que las sufre.
- 28.—Generalmente en toda sociedad se reparten las ganancias y las pérdidas á prorrata de capitales.
- 29.—En las de Galicia no se observa esto.
- 30.—Pueden hacerse la división por personas ó por matrimonios.
- 31.—Cuando se dirá que hay ó no gananciales.
- 32.—La dote de la mujer casada no responde de pérdidas.
- 33.—Modo de liquidar las cuentas de una compañía.
- 34 al 38.—Si es justa la división de ganancias, según se practica en Galicia.
- 39.—No concluye la sociedad gallega por la muerte de un socio.
- 40.—Tampoco por la cesión de bienes que haga uno de ellos.
- 41.—Concluye por la separación ó fallecimiento de los socios.
- 42.—Pueden unos hacer compañía y otros nó, á pesar de vivir reunidos.

Los artículos de Stolle y de Montero. Lois que ya quedan mencionados.

El artículo que el señor Escriche dedica á la sociedad gallega ó compañía familiar en su notabilísimo *Diccionario razonado de Legislación y jurisprudencia*, (1) en el cual dice que es la sociedad “que se entiende constituida en Galicia por el simple hecho de vivir reunidos los abuelos, padres, hijos y yernos, cultivando todos ellos los bienes de todos, sin hacer distinción alguna; recogiendo los frutos sin hacer separaciones, y atendiendo con ellos á las necesidades mútuas, sin que se tenga en cuenta la mayor ó menor cantidad que pertenece á cada uno.,” Añade el señor Escriche que el fundamento causal, y motivo de esa sociedad “es el amor de familia; el legal el tácito consentimiento de los socios; que no se consigna en escritura ni documento condición ninguna, y que su objeto es la industria agrícola casi exclusivamente;” y después expone la doctrina en observancia respecto

43 y 44.—Que valor tiene la declaración de un padre sobre esto.

45 al 48.—Influencia de la sociedad gallega sobre el estado moral de nuestro país.

49.—Influencia sobre el estado económico.

(1) Letra S: artículo titulado *Sociedad gallega*. Edición de 1876.

á las incapacidades para formar la sociedad, á su fundamento, á los efectos que produce, á la división de ganancias y pérdidas y á las causas y modos por que concluye.

El Congreso jurídico español de 1886, en el que se ha tratado de que se recogiesen las diferentes costumbres jurídicas subsistentes en las diversas regiones, entre ellas la compañía gallega ó sociedad familiar, para que, ya en forma obligatoria, ya como forma de derecho aplicable según la voluntad de los interesados, se incluyesen en el Código civil, cuya próxima promulgación se anunciaba; proposición que obtuvo 346 votos en pró, contra 31.

Un discurso del señor Montero Rios, en que, haciendo un resúmen en el Congreso, pronunció estas palabras: "... esa solución que los buenos principios reclamaban, de dignificar á la mujer en el seno de la familia... y que informó una ley de 1870, realizábala la sociedad gallega, que congregaba al padre, á la madre y á los hijos casados."

La Memoria redactada por D. Rafael López de Lago, encargado de informar sobre foros y sociedad gallega en virtud del Real Decreto de 2 de Febrero de 1880, cuya Memoria fué publicada en la *Revista de Legislación y jurisprudencia*.

El Congreso celebrado en Santiago no hace muchos años, en el que se votó, en sentido afirmativo, la proposición referente á la fuerza legal y conveniencia de la compañía gallega, como práctica del país, que debía tener cabida en concepto de derecho foral gallego en el Código civil.

*
* *

Puestos de relieve el origen, la existencia y la incontrastable autoridad de la costumbre jurídica creadora de la sociedad ó compañía gallega, falta por indicar sucintamente, ya que otra cosa no cabe en este trabajo, en que consiste y cuales son sus reglas.

La compañía familiar es la sociedad que se presume existente por el hecho de vivir juntos (*estar á mesa y manteles*, según la fórmula usual) los labradores gallegos, con sus hijos emancipados, ó con otros individuos de su familia, y que dá por resultado que todas las adquisiciones hechas y obligaciones contraídas por cualquiera de los socios, se hagan comunes y se dividan por partes iguales, al tiempo de la disolución de la sociedad.

Es de esencia en ella, dice Paz Novoa, la vida en común, es decir; la constitución de un solo hogar, el sentarse á la misma

mesa, cultivar los mismos bienes, y atender con sus productos, á las necesidades comunes é individuales, dentro de ciertos límites. Es sociedad que, de ordinario, no se pacta, sinó que de hecho queda establecida cuando se da aquel conjunto de circunstancias. La mujer casada tiene personalidad propia; es, con relación á la compañía, consócia, de condición igual á su marido. Los hijos llegados á la mayor edad, entran á formar parte de la sociedad familiar, y lo mismo el que, ó la que, con ellos casa y viene á vivir bajo un mismo techo. La división de las ganancias, una vez separados los capitales, se hace por cabezas. El socio que nada aportó más que sus brazos, obtiene una porción igual en esas ganancias á la del que aportó capital en mayor ó menor escala. La misma regla rige en cuanto á las déudas y pérdidas de la sociedad. El hijo ó pariente que no vive en la casa, no participa de ganancias ni pérdidas.

Hé aquí resumidas las principales bases sobre que descansa la compañía familiar gallega, cuyas bases, y las relaciones jurídicas de ellas provenientes, no es esta la ocasión de examinar más despacio y en detalles que no conduzcan al esclarecimiento de la cuestión propuesta, esto es, á

determinar si, después de publicado el Código, puede invocarse en juicio la existencia de esa sociedad. Las indicaciones apuntadas, eran necesarias al efecto, pues lo primero que se hacía preciso fijar era la naturaleza jurídica de aquella; y lo segundo el hecho inconcuso de su existencia como costumbre jurídica del país gallego, constantemente guardada y observada.

*
*
*

Demostrado en que consiste la costumbre generadora de la sociedad ó compañía familiar gallega, y la antigüedad de esta institución de derecho consuetudinario, queda la cuestión en el terreno en que la hemos planteado: si después de ser ley el Código civil, puede ó no invocarse en juicio la existencia jurídica de esa sociedad.

La sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma, salvo que se aportaren á ella bienes inmuebles ó derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública, dice el artículo 1667. Es nulo el contrato de sociedad, siempre que se aporten bienes inmuebles, si no se hace un inventario de ellos, firmado por las partes, que deberá unirse á la escritura, añade el artículo 1668. De lo establecido en esos artículos y en los que regulan las sucesiones

y los requisitos esenciales de los contratos, es de donde pueden salir cuantos argumentos se hagan para defender la opinión negativa.

Pero, dentro del mismo Código, se encuentra bien defendida la opinión afirmativa, y, más que defendida, establecida de un modo expreso.

En efecto; el propósito del legislador, con toda claridad y repetidas veces manifestado, fué el de respetar, en absoluto, al menos por ahora, todo lo que hubiese de derecho especial en las diferentes regiones de España, ya ese derecho tuviese por origen preceptos legales, ya una costumbre constantemente guardada y observada. Así, dice el párrafo segundo del artículo 12, que las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en *toda* su integridad, sin que sufra alteración su *actual régimen* jurídico, escrito ó *consuetudinario*, por la publicación del Código, que regirá solo como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquellas. Y siendo institución de derecho especial consuetudinario de las provincias de Galicia la compañía familiar, parece estar comprendida dentro de la citada disposición, mucho más si se tiene en

cuenta que á la ley presidió el criterio de no hacer alteración alguna en el régimen jurídico de las provincias que, como Galicia, tuviesen algún derecho especial, cosa, esta última, que no puede negarse á dicha región pues tenía y tiene más de una especialidad: sirvan de ejemplo los foros y la sociedad ó compañía de que nos venimos ocupando.

Toda la doctrina expuesta la confirma el mismo Código, en su artículo 1976, al derogar solamente los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el derecho civil *común*, y no el especial de cada región; y aun aquel, nada más que, "en las materias que son objeto del Código."

Se dirá que la compañía familiar gallega no estaba reconocida por los tribunales como costumbre jurídica del país cuando se publicó el Código; pero á esto hay que observar que, aparte de no ser completamente exacto, pues la Audiencia de Galicia en más de una ocasión la reconoció, la costumbre no toma su fuerza del reconocimiento que de ella hagan los tribunales, sino del hecho de su constante observancia, ante la que esos tribunales tienen que inclinarse (1), considerándola como

(1) Refiriéndole á ésto y estudiando la ley de Partida que pu-

fuerza de derecho que en vano se intentará desconocer.

diera dar apoyo á una opinión contraria (ley 5.^a tit. II, Pa. 1.^a) y la glosa correspondiente, dice D. Benito Gutierrez (*Códigos ó estudios fundamentales sobre el derecho civil de España*):

«Tampoco cree el comentador, siguiendo la doctrina de Bartolo, Alberico etc., que sea necesario, como parece indicarlo la ley, un juicio público para establecer la costumbre; puede esta introducirse lo mismo por actos judiciales que extrajudiciales, aunque se exija mayor frecuencia en los últimos.

Restringir la costumbre de modo que no se establezca y pruebe sino por medio de sentencias, daría ocasión á que nunca ó pocas veces, tuviera lugar, principalmente cuando fuera de las llamadas contra ley. Este es un medio, dice el comentador, empleado cuando se invoca en apoyo de la costumbre una sentencia pronunciada con aquiescencia del pueblo ó de la mayor parte de él. Pero si en su lugar se emplea otro que produzca el mismo resultado, no le excluye la ley: no debe, pues, limitarse la prueba á las sentencias únicamente: *Lex ostendit unum modum inducendi et probandi consuetudinem, et per hoc non alios excludit* (Glosa 7.^a).

Presta apoyo á esta opinión la autoridad de Ulpiano, el cual en el fragm. 34, Dig. de Leg., que parece ser el motivo del precepto, dice *primus*, el primero, no el único: *cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando iudicio consuetudo firmata sit.*

Un escritor contemporáneo, Viso, dice también que el que alegare una costumbre en defensa suya, debe probar su introducción y observancia, á cuyo efecto le servirán los tres medios propuestos.

Más lo que pone el sello á esta doctrina es la sentencia de 12 de Octubre de 1868, la cual declara que la presente ley se limitó á definir la costumbre y cuantas maneras son de ella, sin determi-

*
* *

Ahora, y por último, nos limitaremos á apuntar las consideraciones de justicia que sirven de base á la sociedad especial de que tratamos, y que demuestran su conveniencia. Los escritores que han dedicado sus trabajos al esclarecimiento de este punto, dicen:

1.º Que la sociedad ó compañía familiar gallega no contradice, antes bien realiza, el concepto que de la sociedad expresaron las Partidas, al decir que “compañía es ayuntamiento de dos omes ó de más, fecho con entención de ganar algo de so uno, ayuntándose los unos y los otros. E nasce ende gran pro cuando se face entre algunos omes buenos é leales, ca se acorren los unos á los otros bien, así como si fuesen hermanos..... (1).

2.º Que si por las personas que la forman y por el modo de *expresarse* en ella la voluntad de los socios, (la concurrencia conjunta de hechos determinados á *priori* por la costumbre) se ajusta á la ley, de idéntica manera encuentra en ella su eficacia por el objeto que se propone.

nar ni tasar su prueba, de lo que infiere el Sr. Ortiz de Zúñiga que este punto está sujeto á las reglas comunes que rigen los medios de justificar los hechos».

(1) Ley 1.ª tit. 10, Partida 5.ª

3.º Que la naturaleza del contrato, sus efectos, sus detalles y sus accidentes, no repugnan á ninguna de las reglas jurídicas productoras del derecho, ni á la ciencia.

4.º Que mediante la asociación, los individuos que la componen satisfacen sus necesidades con menor esfuerzo que el que precisan aisladamente, y, unidos por un sentimiento de parentesco, obtienen, al mismo tiempo que otros fines, un resultado económico.

5.º Que merced á esa creación, los individuos de una misma familia, sin desatender sus distintas personalidades, y sin olvidar sus diversos fines, en vez de desligarse de los lazos del afecto nacidos del parentesco, los estrechan.

6.º Que, dada la considerable emigración de labradores gallegos á países lejanos, la compañía produce el resultado de que sus mujeres, mientras los maridos corren azares y riesgos, para encontrar trabajo, y acumular el producto de sus esfuerzos, queden al lado de sus padres ó suegros y hermanos, y en el seno de la familia, y vivan conforme á sus condiciones morales, rodeadas de seres y elementos que les hacen recordar siempre el cumplimiento de su deber, y de quien les ayude en sus necesidades, les so-

corra en sus desgracias y les preste auxilio en sus trabajos, hallando así medio de cuidar la mujer sus pequeñas propiedades (1).

7.º Que constituida por personas ligadas con vínculos estrechos, son naturales la fraternidad y el amor, y habituado el padre á sentir como padre, el hermano como hermano y el esposo como esposo, modificanse todos y perfeccionan su corazón al calor de todos esos dulces sentimientos.

8.º Que son uno de los mejores apoyos de la virtud, porque, *enemigas* de la ociosidad, estimulan al trabajo á todos los socios, ofrecen á todos una recompensa igual, á todos convidan con sus beneficios; y todos, testigos constantes del afán de cada uno, siéntense aguijoneados por la emulación, se esfuerzan, multiplican sus cuidados, se consagran con asiduidad al acrecentamiento de la ganancia partible, no se acuerdan más que del trabajo; y así viven alegres, sanos y menos expuestos á las consecuencias de la corrupción.

9.º Que reuniendo diferentes personas, y con ellas sus respectivos capitales, en país donde la propiedad está sumamente dividida, juntos valen estos algo, mientras que su

(1) Todas las anteriores consideraciones están luminosamente apuntadas y desenvueltas por el Sr. Buján.

fracción sería una pobreza. Por lo que, solo por medio de la sociedad familiar, puede el labrador gallego remover los obstáculos que se oponen á la producción, y promover las causas que la favorecen (1).

10. Que por ella se reducen á cultivo muchos prédios eriales; se levantan casetas, cobertizos y voladizos; desaparecen *lagunas* y se desecan pantanos; se convierten en praderías y en heredades labradas, terrenos áridos y estériles; y se cuidan y mantienen bien los ganados, proporcionándoles abundantes pastos, indispensables para mantener aquel elemento de riqueza, auxiliar necesario, además, para la producción agrícola (2).

11. Que es un baluarte difícil de franquear por el *pauperismo*, una sociedad cooperativa y de socorros mutuos para consolar los achaques de la decrepitud ó las penas y aflicciones de la enfermedad (3).

Digamos, en fin, con el Sr. Paz Novoa, (4) que la compañía familiar, á su venerable antigüedad, á su permanencia, á su general observancia, agrega los fines morales, jurídicos y económicos que realiza;

(1) Besada.

(2) Stolle.

(3) Montero Lois.

(4) Prólogo citado.

que de ella *han usado los homes luengo tiempo*; por ella fueron dados *concejera-mente*, no dos, *innumerables juicios de omes sabidores*; está fundada *en derecha razón é non contra la Ley de Dios ni contra señorío, ni contra derecho natural, ni contra pro comunal*, antes reporta á nuestros campesinos *bien é no mal*, como dicen las Partidas. Nosotros vemos en ella—añade el distinguido jurisconsulto gallego—algo asi como el gérmen de la cooperación para la producción, algo muy superior á lo que predicán las escuelas más avanzadas sobre los fueros y la santidad del trabajo, la prolongación, á través de las edades, de la vida, patriarcal, el trasunto de aquel nobilísimo sentimiento de la libertad individual y de la dignidad personal que los pueblos germanos infiltraron en la vida de las naciones europeas, la consagración del hogar, elemento primario y fundamental de la vida civil, y un fuerte dique á la ola invasora que en regiones menos afortunadas, bajo el punto de vista moral, amenaza la existencia de la familia.

Objeciones:

Primera.

Escritas las anteriores líneas, y con motivo de la publicación de un folleto del magistrado Sr. Fernandez Ladreda, hemos tenido ocasión de ampliar, en la misma revista que, benévola, acogiera nuestros modestos trabajos, (1) los conceptos que quedan apuntados, para tomar nota de la opinión contraria á nuestra doctrina y que sustenta en aquel librito su ilustrado autor. Decíamos así:

“Llegó hace pocos días á manos del que esto escribe un librito, ó mejor dicho, un folleto titulado *Estudios históricos sobre los Códigos de Castilla*, escrito por un digno magistrado de la Audiencia de la Coruña, y en cuyo trabajo, después de consignar que la derogación contenida en la disposición *final* del Código civil, ó art. 1976, es terminante y absoluta, se añaden, en calidad de ampliación ó explicación de ese artículo, los párrafos siguientes:

“No se nos oculta que un ilustrado jurisconsulto asturiano, el Sr. Pedregal y Cañedo, sostiene, en un excelente trabajo crítico sobre el Código civil, que las materias

(1) *Gaceta del Notariado*,

que no son objeto de éste, y se regian por costumbres locales, como la propiedad colectiva de algunas comarcas, el dominio del arbol, siendo ajeno el suelo, y *la sociedad familiar de Asturias y Galicia*, seguirán rigiéndose por los usos y costumbres del lugar.

Creemos que no puede aceptarse esta opinion, en vista del precepto claro, terminante, absoluto, que contiene el art. 1976 del Código, y, respecto de la sociedad familiar de Asturias y Galicia, la Audiencia de la Coruña tiene establecido que, "sean cuales fueren su antigüedad, su extensión, su naturaleza y sus efectos, no está reconocida por nuestras leyes, ni por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ni tiene, por tanto, existencia jurídica".

Estas manifestaciones, que en persona de menos respetabilidad que el Sr. Ladreda pudieran pasar desaparecidas, hay que impugnarlas necesariamente, viniendo de donde vienen, ó sean de uno de los magistrados que ejercen justicia en la Audiencia de Galicia.

A la vista de afirmaciones tan terminantes como las que consigna el Sr. Ladreda, parece dudoso que este señor haya leído trabajos tan notables como són, acerca del

asunto en discusión, los de los Sres. Besada, Buján, Paz Novoa, Stolle y Montero Lois, ni se haya fijado en los poderosos argumentos, que, en pro de la existencia de la sociedad ó compañía familiar gallega expusieron vários distinguidos escritores, y que ya quedan apuntados en este modestísimo estudio (1)

Porque, si el Sr. Ladreda hubiera meditado acerca de esos trabajos y argumentos, seguramente que sus opiniones no hubieran sido tan radicales y rotundas. Aparte la autoridad de las personas que los subscriben, las razones en que se apoyan son tan convincentes que no dejan apenas lugar á la duda, viniendo á concretarse en esta conclusión:

“El Código civil no quiso modificar ni directa ni indirectamente el derecho especial de las regiones en que lo hubiese diferente

(1) Claro es que al citar en los párrafos del texto los trabajos de los señores Besada, Buján y demás escritores que estudiaron el punto en cuestión antes de la publicación del código civil, lo hacemos únicamente para comprobar, con sus dictámenes y su autoridad, la existencia de la sociedad familiar gallega, como costumbre del país, mientras que las autorizadísimas opiniones de los señores Manresa, Pedregal, Alcubilla, y demás escritores posteriores al Código, se refieren—dando ya por supuesta y comprobada la existencia de aquella costumbre—á la segunda parte de la cuestión: que esa costumbre no ha sido derogada ni modificada por el código.

del general de Castilla, y ya fuese escrito ó consuetudinario„.

Podremos estar equivocados; pero conste al ilustrado magistrado de la Coruña, que nos equivocamos en buena compañía.

Como que están á nuestro lado, además de los escritores ya citados, el Sr. Pedregal, cuya autorizadísima opinión también menciona el Sr. Ladreda para combatirla, y otros de no menos respetabilidad.

Y hay que tener en cuenta que entre estos, y de intento los dejamos para el último, están los dos siguientes:

1.º El Sr. Alcubilla, que en la última edición de su notabilísimo Diccionario, y en el artículo “Sociedad gallega„ dice, entre otras cosas: “Por lo demás, creemos que el artículo 12 del Código civil, ampara la subsistencia y efectos de la misma sociedad„.

2.º El Sr. Manresa, coautor del Código civil, y uno de sus más ilustres comentaristas, que, reseñando el derecho que continua vigente después del Código, al amparo de su art. 12, dice que, en cuanto á Galicia, subsiste su derecho particular que consiste en dos especialidades: “la costumbre relativa á la sociedad de familias y la institucion conocida con el nombre de foro (1)„

(1) *Comentarios al Código civil español*, tomo 1.º, pág. 111.

Segunda.

Con motivo de la publicación del artículo que queda transcrito, referente al libro del Sr. Fernandez Ladreda, un ilustre escritor, gloria de la literatura jurídica española, espíritu superior y cultivadísimo, de erudición verdadera y notable, (1) nos obsequió con la señalada honra, nunca bastante agradecida, de hacer á aquel trabajo algunas cortesés y discretísimas observaciones.

Y dijo así: (2)

“La calificación de *Cuestiones selectas* es verdaderamente clásica en la historia del derecho, testigo sean las del romano de Vinio. El Sr. Ferreiro Lago, con cuyos artículos honramos las columnas de esta Revista, demuestra tener las prendas de un buen comentador, y hiere y resuelve las dificultades que á cada paso se ofrecen en su camino. Mas en el artículo anterior, fundado, como todos los suyos, toca una materia que, aunque de soslayo, hemos tratado nosotros al hablar del *Fuero del bailio*. Entiende el Sr. Ferreiro que las instituciones forales de Castilla, las escasas, pero

(1) D. Antonio Balbin de Unquera.

(2) *Gaceta del Notariado*; número 29 de 1896.

importantes, diferencias del derecho común que aquí y allí se conservan por la fuerza de la inercia, más que por otra causa, deben seguir vigentes después del nuevo Código civil, y, como de costumbre, defiende bien su tesis.

No participamos nosotros de esas ideas; antes creemos que todo el Código es una protesta, una negación, de semejante juicio; que en vano se hubiera redactado esa obra, que en balde se la miraría como un paso de gigante hácia la unidad legislativa de España, si en el mismo territorio del derecho común se conservasen esos restos de las anteriores épocas.

Por eso, no citaremos este ni aquel artículo; en el mero hecho de haber entendido que lo que se trataba de no atacar eran las legislaciones forales completas, se hace patente que si en Galicia, en Castilla, ó en cualquiera otro territorio de derecho común, se conservaba alguna institución propia y exclusiva—salvamos la de los foros—esa institución deberá tenerse por abolida. Claro es que la decisión del conflicto debe quedar al arbitrio de la jurisprudencia, y desde luego nos parece que á la primera revisión del Código debe aclararse ese punto, con alguna división bien marcada que es-

clarezca las dudas que han surgido. Pero los antecedentes del Código, todas las razones que se daban para su redacción, el cuidado que ha tenido en expresar los fueros que debían considerarse vigentes, todo ello nos convence de que nuestra teoría es la más aceptable.

