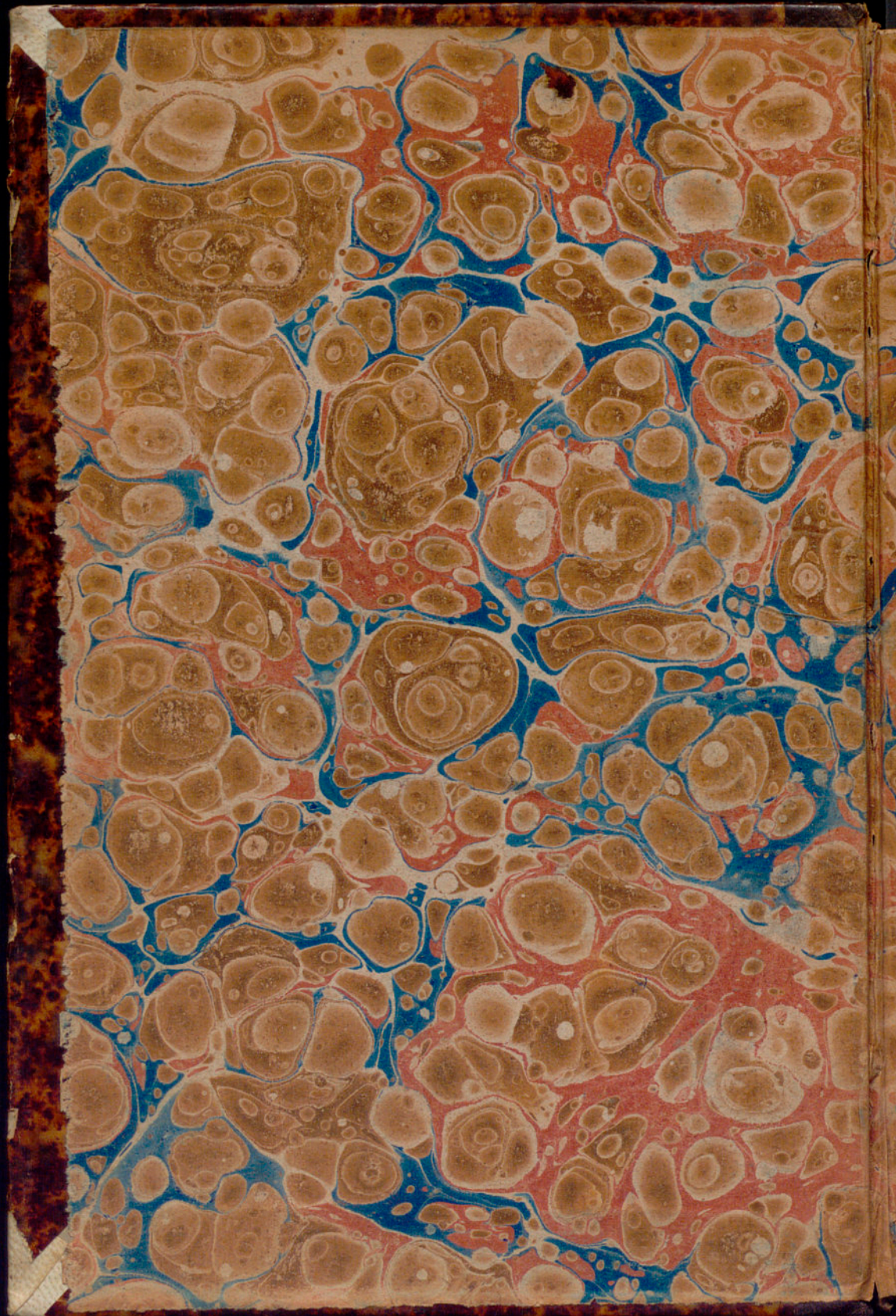
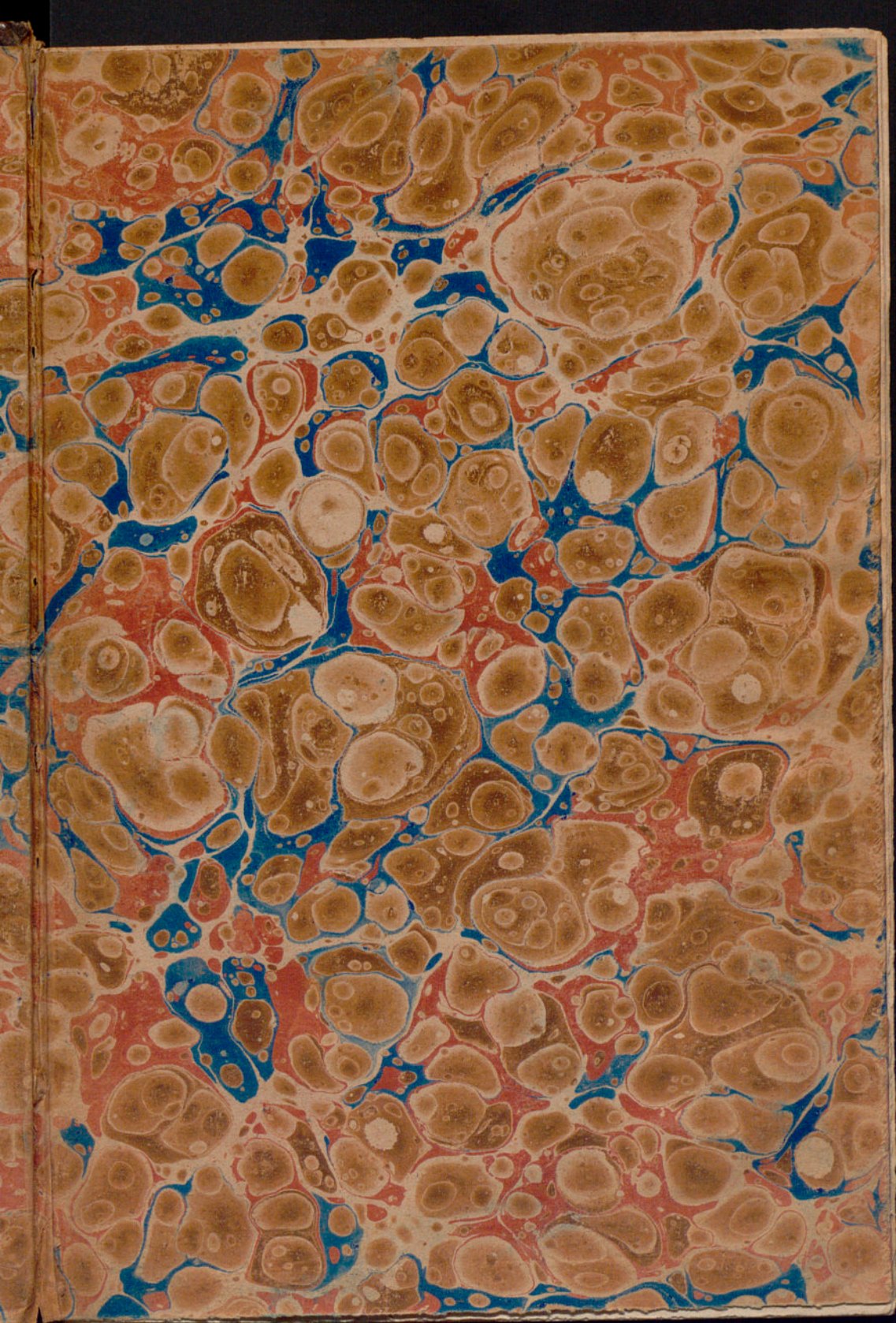


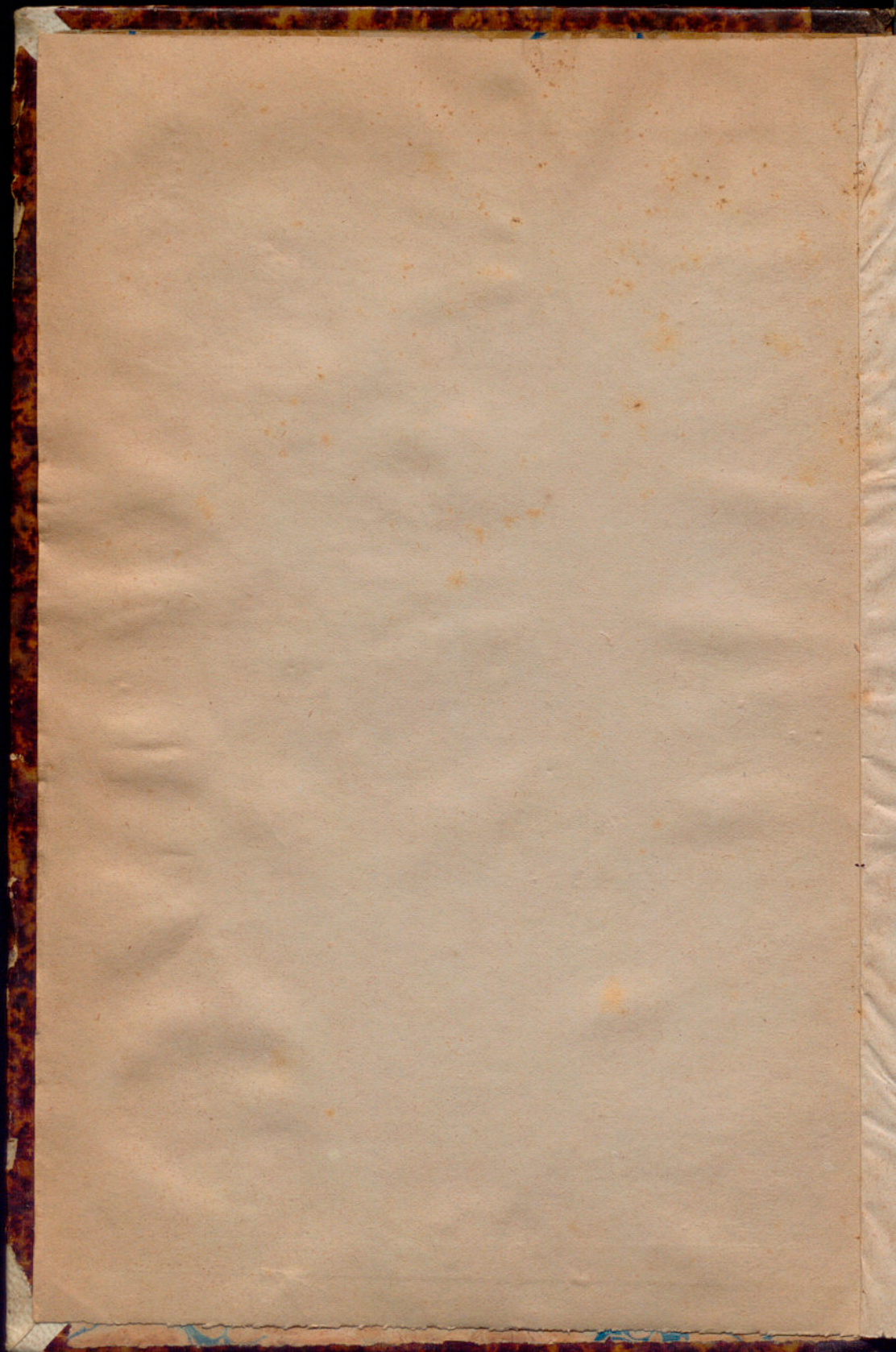


Gibert
TEÓRICA
DEL ARTE
DE NOTARIA.





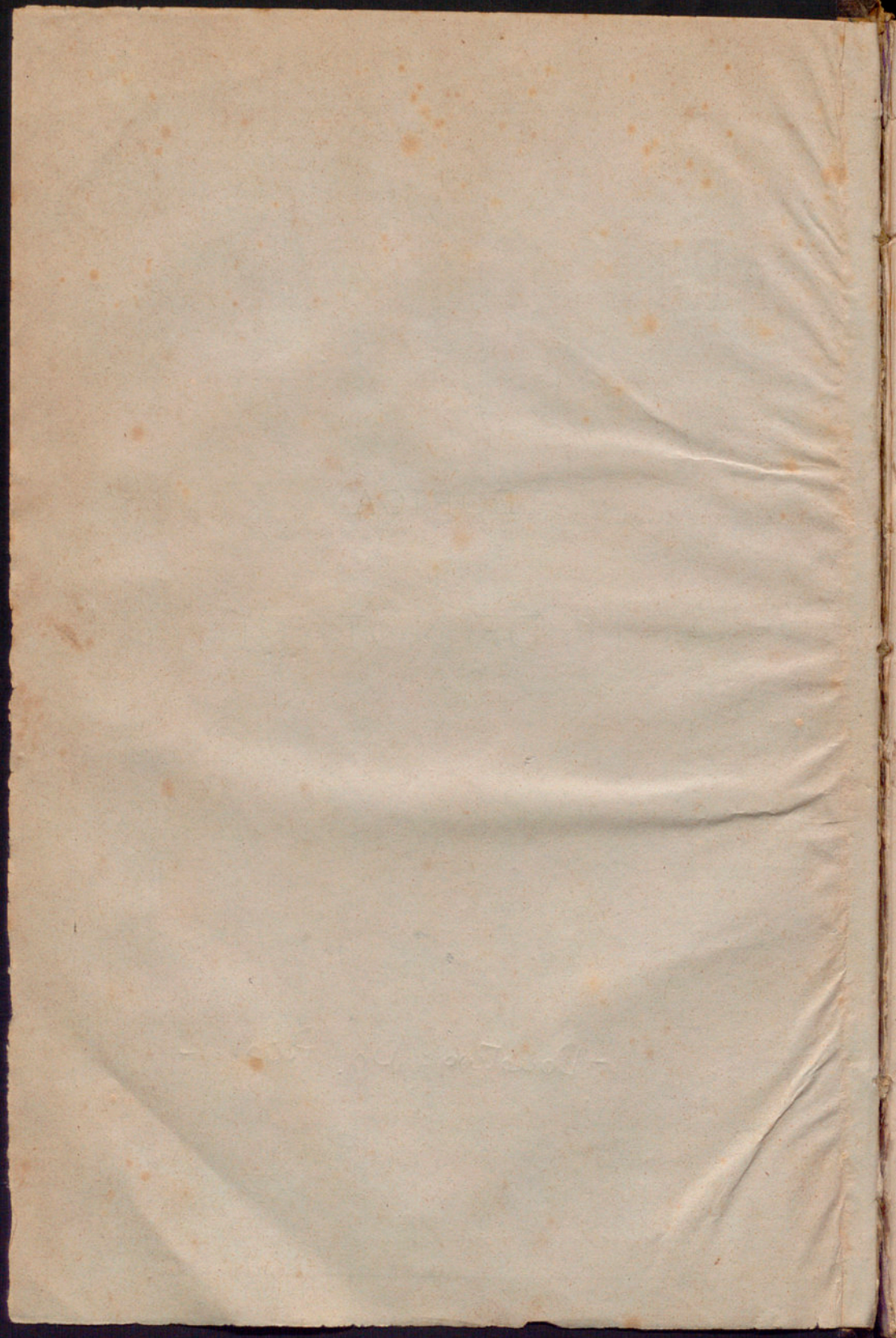




TEÓRICA
DEL
ARTE DE NOTARÍA.



- Donativo: Dr. Puol -



TEÓRICA
DEL
ARTE DE NOTARÍA,

ESCRITA EN LATIN

POR D. VICENTE GIBERT,

NOTARIO DE NÚMERO DE BARCELONA;

y traducida al castellano

POR D. EUGENIO DE TAPIA,

OIDOR HONORARIO DE LA REAL AUDIENCIA DE VALLADOLID, INDIVIDUO DE LA DIRECCION GENERAL DE ESTUDIOS,
AUTOR DEL FEBRERO NOVISIMO, Y DE OTRAS OBRAS DE JURISPRUDENCIA.

TERCERA EDICION,

ILUSTRADA CON NOTAS DEL CATEDRÁTICO DE LA ESCUELA SUPERIOR DE NOTARÍA DE LA UNIVERSIDAD
DE BARCELONA Y DECANO DEL COLEGIO NOTARIAL DEL MISMO TERRITORIO

DR. D. FÉLIX MARÍA FALGUERA,

y adicionada con un

TRATADO DE LAUDEMIOS

DEL ANTIGUO COLEGIO DE BARCELONA

Y UN

COMPENDIO DE LA PRESCRIPCION CATALANA

POR EL SR. FALGUERA,

PRECEDIDO TODO DE UN PRÓLOGO

POR D. MANUEL RIMONT.

UBAB

Biblioteca de Ciencias Sociales

BARCELONA.

MANUEL SAURÍ Y EUDALDO PUIG, EDITORES.

1875.

Único punto de venta librería de PUIG, Plaza Nueva, 5.

R-4 184

ESTA OBRA ES PROPIEDAD DE LOS EDITORES.

Queda hecho el depósito que marca la ley.

UAB

Universitat de València

ADVERTENCIA DEL TRADUCTOR.

En el prólogo latino que puso el autor al frente de esta obra manifiesta las razones que le movieron á emprenderla; y aunque por lo comun estas introducciones sirven mas bien para ostentacion de los mismos autores, que para instruccion y utilidad del lector; no faltaria tal vez quien hiciese un cargo al traductor de haber suprimido esta parte tan poco necesaria al objeto principal de la obra. Para satisfaccion, pues, de los curiosos, se trasladan los siguientes párrafos, en que el autor con cierta elegancia pondera la dificultad con que los jóvenes aprendian la Teórica del arte ú oficio de Escribano, y los errores que en ella se mezclan por falta de una buena obra elemental.

«Lastimábame sobremanera, dice, al ver que los jóvenes dedicados á este estudio usaban por necesidad de cierto manuscrito (llamado vulgarmente Teórica) lleno de innumerables errores, no solo gramaticales de su viciado latin, sino tambien esenciales en cuanto á los preceptos y reglas del arte. Sucedia, pues, que cuanto mas intensa era la aplicacion de los principiantes, tanto mayor era el número de los errores ó de falsos principios con que abrumaban su memoria. Viendo yo pues, que esto redundaba en perjuicio y menosprecio de nuestro oficio, y deseando atajar tan grave mal, me tomé este improbo y molestísimo trabajo (que lo ha sido en verdad), para dar á la prensa en utilidad pública esta nueva Teórica, si no muy recomendable por su método y reglas, espurgada á lo menos de errores, y mucho mas correcta que la manuscrita, la cual corriendo de mano en mano, adquiere cada dia nuevos vicios y mentiras.»

«Compadecíame además la triste suerte de los estudiantes, quienes despues de haber trabajado ocho horas diariamente en la escribania de sus maestros, para instruirse, tenian que ocuparse tambien en la tarea de copiar la Teórica manuscrita; en la cual apenas quedaba á los infelices un cortísimo espacio de tiempo para emplearle, no diré en el es-

tudio privado del arte, sino en una honesta recreacion. ¿Quién negará que con nuestra obra se ha remediado este inconveniente?»

«En tercer lugar observaba en las teóricas manuscritas una variedad y desemejanza intolerable, de manera que no era posible hallar dos copias iguales; lo cual era preciso que así sucediese por la ignorancia ó descuido de los copiantes, mezclando los unos cosas supérfluas, y omitiendo los otros muchas necesarias, por estas causas han venido á parar los manuscritos á tan infeliz estado, que en mi concepto son mas bien perniciosos que de utilidad alguna.»

«Asimismo notaba que en la Teórica manuscrita ó no se daba noticia de nuestro derecho municipal, ó si se hallaba alguna, era sumamente escasa y poco exacta; siendo tan oportuno y á veces necesario este conocimiento á todo escribano para el perfecto desempeño de su oficio.»

«Por último echaba de ver que en la Teórica manuscrita ó no se daban razones de las cosas contenidas en ella, ó cuando se alegaban algunas, eran tan breves, y tan destituidas de fundamento, que ni aun leyéndolas siete veces (por no decir un millon de ellas) era imposible comprenderlas. Yo al contrario, para no presentar un cuerpo sin alma, ni ofrecer en lugar de la ciencia misma, un esqueleto de ella, he dado las razones mas fundadas y plausibles que he podido hallar, apoyándolas en leyes, cánones, pragmáticas, decretos y citas de nuestros mas célebres autores al pié de las páginas, para evitar así la molestia, y al mismo tiempo indicar las fuentes de donde traen origen las doctrinas.»

Lo dicho hasta aquí por el autor nos da bastante á conocer, 1.º La utilidad de esta obra, por cuya circunstancia ha merecido siempre la mayor aceptacion. 2.º El motivo que tuvo el autor para intitularla *Teórica del arte de Notaría*; título que se ha conservado literalmente en la traduccion, por ser tan conocida bajo de él la obra, añadiendo el otro de *Manual de Escribanos*, que ha parecido oportuno. 3.º La razon de haberse escrito la obra en latin, y no en castellano, como correspondia, porque no todos los que se dedican al oficio de escribano saben aquel idioma, ni pueden espresarse con términos de pura latinidad muchas cosas peculiares de nuestros usos y costumbres, siendo además una afectacion, para no decir pedantería, el usar de una lengua estraña, pudiendo esplicarnos mejor en la propia; por cuyas causas se ha hecho la traduccion que ahora se publica.

PRÓLOGO.

En el año 1772 publicóse en esta ciudad y en la imprenta de Francisco Generes, una obra en latin con la siguiente portada: *Theorica artis Notariæ, quam Vicentius Gibert Notarius publicus de Numero Barcinonæ offert publicæ utilitati*: tal es la importante obra que, vertida al español y enriquecida con dos excelentes tratados que la completan, se da á luz en la presente edicion.

Para comprender todo el mérito de la *Teórica del arte de Notaría*, y el extraordinario servicio que prestó su ilustrado autor, basta fijarse en los antecedentes por los que se anuncia la vaguedad y la falta de direccion experta con que habian de luchar en aquellos tiempos los aspirantes al ejercicio de la noble, distinguida y delicada profesion de Notaría.

Eran conocidas y justamente loadas algunas obras que ilustrados notarios catalanes habian escrito en tiempos anteriores al intento de regularizar el ejercicio de la profesion mencionada. La *Summa Artis Notariæ* que publicó en 1682 D. Gerónimo Galí y Ramon, Notario de Barcelona, oportuna y sabiamente amenizada con el prólogo de cada uno de sus tratados, donde bajo el título de *Examen artis notariæ* expone y dilucida la respectiva materia, imitando en esto el plan adoptado por ilustrados autores de obras de derecho, era en realidad un cuerpo de doctrina, utilísimo, como nuevo, oportunísimo, por la falta completa de tratados análogos, y sabiamente meditado, por el feliz consorcio en que presentaba unidas la práctica y la teoría. Mas, por desgracia, la obra de don Gerónimo Galí hubo de limitarse á explicar los contratos de venta, de censal, de violario, de permuta, de insolutumdacion, de donacion, de fundaciones pías de toda clase, de concesiones en feudo y de concesiones en enfiteusis. El que tan clara idea mostró tener de la profesion que ejercia y dió pruebas de su especial talento en su claridad de estilo, mas notable y merecedora de aprecio en aquellos tiempos en que estaba de moda la erudicion empalagosa, no podia menos de comprender lo

incompleto de su obra. Así fué, y lo dejó consignado (1); si la muerte ú otras causas le impidieron realizar su propósito, merecen aplausos su talento y su buen deseo, pero no es menos cierto que un importante vacío quedó por llenar en la trascendental materia á que nos referimos.

A principios del siglo XVIII publicóse en la imprenta de Francisco Oliva, de Gerona, una obra, que comprendia dos tomos en fólío, y tenía el siguiente trabajado y rebuscado título: *Viridarium artis Notariatus, sive tabellionum viretum ex odoriferis doctorum et hujusce Artis aucthorum floribus quibusque aptioribus compactum, sacreque Romanæ Rotæ utriusque Senatus affluentibus aquis perutiliter fecundatum*. Era su autor el ilustrado notario de la Curia eclesiástica de Vich, D. José Comes. No se juzgue la obra por el alambicado y gongorino título de la misma; el título hubo de ser un capricho para pagar tributo á la moda dominante en el estilo de la época; pero el fondo de la obra corresponde á un objeto de verdadera y grande utilidad por la perfecta ordenacion y por el claro resúmen de todas las cuestiones que trata, no ya con referencia concreta á la Notaria, sino tambien con aplicacion directa á la Jurisprudencia. Merecidos fueron los elogios, no comunes, tributados en su tiempo á la obra de D. José Comes (2); merecida es la fama de que posteriormente ha gozado el ilustrado autor que se esforzó por dar á la profesion que con orgullo ejercia, todo el aparato de la ciencia, eleván-

(1) En testimonio de que D. Gerónimo Galí no consideró dejar completo su excelente tratado, basta fijarse en las siguientes palabras del prefacio que dirige al lector: *Si multa alia quamplurima pertinentia huic Notariæ arti tibi videtur deesse non mireris, nam hæc ars suis cum documentis et regulis... multum extenditur et amplificatur per partes suas et capitula... unde unico in volumine non dubitari esse impossibile adscribere et attendere ea opera omnia quæ hæc Tabellionatus scientia complectitur: Quæ siquidem opera hujus artis hic deficientia (Deo duce) suplere cupio et spero in unico altero volumine inde ex post hujus expeditione imprimendo.*

(2) D. José Rexach y D. Francisco Sallés, doctores en ambos derechos, y comisionados por el regente de la Cancillería del Principado de Cataluña, al emitir juicio razonado acerca del mérito del *Viridarium artis Notariatus*, le califican de *opus summo elaboratum studio, sane laboriosum, in quo plurima accurate, ingeniose et abundanter tractata invenimus, et in eo non solum tabellionatus, verum etiam Jurisprudentiæ nostræ arcana pandita veneramus.*

Análogo y honroso juicio emitió otro censor no menos competente. D. Alberto Vilabella, doctor en ambos derechos, que censuró la obra de Comes por encargo del obispo de Vich, elogia el ordenamiento, la claridad y la erudicion del tratado en los siguientes términos: *Et si magni artificis est claudere totum in exiguo, opus istud, doctissime Comes, non solum antesignatum Notarium, verum etiam Jurisconsultum præditissimum te proclamavit: cum in tam parvis voluminibus, brevitate inexplicabili tot tante et tam extensæ questiones, non solum nobilis tabellionæ Artis, verum etiam sacratissimæ Jurisprudentiæ reperiantur, mirabili stylo ac doctrina enucleatæ.*

dola á una categoría que la opinion pública no habia aprendido á adjudicarle en el órden literario.

Mas, desde luego se comprende sin ningun esfuerzo que esta obra, utilísima y loable para consulta, no reúne las condiciones especiales que se requieren para una obra de texto, y mucho menos en unos tiempos en que por no haberse establecido aun cátedras de Notaría, los aspirantes al ejercicio de la Facultad habian de limitarse al estudio propio, sin poder contar con la iniciativa y la experta direccion de un profesor.

Algunos tratados sueltos que andaban esparcidos, podian completar entonces los conocimientos necesarios para ejercer con fruto la delicada profesion de la fé pública. Entre esas obras sueltas que en este ramo científico podian prestar el servicio que en el género histórico prestan las monografías, merecen ser citadas dos obras del siglo XVI, escritas por el notario D. Francisco Solsona. La una, que forma un tomo en fóllo, se titula: *Lucerna laudemiorum omnia emphiteseos jura complectens*: la otra obra de menor volúmen, tiene por título: *Stylus capibreviandi cum utili tractatu de stylo clausularum*.

Estas eran las únicas obras en que podian aprender la ciencia de la Notaría los aspirantes al ejercicio de la fé pública: mas, sea por lo costoso de esas obras, sea por falta de una cátedra que arraigase en la juventud estudiosa el conocimiento y el amor á las mismas, sea, en fin, por la presion que ejercen siempre la rutina y el apego á salir del paso por fáciles medios, ello es que dichas obras no eran consultadas por los aspirantes á Notario en el último tercio del próximo pasado siglo. Los jóvenes que se formaban principalmente copiando contratos en el despacho de algun notario, aprendian, ó creian aprender algo de la ciencia en una Teórica manuscrita que unos á otros se daban á copiar. El sentido comun indica que una obra de esta índole, aun cuando hubiese sido notable y perfecta, no podia menos de sufrir sensibles adulteraciones, no presidiendo en las copias otro criterio que la falta de competencia del copiante, y acaso su desidia, segun fuese la aficion que le pluguiese poner en el escrito.

Así se esplica perfectamente que dicho manuscrito estuviese « lleno de innumerables errores, no solo gramaticales de su viciado latin, sino tambien esenciales en cuanto á los preceptos y reglas del arte (1).»

(1) *Innumeris plenum erroribus, nedum in latino idiomate, verum etiam in his, quæ pertinent ad regulas, et præcepta quibus constare ars nostra debet....* (Gibert, *Theorica artis Notariæ*, prólogo ad Lectorem).

Para remediar una necesidad, tan apremiante como trascendental y conocida, tuvo el ilustrado notario de Barcelona D. Vicente Gibert la feliz idea de escribir su celebrada obra, que en 1828 fué vertida al castellano por el reputado juriscónsul D. Eugenio de Tapia, é impresa en Barcelona por José Mayol y compañía. Hizose de ella segunda edición en 1844 en la imprenta de D. Manuel Saurí; y con notabilísimas ventajas sobre todas las anteriores sale á luz la edición presente.

La obra de Gibert no fué solamente la satisfaccion de una necesidad reconocida; no habia cátedras de Notaría; y el ilustrado Sr. Gibert se anticipó á escribir una verdadera obra de texto, clara, metódica, ordenada, y arreglada á los principios fundamentales de la ciencia. Después de unas oportunas advertencias preliminares referentes al oficio, dignidad, autoridad y deberes del Notario, verdadero resumen de las relaciones de la Notaría con el Derecho, divide su utilísima obra en tres partes tituladas: *Contratos*, *Últimas voluntades*, y *Juicios*, antigua y autorizada division de la ciencia notarial (1).

Las ediciones que se han hecho de esta obra, el aprecio en que se la ha tenido, sirviendo de texto para la instruccion de casi todos los notarios de Cataluña, y la justa preferencia que ha merecido á personas tan autorizadas y competentes, como el celebrado refundidor del *Febrero novísimo*, D. Eugenio de Tapia, que la vertió por vez primera al castellano, y el distinguido y antiguo catedrático de Notaría de la universidad de Barcelona, Dr. D. Félix María Falguera, á cuya ilustrada direccion ha estado cometida la esmerada edición presente, son la mas segura y sólida garantía de la utilidad de la obra. Para ella no pasan años; hoy, como al publicarse por vez primera en 1772, la *Teórica del arte de Notaría* de Gibert es la mejor obra de texto, no eclipsada hasta el presente por ninguna otra que la aventaje en claridad, en ordenamiento y en un laconismo que no perjudica en lo mas mínimo á lo completo del tratado. Es la obra de Gibert, en autorizado concepto de un distinguido Notario y literato catalán, «un libro elemental y científico capaz y suficiente para iniciar con solidez á los aspirantes de Notaría en los principios de la Facultad, con la ventaja de que los mas aplicados pudiesen saciarse de mas abundante doctrina en

(1) Rolandino, primera y reconocida autoridad en Notaría, dejó ya indicada esta division de la ciencia en los siguientes términos: *Sunt autem tres principales partes Notariæ; quia Notarii officium in tribus partibus consistit: primo in contractibus: secundo in ultimis voluntatibus: tertio, in judiciis.* (*Tractatus notularum.*)

las fuentes que el mismo les indica. Versado el autor en los cuerpos del derecho romano y en los expositores del derecho municipal de Cataluña, pone al lector al corriente de la legislación contemporánea en todo lo concerniente al ejercicio de la Notaría, y hasta resuelve dudas en ciertos puntos que han servido de oportuna aclaración á mas de un juriconsulto. Échase de ver que casi nunca perdió de vista al célebre Perezio, uno de los mas claros institutistas, y que en el conocimiento de los edictos y pragmáticas vigentes nadie le llevaba la ventaja. La reputación de la obra de Gibert por cerca de un siglo ha coronado felizmente sus esfuerzos, y su nombre respetado dentro y fuera de Cataluña, es aun en el dia un ornamento de su familia (1).

Mas si en el fondo no ha menester la obra de Gibert enmienda ni reforma, porque desde sus tiempos acá no han variado los principios de la ciencia, sin embargo el transcurso de cien años, y las sucesivas modificaciones que ha tenido la legislación en tan largo é inquieto período, no podian menos de hacer necesarias algunas aclaraciones. Fijémosnos en un punto cualquiera para demostrar la importancia de esas aclaraciones, que son realce de la obra. Desde que la escribió Gibert en 1772, vino la época liberal en las primeras décadas de este siglo, y el criterio por el que se rigieron los legisladores, produjo nuevas leyes, y entre ellas, por ejemplo, la del disenso paterno. Gibert no pudo prever, cuarenta años antes, que la legislación liberal encargaria á la autoridad civil la obligación de suplir el consentimiento paterno en los casos de irracional disenso, ni mucho menos podia prever el ilustrado autor de la *Teórica del arte de Notaría*, que ochenta años despues los legisladores alterarían sábia y oportunamente la ley del disenso paterno, adoptándose por iniciativa del Excmo. Sr. D. Claudio Moyano la disposición legal que rige al presente en la materia.

Sirva esto como simple indicación del realce que adquiere la edición presente con las luminosas y abundantes notas en ella esparcidas por una mano experta. Los editores no podian haber cometido esta tarea á escritor mas competente que el Dr. Falguera, á quien se cede unánimemente la preferencia en cuestiones de Notaría, y que por otra parte ha recibido públicos, solemnes y no comunes testimonios de la competencia que se le reconoce para tratar el derecho catalan. Años atrás la Junta Directiva del Ateneo Barcelonés designó unánime al Dr. Falguera

(1) Roca y Cornet, *Bibliografía Notarial*.

para dar en aquella escogida Sociedad lecciones del derecho catalan, lecciones que no necesitamos calificar, porque nuestro humilde voto no acrecentaria en lo mas mínimo la reputacion del distinguido profesor cuyas luminosas explicaciones de nuestro derecho foral se vieron recompensadas con los aplausos públicos y repetidos de numerosa y distinguida concurrencia, con los plácemes particulares de jurisconsultos notables, y con la publicidad que se dió á este triunfo en las reseñas insertas á la sazón en el *Diario de Barcelona*.

Con mas garantías de ilustracion y de acierto no podia salir á luz la edicion presente, enriquecida además con dos tratados especiales. Es el uno un cuaderno que para el estudio concreto de laudemios, fadiga y amortizacion sirvió de texto en las cátedras de Notaria establecidas por el Colegio de Notarios Públicos Reales Colegiados de Número de Barcelona (1).

En su origen fué escrito en latin, como la obra de Gibert; y tiene en su favor la notabilísima circunstancia de haber servido de obra de texto por espacio de cuarenta y nueve años, hasta que fueron suprimidas las antiguas cátedras de Notaria.

Excelente y utilísimo complemento de esta edicion es el tratado que su distinguido autor titula modesta y sobriamente: *Compendio de la prescripcion catalana*. Rico en erudicion, nutrido de doctrina, claro en el estilo, y acomodado al fin didáctico de la obra, es el *Compendio* un verdadero y luminoso juicio contradictorio acerca de una de las mas interesantes y difíciles cuestiones de nuestro derecho foral.

Los que nos honramos con ser discípulos del Dr. D. Félix María Falguera, y en la asistencia á su cátedra pudimos conocer y apreciar la difícil facilidad con que en el breve espacio de una leccion diaria encierra gran copia de nutritiva doctrina, no hemos de extrañar que el

(1) Para honra del antiguo y acreditado Colegio de Notarios de Barcelona merece consignarse el tino y la prevision con que la Corporacion citada tomó la iniciativa en la enseñanza de la ciencia notarial. En 1795 D. Carlos IV otorgó á dicho Colegio y á petición suya, Real Gracia para el establecimiento de unas cátedras públicas de Notaria, donde en cuatro diferentes cursos se enseñaban gratuitamente por otros tantos colegiados, no solo á los practicantes matriculados, sino á cuantos querian asistir, los principios así teóricos como prácticos de la Facultad, por libros de autores aprobados, previa informacion de limpieza de sangre, vida y costumbres, recibida ante el Juez Protector del mismo Colegio. Para ser Notario se exigian ocho años de práctica, y la aptitud acreditada en unos exámenes de tres horas, á presencia de todo el Colegio y ante el Juez Protector, siendo examinadores cuatro colegiados elegidos por suerte.

Compendio de la prescripcion catalana sea un nuevo y elocuente testimonio de una cualidad concedida solamente á talentos de primer orden.

Treinta y dos años de profesorado, toda la vida dedicada con singular lucimiento á la explanacion de la ciencia Notarial, y el talento hermanado con la firmeza del cielo por el esplendor de la clase, han dado al Dr. Falguera una autoridad indisputable y por nadie disputada, en todo cuanto se refiere al profundo conocimiento del derecho en sus relaciones con el ejercicio de la fé pública.

Es de agradecer por lo tanto que el distinguido catedrático de Notaría en la Universidad de Barcelona, práctico como pocos y experto como el que mas en el conocimiento de las cuestiones trascendentales de esta ciencia, haya salido oportunamente al paso de una gravísima necesidad que comenzaba á sentirse. El estudio superficial y la aplicacion impropia de doctrinas vertidas por ilustrados tratadistas, y mas que todo la costumbre, por demás arraigada, de convertir en culto el sagrado respeto debido á las sentencias del Tribunal Supremo, han podido dar interpretacion torcida á la doctrina de la prescripcion acomodada al derecho de Cataluña, creyéndose por algunos, en agravio de la ley, de la justicia y del buen sentido, que habia comenzado á socavarse por tan sólido y esencial cimiento la suntuosa obra de nuestra legislacion foral.

El Dr. Falguera dilucida este grave punto con tal fuerza de lógica, y copia de argumentos, que no admiten vacilacion y desvanecen todo linaje de dudas. Enseña muy sábia y atinadamente que si las sentencias del Tribunal Supremo causan estado, y han de ser estudiadas y acatadas como parte integrante del derecho, no se entiende por ahí que cada frase y cada palabra de dichas sentencias sea una decision, sea un fallo, sea un decreto. El respeto debido á las sentencias del Tribunal Supremo no ha de ser un ciego culto que por temor de afectar á la pureza de la doctrina rehuya y esquive su estudio considerándolo como una profanacion. El Tribunal Supremo, como todos los legisladores, goza del derecho comun de expresar sus ideas en períodos mas ó menos largos, redondeados ó no con oraciones incidentales, y no estaria bien coartarle este derecho comun, ni el buen sentido admitiria que en los Considerandos de sus sentencias se atendiese siempre ciegamente á la letra, sin fijarse jamás en su espíritu.

Esta idea que nosotros no acertamos á expresar con la claridad y exactitud apetecibles, la aprenderán prácticamente y de autorizados labios de un maestro los que consulten y estudien atentamente el *Com-*

pendio de la prescripcion catalana, y la aprenderán con la ventaja de verla aplicada á la discusion elevada y ámplia de un interesantísimo punto de nuestro derecho.

En Cataluña, donde á la sombra de su sábia y antigua legislacion se ha subdividido la propiedad de tal suerte que se ha hecho accesible á todas las clases, era de interés vital esclarecer una idea, era urgente saber si en punto á la prescripcion se trataba de constituirmos en posicion distinta de la que sancionó para los catalanes el llamado Decreto de Nueva planta. Aquí donde los censos enfitéuticos y las ventas llamadas vulgarmente á carta de gracia son lo mas usual y lo mas vulgar, no hubiera podido menos de ser alarmante en alto grado para muchísimos y cuantiosos intereses la idea de que en algunos ó en muchos casos de litigio por prescripcion habia de prevalecer en absoluto el criterio de la legislacion de Castilla, viniendo por esta suerte y de una manera indirecta y vergonzante á tener aplicacion en nuestro territorio y á constituir derecho para los catalanes leyes recopiladas anteriores al Decreto de Nueva planta.

Esto no podia ser, ya porque estaria en abierta contradiccion con innumerables sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, ya porque nos habria arrebatado sin causa ni motivo la jurisprudencia y el derecho que nos son propios y tradicionales.

Por estas breves indicaciones puede colegirse la suma importancia del *Compendio de la prescripcion catalana* con que se ha enriquecido y completado muy oportunamente esta edicion de la obra de Gibert. Tienen que ver y que estudiar ahí los que por su ministerio necesitan autorizar instrumentos de fe pública; mas tambien es el *Compendio de la prescripcion catalana* un concienzudo estudio que estimarán y agradecerán los abogados á quienes interesa consultarlo, lo propio que el gran número de particulares á quienes afectan los derechos reales aludidos.

Y precisamente, escrito para un fin didáctico, el reciente y luminoso tratado á que nos referimos, está al alcance de todas las inteligencias, y pueden, con seguridad de sacar provechoso resultado, consultarlo todos los que por interés particular quieran de ciencia propia conocer los derechos que les asisten y las acciones que pueden ejercitar en tan delicada materia.

Por nuestra parte agradecemos al Dr. D. Félix María Falguera el nuevo testimonio que ha dado de su celo en defensa de nuestro derecho foral, y de su amor á la ciencia en la que tiene por discípulos á la gran

mayoría de los Notarios y Escribanos del vasto territorio de la Audiencia de Cataluña. El excelente y luminoso *Compendio de la prescripción catalana* corona dignamente la gloria del ilustre y antiguo catedrático de Notaría, de quien puede, sin hipérbole ni asomo de adulación, decirse que sobresale entre los campeones de la ciencia notarial

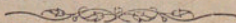
Quantum lenta solent inter viburna cupressi.

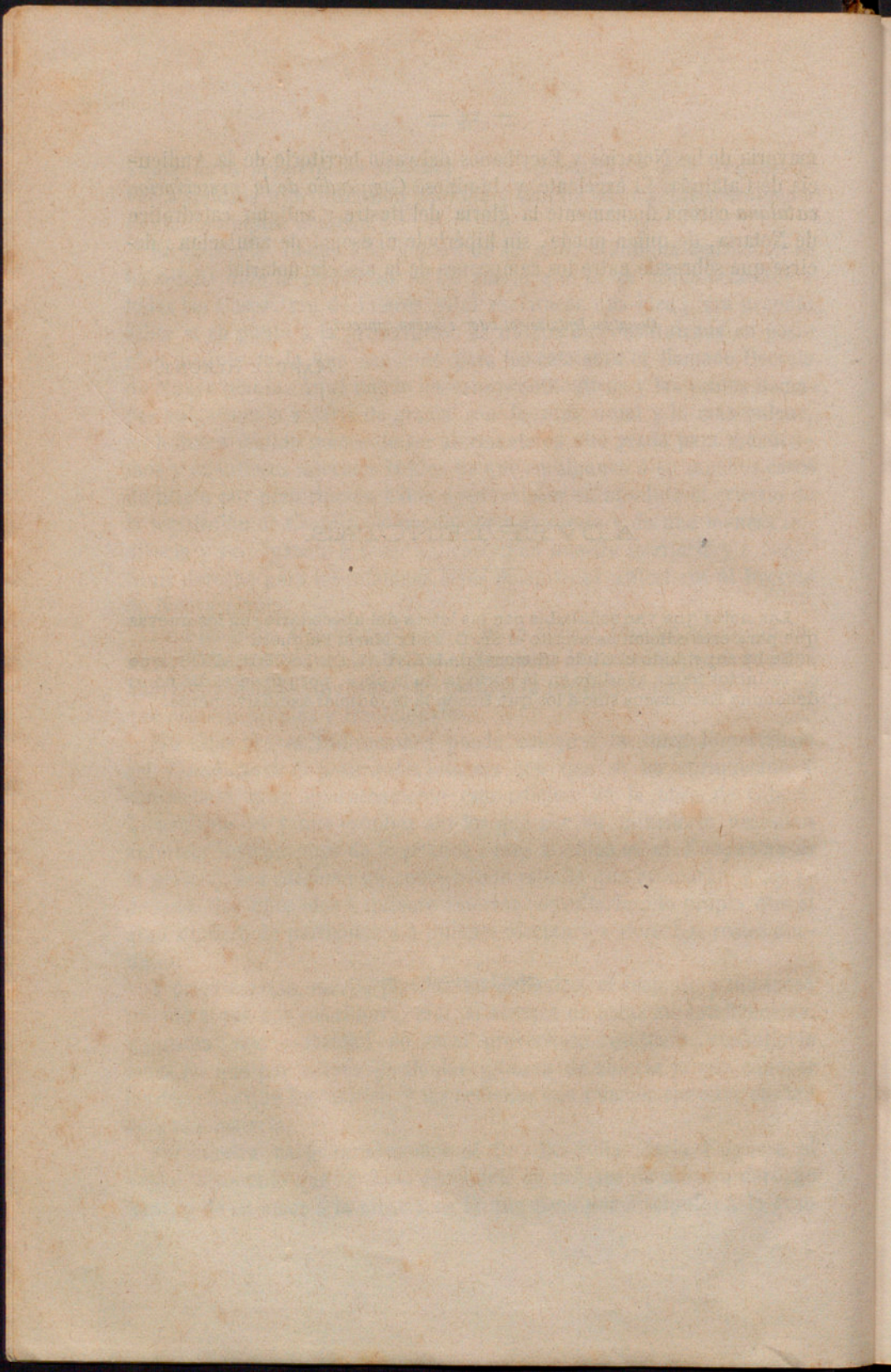
MANUEL RIMONT.

ADVERTENCIAS.

Las notas que van señaladas con las letras del abecedario son las nuevas que para esta edición ha escrito el Sr. D. Félix María Falguera.

Se ha suprimido el título adicional de MANUAL DE ESCRIBANOS, que el traductor había añadido en la portada de la obra, porque en el día no se denomina Escribanos sino a los que tienen la fé judicial exclusivamente.





ADVERTENCIAS PRELIMINARES

ó

INTRODUCCION PREPARATORIA Á LA TEÓRICA

DEL ARTE DE NOTARÍA (1) (a).

Para entrar con la preparacion debida en el exámen de las materias que abraza la presente obra, me ha parecido conveniente sentar antes algunas advertencias generales y necesarias, ya para la mas cabal inteligencia del arte de notaría, cuyas reglas y preceptos apuntaré despues, ya para el debido conocimiento del oficio, preeminencias y dignidad del mismo escribano á quien se trata de instruir.

Division de la Notaría en Teórica y Práctica.

El oficio de escribano se compone como las demás artes y ciencias, de teórica y práctica. Aquella consiste en el conocimiento de las reglas; esta en el ejercicio y debida aplicacion de las mismas.

(1) En Cataluña se llama Notario á todo escribano, y Notaria por consiguiente el oficio que ejerce. En Castilla se entiende hoy por Notario el que actúa sólo en los negocios eclesiásticos, á diferencia del Escribano que entiende en los seglares. Así que en el discurso de la obra se sustituirá siempre la palabra Escribano á la de Notario que usa el autor, pues en realidad este es un prontuario legal para uso de los escribanos. Sin embargo se ha conservado la palabra Notaría en el titulo por ser conocida bajo este la obra. N. T.

(a) Desde que se publicó la ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862 en toda España se llama Notario al que recibe contratos y últimas voluntades, y Escribano al que actúa en los negocios judiciales. La ley de Organizacion judicial ha dado á los Escribanos el nombre de Secretarios judiciales ó Secretarios de Juzgado, y cuando estén organizados los Tribunales Colegiados de primera instancia se denominarán Secretarios de Tribunal de Distrito. Con arreglo á esta nueva clasificacion debiera sustituirse en toda esta obra el nombre de Notario al de Escribano, que usó el traductor; pero no hemos querido hacer innovacion alguna en el texto.

2
U.F.B.

Qué cosa sea la Teórica generalmente entendida.
que profesa.

La Teórica se reduce á ilustrar el entendimiento con el conocimiento de la verdad; y el que está impuesto en ella conoce bien los preceptos y reglas del arte ó ciencia

Teórica del arte de Notaría.

La Teórica de nuestro oficio se define así: *La investigación del arte de Notaría, que comprende la naturaleza de las personas, cosas y negocios que se manejan lícitamente por los hombres, y se transmiten á la posteridad* (1).

Explicacion.

Se ha dicho que comprende la naturaleza de las personas; esto es de los que contratan, pactan, testan y litigan. Añádese de las cosas, á saber aquellas sobre que se puede contratar, pactar, testar y litigar. De los negocios; entiéndense los contratos, pactos, últimas voluntades y juicios. Que se manejan lícitamente por los hombres, etc.; pues debe saberse bien si tal ó tal cosa puede hacerse con arreglo á lo que disponen las leyes, lo cual queda luego consignado en los autos; ó para que en adelante conste lo que haya de observarse, ó para que se sepa perpetuamente lo que se actuó.

Cuál es el origen de la palabra Teórica.

Teórica es una palabra á que corresponde la castellana *conocimiento ó investigación*, y por medio de esta se ha formado el Arte de Notaría.

Qué es la Práctica.

Defínese la práctica: *el acto ó ejercicio correspondiente al fin ó designio de la teórica*; pues en realidad no es otro su oficio que expresar ó poner por obra aquello que el entendimiento concibe por medio del exámen especulativo.

Definicion del arte de Notaría en toda su estension.

Arte de Notaría en toda su estension, es *el que enseña con fundamento á redactar auténticamente los negocios legítimos de los hombres.*

Explicacion.

Dícese *el que enseña con fundamento, etc.*, porque la enseñanza de este arte está fundada en razon, y dirigida á instruir en todo lo concerniente á él, especificando el modo de escribir auténticamente los legítimos negocios de los hombres. *A redactar auténticamente*; esto es por mano de escribano público, pues así se hace el instrumento auténtico y fidedigno. *Los negocios legítimos, etc.*; á saber los contratos, los pactos, las últimas voluntades y los juicios.

(1) En términos mas breves y claros: La Teórica de este oficio consiste en el conocimiento de la doctrina legal, que debe saber el Escribano para ejercer bien su oficio.

Definicion del Escribano.

Escribano (b) es una persona autorizada para hacer constar por escrito público y auténtico los negocios de los hombres.

Esplicacion.

Persona autorizada, pues el escribano tiene el privilegio de esta autorizacion, de que no gozan otros, mediante la cual se da entera fé y crédito á las escrituras ó instrumentos públicos firmados y signados por el mismo escribano (1). *Para hacer constar por escrito*; pues los negocios no han de encomendarse solamente á la memoria ó al entendimiento, porque aquella es frágil; y por tanto el escribano debe reducir lo contratado á instrumento con el correspondiente orden, segun la voluntad é intencion de las partes. *Por escrito público*, esto es con autoridad pública, la cual hace al instrumento público y fidedigno. *Auténtico*, porque entonces se dice auténtica y fidedigna la escritura del escribano cuando en ella se observan las formalidades que prescriben las leyes. *Los negocios*; esto es los legítimos y verdaderos, que producen obligacion, como son los contratos, pactos, últimas voluntades, y actos judiciales; no los asuntos vanos y frívolos, como si se mandase actuar al escribano alguna impertinencia; v. g. si el perro ladra, si el leon ruge, si brama el toro, ú otra cosa semejante. *De los hombres*; á saber de los contratantes, testadores y litigantes.

Otra definicion del escribano.

Tambien se puede definir el escribano: *persona privilegiada, de cuya fé nos valemos enteramente en el dia para que escriba y ponga en perpétua memoria lo que se hace por los hombres.*

Las palabras de esta definicion son bastante claras, y no necesitan esplicacion alguna, escepto aquella cláusula *de cuya fé nos valemos enteramente en el dia*; la cual necesita aclararse, pues en otro tiempo los banqueros y cambistas hacian instrumentos relativos á sus cambios y contrataciones, á los cuales se daba fé; pero hoy apenas está esto en uso, y así se recurre á la autorizacion del escribano (c).

Del oficio de escribano.

El oficio de escribano es *dignidad y autorizacion (d) establecida públicamente para validar los negocios legítimos de los hombres.*

(b) Debiera decir Notario.