Solo un sistema completo de legislación puede sostenerse frente á otro sistema, y, aun así, los fueros italianos y portugueses han desaparecido ante los recientes Códigos de ambos países, y así también desaparecerán los alemanes, después de la ley recientemente promulgada. Si de otra manera lo entendiésemos en España, habríamos perdido el inmenso trabajo empleado en la codificación novísima, y alejaríamos cada vez más el suspirado día en que unos mismos códigos hayan de regir en todo el reino. Porque, ¿cómo provincias enteras habrían de renunciar á su legislación completa, cuando se hubiesen respetado instituciones aisladas de una de las mismas provincias que han tenido siempre por suyas las leyes de Castilla?

Fundamentos históricos que desaparecen allá en la remota antigüedad de otras épocas, razones de localidad y de costumbre que ya no existen, no bastan, en nues-

tro concepto, para explicar ni defender la teoría contraria.

El Código ha prohijado alguna institución de las provincias aforadas, alguna también de los antiguos fueros castellanos; si hubiese querido adoptar las demás, no hubiera dejado de manifestarlo así terminantemente. Y, al contrario, ha precisado, aunque no tanto como algunos desearían, los fueros que pretendía conservar, y que son, salvas ligeras excepciones, lo que hemos denominado legislaciones completas.

Estas últimas, además de ostentar el carácter de sistema, han sido comentadas durante siglos, y se han sostenido valientemente y continúan sosteniéndose frente á la legislación común, hasta el punto de prepararse ya los *Apéndices*, que serán como nuevos Códigos; las excepciones de la ley general, dentro de Castilla, han vivido como escondidas, no se han extendido, no se han levantado, por decirlo así, contra las tentativas de codificación que han encarnado en una obra de aplicación general y de tanto porvenir como el Código novísimo. ¿Se quieren más y más importantes diferencias? Valdrán lo que se quiera; en derecho constituyente y en la historia jurídica podrán defenderse, pues que de eso no

se trata, sino de considerarlas ó no como vigentes.

Dispéñenos el Sr. Ferreiro Lago, á quien felicitamos otra vez más por sus luminosos escritos; si, abandonando esos terrenos y ateniéndonos á la legislación constituida, profesamos opiniones diametralmente opuestas á las suyas. Cuando esto se hace con la necesaria convicción, con sinceridad y franqueza; cuando se oponen meras observaciones, como nosotros lo hacemos, no hay verdaderos adversarios y se reduce todo á una corta discusión entre amigos.„

*
* *

No nos sorprendió la opinión del Sr. Balbín, pues ya sabíamos la sostuvo, con la brillantez inseparable á sus trabajos, en una discusión periodística sobre si puede hoy alegarse ó nó la exigencia del *fuero del bailio*, con razones, en cierto modo, aplicables al punto de que aquí se trata, pero que nos han parecido, por lo menos en cuanto á este, inspiradas en un criterio, mejor ó peor—que no discutimos eso—más no conforme quizá, casi seguramente pudiéramos decir, con el espíritu que el artículo 12 del Código revela y claramente expresa, por lo que hace al respeto que al

derecho especial de cada una de las regiones de España que, á la fecha de la publicación de aquel cuerpo legal, lo tuviese, “escrito ó consuetudinario”, se propuso dicho Código guardar.

Y hemos contestado: (1)

“Comprenderá el Sr. Balbín que no puedo dejar sin alguna contestación los párrafos que ha tenido á bien dedicar en el número 29 de la *Gaceta* á un humildísimo trabajo mío. Y no por continuar discusión de un punto, respecto al que considero que sobran razones para sostener opinión y criterio contrarios á los míos; sino por dos motivos á cual más poderosos.

Es el primero—y el que más me obliga—decir al ilustre escritor, que quien, como yo, ha leído y admirado la mayor parte de los notabilísimos trabajos que en su larga carrera científica y periodística lleva él hecho y publicado, no solamente no tiene que dispensar en sus bien razonadas y corteses observaciones, sino que atribuye á suerte singular y estima como señalada honra que el Sr. Balbín opusiese á mis opiniones las suyas autorizadísimas, y parase su atención en los modestos apuntes

(1) *Gaceta del Notariado* número 32 de 1896.

que vengo publicando, más para presentar á la ilustración de los compañeros temas á discutir y á resolver, que para dar dictámenes que, por ser míos, tendrán siempre poco valor y menos autoridad, aun elogiados con extraordinaria bondad por el señor Balbín. Para quien, pues, conoce tanto el mérito del distinguido letrado y escritor y ha procurado coleccionar y conserva como oro en paño casi todos sus escritos—hasta el punto de que, por tener muchos de ellos, buscó y adquirió la colección de la *Gaceta* desde el primer número de su publicación, colección esmaltada con verdaderas joyas debidas á la pluma doctísima del Sr. Balbín,—sus observaciones, que, por su acierto y su cortesía, aun siendo de otro, resultarían muy apreciables, constituyen el más agradable premio que, si alguno merecieran, pudiera ambicionar yo para mis modestos artículos.

Es el segundo, explicarle brevemente las causas á que obedece que yo insista sobre la cuestión que dió lugar á sus observaciones. Aquí, en tierra de Galicia, estamos, en cuanto á ese punto, en una situación especial. El Código, con la redacción de sus artículos 12 y 1976, dejó, sino vigente—según yo creo—por lo menos, en duda,

la existencia legal de la sociedad gallega ó compañía familiar; esto hay que reconocerlo, como también hay que reconocer el hecho evidente de que entre labradores gallegos viene dicha costumbre desde hace siglos constantemente guardada y observada, y de que—á pesar de la publicación del Código—continúa guardándose y observándose, cual si tal ley no se hubiera publicado. Las particiones se hicieron y hacen entre labradores, y casi siempre, aquí, con arreglo á las bases y reglas de dicha sociedad. Son frecuentes las actas notariales de separación de la misma. A diario dan los letrados dictámenes, unos en pro y otros en contra de la vida legal de la sociedad después del Código, aunque inclinándose la mayoría en su favor. A estos dictámenes se unieron los de los Sres. Manresa, Pedregal, Alcubilla, Paz Novoa, y de algunos escritores regionales, cuya autoridad vino á prestar más fuerza á la opinión afirmativa. Por último, es muy difícil que la jurisprudencia general aclare el asunto, porque como la compañía familiar no existe, según derecho consuetudinario y opinión corriente, más que entre los labradores, y los capitales de los labradores gallegos son pequeños, nunca ó casi nunca llega el caso de

acudir á los tribunales superiores, y mucho menos al Supremo, pues se gastaría en costas más de lo que vale el capital disputado. Esta es quizá la principal dificultad.

De modo, Sr. Balbín, que nos encontramos con la ley obscura, la costumbre viva, los escritores y comentaristas disconformes, los letrados del país inclinados á la afirmativa, la jurisprudencia general condenada á perpetuo silencio, y la jurisprudencia local (valga la frase) en la más desconsoladora arbitrariedad, pues unos jueces resuelven en un sentido y otros en otro,

Este es el estado de la cuestión.

Así que no extrañe al Sr. Balbín que yo entienda que queda aun mucho que discutir respecto al punto de que tratamos; y que á esa discusión aporte el concurso de mi opinión humilde, pero fundada en todos los datos y consideraciones que tengo apuntados, y á los que la *Gaceta* dió generosa acogida y el Sr. Balbín inmerecido elogio.

Precisamente en estos días, un compañero, perteneciente á esa brillante juventud letrada que hoy enaltece en todas partes el ya glorioso notariado español,—el Sr. Barreiro, Notario de Villagarcía,—me anuncia la probable publicación de un folleto sobre la compañía familiar, el cual contribuirá,

sin duda, dada la competencia de su autor, á esclarecer la cuestión.

Ojalá imiten su ejemplo los ilustradísimos compañeros con que hoy cuenta el Notariado en esta región.,.

*
* *

Conclusiones:

Que es innegable que, á la fecha de la publicación del Código civil, era costumbre constantemente guardada y observada, en Galicia, la sociedad conocida con el nombre de compañía familiar, cuyas reglas, además de practicarse desde hace siglos, tener una "venerable antigüedad.,," como dice el señor Paz Novoa, estaban perfectamente desenvueltas por la aplicación diaria é inmemorial, y explicadas por los jurisconsultos y escritores del país.

Que en dicha fecha de la publicación del Código, para que una regla fuese considerada derecho consuetudinario, no era rigurosamente preciso que hubiese sido reconocida por los tribunales, pues según la interpretación más admitida y corriente de la ley de Partida, referente al caso, y más en armonía con sus términos y forma disyuntiva que emplea, la observancia de la costumbre podía ser probada por cualquiera

de los tres medios de que la ley habla (1), y las sentencias—en los casos en que habían recaído—lo que sí producían era el efecto de ahorrar, en adelante, y sobre aquel punto, la necesidad de la prueba. Es evidente, pues, que en juicio contradictorio podía ser probada la existencia de la costumbre y que, una vez probada, tenía fuerza de ley. Esto aparte de que, como dice el Sr. Buján (2), “facil es, en lo que á la compañía de familia se refiere, el acreditar su observancia, no solo por su existencia sino que tambien por las dos sentencias, pues lo mismo

(1) He aquí los términos de la ley, que es la ya citada 5.^a título 2.^o de la Partida 1.^a «El pueblo ó la mayor parte de él, si usaren diez ó veinte años á facer alguna cosa, como en manera de costumbre sabiéndolo el señor de la tierra, é non lo contradiciendo é teniéndolo por bien, puédenla facer, é debe ser tenida, é guardada por costumbre, si en ese tiempo mismo fueren dados concejaramente dos juicios por ella de homes sabidores, y entendidos de juzgar, é no habiendo quien gelas contralle Eso mismo sería, cuando contra tal costumbre, en el tiempo sobredicho, alguno pusiese su demanda ó querella, ó digese que non era costumbre que debiese valer, é el juzgador..... oidas las razones de ambas las partes, juzgase, que era costumbre de todo en todo, non cabiendo las razones contrarias. Otrosi, la costumbre debe ser con derecha razon, é non contra ley de Dios, ni contra señorío, ni contra derecho natural, ni contra pro comunal de toda la tierra del logar do se face, é debenla poner con gran consejo; é non por yerro, ni por antojo, ni por ninguna otra cosa que les mueva, sino derecho, é razón, é pro. Ca si de otra guisa la pusieron, non sería buena costumbre más dañamiento de ellos é de toda justicia.»

(2) Folleto citado

en primera que en segunda instancia, existen repetidos casos que, con conocimiento y aquiescencia del pueblo, marcaron la autoridad de la costumbre, mediante la que se establece y se rige con cierto matiz de institución consuetudinaria, por más que la mayor parte de las relaciones que produce y acciones que determina tienen también su sanción legal en la ley escrita.,.

Que no especificando el Código cuales son las regiones de derecho especial, no hay razón para excluir á Galicia, pues visto es que lo son—según el mismo Código indica—todas las regiones que lo tuviesen, en poco ó en mucho, independiente del antiguo derecho *común* de Castilla, y bien fuese escrito ó consuetudinario. Teniendo Galicia especialidades tan importantes como los foros y la compañía familiar, instituciones independientes del antiguo derecho común, no puede prescindirse de considerarla como región de derecho especial, á los efectos del artículo 12. Lo cual corroboran las autorizadas opiniones de Alcubilla, Pedregal y Manresa. Corrobóralo también explícitamente el Código, que, además de lo que dispone ó establece en el artículo 12, dice en la primera de las bases en que se inspira, que su publicación

“no tiene otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, recojer las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica, y atender á algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico ó un precedente autorizado en legislaciones propias ó extrañas, y obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos, ó que resulten bastante justificadas, en vista de las exposiciones de principios ó de método hechas en la discusión de ambos cuerpos colegisladores, y en la base 13, relativa á servidumbres, añade que “se procurará, á tenor de lo establecido en la base 1.^a, la incorporación al Código del mayor número posible de disposiciones de las *legislaciones* de Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y provincias vascas,”. Todo lo que bien terminantemente dice, primero que entre ninguno de los objetos ó fines del Código está el de derogar el derecho especial de las regiones que lo tuviesen “escrito ó consuetudinario,;” y segundo, que entre las regiones á las que el Código reconoce legislación especial figura Galicia.

Que, por consiguiente, si en cualquier pléito en que tuviesen aplicación las reglas

que, según derecho consuetudinario, gobiernan la sociedad ó compañía familiar gallega, después de consignarse en la demanda los hechos materia de la litis, figurase también, *como hecho*, el de la existencia en Galicia de la sociedad, en calidad de costumbre constantemente guardada y observada, y acerca de este punto se realizase prueba—que sería facilísimo presentar completa é irrefutable, sirviéndose para ello de los libros en que los escritores han recojido las reglas características de la sociedad, de los dictámenes de los juriconsultos del país, de los informes de los peritos agrimensores encargados, por regla general, allí de hacer las particiones entre los labradores, y de todas las más declaraciones é informaciones conducentes á ese fin—parécenos que, una vez reconocido, según entonces necesariamente habrían los tribunales de reconocer, como un hecho plenamente probado, el de la existencia de la costumbre de que se trata, á la fecha de la publicación del Código civil; y reducida ya la cuestión á decidir si éste la derogó ó nó, el art. 12 y las Bases 1.^a y 13 saldrían al paso para imponer el respeto que se debe á un derecho consuetudinario y de venerable antigüedad, que no era parte del

antiguo común de Castilla y que, por tanto, ni el Código quiso modificar, ni está comprendido en la derogación que hace el artículo 1976, por referirse éste, únicamente, á los cuerpos legales, usos y costumbres que constituían el derecho *común* de Castilla y no al especial de ninguna región determinada.

Que contra lo dicho nada significa que el artículo 5.º del Código disponga que no prevalecerá contra la observancia de las leyes la costumbre en contrario, porque en este precepto legal se trata de las costumbres nacidas posteriormente al mismo, pero no del antiguo derecho consuetudinario de las regiones que, como Galicia, lo tenían especial, y que el Código no quiso modificar ni derogó.

Que tampoco pueden invocarse contra la doctrina que sostenemos las dos sentencias del tribunal supremo de 22 de Mayo de 1866 y 2 de Enero de 1884, que es frecuente ver aducidas como argumento poderoso en contra de la existencia jurídica de la compañía familiar gallega. Por lo convincentes que son las razones que expone, demostrando la verdadera y única significación de esas sentencias y por la galanura de dicción, que era en él cualidad

sobresaliente, dejamos la palabra al ilustre Paz Novoa.

En el pleito que dió lugar á la primera de las mencionadas sentencias la recurrente—dice el Sr. Paz (1)—“ejecutada con un hermano suyo al pago de determinada cantidad, al que estaba mancomunadamente obligada con aquel, había deducido una demanda de tercería de mejor derecho, por importe de salarios, que decía devengados, por ella como criado y encargado de trabajos en el *taller* de su hermano. Impugnó la demanda el acreedor ejecutante, fundado en que, como socio de su hermano la tercerista, tenía que estar á las pérdidas y ganancias, y que aquel caracter era incompatible con el de criado que alegaba. Así en primera instancia, como en grado de apelación, fué desestimada la tercería, y contra la sentencia de la Audiencia de la Coruña, se interpuso el recurso de casación, uno de cuyos fundamentos era “la práctica constante de aquella Audiencia, que nunca había hecho aplicación de las reglas de la *Compañía gallega* más que en favor de la agricultura.” En el pleito no se había invocado la *Compañía gallega* como base legal de la

(1.) Prólogo citado.

acción, ni de la excepción, y es lógico suponer que tampoco se suministraron pruebas acerca de su existencia entre los ejecutados, ni como costumbre del país; y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, considerando que no constaba que la práctica de aquella *Compañía* existiese y formase doctrina de jurisprudencia; que, aun en otro caso, no se había concretado el concepto ó motivo de la supuesta infracción, y, en fin, que el fundamento alegado no guardaba analogía alguna con la cuestión litigiosa.

Discurriendo serenamente, no puede sostenerse que el Tribunal Supremo *haya negado* la Sociedad familiar gallega en la sentencia aludida..... (1)

(1) Vease la sentencia:

«En la villa y corte de Madrid, á 22 de Mayo de 1866, en el pleito pendiente ante Nos, por recurso de casación seguido en el Juzgado de 1.^a instancia de Vivero y en la Sala segunda de la real Audiencia de la Coruña por Doña Ana Redis con D. Juan Orcazberro, D. Juan Carro y D. Nicolás Rodis, sobre tercería:

Resultando que, por escritura de 21 de Septiembre de 1854, D. Juan Orcazberro prestó á D. Nicolás Rodis la cantidad de 8.000 reales obligándose éste mancomunadamente con su hermana Doña Ana, soltera y mayor de edad, que vivía en sociedad, á pagar aquella cantidad y 800 reales más que estaba adeudándole por compra de géneros, y los réditos; hipotecando para seguridad del pago una casa propia de ambos hermanos, y adquirida por herencia de sus padres, como lo eran también sus mejoras, hechas en la sociedad que tenían contraída.

La otra sentencia dice menos todavía que la anterior. Tratábase de una demanda entablada por un hijo contra su madre, sobre entrega de los bienes que constituían

Resultando que demandados de conciliación por el acreedor los citados deudores para el pago de dicha cantidad y de 2000 reales más, importe de materiales que le habían comprado, ofrecieron pagario todo á plazos, y por no haberlo verificado se despachó ejecución, que quedó paralizada por haber hecho el deudor cesión de sus bienes.

Resultando que celebrada junta de acreedores, la expresada demandadora, sin oponerse á la obligación contraída subsidiariamente en la citada escritura, solicitó que se regulase por peritos el importe del salario ganado en los 20 y más años que había estado al servicio de su hermano, y que se declarase su preferente pago á cualquiera otro crédito; pero, no habiéndose reunido suficiente número de acreedores, se mandó continuar el juicio ejecutivo, y enajenada la casa hipotecada, dedujo demanda, en 28 de Marzo de 1863, la citada D. Ana Rodis, para que se la declarase acreedora de mejor derecho en la parte de dicha finca que había sido adjudicada á su hermano, por el importe de los salarios que había devengado como criada y encargada en trabajos del taller de aquél;

Resultando que el acreedor impugnó la demanda fundado en que la demandante, como sócia de su hermano, tenía que estar á las pérdidas y á las ganancias, y que aquél caracter era incompatible con el de criada de su socio, á todo lo cual se adhirió D. Juan Carro, acreedor también con hipoteca de la misma casa;

Resultando que practicada prueba por las partes, dictó sentencia el juez de 1.^a instancia que confirmó con las costas dicha Sala segunda, en 10 de Mayo de 1865, desestimando la tercería, y mandando continuar el juicio ejecutivo;

Resultando que la demandante interpuso recurso de casación, citando como infringidas:

1.^o La ley 1.^a tit. X, Partida 5.^a, que exige como requisito esencial para que el ayuntamiento de dos ó más personas se tenga

el haber paterno, con los frutos producidos y debidos producir desde que aquel había salido de la edad pupilar hasta la fecha de la demanda. La madre demandada opuso

por compañía, que se haya hecho con intención de ganar, mediando el consentimiento y otorgamiento de los que querían ser compañeros, sociedad que no podría confundirse, cuando el ayuntamiento era de personas ligadas con vínculos tan estrechos.

Y 2.º La práctica constante de aquella Audiencia que nunca había hecho aplicación de las reglas de la compañía llamada *gallega* más que en favor de la agricultura, para la que se había establecido.

Visto, siendo ponente el ministro D. Manuel Ortiz de Zuñiga:

Considerando que la ley 1.ª tit. X, Partida 5.ª se reduce á definir lo que es contrato de compañía y el pro que de él nace, cuando se celebra entre personas buenas y leales, para su mútuo beneficio, como si fueran hermanos:

Considerando que según la apreciación que de los documentos y de la restante prueba ha hecho la Sala juzgadora, la recurrente y su hermano vivían en sociedad de todos sus bienes y negocios, contrato que lejos de ser contrario á dicha ley, se ajusta exactamente á su tenor;

Considerando que, en este supuesto, es improcedente la reclamación que ha hecho la misma recurrente, la cual era socio, y no asalariada de su hermano, razón por la que la sentencia que desestima la tercería no ha infringido la citada ley;

Y considerando que la práctica que se dice ser constante en la Real Audiencia de la Coruña acerca de la compañía llamada *gallega* no puede invocarse para fundar un recurso de casación, ya porque no consta que esa práctica exista y forme doctrina de jurisprudencia, y ya porque, aun existiendo, no se concreta el concepto ó motivo porque se haya infringido, y además, no tiene analogía con la cuestión litigiosa;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso, y condenamos á la recurrente en la pérdida de la cantidad

como excepción la existencia entre ambos de *cierta sociedad*. En la sentencia se ordenó la entrega de bienes que el demandante *había* solicitado, y contra ella se interpuso el recurso de casación, alegando como infringidas:

1.º Varias leyes de Partida, según las cuales las pérdidas ó ganancias, habidas en sociedad, deben partirse entre los socios.

2.ª La jurisprudencia del Supremo, según la cual el contrato de compañía puede probarse por todos los medios que el derecho reconoce; puesto que en la sentencia recurrida se rechazaba de plano la existencia de una sociedad por el sólo hecho de llamar-

por que prestó caución, para cuando llegue á mejor fortuna, y en las costas; devolviéndose los autos á la real Audiencia de la Coruña con la certificación correspondiente.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. — Juan Martín Carramolino. — Manuel Ortíz de Zúñiga — Tomás Huet. — Manuel José de Posadillo. — Gregorio Juez Sarmiento. — José María Herreros de Tejada. — José María Pardo Montenegro.

Publicación. Leida y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. é Ilmo. Sr. D. Manuel Ortiz de Zúñiga, ministro del Tribunal Supremo de Justicia, estándose celebrando audiencia pública en su Sala primera, sección segunda, el día de hoy, de que certifico como escribano de cámara.

Madrid 22 de Mayo de 1866. — Gregorio Camilo García. —
(*Gaceta del 30 de Junio de 1866*).

la tácita ó gallega, aun cuando la prueba suministrada demostraba, á juicio del recurrente, que la sociedad entre éste y su madre *no era la que en Galicia se conoce con el nombre de compañía gallega.*

Mas el tribunal supremo, considerando que la apreciación de las pruebas corresponde á la Sala sentenciadora; que, según la Sala, la recurrente no había constituido compañía con su hijo, ni tenido participación alguna en los negocios de la casa; y, en fin, que sustituía su propio criterio al del tribunal sentenciador, dando como existente entre ella y su hijo una compañía *que no llegó á probar, por más que se le admitiesen todas las justificaciones que tuvo por conveniente hacer para demostrar su existencia,* declaró no haber lugar al recurso. (1) ¿De donde, pues, se deduce que en tal sentencia haya negado el más alto tribunal de la nación la sociedad familiar gallega?