(1) Engel. ad tit. Decretal. de fide instrument. n 4.

(c) Sin embargo hay algunas personas que pueden dar fé de ciertos actos, como los Corredores de Cambios de los contratos mercantiles, los Comisarios de guerra de copias de documentos militares, los Registradores de la propiedad de lo que resulta de los libros del Registro, y los Curas Párrocos en Cataluña, que pueden recibir testamentos si en el pueblo no hay Notario y el testator está en peligro de muerte; pero despues de muerto el testador no pueden librar copia del testamento, sino que esta debe ser espedida por un Notario del distrito.

(d) El original latino dice *auctoritas*, cuya traduccion exacta es «autoridad» y no «autorizacion.»

Explicacion. Dicese en la definicion *dignidad* porque en efecto lo es, y grande, la de este oficio, por lo cual no pueden ejercerlo los infames. *Autorizacion*; pues el escribano la tiene muy grande, por cuanto en todas partes se da plenísima fé á todos sus escritos públicos firmados y signados de su mano. *Para validar*, esto es, para perpétua memoria y plenísima prueba de aquellas cosas sobre que se contrata, pacta, testa y litiga. *Establecida públicamente*; esto es, de derecho público y para utilidad pública, inventada desde los tiempos del imperio romano, pues este oficio trae su origen de la potestad imperial (1).

¿Qué es dignidad? Dignidad es un cargo honorífico con que se hace el hombre acreedor al respeto de los otros. Segun esta definicion no puede dudarse que el escribano está constituido en dignidad, y por consiguiente que se reputa hombre de honor, de buena vida y arregladas costumbres y dotado de la instruccion competente.

¿Qué es autoridad? Autoridad es el carácter ó representacion de una persona por su empleo, mérito, ó nacimiento (2) (e).

Varios nombres antiguos con que se designaban los escribanos. Designábase en lo antiguo al escribano con diversos nombres, si bien á todos corresponde la misma definicion. Unas veces se llamaba *Tabellio*, *Tabularius* y *Tabellarius*, de las tablillas ó láminas de madera enceradas en que acostumbraban los antiguos romanos escribir los testamentos y fianzas valiéndose para ello de un punzon de acero (3). Tambien se le daba el nombre de *Scriniarius* (guarda joyas), porque sus escritos se guardaban en un escritorio ó armario destinado á custodiar las alhajas preciosas ó cosas reservadas (4). Denominábase otras veces *Librarius* ó *Libellio* (escribiente de libros), del

(1) Acerca del origen, prerogativas y derechos del oficio de escribanos, y razon por que se numera entre los cargos públicos, véase el tit. del Código romano titulado *Tabulariis Logographis et Censualibus*, lib. 10. Tambien se hallarán algunas cosas relativas á esto en el tit. del mismo Cód. de *Numerariis Actuariis et Chartulariis*, lib. 12. Véase tambien á Perez en dichos tit., quien recopiló sobre este punto con erudicion muchas cosas de los derechos romano y español. Puede consultarse asimismo la obra moderna titulada *Nobleza de Escribanos*. N. T.

(2) Se ha sustituido esta definicion del diccionario de la lengua castellana á la del autor que parece impropia, y dice así: *Ciencia digna de imitacion que consiguen los hombres con larga esperiencia de virtud*. N. T.

(e) Ni la definicion del autor, ni la del traductor nos parecen propias. Autoridad es el poder que uno adquiere por sus propios méritos y por concesion ajena.

(3) Glos. 1. en la l. *Orphanotrophos* 52 de Cod. de *Episc. et. cler.* §. *Nihil 12 Ins. de Testam.* y allí *Vinn. u. l.* Cod. de *Justin. tit. de Tabulariis Scribis*, etc. lib. 18. Glos. en la l. pen. vers. *Tabellarium ff. de adq. ver. dan.* Véase tambien el cap. 15 de *fid. instrum.* y la *Novella 44.*

(4) Glos. en la l. *Scriniarios* l. b. Cod. de *Testam. milit.*

nombre que daban los antiguos á los que escribian los libros de su puño y letra (1). Asimismo se decia *Scriba* de escribir ó anotar, esto es, enterarse de los negocios y reducirlos á escritura pública y auténtica (2). Algunos autores opinan que en lo antiguo ejercieron los siervos públicos este oficio, ó por mejor decir que el escribano era un siervo público, no porque en realidad fuese esclavo, sino por haberse inventado su oficio para utilidad pública; y así como por la estipulación del siervo se da acción contra otros, así por la del escribano, aun contra los ausentes. Pero esta opinión fué refutada victoriosamente por Amaya á la L. 34. del Cód. en el tit. *de Decurion.* Últimamente se nombraba *Manus pública* (3), por la misma razón; pues en realidad el escribano es, por decirlo así, la mano de todos, por cuanto el oficio que esta hace respecto del cuerpo, puede aplicarse al escribano cuando entiende en los negocios de los ciudadanos; por lo cual se llaman también siervos *Condicionales*, en razón de que autorizan los contratos y *condiciones* de los hombres (4).

¿Quiénes pueden ser escribanos? Puede ser escribano cualquiera á quien no esté expresamente prohibido por ley, estatuto ó costumbre, y así debe ser libre, varón, de buena fama, dotado de sana razón, que no sea sordo, mudo, ni ciego; además de lo cual se exigía antiguamente por Constitución de Cataluña, que fuese mayor de 24 años (5); bien que en el día está en observancia que haya de tener veinte y cinco años cumplidos.

¿A quiénes está prohibido ser escribanos? No pueden ser escribanos el siervo, la mujer, el demente, el furioso, el mudo, el sordo, el ciego, el infame, el falsario, el impúber ó menor, el hereje, el religioso, sea ó no profeso, y otros que tengan prohibición de derecho.

El *siervo* se reputa por muerto según el derecho civil, y por consiguiente está escludido de toda dignidad y acto legítimo y público (6).

Requisitos necesarios para hacer un instrumento. Para que el escribano pueda hacer debidamente su instrumento, se necesitan los requisitos siguientes. 1.º *Comisión ó encargo del negocio*; esto es, que sea llamado para ello (7). 2.º *Conocimiento de la cosa*, es decir, inteligencia del negocio. 3.º *Permiso de derecho*, á saber, que recaiga el instrumento sobre cosas permitidas y no prohibidas ó ilícitas por derecho. 4.º *Presencia de testigos*, ó lo que es igual, que estos se hallen presentes.

(1) L. si Librarius 92. y allí la Glos. ff. de reg. jur.

(2) Glos. t. en la rúbr. del Cod. de Tabular., lib. 10.

(3) Cap. 2. de fide instrum. y la Glos.

(4) L. 2. § 1. ff. de reg. jur.

(5) Real decreto de Felipe V. del año de 1737.

(6) Véase l. ley. 4. tit. 13 de Notaris y Escrivans. Const. 2.

(7) Engel, al tit. de fid. instrum. n. 7. Glos. vers. injungatur en la Novel. 44 § Non autem.

Tambien debe el escribano antes de hacer el instrumento considerar: 1.º *La edad y condicion de los contratantes*, esto es, si por razon de edad, patria potestad, servidumbre, sexo, demencia, falta de razon ó sentidos, pragmáticas, edictos, estatutos, costumbres etc., pueden ó no contratar válidamente. 2.º *La calidad y cantidad de las cosas en que se obligan y que quieren enajenar*, esto es, si dichas cosas son de las que pueden sujetarse al comercio de los hombres, enajenarse, hipotecarse, ó gravarse. 3.º *Las diferencias de contratos*; esto es, la especie y naturaleza de ellos, si el contrato es legítimo, si puede hacerse y subsistir por derecho; ó si es de los prohibidos, ilícitos ó usurarios. 4.º *Los beneficios á que renuncian*, segun la calidad de las personas, de las cosas, y de los contratos. 5.º *El número de testigos*, á saber, de dos ó tres que tengan catorce años cumplidos, en Cataluña (1).

Precauciones que debe tener el escribano. Debe guardarse el escribano de hacer instrumentos falsos y prohibidos, pues si á sabiendas quebrantare los preceptos relativos á su oficio, incurre en graves penas hasta en la de muerte, como falsario, por sentencia de juez; pero si delinquire por ignorancia, en tal caso se le condena al resarcimiento del daño que hubiere hecho á la parte, prévio el correspondiente juicio; pues por la temeridad de ejercer la profesion, se imputa al escribano como delito su peligrosa impericia (2). Si autorizare instrumentos prohibidos é ilícitos, no solo estará obligado á restituir lo que haya percibido, sino que tambien podrá ser castigado; pues debe saber asi lo que disponen las leyes sobre no admitir contratos ilícitos, como las cautelas necesarias en todo instrumento, esto es, las que solo pertenecen al oficio de escribano.

Contratos prohibidos. Los contratos prohibidos son todos los usurarios (f), simoniacos, y contrarios á las buenas costumbres, como los que se celebren sobre homicidio, hurto, adulterio, tercería, robo de doncellas, de viudas ó monjas, ú otro delito que se intente cometer. Tambien están prohibidos todos los contratos que contengan monopolio, esto es, que nadie sino yo, por ejemplo, pueda vender cierta cosa; ó bien cuando uno pone á las mercaderías cierto precio, segun el cual hayan de vender los otros las suyas sin poder alterarle; pues esto no es lícito á ningun particular (3).

A ejemplo de este hay otros contratos que suelen hacerse entre comerciantes para vender las mercaderías á precios subidos, y otros pactos de esta especie; todos los cuales se prohiben como contrarios á la utilidad pública. Son ilícitos además los contratos que se hacen contra las legítimas disposiciones

(1) Lib. 3. tit. 15. de Testimonis usat. 3 y 6.

(2) L. 10. ff. ad. leg. Corn de falsis. L. 14. § 9. His Tabellionibus. 3. Cod. de Sacros.

(f) La usura hoy dia no está prohibida por el derecho civil.

(3) L. um Cod. de Monopoliis, etc.

canónicas, como sobre matrimonio de una mujer casada, ó al contrario, sobre matrimonio en grado prohibido, ó disolucion del celebrado legítimamente; y así otros. Asimismo están prohibidos todos los contratos en que interviene dolo, fraude, miedo, coaccion ó pacto ilícito; como tambien aquellos en que alguno maquina contra la Majestad Real, contra su honor y dignidad, ó contra el Sumo Pontífice, y otros semejentes. Ultimamente se prohíbe á los escribanos otorgar instrumentos en perjuicio de la donacion ó dádiva hecha con ocasion de matrimonio: estos instrumentos son por derecho nulos y de ningun valor (1).

Quiénes pueden nombrar escribanos. Pueden hacer ó nombrar escribanos el papa, el rey, los duques, condes, marqueses, y cualesquiera otros que tengan potestad para ello ó privilegio otorgado por sus superiores (*) (g).

¿Qué debe jurar el escribano? Puede obligarse al escribano á que jure lo siguiente: 1.º Que será fiel al Señor que le nombró, sin abrigar dolo, falsedad ni simulacion. 2.º Que ejercerá bien y legalmente su oficio, sin odio ni parcialidad. 3.º Que hará los instrumentos ó escrituras sobre todas las cosas que viere y oyere, y para las que fuere llamado. 4.º Que cuantos contratos, últimas voluntades, ó actos judiciales pasen ante él, los entenderá por escrito, los leerá despues, é insertará en los manuales teniéndolos bien custodiados, sin añadir ni quitar cosa alguna de ellos. 5.º Que guardará los secretos que se le confien. 6.º Que no hará de modo alguno instrumentos usurarios, ilícitos ó prohibidos por derecho; y finalmente que se conducirá recta y fielmente en todas las cosas pertenecientes á su profesion.

NOTAS.—1.º El oficio de escribano versa solamente acerca de las cosas sujetas á la vista y al oido; pues él no puede escribir otra cosa que lo que oye y vé con sus propios ojos (2).

2.º El escribano no puede mudar de signo sino con facultad superior, y de lo contrario incurrirá en la pena de falsario. Eseptuáse el caso en que por razon de algun otro oficio ó cargo que tuviere, haya de usar del signo propio de dicho oficio; pues entonces no signa como tal escribano, sino como empleado en el otro oficio, cargo ó destino (3).

(1) S. Lib. 5. tit. 2. de promesa de dots. Constit. Aforagitar fraus.

(*) Actualmente la creacion de escribanos es privativa del Rey, pues los duques, condes, marqueses, colegios aprobados y otros particulares que conservan la propiedad de algunas escribanias, solo tienen el derecho de presentacion á imitacion de los patronos de beneficios; pero nadie puede ejercer el oficio de escribano sin haber obtenido título real, previo el competente exámen. En los negocios eclesiásticos, los notarios son nombrados por el Sumo Pontífice ó por los superiores eclesiásticos competentes.

(g) Los particulares que tenían la propiedad de alguna Notaría han perdido hoy el derecho de presentacion, pues todas las Notarias deben proveerse por oposicion.

(2) Cons. Imp. Justin Novell. 44.

(3) Glos. Sigmon y tambien Marg. in. D. Item. lex. Cornelia. Instit. de pub. judic.

3.^a El escribano debe usar de palabras claras y sencillas en los instrumentos ó escrituras que haga, evitando espresiones figuradas, oscuras, ambiguas ó ininteligibles; de tal suerte que se descubra claramente la verdad del negocio ó contrato, á fin de que por su incuria ó ignorancia no tengan que litigar los interesados.

4.^a El escribano está obligado á estender inmediatamente por escrito los contratos que ante él pasaren, y á formar pasado un año un libro que se llama vulgarmente *Manual* ó *Protocolo*, con un indice al frente que contenga los nombres de todos los contrayentes; habiéndose desterrado ya los llamados *Borradores*, en que antes se anotaba la sustancia del contrato, estendiendo despues el instrumento cuando el tiempo lo permitia (1). Debe asimismo conocer á los otorgantes, ó en defecto de esto valerse de testigos fidedignos que afirmen conocerlos, de lo cual debe dar fé; pues de lo contrario se presumirá que el escribano los conoce, bajo su responsabilidad. Los instrumentos otorgados sin estas solemnidades se reputan como nulos y de ningun valor (2).

Otras muchas observaciones pudieran hacerse acerca de los escribanos; pero siendo difícil insentarlas aqui todas, y por otra parte cualquiera puede aprenderlas sin trabajo con la práctica, las omito en gracia de la brevedad.

PARTES DE QUE CONSTA EL ARTE DE NOTARÍA.

TITULO 1.^o

Tres son los principales objetos del arte ú oficio que ejerce el escribano, á saber, los *Contratos*, las *Últimas voluntades*, y los *Juicios* (h).

¿Qué es contrato? El contrato es un *Convenio* ó *Convencion* que tiene nombre especial, ó á falta de este, *causa civil obligatoria* (i).

(1) Real decreto del Sr. D. Fernando el VI. del año 1755.

(2) Constit. 26. tit. de Not. y Escr. Real decreto del Sr. D. Felipe V, publicado en 1736.

(h) Hemos dicho ya que el funcionario que recibe contratos y últimas voluntades se llama Notario, y el que autoriza diligencias judiciales Escribano, Actuario ó Secretario. Estas dos atribuciones están separadas en la práctica, y nadie puede ejercer á un mismo tiempo en lo judicial y en lo extrajudicial.

(i) Esta definicion es la romana. Segun el derecho moderno podemos definir el contrato: un convenio en que se obligan dos ó mas, ó bien en un sentido mas lato de modo que pueda comprender hasta los contratos mas impropios: un convenio entre dos ó mas personas dirigido á crear, estinguir ó modificar obligaciones.

Esplicacion. Se ha dicho *convenio ó convencion*, cuya esencia consiste en el conocimiento de dos ó mas personas acerca de una misma cosa. *Que tiene nombre especial*, con cuyas palabras se denotan los contratos nominados, como es de compra y venta, el de sociedad, y otros semejantes á estos que tienen nombre cierto, ó á falta de este *causa civil obligatoria*, bajo cuyas palabras se entienden los contratos innominados de que se tratará despues.

¿De cuántas maneras se entiende el contrato? El contrato se entiende de tres modos: 1.º *Propiamente*, cuando de una y otra parte produce obligacion, como en la compra y venta, etc.; y asimismo cuando intervienen promesas y obligaciones mutuas, como en el contrato de la donacion ó entrega de arras (1). 2.º *Impropriamente* cuando se origina obligacion de una sola parte, como en el contrato de mutuo en que se obliga solo el que recibe. 3.º *Mas impropriamente*, cuando ninguna de las partes se obliga, como si uno me debiere cien reales, y yo por el pacto de no pedir, ó de otro modo prometiере no pedir sino cincuenta, este mas bien pudiera llamarse destrato que contrato, como observan Galí y Comes (2).

¿Qué es contrato nominado? Contrato nominado es el que tiene por la ley un nombre propio y específico, por el cual se distingue de los demás contratos en términos que á ningun otro puede convenir su nombre.

¿Cuáles son los contratos nominados? Los contratos nominados son: la compra y venta, el feudo, la donacion, el enfiteusis, el señalamiento de dote, el mutuo, el comodato, el precario, la asignacion, el depósito, la prenda, la estipulacion, la sociedad, el mandato (3).

¿Qué se requiere para que el contrato pueda decirse nominado? Para que el contrato se diga nominado se requiere: 1.º que tenga un nombre tan propio y especial que no se pueda acomodar á otros contratos. 2.º Que desde luego nazca de él la obligacion. 3.º Que por él se dé especial accion. 4.º Que en él no haya lugar al arrepentimiento.

NOTA.—En algunos casos aunque el contrato sea nominado, hay lugar al arrepentimiento, como en el *depósito*, pues el deponente puede revocarle cuando quiere (4), en la *sociedad*, la cual se resuelve con la renuncia de un socio (5); en la *procuracion* si el procurador no empezase á manejar los ne-

(1) Labeo. 19. ff. de verb. signif.

(2) Galí, Summa artis Not. fol. 32. al fin. Comes. artis. Not. tem. 1. cap. 6.

(3) L. 7. § 1 y 2 ff de pact.

(4) L. 1. § Si deposuero 45. ff. depositi cap. 2. extr. de deposito.

(5) § 4. Instit. de Societate.

gocios de su principal (1); en la *venta* cuando ha de reducirse á escritura, si esta no estuviere hecha todavía, esto es, cuando el instrumento no se ha leído legalmente ni aprobado por las partes (2); y generalmente en todos los contratos, cuando la cosa está íntegra, y media mutuo consentimiento de las partes.

Del contrato innominado.

Contrato innominado es *el que no tiene por derecho nombre especial y propio.*

¿Qué se requiere para que se diga innominado el contrato?

Para que se diga innominado el contrato es preciso que no tenga nombre especial y determinado por la ley, como es evidente por la misma definición.

Especies de contratos innominados.

Son cuatro las especies de contratos innominados, los cuales se distinguen con estas palabras: *Doy para que des. Dox para que hagas. Hago para que des. Hago para que hagas.* Ejemplos: *Doy para que des*, como sucede en la permuta: *Doy para que hagas*, como si pactase yo con otro darle un vestido para que me copiase un libro: *Hago para que des*, como si Pedro pactase con Diego enseñarle un arte ú oficio por cierta cantidad ó cosa equivalente (3); *Hago para que hagas*, cuando por ejemplo, yo escribano convengo con otro en hacerle cualquier instrumento ó escritura si me edifica una casa.

NOTA.—He dicho de intento pactase ó me conviniere con otro; pues si se hiciese esto por estipulación, al punto naceria ó tendria origen la acción civil (4).

¿En qué se diferencian los contratos nominados, de los innominados?

Diferéncianse los contratos nominados de los innominados, 1.º en que el nominado tiene nombre propio y específico por la ley, sucediendo lo contrario en el innominado. 2.º En los contratos nominados nace desde luego la obligación; pero no en los innominados, á no ser que el pacto se haya cumplido por una de las partes. 3.º En los contratos nominados se da acción especial; pero en los innominados general, la que se denomina *acción de palabras prescrites*, esto es, dirigida á que se cumpla el contrato (5). 4.º En los contratos nominados no hay lugar al arrepentimiento ni es permitido volverse atrás ó separarse de ellos, sino en los casos arriba espresados; pero en los innominados se puede hacer, á menos que por una de las partes haya

(1) § 9. Instit. de mandato.

(2) Pinic. c. instit. de Empt. et vend.

(3) L. 5. ff. des cond. caus. dat. L. 3. Cod. de rer. permut.

(4) L. 3. Cod. de rer. perm.

(5) L. 5. ff. de cond. Caus. dat. l. 3. Cod. de rerum permut.

sido entregada la cosa; pues en ellos hay lugar al arrepentimiento mientras permanezca íntegra lo cosa, y aun cuando no esté íntegra, por ejemplo, si uno por su parte cumplió ya el contrato, puede el otro volverse atrás siempre que pague los daños y perjuicios y demás gastos (1).

¿De cuántos modos se hacen y denominan los contratos?

De los contratos unos se hacen por *escrito*, otros sin *escritura*; unos se llaman *de buena fé*, otros de *estricto derecho*; unos de *derecho de gentes*, otros de *derecho civil*.

Del contrato que se hace por escrito. que se reduzca á escritura; pues todo contrato recibe su fuerza y valor del pacto ó convenio.

Contrato por escrito se llama aquel en que los interesados pactan, ya en el acto mismo del contrato, ya antes que se reduzca á escritura; pues todo contrato recibe su fuerza y valor del pacto ó convenio.

Del contrato no escrito.

El contrato no escrito es *aquel en que no se trata entre los contratantes de que se reduzca á escritura*; y aunque despues se haga esta para que conste siempre el otorgamiento del contrato, no obstante se dirá este no escrito (2).

De los contratos de buena fé.

Contrato de buena fé es *aquel en que predomina la buena fé*: como la compra y venta, la locacion y conduccion, la procuracion, el depósito, el comodato, la prenda, la sociedad, la tutela, la division, la permuta, á veces la dote, y la estimacion de la cosa dotal (3). Llámanse tambien estos contratos de buena fé, porque en ellos el juez usa de su oficio con mayor amplitud y estension que en los contratos de estricto ó riguroso derecho, esto es, está en su libre arbitrio apreciar por equidad lo que haya de pagarse al actor.

Contratos de riguroso derecho.

Los contratos de riguroso ó estricto derecho son *aquellos en que no cabe ó no se admite sino lo que rigurosamente exige la naturaleza del contrato*; como el enfiteusis, la estipulacion, la insolutumdacion (4), la aceptilacion, y otros que no se cuentan entre los de buena fé.

Llámanse tambien de riguroso derecho, porque como no sufren ampliacion, el juez debe proceder en ellos con todo rigor, esto es, no tiene libertad para estenderse, sino que debe seguir escrupulosa y precisamente el tenor de las fórmulas ó condiciones prescritas (5).

(1) L. 5. ff. de cond. Caus. dat. l. 3. Cod. de rerum permut.

(2) L. 17. Cod. de fid. instrum.

(3) § 28. Instit. de action.

(4) Esta palabra está ya adoptada en el foro, y significa lo mismo que dar en pago. N. T.

(5) § 28 y 30 instit. de act. cap. Cum Venerabilis 6. y la Glos. verb. bonae fidei de except.

Contratos de derecho de gentes.

Contrato de derecho de gentes es *aquel que trae su origen del derecho de gentes*; como la compra y venta, la locacion y conduccion, la sociedad, el depósito, el mutuo, la permuta y otros innumerables (1). Llámase derecho de gentes, *lo que la razon natural y la necesidad comun establecieron entre todos los hombres, y se observa por todos ellos* (2).

Contrato de derecho civil.

Contrato de derecho civil es *aquel que recibe de este derecho su origen, esencia y naturaleza*; tales son la estipulacion, la obligacion literal, y otros semejantes, como se verá en su lugar cuando trataremos de cada uno. Llámase derecho civil lo establecido por cualquiera ciudad (si tiene potestad de hacer leyes), por una nacion ó provincia, ó por el legislador de ellas (3).

Los contratos se perfeccionan con el consentimiento, con las palabras, con el mero pacto, ó con la escritura.

Los contratos se perfeccionan de muchos modos, á saber, la venta, el matrimonio, la locacion, la sociedad y el mandato, con el *solo consentimiento*. La estipulacion, la aceptacion y la estipulacion aquiliana, *con las palabras*; y por tanto no puede celebrarlos el mudo. La permuta, el mutuo, el comodato, el depósito, la prenda, la division y otros, *con la cosa que es objeto del contrato*. La donacion se perfecciona con el mero ó *nudo pacto*; y el enfiteusis con intervencion de *escritura* (4) (j).

¿Qué cosas deben considerarse en los contratos?

En los contratos deben considerarse cuatro cosas: 1.^a el consentimiento de los contrayentes del cual dimana el contrato. 2.^a La materia de la cosa sobre que recae el contrato. 3.^a La forma con que se contrae, esto es, el arreglo del contrato. 4.^a El acto por el cual se perfecciona el contrato; esto es la intencion ó designio de los interesados (1).

¿Qué cosas se requieren en los contratos?

En cualquier contrato se requieren dos cosas, á saber: *la sustancia y la naturaleza*. *Sustancia* es la que constituye la íntima esencia de la cosa, sin la cual no puede esta

(1) L. 5. ff. de just. et jur.

(2) § 1. Instit. de jure nat. gent. et civil.

(3) 1 § 2. Instit. de jur. nat. gent. et civil.

(4) § 2. Instit. de oblig. leg. 1. Cod. de jur. emphit.

(j) Dícese que se perfecciona el contrato cuando nace la obligacion, así como decimos que se consuma cuando la obligacion está cumplida. Estos modos de perfeccionarse los contratos dan lugar á la division de los mismos en *consensuales*, *verbales*, *reales* y *literales*; pero en el dia no hay contratos verbales ó que se perfeccionen con las palabras, y los de esta clase han pasado á consensuales, porque el simple consentimiento los perfecciona.

(1) Estas cuatro cosas se llaman la causa eficiente, la material, la formal y la final del contrato.

subsistir: así que las cosas sustanciales son aquellas que dan ser al contrato, por sí mismas y absolutamente, de modo que no pueden mudarse ó alterarse por ningún pacto particular. *Naturaleza* se llama la que nace del mismo contrato, aunque de ella no se haga expresa mención; y así son naturales todas aquellas cosas que aunque no se expresen, están comprendidas en el contrato, como la *evicción* en la venta.

NOTA.—Lo que es de naturaleza de los contratos puede omitirse por medio de un pacto, como la evicción en la venta: sin embargo se exceptúan aquellas cosas que además de naturales son intrínsecas é inseparables del contrato; como en *el depósito* no servirá pactar que pase al depositario el dominio de la cosa depositada; en *la venta*, que no se transfiera al comprador el dominio de la cosa después de pagado el precio; en *la sociedad*, que á uno competa el daño y otro perciba el lucro; y así de otras muchas cosas semejantes á estas.

Cosas accidentales en los contratos. Llámase accidental en los contratos *aquello que puede omitirse quedando salva la cosa*, y se dice accidental porque se añade al contrato fuera de lo que exige su naturaleza, por ejemplo, que el pago se haya de hacer en cierto lugar ó en tal especie de moneda.

NOTA.—Por la anterior doctrina se entenderá aquel axioma vulgar, que los contratos reciben ley de los convenios, ó en otras palabras, *los pactos quebrantan leyes*; lo cual está tomado de cierta regla del derecho (1), y quiere decir, que los contrayentes pueden hacer y convenir entre sí por pacto especial, que el contrato obligue de modo diverso que el correspondiente á su naturaleza. Sin embargo, de ningún modo pueden hacer ni pactar que no se observe ó no obligue el contrato según lo que requiere su peculiar sustancia (2). Lo mismo sucede en aquellas cosas que son contra derecho público, el cual no puede derogarse con los pactos de los particulares (3).

(1) Reg. 85. jur. 6. leg. 1. § 6. ff. deposit. l. 23. ff. de reg. jur.

(2) L. 7. ff. de leg. const. princ. l. 1. ff. de pact.

(3) L. 38. ff. de pact. cap. Si diligentí 12. in fin. de for. comp. L. 27. ff. de reg. jur.

DE ALGUNAS COSAS QUE NO DEBEN IGNORAR LOS ESCRIBANOS.

De las diversas especies de personas, y del derecho de ellas (m).

TÍTULO 2.º

Division primera de las personas en independientes y sujetas al derecho ajeno.

La primera division de las personas es la siguiente: Unas son independientes (*sui juris*); otras están sujetas al derecho de otro (*juris alieni*).

Independientes, ó *sui juris*, se dicen aquellos que no están bajo la potestad de otro; sujetas al derecho ajeno se consideran aquellas que están bajo la potestad de otra persona (1).

¿Qué es potestad?

Llámase *potestad* el derecho de una persona sobre otra.

¿De cuántos modos se sujeta á la patria potestad?

Una persona se sujeta á la patria potestad por uno de los modos siguientes: 1.º *Por adopcion*: en lo antiguo bastaba cualquiera adopcion; pero en el dia solo produce este efecto aquella que se hace por una persona no estraña; esto es, por alguno de los ascendientes (2). 2.º *Por arrogacion*; lo cual sucede cuando alguno

(m) Persona es el hombre considerado en algun estado civil. Así es que al hombre que no goza de ningun estado civil no se le considera como persona, sino como cosa, por ejemplo el siervo en los paises en donde esté admitida la esclavitud. El siervo efectivamente no disfruta de ningun estado civil, porque segun el derecho romano los estados civiles son tres, el de libertad, el de ciudad y el de familia, y el siervo no es libre, ni ciudadano, ni padre de familia. Estado es una cualidad en virtud de la cual los hombres gozan de diversos derechos. Hay estados naturales, como el ser varon ó hembra, nacido ó por nacer, y estados civiles, como el ser libre ó esclavo, ciudadano ó extranjero, padre de familia ó hijo de familia.

Tambien se dice que persona es lo que es capaz de derechos y obligaciones. Realmente la persona es el sujeto del derecho, así como la cosa es el objeto ó materia sobre que recae el derecho. Por esto el esclavo no es persona, porque no se le reconoce capaz de derechos y obligaciones: es cosa, porque puede ser materia ú objeto de un contrato: puede ser comprado, vendido, dado en garantia.

Hay por lo mismo, jurídicamente hablando, hombres que no son personas, como el siervo, y personas que no son hombres, como el alma separada del cuerpo, que puede adquirir derechos y contraer obligaciones, puede ser instituida heredera, recibir legados, etc.

(1) Instit. de his. qui sui vel alien. jur. sunt.

(2) § 2. instit. de adopt.

á presencia del Príncipe ó con rescripto suyo arroga á un padre de familias, sobre lo cual véase la Instituta de Justiniano (1). 3.º *Por legitimo matrimonio*; pues cuando uno nace queda sujeto á la potestad de su padre (2). 4.º *Por legitimacion*, esto es, por medio del subsiguiente matrimonio, por ofrecimiento del hijo en la curia ó córte para servicio del Estado, ó por merced del monarca; pues de estos tres modos se verifica la legitimacion (3). 5.º *Por ingratitud*, cuando el hijo emancipado se hace ingrato con el padre negándose á darle alimento ó de otro modo (4). 6.º *Por sentencia*, esto es, cuando se da sentencia contra el mismo que negaba ser hijo; y aunque no lo sea, se somete á la potestad del que es reputado padre; pues la sentencia se considera como hecho cierto mientras no conste lo contrario, es decir, que realmente no es tal hijo (5); así como por derecho canónico la sentencia en causa matrimonial no se considera pasada en autoridad de cosa juzgada, ni perjudica á la verdad, si esta se descubre despues (6).

Derechos que tiene un padre sobre los hijos. El padre de familias tiene sobre sus hijos los derechos siguientes: 1.º Entre el padre y el hijo no cabe litigio ni obligacion civil; pues por este derecho se consideran

como una misma persona el padre y el hijo; lo cual no sucede por derecho natural en que no cabe semejante ficcion (7). 2.º El hijo de familia no puede demandar al padre á menos que obtenga antes su vénia, por el respeto que le debe (8). 3.º No puede comparecer en juicio con el padre ni en su nombre, sin consentimiento de aquel, porque no es independiente, escepto en cuanto á su peculio castrense ó cuasi castrense, porque entonces se reputa como padre de familias ó persona independiente. Tambien puede demandar al padre por causa de alimentos, en razon del privilegio concedido á estos (9). 4.º Lo que adquiere el hijo se considera adquirido para el padre, pues aquel se tiene por instrumento de este, salvas las restricciones de que se tratará en el título siguiente (10). 5.º El hijo de familias no puede testar, ni aun disponer para causas piadosas, á lo menos por derecho civil (11), sea lo que quiera del canónico (12). 6.º El padre administra los bienes del hijo, aun con-

(1) Instit. § 3. de adopt.

(2) Instit. de Pat. potest. in princip.

(3) Aliquando 13. instit. de nuptiis. * El segundo modo de legitimacion no está en uso.

(4) L. 1. Cod. de ingr. liber.

(5) L. 1. § 12 y 16 ff. de agnoscend. et alend. liber.

(6) Cap. Lator 7. de sent. et. re jud.

(7) L. 16 y 17. ff. de furtis. L. 1. §. 1. ff. si is qui testam. L. 3. Cod. de in jus. voc. L. 2 y 4 ff. del mismo tit.

(8) § 3. instit de acc. L. L. 2 y 3. Cod. de in jus voc.

(9) L. 4. ff. de jud.

(10) L. 2. Cod. de pact. pot. Inst. per quas person. § 1.

(11) Instit. Quibus non est perm.

(12) Cap. poen. de sepul. in 6.

tra la voluntad de este; pues á la patria potestad corresponde el gobierno (1). 7.º El padre puede revindicar al hijo detenido por alguno, por cuanto tiene dominio y posesion en el mismo hijo (2).

Derechos que en el antiguo tenian los padres sobre los hijos. Antiguamente era casi ilimitada la potestad de los padres sobre los hijos; pues podian renunciar á ellos, enajenarlos, venderlos, y aun matarlos (3); pero despues se moderó esto concediéndose solamente á los padres el derecho de castigarlos, y aun si el castigo era riguroso en demasia debia darse parte al juez (4); igual facultad tienen los parientes mas ancianos sobre la familia de la casa (5), y esto es lo que con poca diferencia se observa aun en el dia.

De los modos con que se pierde la patria potestad. Los derechos de patria potestad se pierden: 1.º *Por la muerte natural* del padre ó del hijo; porque la muerte estingue todos los derechos (6). 2.º *Por la deportacion* del padre ó del hijo á alguna isla en razon de haber delinquido; pues de este modo dejan de contarse en el número de los ciudadanos romanos; pero si los tales fuesen por indulgencia del príncipe reintegrados plenamente en sus derechos, recobrarán su antiguo estado (7). 3.º *Por servidumbre de la pena*, que es tambien una muerte civil, como los que son condenados á las minas, ó echados á las fieras (8), aunque por derecho novísimo se suprimió esta servidumbre de penas (9). 4.º *Por dignidad del hijo* tanto eclesiástica, como el cardenalato y el episcopado; cuanto secular, como el consulado, la pretura (10) y otras semejantes á estas; pues parece absurdo que esté bajo la potestad de un particular quien administra ó gobierna con potestad pública las cosas del estado. 5.º *Por el cautiverio del padre ó del hijo*, pues por él se hace uno siervo de los enemigos, y deja de ser ciudadano romano, incapaz por consiguiente de los derechos de la ciudad de Roma; pero si fuese rescatado ó puesto en libertad, recobra la potestad el padre, pues por el derecho de *postliminio* ó retorno, se finge que el cautivado permaneció siempre en la ciudad (11). 6.º *Por el matrimonio*, contraido con el consentimiento del

(1) L. 6. § 2. Cod. de bon. quæ liber.

(2) L. 1. § 2. fi. de rei vind.

(3) L. 11. fi. de lib. et posth. L. 6, 9, 10, cod. de patr. pot. L. 1 y 2 Cod. de patr. qui lib. subs. distraxer.

(4) L. 3 y 4. Cod. de patr. pot.

(5) L. un. Cod. de emend. propinq.

(6) Instit. quibus modis jus patr. pot.

(7) § 3. instit. quib. mod. jus patr. pot. solo. L. 1, 2, 6 y 9. Cod. de sent. pass-et rest.

(8) § 3. instit. quib. mod. jus patr. pot. solv.

(9) Anth. sed hodie. Cod. de donat. inter vir. et uxor.

(10) § 4. instit. quib. mod. jus patr. pot. solv. Novell. 81 de Justin.

(11) § 5. instit. quib. mod. jus patr. pot. solv.

padre segun Constitucion de Cataluña (1). 7.º *Por emancipacion del hijo*, que es un modo de disolver el derecho de potestad (2); aunque se ha de limitar con respecto á la paterna, como se verá en el siguiente título y en el de la emancipacion.

NOTA.—Los padres no deportados, sino solo confinados ó desterrados á una isla (relegados llamaban los romanos), tienen potestad sobre sus hijos por cuanto conservan todos los derechos de ciudadanos (3).

2.ª division de los hijos en naturales, y legítimos naturales solamente, y otros que no son naturales ni legítimos. La segunda division de las personas es como sigue: de los hijos unos *son naturales y legítimos*, á saber: los que nacen de legítimo matrimonio; otros son solamente legítimos, como los adoptivos y arrogados; otros naturales solo y son los que se tienen de alguna concubina. Finalmente otros que no son legítimos ni naturales, á saber los que nacen de ayuntamiento sacrilego ó incestuoso.

¿Por qué se llaman legítimos y naturales?

Llámanse legítimos y naturales, esto es, *legítimos* porque han sido procreados segun ley, ó segun derecho divino, canónico y humano; y *naturales*, porque son hijos segun la naturaleza: *legítimos solamente*, porque solo la ley es la que los hace ó declara por tales hijos; *naturales solamente* porque lo son por naturaleza aunque no segun las leyes (4). Sea lo que quiera del derecho civil (5), segun el cual nunca fué esto permitido á los casados, sino solo á los célibes ó solteros (6); aunque despues fue absoluta é indistintamente prohibido á todos por el emperador Leon (7). Otros finalmente *no son legítimos ni naturales*, por haber sido procreados contra las leyes; y así la ley los desconoce y desecha, á fin de que no tengan derecho alguno de hijos, á lo menos respecto á sus padres (n).

(1) Lib. 8. tit. 8. de emancipacion Constit. un.

(2) § 6. instit. quid. mod. jus patr. pot. solv.

(3) § 2. instit. quid. mod. jus patr. pot. solv.

(4) Can. Nemo. 4. caus. 32. q. 4.

(5) L. 5. Cod. de natu. lib. ff. de concub.

(6) L. 144. ff. de verb. sing. L. un ff. de concub. L. fui. Cod. com. de manum. Novel. de Justin. 18, cap. 5 y 85. Cap. 12 y 55.

(7) Novel. 91. Const.

(n) Los hijos no legítimos ni naturales pueden ser *espúreos*, que no tienen padre cierto, como los hijos de una prostituta; *sacrilegos*, que son los hijos de varon ó mujer que tienen hecho voto solemne de castidad, por ejemplo los hijos de uno que tenga órdenes sagradas, ó de un religioso ó religiosa profesa; *nefarios*, que son los hijos de parientes en línea recta; *incestuosos*, hijos de parientes en línea transversal, y *adulterinos*, que son los nacidos de adulterio. Adulterio es el acto carnal de un casado ó casada con cualquiera que no sea su cónyuge.

3.ª division de las personas, unas mayores y otras menores de edad.

La tercera y última division es como sigue: *De las personas, unas tienen la edad que requiere la ley para llamarse mayores, y otras no han llegado á ella, y se llaman menores.* La edad legítima ó que exige la ley para que uno se diga mayor, es la de 25 años cumplidos. La edad no legítima, es la de 25 años abajo, y á cuantos se hallan en ella llamamos menores. De estos unos son púberes y otros impúberes.

Púber. Púber es el varon de catorce años cumplidos, y la hembra de doce tambien cumplidos. Estos se llaman tambien adultos, mancebos, mozas casaderas, y con mas propiedad *menores*.

Impúber. Impúber es el que tiene de dichos años abajo: de estos unos son niños ó infantes, otros cercanos á la infancia, y otros próximos á la pubertad (1).

Infante ó niño. Dicese infante ó niño desde el dia de su nacimiento hasta la edad de siete años, y los latinos le llamaron *infans* porque aun no podian hablar palabra (2).

Próximo á la infancia. Se dice cercano á la infancia el varon desde los siete años hasta los diez y medio, y la hembra hasta los nueve y medio; y se llaman asi porque se acercan mas á la infancia que á la pubertad.

Próximo á la pubertad. El próximo á esta es el varon desde los diez años y medio hasta los catorce, y la hembra desde los nueve y medio á los doce. Llámanse así porque se aproximan mas á la pubertad que á la infancia (ñ).

(1) Instit. quib. mod. tut. fin.

(2) Del participio activo *fans* del verbo *fari* (hablar) y la preposicion negativa *in*, se formó la palabra latina *infans*. N. T.

(ñ) Segun el art.º 8.º del Código penal de España la diferencia entre los próximos á la infancia y los próximos á la pubertad debe situarse en la edad de 9 años, tanto para el varon como para la mujer, porque á esta edad pueden empezar á ser unos y otros capaces de dolo, que es la cualidad que marca la diferencia entre estas dos edades.

DE LAS PERSONAS QUE PUEDEN Ó NO CONTRATAR.

TÍTULO 3.

De las personas que pueden ó no contratar. *Conviene saber que de las personas, unas pueden contratar y otras no, pues si estas lo hacen se inutiliza el contrato. Como sea muy fácil saber quiénes pueden contratar despues de averiguar á quiénes está negada esta facultad, solo dirémos algo acerca de estas.*

Por razon de la edad. *Primeramente no pueden contratar por causa de falta de edad el infante ó niño, el próximo á la infancia, el próximo á la pubertad, y el píber.*

El niño ó infante. *No puede el infante porque carece de razon é ignora lo que hace, y como en todo contrato se requiere advertencia y despejada razon, es claro que no puede contratar ni tener obligado á nadie ni obligarse á otro, aun con autoridad de tutor natural ni civilmente, ni dar por consiguiente fiador, porque donde falta la obligacion principal tampoco vale la accesoria; pues con aquella se disuelve esta (1).*

El próximo á la infancia. *El infante y el próximo á la infancia se diferencian poco de un demente, y así se dice de ellos que nada saben ni entienden. Hay sin embargo entre los dos esta diferencia, que el niño ó infante carece absolutamente de discernimiento; pero el próximo á la infancia, aunque no tiene un perfecto conocimiento ya sabe algo. Por tanto, está recibido que con autoridad del tutor pueda hacerlo todo válidamente, esto es, contrae obligacion, tanto por sí como por otro; pero sin el tutor nada puede hacer, como no sea empezar la posesion de alguna cosa y contraer esponsales; bien entendido que aun estas cosas solo le obligarán si no las revocase llegando á la pubertad (2).*

El próximo á la pubertad. *Acerca del próximo á la pubertad se observa lo siguiente: 1.º Con la autoridad del tutor se obliga natural y civilmente á otros, y estos se obligan á él (3). 2.º Sin el tutor se obliga*

(1) § 9. instit. de inut. stip. l. 14. ff. de spons.

(2) Instit. de auth. tutor. y § 9. de inut. stp. l. 32. § fin. ff. de acquir. pos. cap. 7. de Desp. imp.

(3) Lex 5, de Reg. jur.

naturalmente y puede hacer mejor su condicion, pero no empeorarla (1). 3.º Es capaz de dolo y de culpa, y por consiguiente de pena, aunque será menor la que se le imponga por la debilidad de su juicio (2). Ultimamente el pupilo se obliga natural y civilmente en aquello en que ha lucrado ó se ha hecho mas rico, no tanto por el contrato como por la cosa misma; porque no es conforme á razon natural ni civil que uno se enriquezca ó lucre con pérdida de otro (3) (o).

NOTA.—Entre el impúber que se halla bajo la potestad paterna, y el que está sujeto á la tutela, hay esta diferencia: aquel no se obliga con la autoridad del padre, y este puede obligarse con la del tutor (4): se dá mas valor en este punto á la autoridad del tutor que al poder paterno, porque el pupilo siempre tiene recurso contra el tutor en caso de que la obligacion le fuese perjudicial, y no contra el padre, en razon de que el tutor es responsable al pupilo por la accion de tutela; pero al hijo no le compete accion alguna contra el padre por mala administracion de este, pues la reverencia que le es debida, le pone á cubierto de toda contienda judicial con el hijo.

El púber. Los púberes se obligan naturalmente por los contratos, y tambien civilmente si no tienen curador; pero en caso de tenerle deben alcanzar su consentimiento, aunque entre este y el contrato medie algun tiempo; y sin dicho requisito no producirá obligacion ni accion alguna por derecho civil. Esceptúase el caso en que contraten con juramento; porque sus contratos juramentados han de observarse inviolablemente segun la *auténtica Sacramenta puberum* del emperador Federico (5); de suerte que en tales casos ni aun les compete el beneficio de la *restitucion in integrum* (6). Con este motivo trataremos ahora de dicha restitucion y del juramento.

(1) Lex 25, § 1. ff. cuando dies legat. l. 127, ff. de verb. oblig. inst. de auct. tutor in princ.

(2) Lex 111, ff. de reg. jur. l. 23, ff. de furtis. C. 1. et 2. de delict. puer.

(3) L. 3. § 4. ff. ne neg. gest. leg. 5. ff. de aut. tut. l. 206. ff. de reg. jur.

(o) Aunque segun los principios del derecho romano, el próximo á la infancia y el próximo á la pubertad pueden contratar con autoridad del tutor, la práctica ha establecido en Cataluña una jurisprudencia distinta, que consiste en que los contratos de los próximos á la infancia y próximos á la pubertad los haga el tutor solo, sin intervencion del pupilo, lo mismo que si fuesen infantes; de manera que puede establecerse por regla general que los impúberes no contratan, sino que contrata el tutor en su nombre.

(4) Instit. § 9. de inut. Hip.

(5) Cod. si advers. vend.

(6) L. 101. ff. de verb. oblig. instit. de Curat. in princ. L. 3. Cod. de in integrum. rest. minor. cap. Quamvis de pactis in 6. Canc. Var. 2 Cap. n. 29.

DE LA RESTITUCION IN INTEGRUM, Y DEL JURAMENTO.

Restitucion in in- La restitucion in integrum, ó por entero, *es el restableci-*
tegrum. *miento ó reposicion en el antiguo estado*; pues el que pide
la restitucion solicita tambien ser reintegrado contra lo que contrató; por
ejemplo recuperar la cosa y restituir el precio.

¿Á quiénes com- Este beneficio compete principalmente á los meno-
pete y por cuántos res (1) y además á las iglesias, colegios, lugares pios y
años? universidades (2). Piden esta restitucion los tutores, cu-
radores, ecónomos, prelados y los demás que tienen por derecho la admi-
nistracion; pero es de advertir que los procuradores han de tener especial
poder para ello, pues no basta el general; se entiende siempre que se pida
la restitucion como cosa principal y no por incidencia (3).

NOTA.—Téngase presente que no se dá el beneficio de la restitucion si el
interesado no prueba que le ha resultado daño (4). Cuál haya de ser este se
deja á la consideracion y arbitrio del juez; lo cierto es que debe ser grave ó
notable (5).

¿En qué tiempo La restitucion debe pedirse por el menor durante el
deberá pedirse la tiempo de su menor edad, y acabada esta dentro de los
restitucion? cuatro años siguientes y continuos; por el mayor de
edad dentro de los cuatro años desde el dia del contrato (p), y por la iglesia
ó causa piadosa dentro de cuatro años desde que llegue á su noticia (6).

Juramento. Juramento es *la afirmacion ó negacion de algun hecho ó*
cosa por hacer corroborada con la ostentacion de algun objeto sagrado. Jurar no
es otra cosa sino invocar á Dios como testigo.

El juramento es de dos maneras; á saber, *judicial y extrajudicial*. El ju-
ramento judicial se divide en voluntario y necesario. El voluntario es *aquel*
que presta la parte en juicio (7). *Necesario es el que el juez ordena ó defiere á*

(1) L. 1. y todo el tit. ff. de minor. Cap. 8. de in integ. restit.

(2) Cap. 1. de in integr. rest. y en el de la Glosa, Albas y otros DD.

(3) Cap. 7. de integr. rest. L. 23, § 1, y l. 27. ff. de minor.

(4) Cap. 2 y 8. de in integr. rest. L. 7, § 9, l. 11, § 3. ff. de minor.

(5) Canc. Var. 2. Cap. 1. n. 283.

(p) Equívocadamente habla aquí Gibert del mayor de edad, puesto que los mayores no gozan del beneficio de restitucion *in integrum*.

(6) Tit. Cod. de temp. in integr. rest. Cap. 1, 2 y 3. y Clem. un. de in integr. rest.

(7) L. 1. ff. de jurejur. § 11. instit. de act.

alguna de las partes (1). El juramento extrajudicial se divide en *asertorio*, *promisorio* y *confirmatorio*. Asertorio es aquel con que juramos de pasado ó presente que el hecho ó cosa es ó no es así. El promisorio es para jurar de futuro ó cosas venideras. El confirmatorio es para corroborar una cosa prometida en un contrato, como cuando la hija renuncia á los bienes del padre, y confirma con juramento la renuncia (2) (q).

¿Qué efecto tiene el juramento prestado por el menor? El juramento prestado por el menor, esto es, púber, produce los tres efectos siguientes: 1.º Hace valer el contrato que de suyo no tendria fuerza. 2.º El menor por juramento se considera como si fuese mayor. 3.º Le priva de la restitucion de un daño moderado, diciendo que no reclamará contra el contrato por razon de menor edad.

NOTA.—Dije que ha de ser púber el menor; porque el impúber no se obliga de derecho civil por el juramento, aunque sí por derecho canónico (3). Al contrario el púber, segun la citada auténtica del emperador Federico que empieza *Sacramenta*, se obliga civilmente por el juramento.

DE ALGUNAS PERSONAS QUE NO PUEDEN CONTRATAR POR ESTAR SUJETAS Á OTRA.

TÍTULO 4.º

Personas sujetas á otra. Estas personas son principalmente de tres clases, á saber, *el religioso*, *el hijo de familia* y *el siervo*.

Los religiosos. El religioso ó monje no puede contratar á no ser que sea en beneficio del monasterio, y todo cuando adquiere es para este (4): solo se obliga en aquellas cosas en que lucra ó se hace mas rico; pues aunque puede mejorar su condicion, mas de ningun modo empeorarla.

(1) L. 17. ff. de jurejur.

(2) Cap. *quamvis* 2. de pact. in 6.

(q) Téngase presente el Decreto que se cita en el contrato de mutuo, segun el cual no puede ponerse juramento sino en los contratos traslativos de dominio, bajo pena de privacion de oficio al Notario si lo pusiere en otra clase de contratos.

(3) Arg. Cap. 1. de delict. puer.

(4) Canc. part. 3. Cap. 11. n. 236 y siguientes.

Los hijos de familia.

Hijo de familia se llama aquel que tiene padre bajo cuya potestad se halla.

NOTAS.—1.^a La potestad solo pertenece á los varones porque estos son cabeza de familia; no así la mujer que se llama fin de ella, y no la propaga. Por tanto solo el padre, abuelo ó bisabuelo paterno, y no la madre, pueden tener á los hijos bajo su potestad; y de aquí es que los nacidos de hija ó nieta de alguno no están bajo la potestad de este, sino de su padre (1) (r). 2.^a Por derecho ó constitucion de Cataluña (2) los hijos de familias, ya sean menores ya mayores, y los emancipados menores que no están casados, aunque contraigan no se obligan sin espreso consentimiento del padre; pues como por su inespriencia y fragilidad están espuestos á ser defraudados, se trató de evitar así este inconveniente; y aun cuando intervenga juramento no valen dichos contratos; pues cuando una ley ó estatuto exige en algun acto cierta solemnidad para evitar fraudes, el contrato hecho contra la dis-

(1) § Fin. instit. de patr. potest. L. Pronuntiatio 195 y 196. § 1 de verb. sign. Actualmente como por el matrimonio se disuelve la patria potestad, los hijos no pueden estar en poder del abuelo ó bisabuelo, á no ser por medio de la adopcion.