(1) Véase la sentencia:

»En la villa y Córte de Madrid, á 2 de Enero de 1884, en los autos que ante Nos penden en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguidos en el Juzgado de primera instancia de Caldas de Reyes y en la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña por D. José Mateo Conde Tonceda, propietario, vecino de Santa María de Carracedo, con D.^a Carmen Tonceda, propietaria, de la propia vecindad, sobre entrega de bienes con frutos, habiendo

El Tribunal *á quo* habrá dicho lo que le plugo; habrá tal vez, y así parece deducirse, rechazado de plano la existencia de una sociedad tácita entre demandante y de-

representado respectivamente á los interesados ante este Tribunal Supremo, el Procurador D. José María Aguirre y el Licenciado D. Rafael Villar Rivas y el procurador D. Daniel Doce y el Licenciado D. Ricardo Pérez de Soto.

Resultando que en 17 de Mayo de 1849 falleció D. Mateo José Conde, bajo el testamento que tenía otorgado en 23 de Septiembre de 1847, en el que declaró que se hallaba casado en segundas nupcias con D.^a Carmen Tonceda, de la que tenía tan solo por hijo á José Mateo, constituido en la edad pupilar, y que con su primera mujer D.^a María Ygnacia Magan tuvo por hijos los que designó: legó al José Mateo el quinto de todos sus bienes, de cuyo legado sería usufructuaria la expresada su madre durante los días de su vida, y á su muerte pasaría todo integro al sobre dicho José Mateo, legándole también por igual orden todos los aumentos y demás que llegase á hacer el otorgante durante su vida, ya fuere en bienes y otros efectos que adquiriese ó le proviniesen por cualquier concepto desde que quedara viudo de su primera mujer: nombró por tutora y curadora de dicho su hijo José Mateo á su madre D.^a Carmen Tonceda, relevándola de dar fianza, prohibiendo á aquél pedirla cuentas de la tutela, pena de que, si lo hiciera, quedaría dicho legado sin valor, é instituyó por herederos á todos los expresados sus hijos y nietos;

Resultando que en 9 de Septiembre de 1891 D. Mateo Conde dedujo demanda contra su madre D.^a Carmen Tonceda, exponiendo, después de hacer mérito del testamento de su padre, que la D.^a Carmen, con el caracter de tutora de su hijo el demandante, y por el derecho que al usufructo del quinto tenía, intervino en la partición de bienes que se terminó en 1852 entre los herederos de D. Mateo José Conde, haciéndose cargo de la legítima del demandante y del referido quinto; que por consecuencia de este hecho, la D.^a Carmen vino administrando todos los bienes de su hijo sin

mandada, y la habrá confundido con la gallega por el hecho de ser tática; pero no se trataba de ésto último en el trámite de la casación: la recurrente puso especial

que ella procurase entregárselos al llegar á la mayor edad, ni él pretendiese sacárselos, por las buenas relaciones y cariño que siempre existieron entre madre é hijo: que D. José Mateo Conde, hijo sumiso, obediente y respetuoso hácia su madre, vivió con ella desde la edad de tres años hasta la de treinta y cinco, sin intervenir para nada en la administración de la casa, ni tener conocimiento de las pérdidas ó ganancias que en ella pudiera haber, por llevar la representación en todo de la D.^a Carmen su hermano D. José Tonceda, á quién dió poder bastante al objeto: que debido á especiales circunstancias tuvo necesidad el demandante de salir de la casa de su madre, y que hacerse cargo de su herencia paterna para administrarla y atender con ella á sus necesidades, pero desgraciadamente nada pudo lograr, pues si bien la madre se mostraba pronta á la entrega de bienes y frutos desde los catorce años á los veinticinco, no así quería hacerlo de los restantes, invocando, sin duda mal aconsejada, una Sociedad Gallega que D. José Mateo Conde estaba en el caso de rechazar, por no serle conocida ni haber ejecutado acto alguno que la hiciese presumir siquiera; y, despues de alegar vários fundamentos de derecho, pidió que se condenase á la D.^a Carmen Tonceda y Comparada á entregar al demandante todos los bienes que constituían su haber paterno, según resultasen de la partición terminada en 1852, que debía obrar en poder de la demandada, con los frutos de todas clases producidos ó debidos producir desde que su hijo D. José Mateo Conde salió de la edad pupilar hasta la fecha de la demanda, prévia liquidación de cuentas que al efecto se hiciera por peritos, y con excepción de los bienes que comprende el quinto de que dicha demandada era usufructuaria por los dias de su vida, con las costas.

Resultando que al contestar á la demanda D.^a Carmen Tonceda expuso, entre otras consideraciones, que llegado D. José Mateo

cuidado en consignarlo así; la sociedad que suponía existente entre ella y su hijo *no era la que en Galicia se conoce con el nombre de compañía gallega*; y claro es que no

Conde á la pubertad continuó viviendo con su madre hasta 9 de Marzo de 1881, habitando ambos bajo un mismo techo, comiendo á una misma mesa, comenzando por tomar á su cargo el cuidado de los bienes, compartiéndole en un principio con su madre y concluyendo por ser el único Gerente de aquella Compañía tácita, ó sea Compañía gallega, ya porque D.^a Carmen Tonceda no sabía leer ni escribir, ya porque en la fecha de la separación se hallaba en la avanzada edad de 72 años; que era notoria la existencia de la Compañía, llevando la madre el peso de las faenas domésticas, ocupándose el hijo de todos los demás negocios de la casa, dirigiendo con criados y jornaleros los trabajos de la labranza y demás faenas del campo, tratando y contratando en ferias y mercados, vendiendo frutos, esquilmos y los productos de la poda y corta de arbolado, administrando una fábrica de curtidos perteneciente á dicha casa, sin dar otra cuenta á su madre más que poner el dinero que tenía por conveniente entregar como producto de estos negocios en la caja ó depósito común, de donde tomaba lo que quería para los mismos ó para sus atenciones personales: que en tal estado las cosas, en 9 del mes de Marzo el demandante abandonó la casa dejando la fábrica de curtidos en poder de criados, sin avisar á su madre ni decirle siquiera lo que allí quedaba: que en el mes de Mayo hizose entre madre é hijo la partija que acreditaba la copia de hijuela contenida en el documento que producía con las firmas del mismo D. José Mateo, del apoderado de su madre D. José Tonceda, de los testigos presenciales á la aprobación y del perito D. José Antonio Silva, suscribiéndole dicho D. José con la ante-firma «sin perjuicio de los frutos y más intereses pertenecientes á esta operación»: que en el acto de conciliación á que fué llamada por su hijo, lejos de pensar en retener los bienes, contestó poniéndolos á su disposición, que ya los había tenido hasta entonces; y el D. José Mateo se negó á hacerse cargo de ellos y á cultivarlos queriendo que la madre ó sus criados se encargasen de su cultivo,

habiendo sido materia del recurso, no tenía para que declarar nada sobre ella, como nada declaró, el tribunal supremo.

No hay, pues, motivo sério para afirmar

al mismo tiempo que por la demanda pedía se le condenase á entregarlos; por todo lo que pidió que se la absolviese de la demanda con imposición de costas al demandante, y por vía de reconvencción que contra el mismo propuso, atendiendo á que por su reclamación se halla incurso en la pena propuesta por el testador, su padre, se declare adjudicado en pleno dominio á D.^a Carmen Tonceda el quinto de la herencia de su marido, de que hasta aquí fué usufructuaria, condenando al D. José Mateo Conde á hacerse cargo de los bienes que había abandonado é indebidamente reclamado, con abono de las expensas que su madre hizo para cuidarlos y cultivarlos desde dicha separación, daños, perjuicios y costas:

Resultando que al replicar el demandante fijó definitivamente lo expuesto en su demanda, adicionando que no era exacto que el demandante formase Compañía con su madre, pues obró siempre bajo la dirección ó intervención de ésta: que el único gerente de la casa de D.^a Carmen Tonceda era su hermano D. José Tonceda, en virtud de poder dado en 23 de Marzo de 1858, facultándole para defender y administrar sus bienes y los de su hijo el demandante: que el D. José Tonceda, con ese poder, hizo para su referida hermana D.^a Carmen, compras en 1873, 1879 y otras fechas; verificó liquidaciones de cuentas, transacciones, sosteniendo pléitos y representándola en otros asuntos: que era cierto existió la partición de que se hace mérito en la contestación, pero se limitó á dividir madre é hijo los gananciales habidos durante el matrimonio de aquella con el D. Mateo Conde, consignándose la reserva de reclamar el hijo los frutos y otros bienes: que para prevenirse de las resultas del pleito, liquidaron D.^a Carmen Tonceda y su hermano D. José cuentas de la administración desempeñada por éste, sin citar para ella al D. José Conde, lo que era natural si existía la compañía gallega que aquella invocó, y concluyó pretendiendo que se accediese á la demanda y desestimase la reconvencción, absolviendo de esta al demandante.

que la Jurisprudencia es contraria á la Sociedad familiar; pero si para encarecer á jueces y letrados el deber de sostenerla, y al pais la conveniencia de conservarla; que

Resultando que la demandada, al duplicar, reprodujo los hechos y fundamentos de derecho consignados en la contestación; y recibido el pleito á prueba y practicadas las propuestas por las partes, el Juez de primera instancia dictó sentencia condenando á la demandada Doña Cármen Tonceda á que haga entrega al demandante D. José Mateo Conde de todos los bienes que constituyen el haber paterno de éste, con los frutos de todas clases desde que salió de la edad pupilar, prévia regulación por peritos nombrados en la forma ordinaria y con exclusión de los bienes que comprende el quinto de que es aquella usufructaria vitalicia, desestimando la reconvencción por la misma propuesta, sin hacer especial condenación de costas:

Resultando que confirmada dicha sentencia, por la que en 23 de Abril de 1883 dictó la Sala de lo civil de la Audiencia de la Coruña, por parte de D.^a Cármen Tonceda se interpuso recurso de casación, por haber en su concepto infringido:

1.^o Las leyes 7.^a y 17 del título 10 de la Partida 5.^a, según las cuales las pérdidas ó ganancias habidas en sociedad deben partirse entre los socios, por cuanto probada la existencia de una sociedad tácita entre la recurrente y D. José Mateo Conde, impone á aquella todas las pérdidas, condenándola á entrega de los frutos producidos por bienes que constituían el capital de la sociedad mientras duró esta

2.^o La doctrina legal consignada, entre otras, en sentencia de este Tribunal Supremo de 11 de Enero de 1865, según la cual el contrato de Compañía puede probarse por todos los medios que el derecho reconoce, puesto que se rechaza de plano la existencia de una sociedad, por el sólo hecho de llamarla *tácita ó gallega*, aún cuando la prueba suministrada no solo demuestra que la compañía que existía entre Doña Carmen Tonceda y D. José Mateo Conde *no era la que en Galicia se conoce con el nombre de compañía gallega*, sinó tambien que, fuese cualquiera el nombre que se le haya dado; era perfectamente lícita, sin que pudiera invocarse ley ni doctrina legal que directa ni indirectamente esté en oposición con ella,

las costumbres de los pueblos libres son, como dice Montesquieu, parte de su libertad.

Vistos siendo Ponente el Magistrado D. Felipe Viñas.

Considerando que como repetidamente ha declarado este Tribunal Supremo, la apreciación del resultado de las pruebas corresponde á las Salas sentenciadoras; y á ella hay que estar para los efectos del recurso de casación, si no se demuestra que contienen algunos de los errores previstos en el número 7.º del art. 1692 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Considerando que son hechos probados según la Sala sentenciadora, que D. José Mateo Conde no constituyó compañía con D.ª Carmen Tonceda, ni tuvo participación alguna en los negocios de la casa, cuya dirección y gobierno llevaba su madre, auxiliada por su hermano D. José Tonceda, como lo evidencian las diferentes compras de bienes rendición de rentas y sostenimiento de pleitos que hicieron los dos hermanos, sin intervención ni autorización del don José Mateo, aun en épocas en que ya era mayor de edad.

Considerando, en consecuencia de lo expuesto, que no son de estimar los dos únicos fundamentos del recurso, porque en ellos sustituyendo el recurrente su propio criterio al criterio de la Sala sentenciadora, dá como existente una Sociedad ó Compañía tácita entre madre é hijo, que no llegó á probar, por más que se le admitieron todas las justificaciones que tuvo por conveniente hacer para demostrar su existencia:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto. . etc.

Madrid 2 de Enero.

II.

Ante un Juzgado fué presentada una demanda en la que una mujer sentaba como hechos:

1.º Que habia tenido un hijo de los calificados legalmente de naturales.

2.º Que el padre de ese hijo lo habia reconocido como suyo en escritura pública.

En consecuencia de esto, y fundándose en el número 4.º del artículo 143 del Código, reclamaba la madre para su hijo, que se hallaba en la infancia y en su poder, los alimentos que, según dicho artículo, tiene derecho á reclamar el hijo natural reconocido respecto al padre que le reconoció.

*
* *

El demandado, al contestar á la demanda, excepcionó la falta de personalidad en la madre para hacer la reclamación objeto de aquella, por cuanto correspondiéndole á él la patria potestad, por disposición ex-

presa de la ley, sobre el hijo natural reconocido, nadie puede representar á éste en juicio más que su padre.

La excepción alegada por el demandado está fundada en derecho. Pero, si se admite, queda el menor, sin poder reclamar los alimentos, por ser su padre el único facultado para representarle en juicio.

*
* *

El Juzgado, sin embargo, admitió la excepción, declarando que sólo en defecto del padre puede la madre representar al hijo menor.

La solución para el conflicto que de ahí resulta parece estar en el artículo 165 del Código que dice:

«Siempre que en algún asunto el padre ó la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará á éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él.

El juez, á petición del padre ó de la madre del mismo menor, del Ministerio fiscal, ó de cualquier persona capaz para comparecer en juicio, conferirá el nombramiento de defensor al pariente del menor, á quien, en su caso, correspondería la tutela legítima, y, á falta de este, á otro pariente ó á un extraño».

III.

Dispone el artículo 43 del Código que «los esponsales de futuro no producen obligación de contraer matrimonio» y que «ningún tribunal admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento.»

El derecho canónico establece que los esponsales validamente celebrados producen: 1.º el impedimento dirimente de pública honestidad; 2.º un impedimento impediende para cualquiera otra unión; 3.º la obligación de celebrar el matrimonio. Es cierto que respecto á éste último punto el rigor de la legislación canónica, manifestado en el cánón 54 del Concilio de Elvira, en el Concilio Trulano, cánón 98, y en la Decretal de Alejandro III, expedida en 1180 y dirigida al obispo de Poitiers, en la que encarga á éste que amoneste al esposo *et si non acquieverit, monitis Ecclesiasticis censuras compellas, ut ipsam nisi rationabilis causa*

obstiterit in uxorem recipiat et maritali affectione pertractet, ha sido muy mitigado ya por Lucio III en otra decretal, dada en el año siguiente, y recopilada, como la anterior, en el cuerpo de derecho por San Raimundo de Peñafort, y en la cual dispone el Pontifice que, lejos de mandarse que se obligue á los esposos con censuras eclesiásticas á contraer matrimonio, unicamente se les amoneste, porque "*cum libera debeant esse matrimonia, monenda est potius quam cogenda, cum coactiones difficiles soleant exitus habere*". Pero sea cualquiera la extensión que se dé á ésta decretal, que unos entienden derogación de la de Alejandro III, y que otros, con sólidas razones, creen aplicable solamente al caso de resistencia obstinada de los esposos y probalidades de mayores males, es la verdad que, desde esa época, la Iglesia tendió á obrar con gran mesura y lenidad, y que en la práctica á ninguno de los esposos se les obliga, con imposición de censura, á contraer matrimonio, hasta por el mismo interés del esposo abandonado.

Mas esta lenidad en cuanto á la obligación de celebrar el matrimonio, no quiere decir que los esponsales de futuro no produzcan canónicamente efecto alguno; por lo

menos, la amonestación procede, y siempre dán lugar á los impedimentos que ya quedan indicados; y sobre cuantas cuestiones se susciten acerca de esta materia, es indiscutible la autoridad de la Iglesia para juzgar, si quiera los términos absolutos del Código civil, al decir que "ningún tribunal," admitirá demanda en que se pretenda el cumplimiento de los esponsales, den lugar á dudas y á conflictos con la autoridad eclesiástica que, sin duda, la ley no quiso originar.

La voz de los cánones dejóse ya oír en esta cuestión, en términos expresos, si bien no confirmados hasta ahora por la autoridad suprema. El Provisor y Vicario general del Arzobispado de Santiago de Compostela, al poco tiempo de publicado el Código, dirigió una circular á los Párrocos de la archidiócesis, inserta en el *Boletín eclesiástico* de la misma, en la que decía que, no obstante lo dispuesto en el Código civil, aquel Provisorato continuaría dando á los esponsales todo el valor que les reconoce el derecho canónico, y admitiendo demandas acerca de ellos, mientras otra cosa no se resolviera por la suprema potestad de la Iglesia.

Como se vé ya no solamente se han mostrado dudas, sino que una autoridad con

jurisdicción eclesiástica en varias provincias españolas, ha negado cumplimiento al artículo del Código, para el caso de que quisiera decir “que los Párrocos hayan de prescindir del contrato de esponsales y no atender á la obligación que entre los esposos producen respecto á la celebración del matrimonio, y á los impedimentos impedientes y dirimentes que de ellos resultan.

En nuestra opinión el artículo 43 citado ataca á la autoridad de la Iglesia, entendido en términos absolutos, pero nó si se procura armonizarlo con las disposiciones de ésta, cosa que no parece difícil dadas las buenas relaciones que hoy existen en España entre ambas Potestades. La prudencia de los tribunales lo conseguirá, si es que el legislador no prefiere poner mano sobre el asunto.

El Código quiere que los esponsales no produzcan obligación exigible de contraer matrimonio. La Iglesia sanciona en principio la obligación; pero procede en la práctica con tal lenidad, que nunca exige su cumplimiento, porque según Lucio III: “*cum coactiones difficiles soleant exitus habere.*” ¿Es tan difícil la armonía?

En cuanto á los impedimentos que pro-

ducen los esponsales, nos parece que ni directa ni indirectamente se refiere á ellos el art. 43, y que, por lo tanto, huelga todo comentario. Limitándose aquél á la obligación de contraer matrimonio, claro está que no toca ni quiso tocar á la materia de impedimentos.

La generalidad de los comentaristas, sin pararse á pensar en estos encuentros lamentables entre la ley civil y el derecho de la Iglesia, ó animados de un espíritu demasiado radical, que no es seguramente el que inspiró al legislador, aplauden sin reserva el artículo 43. “No ha reformado todavía la Iglesia su legislación referente á esponsales—dice el Sr. Falcón—y por no haberla reformado pudieran tal vez creerse aún vigentes, con relación al matrimonio canónico, las Decretales que tratan de esa materia; más téngase en cuenta, para convenirse de lo contrario, que la Iglesia ha deferido siempre en este asunto á las disposiciones de la potestad temporal, no tomando empeño en salvar más que lo que es sustancial y esencial en el matrimonio: su naturaleza sacramental, su caracter de perpetuidad y las formas rituales de su celebración; en todo lo demás la Iglesia ha prestado consentimiento tácito, no oponién-

dose á las reglas que las leyes civiles han creído conveniente dictar para la perfección de la unión conyugal y mejor régimen de la familia, reconociendo de hecho la facultad que para dictarlas asiste á la potestad temporal.

Entendemos que, en absoluto, no puede sostenerse tal doctrina. Una cosa es que la Iglesia, que siempre reconoció, dentro de sus justos límites, las facultades propias y exclusivas del poder temporal, dejase á éste regir y gobernar todo lo referente á los efectos civiles del matrimonio, y aún reconociese que algunas disposiciones del Estado, que tendían á rodear de más garantías la libertad de los contratantes y de más solemnidades la celebración del matrimonio, eran laudables y provechosas; y otra cosa esencialmente distinta es que le haya concedido expresa ni tácitamente facultad alguna de derogar cánones, ni de disminuir vínculos, ni de suprimir impedimentos, ni de coartar la libertad de los tribunales eclesiásticos para admitir ó desechar demandas que se relacionen con cualquiera de esos puntos. Nada dice contra esto la pragmática de Carlos IV, de 1803, que dispuso que solo se reconociese eficacia á los esponsales otorgados en escritura pública,

porque en nada atacaba esto á la autoridad ni á las leyes de la Iglesia, por referirse únicamente á la manera de probar la existencia de los esponsales; nada dicen tampoco los artículos del proyecto de Código civil de 1851 y los de la ley de matrimonio civil de 1870, porque aquél no llegó á tener fuerza legal, y esta ha sido objeto de constante protesta por parte de la Iglesia desde que se presentó á la aprobación de las Cortes hasta que la restauración borbónica dió el decreto de paz de 1875. El código civil vigente distó mucho de ser redactado con el espíritu que animaba á los legisladores de 1870; no solo no se propuso provocar conflicto de ningún género con la Iglesia, sino que manifestó, sin rodeos, el respeto que rinde á sus leyes y á su soberanía, al concordar con Su Santidad el punto referente á las formas del matrimonio. No hay, pues, que suponer que, en materia de esponsales, se había de romper la armonía que tanto esfuerzo y transacción exigió; y, por esto, casi puede asegurarse que el artículo 43 no se propuso, ni mucho menos, privar á los esponsales de sus efectos canónicos, en la forma y con la lenidad con que, ya desde tiempo antiguo, los mitigó la Iglesia, ni á los tribunales eclesiásticos de su natural é indiscutible competencia.

IV

Durante la tramitación de un juicio ordinario en el que una mujer solicitaba ó pretendía que se condenase á un individuo á que reconociese como hijo natural suyo á un niño que había dado á luz la demandante, ocurrió que, cuando ya el pleito estaba próximo á su terminación, y realizadas las pruebas casi en su totalidad, falleció el niño cuyo reconocimiento se demandaba; en vista de lo que, la parte demandada promovió incidente para que, se declarase que, una vez muerto el presunto hijo natural, ya no cabía ejercitar acciones para el reconocimiento del mismo y que el pleito era inútil y oficioso, por lo que debía acordarse silenciarlo y archivarlo. Opúsose á esta pretensión incidental la parte adversa, y originó ésto una cuestión, que no se presentaba llana ni fácil.

Argumentos del que promovió el incidente.

1.º Que la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas, según lo establecido en el artículo 32 del Código civil.

2.º Que extinguida la personalidad del presunto hijo natural, por su muerte, no podía pretenderse que fuese reconocida, en concepto de hijo natural, ni en otro alguno, una personalidad que ya no existía.

3.º Que el reconocimiento á nada podía ya conducir, por cuanto ni había de producir el derecho de recibir alimentos en el presunto hijo; ni el de suceder al padre en una porción hereditaria, ni, en fin, ninguno de los derechos que al hijo natural reconocido concede el artículo 134 del mismo Código.