(r) En España desde la publicacion de la ley de matrimonio civil la madre tiene patria potestad sobre los hijos despues de la muerte del padre.

Es necesario proceder con mucha cautela al tratar de aplicar al territorio de Cataluña las disposiciones de la ley de matrimonio civil. Las Cortes Constituyentes por Ley decretada y sancionada en 24 de Mayo de 1870 y promulgada en 18 de Junio del mismo año autorizaron al Gobierno para publicar como ley provisional el proyecto de la de matrimonio civil presentado á dichas Cortes, *sin perjuicio de lo que se dispone por el derecho foral vigente respecto á los efectos civiles del matrimonio en cuanto á las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes*. En su consecuencia hay lugar á dudar si en Cataluña deberá reconocerse la patria potestad en la madre viuda, supuesto que el derecho romano vigente en este territorio no se la reconoce.

La resolucion de esta duda depende de que se considere al derecho romano como derecho foral, ó no, en el territorio catalan. En la Academia de Jurisprudencia y Legislacion de Barcelona se suscitó esta discusion y se dividieron los pareceres. Unos opinaban que constituyen el derecho foral de Cataluña sus Constituciones, y el derecho canónico y el romano, porque estan mandados observar en una de dichas Constituciones. Segun esta opinion la madre viuda no tendria potestad sobre sus hijos, porque la ley de matrimonio civil debiera observarse sin perjuicio de las disposiciones del derecho romano, y como este no se la dá, es evidente que no la tendria. Otros opinaron que en la espresion de derecho foral no van comprendidas mas que las Constituciones de Cataluña, y que el derecho romano y el canónico forman un derecho supletorio, pero no verdaderamente foral, porque son varias las provincias y naciones que admiten como derecho supletorio al romano, y de consiguiente no puede reputarse como *especial* del territorio catalan, que es lo que le atribuiria el carácter de foral. Es probable que la tendencia que se nota en España á unificar la legislacion haga prevalecer la segunda de estas opiniones, en cuyo caso no solo la madre viuda tendrá potestad sobre sus hijos, sino que deberán observarse otras muchas disposiciones de la ley de matrimonio civil, no empero todas, porque hay algunas que son contrarias á las Constituciones de Cataluña, y en este caso las Constituciones deben prevalecer, pues de otro modo la ley de matrimonio civil perjudicaria al derecho foral.

(2) Lib. 2. tit. 11. de menors de 25 anys. Const. 1 y 2.

posicion de dicha ley ó estatuto, no se corrobora con el juramento; lo que además está prevenido en la citada Constitucion 1.^a; y sobre la validez de esta prohibicion especial allí contenida, véase á *Cancer* (1). Sin embargo, por derecho comun se observa lo contrario, pues el hijo de familias púber puede contraer con los extraños sin consentimiento del padre (2). Digo con los extraños porque entre el padre y el hijo no puede contraerse obligacion (3), pues la voz del padre es voz del hijo (4), y la persona de aquel se reputa en derecho una misma con la de este (5), siendo claro que uno no puede obligarse respecto de sí mismo, porque toda obligacion ha de ser entre dos ó mas personas (6). No obstante entre padre é hijo hay obligacion natural (7). Además el hijo no obliga al padre, á no ser que contraiga por mandato de este (8) ó acerca de su peculio (9), con cuyo motivo paso á tratar de este.

Del peculio. Peculio se llama *lo que pertenece al hijo de familias con separacion de las cosas de su padre*; esto es, su pequeño capital ó patrimonio (10).

¿Cuántas especies hay de peculios? Hay cuatro especies de peculio: *profecticio, adventicio, castrense y casi castrense*.

Profecticio. Profecticio es *aquel que adquiere el hijo del caudal ó hacienda del padre ó con ocasion de ella*.

NOTA.—En este peculio tiene el padre la propiedad y el usufructo, y de él solo percibe el hijo dos utilidades: 1.^a que si fuere emancipado, y no se le quite espresamente este peculio, le retendrá para sí. 2.^a Que publicados ó confiscados los bienes del padre, se separa de ellos este peculio, y se conserva para los hijos (11). 3.^a El padre se obliga por el contrato del hijo segun las facultades de este peculio (12).

Adventicio. Adventicio es *aquel que proviene al hijo de familias de sucesion de su madre ú otro pariente por linea materna, ó de su propia industria ó fortuna, y no de la hacienda del padre*.

(1) Canc. Var. 2. Cap. 1. n. 4. y sig.

(2) § 6. al fin instit. de inutil. stip. L. 39. ff. de oblig. et act. L. ult. § 2. ff. de verb. obl.

(3) Dicho § 6, instit. de inutil. stip.

(4) § 4. inst. alli y § 12.

(5) L. fin Cod. de impub. , et al Subit.

(6) L. 38. § ff. de Cond. ind.

(7) L. 23. Cod. de pact.

(8) § Fin. instit. quod cum eo qui in al. § 10, instit. de act.

(9) L. 5. § 3 y 4. § de pecul.

(10) § 1, instit. per quas person.

(11) § 1. inst. per quas. pers. cuique adquir. L. 31. § 2. ff. de donad. L. 3 § 4 ff. de min.

(12) Instit. de act. § 10.

NOTA.— En este peculio tiene el hijo la propiedad ó el dominio, y el padre el usufructo (1). Con el dominio ó propiedad de este peculio consigue el hijo tres utilidades, á saber: 1.^a El padre no se lo puede quitar. 2.^a Los acreedores del padre no tienen en él derecho alguno. 3.^a Muerto el padre no debe el hijo traer á colacion este peculio con sus hermanos, aunque todos sean llamados á la sucesion del padre (2) (s).

Castrense. Peculio castrense *es aquel que adquiere el hijo de familias en la milicia armada, ó con ocasion de esta* (3).

NOTA.— Este peculio pertenece al hijo, así en la propiedad como en el usufructo, y acerca de él puede contratar aun sin dar parte al padre; pues en cuanto á este peculio se reputa como independiente, y como padre de familias (4).

Casi-castrense. Casi-castrense *es aquel que adquieren los hijos de familias en la milicia togada; esto es, en la carrera de las letras, en la profesion de las artes liberales y con salarios ó estipendios públicos, como el de asesor, abogado y otros oficios semejantes. La merced hecha por el príncipe al hijo de familias se considera como peculio casi castrense* (5).

NOTA.— Tambien puede el hijo de familias contratar sobre este peculio, pues tiene en él igual derecho que en el castrense (6).

El siervo. El siervo ó esclavo no se reputa por persona segun el derecho civil, y todo lo que adquiere es para su Señor. Digo segun derecho civil, pues por derecho natural todos los hombres son iguales. No habiendo en el día esclavos entre nosotros, no hay para que detenernos en esta materia; baste indicar que los siervos no podian obligarse (7) ni obligar al Señor sino con mandato de este, ó contratando acerca de su mismo peculio, ó cuando lo hacian en utilidad del mismo Señor (8): en lo demás se reputaban como muertos (9).

(1) L. 1, 4 y 6. Cod. de bon. quæ liber. Instit. per quas pers. § 1.

(2) L. fin. Cod. de Collat.

(s) Segun lo dispuesto en los arts. 66 y 67 de la ley de matrimonio civil, cuando el hijo no vive en compañía del padre todo lo que adquiere con su trabajo ó industria se considera peculio cuasi castrense, y no adventicio.

(3) L. 11. ff. de Castr. pec. y l. 1. Cod. del mismo tit.

(4) Instit. per quas pers.

(5) L. 7. Cod. de bon. quæ liber.

(6) § fin. inst. de nultit. testam. princ. tit. instit. quib. non est perm.

(7) § 6 inst. de inut. stip.

(8) Instit. de action. § 10. et quod cum eo qui in al. pot.

(9) L. 32. ff. de reg. jur.

DE LAS PERSONAS QUE NO PUEDEN CONTRATAR POR ALGUN DEFECTO Ó DELITO.

TÍTULO 5.º

Ocho son estas personas, á saber: *el furioso, el demente, el mudo, el sordo, el pródigo, el hereje, el apóstata y el reo de lesa Majestad.*

El furioso y el demente. Quiénes sean el furioso ó demente es bastante claro. Este último no puede contraer porque carece de razon y juicio: el furioso, por no saber lo que hace; pero si este tuviera lúcidos intervalos, puede contratar válidamente durante ellos, y mucho mas si tanto él como el demente recobrasen el juicio, ó la razon (1) (t).

El mudo y el sordo. Mudo *se llama el que no puede hablar.* Sordo *el que no oye absolutamente* (2). Estos no pueden contratar con *palabras*; el primero porque no puede espresarlas, y el segundo porque no puede oir ni entender lo que otro habla. Sin embargo tienen facultad para celebrar otros contratos, siempre que no carezcan de juicio, ya por sí, ya por medio de otra persona; pero lo mas seguro es que les nombre el juez curador como á personas miserables, que no pueden manejar sus negocios (3).

Pródigo. Pródigo *se llama el que no conoce los limites ni medida en sus gastos, y arruina con dilapidaciones su hacienda ó patrimonio.* Hay dos especies de pródigos, una de derecho y otra de hecho. Pródigo de derecho *es aquel á quien por el juez está prohibida la administracion ó manejo de todos sus bienes.* Este no puede contratar, pues se le considera como furioso y sin voluntad propia, á no ser por tener obligado á otro; pues lo que se introduce en su favor para evitar que enajene ó arruine su hacienda, no debe convertirse en detrimento suyo (4). Pródigo de hecho es aquel que *gasta con demasía lo que tiene, pero aun no le está prohibida la administracion de sus bienes, y por lo mismo puede contratar.*

(1) Instit. de inut. stip. § 8. et quibus non est. permiss. § 1.

(t) Para evitar litigios cuando el Notario se hallare en el caso de recibir contratos en que intervenga un loco en un intervalo lúcido, es conveniente que se pongan por testigos dos médicos, á fin de que puedan declarar en tiempo oportuno que el loco se hallaba en aquel momento en la plenitud de sus facultades intelectuales.

(2) Instit. de inut. stip. § 7.

(3) § 7. de la l. 1. ff. de verb. oblig. L. 1. Cod. de curat. furt. vel prodig.

(4) Inst. quib. non est. perm § 2. L. 40. ff. de regul. jur. L. 6. ff. de verb. oblig.

Hereje. El hereje es aquel que no cree lo que enseñan los cuatro Evangelios, ó la fé Católica. Este incurre en varias y gravísimas penas: se hace infame, irregular, incapaz de todo, y queda privado de todo oficio y beneficio: no puede testar, ni ser instituido heredero como veremos en su lugar: está además excomulgado, por cuya razon se le priva de todo trato ó comercio con los fieles; tampoco puede celebrar contratos, esto es, lícitamente (1) (u).

Apóstata. Apóstata es el que se aparta con pertinacia de la fe ó religion Católica que habia abrazado. Este se halla sujeto á las mismas penas que los herejes, y por consiguiente no puede contratar lícitamente (2) (v).

El reo de lesa Majestad. Llamamos reo de lesa majestad á *aquel que hace ó manifiesta algo contra el rey ó su reino*. Este es reo de muerte, y sus bienes quedan confiscados de derecho, é incurre en otras penas que son tambien trascendentales á sus hijos; sin embargo sus contratos son válidos, á menos que se anulen por sentencia (3) (x).

DE LAS COSAS QUE PUEDEN Ó NO SER MATERIA DE LOS CONTRATOS.

TÍTULO 6.º

Conviene ahora tratar de estas cosas, porque así como hay personas que no pueden contratar por las causas espresadas, del mismo modo hay cosas cuya enajenacion esta prohibida, y no pueden ser objeto de los *contratos*.

Las cosas de los menores que no pueden enajenarse. Las cosas de los menores que pueden conservarse y no se consumen con el tiempo, como las fincas, el oro, la plata, piedras preciosas y otras semejantes que no perecen á fuerza de tiempo, no pueden enajenarse sino con las debidas y legítimas solemnidades, cuya prohibicion se ha establecido en beneficio de los mismos menores (4).

(1) Arguin. de la I. 4 Cod. de hæret. et apostat.

(u) Establecida en España la libertad de cultos, queda sin efecto este impedimento para contratar; pero ya antes estaba derogado de hecho desde tiempo inmemorial.

(2) Tit. decret. de hæret. et apost.

(v) Lo que hemos dicho del hereje podemos decir del apóstata.

(3) Arg. de la I. Jul. Majest. § 3. instit. de pub. jud.

(x) Abolida hace algun tiempo la confiscacion de bienes, el reo de lesa majestad ni está privado de contratar, ni la pena que se le impone trasciende á sus hijos.

(4) Todo el título Cod. de præd. minor.

Solemnidades que se requieren para su enajenacion. Estas solemnidades son: 1.^a Causa legítima. 2.^a Decreto del juez y reconocimiento de causa; esto es, que el juez conozca si realmente hay causa justa y resulta probada (1), 3.^a Autoridad de tutor. 4.^a Pública subasta para evitar dicha sospecha de fraude.

NOTA.—La autoridad del tutor ha de interponerse en el acto, y no con intervalo, pues cuando se celebra es cuando mas se necesita (2).

Causas legítimas. Las causas legítimas son las siguientes: 1.^a Para pagar alguna deuda: quiere decir, que se haga la enajenacion cuando la deuda es urgente, y el acreedor insta para que se le pague, ó cuando por aquella está gravado el menor por intereses crecidos de usurarios. 2.^a Por causa de dote que deba dar el pupilo ó menor. 3.^a Cuando este tenga que hacer á la novia ó esposa alguna donacion *propter nuptias*. 4.^a Por necesidad suya ó de sus parientes para alimentarse (3).

NOTA.—Se omiten las espresadas solemnidades si el testador hubiere dado al pupilo facultad de vender sin ellas; porque su voluntad se observa como ley: asimismo se omiten si el pupilo hubiese impetrado licencia del príncipe para esto *especialmente* (4).

¿Qué cosas del menor pueden enajenarse? Al contrario las cosas que no pueden conservarse, y se consumen ó corrompen con el tiempo, como el vino, el aceite, los animales y otras semejantes, pueden ser enajenadas por el pupilo con sola la autoridad del tutor, omitiendo las solemnidades, porque seria difícil guardarlas sin detrimento del pupilo (5).

De las cosas sagradas. Cosa sagrada es la que está consagrada pública y no privadamente á Dios y á los Santos. Digo públicamente, porque si uno dedicase algo privadamente á Dios ó á los Santos, no se haria esto sagrado, sino profano (6).

Son de dos clases. Estas cosas sagradas son de dos clases, á saber: *muebles*, como una cruz, un cáliz, y otros utensilios ú ornamentos sacros: *inmuebles*, como una iglesia, un monasterio.

NOTA.—Aunque dichas cosas muebles están escludidas del comercio, con

(1) L. 6 y 11. Cod. de præd. minor.

(2) Instit. de auct. tutor. § 2.

(3) L. 12 y 18 Cod. de præd. minor y en ella la Glos. y los DD.

(4) L. 2 y 3. Cod. quando decret. op. non est.

(5) L. 4 Cod. quando decret. op. non est.

(6) Instit. de rer. divis. § 88. y de inutil. Stip. § 2.

todo si la iglesia tiene contra sí deudas, pueden enajenarse, debiendo observarse que si se vendieren á otros lugares santos ó religiosos, podrán enajenarse en el mismo ser y forma que tuvieren; pero si han de venderse á personas particulares, deben antes machacarse, á fin de que pierdan su primera forma y dejen de ser lo que antes eran; v. g. el cáliz, la patena, la cruz, etc (1).

Las cosas profanas de la iglesia son de dos clases. También son de dos clases las cosas profanas de la iglesia, unas *muebles* que no pueden conservarse, como los frutos, animales y otras semejantes, y estas pueden ser enajenadas por el prelado de la iglesia omitidos los requisitos. Otras *inmuebles*, que se conservan ó no se consumen, como las heredades, las casas y otras semejantes; estas no pueden enajenarse sino con las debidas solemnidades, porque lo prohíbe el derecho canónico (2), á no ser que medie justa y verdadera causa, y la legítima autoridad del superior, á saber del Obispo con beneplácito del cabildo ó del sumo Pontífice (3).

De las cosas públicas. Cosas públicas se llaman *las que están destinadas al uso público de los hombres*, como los ríos, las riberas, los puertos, y otras semejantes (4). Estas no pueden enajenarse porque están excluidas del comercio de los hombres (5).

El hombre libre. El hombre libre no puede venderse, por ser esto dañoso y contrario á la libertad (6), aunque antes estuvo permitido por derecho civil (7).

Las cosas litigiosas. Cosa litigiosa es aquella sobre cuyo dominio ó casi dominio se suscita litigio ó causa entre el demandante y el poseedor (8).

No pueden enajenarse. Estas cosas no pueden por lo comun enajenarse, á fin de que no vayan de mano en mano, y se ponga fin á los litigios. Digo *por lo comun*, porque su enajenacion es permitida en los cuatro casos siguientes: 1.º *Por causa de dote*, en razon de la utilidad pública, para que las mujeres pudiesen casarse con mayor facilidad: v. g. cuando uno dá á su hija en dote la cosa litigiosa. 2.º *Por causa de donacion propter nup-*

(1) Engel. en el tit. de las decret. de Simon. n. 17.

(2) Todo el tit. de reb. eccl. non alien.

(3) Extrav. ambitios. del mismo tit.

(4) § 2. in. sig. instit. de rer. divis.

(5) Instit. de inutil. Stip. § 2.

(6) § 2. instit. de inutil. Stip.

(7) 4. inst. de jur. pers.

(8) Autent. litigiosa res. Cod. de litig.

tias, cuando por ejemplo, se dá tal cosa en el contrato de dote. 3.º *Por causa de transaccion*, pues entonces cesa la calidad ó vicio de litigioso: v. g. cuando transige uno con otro acerca de la cosa litigiosa. 4.º *Por causa de division*, como cuando alguno tiene una cosa litigiosa en comun con sus hermanos, y llega el caso de dividirla; pues entonces interviene causa necesaria, y como por esta cesa la calidad de litigioso, es lícito dividirla (1).

Cuándo se dice la cosa litigiosa. Dicese la cosa litigiosa cuando el demandante ha entablado su accion en juicio contra el poseedor, y fué admitida la demanda; en otras palabras cuando acerca de su dominio ó casi dominio directo ó útil se disputa judicialmente entre las partes (2).

El fundo dotal. Fundo dotal se llama: *la cosa inmueble ó raiz dada por la mujer al marido en dote estimada, á causa del matrimonio contraido segun derecho.*

Fundo casi-dotal, es el que previene ó se adquiere como consecuencia de una cosa dotal. Así, por ejemplo, cuando se legaba una herencia al siervo dotal, aquella se hacia casi-dotal, y lo mismo que en este caso se observa, debe entenderse del fundo dotal (3).

¿Qué se requiere para que el fundo se diga dotal? Para que el fundo se diga dotal se requiere: 1.º Que se haya contraido el matrimonio segun derecho. 2.º Que se haya entregado en dote al marido. 3.º Que sea inmueble ó raiz, y no mueble. 4.º Que sea inestimado, y no apreciado; á menos que se haga el aprecio para que conste su valor al tiempo de la restitucion, ó á fin de que la mujer tenga la eleccion de recibir el fundo ó pedir su precio; pues en tales casos no pierde por esto su esencia de inestimado (4).

Aunque de derecho comun por la ley Julia esté prohibida la enajenacion del fundo dotal, aun consintiéndolo la mujer, sino en ciertos casos, por cuanto interesa á la república que á las mujeres queden salvas sus dotes (5); sin embargo por derecho municipal de Cataluña, puede enajenarse, con tal que haga juramento la mujer, como consta del privilegio dado por el augusto rey de Aragon D. Pedro (6). Lo mismo sucede por derecho canónico, el cual se observa en esta provincia mas que el civil (7).

(1) Canc. Var. 2. cap. 12 n. 48. y la Glos. en el cap. 1. ut. lit. pend.

(2) Canc. Var. 2. cap. 12 n. 8.

(3) L. 4. ff. de fundo dotali.

(4) Instit. quib. alien. licet. L. 1. Cod. de fun. dot. L. 9. Cod. de rei vindic. y la Glos. en la l. 1. Cod. Sol. matr.

(5) L. 1. ff. solut. matr.

(6) Recognov. Proc. cap. 10.

(7) Cap. 2. de jurejur.

La cosa ajena no puede enajenarse. En materia de prohibicion de enajenar debe observarse que la cosa ajena no puede transferirse á otro sin consentimiento de su dueño, porque ninguno puede traspasar á otro mas derecho del que él mismo tiene (1).

DE LAS OBLIGACIONES Y SU DIVISION.

TÍTULO 7.º

El órden pide que pasemos á tratar de las obligaciones que nacen de los contratos.

¿Qué es obligacion? *Obligacion es un vínculo de derecho que nos impone la necesidad de pagar alguna cosa, segun las leyes del reino.*

Esplicacion. *Vínculo*, porque liga al hombre á semejanza de los lazos naturales con que se halla uno atado, sin poder huir ó moverse hasta que se los quiten; y esto mismo sucede en lo moral con el que está obligado. Se añade de *derecho*, esto es, *civil*, del cual dimana la obligacion civil, porque la natural solo es vínculo de equidad (2), y la meramente civil es un vínculo de rigoroso ó estricto derecho (3). *Que nos impone la necesidad*, esto es, por la accion que produce la obligacion, y por eso no pertenece aquí la obligacion natural, de la cual no nace accion (4), ni la *meramente civil*; cuya accion no es obligatoria sino ineficaz (5). *De pagar alguna cosa*: esto es, de dar ó hacer algo conforme á la naturaleza de la obligacion. *Segun las leyes del reino*, con cuyas palabras se indica que en la definicion se trata de la obligacion que está recibida por derecho civil.

Varias especies de obligaciones. *La obligacion es ó natural solamente ó solamente civil, ó natural y civil juntamente. La mera obligacion natural es aquella que estriba solo en el vínculo de equidad, sin que en ella tenga parte alguna el derecho civil, como el pacto, la nuda promesa de dar algo; ó cuando el padre y el hijo, el señor y el siervo contratan; pues en estos casos solo interviene obligacion natural; porque las leyes romanas no quisieron dar fuerza obligatoria á tales pactos, de modo que se pudiese deman-*

(1) El tit. del cod. de reb. alien non alien. l. Nemo. 54. ff. de reg. jur.

(2) L. 95. § 4. ff. de solut. et liber.

(3) Instit. de excep.

(4) L. 7. § 4. ff. de pactis.

(5) L. 3. § 1. ff. de cons. pec. L. 112. ff. de reg. jur.

dar por ellos. *La obligacion meramente civil* es aquella que tiene fuerza y cierto vinculo por el derecho civil; pero la equidad natural no tolera que el que la contrajo sea obligado con todo rigor; como cuando uno con la esperanza de que se le entregue en pago alguna cantidad de dinero, confiesa haberla recibido, siendo así que en realidad no se ha verificado la entrega (1). *La obligacion civil y natural juntamente*, estriba en el vinculo de la equidad y las leyes, como cuando una persona hábil para contratar se obliga con las solemnidades que exige el derecho. Todo esto se halla bien explicado en el Vinnio, á quien consultará el que desee instruirse mas (2).

Otra division. La obligacion se divide además en *principal*, por la que se obliga uno principalmente en su nombre, cuales son las obligaciones de los reos ó deudores principales, y en *acesoria*, por lo cual uno se adhiere á la obligacion ajena quedando salva la principal, cuales son los que salen fiadores de otros (3).

¿ De dónde nacen las obligaciones naturales y civiles? Las obligaciones naturales y civiles juntamente nacen *unas de contrato*, cuando este se celebra, y del mismo dimanana la obligacion; otras *de casi-contrato*, cuando alguno administra ó maneja negocios ajenos sin mandato, como el tutor, el procurador voluntario de negocios (*Negotiorum gestor*) y otros: otras *de maleficio ó delito*, cuando alguno comete contra otro hurto ó injuria, en cuyo caso el delincuente incurre en pena, pues los delitos deben castigarse: otras *de casi-delito*, cuando alguno delinque casi directamente, como si arrojasen algo de tu casa que haga daño á alguno (4).

¿ Cuántas son las especies de obligaciones que dimanana de contrato? Son varias las especies de obligaciones que dimanana de contrato; pues se contraen ó con *las cosas* ó con *las palabras*, ó con *la escritura*, ó con *el consentimiento* (5). Se contrata con *las cosas* porque no producen obligacion hasta que se verifica la entrega de la cosa, como en el mutuo ó empréstito, en el comodato, en el depósito, en la prenda (6), etc. *Con las palabras* porque reciben su fuerza de la fórmula de las palabras, como en la estipulacion (7), (8).

(1) Instit. de liter. Oblig.

(2) Vinn. en el princip. del tit. de instit. de oblig.

(3) Instit. de fidejuss. al princip.

(4) Instit. de oblig. que quasi ex delict. etc.

(5) Instit. de oblig. § 2.

(6) Instit. quib. mod. re contr. oblig.

(7) Instit. de verb. oblig. et de inutil. stip.

(8) Segun la ley 1, tit. 1, lib. 10 de N. R. de todo pacto serio ó formal nace obligacion civil y accion, de modo que entre nosotros no se conoce la diferencia entre pactos y estipulaciones. Así que toda la doctrina del autor relativamente á estas sutilezas del derecho romano viene á ser inútil en el dia. N. T.

Con la *escritura*, porque estriban en la sustancia de esta, como es la obligación literal (1). Con el *consentimiento*; así sucede en los contratos que nada necesitan para su perfeccion mas que el consentimiento, como la compra y venta, la locacion y conduccion, la sociedad, el matrimonio, etc. (2).