Argumentos del adversario:

1.º Que no todos los derechos que la ley concede al hijo natural reconocido están reducidos al de recibir alimentos y al de percibir una porción hereditaria, pues el mismo artículo 134 enumera entre esos derechos, y lo señala con el número 1.º, el de llevar el apellido del que reconoce; y por más que la palabra "llevar,, que emplea el Código, es una expresión que denota cierto sentido activo, algo impropio refiriéndose á

un muerto, no se puede negar que, si no los muertos, porque carecen de derechos, los vivos interesados en el honor del nombre de una persona fallecida, tienen facultad y hasta deber de procurar que quede bien esclarecido el verdadero nombre y condición de aquella y de exigir que esos nombre y condición se inscriban, una vez obtenida su declaración, en los registros correspondientes. Hasta los muertos en las tumbas tienen derecho á su apellido.....

2.º Que, además, está interesado en conseguir la declaración de que el hijo era de los que la ley califica de naturales, ó sea habido fuera de matrimonio, entre personas que, al tiempo de la concepción, podían casarse sin dispensa, ó con ella, el honor de la madre, para quien no puede ser indiferente que recaiga dicha declaración.

3.º Que habiéndose ocasionado costas, y en el supuesto de que esté bien probada la cualidad del hijo con respecto al padre demandado, sería inicuo que la madre demandante, que adelantó para presentar, sostener y probar su demanda, impugnada con mala fé por el demandado, grandes cantidades, perdiese el importe de esas costas, añadiéndose con esto un nuevo perjuicio á quien ya tantos padeciera.

Estos son los términos en que se ha planteado la cuestión.

¿Quién estaba en lo cierto?

He aquí lo que realmente no se vé muy claro.

Verdad que es argumento poderoso el de que, extinguida la personalidad, acabaron las acciones para el reconocimiento de una cualidad ó condición de esa personalidad que por la muerte se extinguió. Pero ya no nos parece tan verdadera la segunda parte de la argumentación, que concluye á decir que el reconocimiento no conduce á nada, por no producir ninguno de los efectos legales que de él se derivan, ni respecto al hijo ni respecto á la madre.

Por adelantado, que no son razones enteramente desatendibles las que se fundan en el buen nombre de la madre, quizá más desgraciada que culpable, cuando no víctima de una miserable seducción, y en el respeto á la memoria de los muertos, sentimiento natural que hace que, aun después de acabada su vida, consideremos vivo su nombre, prolongando, si así puede decirse, su existencia entre nosotros, como también la consideramos prolongada en la eternidad. El muerto ya no existe, ya no es, y, sin embargo, sobre su sepultura graba-

mos su nombre; y deseamos, cuando se trata de una persona que nos fué querida, que aun allí brille ese nombre sin mancha, resplandezca de honor. Reflejos son éstos de la idea de la inmortalidad de nuestro espíritu, y consecuencias del enlace inevitable que une nuestra vida y nuestro honor con el de los que han dejado de existir. Sin que tales conceptos sean puramente ideales, pues tienen más de una aplicación práctica y real (1)

Pero aparte de este aspecto, que pudiéramos llamar romántico, de la cuestión, ¿es cierto que la sentencia en que se tratase del reconocimiento del hijo muerto no puede producir efectos jurídicos y de mucha trascendencia? No hay más que pensar en el caso completamente posible y verosímil, de que el presunto padre fallezca, después de entablada la demanda y antes de pro-

(1) En la legislación romana correspondía acción de injuria al heredero por las ofensas hechas al cadáver de su causante ó á la estátua colocada sobre su monumento *expectat enim ad existimatione nostran si qua ei fiat injuriam*. Dig., lib. 47, tit. 10 párrafos 1. 4 y 27.

La violación del respeto debido á la memorias de los muertos está tambien castigada en el art. 350 de nuestro Código penal.

Los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermano del difunto agraviado, y el heredero, pueden ejercitar la acción de calumnia ó de injuria, segun el art. 480 del mismo Código.

nunciada la sentencia, y que después del padre, y antes también de la sentencia, fallezca el hijo cuya cualidad de hijo natural del padre premuerto se discute. Entonces, ¿no es cierto que la resolución del incidente en que se trate de sí la muerte del presunto hijo natural extingue ó no la acción para reclamar el reconocimiento, equivaldría á resolver un grave problema de sucesión hereditaria respecto al cual se podría alegar que la prohibición del párrafo 1.º del artículo 137 del Código no se refiere á las acciones ejercitadas, sino á las que aun no se han ejercitado, y que el hijo había heredado á su padre en la porción hereditaria correspondiente por haber sobrevivido al mismo, trasmitiéndose luego sus derechos á la madre por su fallecimiento posterior? ¿No podría discutirse si los efectos de la sentencia se habrían de retrotraer ó no, en cuanto á ese punto, á la fecha del nacimiento del hijo?

* *
*

Resolución recaída y no apelada.

“Considerando que es indudable que uno de los efectos de la acción jurídica que dimana del artículo 135 del Código civil, es el de hacer constar en el Registro del estado civil, el apellido del que fuere obligado

al reconocimiento; pero este derecho y otros que el mismo Código declara, sólo se conceden á los hijos naturales que legalmente hayan sido reconocidos, según así se deduce claramente de las prescripciones de los artículos 134 y 480;

Considerando que la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas, artículo 32 del expresado Código; y sentada esta doctrina, nace la imposibilidad del reconocimiento, porque la persona que deja de existir no puede adquirir derecho alguno, y el ya indicado del número 1.º del artículo 134, en relación con el 325, es consecuencia de dicho reconocimiento.

Considerando que una vez extinguida la acción por la muerte del niño..... no puede hacer prevalecer el pleito la resolución que en su apoyo invoca la demandante sobre el pago de costas, porque para su condena es preciso que el litigante se oponga con temeridad á lo que se pida y sea vencido en juicio, y de continuarse éste, resultaría un litigio sin pretensión alguna por ser imposible la única que se aduce en la demanda, ó sea la de reconocimiento de prole.

Considerando que de lo expuesto también se deduce la impersonalidad de la parte demandante, y por todo ello procede si-

lenciar el pleito principal, sin que sea dees-
timar temeridad ni mala fé en la oposición
formulada á este incidente.

Fallo: que declarando haber lugar á
esta demanda incidental, debo mandar y
mando que se silencie y archive el pleito
que sobre reconocimiento de prole promo-
vió Doña..... contra Don....., sin hacer
especial condena de costas.,

¿Son completamente irrefutables los ar-
gumentos en que se apoya esta sentencia?

Juzgue el lector.

V

Dice el artículo 211: "La declaración de prodigalidad debe hacerse en juicio contradictorio."

¿Y cuando procede esa declaración? ¿Qué circunstancias deben concurrir en una persona para qué, puesta en litigio su capacidad, los tribunales la declaren pródiga? En una palabra: ¿quien es pródigo?

El Código ó se olvidó de decirlo ó no quiso decirlo. Admite que puede hacerse la declaración de prodigalidad por los tribunales respecto á una persona; señala el procedimiento en que los tribunales deben hacer sus pronunciamientos referentes á la procedencia ó improcedencia de esa declaración, y determina los efectos que produce; pero, en cuanto á fijar las circunstancias que han de concurrir para que la declaración proceda, y quede limitada la capacidad

de la persona, guarda un silencio, quiza, casi seguramente, intencionado.

Ya hemos tenido ocasión de ver en la práctica las dificultades que ocasiona este silencio.

Pretendieron ante un Juzgado unos hijos la declaracion de prodigalidad de su padre. Compareció éste para oponerse á la demanda. Y he aqui abierto el campo á las más opuestas interpretaciones y á las teorías más extrañas. Se dijo por alguno que había que atender á las definiciones de “pródigo,” y “prodigalidad,” que dá el Diccionario de la lengua española, texto vivo del idioma oficial en que se escriben las leyes. Se entendió por otros que había de acudirse para resolver el caso al antiguo derecho de Castilla, y había quien hacía objeción á este criterio por considerar que el Código había derogado la legislación anterior, “aun como supletoria,” según aparece del artículo 1976, sin advertir, que, aunque es exacta esa doctrina, no puede olvidarse, para conocer su extensión, que la derogación es solamente “en las materias que son objeto del Código,” frase contenida en dicho artículo y cuyo alcance hay que explicar y determinar.

Creemos que el silencio del legislador en materia tan importante no pudo menos de ser intencionado y dirigido al fin de dejar al prudente arbitrio de los tribunales la facultad de fijar en cada caso concreto, y después de bien consideradas cuantas circunstancias en el concurran, si procede ó no imponer á una persona determinada las limitaciones inherentes á la declaración de prodigalidad.

Porqué, ¿donde hay cosa más relativa, accidental y variable que el concepto de la prodigalidad? Lo que para un hombre es una prodigalidad rayana en la demencia, para otro no pasa de ser un gasto regular y moderado. La misma persona puede hoy encontrarse en condiciones tan diferentes, de las en que se encontraba ayer, que tiene necesariamente que cambiar, con relación á ella, la medida con que se ha de determinar si es ó no es pródiga su conducta. Además de esto, hay en el asunto un elemento interno, tan subjetivo y tan profundamente intencional, que la ley no puede determinarle *á priori*; para concretarle hay que precisar el fin á que el supuesto pródigo dirige sus desmesuradas liberalidades; pues aunque á un extraño, ajeno á las intenciones del que las ejecuta, puedan

parecer dilapidaciones, quizá traerán consecuencias altamente favorables á éste, por él previstas, y resulten esas liberalidades más producto del cálculo que de la insensatez, cuando no reconozcan, que también esto es posible, motivos de gratitud ó móviles secretos, que nó por secretos sean menos sagrados.

Por eso entendemos que no puede la ley decir por adelantado quien es pródigo. El juez ó tribunal, en cada caso concreto, resolverá si són ó no aplicables las limitaciones que la ley española, á imitación de las leyes antiguas, quiso poner al pródigo, y apreciarán al efecto las circunstancias de personas, tiempos y lugares. Y hay que reconocer que en este criterio, que deja al prudente arbitrio del juzgador la definición del pródigo, estan inspiradas todas las legislaciones, que se ocuparon de la materia, porque aun aquellas que procuran decir quien es el pródigo, lo hacen en términos tan generales, que siempre queda todo, en este punto, remitido á la apreciación judicial, á la conciencia del Juez.

Tan relativo y circunstancial se ha considerado siempre el concepto de la prodigalidad, que en Roma varió segun las épocas. Cuando las instituciones tutelares se

fundaban, no tanto en el beneficio del que necesitaba su asistencia, como en el provecho y privilegios de las gentes patricias, interesadas en la conservación del patrimonio, á fuer de guardadoras del lustre de su nombre, y del culto de sus *manes*, solamente se consideraba pródigo al que disipaba los bienes heredados *ab intextato* de sus ascendientes; según Cicerón y Valerio Máximo, “el patrimonio familiar cuya conservación interesaba á las *gentes* para perpetuarse.” Preguntad al Pretor de los primeros tiempos republicanos, y él os dirá que solo dá curador, por razón de prodigalidad con esta fórmula: *Quando tibi bona paterna avitae nequitia tua dispersis, liberos que tuos ad egestarum perducis, ob eam rem tibi ea recomercioque interdico.* Pero consultad á Ulpiano, y él os responderá que en su tiempo ya se dá curador por pródigo á todo el que dilapida sus bienes de una manera insensata, sea cualquiera la procedencia de esos bienes, pues basta que se trate de un hombre que *neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit*. En nuestras leyes de Partida, siempre tan precisas y claras, no se dice del pródigo más que lo siguiente: “que en latín, *prodigus*

tanto quiere decir en romance, como desgastador de sus bienes,, (1).

Resulta, por consiguiente, que el Código hizo muy bien en no definir lo que se había de entender por pródigo y en dejar esa cuestión á la libre apreciación de los tribunales, formada previo el estudio de las circunstancias ó accidentes que concurren en cada caso particular.

(1) Ley 5.^a, tit 11, Partida 5.^a y ley 4.^a, tit 16, Partida 6.^a

VI

El artículo 160 dice que los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido con su trabajo ó industria, *ó por cualquier título lucrativo* pertenecen al hijo en propiedad, y en usufructo al padre ó á la madre que le tengan en su potestad y *compañía*; pero que "si el hijo, con consentimiento de sus padres, viviese independiente de éstos, *se le reputará para todos los efectos* relativos á dichos bienes *como emancipado*, y tendrá en ellos el *dominio, el usufructo y la administración.*"

Dado esto, un hijo que vive independiente de sus padres, con autorización de los mismos, y posee bienes que adquirió por título lucrativo, ¿puede encomendar á otra persona la administración de sus bienes, otorgando el contrato de mandato, á pesar de la prohibición del número 1.º del artículo 1263, que dice que no puede prestar el

consentimiento, ni, por consiguiente, contratar, el menor no emancipado?

Esta consulta apareció hace tiempo en las columnas de la *Gaceta del Notariado*.

Yo—decía entonces el consultante—fundándome en que en el artículo 160 se dice que al menor, para todos los efectos relativos á los bienes á que el artículo se refiere, se le reputará como emancipado, y en que el artículo 1264 declara que las incapacidades consignadas en el 1263 se entienden sujetas á las modificaciones que la ley determina, entiendo modificado dicho 1263 por la última parte del 160, en cuanto al menor no emancipado, y al caso y bienes á que se refiere, y creo que el menor, respecto á esos bienes, puede otorgar el contrato de mandato, siempre que viva independiente de sus padres, con consentimiento de estos, y se trate, por supuesto, de bienes adquiridos por trabajo, industria ó cualquier título lucrativo. Si el menor puede administrar en ese caso por si, si es propietario y puede cobrar rentas, expedir recibos etc., ¿como no ha de poder encomendar á otro esas facultades, diciendo, según dice la ley, que *para todos los efectos se le reputará como emancipado*, y refiriéndose la prohibición del artículo 1263 al menor *no emancipado*?

La *Gaceta* mostróse conforme con la opinión del que en aquella época la consultaba, añadiendo á las razones expuestas por el mismo, que, según el artículo 1716, el menor podía ser mandatario y que no veía inconveniente en que en el caso consultado pudiera ser mandante.

Ahora bien; ese menor no emancipado, pero que, con consentimiento de sus padres, vive independiente de éstos, y, por trabajo, industria ó cualquier otro título lucrativo, tiene bienes respecto á los que se le ha de reputar *para todos los efectos, como emancipado*, según dicho artículo 160, ¿puede vender esos bienes?: ¿puede, por sí solo, con dinero procedente de su trabajo ó industria, etc, comprar una finca y otorgar en concepto de comprador una escritura válida?

Si el hijo menor tiene sobre esos bienes *“el dominio, el usufructo y la administración,”* y si *“para todos los efectos relativos á esos bienes,”*—hay que fijarse bien en que la ley dice *“para todos,”*—se le ha de reputar *“como emancipado,”* disposiciones todas contenidas en el artículo 160, parece claro que el artículo 1263 que dice que no puede prestar consentimiento, ni, por tanto, contratar el menor no eman-

cipado, está modificado por el 160, en cuanto al menor que se halle en el caso á que éste se refiere, y tratándose de los bienes que en el mismo se expresan, en los que concede al menor el dominio, el usufructo y la administración, y respecto de los que le reputa *como emancipado*.

Confirma esta opinión el artículo 1264 al declarar que las incapacidades señaladas por el 1263 se han de entender sujetas á las modificaciones que la ley determina. Siendo una de las modificaciones que la ley determina la consignada en el artículo 160, que considera al no emancipado como emancipado para todos los efectos relativos á los bienes de que se trata, bien cláramente se comprende que la incapacidad señalada al menor no emancipado en el artículo 1263 no comprende al que se halla en las condiciones que expresa el 160, base y fundamento de la doctrina que queda apuntada.

Así lo entiende Mutius Scevola (tomo 1.º, pag. 297), y con referencia á ese artículo dice lo siguiente:

“En cuanto á esos bienes,—los adquiridos por trabajo, industria ó cualquier título lucrativo—se considera al hijo que viviera separado de los padres, con consentimiento de éstos, como mayor de edad, *pudiendo*

celebrar respecto de los mismos los actos y contratos que estime oportunos.

Y de seguir la doctrina contraria, apenas si se comprendería para qué dice el legislador, de un modo categórico y enérgico, que el hijo “se reputará para *todos los efectos* relativos á dichos bienes *como emancipado* y tendrá en ellos *el dominio, el usufructo y la administración.*

Verdad es, que sale al paso el artículo 317 que establece que el menor emancipado, por concesión del padre ó de la madre, no podrá tomar dinero á préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles, sin consentimiento de su padre, en defecto de éste, sin el de su madre, y por falta de ambos, sin el de un tutor. Pero hay que observar, primero, que esta disposición nunca podría afectar más que á los casos taxativamente fijados en ella, y segundo, que, aun respecto á ellos, no puede confundirse la emancipación por concesión del padre ó de la madre, única á que se refiere, con la emancipación que de pleno derecho, *ipso jure*, se produce—solamente en lo relativo á los bienes propios, por título lucrativo, del hijo que vive apartado de su padre con licencia del mismo—por virtud de lo dispuesto en el artículo 160.

Por lo que, si en cuanto á los casos taxativamente fijados en el artículo 317 podrá ser discutible la cuestión, nó así parece respecto á todos los demás actos ó contratos que no estén comprendidos en él.

Sin embargo, no hemos de ocultar que expresamos con alguna desconfianza esta opinión.

VII.

En un pleito sobre reconocimiento de un hijo natural, precisamente el mismo pleito en que surgió otra interesante cuestion que ya queda apuntada en este humilde trabajo, era fundamento capital de la demanda el artículo 135 del Código, que establece que "el padre ésta obligado á reconocer al hijo natural cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca la paternidad„. Cuyo fundamento parecía á primera vista irrefutable en el caso de que se trata, teniendo en cuenta que, con la demanda en que se pretendía que el supuesto padre fuese condenado al reconocimiento del hijo, se acompañaron varias cartas de aquel, en una de las que, dirigida, como todas, por el demandado á la demandante, se contenían párrafos que decían así: "¿Acaso ignoro que el sér que en tí está engendrado no

es mi sangre? No, no lo ignoro; pues bien: ¿no podía mañana ese hijo vengar la honra de su madre en el hombre que cometió tan horrible crimen?», Cartas que fueron reconocidas como suyas por el demandado.

Pero éste, contestando á la demanda, argumentó del siguiente modo, que, indudablemente, dá lugar á que sea, en realidad, muy dudosa una cuestión que en los primeros momentos no se presentaba obscura ni difícil.

Es un error, dijo, la interpretación que se dá en la demanda al artículo 135 del Código civil, porque las cartas con ella presentadas y las frases que contienen no son “el escrito indubitado en que exprésamente reconozca su paternidad,” el padre demandado, y que exige dicho artículo 135, pues de ello convence la base 5.^a, de las que sirvieron para la formación del Código, en cuya base se dice que: “no se admitirá la investigación de la paternidad sino en los casos de delito, ó cuando exista escrito del padre en el que conste su voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo, deliberadamente expresada con ese fin,”; por lo que, y habiendo tenido los autores del Código que atenerse forzósamente á la ley de bases, que impone, como condición necesaria del escrito de

reconocimiento, que en él conste la voluntad indubitada del padre de reconocer por suyo al hijo, *deliberadamente expresada con ese fin*, condición que falta en la cartas presentadas, no pueden éstas ser consideradas como el escrito indubitado á que se refiere el artículo 135. El pensamiento del legislador fué constituir un árbitro al padre para reconocer ó nó á su hijo. Su voluntad, y nada más que su voluntad, es la causa y origen de la paternidad. ¿Ha expresado su voluntad de reconocer al hijo, y esta voluntad es indubitada y ha sido deliberadamente expresada con este fin, con el fin de hacer constar de modo evidente la paternidad? En ese caso no hay duda; está obligado á reconocer al hijo natural. Pero, ¿son las cartas presentadas expresión de la voluntad indubitada que exige la ley? ¿Fué el objeto y fin que tuvieron reconocer al hijo y hacer constar la paternidad? De ninguna manera: ni la índole de las cartas permite hacer esas suposiciones, ni fueron escritas con otro objeto que el de expresar afectos del alma.

Nada vale, nada significa que en una carta confidencial asevere el que la suscribe que un individuo es hijo suyo, porque falta la voluntad de hacer el reconocimiento, y además la carta confidencial no tiene por

objeto ni por fin conferir la paternidad. El Código ha roto los moldes de nuestro antiguo derecho que permitía la libre investigación de la paternidad, y cerrada la puerta de la investigación de la paternidad, no resta otro medio que el reconocimiento libre, espontáneo, expreso, del padre, hecho de propósito, con plan deliberado, con intención de que el *escrito* en que se consigna el reconocimiento produzca consecuencias jurídicas. La ley respeta los fueros de la conciencia y de la libertad del padre; no crea una paternidad obligada, sino que ratifica la paternidad que el mismo padre ha querido expresamente conferir, para lo cual es preciso que conste de modo indudable que quiso conferirla; quedaron para siempre proscritos aquellos pleitos ruidosos en que se ofrecían testigos para probar la cohabitación, y en que las cartas amorosas desempeñaban tan importante papel como medio probatorio. Esos pleitos fueron en días pasados escándalo del foro, y los Códigos modernos quisieron acabar con ellos.

Además, cuando era lícita la investigación de la paternidad, cuando aquellos pleitos eran posibles, nuestro tribunal Supremo de Justicia tenía declarado que bastaba el reconocimiento tácito, porque las

leyes de Partida y las de Tóro no distinguían entre reconocimiento tácito y expreso, y *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, y siempre ha considerado reconocimiento tácito el que se desprendía ó deducía de frases, más ó menos vivas y espresivas, contenidas en cartas amorosas. Por lo que, si ese es un reconocimiento tácito, según tiene declarado el tribunal supremo, ¿habrá nada más opuesto al reconocimiento expreso que exige el artículo 135 del Código?

Las cartas presentadas podrán, á lo más, contener la declaración del hecho de la paternidad, pero falta el otro elemento que exige la ley, ó sea la voluntad de hacer el reconocimiento y de que éste surta efectos legales, condición precisa y absolutamente necesaria para que tenga fuerza y eficacia el reconocimiento: si en vez de esas cartas fuera presentado un papel auténtico cualquiera, en que el demandado consignara lo siguiente: “declaro que soy padre del hijo que Fulana lleva en su seno, y es mi voluntad reconocerlo como tal”, estarían cumplidas las exigencias del artículo 135; pero sólo en ese caso. Tratándose de un problema familiar importantísimo, en que la voluntad del padre es causa y origen de derechos y

obligaciones, es forzoso que la voluntad de reconocer aparezca indubitada, “deliberadamente expresada con ese fin”, frase esta última empleada en la base 5.^a y que, por su fuerza de expresión ó vigor, es digna de Gayo ó Modestino.