¿Cómo se disuelve la obligación? La obligación se disuelve con la *paga*, la *aceptilacion*, la *novacion* y el *disenso*. Sin embargo debe notarse que hay otros muchos modos de disolver las obligaciones, como la *compensacion*, la *confusion*, la *obligacion el juramento*, la *pérdida de la cosa*, el *pacto de no pedir*, etc.; de estos los cuatro primeros están mas en uso, y de los mismos se trata en la Instituta (3).

DE LA HIPOTECA Y DE LA PRENDA.

TÍTULO 8.º

Aquí corresponde tratar particularmente de la hipoteca y de la prenda, por ser uno de aquellos contratos que se perfeccionan con la entrega de la cosa.

Definicion de la hipoteca. *Hipoteca es: una obligación tácita ó espresa de los bienes para seguridad del crédito (y).*

Explicacion. *Obligacion de bienes*: se entiende inmuebles, porque la hipoteca no puede constituirse sobre los muebles (4), aunque en rigor no hay diferencia sino solo en las palabras (5). *Tácita ó espresa*, para denotar que es de dos clases, una tácita, y espresa la otra.

Hipotecas espresas. Se contrae *hipoteca espresa*, cuando alguno obliga sus bienes por escritura; y esta hipoteca se subdivide en general y especial. La primera es *una obligación de todos los bienes*: la segunda *lo es solo de los bienes determinados*.

(1) Instit. de liter. oblig.

(2) Instit. de oblig. ex consens. y sig.

(3) Instit. quid. mod. toll. oblig.

(y) Deben omitirse las palabras *tácita ó espresa*, porque en el día no puede haber hipotecas tácitas.

(4) Instit. de action. § 7.

(5) L. 7. § 1. ff. de pign.

Tácita. Hipoteca tácita es, cuando sin espresas palabras de los contratantes se induce ó presume en fuerza y potestad de la ley; como la mujer que tiene hipotecados tácitamente los bienes del marido por su dote, etc.; acerca de las cuales véanse los títulos del Código y Digesto *In quibus causis pignus vel hipoteca tacite contrahantur* (z).

(z) No hay en el día hipotecas tácitas, y se ha prohibido también la general, de modo que toda hipoteca debe ser especial y espresa. La división de la hipoteca es hoy pues en *legal y voluntaria*. Se llama hipoteca legal aquella que se constituye por disposición de la ley, y voluntaria la que se constituye por voluntad de las partes. Una y otra deben ser especiales, habiéndose prohibido á los Notarios el poner en nign contrato hipoteca general.

Los contratos en que se constituye hipoteca deben inscribirse en el Registro de la propiedad, otramente no tendría el acreedor un derecho real contra tercero, y la preferencia de los créditos no se cuenta según el día del contrato, sino según el día del registro.

No son únicamente los contratos de constitución de hipoteca los que deben inscribirse en el Registro, sino todos los títulos traslativos de dominio de bienes inmuebles, y todos aquellos en que se constituya, reconozca, traslade, modifique ó estinga algun derecho real sobre bienes de dicha clase. Para que puedan ser inscriptos los títulos espresados deberán estar consignados en escritura pública.

La presentación en el registro no tiene tiempo señalado, pero la preferencia de derecho deriva del tiempo de la presentación y no del de la escritura.

Existe una Instrucción dirigida á los Notarios para redactar los instrumentos públicos sujetos á registro, y en ella se prefijan los requisitos que deben contener las escrituras que deben inscribirse, y son los siguientes:

Los contratantes han de designarse con el nombre, apellido paterno y materno, profesión, domicilio, edad y estado.

Deben espresarse las circunstancias que determinen su capacidad para contratar. Los Notarios han inventado al efecto una cláusula: la que ha sido adoptada por la Academia del Notariado catalán es la siguiente: «asegurando y apareciendo tener la capacidad legal necesaria para celebrar este contrato.»

Los bienes inmuebles que se enajenan ó gravan deben describirse con todos sus detalles. Si es una finca urbana ha de espresarse la población en que está situada, la calle y el número, y los lindes por derecha, izquierda y espalda, á los cuales la Academia del Notariado catalán acordó añadir el señalamiento de los cuatro puntos cardinales para mayor precisión. Si es una finca rústica se espresa el nombre con que es conocida, su situación, el término del pueblo en que radica, su calidad y su medida exacta ó aproximada, y los lindes por sus cuatro puntos cardinales. También exige la Instrucción que se ponga la medida en las fincas urbanas, pero en estas cuando no han sido medidas por arquitecto, no es posible cumplir con esta prevención, porque una casa no es susceptible de la medida por aproximación, y se cumple poniendo en la escritura una cláusula en que se dice que el Notario ha advertido á las partes la conveniencia de señalar la medida exacta ó aproximada y que no han podido verificarlo por las dilaciones y gastos que esto les traería.

Tanto en las fincas rústicas como en las urbanas se han de enumerar todas las cargas que afecten á las mismas, tanto las cargas intrínsecas, que son los dominios directos y medianos y los censos, como las extrínsecas, que son los censales y debitorios, ó sea en general todas las hipotecas.

Ultimamente deben espresarse los títulos de pertenencia del inmueble ó derecho real que es objeto del contrato. Según la ley hipotecaria basta espresar el último título, es decir el inmediato, pero debe ser inscrito. No obstante los Notarios, siempre que el título inmediato no sea un contrato traslativo de dominio, sino un título universal, van citando los títulos anteriores hasta llegar á un título singular.

Prenda. La prenda, es un contrato por el que se entrega al acreedor una cosa mueble para seguridad del crédito, pagando el cual se ha de restituir aquella.

Al final de la escritura el Notario ha de advertir á las partes que aquel instrumento deberá presentarse en el registro de la propiedad del partido en donde radican los inmuebles á que hace referencia, sin cuyo requisito no será admitido en los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, en los Consejos y en las oficinas del Gobierno para hacer efectivo en perjuicio de tercero el derecho que debió ser inscripto, y que el contrato en ella contenido no podrá oponerse ni perjudicar á tercero sino desde la fecha de su inscripcion en el registro.

Está mandado asimismo que en las fincas que se enajenen ó graven se salve al Estado, á la provincia y al municipio la hipoteca legal que les compete con preferencia sobre cualquier otro acreedor para el cobro de la última anualidad de la contribucion. Y si la finca está asegurada de incendios, debe salvarse á favor del asegurador la hipoteca legal que le compete, tambien con preferencia sobre cualquier otro acreedor para el cobro de los premios del seguro de los dos últimos años ó por los dos últimos dividendos repartidos. Estas son las dos únicas hipotecas privilegiadas; las demás se gradúan por el órden de las fechas de la inscripcion.

Las hipotecas legales que establece la ley hipotecaria son las siguientes:

1.^a En favor de las mujeres casadas sobre los bienes de sus maridos por la dote que les haya sido entregada solemnemente bajo fé de Notario, por la donacion *propter nuptias* que el marido les haya ofrecido en calidad de aumento de dote, y por los parafernales que con la solemnidad anteriormente dicha hayan entregado á sus maridos.

2.^a En favor de los hijos sobre los bienes de sus padres por los que estos deben reservarles segun las leyes y por los de su peculio.

3.^a En favor de los hijos del primer matrimonio sobre los bienes de su padrastro por os que la madre haya administrado ó administre ó por los que deba reservarles.

4.^a En favor de los menores, locos, dementes y pródigos sobre los bienes de sus tutores ó curadores por la responsabilidad de su administracion.

5.^a En favor del Estado, de las provincias y de los pueblos sobre los bienes de los que contraten con ellos ó administren sus intereses por las responsabilidades que contrajeren.

Tambien tienen el Estado la provincia y el municipio hipoteca legal sobre los bienes de los contribuyentes por el importe de una anualidad vencida de los impuestos que graviten sobre ellos. Esta hipoteca es privilegiada y tiene preferencia sobre todas las demás, aunque sean anteriores.

6.^a En favor de los aseguradores sobre los bienes asegurados por los premios del seguro de dos años, ó por los dos últimos dividendos si el seguro fuere mutuo. Esta hipoteca tambien es privilegiada.

La hipoteca legal dá el derecho á aquel que la tiene concedida de exigir la constitucion de una hipoteca especial suficiente para la garantía de su derecho.

El Notario ante quien se otorgue un contrato del cual resulte derecho de hipoteca legal por razon de dote, donacion *propter nuptias*, bienes reservables, ó de peculio ú otra cualquiera de las establecidas por la ley tiene el deber de enterar á la persona á cuyo favor lo constituya la ley, si interviniese en el acto, del derecho que le compete para exigir una hipoteca especial suficiente, y al gravado con esta obligacion, tambien si concurriere al acto, de la que la ley le impone de darla si poseyere bienes hipotecables. El Notario ha de hacer constar en el instrumento que ha hecho esta advertencia, y el resultado que ha producido.

Si el que debe constituir la hipoteca careciere de bienes inmuebles lo declarará así, obligándose á hipotecar los primeros inmuebles que adquiera. Si los que poseyere no fuesen suficientes, hipotecará los que tenga y prometerá completar la hipoteca con los demás que adquiera en lo sucesivo.

No puede otorgarse ninguna escritura de hipoteca legal, en caso de poseer bienes hipo-

¿En qué se diferencia de la hipoteca?

Diferenciase de la hipoteca la prenda, en que la hipoteca se hace de cosa inmueble y no entregada; y la prenda de cosa mueble con entrega. La palabra latina *pignus* (prenda), viene de *pugno* (puño), porque las cosas que se dan en prenda se entregan con la mano (1).

¿Se podrá el acreedor vender la prenda?

Puede venderse la prenda por el acreedor si se pactare así entre el mismo y el deudor; porque como hemos dicho, los contratos reciben su fuerza del convenio; pero si no se hubiese así pactado, entonces debe interpelar el acreedor al deudor por que rescate la prenda, ó le pague la deuda; y si no lo hiciere dentro del tiempo prefijado por la ley podrá muy bien vender la prenda (2).

tecables el que deba constituirla, sin que la hipoteca quede constituida, y admitida como suficiente por la persona que tenga la obligación ó el derecho de hacerlo. Se exceptúa la hipoteca legal que compete á la mujer por su dote, donacion *propter nuptias* ó bienes parafernales entregados al marido, si la mujer es casada, mayor de edad y dueña de la dote, pues en este caso puede dejar de exigirla, y el Notario lo hace constar así despues de haberle enterado de su derecho. Si la mujer es menor, su padre ó madre, ó su curador tienen el deber de exigir la hipoteca y no pueden eludirlo.

Quando de algun contrato resultare hipoteca legal y esta no se hubiere constituido, el Notario dará conocimiento el Registrador del instrumento otorgado dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes por medio de oficio, en el cual hará una sucinta reseña de la obligación contraída, de los nombres, calidad, estado y domicilio de los otorgantes y de la manifestacion que estos hubieren hecho en virtud de la advertencia relativa á la hipoteca legal.

Siempre que de un contrato resulte un derecho en favor de un tercero que no se halle presente al verificarlo, el Notario tiene la obligación de enviarlo directamente al Registro para su inscripcion. Esto hace que en Cataluña casi todos los contratos deban ser remitidos al Registro por el mismo Notario autorizante, pues siendo casi todas las fincas de origen enfiteútico y teniendo el gravámen del dominio directo, resulta de la mayor parte de las escrituras el derecho de laudemio á favor del Señor Directo que no está presente en la otorgacion de la escritura.

La hipoteca en los préstamos con interés cuando pasa á tercero no responde sino de las pensiones de dos años y la prorata del corriente, sin perjuicio de la accion personal contra el deudor para exigirle las demas pensiones que se adeuden. El Notario debe poner esta advertencia en las escrituras de préstamos con interés y en todas las que establezcan una pensión anual.

En toda escritura en que se estipulare alguna obligación sujeta á condiciones suspensivas ó resolutorias, el Notario espresará haber enterado á las partes de que el cumplimiento de dichas condiciones cuando se verifique no perjudicará á tercero si no se hiciere constar en el registro.

Quando se hipotecan dos ó más fincas para la seguridad de una sola obligación debe distribuirse entre ellas el importe de la misma.

No es necesario fijar el valor de las fincas que se hipotecan ó que se describen en inventario. La Instruccion solo encarga á los Notarios que *procuren* hacerlo, pero no les obliga.

La ley hipotecaria se propone asegurar los intereses de los terceros, y sus bases son la *publicidad* y la *especialidad*.

(1) L. 238, § 2 ff. de verb. sign.

(2) Véanse los títulos del Código y Digesto de distraccionem pignoris.

¿Se prohíbe en las prendas el pacto de la ley comisoría?

Si interviniese en las prendas el pacto de la ley comisoría (del cual se hablará en el tit. 12, donde se trata de los pactos), esto es, si dentro de cierto tiempo no se rescatase la prenda, pase el dominio de esta al acreedor; no vale, porque semejante pacto está prohibido por derecho como contrario á las buenas costumbres, en razon de que la prenda suele ser de mayor valor que el débito, porque el deudor obligado por la necesidad dá en prendas una cosa de grande estimacion. No obstante, si se pactare que el acreedor no pagándole la debida cantidad posea por derecho de venta la cosa y esta se estime por su justo precio no está prohibido tal pacto, porque cesa la causa de la prohibicion, y sin aquella no tiene lugar esta (1).

¿Se prohíbe el pacto de Anticre- seos?

El pacto de Anticreos, por el cual el acreedor puede usar de la prenda hasta que se le pague el débito, sin que entren en cuenta para estincion de este los frutos percibidos, está reprobado por derecho canónico como usurario (2), y solo se permite en algunos casos especiales (3): sea lo que quiera del derecho civil (4).

DE LAS ESTIPULACIONES Ú OBLIGACIONES VERBALES.

TÍTULO 9.º

Habiéndose tratado de las obligaciones que se perfeccionan con la entrega de la cosa, es consiguiente ahora que hablemos de aquellas que se contraen con las palabras.

Estipulacion.

La Estipulacion es una fórmula de palabras con las cuales un sugeto á quien se pregunta responde que dará ó hará aquello mismo sobre lo que fuere preguntado (5).

Explicacion.

Fórmula de palabras, porque se contrata con estas, á saber, con interrogacion de parte del estipulante, y con respuesta de parte

(1) L. 3. Cod. de pact. dign. L. 16, § fin. ff. de pign. cap. 7. de pign.

(2) Cap. 1 y 2, de usuris, con la exposicion de los intérpretes.

(3) Cap. 1, de feud. y Cap. salubriter. 16, de usuris.

(4) L. 11, § 1. ff. de pign. L. 17, Cod. de usur. L. 1. 2 y 3. Cod. de pign. act.

(5) L. 5, § 1. ff. de verb. oblig.

del promitente (*). *Que dará ó hará*; porque la estipulacion no puede hacerse por palabras de tiempo presente sino de futuro. *Aquello mismo sobre que fuere preguntado*; porque uno y otro contratante deben hallarse presentes para preguntar y responder cara á cara (1).

¿De cuántos modos se hace la estipulacion? La estipulacion se hace *puramente* para cierto día y bajo de condicion. Se hace *puramente*, esto es, sin ningun aditamento de tiempo ó condicion: v. g. ¿prometes darme cien pesos? *Para cierto dia*, cuando se prefija este, cierto tiempo, en que se ha de pagar el dinero, ó se ha de hacer lo prometido: v. g. ¿prometes darme cien doblones para el dia tantos, etc.? *Bajo de condicion*, cuando la obligacion se hace depender del algun caso ó suceso, esto es, en caso de verificarse ó no verificarse alguna cosa, por ejemplo: si viniere mi padre, prometo dar cien duros (2).

Condicion. Condicion es: *algun acontecimiento futuro hasta el cual se suspende la promesa ó disposicion*: es de tres clases, á saber: casual, potestativa, y mixta. Condicion casual es la que se refiere á algun caso incierto; como si llegase el buque, etc. Potestativa es aquella cuyo cumplimiento pende de la voluntad de alguna persona; v. g. si Pedro diere libertad á su esclavo. La mixta pende en parte del acaso y en parte de la voluntad de otro: v. g. si fueres á la ciudad cuando sea gobernador T (3).

¿De cuántos modos se inutiliza la estipulacion? Las estipulaciones se inutilizan: 1.º Mediando un grande intervalo entre la pregunta y la respuesta, porque esta debe seguir inmediatamente á aquella (4). 2.º Por razon del disenso ó la diversidad, como si el estipulante pregunta una cosa y el promitente responde otra distinta, porque en tal caso no coincide el consentimiento de ambos en la misma cosa: v. g. ¿Prometes dar cien doblones si viniere el rey? y tú respondieses: lo prometo si no viniere (5). 3.º Por la imposibilidad de la condicion, pues se presume que nada trataron los contratantes cuando pusieron una condicion, cuyo cumplimiento les constaba ser imposible (6). 4.º Por razon de causa torpe ó criminal, como si estipula-

(*) En virtud de lo dispuesto en la ley 1, tit. 1, lib. 10 Nov. Recop. no es necesaria la formalidad de palabras en la estipulacion, y por consiguiente lo que se espresa en este título es aplicable á toda clase de obligaciones.

(1) L. 3 y 10. Cod. de contr. et com. stipul. L. 1. ff. de verb. obli. Instit. en el mismo tit.

(2) Instit. de verb. obli. § 2.

(3) Instit. de verb. obli. § 4. Véase sobre ello á Vinnio.

(4) L. 137. ff. de verb. oblig. L. 12. ff. de duobus reis.

(5) Instit. de inutil. stip. § 10. Si impossibilis. L. 7 y 26. ff. de verb. oblig. 155 y 181. ff. de reg. jur.

(6) Instit. de inutil. stip. § 5 y 22.

se uno cometer sacrilegio, hurto ú homicidio; pues lo que se promete por causa torpe no debe cumplirse (1). 5.º Por razon de miedo, como si movido por él estipulo; pues entonces se presume que falta el consentimiento (2). 6.º Por causa de ausencia, porque no puede haber contestacion de una y otra parte en pregunta y respuesta (3). 7.º Por razon de tercera persona, como si yo preguntase: ¿prometes que Francisco me dará tal cosa? y otro respondiese, lo prometo; pues cualquiera debe responder de sí ó de sus cosas si queremos tenerle obligado (4).

NOTA.—Aunque se ha dicho que la estipulacion se hace inútil por razon de tercera persona, sin embargo si el promitente se ofreciese á verificar que otro dé ó haga lo estipulado, entonces será válida la estipulacion; pues no promete un hecho ajeno sino propio, y en tal caso se obligará á pagar el interés si no se verificase lo que prometió (5).

DE LOS FIADORES.

TÍTULO 10.

Habiendo tratado de la obligacion principal, siguese por su órden que hablemos de la accesoria, la cual se contrae tambien con palabras.

Fiador. *Fiador es aquel que interpone su fé ó crédito por otro para mayor seguridad de la deuda, quedando sin embargo obligado el deudor principal.*

Esplicacion. *Es aquel, no aquella, pues la mujer no puede ser fiadora por la fragilidad del sexo, cuyo beneficio debe al senado consulto Velezano, como se verá adelante en el tit. 15. Que interpone su fé y crédito por otro: no la fé ó el crédito ajeno; pues ninguno puede fiando interponer la fé de otro. Para mayor seguridad de la deuda, esto es, á fin de que se afiance mas el acreedor su crédito. Quedando sin embargo obligado el deudor principal,*

- (1) Instit. de inutil. stip. § Quod turpi 15. L. 26. ff. de verb. oblig.
- (2) L. 5. Cod. de inutil. stip.
- (3) Inst. de inut. stip. § item. verb. oblig.
- (4) Inst. de inut. stip. § 3.
- (5) Inst. de inut. stip. § 3.

porque este debe siempre estar obligado *natural ó civilmente*; pues sin lo principal no puede subsistir lo accesorio (aa).

¿Quiénes pueden ser fiadores? **Fiadores** pueden ser todos aquellos á quienes no se les prohiben las leyes, y tienen esta prohibicion todas las personas que no pueden contratar.

¿Qué es fianza? **Fianza** es un *contrato verbal* (*) que se hace con objeto de asegurar la obligacion ajena.

¿Qué se requiere para que sea válida la fianza? **Para que la fianza sea válida** se requiere: 1.º Que el fiador sea persona capaz de obligarse, porque si fuese incapaz ó inhábil, seria inútil la obligacion. 2.º Que se obligue por estipulacion, porque esta es de esencia de la fianza, y sin ella no tiene efecto (**). 3.º Que el principal se obligue natural ó civilmente, pues donde no hay obligacion principal, no puede haberle accesorio. 4.º Que el fiador no se obligue en *mas* que el principal; porque la obligacion del fiador es un aditamento á la obligacion principal, y no puede haber en él, que en esta (1).

¿El *mas* en la fianza de cuántos modos se entiende? **El *mas* en la fianza** de que acabo de hablar, se entiende en el derecho de cuatro modos. 1.º En la *cosa*, como si el principal se obliga en cinco, y el fiador en diez. 2.º En el *lugar*: como si el principal se obligase á pagar en Barcelona y el fiador en Gerona. 3.º En el *tiempo*: v. g. si el principal prometiese pagar dentro de cuatro meses, y el fiador dentro de tres. 4.º En la *causa*, como si el principal se obligase bajo de condicion, y el fiador pura ó simplemente (2).

NOTAS.—1.ª Aunque el fiador no pueda obligarse en *mas* que el principal, puede sin embargo obligarse *mas* eficazmente, á saber, natural y civilmente (3).

2.ª El fiador puede muy bien obligarse en *menos* que el principal deudor, pues no es necesario que lo accesorio iguale á lo principal (4).

3.ª De lo dicho se infiere que el escribano puede muy bien hacer un ins-

(aa) En esta última circunstancia se diferencia la fianza de la expromision, que es la obligacion que contrae una persona de pagar una deuda ajena, dejando libre de ella al deudor principal.

(*) Tampoco son necesarias las palabras en este contrato en virtud de la ley 1, tit. 1, lib. 10 Nov. Recop.

(**) En el dia la estipulacion no es de esencia de la fianza, ni de ningun otro contrato, segun la ley 1, tit. 1, lib. 10. Nov. Recop.

(1) Instit. de fidejuss. 1. § 3.

(2) L. 8. § 7. L. 70. ff. de fidejuss. § 5. Inst. en el mismo tit.

(3) Instit. de fidej. § 1.

(4) § 5. Inst. L. 34. ff. de fidejuss.

trumento en que el fiador se obligue con cláusulas guarentigias, y de hipoteca, aunque el principal se obligue sin ellas.

4.º Nada importa para la validez de la fianza que el escribano reciba al fiador antes que firme el principal; porque no es de esencia el orden del tiempo, sino las circunstancias ó condiciones de la obligacion (1), aunque Comes sea de opinion contraria (2).

DE LAS ACCIONES.

TÍTULO 11.

Explicada ya la materia de obligaciones, resta ahora tratar de las acciones, por cuanto estas dimanar de las obligaciones y de los contratos.

Accion. *La accion es el derecho de demandar judicialmente lo que á cada uno se le debe* (3).

Explicacion. El *derecho*, aquí no solo significa la facultad de proceder concedida por derecho al acreedor, sino tambien el acto mismo. De *demandar judicialmente*, esto es, ante el juez ó magistrado á quien corresponde el conocimiento de la causa. *Lo que á cada uno se le debe*; porque la accion no fué introducida por otra cosa sino para que á cada cual se le otorgue su derecho, y es el medio con que se consigue este fin.

Division de las acciones. Las acciones se dividen de varios modos. Unas son *personales*, otras *reales*, y otras *mixtas*. *Accion personal*, es la que nace de contrato, casi-contrato, delito ó casi-delito; que es cuando se procede contra una persona por uno de estos cuatro títulos (bb). *Accion real*, es la que no proviene de contrato, sino del dominio útil y directo; como cuando alguno pide ó vindica una cosa por derecho de pleno dominio ó de dominio útil solamente (cc). *Mixta*, es la que contiene una y otra, esto es,

(1) Véase el § Ante heredis 34. Inst. de legatis.

(2) Com. tom. 1, cap. 20, § 11, n. 71 y 72.

(3) Princip. de la Inst. de acción.

(bb) De los contratos nominados nace siempre la accion del mismo nombre, y de los innominados la de *præscriptis verbis* ó sea de palabras prescritas.

(cc) Mejor se diria que accion real es la que proviene de algun derecho real. Del dominio nace la accion *reivindicatoria*; de la posesion de buena fé la *publiciana*; del dominio perdido por prescripcion cuando el que lo perdió estaba ausente por causa de la república; la *rescisoria*, con la cual pide se rescinda la prescripcion y recobra el dominio. De la herencia nace la *peticion de herencia* y la *queja de testamento inoficioso*. De las servidumbres nacen las acciones *confesoria* y *negatoria*; y de la prenda é hipoteca la *serviana* que ya no está en uso, y la *quasi serviana* llamada en el día *hipotecaria*, con la cual el acreedor persigue la prenda ó hipoteca en poder de quienquiera se halle.

la real y personal, cuales son las acciones de division de herencia (llamada por los romanos *familiae ersiscundæ*), la de division de una cosa comun, y la de señalamiento de mojones ó linderos (1). Dábase en lo antiguo á la accion real el nombre *vindicacion*, y á la personal el de *condicion* (2).

Otra division. La 2.^a division de las acciones es en *directas* y *útiles*. *Accion directa*, es la que dimana de la ley ó de las palabras de esta; como del comodato, depósito y otros semejantes. *Útil* es la que se introdujo por equidad á falta de riguroso derecho, como el que encerraba á un siervo de otro para que pereciese de hambre, el cual era perseguido ó demandado con la accion útil procedente de la ley Aquilia (3).

La 3.^a division de las acciones es en *ordinarias*, *extraordinarias* y *de palabras prescritis*. *Accion ordinaria* es la que nace de los contratos nominados. *Extraordinaria*, la que dimana del oficio del juez. La de *palabras prescritis*, es la que proviene del contrato de permuta, y regularmente de todos los nominados.

La 4.^a division de las acciones es en *pretorias* y *civiles*. *Pretorias* eran aquellas que el Pretor inventaba y ponía en sus edictos, usando de su autoridad, y eran así reales como personales. *Civiles* son las que traen su origen del derecho ó causas civiles (4).

Hay además de las dichas otras muchas divisiones de acciones, que omito porque pueden servir de poco para nuestro propósito. Si alguno desee conocer la naturaleza de cada una de ellas, consulte los autores que tratan de esta materia.

DE LOS PACTOS Y SUS DIVISIONES.

TÍTULO 12.

Pasemos ahora á la esplicacion de los pactos que suelen ponerse en los contratos, como materia preliminar para los tratados siguientes.

Pacto. El pacto es el *consentimiento ó convenio de dos ó mas personas para dar ó hacer alguna de ellas cierta cosa á la otra* (5).

(1) § Omnium 1. y quædam. 20. Instit. de act.

(2) § 15. Instit. de act.

(3) § Ceterum 16. Instit. de leg. aquil.

(4) § Sed istæ 3. Instit. de act.

(5) L. 1. § 2. ff. de pact.

Explicacion. Se dice *consentimiento*, porque con este se perfecciona el pacto (1). *De dos ó mas personas*, porque en el pacto es necesario que intervengan dos ó mas, y que consientan. *Para dar ó hacer*, pues si no fuere el consentimiento acerca de dar ó hacer algo, como si dos conviniesen en que el hombre es una criatura racional, ó cosa semejante, no hay pacto; pues por tal consentimiento no se obliga uno á otro. *Alguna de ellas cierta cosa á la otra*; pues si se convinieren en que un tercero, v. g. Pedro da algo á uno de los contrayentes, no hay pacto, pues ninguno puede pactar por otro (2).

Especies de pactos. Hay diversas especies de pactos, á saber: *útiles, inútiles, nudos, vestidos, gratuitos, no gratuitos, espresos, tácitos, sustanciales, naturales, accidentales, segun ley, contra ley, y fuera de ley.*

Pactos útiles. *Pactos útiles*, son aquellos en que intervienen personas hábiles para pactar y obligarse; que versan sobre cosas que pueden ser materia ú objeto de contrato, y en los cuales se observa el orden prescrito por el derecho.

Inútiles. *Inútiles* son aquellos en que pactan personas inhábiles para contratar, ó en que se trata de cosas que no pueden ser objeto de contrato, ó en los cuales no se guarda el orden del derecho.

Los pactos inútiles se hacen de seis modos. De seis modos pueden hacerse los pactos inútiles. 1.º *Por miedo*; como si uno pactare obligado por miedo de la muerte ó de algun otro peligro (3). 2.º *Por dolo malo*; como cuando se hace pacto para engañar á otro con astucia y ficcion (4). 3.º *Contra constituciones*; como si un abogado ó procurador pactase con el cliente ó litigante que haya de darle por salario una parte del valor de las cosas que se litigan (5). 4.º *Contra el edicto del Pretor*; como si se pactase que puede uno robar sin incurrir en pena. 5.º *Contra las leyes*; como si se pactase que el predio ó finca del menor se enajene sin las debidas solemnidades. 6.º *En fraude de las mismas leyes*; cuando se pacta, no contra las palabras espresas de la ley, sino contra el espíritu de ella, y por consiguiente es un fraude de la misma, como si el tutor que no puede comprar una cosa del pupilo, la comprare por conducto de una tercera persona: si al hijo de familias se diere prestado, no dinero, sino otra cosa, la cual vendida pueda usar del dinero; lo que es en fraude de la ley, ó del senado consulto

(1) Dicha L. 1. § 3.

(2) § 4. Instit. de inut. stip.

(3) Tit. ff. Quod metus causa.

(4) L. 7. § 11. ff. de pact. L. 36, ff. de verb. obli.

(5) L. Per diversas 22 y sig. Cod. mand.

que lo prohibe (1); pues uno y otro es contra la ley y de consiguiente nulo (2) (dd).

Pactos nudos. Los pactos *nudos*, son aquellos que no contienen causa, ni valen para proceder en juicio, á fin de que los hombres no sean fácilmente sorprendidos y engañados por una palabras pronunciadas con ligereza. No obstante sirven para defendernos y libertarnos; pues aunque regularmente no producen accion, pero si escepcion (3). Con todo, por derecho canónico (el cual se sigue en Cataluña mas bien que el civil), es mas probable que los pactos nudos producen accion (4), cuya opinion siguen comunmente los canonistas (5), bien que como observa Reiff apenas se hacen hoy entre los hombres tales pactos nudos (*).

Pactos vestidos ó reforzados. Los pactos *vestidos*, que están reforzados con las solemnidades legales, son útiles para obligar y proceder en juicio: llámanse por otro nombre *contratos ó convenios* (6) *con causa*.

Vestir los pactos no es otra cosa que darles causa, virtud ó eficacia de obligar, siendo así que no la tienen por sí mismos; lo cual acontece: 1.º *Con las cosas*, como en el mútuo y en el comodato. 2.º *Con las palabras*, como en la estipulacion. 3.º *Con la escritura*, como en el contrato, para cuya constitucion es necesaria la escritura ó instrumento público. 4.º *Con el consentimiento*, como en la venta y el arrendamiento. De estos cuatro modos los

(1) L. 3. § pen. ff. al senado cons. Maced.

(2) L. 29 y 30. ff. de legibus. L. 5. Cod. en el mismo tit. Cap. 84 y 85 de reg. jur.

(dd) Hay cinco especies de fraude á la ley: 1.º Por cambio de persona, al cual llamaban los antiguos *de persona ad personam*: cuando el que no puede contratar por sí lo verifica por medio de otra persona, v. g. si el tutor que no puede comprar una cosa del pupilo la comprare por conducto de un amigo que afecta quererla para sí: 2.º Por cambio de la cosa, ó sea *de re ad rem*: cuando no pudiendo una cosa ser objeto de contrato se pone otra en su lugar para reemplazarla despues con la que se deseaba, por ejemplo si al hijo de familia á quien no se puede prestar dinero sin consentimiento de su padre, se le presta otra cosa para que vendiéndola obtenga el dinero que queria: 3.º Por cambio de contrato ó *de contractu ad contractum*: cuando se hace un contrato por otro, v. g. si en lugar de poner á la mujer por fiadora de su marido, se hace figurar á la mujer como principal y al marido como fiador: 4.º Por cambio de nombre, ó sea *de nomine ad nomen*, cuando con el nombre de interés se estipulan usuras, bien que en el dia civilmente no las hay: 5.º Por cambio del hecho, es decir *de facto ad factum*; por ejemplo si te vendí una esclava con la condicion de que no la pusieses en un lupanar, y tú no la pusiste en un lupanar, sino en un meson donde sabias por sus circunstancias especiales que la conducirian á la disolucion como en aquel.

(3) L. 7. § 4. ff. de pact.

(4) Engel al tit. de pact. n. 10. Reiff allí. n. 31.

(5) Reiff en dicho lugar n. 56.

(*) Tambien produce accion por derecho Español. Véase la ley 1.ª tit. 1, lib. 10 de la Nov. Recop.

(6) L. 7, § 2. ff. de pactis.

pactos no son en realidad otra cosa que los contratos mismos (1). 5.º *Con la coherencia del contrato*, como si con ocasion de un contrato se hiciere algun pacto en seguida, el cual de otro modo sería nulo: v. g. Si vendes una casa, y pactas que has de habitar en ella desde entonces hasta cumplir un año (2). 6.º *Con intervencion de cosa*, como por ejemplo, te daré un caballo si me dieras una mula, lo cual sucede en los contratos innominados; pues no se dá accion ninguna desde el principio, sino despues que interviene y se entrega la cosa (3). 7.º *Con dar principio á lo pactado*, como si prometiere yo construir á mi costa un edificio para el público: hasta aquí no hay mas que una mera promesa, pues falta causa; pero si empecé á edificar estoy obligado á acabar la obra. 8.º *Con auxilio de la ley*, como en la donacion, la dote y otros semejantes, que aunque son nudos pactos, se refuerzan por auxilio de la ley (4). 9.º *Con juramento*, como cuando el siervo manumitido promete con juramento sus labores ó tareas, y en general han de observarse todos los pactos juramentados; con tal que el juramento no sea arrancado por la fuerza ni con dolo, y además pueda cumplirse sin gravámen de conciencia (5).

Gratuitos. *Pactos gratuitos*, son aquellos por los que se perdonan las deudas sin retencion de cosa alguna.

No gratuitos. *No gratuitos*, son aquellos por los que se retiene algo de la deuda, y se perdona lo demás; como el pacto de no pedir (*).

Tácitos. *Tácitos*, son los que no se espresan con palabras, sino que dimanán del consentimiento tácito, en virtud de la ley, por la voluntad presunta de los que pactan, como si alguno devolvriere el vale al deudor; pues parece que medió convenio entre ellos de no pedir la deuda (6).

Sustanciales. *Sustanciales*, son los que se celebran sobre aquellas cosas que son de esencia ó sustancia del contrato; como sobre el *precio* ó la *cosa* en la venta.

Naturales. *Naturales*, son los que se celebran sobre aquellas cosas que son de naturaleza del contrato, como sobre la *eviccion* en el contrato de la venta.

- (1) L. 6. ff. de pact.
- (2) L. 7. § 5. ff. de pact. L. 72. ff. de contr. emp. L. 15. Cod. de pactis.
- (3) L. 5 y 8. de prescript. verb. L. 45. ff. de pact. L. 3 y 6. Cod. de rer. perm. L. 1. § 2. ff. del mismo tit.
- (4) L. 35. Cod. de donation.
- (5) Cap. Cum contingat de jerejur.
- (*) El pacto de pedir tambien puede ser gratuito.
- (6) L. 2. § 1. ff de pact.

Accidentales. *Accidentales*, son los que se celebran sobre aquellas cosas que no son de esencia ó naturaleza del contrato.

Pactos de adición hasta cierto día, y de la ley comisoria. En el contrato de compra y venta suelen añadirse dos pactos peculiares, á saber, el pacto de *adición hasta cierto día*, y el pacto de *la ley comisoria*. Se verifica el primero cuando se vende la cosa en el caso de que otro no ofrezca mejor partido dentro de cierto día; lo cual se hace de dos modos. 1.º Por ejemplo: te vendo esta casa; y si otro dentro de tres días ofreciere mayor precio, se tendrá por no vendida: de este modo es pura la venta, aunque viene á reducirse á una condicion. 2.º v. g. Te vendo este caballo por veinte doblones, si otro no me ofreciere veinte y cinco; y entonces la venta es condicional. El pacto de ley comisoria se verifica cuando al contrato de venta se añade, que si el precio no se pagare en cierto día se tenga por no comprada la cosa, y entonces la venta es pura; bien que se reduce á una condicion (1).

Pactos segun ley. *Pactos segun ley*, son aquellos que se hacen segun lo dispuesto por las leyes, esto es, entre las personas que pueden pactar y obligarse, y sobre las cosas que pueden ser objeto de los contratos.

Contra ley. *Contra ley*, son aquellos por los que se promete algo prohibido espresamente por la ley; como el vender una cosa sagrada, etc.

Fuera de ley. *Pactos fuera de ley*, se llaman cuando se promete algo que no está prohibido directamente ni de modo alguno: como si prometiéresse yo el hecho ajeno, y que no cumpliéndose este haya de pagar la pena. En tal caso aunque el principal no vale, pues no debe imponerse á uno por otra persona una condicion gravosa, sin embargo la promesa de la pena, que tambien se considera principal, es válida con tal que recaiga en la persona del estipulante (2).

DE LAS PENAS.

TÍTULO 13.

Soliéndose poner pena en los contratos y pactos por medio de un convenio entre los contratantes, convendrá decir algo de ella en este lugar.

¿Qué es pena? Pena es *cierta estipulacion convencional que se impone en los contratos y pactos, para que el contraventor sea castigado con ella.*

(1) L. 1 y 2, de indiem. addic. Véase tambien el tit. ff de leg. comm. L. 1 y 4. Cod. de pact. int. emp.

(2) Instit. de inut. stip. § 3 y 18. y alli Vinnio.

Explicacion. *Estipulacion*; porque si la pena se promete sin ella, no tiene efecto (*). *Convencional*; por cuanto la pena debe ponerse en la escritura por convenio de los interesados, y el escribano debe preguntarles cuál haya de ser. Las demás palabras de la definicion manifiestan que las partes deben sufrir la pena prometida si no cumplieran lo pactado.

NOTAS.—1.^a El objeto con que se pone la pena no es otro sino el de hacer que se cumplan mejor y mas puntualmente los convenios (1), como tambien el de que los contratantes se libren del cargo de probar el interés en caso de contravencion (2).

2.^a Vale la pena en los pactos que se hacen segun ley, y puede pedirse la cosa misma ó la pena como tambien lo uno y lo otro, si así se hubiese pactado; pero en los pactos contra ley no vale la pena, pues la obligacion accesoria no puede subsistir donde falta la principal (3).

3.^a Si se pusiere pena en el contrato de mutuo, induce gran sospecha de haberse hecho en fraude de la ley, contra usuras. Acerca de los requisitos y condiciones para conocer si en tal pena, que se llama *moratoria*, interviene usura y si es ó no lícita, véase á Reiff que lo trata de propósito (4).

4.^a Si se pusiere la pena con estas palabras, el *duplo*, *triple*, *cuádruplo*, etc., no vale porque la pena nunca debe exceder del duplo, triple ó cuádruplo de la deuda, á fin de que sea, como se requiere, una y simple (5): por otra parte es indudable que no ha de sobrepujar á las usuras ó ser inmoderada (6), además de que el promitente no es responsable del peligro en mas del duplo (ee).

DE LOS INSTRUMENTOS.

TÍTULO 14.

Siguese ahora tratar de los instrumentos para esplicar las obligaciones que se contraen con la escritura.

Instrumento. Instrumento se llama *cierta escritura solemne y pública hecha por mano de persona pública para probar cualquier negocio, y para que*

(*) En el dia tiene efecto aunque se prometa sin estipulacion en virtud de la ley 1.^a, tit. 1, lib. 10. Nov. Recop.

(1) Cap. 4. al fin de arb.

(2) Instit. de verb. obl. § 7. L. 38. § Alteri 17. ff. de verb. obl. L. final. ff. de capt. stip. § Alteri 18 de la Instit. de inut. stip. L. 68 y 71. ff. de verb. obl.

(3) L. 61 y 69. ff. de verb. obl.

(4) Reiff. al tit. de usur. § 5.

(5) L. un Cod. de Sen. quæ pro eo quod inter prof.

(6) Vinn. en el § Alter 18. Instit. de inut. Stip. n. 3. Perez en el mismo tit.

(ee) Este apartado está muy confuso. En aclaracion del mismo debemos decir que la pena debe imponerse en cantidad determinada, y no por las palabras *duplo*, *triple*, etc. pero que de ninguna manera puede exceder del duplo del interés del contrato.

conste de él perpetuamente (1) (ff). Trátase de esta materia, esto es, de la fé y solemnidad de los instrumentos en los lugares citados al pié (2).

Esplicacion. *Cierta escritura*, y no todas, pues no toda escritura es pública. *Solemne*, esto es la que se hace con las debidas solemnidades que requiere el derecho; pues sin ellas no valdria. *Pública*, esto es, con las formalidades que hacen el instrumento público y fidedigno. *Hecha por mano de persona pública*; á saber, por la del escribano que es una persona pública destinada para hacer y autorizar los instrumentos en presencia de testigos. *Para probar cualquier negocio*, esto es, para que uno pueda probar legitimamente su derecho por medio de la escritura. *Y para que conste de él perpetuamente*, porque la escritura se hace á fin de que haya perpetua memoria del negocio.

Especies de instrumentos. Hay seis especies de instrumentos, á saber: *público, privado, albalá ó carta de pago, papel de reconocimiento de censo y forense* (*).

Público. *Público*, es el que está hecho por mano de escribano público, y para que se diga así debe tener las solemnidades que suelen ponerse en los instrumentos.

Privado. *Privado*, es aquel que ha sido hecho por mano de una persona particular ó privada, y es de tres clases. 1.^a *Asiento de obligaciones, libro de cuentas: y cartas*, dícense instrumentos privados, porque se hacen por personas particulares y no públicas, y sin ciertos adminículos no bastan para hacer pobraza (3), sino contra el mismo que los escribió (4).

Carta de pago. *La carta de pago*, es una escritura hecha á favor del deudor por el acreedor, en que este confiesa haberle pagado aquel lo que le debía, y este papel se hace por utilidad del deudor (gg).

Papel de reconocimiento de censo. *El papel de reconocimiento de censo*, es una escritura hecha acerca de lo pagado por el deudor, quien confiesa

(1) Cap. 2, de fid. instrum. y en la Glos. y los DD.

(ff) Esta definicion solo corresponde al instrumento público. Para dividirlo, como se hace luego en público y privado, debieran suprimirse las palabras *solemne y pública hecha por mano de persona pública*.

(2) Auth. de instr. cautel. etc. Novel de Justin. Constit. 73. L. ult. Cod. de edic. div. Adr. Tell. De lo mismo tratan los canonistas en el tit. de fide instr.

(3) Esta division es defectuosa, pues los tres últimos miembros de ella están comprendidos en uno ú otro de los primeros, como se indica mas abajo.

(4) L. 5 y 7. Cod. de probat. L. Scripturas 11. Cod. qui potior in pig.

(4) L. 26. § ult. ff. de probat.

(gg) En Cataluña se la llama *época*.

haber satisfecho tantas libras por via de pension de un censo (hh). Acerca de estos dos instrumentos véase el tit. del Cod. de *fide instr.*; y principalmente la *l. plures* 19.

Forense. *Forense*, es el que está hecho sobre aquellas cosas que pasan en el foro, esto es, en juicio, como son los autos que estiende el escribano de mandato ó á presencia del juez (1).

NOTA.—Sin embargo de lo dicho no hay en rigor mas que dos especies de instrumentos; *público y privado*.

¿Qué se requiere en los instrumentos?

En cualquier instrumento se requieren dos cosas. 1.ª Las solemnidades ó circunstancias que le hacen público, auténtico y fidedigno, como son el día, mes y año, lugar, testigos, firma y signo del escribano; todas las cuales son necesarias, y con ellas se dá plena fé al instrumento (2) (ii). Añádese á las dichas la solemnidad de empezar todos los instrumentos públicos en nombre de la Sma. Trinidad, y tambien suele ponerse el del Rey, ó Emperador y del Papa (3), segun las diversas costumbres de los pueblos (*). En Cataluña existe una pragmática que despues se hizo constitucion del Sr. Rey D. Pedro III (4), por la cual se manda que el año empiece siempre y se compute desde el día del Nacimiento de Ntro. Sr. Jesucristo; y que de este modo se ponga en todos los instrumentos, como tambien deben contarse el lugar, año, mes y día al estilo vulgar, y no á uso de los romanos por idus, nonas y calendas. (jj). El otro *requisito* que se exige en el instrumento es la relacion del asunto que le motiva, sin la cual de nada serviría (ll).

Instrumento guarentigio.

Instrumento guarentigio es aquel que por privilegio ó estatuto trae aparejada ejecucion, de suerte que en fuer-

(hh) En Cataluña se le llama *antápoca*.

(1) Cap. *quotiam* 11, de probat. L. 20. Cod. de fid. instr.

(2) Cap. *inter dilectos* 6 de fid. instr. y allí la Glos. y los DD. Cap. 1 y 2 del mismo tit. *Novel. de Justin.* 44, 47 y 73.

(ii) La hora por regla general no debe ponerse; pero hay algunos instrumentos que la necesitan, como son los requerimientos, protestos de letras y otros. Tampoco es preciso espresar la casa en que se otorga la escritura, salvo en ciertos instrumentos que deben hacerse en lugar determinado, como el protesto de letras, que debe hacerse en la casa del protestado, etc.

(3) Canc. 1 dis. 23. Can. 1. dis. 13. Covarr. pp. qq. cap. 19, 20 y 21.

(*) Esto no es de sustancia.

(4) Lib. 4, tit. 15, de fé auctoritat, é calendari de cartas. Constit. 1.

(jj) Cuando se publicó la ley del Notariado se espidió una orden disponiendo que dejase de contarse el año por la fecha del Nacimiento del Señor, y que se siguiese el cómputo común, esto es empezando el día 1.º de Enero.

(ll) Los contrayentes deben ser conocidos del Notario, y si no los conociere, han de presentar dos testigos que les conozcan, y esos testigos han de ser conocidos del Notario.

za de él compete accion para proceder desde el principio, sin estrépito ni forma de juicio, á la ejecucion real y personal (1) (mm).

Guarentigia. *Guarentigia*, se llama cierto precepto que el escribano rogado ó llamado para hacer el instrumento, impone en la escritura al que le llamó (en virtud de facultad que tiene concedida por estatuto), para que observe todo lo contenido en el mismo instrumento.

NOTAS.—1.^a Aunque el instrumento no traiga aparejada ejecucion, y haya de procederse por via ordinaria, sin embargo en la provincia de Cataluña, si estuviere concebido con cláusula guarentigia, á la cual llamamos *escritura de tercio*, tiene preparada ejecucion, y así se procede por la via ejecutiva, á no ser que las partes hubiesen pactado lo contrario. De este instrumento y sus requisitos, práctica, etc., y por qué se llama *escritura de tercio*, véase á los autores que se citan al pié (2) (mn).

2.^a El escribano no puede, á menos que las partes se convengan, insertar en los intrumentos, segun suele hacerse, la escritura de tercio ó cláusula guarentigia, á lo menos en cuanto á la obligacion de la persona (3), porque es odiosa (4) (*).

3.^a Por derecho patrio ó constitucion de Cataluña (5), la mujer no puede ser presa por deuda civil, y por tanto los instrumentos en que se dice que la mujer obliga su persona, son nulos en cuanto obligacion, y el escribano

(1) Canc. Var. 2. Cap. 3. n. 6 y 7.

(mm) En el dia no se necesita que el instrumento sea guarentigio para que tenga aparejada ejecucion, pues segun la ley de enjuiciamiento civil todas las escrituras públicas son ejecutivas. Por esto desde que se publicó dicha ley, desaparecieron las cláusulas guarentigias de las escrituras.

(2) Ripoll in prax. Vic. Barc. rub. 16 ne retroclamés expen. Canc. Var. 2 cap. 3.

(mn) Aquí se confunden las cláusulas guarentigias con las escrituras de tercio, y aunque sus efectos eran idénticos no son una misma cosa. La cláusula guarentigia es el precepto del Notario de que aquí se habla, y se usaba mucho en Castilla. La escritura de tercio, propia de Cataluña, era una cláusula que se ponía en los instrumentos, diciendo que los contrayentes firmaban escritura de tercio bajo pena de tercio en los libros correspondientes, y daba fuerza ejecutiva á los instrumentos en que se ponía con tal que se registrasen en los libros del Escribano del Juzgado de primera instancia, antiguamente en los del Escribano del Veguer. El origen de esta práctica consistía en que antiguamente solo las escrituras que autorizaba el Escribano del Veguer tenían fuerza ejecutiva, y los demás Notarios para dársela encontraron el medio de poner una cláusula para que sus escrituras se registrasen en el libro de la Escribanía del Veguer, y con esto adquirían fuerza ejecutiva. Se llamaban escrituras de tercio porque el que permitía se ejecutasen sus bienes por haber dejado de cumplirlas debía pagar en pena la tercera parte del valor del contrato, cuya pena hace tiempo había caído en desuso, sin que por esto perdiese dicha cláusula el nombre de escritura de tercio.

(3) Canc. Var. 2, cap. 3, n. 6 y 7.

(4) Can. Var. 1. cap. 14. n. 43.

(*) La obligacion de la persona en el dia no existe en los contratos no mediando dolo.

(5) Lib. 4, tit. 16, de accions y obligacions. Const. 8.

que autoriza semejante instrumento está privado de su oficio. Tampoco los soldados, ni los demas que gozan de fuero militar pueden obligar sus personas en virtud de otra constitucion de Cataluña (1), aunque sea en una escritura de depósito.

4.^a El escribano no puede otorgar instrumentos (aunque medie convenio de las partes) de que el acreedor pueda por la autoridad propia prender al deudor, y ponerle en la cárcel; porque esto seria dar jurisdiccion á una persona particular, lo que está prohibido por ley (2).

5.^a La escritura pública ó privada que contiene la confesion del débito, si carece de causa no prueba ni vale como indiscreta (3); pero si fuere hecha en instrumento guarentigio, es válida, pues se asemeja á la confesion judicial que vale sin causa (4).

6.^a Por derecho de Cataluña en cualquier instrumento bastan para su validez dos testigos (5), y lo mismo se observa por derecho canónico (6).

DE LAS RENUNCIAS Y DECLARACIONES DE BENEFICIOS Y PRIVILEGIOS DE DERECHO QUE SE PONEN EN LOS INSTRUMENTOS, QUÉ COSAS PODRÁN RENUNCIARSE Y CUÁLES NO.

TÍTULO 15.

Renuncia. *Renuncia es dimision ó apartamiento del derecho, beneficio, ó auxilio que nos permite la ley ó que por ella nos compete.*

¿De cuántas clases es? Es de dos clases; á saber, *general*, como cuando se renuncian todos los derechos, escepciones, beneficios, ó el auxilio de todas las leyes. *Especial*, cuando solo se renuncian ciertos y determinados derechos ó beneficios.

Diferencia entre la renuncia general y la especial. Entre la renuncia general y la especial hay esta diferencia, que la general hecha en los casos en que se requiere especial, segun la ley, no perjudica; pero la especial perjudica de todo punto, pues indica manifiestamente haber sido tal el ánimo del

(1) Lib. 4, del mismo tit. Cons. 1. y fin.

(2) Canc. Var. 2. Cap. 3. n. 3.

(3) L. 25. § 1. ff. de prob. Cap. Si cautio 14 de fid. instrum. Canc. Var. 2 Cap. 8. n. 99.

(4) Can. Var. 2. cap. 3. n. 3. y siguientes y n. 74.

(5) Lib. 3. tit. 15. de testimonis usat. 3 y 6.

(6) Cap. licet. universis 23. de testibus.

renunciante cual espresan las palabras mismas, por ser una regla de derecho que las cosas espresas dañan ó perjudican, y al contrario las no espresas (1) (ññ).