Por último, el demandado, dirigido en este caso por un letrado, cuya notable pericia demuestran cumplidamente los anteriores argumentos, invocó en apoyo de sus opiniones la de un respetabilísimo y sábio comentarista del Código, el Sr. Manresa, que en el tomo 1.^o página 509 de su bien pensada obra, escribe á proposito del artículo 135 lo siguiente:

“En cuanto al otro requisito de ser expreso el reconocimiento, téngase presente que no basta hacerlo por incidencia, es indispensable que se consigne en el escrito la voluntad indubitada, clara y terminante del padre de reconocer por suyo al hijo, deliberadamente expresada con este fin, como se ordena en la base 5.^a de las aprobadas por la ley de 11 de Mayo de 1888; de suerte que el escrito, aunque contenga otros particulares, como sucede en los testamentos, ha de tener por objeto el reconocimiento deliberado y expreso del hijo natural. No llena, pues, ese objeto la manifestación que

incidentalmente haga el padre de ser hijo natural suyo la persona á quien se refiera y mucho menos el dar á una persona el título y tratamiento de hijo en cartas familiares: estos escritos no son admisibles para la investigación de la paternidad, ni en ellos puede fundarse la demanda para obligar al padre al reconocimiento.,.

Ahora bien; esta doctrina, con tanta brillantez defendida y en tan respetables autoridades apoyada, y que quizá sea la más acertada, —¡de tanta fuerza nos parecen las razones en que se funda y tan respetables los juriconsultos que la sostienen!— ¿carece de inconvenientes y de vigorosa réplica, aun dentro de los mismos preceptos del Código?

*
* *

Réplica á la opinión que queda expuesta:

Fundóse, poco más ó menos, en las siguientes consideraciones, algunas de ellas desenvueltas con verdadera brillantez por el letrado defensor de la demandante:

1.^a Que si el documento ó documentos presentados con la demanda, ó sean las cartas dirigidas por el demandado á la demandante, en las que se contienen frases tan expre-

sivas como las que hemos apuntado, no revelan el propósito y la intención del padre de reconocer por suyo al hijo, apenas se comprende que otra clase de documentos pueden ser los á que se refiere el artículo 135 del Código, teniendo en cuenta que cuando hay necesidad de demandar al padre para obligarle al reconocimiento, es porque existe mala fé por parte del mismo, y no es natural esperar de esa mala fé documentos más explícitos que los presentados.

2.^a Que el Código se convertiría en protector de la dicha mala fé y en tirano de legítimos derechos, si su espíritu fuera el que le atribuye la opinión contraria.

3.^a Que el razonamiento de que está prohibida la investigación de la paternidad, no es nada aplicable al caso presente, no siéndolo tampoco, en consecuencia, la base 5.^a, que únicamente á esta investigación se refiere, por cuanto no se puede decir que se trata de investigār una paternidad que ya está acreditada, y que no hay necesidad de averiguar, por que el demandado exprésamente la reconoció en una carta que resultó ser suya. El mismo adversario concede que puede considerarse probado el hecho de la paternidad, aunque no la intención de reconocer al hijo. Por lo que, cuanto se hable

de investigación de una paternidad que ya es cosa investigada y demostrada, no puede ser argumento aplicable al caso. La demanda no pretende esa investigación; pretende única y exclusivamente el reconocimiento, que es consecuencia de una paternidad investigada, ó mejor dicho, de una paternidad que ya consta de un documento auténtico é indubitado.

4.^a Que no pretendiéndose en la demanda investigación de la paternidad, no hay para qué atenerse á la base 5.^a, ni por qué decir que esta es la explicación y recta interpretación del artículo 135, y hay que explicar éste en el sentido que se desprende de sus términos literales.

5.^a Que ese artículo 135, se limita á disponer que el padre puede ser obligado á reconocer al hijo “cuando exista escrito suyo indubitado en que expésamente reconozca la paternidad”, cuyas dos condiciones están cumplidas, porque no se puede negar que la carta ó cartas reconocidas como suyas por el demandado son documentos ó escritos indubitados, ni tampoco puede dejar de considerarse reconocimiento expreso el que el demandado hace en esas cartas, dado lo explícito y terminante de las frases copiadas, en que declara que el sér

que la demandada lleva en su seno es su sangre.

6.^a Que no exigiendo la ley en el escrito más condición que la de que sea *indubitado* claro está que una carta está comprendida en la calificación de *escrito*, porque *ubi lex non distinguit.....*

Y que reconocimiento expreso, es todo aquel que sea explícito y resulte de palabras ó escritos que no dejen lugar á duda acerca de que el padre declara que el hijo es suyo, y no de otro. No habiendo incompatibilidad alguna entre la frase "reconocimiento expreso," y el carácter privado y confidencial del documento de que se trata.

7.^a Que si los autores del Código hubieran querido que el precepto del art. 135 fuese única y exclusivamente aplicable al caso previsto en la base 5.^a, lo habrían expresado así con toda claridad, ya que el concepto es de bien fácil expresión. Cuando no lo hicieron, es que, interpretando lógicamente el pensamiento y alcance de la referida base 5.^a, redactaron el art. 135 en forma que, conteniendo la prohibición de investigar la paternidad, obligara al padre á reconocer al hijo natural en todos los casos en que haya reconocido *por escrito* esa paternidad. El Código hace depender

el reconocimiento de la declaración voluntaria del padre; pero una vez hecha ésta en un escrito, cualquiera que sea, con tal que sea indubitado, le obliga á ratificarla solemnemente.

8.^a Que en el Código se halla otra disposición, el artículo 137, que dice que las acciones para el reconocimiento de hijos naturales, solo podrán ejercitarse en vida de los presuntos padres, *salvo los casos siguientes.....* Segundo, si después de la muerte del padre ó de la madre apareciese *algun documento* de que antes no se hubiese tenido noticia, en el que reconozcan expresamente al hijo., Nueva prueba de que basta cualquier documento para pretender el reconocimiento de un hijo natural. Con la especialidad de que en este artículo ni siquiera se exige que el documento sea indubitado por más que esa condición debe presuponerse.

Pues bien; si con cualquier documento cabe pedir judicialmente el reconocimiento de un hijo natural, aun despues de la muerte del padre, ¿no ha de ser posible pedirlo y exigirlo cuando existe un escrito suyo indubitado, en el cual reconoce expresamente la paternidad, y cuando viviendo el padre puede defenderse con mayor conocimiento

del asunto y mejores medios que sus herederos?

9.^a Que el Código ha querido mejorar la condición de los hijos ilegítimos, ya dándoles facilidades para adquirir un estado civil determinado, ya reconociéndoles derechos que nuestra antigua legislación les negaba, y que siendo éste el espíritu de aquel cuerpo legal, no pueden interpretarse sus disposiciones en un sentido tan restrictivo que vengan á hacerlas de imposible ó muy rara y difícil aplicación, como, en efecto, resultarían de prosperar el criterio que sustenta el demandado.

10.^a Que tampoco hay que exagerar mucho, aún reconociendo el precepto legal que la establece, las ventajas de la prohibición de investigar la paternidad para interpretar esa prohibición con tanta amplitud, porque si bien es verdad que los jurisconsultos y políticos franceses, autores y sostenedores del Código de Napoleón, combaten airadamente la investigación de la paternidad, en cambio, filósofos eminentes y preclaros le-gistas, como Arhens y Laurent, la defienden con tesón, y entre la opinión de los unos, fundada en una razón de orden secundario, como es la eventualidad de los abusos y escándalos á que pueden dar lugar,—los

pleitos siempre enojosos de reconocimiento de prole,—pues nunca la posibilidad del abuso justifica la supresión de un derecho; y la opinión de los otros, apoyada en razonamientos tan irrefutables como el de que, teniendo toda persona derecho á un estado civil debe la ley asegurarle los medios para obtenerlo, y el de que, si el padre, por el mero hecho de serlo, contrae obligaciones con el hijo, éste debe tener el derecho consiguiente y correspondiente de buscar á aquél para hacérselas cumplir; parece la segunda de dichas opiniones más conforme al principio incontrovertible de derecho natural de que el hijo puede obligar á la persona ó personas que le han dado el sér al cumplimiento de los deberes que les impone la naturaleza y la moral, y, al efecto, investigar quiénes son esas personas, sin perjuicio de que al ejercicio de este derecho se pongan todas aquellas limitaciones que la prudencia, el buen sentido y el bien público aconsejan.



La réplica ha sido digna de la brillante argumentación contraria. Fué ésta tan poderosa y convincente, según el lector pudo

observar, que quizá no estaríamos lejos de darle asentimiento, como ya dejamos indicado, si no fuera porque, además de los fundamentos señalados en la réplica, existen, en nuestra humilde opinión, otras consideraciones legales, en las que no hemos visto que hayan reparado los distinguidos letrados de una y otra parte, y que parecen tan decisivas, que quizá ellas, más que ninguna otra, podrían llevar el convencimiento pleno de la procedencia de la demanda al ánimo del juzgador y hacerla, por tanto, prosperar.

*
* *

Hay que reconocer que los defensores de las partes en la cuestión de que se trata, han demostrado tan extraordinaria competencia, y han agotado hasta tal punto cuantas razones podían aducirse en apoyo de una ú otra opinión, que la verdad és que muy poco más queda que decir.

Pero parécenos que no está demás llamar la atención del lector sobre una circunstancia del artículo 141, en el que se prohíbe la investigación de la paternidad; circunstancia que consiste en la colocación que ese artículo tiene dentro del cuerpo legal

de que forma parte. El Código, en efecto, se ocupa en la sección 1.^a del capítulo IV., tít. V, libro I, del reconocimiento de los hijos naturales, y en la sección 2.^a, es decir, en sección aparte, de los demás hijos ilegítimos. El artículo 135 se halla en la sección 1.^a; el artículo 141 en la sección 2.^a

Y refiriéndose esta sección 2.^a únicamente á los hijos ilegítimos que no tengan la condición legal de naturales, y hallándose dentro de esa sección el art. 141, prohibitorio de la investigación de la paternidad, ¿no parece que es forzar mucho la extensión de esa prohibición tratar de que alcance á impedir que se pretenda en juicio el reconocimiento de un hijo natural, cuando la ley se ocupa en sección aparte de los hijos que tienen esa cualidad de naturales y dicta respecto á ellos disposiciones muy especiales y muy diferentes de las contenidas en la sección que se ocupa de las demás clases de hijos ilegítimos, entre cuyas disposiciones especiales está el art. 135, que obliga al padre á reconocer al hijo natural cuando exista escrito suyo en que expresamente reconozca la paternidad?

Véase, además la redacción del artículo 141.

Después de señalar el 140 los casos en que los hijos ilegítimos, que no tengan la condición legal de naturales, pueden pedir alimentos, sigue el art. 141, y dice: “Fuera de los casos expresados en los números 1.º y 2.º del artículo anterior, no se admitirá en juicio demanda alguna que directa ni indirectamente tenga por objeto investigar la paternidad de los *hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales.*”

Luego este artículo no quiso referirse para nada á los hijos en quienes concurra la condición legal de naturales.

Verdad es que la ley de bases, en la base 5.^a, prohíbe la investigación en términos generales, prohibición que también se refleja en el artículo 132, que establece que cuando el padre ó la madre hagan el reconocimiento separadamente, no puedan revelar el nombre de la persona con quien hubieran tenido el hijo ni la menor circunstancia acerca de ese punto.

Pero siempre resulta que para la decisión de la cuestión que estudiamos, tenemos que prescindir en absoluto del art. 141, único que en el Código prohíbe de una manera expresa y sin atenuantes la investigación de la paternidad, y quedarnos exclusivamente

con estos dos textos: la base 5.^a, que prohíbe en términos generales la investigación y el art. 135 que, respetando esa prohibición, señala sus límites y las condiciones y circunstancias en que no tiene lugar.

Y ahora bien, teniendo en cuenta que la ley de bases no tuvo otro objeto que señalar á la Comisión encargada de redactar el Código los principios fundamentales que en cada institución había de desarrollar, dejando luego á la Comisión el trabajo de acomodar esos principios generales á las distinciones que exigiese la naturaleza de las cosas y de darles la ductilidad suficiente para que de su aplicación rigurosa no resultase lesionado algún derecho ó interés legítimo y respetable; fijándose luego en que la fórmula en que la comisión tradujo la prohibición de la investigación respecto á los hijos naturales, fué el artículo 135, y en que en ese artículo 135, núm. 1.º, solo exige para que la prohibición no tenga lugar, que exista "escrito indubitado en que el padre reconozca expésamente su paternidad,,"; ¿no parece que la Comisión que redactó el Código, y las Córtes que después lo aprobaron, quisieron traducir en una fórmula menos rigurosa y enérgica la prohibición cuando se trata de hijos naturales, que cuando se

aplica á los demás hijos ilegítimos, respecto á los que redactó el artículo 141, tan expresivo y vigoroso?

Pues si ha lugar á esta sospecha, fundada en la redacción y colocación de los artículos del Código ¿será procedente y justo interpretar el núm. 1.º del artículo 135, dándole una extensión á que no alcanza su letra?

Bien se comprende la inmensa fuerza que tiene la ley de bases, por ser el Código civil hijo de ella y no deber apartarse, antes bien ser retrato fiel, de sus principios; pero no hay que olvidar que si aquélla expresa el pensamiento del legislador, el Código lo explica y lo *particulariza*, traduciendo y desarrollándolo en fórmulas varias, que sin romper la unidad de los principios, respondan á la complejidad del comercio jurídico en sus múltiples expresiones.

Todo lo dicho quizá no sea muy convincente argumento, más es punto que merece estudiarse al examinar la cuestión, y da lugar á que, después de considerados á la luz de esas observaciones, los términos del art. 135, y puestos al lado de los escritos indubitados que sirvieron de base á la demanda en el pleito, resulte extraño que, limitándose á exigir aquel artículo para que

el padre pueda ser obligado á reconocer al hijo natural, que “exista escrito suyo indubitado en que expésamente reconozca su paternidad,, pueda sostenerse que várias cartas escritas y firmadas por el demandado y dirigidas á la demandante en las que, además de referirse de mil maneras al estado de preñez de ésta, y de expresar en mil formas que el hijo que ella dé á luz es hijo de él, y de recomendarle cuidados y precauciones relativas á su estado, se contienen frases tan expresivas como las que ya dejamos apuntadas, no son, á pesar de todo esto, el documento ó escrito indubitado y el reconocimiento expreso que exige el artículo 135.

Tenemos en frente la autoridad abrumadora de la citada base 5.^a y la opinión respetabilísima del Sr. Manresa, que, sin vacilación, sostiene que sólo en el caso de que la paternidad haya sido reconocida con intención de que ese reconocimiento sea considerado como tal y produzca efectos jurídicos, tiene aplicación el art. 135; más después de apreciadas en su valor todas las observaciones apuntadas en pró de la procedencia de la demanda, hay que convenir en que no podría afirmarse rotúndamente que la sentencia en que fuese estimada iba contra el texto del art. 135, ni aun siquiera

contra el espíritu que en ese punto informa al Código, pues hasta la frase “el padre *está obligado* á reconocer al hijo natural.....”, que emplea el artículo en su primera parte, parece que está diciendo, con la energía de su expresión, que se trata de algo más que de una mera ratificación de un reconocimiento anterior, á lo que queda reducida, según Manresa (tomo I, pag. 504), la obligación que en aquél se impone.

Y mucho menos podría calificarse de injusta en el orden moral, pues ninguna razón de moralidad aconseja dar mayor extensión al sentido del artículo 135 de la que se comprende en su texto literal. Aparte de que la prohibición de la investigación de la paternidad, no es, aunque brillantemente defendida por Lahary y Duvegrier y otros, un principio de bondad tan indiscutible, que no haya merecido que el ilustre Arhens dijese de ella que era una violación flagrante de justicia, tanto con relación á la madre como al hijo, puesto que lo que dá como resultado, es eximir al padre de la obligación natural de atender á la subsistencia y educación de aquél; y Laurent, que el legislador francés “ha olvidado que, si hay mujeres impúdicas, hay tambien hombres infames, y queriendo proteger á las personas

honradas, lo que hace es establecer un premio en favor de los que carecen de fé y de ley, de esa canalla que no es más honrada que las prostitutas,; aparte de esto, decimos, no puede desconocerse que todas las consideraciones morales aconsejan aplicar la ley sin dar á su sentido extensiones que favorezcan la mala fé, la burla y el engaño y aumenten desdichas sobre dos desdichados, uno, el hijo inocente de toda culpa, y otra su madre, á veces, más incauta y desgraciada que culpable.

Tanto es así, que uno de lo coautores del Código, de indiscutible competencia y autoridad, el Sr. Cárdenas, dice en el bien escrito prólogo que puso al citado libro de Manresa: “.....novedad ofrece la prohibición de investigar la paternidad tomada de Códigos extranjeros, aunque muy controvertida entre los juristas. La verdad es, que si con ella se puede remediar el abuso de los hijos postizos, también se puede favorecer el de los padres desnaturalizados. Por eso no ha sido admitida esta prohibición en el Código, *si no con temperamentos y restricciones* que eviten ó disminuyan sus inconvenientes.

Por último, Mucius Scaevola, ó los comentaristas que presentan sus trabajos al

público bajo ese pseudónimo, no mencionan como necesarias, para que la obligación del reconocimiento exista, más circunstancias que las que expresa el artículo 135, tal y como se contienen en su texto literal, ó sean, que haya escrito indubitado y reconocimiento expreso.

VIII.

En realidad, la cuestión que vamos á apuntar bajo este número, más que cuestión, es un triste sucedido ventilado no hace mucho tiempo en cierto Juzgado, en un expediente de información sumaria al que los apasionamientos del actor, más que la obscuridad de la ley, han dado los caracteres de una grave cuestión, que llegó á preocupar y conmover hóndamente la opinión pública en el pueblo en que ocurrían los sucesos que, omitiendo nombres y mirando el asunto únicamente en el terreno doctrinal, van á ser referidos.

El hecho, en sus primeras fases no pasaba de ser vulgar. Una señorita que, efecto de haber vivido mucho tiempo en la aldea y de haberse acostumbrado al trato de los aldeanos, llegó á considerar natural la pretensión de casarse con un criado de la casa

de su padre. Y unos padres en quienes la ocurrencia de su hija produjo la contrariedad é indignación que es de suponer. Si esta indignación se hubiera contenido dentro de sus naturales límites nada tendría de extraña. Pero ocurrió que, despues de agotados los medios morales de que un padre puede valerse para pesar en el ánimo de una hija mayor de treinta años, cayó ese padre en la tentación de presentar al juzgado una demanda ó denuncia en que confundiendo, con buena fé, un estado pasional violento con la locura, ó creyendo, —disculpable ceguedad del amor paterno— que solo enloquecida podía su hija obrar del modo que obraba, pretendía nada menos que la declaración de incapacidad de la enamorada hija. Y aquí empezó el asunto á revestir caracteres graves, pues la idea de que se pretendiese declarar loco á un cuerdo sublevó todas las conciencias. La demanda fué presentada al amparo del artículo 214 del Código, y cumpliendo lo ordenado en el 218, que dice que “la declaración de incapacidad deberá hacerse sumariamente,, se procedió á la información sumaria que la ley exige.

La pretensión era enorme, y no se hicieron sus autores la ilusión de conseguirla

diréctamente, por lo que quisieron ver si prosperaba de un modo indirecto, forzando el espíritu y aún la letra de los artículos de la ley, y solicitando que les fuese admitida, como prueba, en la información sumaria, la observación de la denunciada por médicos especialistas, y, al efecto la traslación de aquélla á donde los hubiese, y por un periodo de tiempo tan largo como exigen esa clase de observaciones, pues, según el demandante ó denunciante, no bastaban para ellas dos ó tres meses ni eran competentes para el caso los médicos no especialistas.

Y frente á esta doctrina se presentó la sostenida por el ministerio fiscal, defensor de la denunciada, por virtud de lo dispuesto en el art. 223, y que entendía que en una información sumaria no podían admitirse más pruebas que las prontas, rápidas, inmediatas, y de ninguna manera las que exigiesen mucho tiempo y grandes molestias para el denunciado, porque esas eran propias del juicio ordinario que, después de la información, podía sobrevenir, según lo dispuesto en el art. 219, que establece que “contra los autos que pongan término al expediente de incapacidad podrán los interesados deducir demanda en juicio or-

dinario; y que entendía también que, mientras no recaía la declaración de incapacidad, no se podía atacar á la libertad de la denunciada, ni someterla, á título de prueba, á estar en pueblo determinado y en la reclusión necesaria para que las observaciones que se pretendían pudiesen ser hechas. (1)

Esta fué la cuestión jurídica que se debatió; y tan evidente nos parece la última doctrina que no hemos vacilado en decir que, en realidad, no había cuestión litigiosa, sinó una obcecación lamentable y dolorosa, aunque quizá disculpable, por parte del actor.

De todos modos, conviene tener presente lo ocurrido, y los términos en que se sostuvo el debate, para que se vea que esta es materia muy delicada, en la cual la ley debe tomar multitud de precauciones, si no ha de haber terribles abusos, y si la libertad de las personas no ha de estar á merced del primer pariente de los autorizados al efecto por el art. 214, á quien ocurra presentar contra ellas una denuncia de incapacidad, y pedir que, por vía de prueba,

(1) En el asunto de que se trata tuvo el que esto escribe la honra de representar al ministerio fiscal.

sean sometidas á observación y sujetas á las disposiciones de un consejo de familia durante meses ó años.

Oigamos al fiscal.

Después de los primeros párrafos de su escrito, dedicados á exponer la gravedad de lo que se pide por la parte actora, dice con indignación y asombro:

“¡Se pide el manicomio!

Como medida preventiva, á título de información sumaria, se quiere que Doña... sea entregada, atada de piés y manos, á sus parientes, y que á merced de ellos quede llevarla—se dice indirectamente para que no protesten hasta las piedras—*á donde pueda ser observada en buenas condiciones por médicos especialistas.*

Y ¿cuándo se pide ésto? Pues se pide cuando la prueba en el expediente arroja el siguiente resultado:

1.º Que las cuatro venerables hermanas de la Caridad que acompañan á la Doña... juraron por la fé de Dios, que aquella era una persona juiciosa y sana, completamente cuerda y normal, atenta, correctísima, cariñosa y de actitudes moderadas y prudentes; sólamente, sí, enamorada y contrariada por su familia en sus amores.

2.º Que todos los testigos dijeron sustancialmente lo mismo, excepto uno, amigo íntimo de los denunciantes, y que, en último término, se limitó á dar por motivos de su creencia en la locura de la señorita, que ésta trataba de contraer matrimonio desigual, y que le replicaba enérgicamente cuando él la contrariaba en sus proyectos amorosos, cosa muy extraña, porque antes la Doña... era tímida y sumisa.

3.º Que tres facultativos conformes, informan y sostienen vigorosamente que no hay tal locura ni manía de ningún género, sinó que únicamente se trata de un amor contrariado.

El ministerio público, que hasta aquí guardó un prudente silencio en cuanto al fondo de pasiones violentas que se agitan en el asunto, ya no puede callar. La magnitud de lo que se pide, y el gravísimo peligro de que se vé amenazada la supuesta incapaz, le obligan á prescindir de consideraciones que pudieran traducirse en culpable abandono de su infeliz defendida. . . .

.

La cuestión legal.

Mientras la información no concluya y la autoridad no declare que hay motivos para presumir incapaz á la denunciada, se encuentra ésta en la plenitud de su capacidad y libertad jurídica. Puede ejercer libremente todos sus derechos... Solo el Juez competente, y dentro de los términos y condiciones señalados en los artículos 4.º y 5.º de la Constitución, puede detenerla. Se trata de una mujer emancipada de toda potestad, dueña y árbitra de sus acciones, y en la plenitud de sus derechos, mientras, por resultado de la información, no se declare lo contrario... ¿Qué clase de atribuciones puede tener un Consejo de familia sobre una persona de estas condiciones? ¿A título de qué se puede coartar la libertad del denunciado durante la información? El Consejo de familia se constituye, en este caso, únicamente para dar el informe prevenido en el art. 216 del Código civil. Ninguna otra misión le incumbe. El curador interino de la ley de Enjuiciamiento civil fué suprimido por el Código. Los Jueces tampoco pueden adoptar medida alguna que merme la libertad del denunciado. Sólomente hay un

artículo en el Código que dice que los Jueces municipales del lugar en donde residan las *personas sujetas á tutela*, proveerán al cuidado de éstas y de sus bienes muebles, hasta el nombramiento de tutor. Pero ¿y quién dijo que Doña... es una persona sujeta á tutela? ¿Quién puede sostener que por el solo hecho de la presentación de una denuncia de incapacidad ya es el demandado una persona sujeta á tutela?

Si así fuera, sobran todas las leyes protectoras de la libertad de los ciudadanos...

¡Pues no era poca la importancia de la denuncia!

Que un loco esté libre, es cierto que puede traer inconvenientes; pero son menores que los que resultarían si un cuerdo pudiese ser tratado como un loco por virtud de una denuncia infundada, y, además, para evitar aquéllos es precisamente para lo que ordena la ley que la información sea sumaria, que acabe pronto: no podía tener otro objeto esa prisa. Si se tratase de locos furiosos, la autoridad administrativa ya adoptaría las medidas oportunas.

En una información sumaria es indudable que no caben más procedimientos que los urgentes, inmediatos, y que todo lo demás es impertinente y contrario á la ley.

Y como por la parte actora se trató de sacar partido, para demostrar la locura de la Doña..., de los actos más ó menos vehementes realizados por ésta, en obsequio de su novio, y á fin de verse libre de las recriminaciones incesantes de su familia, trata el Fiscal de marcar la diferencia que en el orden moral existe entre la pasión y la locura, en los siguientes párrafos:

La cuestión psicológica.

La inteligencia.—La voluntad.—Las pasiones.

Después de referir los incidentes que, en prueba de la locura de la denunciada, cita el denunciante, dice:

“¿Y qué tienen de extraordinarios ni de extraños esos incidentes? ¿No es cosa cierta que es triste destino de la humanidad vivir siempre entre el oleaje de pasiones tormentosas que constantemente agitan su intranquilo corazón? ¡Cuántas monstruosidades no se ven á diario, motivadas por una pasión violenta que á nadie ocurre disculpar con título de locura!

La pasión de Tarquino precipitó la caída de la monarquía en Roma; por la pasión de Cleopatra se perdió Antonio; por pa-

sión se rebeló Lutero contra la más cariñosa de las madres y hundió en sus entrañas amorosas el puñal de la heregía; por pasión rasgó Catalina sus hábitos sagrados y revolcó en el lodo sus blancas tocas, vendiendo, por el precio de un placer fugaz, á Cristo, su dulce Dios, su incomparable y amante esposo. ¿A quién le ha ocurrido decir que los sujetos de tan vehementes ó violentas pasiones estaban locos? Todos conservaban su inteligencia, en alguno de ellos clarividente y privilegiada; todos estaban dotados de una voluntad libre, capaz de ir al bien y al mal, pero que se dejó arrastrar al mal, porque así complacía apetitos y pasiones que viven despiertos en la naturaleza humana desde la caída del primer hombre, y que nada dicen contra su libertad; pues, á pesar de su terrible fuerza, la voluntad puede, si quiere, dominarlos y refrenarlos, siquiera los medios tengan que ser ásperos y penosos: en eso consiste el mérito de la virtud.

La potencia que tiene la voluntad para escoger el mal, aunque la inteligencia vea el bien con mucha claridad, es precisamente la prueba magnífica de la libertad humana y la base de la responsabilidad moral.

Video meliora, deteriora sequor.

En esas palabras está retratada la conducta del hombre sobre la tierra. Su inteligencia vé claro, distingue perfectamente el bien del mal; su voluntad es libre, puede determinarse á obrar en uno ó en otro sentido: la luz de la inteligencia alumbra los dos caminos para que en uno y en otro vea el hombre los obstáculos, las distancias, los resultados, el término del viaje; y sin embargo..... *deteriora sequor.* ¿Por qué? Porque la pasión tiene halagos y el corazón mucha fuerza y la tentación muchas armas.

Negar esto, es desconocer la naturaleza humana.

¿Y en qué se apartó la denunciada de las reglas generales? Su inteligencia está clara, ve con completa lucidez su situación y los disgustos é inconvenientes que puede traerle su proyectado matrimonio; su voluntad se muestra radiante de energías, y, entéramente libre, escoge, por que *quiere* lo que más agrada á las pasiones que agitan aquel corazón. ¿Qué hay en esto de anormal y que no suceda á todos los hombres? Que el matrimonio proyectado es entre personas de clase desigual y es poco conveniente á la posición y condiciones de

la denunciada. ¿Y puede, por esto solo, decirse que está loca?

.

La cuestión patológica.

Claro es que queda ya resuelta. Si todas las funciones están normales, si la denunciada no presenta fenómeno alguno extraordinario en sus facultades mentales, el caso patológico mental no existe.

Así lo han afirmado tres médicos conformes. Así lo afirmarían todos cuantos hay, si fuesen consultados, como no tuviesen pasión en el asunto ó demasiada dormida la conciencia, ó como no fuese alguno de esos frenópatas modernos, constante perturbación de los tribunales, y que ahora parece que se andan buscando de intento para probar que los cuerdos están locos, que los criminales son inocentes, que todo lo que no se vé á diario es locura. Preguntad á Ezquerdo quiénes están cuerdos, y difícilmente os podrá responder. Porque en los múltiples encasillados de locura, que han inventado los modernos, caben todos: los locos y los cuerdos. Guislain, ese señor Guislain, tan citado por la parte actora, y á cuyo libro puso un prólogo Ezquerdo, os

convencerá de que el mundo no es más que un inmenso manicomio. Y los jurisconsultos de la escuela italiana, ayudados por los médicos materialistas y alienistas, os dirán con Garófalo y con Ferri y con Lombroso, que no hay crímenes, que no hay bien ni mal, que no hay virtud ni vicio, que todo es enfermedad, que todas son degeneraciones.

Por eso el psychriata eminente de la Universidad de Zurich, ocupándose de esas formas de locura de que el denunciante trata de sacar partido, la manía de Pinel inclusive, pronunció aquellas palabras tan consoladoras para todos los amantes de la libertad del hombre. Dijo que esas manías fueron inventadas "para desgracia de la ciencia, curiosidad ó recurso de los abogados ó del vulgo."

¿Y es en esas fuentes donde los tribunales han de ilustrarse para resolver una cuestión de locura en el terreno jurídico?

Aunque así fuese, les bastaría leer con detenimiento la descripción que de los tipos de esas manías más ocultas hacen los doctores más serios y acreditados, para convenirse de que la denunciada no se halla, ni remótamente, en el caso más leve de la más imperceptible y discutida de esas manías.

Observad todo cuanto dice y hace y piensa y quiere Doña... Leed después la descripción que de la manía razonadora hace el mismo Pinel, Esquirol, Morel, ó Dragonet, y entre los ingleses y alemanes Prichard, Conolly Buckuill, Mandley, Hoffbaner, Gaspar, etc., y no es necesario más en demostración de cuántas y cuán grandes diferencias hay entre los sujetos á que se refieren y la denunciada como incapaz:

¿Dónde están ese egoismo despótico, esa afición á las altas posiciones y ese desprecio de los pobres y de los humildes de que habla Pinel? ¿Dónde están el orgullo, la preocupación por la ostentación y el lujo? ¿Dónde la facilidad de pasar repentinamente de la alegría á la tristeza?

Después de ver como la ciencia contesta á sus pretensiones acerca de la locura de Doña..... ¿qué más quiere discutir y averiguar el denunciante? ¿A qué conduce apelar á médicos especialistas? Precisamente, en cuanto á enfermedades mentales, sostiene Guillermo Hammond que los no especialistas, los que no limitan su práctica á las clínicas patológico mentales, tienen más facilidad de estudiar la locura en los primeros periodos, porque tienen, respecto á ellos, más práctica que los especialistas,

puesto que á éstos ya van los enfermos cuando el mal está muy adelantado, y casi nunca logran aquéllos observarlos en las primeras manifestaciones de la enfermedad. En el *Tratado de la locura* del distinguido profesor de New-York puede ser evacuada la cita.

*
* *

El juez declaró no haber lugar á la pretensión del denunciante. Éste apeló del auto para ante la Audiencia territorial.

IX

Ocurrió no hace mucho tiempo en una importante capital española una duda muy notable acerca del estado civil de una persona. Periodistas y Abogados discutieron con brillantez el asunto ó la cuestión, que puede exponerse en estos términos: una joven había concertado con un oficial de nuestro ejército contraer matrimonio; pero antes de que éste se celebrase, fué aquél destinado á Cuba, por lo que, y habiendo tenido que incorporarse inmediatamente á su regimiento, otorgó una escritura de mandato facultando á un su amigo para que, en su nombre, se casase con su prometida. Celebróse el matrimonio, y poco después se supo que, días antes de su celebración, había fallecido en la hermosa y desgraciada isla el oficial que—por consecuencia del enredo de los hechos—vino á resultar casándose después de muerto, sin duda para se-

guir el ejemplo de la leyenda que atribuye al Cid póstumas batallas y victorias.

Dados estos hechos, completamente exactos y evidentes, la joven de quien se trata ¿es soltera ó viuda?

Ambas opiniones se defendieron en la prensa con extraordinaria lucidez, si bien es indudable que una de ellas era sostenida con más sobra de ingenio y habilidad que de razón. No hay para qué repetir aquí cuanto se dijo en apoyo de ellas, porque las consideraciones más sustanciales que militan en favor de cada una, le ocurrirán enseguida al lector. Basta apuntar la cuestión, que no era, como pudiera creerse, enteramente ideal; pues aparte de que de su resolución podría hacerse depender la existencia de haberes pasivos para la señora cuyo estado civil se discutía y la legitimación de próle ya concebida, fácilmente se comprende que la viudez trae consigo derechos y obligaciones diferentes de los que son propios del estado del celibato ó soltería. Sirva de ejemplo, entre otros muchos que pudieran ser citados, la prohibición que tiene la viuda de contraer matrimonio durante cierto tiempo.

Según puede suponerse, la discusión— que sólo en la hipótesis de un matrimonio

civil era posible, pues sabido es que en el matrimonio canónico y por decretal de Bonifacio VII y otras disposiciones, aunque la revocación del poder, verificada antes de la celebración del matrimonio, ó la muerte del mandante, igualmente anterior, no hubiese llegado á noticia del apoderado ni de la esposa, anula el matrimonio—fué sostenida al amparo de lo dispuesto en el artículo 1738 del Código civil que dice que “lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante ú otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto á los terceros que hayan contratado con él de buena fé,; y en el párrafo 2.º del artículo 87 del mismo Código, que después de expresar las circunstancias que ha de contener el poder para contraer matrimonio, añade que “éste será válido si antes de su celebración no se hubiese notificado al apoderado en forma auténtica la revocación del poder,; por más que en este último artículo bien se vé que se trata de la revocación del mandato y no de su extinción ó cesación por muerte del mandante.

X

Otorgaron marido y mujer cada uno su testamento, ante un notario y con las solemnidades de derecho. Instituyéronse uno al otro recíprocamente universales herederos, y se nombraron también mutuamente cumplidores ó albaceas testamentarios, el marido á la mujer y ésta al marido. Y ambos dispusieron que, si, á la época de su muerte había fallecido ya su cónyuge, á quien instituía heredero, se empleasen todos los bienes del testador en sufragios por su alma, que se descargarían en la parroquia de A.....

Al ocurrir la muerte del cónyuge que sobrevivió, llegó el caso previsto en los dos testamentos, y los bienes deben ser invertidos en los sufragios mencionados; pero como los testadores también en cuanto al nombramiento de cumplidores se limitaron á

designarse el uno al otro, se presentó una dificultad de consideración: la de que no se sabe quién tiene facultades para vender los bienes de la herencia, á fin de dar al producto de la venta la aplicación que se ordena en la disposición testamentaria. No hay heredero, porque toda la herencia se manda invertir en sufragios por el alma del testador; no hay cumplidor ó albacea, porque el único nombrado lo era el otro cónyuge premuerto; los parientes, á quienes, en caso de sucesión intestada, corresponderían los bienes hereditarios, no se ocupan ni pueden ocuparse de una herencia de la cual les excluye en absoluto el testamento. ¿Quién, pues, se encarga de aquellos bienes y quién es el llamado á promover su venta, para que su precio pueda ser invertido conforme á la intención y disposición del testador?

Pretendió el cura de la parroquia designada para la aplicación de los sufragios que él era el único ó, por lo menos, el primer interesado en que el testamento tuviese inmediata ejecución y fuese cumplida la última voluntad de su piadoso feligrés; pero el notario á quien indicó el propósito de vender los bienes hereditarios, que son casi todos inmuebles, consideró, con muy buen

acuerdo, que el párroco no tenía capacidad para vender, y se negó á autorizar la escritura.

En esta situación se hallan las cosas: abandonada la herencia y sin cumplir el testamento.

¿Qué se hace?

Es indudable que el párroco, por el solo hecho de que la parroquia que está á su cargo sea la designada para la aplicación de los sufragios, no tiene personalidad para vender los bienes de la herencia, aún considerando que la disposición es púramente piadosa y que al pastor de las almas no puede ser indiferente ni ageno lo que un feligrés haya ordenado para fines espirituales, lo que un cristiano de su parroquia haya querido que se haga en obsequio de su alma ó en descargo de su conciencia.

Y como no se encuentra nada que sea diréctamente aplicable al caso objeto de dudas en los capítulos del Código civil que podrían relacionarse con el mismo, hubo quien aventuró la opinión de que si en el supuesto de dejar el testador su herencia á los pobres en general, sin designación de personas, procede, según el art. 749 del Código, y en defecto de albaceas ó de otra persona nombrada al efecto en el testamento,

que la calificación de los pobres y la distribución de los bienes sean hechos por una junta compuesta del alcalde, del párroco y del Juez municipal, los cuales han de resolver por mayoría de votos las dudas que ocurran; así también, y por analogía con lo dispuesto respecto á la institución de los pobres por el citado artículo, pudiera ser legal que una junta constituida en igual forma, se encargara de los bienes hereditarios, de promover y de realizar su venta, y de hacer que el precio tuviera la debida aplicación.

Esa opinión quizá sea admisible en derecho constituyente, pero en el estado legal actual resulta algo aventurada y poco firme.

Lo regular, y lo más conforme con el espíritu dominante en nuestra legislación, parece que es el nombramiento de un albacea dativo ó judicial designado por el Juez del partido.

El principio que debe prevalecer en la materia y que de hecho prevalece en la ley y en la jurisprudencia españolas, ya lo habian proclamado los romanos: *Pública expedit suprema hominum iuditia exitum habere* "Importa á la pública utilidad que tengan efecto las últimas voluntades." Cuan-

do no hay personas interesadas directamente en hacerlas cumplir, ó las que hay son incapaces, deben llevarse á efecto *interventu judicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur ad effectum perduci.*

Tratando de la prevención del *abintestato*, establece la ley de enjuiciamiento civil en el artículo 966, que si resultase que el difunto no había testado, ni tenía descendientes, ascendientes ni colaterales, dentro del cuarto grado, ni conyuge legítimo, que viviera en su compañía, una de las disposiciones que dictará el juez será el nombramiento de “un albacea dativo que se encargue de disponer el entierro, exequias y *todo lo demas que sea propio de este cargo con arreglo á las leyes.*”

De modo que la ley admite el principio de que en caso de necesidad, puede el juez nombrar un albacea dativo, que tendrá todas las facultades que á ese cargo concedan las leyes.

Y admitido el principio, no se necesita violentar las ideas ni el texto de la ley para que, llegado el caso de que, no obstante haber testamento, no haya persona encargada de cumplirlo, pueda sostenerse con fundamento que al juez es á quien compete

designar, previa instancia de cualquiera persona, más ó menos directa ó indirectamente interesada en que el testamento se cumpla, nombrar un albacea que, según es de derecho, haga ejecutiva la última voluntad en el testamento contenida.

Desde el momento en que la ley reconoce al hombre el derecho de disponer de sus bienes para después de la muerte, claro es que ha de procurar que, en todo caso, una vez ejercitado ese derecho, sea cumplida, si es justa, la disposición del testador.

XI

Es precepto del Código (art. 1446) que si el precio en la compraventa consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes, y que, no constando ésta, se tendrá por permuta si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero ó su equivalente, y por venta en el caso contrario.

Y con esa disposición quedó modificado el sentido general del antiguo derecho, expresado desde Paulo y Nerva y Próculo hasta nuestras leyes de Partida, y quedó superpuesta la voluntad de los contratantes á la naturaleza esencial y formal del contrato, porque hay que reconocer que, desde la publicación del Código, ley es que por más que el precio consista casi en su totalidad en otra cosa que no sea dinero, si los

contratantes expresan su intención de que aquel contrato sea una venta, venta será, no obstante que en el fondo de dicho contrato prevalezca el carácter de permuta, por lo insignificante que aparece la parte de precio que se dió en dinero con relación á la parte del mismo que se dió en otra cosa. Y viceversa, ley es también que, aunque la mayor parte del precio consista en dinero, si las partes contratantes calificaron el convenio de permuta, sea permuta, á pesar de que en su esencia íntima parezca y sea más que nada una compraventa.

Ni aplaudimos ni censuramos la disposición, que no es ese el objeto de estas líneas. Podrá decirse que aquella secta de los sabinianos que, según nos dice Paulo, pretendió hacer una fusión de los dos contratos de venta y permuta, hubiera encontrado bastante bien condensado su pensamiento en el artículo citado: podría también verse en el mismo una extraordinaria y quizá exagerada preponderancia del elemento espiritual ó subjetivo de las convenciones sobre sus elementos natural y formal. Pero no es ahora ocasión de tratar de esto, sino de examinar el precepto legal en cuanto dá lugar á cuestiones de solución más ó menos dudosa.

Y, en efecto, cuantos tengan alguna práctica de los negocios judiciales y conozcan el modo como se desarrolla el comercio jurídico de las gentes dentro del actual estado de derecho, habrán podido observar la frecuencia con que la disposición objeto de este estudio sirve para eludir los derechos á que se refiere el artículo 1522 y siguientes del Código, ó sea los del retracto llamado legal, concedido á ciertas personas para que puedan subrogarse en lugar del que adquiere una cosa *por compra ó dación en pago*. Ya es averiguado que siempre que se trata de contratantes algo despiertos, y que por cualquiera circunstancia tienen motivos para temer que contra la enajenación que van á hacer se intente por algún comunero ó colindante una demanda de retracto, el recurso corriente á que aquellos apelan es procurar que una parte insignificante del precio consista en cosa que no sea dinero y calificar de permuta el contrato. Con lo cual quedan burlados los derechos que la ley concede al comunero y al colindante, derechos que, cualquiera que sea el juicio que la institución del retracto merezca en el terreno de los principios, son legítimos y respetables desde el momento en que la ley los reconoce, sin que, por

tanto, haya razón para desconocerlos y vulnerarlos ó hacerlos ilusorios ó ineficaces.

Otra ocasión de fraude la ofrece el laudemio en las transmisiones de la propiedad gravada con pensiones forales en Galicia, Asturias y parte del antiguo reino de León. Sabido es que el foro es una especialidad de esas provincias, nacida al calor de circunstancias históricas, y en cuya génesis fueron parte, ya los azares propios de la Reconquista, ya las grandes extensiones de propiedad inmueble é inculta acumulada en algunos monasterios y grandes señores, ya el clamor de los poseedores de fincas aforadas contra la reversión, ya por último, la acogida que las aspiraciones de estos encontraron en aquel buen señor Don Carlos III, cuyo Trono oreaban en aquellos momentos vientos provocados por la nube revolucionaria, que, preñada de tempestades, oscurecía ya entonces el horizonte de la Europa monárquica y señorial.

Pues bien; si en cuanto al censo enfiteutico no puede haber discusión respecto á la obligación de pagar laudemio, aunque la transmisión de la propiedad acensuada se revista con la forma de permuta, porque el Código evitó todo motivo de duda, consig-

nando en el artículo 1644 que el laudemio solo se pagará cuando se haya estipulado “en las enajenaciones á título oneroso,; no sucede así en los foros, institución que, por lo que hace al laudemio, motiva que uno de sus más leídos y doctos tratadistas—el Señor Castro Bolaño—diga que “el dueño directo tenía derecho á exigir el laudemio, no solo cuando la traslación se verificaba por medio de la venta, sino tambien cuando tenía efecto por otro contrato, como donación, dote ó *permuta*; á pesar de lo que, es lo cierto que la costumbre y la práctica están conformes en no dar cabida al laudemio, *sino cuando se enajena la finca foral por medio del contrato de venta.*” (1).

Sabido esto, y publicado el Código civil, se inició inmediatamente la tendencia á dar, en los casos en que es posible, la forma de permuta á todas las trasmisiones de la propiedad foral para eludir el pago del laudemio. En la audiencia de Galicia ya hubo un pleito en el que se debatía por el señor directo si tal recurso podía ó no prosperar en perjuicio de sus legítimos derechos, y si éstos habían ó no de ser burlados por una artimaña jurídica de esa naturaleza.

(1) *Estudio jurídico sobre el foro*, página 40.

En realidad, la disposición del artículo 1446 del Código fué dictada sin que al legislador pudiera ocurrírsele siquiera que á la sombra de ella habían de nacer tales abusos ni tener su origen perjuicios de tanta consideración. La malicia de los hombres dá lugar á que á veces resulten imperfectas y fuente de males hasta las más sabias leyes.

Pero teniendo en cuenta todo lo dicho— y esta es la cuestión—los tribunales, ¿deben entender las cosas tan á la letra que, aún violentando el más vulgar sentido de justicia y lastimando intereses y derechos legítimos, dén la preferencia á la forma sobre el fondo. á la exterioridad fraudulenta sobre la realidad hábilmente ocultada?.....

XII

Contra el comprador de una finca rústica fué interpuesta la demanda de retracto por el propietario de una heredad colindante. Opúsose á la demanda el comprador, fundado en que tenía el derecho preferente, por cuanto también era dueño de otra finca igualmente colindante, aunque de mayor cabida que la del promovedor del retracto; por lo que entendía que, habiéndose propuesto el código favorecer la acumulación de la propiedad, con objeto de corregir ó suprimir los inconvenientes á que da lugar su extremada subdivisión, principalmente en algunas regiones españolas, estaba realizado el fin de la ley y no podía haber cuestión, ni, por consiguiente, retracto, ni invocarse para nada lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 1523, que es el que establece la preferencia del colindante que tenga

tierra de menor cabida, para el caso en que haya colisión de derechos entre colindantes.

Alegó, á su vez, contra esto, el demandante que si bien reconocía que uno de los fines del código al establecer el retracto de colindantes y que era, en efecto, el de poner coto á la extremada subdivisión de la propiedad rústica, estaba realizado en el caso en cuestión, no podía decirse que lo estuvieran todos los propósitos del legislador, porque el código había querido tambien limitar su protección á la pequeña propiedad y no extenderla á la grande, como lo revela, además del párrafo 3.º del artículo 1523, que dá preferencia á la finca de menor cabida, la circunstancia de no admitir retracto de colindantes cuando las fincas exceden de una hectárea (párrafo 1.º del mismo artículo 1523), y el hecho de que habiendo la primitiva edición del código establecido dos hectáreas, pareció esto mucho y fué objeto de la reforma que la comisión de códigos explicó en los siguientes términos: (1.)

“Fué igualmente objeto de controversia en las Córtes la cabida señalada en el artículo 1523 á las heredades que, en caso de

(1) Exposición que precede á la segunda edición del código.

venta, pueden ser objeto del retracto de colindantes. La Sección, para facilitar, con el transcurso del tiempo, algún remedio á la división excesiva de la propiedad territorial, allí donde este exceso ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de la riqueza, y siguiendo el ejemplo de otras naciones, concedió á los propietarios aledaños el derecho de retraer por el tanto las heredades de dos hectáreas, ó menos, limitrofes á las suyas. Esta cabida *hubo de parecer excesiva* á algunos señores diputados que pretendían reducirla á 50 centiáreas. También había establecido la sección que cuando dos ó más propietarios solicitaran el retracto, *fuera preferido aquél cuya finca tuviese menos cabida y no el dueño de la mayor*, según propuso después alguno de los impugnadores del artículo. En vista de las observaciones expuestas, ha accedido la Sección á reducir á la mitad la cabida de las heredades sujetas á aquel derecho; *pero también ha creído que debía mantener la preferencia á favor del dueño de la finca menor, considerando que esta solución es la más conforme con el fin del retracto*„.

Sin que neguemos todo valor á las observaciones ó alegaciones expuestas por el promovedor del retracto, parécenos, no obstante, por las mismas razones en que el comprador fundó su oposición, que el retracto, en el caso expuesto, corre grande peligro de no prosperar, pero reconocemos que es punto á discusión.

XIII

Ante el Juzgado de....., pende pleito acerca de los hechos siguientes:

Un presbítero, capellán del ejército, poseedor de un pequeño capital en títulos de la deuda española del 4 por 100 exterior, fué destinado al ejército de Cuba, en cuya isla falleció *abintestato*, pues aunque otorgó testamento ológrafo, éste fué nulo por falta de algún requisito esencial de los que el Código exige. Antes de marchar á su destino, depositó los títulos en la sucursal del Banco de España en..... constituyendo un depósito intrasferible. La voluntad del capellán fué, según parecen indicar todos los datos que se pudieron recojer, hacer constar que el depósito podría recojerlo, ó él, si regresaba de Cuba, ó, si fallecía allá, su hermana Doña R. de la T. Que así debió ser, lo indica entre otros detalles, el hecho

elocuente de que teniendo con anterioridad aquél señor depositados á su nombre los mismos títulos en la misma sucursal, en un solo día retiró el depósito y lo constituyó de nuevo en la forma que se dirá. Por error en la expresión de lo que quería, ó, lo que es más seguro, por inexplicable ignorancia ó descuido en el empleado del Banco que redactó la hoja ó resguardo de depósito, cosa verdaderamente rara—justo es decirlo—en los empleados de nuestro primer establecimiento de crédito, el caso es que dicha hoja se redactó en estos incomprensibles términos,

Don R. de la T, ó Doña R. de la T. depositan en este día, etc.

El resultado de esta redacción consiste en que hoy no puede decirse fácilmente quien de los dos fué el depositante; si lo fueron los dos, ó si lo fué uno solo de ellos. Si dijera "D. R. de la T. y Doña R. de la T., depositan," ó D. R. de la T. deposita "facultando para retirar el depósito á Doña R. de la T.," claro está que no había cuestión. Pero en los términos en que aparece cubierta la casilla destinada á indicar quien es el depositario, es problema poco menos que insoluble determinar si dicho depósito puede recogerlo la Doña R. de la T., ya que

ella aparece como depositante, ó si los herederos legítimos del Don R. de la T. son quienes tienen derecho exclusivo á retirarlo.

Que haya sido depositante Don R. de la T. se comprende. Que lo fueran él y Doña R. de la T. también. Pero que él que escribió la hoja ó resguardo no supiese cual de los dos era, y que le pareciese indiferente que fuera uno ó el otro, hasta el punto de emplear la fórmula Don R. de la T. ó Doña R. de la T., como si fuera igual nombrar al primero que á la segunda, ó como si fueran una sola persona con dos nombres, eso es lo inverosímil, y, sin embargo, lo que sucedió, y dió lugar á la cuestión.

Hubo letrado que entendió que el depósito era nulo. por no poderse determinar con claridad ni por el contenido del documento, ni aplicando al mismo las reglas de interpretación de los contratos, quien era una de las partes contratantes, esto es, quien era el depositante; doctrina que apoyaba en el precepto del párrafo segundo del artículo 1289 del Código civil, que dice que “si las dudas recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cual fué la intención ó

voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.”

Otras varias curiosas y no mal fundadas opiniones fueron emitidas, pero en todas ellas se deja ver la incertidumbre y la falta de pleno convencimiento.

Hay que esperar el fallo de los tribunales (1).

(1) Claro es que, en la cuestión apuntada, el defecto no está en el Código, sino en la mala redacción del contrato.

XIV

No hemos de terminar estos apuntes sin unir nuestra voz á la de los que demandan á diario, como imprescindible necesidad, quizá aún más apremiante que la misma revisión del Código, la pronta promulgación de una ley de procedimientos que, en consonancia con los preceptos de aquél, establezca los recursos, reglas y trámites que han de interponerse ó seguirse para su aplicación.

Los pleitos que ha originado desde la publicación del Código la falta de ley procesal son ya innumerables. A toda hora hay que acudir, para resolver las difíciles cuestiones que surgen, al prudente arbitrio de los tribunales; en uno prospera una apreciación, en otros la contraria; consecuencia esto inevitable, en la mayor parte de los casos, de la falta de precepto expreso que directa ó indirectamente resuelva la cuestión.

Podríamos anotar aquí multitud de puntos difíciles y alguno insoluble dentro del código y de la ley procesal vigente. Principalmente la parte referente á la tutela, protutela y consejo de familia, instituciones en que la transformación ha sido grande, es un semillero de dudas y dificultades en cuanto á procedimiento, y raro es el tribunal en que no haya sobre alguno de esos puntos cuestión pendiente. Hace poco tiempo que hemos visto un litigio sobre cual era el procedimiento aplicable para hacer cumplir á un tutor acuerdos firmes que, se resistía á obedecer, de un consejo de familia; sosteniendo unos que debía aplicarse, por analogía, el procedimiento que la ley señala para la ejecución de las sentencias, y otros que había que acudir al juicio ordinario, por no haber señalado la ley procedimiento determinado ó especial. En otra ocasión, una respetable y docta academia entretuvo algún curso en discutir quién es el que ha de representar al menor cuando éste tiene que pedir la remoción del tutor, protutor y consejo de familia. En un juzgado vimos promover en forma de demanda incidental, y apoyándose en lo dispuesto en el artículo 1083 de la actual ley de enjuiciamiento, el recurso ó alzada de que trata el artículo 310

del código, no sin que tal manera de entender esos preceptos dejase de ser objeto de viva y vigorosa oposición. En fin, en todas partes en donde el código tiene aplicación, se siente la imperiosa urgencia de que sea establecido un procedimiento civil adecuado al derecho sustantivo vigente y que acabe con las innumerables cuestiones y controversias á que el actual estado de derecho dá lugar.

APÉNDICE

I.

Uno de los artículos del Código civil que más dudas han suscitado es el 811, referente á la reserva llamada de troncalidad. Innovación trascendental en nuestro derecho, no tuvo el legislador para ella más que un solo artículo: el 811. Natural era que, por grande que fuese la claridad de su redacción, diese lugar á numerosas dificultades y á cuestiones en muchos casos verdaderamente insolubles.

Por eso consideramos muy conveniente contribuir á la divulgación de las conclusiones votadas por la academia matritense del Notariado, respecto á las principales dudas y apreciaciones á que el artículo se presta. Cursos enteros empleó la docta corporación en discutir el asunto y por eso y por la indudable competencia de los

que tomaron parte en la discusión y en las votaciones creemos de gran importancia su dictámen.

Las conclusiones aprobadas fueron las siguientes:

1.^a El art. 811 se refiere lo mismo á la sucesión testada que á la intestada, en sus palabras "*adquirida por ministerio de la ley*".

2.^a En la sucesión intestada se comprenden todos los bienes y en la testada solo aquellos que corresponden para pago de la legítima.

3.^a Los parientes, dentro del tercer grado, son, respecto del descendiente de quien se hereda, no del ascendiente obligado á reservar.

4.^a Los parientes á cuyo favor se establece la reserva, son los que existan á la muerte del ascendiente obligado á reservar, excluyendo los más próximos á los más remotos, y sin preferencia por doble vínculo.

5.^a Los ascendientes obligados á reservar son los legítimos, y de los ilegítimos tan solo los que hayan reconocido al hijo como natural.

6.^a Solo tienen derecho á la reserva los parientes legítimos.

7.^a Los bienes que el ascendiente adquiriera por título lucrativo de un descendiente ó de un hermano ilegítimo, no están sujetos á reserva.

8.^a Están sujetos á reserva los bienes muebles é inmuebles de que se trata, aunque radiquen en país extranjero, conforme al art. 10 del Código, siempre que no se oponga á ello la ley de la nación en que estén sitos.

9.^a El ascendiente obligado á reservar puede repudiar la herencia de un descendiente, pero no desaparece la reserva por este hecho.

10. El ascendiente puede enajenar su derecho hereditario, pero sin perjuicio de la reserva.

11. El descendiente puede hacer la partición de sus bienes en testamento, adjudicando los troncales á quien y como le parezca, no estando estos sujetos á reserva, si no se adjudicaron al ascendiente en pago de su legítima.

12. El descendiente puede legar los bienes troncales á un extraño, ó á un ascendiente fuera de la legítima, y en ambos casos esos bienes no estarán sujetos á reserva.

13. El descendiente puede facultar en un testamento á los partidores comisarios para

adjudicar los bienes troncales, fuera de la legítima, al mismo ascendiente ó á un extraño, y en tal caso esos bienes no estarán sujetos á reserva.

14. Los partidores comisarios no pueden verificar la adjudicación, como se expresa en la solución 13.^a, sin estar autorizados ó facultados especialmente para ello por el testador.

15. En la partición de bienes del descendiente; no tiene derecho, en razón á la reserva, para intervenir, ninguno de los parientes dentro del tercer grado que á la razón existan, ni representante suyo, por consiguiente.

16. El ascendiente obligado á reservar no tiene obligación de prestar caución ó fianza para el disfrute de los bienes reservables, aunque estos sean muebles.

17. Los bienes reservables pueden ser enajenados por el ascendiente con la limitación de la reserva, ó sean sujetos á la condición resolutoria de esta (1).

(1) El Tribunal Supremo en sentencia de 8 de Noviembre de 1894 dice en uno de los considerandos lo siguiente:

«Considerando que si bien las disposiciones de los artículos 977 y 978 del Código Civil, encaminadas á la seguridad de los bienes reservables, se refieren especialmente á los viudos que contraen segundas ó ulteriores nupcias, no por esto dejan de ser aplicables á la reserva establecida en el artículo 811, porque, aparte

18. Toda renuncia á los bienes reservables hecha por parientes dentro del tercer grado, viviendo el ascendiente, es eficaz para dar por terminada la reserva.

19. La liberación de cargas de los bienes sujetos á reserva, realizada por el ascendiente, hace á éste, y por tanto á sus causahabientes, acreedores de su importe para con los parientes, dentro del tercer grado, que obtengan los bienes reservados.

20. Respecto á las mejoras de los bienes reservables, tendrá el ascendiente ó sus causahabientes los derechos que el Código concede en el capítulo 3.º, título 5.º del libro 2.º

21. En el caso de herencia intestada y de que todos los bienes de ella sean troncales, podrán enajenarse, sin limitación alguna por razón de la reserva, los indispen-

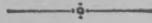
la razón legal, que es idéntica en ambos casos, obliga á entenderlo así la importante y decisiva circunstancia de que dichas disposiciones se hallan consignadas en el capítulo que trata de las comunes á las herencias por testamento ó sin él, y porque en el artículo 968 que encabeza la sección que trata en general de los bienes sujetos á reserva, se hace referencia á la impuesta en el 811, y sería consiguientemente contradictorio de la razón de la ley y del carácter común de las referidas disposiciones no estimarlas aplicables á la expresada reserva, como las ha estimado la sala sentenciadora».

(*Gaceta* de 3 de Febrero de 1895.)

sables para pagar los gastos de enterramiento y de testamentaría.

22. El art. 811, en los casos á que pueda aplicarse, establece una limitación muy notable para el crédito territorial, sin ventaja perceptible que la explique ó la aconseje.

23. Como consecuencia, cree la Academia que debe gestionarse desaparezca dicho artículo en la primera reforma del Código civil.



De las anteriores soluciones, las 21 primeras fueron adoptadas por mayoría de votos y las dos últimas por unanimidad.

II.

Otra doctrina de grande importancia práctica por ser de muy frecuente aplicación, es la sentada por el Tribunal Supremo, interpretando lo que debe entenderse por *unidad del acto* en los testamentos. Conocidísima es la doctrina romana referente á la unidad del acto, tan estudiada por los jurisconsultos y analizada en los tres elementos de unidad de tiempo, unidad de contexto y unidad de lugar; conocidos son también los motivos que la hicieron imprescindible en el antiguo derecho romano y cuáles de ellos únicamente obedecían á circunstancias históricas, que, desaparecidas, dejaron la exigencia de la unidad del acto sin más fundamentos que los púramente racionales. El Código entendió que de éstos existían los bastantes para conservar como necesaria la unidad del acto en

el testamento abierto, y dispuso, en el artículo 699, que todas las formalidades prescritas para dicho testamento en los artículos 694, 695 y siguientes “se practicarán en un solo acto, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero„. Como entre las formalidades prevenidas en los artículos citados están la manifestación que el testador ha de hacer de su voluntad ante el notario y los testigos, y la redacción del testamento, suscitóse empeñado debate entre partes, interesadas la una en entender el precepto del art. 699 tan á la letra que no permitiese preparación alguna prévia é intermedia entre el propósito de otorgar el testamento y el acto del otorgamiento, y la otra, más conforme con lo que hoy debe ser y representar en el derecho la unidad del acto jurídico, en hacer valer sobre la letra de la ley, el verdadero espíritu que la anima y hace justa.

Véase la sentencia recaída, que por su extraordinaria importancia insertamos íntegra en este apéndice.

En la villa y Córte de Madrid á 5 de Junio de 1894, en el juicio declarativo de mayor cuantía, seguido en el Juzgado de

primera instancia del distrito de Buenavista y en la sala primera de lo civil de la Audiencia territorial de esta Côte por don Clemente de Ortueta y Garay, de esta vecindad, propietario, de una parte; y de la otra D.^a Saturnina Martín y Pascual, dedicada á sus labores; D. Nicolás Quintana y Sojo, empleado particular, y D. José Casas y Pujazón, cesante, los tres también de esta vecindad, como albaceas testamentarios y contadores partidores de los bienes dejados á su defunción por D. Cárlos Luciano Eduardo Chaiguiaud y Rivas, y la primera también con el carácter de heredera de éste, sobre que se declare nulo y sin efecto alguno el testamento otorgado por Chaiguiaud en 1.º de Febrero de 1892; pleito pendiente ante Nos; en recurso de casación que ha interpuesto dicho D. Clemente de Ortueta; á quien representa el Procurador D. Francisco Aliot y defiende el Licenciado D. Vicente Romero Girón, estándolo á su vez la parte recurrida por los igualmente Procurador y Licenciado Don Luis Soto y Don José Canalejas y Mendez:

Resultando que en ésta Côte, ante el Notario D. León Muñoz, el 13 de Mayo de 1885 otorgó testamento D. Cárlos Luciano Eduardo Chaiguiaud, de edad de 53 años, por el cual legó á su sirvienta Juana López Herrero la suma de 50.000 pesetas, y á Doña Saturnina Martín y Pascual, y, por su falta, á los dos hijos de la misma, D. Miguel y D. Alfonso Juan y Martín, la casa sita en esta villa de Madrid, calle de San Onofre, número 10 moderno, con todas las alhajas, ropas y muebles pertenecientes al testador,

é instituyó por único y universal heredero del remanente de todos sus bienes á D. José de Ortueta y Gorostiza, y como sustitutos de éste á sus dos sobrinos D. Clemente y don José de Ortueta y Garay, debiendo los últimos recibir, en su caso, la herencia por mitad:

Resultando que también en esta corte, ante el Notario D. José Miguel Rubios, el expresado D. Carlos Luciano Eduardo Chaiguiaud otorgó nuevo testamento en 1.º de Febrero de 1892, á presencia, según se consigna en dicho documento, del enunciado Notario y de los testigos que más adelante se enunciarán, encontrándose enfermo en cama en una de las habitaciones del piso segundo de la casa número 10 de la calle de San Onofre, á la hora de las tres y media de la tarde, manifestando que, aunque enfermo, se hallaba apto y sin obstáculo que le dificultase para formalizarlo, y el Notario dió fé de que, á su juicio y el de los testigos instrumentales, tenía aquel la capacidad necesaria al efecto, y en él, por la cláusula segunda, legó á la que había sido su sirvienta Doña Juana Lopez Herrero, la pensión vitalicia de cuatro pesetas diarias; por la tercera legó así mismo á don Miguel Juan y Martín la cantidad de 250.000 pesetas, igual suma á Don Alfonso Juan y Martín, y otras 250.000 pesetas á D. Nicolás Quintana y Sojo; pero si alguno de éstos falleciese antes que el testador, recaería la parte que le correspondiese en la heredera que nombraría; por la cuarta instituyó tal heredera de todos sus bienes á Doña Saturnina Martín y Pascual, domiciliada con el otorgante, viuda de Don Alon-

so Juan Hurtado, cuya institución hacía por los buenos servicios que le había prestado; en la quinta nombró albaceas universales, contadores y adjudicadores de sus bienes á la Doña Saturnina, al legatario don Nicolas Quintana y á D. José Casas juntos ó separadamente; y por la cláusula sexta revocó y anuló totalmente y dejó sin ningún valor ni efecto cuantas disposiciones testamentarias apareciesen de fecha anterior, y con especialidad la que el 13 de Mayo de 1885 otorgó en esta capital ante el Notario que fué D. León Muñoz, pues solo quería valiese el testamento de que se está haciendo mérito y se cumpliera cuanto en el mismo disponía como su última voluntad, en la forma que más hubiese lugar en derecho, concluyendo el relacionado testamento en los siguientes términos, "Así lo dice y otorga el señor compareciente de su espontánea voluntad, á presencia de los testigos instrumentales D. Narciso Moreno Martin, de estado soltero; del comercio, domiciliado en la calle de Valverde, núm. 20; D. José Casas Pujazón, casado profesor de primera enseñanza, y habitante en la de Apodaca, número 16; y D. Valentín Heras Izquierdo, casado, del comercio, y habita en la de Valverde, 9; todos mayores de edad, de esta vecindad, quienes manifiestan conocer personalmente al testador y no tienen excepción. Y leído por mí el Notario en alta voz este testamento, en presencia del testador y testigos, sin que lo hiciesen por sí, á pesar de su derecho, el D. Carlos Luciano Eduardo manifestó estar conforme con todas las cláusulas en él contenidas, y firmó con los testigos; de lo cual, de haberse cumplido en

un solo acto las formalidades que exige la sección quinta cap. 1.º, tít. 1.º, libro 3.º de dicho Código civil, de conocer al Sr. D. Carlos Luciano Eduardo Chaiguiaud y Rivas y demás contenido en este testamento, yo el Notario doy fé,; siguiendo las firmas del testador, testigos y Notario.

Resultando que por fallecimiento de Chaiguiaud en la madrugada del día 4 del expresado mes de Febrero, habiendo ocurrido antes los de D. José de Ortueta y Garay y D. José de Ortueta y Gorostiza en 2 de Enero y 23 de Diciembre de 1890, respectivamente, promovió D. Clemente de Ortueta y Garay, presentando el testamento de 13 de Mayo de 1885 y los correspondientes certificados de las inscripciones de defunción de aquéllos, juicio voluntario de testamentaría de Chaiguiaud, á virtud del que se procedió á la intervención del caudal relicto, y producido en dichas actuaciones por Doña Saturnina Martín, D. José Casas y D. Nicolás Quintana el otro testamento del año 1892, formuló el D. Clemente de Ortueta y Garay, en 14 de Marzo del mismo año, la demanda de autos, con la solicitud de que se declarase nulo y sin efecto alguno el indicado testamento, que aparecía otorgado el 1.º de Febrero próximo anterior, á las tres y media de la tarde, ante el Notario, D. José Miguel Rubiás, disponiendo que de tal declaración se pusiese la oportuna nota en la matriz de aquel instrumento público, é imponiendo las costas á quien se opusiere á la pretensión sumariada, la que apoyó el demandante en varias alegaciones, y como parte de ellas—hecho 8.º,—la de no haberse observado ni cum-

plido en el otorgamiento del susodicho testamento de 1.º de Febrero todas las formalidades exigidas por el Código civil, y á la hora en que se decía otorgado no se encontraba en su cabal juicio, y era, por tanto, incapaz de otorgarle el testador, según demostraba una certificación acompañada á la demanda, expedida en 2 de aquel mes de Marzo por D. Víctor Parraverde; médico cirujano que asistió á Chaiguiaud en su última enfermedad y certificó su fallecimiento, en cuya certificación hacía constar que, llamado para visitarle el día 1.º de Febrero, le encontró padeciendo de broncopneumonía aguda con fiebre alta, subdelirio é incongruencia en sus facultades intelectuales, hallándole en el mismo estado, aunque con exacerbación en todos los síntomas, al hacerle la segunda visita á las seis de la misma tarde, continuando igual cuadro sintomático durante el curso del padecimiento hasta el amanecer del día 4 del expresado mes, en que falleció el paciente; haciéndose también mérito en la demanda, como fundamentos de derecho, de lo dispuesto en los artículos 663, núm. 3.º, y 687 del Código civil, con arreglo á cuyas prescripciones está incapacitado para testar el que habitual ó accidentalmente no se hallare en su cabal juicio, y será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en el cap. 1.º, tít. 3.º, libro 3.º del predicho Código, y de la doctrina legal, según la que, todo lo que se hace contra las prescripciones de la ley ó por persona incapaz para ello queda afecto á un vicio radical de nulidad.

Resultando que D.^a Saturnina Martín, D. José Casas y D. Nicolás Quintana, como albaceas testamentarios los tres y además heredera la D.^a Saturnina de D. Carlos Luciano Eduardo Chaiguiaud, contestaron solicitando se les absolviera de la demanda é impusieran las costas al demandante, reservándose ejercitar la acción de perjuicios y la criminal que había de surgir del procedimiento, para lo cual expusieron cuanto les pareció conducente, sosteniendo, entre las demás afirmaciones que consignaron, ser completamente gratuito y supuesto el estado de subdelirio é incongruencia en las facultades intelectuales atribuido a Chaiguiaud por el doctor Parraverde en la certificación de 2 de Marzo desde que le hizo la primera visita en su última enfermedad y en todo caso inverosímil que en estado tan grave desde el primer momento de aquella, continuase con exacerbación constante y creciente hasta el cuarto día, sin haber tenido, por lo que resultaba de dicha certificación, el más leve alivio hasta la muerte, no ocasionada por fiebre tifoidea, palúdica ó maligna, sinó por un catarro bronquial ó una bronco-pneumonía aguda, según la propia certificación, y de simple bronco-pneumonía según la de defunción, presentada también con la demanda, no afirmándose en la de fecha 2 de Marzo que Chaiguiaud se hallára en el estado de que hacía mérito en la hora en que tuvo lugar el otorgamiento de su disposición testamentaria, en la que se obserbaron y guardaron todas las solemnidades exigidas por el código civil; y aun cuando lo contrario se afirmaba en el hecho 8.º de la demanda, no

se citaba la que en su caso se hubiera omitido, expresándose únicamente no encontrarse en su cabal juicio el testador á la hora en que se decía otorgado el testamento y demostrar esto la indicada certificación del doctor Parraverde de fecha 2 de Marzo; y que nada se había alegado ni podía alegarse por el actor sobre la aptitud legal y buena reputación y fama del Notario autorizante del testamento de 1.º de Febrero, ni de los testigos instrumentales, quienes hicieron constar en la forma procedente tenía el testador la capacidad necesaria para otorgarle; á más de lo cual se invoca en el propio escrito de contestación lo dispuesto en los artículos 694 y 695 del Código civil, que disponen el primero de ellos, se otorge el testamento abierto ó nuncupativo ante Notario hábil y tres testigos idóneos, que vean y entiendan al testador, exprese ante ellos su voluntad, redactándose el testamento con arreglo á la misma y expresión del lugar, año, mes, día y hora, leyéndole en alta voz para que dicho testador manifieste si está conforme, y en su caso lo firme con los testigos que puedan verificarlo, haciendo siempre constar el Notario que á su juicio se halla aquél con la capacidad legal necesaria, á lo que añade el art. 669 se practique todo eso en un solo acto, dando fé el Notario de haberse así ejecutado y de conocer al testador ó á los testigos de conocimiento en su caso, requisitos cumplidos en el de que se trata, los cuales exige el Código en armonía con lo preceptuado por la ley 1.ª, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, con arreglo á la que vale el testamento nuncupativo ordenado con Escribano

público, siendo presentes á lo ver otorgar tres testigos vecinos del lugar donde se hiciera, reputándose siempre válida de consiguiente la disposición testamentaria que tiene las formas y solemnidades exigidas por el derecho, y en el caso de impugnación, si el Escribano autorizante es de buena fama, debe ser creído y vale la carta ó escritura, si está conforme con su registro ó matriz, aunque los testigos del otorgamiento negasen su contenido, pues así lo prescribe la ley 115, tít. 18, de la partida 3.^a; que esta parte invocaba para que el juzgado comprendiera hasta qué punto tiene valor y eficacia el instrumento público autorizado por Escribano que goza de buen concepto, y confirmado y corroborado por testigos sin tacha, concurrentes á su otorgamiento, sancionándolo así diferentes sentencias de casación, entre ellas las de 23 y 5 de Marzo de 1861 y 1866, y según el art. 666 del repetido Código civil para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento, haciendo prueba plena, con arreglo á la ley 32, tit. 16, de la Partida 3.^a, dos testigos de buena fama y sin tacha, contextes en el hecho y sus circunstancias esenciales, que sean imparciales y verídicos, si sus dichos no se desvirtuan por otra en contrario; más por un testigo—añade la misma ley—decimos que ningún pleito se puede probar cuanto que sea ome bueno é honrado.

Resultando que el actor en la réplica insistió en sus solicitudes y adicionó lo alegado, afirmando, á más de otros particulares, que entre las solemnidades no cum-

plidas en el otorgamiento del testamento de 1.º de Febrero, se halla la unidad de acto indispensable para la validez de aquel, que la disposición del art. 669 del Código civil y la fé que en conformidad al mismo debe dar el Notario de haberse cumplido todas las formalidades exigidas en dicho Código, no excluyen ni pueden excluir la prueba en contrario, pues de no ser así no habría posibilidad de anular un testamento por falta de tales formalidades, y de todos modos dicho artículo exige, como esencial, la de que el otorgamiento y cuanto al mismo debe preceder, se verifique en un solo acto, requisito que faltó en el testamento de 1.º de Febrero, el cual, por tanto, era evidentemente nulo, y que las citas de las leyes de la Novísima y de las Partidas, consignadas en el escrito de contestación, no eran aplicables al caso por estar derogadas en el Código civil las priméramente citadas, y la última en la ley de Enjuiciamiento, que concede á los Tribunales facultad omnímoda para apreciar el dicho de los testigos.

Resultando que evacuado el traslado de dúplica por la parte demandada sin novedad sustancial en lo por ella expuesto y pedido, practicaron las dos litigantes prueba de testigos y de cotejo de los documentos respectivamente producidos y la articuló la actora de posiciones, refiriéndose la octava á ser cierto no estuvieron presentes los demandados al otorgamiento del testamento que se decía hecho por D. Eduardo Chaignaud en 1.º de Febrero ante el Notario Don José Miguel Rubiás, y si lo contrario dijeren expresarán la hora en que empezó, la en que terminó dicho otorgamiento, si el

testamento se presentó extendido, ó si se extendió en aquel acto, y en este caso quién lo escribió, qué señas tenía el que lo extendió, en qué habitación y sobre qué mesa fué escrito; si Chaiguiaud estaba acostado ó levantado, quién le dió la pluma para firmar, qué personas se hallaban presentes, quién avisó á los testigos y si firmaron entónces testador, testigos y Notario, ó si alguno firmó después; á cuya posición contestaron D.^a Saturnina Martín no ser cierto su contenido, pues la declarante había presenciado la extensión del testamento que tuvo lugar como á las tres de la tarde, durando bastante rato, sin que pudiera afirmar la hora en que terminó, que como á las once de la mañana fué el Notario á obtener datos y á enterarse de la voluntad del testador, y á la tarde lo llevó escrito en parte, y allí en la casa escribieron también en el gabinete frente á la cama, sobre una mesa de centro, estando Chaiguiaud en cama, pero recostado sobre almohadas, hallándose presentes el notario y testigos, todos los que firmaron allí, sin que supiera el orden con que lo hicieron, aun cuando le parecía fué el primero Chaiguiaud, y antes se dió lectura del testamento por dicho notario; Don Nicolás Quintana, que no era cierto el contenido de la pregunta, pues el declarante presenció el otorgamiento del testamento, que empezó á las tres y media de la tarde y terminó á las tres y media, llevándolo extendido el notario, porque había estado en la mañana del mismo día con Chaiguiaud, á tomar datos y notas, teniendo lugar el otorgamiento en el gabinete, frente á la alcoba del testador, quien estaba en

cama, pero se había incorporado para firmar, pareciéndole al que declaraba haberle dado la pluma al efecto el mismo notario, después de dar lectura al testamento, y se hallaban presentes, además de los testigos, el portero, y otras dos ó tres personas por las habitaciones inmediatas, firmando luego los testigos, sin recordar el dicente con qué orden, y después el notario, y cuando el declarante llegó ya estaban presentes en la casa los testigos; y D. José Casas no ser cierto el contenido de la pregunta, pues el dicente había presenciado el otorgamiento del testamento, que tuvo lugar como á las tres de la tarde y terminó poco después, teniéndole extendido el notario, y habiéndole leído en la alcoba donde estaba el enfermo, quien se hallaba acostado, incorporándose para firmar y el propio notario le dió la pluma, diciendo aquél después de haber firmado, en tono de pregunta: "Conque ¿lo hé hecho bien ó nó? Si hubiera más luz, lo hubiera hecho mejor,,"; y que primero firmó el testador en la cama, haciéndolo el declarante, los demás testigos y el notario en el gabinete que daba vista á la alcoba, sobre una mesita velador, no recordando el orden en que lo hicieron.

Resultando que también como extremo de la prueba practicada por la parte actora, tres peritos calígrafos, nombrados de común acuerdo emitieron dictámen, entre cuyas conclusiones consignaron: que la firma que bajo el nombre de "Eduardo Chai-guiaud y Rivas," aparece al pié del testamento otorgado en 1.º de Febrero de 1892 ante el notario D. José Miguel Rubiás, por las circunstancias que en sí reúne y aten-

diendo á las irregularidades consignadas y lógicamente explicadas en el ingreso de aquel informe, debía haber sido producida por mano del referido D. Eduardo Chaiguiaud y Rivas; que ninguna de las personas que habían firmado el repetido testamento había producido la letra de su texto; y que para escribir el texto del citado testamento y el signo, firma y rúbrica del notario que lo autorizó se había empleado una misma tinta ó de parecido matiz, y las firmas del testador y de los tres testigos que en él figuran, habían sido escritas con otra tinta de matiz más claro que aquélla; continuando luego el pleito y recayendo en segunda instancia, el 21 de Junio del año próximo pasado 1892, sentencia revocatoria, dictada por la Sala primera de la Audiencia territorial de esta Côte, en la que se absuelve de la demanda á D.^a Saturnina Martín, D. José Casas y D. Nicolás Quintana, declarando no haber lugar á la nulidad del testamento otorgado por D. Eduardo Chaiguiaud en 1.^o de Febrero de 1892, sin hacer especial condena de costas.

Resultando que D. Clemente Ortueta y Garay ha interpuesto recurso de casación, alegando en apoyo del mismo las siguientes infracciones:

1.^a Autorizada por el núm. 7.^o del artículo 1692 de la ley de Enjuiciamiento. Infringir la sentencia recurrida las leyes 2.^a y 4.^a, título 13, Partida 3.^a, el art. 1232 del Código civil, conjuntamente la doctrina relativa al valor y eficacia de la confesión judicial, consignada, entre otras, en sentencias de 21 de Septiembre de 1859, 25 de Enero del 65, 20 de Abril del 71, 2 de Octu-

bre del 76 y 9 de Abril del 88; y en relación con ellas las de 22 de Octubre de 1864, 10 de Enero del 71 y 8 de Julio del 76, referentes á la limitación del criterio judicial en cuanto á la prueba legal de la existencia de un testamento, puesto que en el pleito se produjo prueba de confesión, entre otros extremos, sobre la unidad del acto; confesión reforzada por tres peritos no discrepantes, nombrados de común acuerdo por las partes contendientes; y consignada, además, como un hecho de la misma sentencia, que en ninguno de sus considerandos estima probado haberse practicado en un sólo acto todas las formalidades que exige el art. 695 del Código civil; reconociendo implícitamente no haber sido así, por cuanto se entrega á largas disquisiciones, en las que mezcla el derecho antiguo, la práctica y hasta preceptos reformados de la primera edición del citado Código, para sostener no dice lo que dice el art. 695, y, por consiguiente, al suponer que en el testamento en cuestión se cumplieron todos los requisitos legales exigidos por el enunciado Código, aprecia con error de derecho la prueba de confesión judicial corroborada, si se quiere, aunque no sea menester, por la pericial admitida por la misma Sala, después de haber consignado como un hecho la existencia de tal prueba de confesión, por donde desconoce y olvida su eficacia total probatoria reconocida en las leyes y doctrina citadas; amén de violar también aquella otra doctrina que pone, tratándose de la prueba legal de testamentos, límites infranqueables al criterio judicial admitido en la ley para la estimación

de pruebas cuando de relaciones jurídicas menos trascendentales que un testamento se trata; incurriendo también la Sala en error de hecho, demostrado por documento y acto auténtico, cuáles son el mismo testamento y el dictámen pericial, que afirma la falta de identidad de tintas con que se escribió y firmó, de una parte por el notario y de otra por el testador y los testigos, con lo cual se demuestra de nuevo la falta de unidad del acto, pues ni pudo ni fué extendido en el mismo lugar, lo que hace imposible lo fuese en el mismo acto de su otorgamiento, sin que quepa, cuando la ley determina y como que clasifica los vários momentos por cuya virtud se llega á determinar la existencia de una última voluntad, confundir como resulta de la repetidamente aludida sentencia, esos mismos momentos que se traducen en formas y solemnidades cada uno de ellos, y llamada siempre prueba de las pruebas la confesión judicial en todo órden de procedimientos, este valor lo reconocen las leyes mencionadas, que mandan al juzgador se atenga á ella y por ella resuelva la contienda, no habiéndolo hecho así la Sala sentenciadora, supuesto entiendo probado se cumplieron las formalidades del aludido testamento; es decir, que hubo unidad de acto relativamente á los vários momentos, formas y requisitos que la ley pide para la consagración de la existencia legal de un testamento; pero si, como resulta de los hechos consignados, y muy especialmente de la sentencia, cabe afirmar que el de la unidad del acto no aparece en ella declarado probado, entonces se origina, siempre en relación con la anterior,

la segunda infracción, aparte que las mismas leyes en ella citadas como infringidas, deben considerarse también en el mismo caso tocante á la primera y por los mismos conceptos.

2.^a Infracción comprendida en el número 1.º del citado artículo 1692, de los artículos 687, 694, 695 y 699 del Código civil, dado que no es de creer discutible que la disposición final del propio Código deroga las anteriores leyes, usos y costumbres; siendo cierto que aquel cuerpo legal declara en su artículo 5.º inútil toda práctica en contradicción de la observancia de las leyes, cuyos dos preceptos echan por tierra todos y cada uno de los motivos que ha tenido la Sala sentenciadora para no declarar nulo el testamento de D. Eduardo Chaignaud, por falta de unidad del acto, sin embargo, de declararlo así el Código y prescribirla, marcando el curso obligado de todas las operaciones y formalidades de aquéllos, y ser preciso atenerse en la materia al mismo Código, ley vigente, y respetarle y cumplirle en su espíritu y en su letra, tanto más, si el primero es conocido y la segunda perfectamente clara, como en el presente caso; lanzándose, no obstante, la sentencia por las vías aventuradas de la interpretación, suponiendo la han menester y muy delicada y atenta los artículos que esta parte invoca como infringidos, hasta el punto de traer á colación el derecho antiguo, los motivos del nuevo y las inmediatas reformas que hubo menester, á todo lo cual agrega la práctica constante, que no se sabe, aun en el supuesto de resultar admisible, haya sido demostrada durante los

cuatro años de aplicación que lleva el Código, aparte de todo lo cual, la resultante útil para el caso, dados los supuestos antes establecidos, que se derivan de los hechos admitidos en el pleito, estimar la Sala sentenciadora y declarar en su consecuencia la validéz del testamento que se discute; que todas las prevenciones, que se traducen en formalidades, y por ende en requisitos esenciales, contenidas en el art. 695, no han de cumplirse ó no es necesario se cumplan realmente en el acto del otorgamiento, es decir, en unidad de acto, bastando lo que se practicaba según la interpretación dada á nuestro derecho antiguo, esto es, á la ley recopilada; todo lo que y la resolución consiguiente á ello, contradice y viola la letra de la ley vigente; en cuyo concepto se produce la infracción alegada al declarar la validéz del testamento que no sujetó á la unidad del acto en todos sus momentos, siquiera el notario lo leyere al testador ante los testigos y aquél lo firmara; interpreta y aplica mal, infringiendo, por tanto, los artículos citados, en los cuales se consagra la nulidad del testamento en que se haya faltado á alguna formalidad, la necesidad de que el testador exprese su voluntad, que ésta sea oída por los testigos y el notario, que con arreglo á tal expresión de voluntad se redacte el testamento, que luego se lea en alta voz, para que el testador ratifique su voluntad, si aparece expresada como él manifestó, y que, finalmente, se firme por otorgante, testigos y notario, formalidades todas que se han de practicar en un mismo acto; y como precisamente esto es lo que se trata, resulta clara la in-

fracción y concretos los conceptos y motivos de ella.

Visto, siendo Ponente el Magistrado Don Diego Montero de Espinosa:

Considerando que no es de estimar el motivo primero del recurso al suponer que la sentencia ha incurrido en error de derecho al apreciar las pruebas, infringiendo las leyes 2.^a y 4.^a, título 13, Partida 3.^a, la doctrina de este Supremo Tribunal relativa al valor de la confesión judicial, y el artículo 1232 del Código civil, porque las leyes y la doctrina que se alegan, aparte de que no justificarían el recurso interpuesto, están derogadas por el art. 1976 del mismo Código, publicado y vigente antes de ocurrir los hechos origen de este pleito, y porque, en cuanto á la infracción del art. 1232 del Código, las posiciones que absolvieron los demandados en su calidad de albaceas y herederos de D. Carlos Luciano Chaiguiaud, no fueron sobre hechos personales, condición esencial de toda confesión para que haga prueba contra su autor, ni todos los hechos se contestan afirmativamente y de igual manera por los declarantes; por lo cual, sus dichos han debido estimarse como un elemento de prueba, según lo verifica la Sala sentenciadora, en relación con las demás practicadas; no siendo lícito, cuando así se procede por dicha Sala, descomponer los diversos elementos que han producido el juicio formado:

Considerando que tampoco existe el error de hecho aducido en el mismo motivo 1.º, y que consiste en que el testamento y la firma del notario están escritos con diferente tinta de la que usaron el testador y los testigos,

deduciendo de esto el recurrente que el testamento se redactó y firmó con un intervalo de tiempo que rompió la unidad de acto que para el otorgamiento de los testamentos exige la ley, porque, además de que en la apreciación que hace el Tribunal sentenciador de la prueba pericial no cabe fundar recurso de casación, la Sala aprecia el hecho alegado dándole el verdadero valor que tiene, que es el de determinante de una simple conjetura que se destruye con otras, no menos racionales, á que también se presta el hecho mismo de la diversidad de tintas:

Considerando que no es de estimar el motivo 2.º que únicamente se funda en la afirmación de un hecho que la sentencia, apreciando conjuntamente las pruebas, declara que no está acreditado, cual es el que el testamento lo llevara redactado el notario, aunque con arreglo á las instrucciones que le había dado el testador con anterioridad al acto del otorgamiento, y con infracción del art. 695 del Código civil, pues según demuestran los precedentes considerandos el expresado motivo se basa en un supuesto de hecho que rechaza por improbadado la Sala sentenciadora:

Considerando que aun en la hipótesis de que la sentencia tuviera por justificado el hecho de que la redacción del testamento fué anterior al otorgamiento del mismo, todavía sería improcedente el recurso en su segundo motivo, porque ni el art. 695 ni ningún otro del Código civil prohíbe que como diligencia previa al otorgamiento, útil y necesaria muchas veces por la extensión é importancia de las cláusulas testamentarias.

rias, el testador participe su voluntad al notario para que se redacte por éste con estudio y detenimiento que garanticen en el acto solemne del otorgamiento la exactitud y claridad de la que ha de ser fiel expresión de la libre y espontánea voluntad del testador, observándose las solemnidades del otorgamiento y existiendo la unidad de acto cuando el testador manifieste claramente su propósito al Notario y á los testigos; sin que indique la ley por quién ni dónde ha de redactarse el testamento, ni si ha de serlo antes ó en el acto del otorgamiento, y sólomente que se expresará el lugar, año, mes, día y hora, leyéndose en alta voz para que el testador manifieste si la redacción está conforme con su voluntad, firmándose en el acto si lo estuviera por el testador y por los testigos que puedan verificarlo, y haciéndose constar siempre por el Notario que, á su juicio, se halla el testador con la capacidad legal indispensable para testar, y como todas estas exigencias de los artículos 695 y 699 del Código civil se llenaron en el testamento que otorgó en esta córte don Carlos Luciano Chaiguiaud, ante el Notario D. José Miguel Rubiás el 1.º de Febrero de 1892, es evidente la validez y eficacia del mismo.

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Clemente Ortueta y Garay, al que condenamos al pago de las costas; y líbrese á la Audiencia territorial de esta córte la oportuna certificación, acompañada del apuntamiento que remitió.

Así, por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta de Madrid* é inser-

tará en la *Colección Legislativa*, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Miguel de Castells.—Antonio Garijo Lara.—Diego Montero de Espinosa.—José de Cáceres.—Francisco Toda.—Enrique Lassus.—Estanislao R. Villarejo.

Publicación.—Leida y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. don Diego Montero de Espinosa, Magistrado de la sala de lo civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Escribano de Cámara.

Madrid 5 de Junio de 1894.—Rogelio González Montes.

ÍNDICE.



	Páginas.
Esponsales: art. 43.	58
Hijos naturales.—Investigación de la paternidad. } 56	
—Artículos 134, 135, 137, 325, 141. } 65	
Prodigalidad: art. 211.	73
Declaración de locura: información previa: artícu- los 213 al 219.	107
Menores no emancipados: artículos 160 y 317.	79
Mandato para contraer matrimonio: art. 87.	122
Albaceas: art. 892.	125
Compraventa y permuta: art. 1446.	131
Retracto legal: art. 1523.	137
Depósito.	141
Compañía familiar: artículos 1667, 1668 y 1976.	6
APÉNDICE.	149

ADVERTENCIA

Este libro se halla á la venta en Valladolid, casa de su autor, calle de la Constitución, 1, pral.; en la Librería de Andrés Martín, sucesor de los Hijos de Rodríguez; y en las principales librerías de España.

G 41422

PROVINCE OF CORDOBA
MUSEO HISTORICO Y ETNOLOGICO
CALLE SERRA 100
CORONEL ROSALES
CORONEL ROSALES