NOTAS.—1.^a El escribano por razon de su oficio debe informar exactamente al renunciante acerca del efecto ó beneficio del derecho que renuncia, mayormente si fuese mujer, rústico ú otra persona ignorante del derecho, porque nadie puede renunciar un derecho que no sabe que le compete. Por tanto si resultare lo contrario, esto es, que estendiese la renuncia no habiéndola en realidad, seria castigado el escribano (2).

2.^a Cuando alguno renuncia un beneficio particular que le compete (hecha además la renuncia general), parece que renuncia todos los demás beneficios que le corresponden, porque la espresion particular indica ser su ánimo renunciar todos los otros beneficios particulares aunque no espresos; sin embargo esta es una mera presuncion, la cual cede á la verdad.

Beneficio. Llámase *beneficio*, aquello que fué introducido en favor de uno y odiosidad ó perjuicio de otro (oo).

BENEFICIO DE CESION DE BIENES.

Beneficio de cesion de bienes. Este beneficio fué introducido en favor de los deudores insolventes, y en perjuicio de los acreedores que pueden estrechar á aquellos al pago. El deudor evita con la cesion el encarcelamiento; pues nadie está obligado á mas de lo que puede (3).

(1) L. 195, ff. de reg. jur.

(ññ) Los Notarios para cohonestar las renunciaciones generales, hacian renunciar á los contrayentes á la ley que las prohibe, sin considerar que esta es una ley prohibitiva; que no puede considerarse como beneficio porque es general y no dada á favor de una clase, y que las leyes prohibitivas son irrenunciabiles. Hay cuatro especies de leyes: *preceptivas, prohibitivas, permisivas y penales*: solo las permisivas pueden renunciarse.

(2) Comes tom. 1, cap. 18, n. 12, y sig. Galí. fol. 31.

(oo) Se entiende en favor de una clase, órden ó sexo. Los beneficios pueden ser favorables ú odiosos; favorables son los que se han introducido primariamente en favor de una clase: odiosos los que primariamente se han introducido en odio; de suerte que para conocer si un beneficio es favorable ú odioso se ha de atender al fin primario que guió al legislador. Los beneficios favorables pueden renunciarse, excepto aquellos que están constituidos en favor de la clase militar ó eclesiástica; los odiosos no pueden renunciarse.

(3) L. 1. Cod. Qui bonis ced. etc.

¿A quiénes com- Compete este beneficio á aquellos que están obligados
pete? á dar ó pagar algo, no á hacer; pues en este caso no go-
zan del beneficio, en razon de que cuando uno tiene la obligacion de hacer
algo, no puede alegar impotencia, estando en su mano el verificarlo. Tam-
poco tiene lugar este beneficio si la obligacion nace ó procede de delito (1).

NOTAS.— 1.^a Este beneficio no es renunciabile absolutamente, porque nin-
guno es dueño de su cuerpo; pero si por costumbre ó estatuto estuviere ad-
mitido que uno pueda obligar su persona para ser encarcelada, como en esta
provincia de Cataluña, entonces valdrá la renuncia.

2.^a En el principado de Cataluña si alguno está obligado con cláusulas
guarentigias en el instrumento, no se liberta de la cárcel por la cesion de
bienes, y siempre tiene contra sí preparada la ejecucion (2) (*).

BENEFICIO DEL CAPÍTULO ODOARD. 3. EXTRA. DE SOLUTIONIBUS.

Beneficio del Ca- Fué concedido este beneficio á los eclesiásticos que se
pítulo *Odoard. de* hallen insolventes, siempre que dén caucion juratoria de
Solut. pagar si mejorasen de fortuna.

¿A quiénes com- Compete no solo á los eclesiásticos, sino tambien á los
pete? padres contra los hijos, al marido contra la mujer, al sue-
gro contra el yerno, al donante contra el donatario, al socio contra el socio,
al patrono contra los libertos, al que cede los bienes y en general á todos
aquellos á quienes corresponde el beneficio vulgarmente llamado de compe-
tencia; el cual consiste en que cada uno no sea demandado en mas de lo que
pueda hacer, esto es, que siempre debe dejársele lo necesario para una cón-
grua sustentacion, pues fuera de estos limites se presume que nada puede
hacer ó pagar (3).

NOTA.— Los clérigos no pueden renunciar este beneficio concedido al es-
tado eclesiástico, como tampoco el privilegio del fuero ó de los cánones (4);
pero los demás bien pueden renunciar, especialmente si se agrega el juramento.

(1) Cancr. part. 1. Cap. 27, n. 52.

(2) Lib. 4, tit. 15, de acciones y obligaciones, prag. 8 y 10. en el 2. vol.

(*) Actualmente no pudiendo encarcelarse á nadie por deudas, no habiendo dolo, es
inútil todo cuanto aqui se dice sobre el beneficio de cesion de bienes.

(3) Instit. de act. § 36 y sig.

(4) Engel. ad tit. de solut. n. 1.

BENEFICIO DEL SENADO-CONSULTO MACEDONIANO.

Beneficio del Senado-Consulta Macedoniano.

Este beneficio es: *cierto derecho introducido*, 1.º En odio de los usureros ó acreedores usurarios. 2.º En favor de los hijos de familia, á saber, para que estos, sus padres, herederos y fiadores, no sean responsables del dinero que se les prestare sin mediar consentimiento del padre.

¿De dónde procede su denominación?

Llábase *Macedoniano*, á causa de cierto Macedon, usurero detestable que prestaba su dinero á los hijos de familia bajo de usuras, y estos abusando no solo contraian depravadas costumbres, sino que además sobrecargados de deudas, maquinaban contra la vida de sus padres, para pagar á sus acreedores con la herencia paterna (1).

¿A quiénes compete?

Compete no solo á los hijos de familia, á sus padres y herederos, sino tambien á sus fiadores cuando hubiesen de tener recurso contra el hijo deudor; pues entonces el fiador goza del mismo beneficio que corresponde al principal (2).

¿Qué se requiere para que pueda corresponder á uno?

Para que á uno corresponda este beneficio es necesario: 1.º Que quien recibió el dinero sea hijo de familias al tiempo de recibirlo; pues que en favor de estos fué introducido, y por consiguiente no le compete si al recibir el dinero no estaba sujeto á la patria potestad, pues se atiende al tiempo de la entrega (3). 2.º Que reciba efectivamente dinero, ú otra cosa para venderla y usar del dinero; porque si tomase alguna cosa para otro fin, no tendrá lugar el Macedoniano, á menos que se hubiese dado en fraude de este (4). 3.º Que reciba el dinero por préstamo, y no por otra causa; porque este beneficio se dirige principalmente en beneficio de los padres, á fin de que no se arruiné su hacienda; por lo que si el padre prestare su consentimiento, se presume que renuncia su derecho, como se espresa en las palabras del Senado-Consulta que se insertan en la *L. 1. ff. de Sen. C. Mac.*

¿Cuándo no aprovecha?

Sin embargo este beneficio no aprovecha: 1.º Si el hijo de familias se dijese padre de familias mintiendo (5).

(1) Instit. Quod. cum eo § 7. y allí los DD. L. 1. ff. de S. C. Macedon.

(2) L. 3. § ult. ff. de S. C. Mac. y leyes sig del mismo tit.

(3) L. 3. § ult. ff. de S. C. Mac. cum leg. seg. ejus tit.

(4) L. 3. § 3. ff. de S. C. Mac.

(5) L. 1. Cod. al Senat. Cons. Mac.

2.° Si se le prestare cosa que consista en peso ó medida como trigo, vino, aceite, etc. (1). 3.° Si recibiere el dinero para libertarse de un acreedor, no pudiendo lograrlo de otro modo (2). 4.° Si el dinero prestado se hubiese convertido en utilidad y uso del padre (3). 5.° Si recibiere el préstamo por causa de estudios ó de alimentos (4). 6.° Si el padre ratificase el préstamo, ó diere su consentimiento ó no lo hubiese contradicho hallándose presente; pues el que tiene facultad de prohibir y no prohíbe ni contradice lo que se ejecuta, parece que consiente (5). 7.° Si con razon se creia que el hijo era padre de familias por cuanto gozaba de los cargos públicos de los padres (6); pues un error justo excusa al acreedor.

NOTAS.—1.° Lo que se ha dicho de los hijos de familias ha de entenderse de los nietos, porque estos en lo favorable se comprenden bajo la denominacion de hijos (7).

2.° No se puede renunciar el beneficio Macedoniano porque no se introdujo tanto en favor del hijo como en odio de los acreedores, el cual no se quita con la renuncia de un particular (8), además de que con esta se abria puerta á los delitos (9).

BENEFICIO DEL SENADO-CONSULTO VELEYANO.

Beneficio del Senado-Consulta Veleyano. Este beneficio es: *cierto derecho* introducido á favor de las mujeres.

¿Qué cosas se requieren para que la mujer goce de este beneficio? Para que estas gocen de dicho beneficio se requieren dos cosas: 1.ª Que haya obligacion de su parte. 2.ª Que se obliguen por otro, v. g. fiando ó de otro modo adhiriéndose á la obligacion ajena. El beneficio consiste en que las mujeres no se obligan por tales contratos. No obstante si ellas no hacen obligacion, sino que dan algo, ó hacen obligacion, no por otros sino por sí mismas, entonces no les aprovecha este beneficio, porque el Senado-Consulta Veleyano trató de proteger la fragilidad de las mujeres, quienes son

- (1) L. 3, § 3. ff. de S. C. Mac.
- (2) L. 7, § 14. ff. de S. C. Mac.
- (3) L. 2. Cod. al S. C. Mac.
- (4) L. 5. Cod. al S. C. Mac. L. 7, § 13. ff. del mismo tit.
- (5) L. 3. ff. de S. C. Mac. L. 2, 4 y 7. Cod. del mismo tit.
- (6) L. 3, de S. C. Mac. L. 2. Cod. del mismo tit.
- (7) L. 6, § 1. Cod. al S. C. Mac. L. 14. ff. del mismo tit.
- (8) L. 45, § 2. ff. de reg. jur.
- (9) Engel. y los que cita en el tit. de pact. n. 41.

mas fáciles para obligar que para dar, y además se engañan mas fácilmente cuando se obligan, si solo se adhieren á la obligacion ajena; por lo cual se inventó principalmente este beneficio para que las mujeres no sean obligadas por la fianza (1).

La mujer sin embargo no puede usar de este beneficio: 1.º Si de cierta ciencia renunciase á él porque es favorable é introducido en utilidad de las mujeres fiadoras, y cualquiera puede renunciar el beneficio suyo ó introducido en su favor; á diferencia del Macedoniano, que como hemos dicho fué inventado no tanto en gracia del hijo como en odio de los acreedores (2). 2.º Si saliere fiadora en cosa suya; v. g. por aquel que de su orden ó mandato contrajo alguna obligacion (3). 3.º Si recibió precio ó algo en lugar de precio por la fianza (4). 4.º Si fió por la dote de alguna mujer (5). 5.º Si con intervalo de dos años se obligare de nuevo: esto es, si contrajo, y despues de dos años volvió á contraer, porque se debe imputar á sí misma el haber firmado lo que pudo evitar; pues tuvo tiempo para pensarlo muchas veces con tal que tenga la correspondiente edad, esto es, que sea adulta (6). 6.º Si posteriormente fuese heredera de la persona á quien fió, por cuanto en aquello en que recibió lucro está obligada á cumplir el hecho prometido (7) (pp).

NOTA.—Si la mujer fiase con juramento, se entiende que renunció el Senado-Consulta Veleyano (8); pero lo mas seguro es que aun entonces se lo prevenga el escribano, y que este además dé espresamente fé de ello, como se acostumbra (qq).

(1) Tit. del Cod. y dig. al Senad. Cons. Veley.

(2) L. fin. § pen. ff. al Sen. Cons. Veley. L. 21. Cod. del mismo tit. Auc. Matri. Cod. quam. mul. tit. off.

(3) L. 13. ff. al Sen. Cons. Veley.

(4) L. 23. Cod. al Sen. Cons. Veley.

(5) L. 25. Cod. al Sen. Cons. Veley.

(6) L. 22. Cod. al Sen. Cons. Veley.

(7) L. 8, § 12. ff. ad Sen. Cons. Veley.

(pp) Los casos en que no compete á la mujer el Senado-Consulta Veleyano están contenidos en los siguientes versos:

Senis in casibus mulier spondendo tenetur:

Pro libertate, pro dote, renuntiat, et si

Decipiat, præmium capiat, caveatque secundo:

Istis adde duos: proprios si gesserat actus,

Et successit ei pro quo fidejusserat ipsa.

(8) Cap. 9 de jurejur.

(qq) La opinion de que el juramento hace presumir la renuncia del Senado-Consulta Veleyano no está admitida por la jurisprudencia de Cataluña.

DE LA AUTÉNTICA QUE EMPIEZA «SI QUA MULIER» (SI ALGUNA MUJER).

Auténtica *Si qua mulier*. Esta auténtica, es otro auxilio de derecho ó beneficio que compete á las mujeres, tomado de la auténtica que empieza *Si qua mulier*, del Cod. al Senad. Cons. Veley.

¿A quién compete? Compete esta obligacion á la mujer que consiente en la obligacion del marido; ó que obliga por él su persona ó sus bienes, y aunque lo haga reiteradas veces en instrumento público ó privado, es nula de derecho la obligacion, á menos que se pruebe que el dinero se ha gastado en utilidad de la misma mujer; pues entonces no le aprovecha el beneficio.

NOTA.— Aunque dicha auténtica hable espresamente del caso en que la mujer consiente en la obligacion del marido, ó cuando obligó por él su persona y bienes; no obstante lo mismo se ha de entender si la mujer se obligare por otros que están enlazados con el marido por derecho de potestad (1) (rr).

DE LA AUTÉNTICA «SIVE Á ME» DEL COD. AL SEN. CONS. VELEY.

Auténtica *Sive à me*. Esta auténtica prohíbe la enajenacion de los bienes dados por el marido á su mujer, ó por otro á causa del matrimonio; y así para que valga tal enajenacion ha de hacerse con beneplácito de la mujer y su justa renuncia, con la cual tiene efecto á lo menos por derecho canónico (2), lo que está recibido en Cataluña donde se observa mas este derecho que el civil.

(1) Comes tom. 1, Cap. 18, n. 33.

(rr) La práctica ha autorizado el que siempre que se renuncie al beneficio Velleyano se añada la renuncia de la auténtica *Si qua mulier*, es decir que se ponen ambas renunciaciones, en todas las escrituras de fianza que hace una mujer, aunque sean á favor de un extraño.

(2) Arg. Cap. 28 de jurejur. y aun de derecho civil; aut. Sacram. pub. Cod. Si adv. vend.

BENEFICIO DEL DERECHO DE HIPOTECAS.

Beneficio de hipotecas.

El beneficio de hipotecas *es el derecho que compete á la mujer en los bienes del marido por la dote y donacion propter nuptias*: porque todos los bienes del marido están tácitamente obligados á la mujer luego que á aquel se le entrega la dote, y dicha mujer es preferida á todos los acreedores, aunque sean anteriores y tengan hipotecas tácitas; cuyo privilegio corresponde de derecho á la mujer, entendiéndose que en cuanto á la donacion *propter nuptias*, tiene solo hipoteca tácita, y no preferencia como respecto de la dote (1) (ss).

NOTAS.—1.º La renuncia de este derecho tiene lugar cuando el marido vende ó enajena la cosa hipotecada á la mujer por su dote, en cuyo contrato ó enajenacion consiente ella, ó cuando enajena juntamente con el marido.

2.º Pueden renunciar este beneficio los acreedores que tienen hipotecas tácitas ó espresas en los bienes del deudor; asimismo puede renunciar la mujer el mismo beneficio, á lo menos interviniendo juramento (2). Vale esta renuncia con tal que le queden al marido bienes equivalentes de los cuales pueda satisfacerse á la mujer su dote; y aunque la renuncia corroborada con juramento sea de todo punto válida segun rigor de derecho, no obstante por equidad debe observarse lo contrario en dictámen de los intérpretes (3), á fin de que la mujer no sufra perjuicio, ni quede indotada. Por tanto, aconsejaria yo que la obligacion de la mujer, así la que haya de hacer por su marido como por otros, no debiese esceder de la mitad de la dote, y que de ello haga mencion el escribano en el contrato: de este modo no solo se consulta el bien de la mujer, sino tambien el del acreedor; pues se evita la dificil cuestion si debe ó no sostenerse en el importe de la mitad, la obligacion indiscreta é individua de toda la dote.

3.º Si la mujer se obligare con el marido en el mutuo ó depósito, no está

(1) Instit. de accion. § Fuerat. 29. Cap. ex litteris 5 de pignor. L. Assiduis. 12. Cod. qui potior in pign. Canc. Var. 4. Cap. 9, n. 16.

(ss) Quedando suprimidas en el dia las hipotecas tácitas (menos las que existian anteriores á la ley hipotecaria) así como las hipotecas generales, el derecho de la mujer consiste en exigir al tiempo del matrimonio una hipoteca especial á su marido, pero esta hipoteca no será preferente á los acreedores anteriores al marido, sino que se graduará segun su fecha.

(2) L. 11 y 21 Cod. al Sen.-Cons. Veley. Canc. Var. 3, Cap. 15, n. 99.

(3) Canc. en dicho cap. n. 106, y sig. Ludov. desis. 321. Sabel. in sum. divers. tract. § Mulier. n. 20 y 21.

obligada á pagar, siempre que sean suficientes los bienes de aquel; y así el acreedor solo podrá proceder contra el mismo; pero á falta de bienes del marido, solo está obligada en la mitad, y aun así en cuanto jurare y renunciare dichos beneficios (1) (tt).

LEY JULIA DE LAS FINCAS DOTALES.

Ley Julia de fundo dotal. Esta ley establecida en favor de las mujeres prohíbe la enajenación de la finca dotal, á fin de que no perezcan sus dotes, con cuyo aliciente es mas fácil que encuentren marido; y así para que valga tal enajenación, debe la mujer renunciar esta ley con juramento (2).

BENEFICIO DE LA MENOR EDAD Y DE LA RESTITUCION

«IN INTEGRUM» Ó POR ENTERO.

Beneficio de la menor edad y de la restitucion por entero. Este beneficio compete á los menores de veinte y cinco años, en los contratos hechos por los mismos en el tiempo de su menor edad, si hubiesen sido engañados ó perjudicados, y con él se restituyen las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del contrato.

NOTAS.—1.^a Tiene lugar este beneficio si pidieren la restitucion antes del vigésimo nono año de su edad; esto es, dentro del cuadrienio despues de cumplido el tiempo de la menor edad, como se ha dicho arriba tratando de la restitucion por entero.

2.^a Se puede renunciar este beneficio y es válida la renuncia, en especial con juramento (3).

(1) Cap. 11, tit. 13, Consuet. Bar. Recognov. procer.

(tt) Se duda si ha quedado derogado, ó no, por la ley hipotecaria el beneficio del cap. 11 del *Recognoverunt proceres* por el cual la mujer no puede obligarse sino por la mitad de la dote en el contrato de mutuo que haga su marido; por lo que es mas seguro procurar que le quede salva á lo menos la mitad de la dote.

(2) L. 4. ff de fund. dot. L. unica. § et cum. lex Julia 15. Cod. de rei uxoriæ act. L. 2. Cod de jur. dot. Instit. quib. alien. lic. Cap. cum. contingat. 28 de jurejur. Cap. 10 tit. 13.

(3) L. 1, et Auth. Sacramenta, God. Si advers. vend. Canc. Var. Cap. 1, n. 292.

BENEFICIO DE LA NUEVA CONSTITUCION ACERCA DE LA PLURALIDAD DE DEUDORES.

Nueva Constitucion sobre pluralidad de deudores.

Este beneficio se dá á los compañeros en una misma deuda, segun la Novel. 99 de Justiniano, ó sea la auténtica *Hoc ita Cod. de duobus reis*, la cual dispone que aunque dos ó mas se obliguen solidariamente al pago de alguna cantidad, no debe uno de ellos ser demandado *in solidum* sino solo por la parte que le corresponda, siempre que los otros reos ó compañeros presentes se hallen en estado de pagar.

NOTAS.—1.^a Tiene lugar este beneficio en todos los contratos en que se obligan dos ó mas solidariamente, y si renunciaren dicha Constitucion no les compete el beneficio, como que se estableció en su favor (1).

2.^a Antes de esta Constitucion estaba en arbitrio del acreedor recobrar de uno todo el débito (2).

COSTUMBRE DE BARCELONA ACERCA DE DOS Ó MAS DEUDORES QUE SE OBLIGAN «IN SOLIDUM.»

Costumbre de Barcelona acerca de dos ó mas deudores, etc.

La costumbre tiene establecido, que si hubiere dos ó mas deudores principales obligados solidariamente á la satisfaccion de alguna cantidad ó cosa, no deben pagar sino una parte aunque renuncien la nueva Constitucion, escepto los casos en que los demás se hallen ausentes, ó no tengan con que pagar; pues entonces estarán obligados por el total (3).

NOTA.—Para que dos ó mas estén obligados *in solidum*, no solo deben renunciar la nueva Constitucion, sino tambien espresamente dicha costumbre, pues de lo contrario no serán responsables sino de su parte (4).

(1) L. pen. Cod. de pactis.

(2) L. 2. ff. de duob. reis constit.

(3) Cap. 8, tit. 13. Recogn. Procer.

(4) Argum. de dicho Cap. 8, del mismo tit.

EPÍSTOLA DEL EMPERADOR ADRIANO.

Epístola del em- Esta epístola es cierta ley cuyo beneficio pertenece á
perador Adriano. dos ó mas fiadores; y previene que si hubiere varios
fiadores idóneos, esto es, presentes y aptos para pagar, cada uno solo debe
ser demandado por la parte que le corresponda, á no ser que renuncie esta
ley (1).

NOTA.—La misma renuncia tiene lugar en todos los contratos donde dos ó
mas se constituyen fiadores (2).

NUEVA CONSTITUCION DE LOS FIADORES.

Nueva Constitu- Este beneficio, que tambien se llama de escusion, cor-
cion de los fiadores. responde al fiador, á saber: si alguno hubiere fiado por
otro, y despues fuere demandado por su fianza, puede pedir que antes se ha-
ga escusion en el deudor principal, esto es, que se demande ó ejecute si es-
tuviere presente y tuviera con que pagar. Este beneficio fué por primera
vez concedido por la auténtica *Præs. Cod. de fidejus*, pues antes estaba en
arbitrio del acreedor demandar á quien quisiese, esto es, al deudor princi-
pal ó al fiador (3).

¿En qué se dife- Diferenciase este beneficio del de la ley ó epístola de
rencia este benefi- Adriano, en que esta previene que cada fiador sea de-
cio del de la ley de mandado solamente por la parte que le corresponda, y la
Adriano? nueva Constitucion manda que antes de reconvenir al
fiador se haga escusion en el deudor principal.

NOTAS.—1.^a Puede renunciarse este beneficio y tiene lugar en todo con-
trato en que alguno se constituye fiador por otro.

2.^a Antes de la nueva Constitucion el acreedor podia reconvenir ó deman-
dar al que quisiese de los dos, esto es, ó al principal ó al fiador; así como
antes de la ley de Adriano cualquiera de los varios fiadores estaba obligado
solidariamente.

(1) Instit. de fidejuss. § 4.

(2) L. ult. Cod. de Const. pec.

(3) L. 3 y 5. Cod. de fidejuss.

COSTUMBRE DE BARCELONA ACERCA DE DOS Ó MAS FIADORES QUE SE OBLIGAN «IN SOLIDUM.»

Costumbre de Barcelona acerca de dos ó mas fiadores. La misma costumbre prescribe que si fueren dos ó mas fiadores obligados *in solidum* por alguna cantidad ó cosa, no estén obligados á pagar sino la parte que á cada uno corresponda, aunque renuncien la epistola ó ley del emperador Adriano, escepto cuando los demás fiadores se hallen ausentes ó insolventes; pues entonces están obligados por el todo (1).

NOTA.—Para que dos ó mas fiadores estén obligados solidariamente, deben renunciar además de dichos beneficios, la referida costumbre acerca de los fiadores; pues de otro modo no valdria la obligacion sino en parte (2).

BENEFICIO DE CESION Y DIVISION DE ACCIONES.

Beneficio de division y cesion de acciones. Este beneficio está concedido á dos ó más obligados de mancomun y solidariamente, ya sea como deudores principales, ya como fiadores; y según él puede el que es compelido al pago pedir que el acreedor le cede los derechos y acciones que tiene contra los demás obligados, y de lo contrario puede rehusar el pago; porque la equidad natural prescribe que cualquiera haga lo que no le perjudica y aprovecha á otro (3).

NOTAS.—1.^a Esta cesion debe hacerse antes del pago ó en el acto de él; pues si pasase tiempo no valdria; sin embargo basta que el pago se haga con esperanza de la cesion futura (4).

2.^a El fiador si quiere recobrar del principal toda la cantidad, puede hacerlo sin rebaja ó descuento alguno, pues el principal está obligado á reintegrar totalmente al fiador, á fin de que no le sea perjudicial la fianza (5).

(1) Cap. 9, tit. 13. Recognov. Proc.

(2) Arg. de dicho Cap. 9, del mismo tit.

(3) L. 2. § 5. ff. de aqua pluv. arc. L. 2, 11, 14 y 21. Cod. de fidejuss. Novel. 4, de Justin. Cap. 1, al fin.

(4) L. 28. ff. mandati. L. 76. ff. de solut.

(5) Cap. 2, de fidejuss.

3.^a Si el fiador quisiera proceder contra los compañeros de fianza, puede recobrar toda la cantidad que pagó al acreedor deducida su correspondiente parte, en virtud del beneficio de la división.

4.^a El fiador no necesita de cesion para proceder contra el principal, pero sí contra los compañeros de fianza; porque contra aquel tiene la accion de mandato, ó de indemnizacion si hubiese sido prometida (1); pero como no contrajo con los compañeros de fianza, resulta que no puede proceder contra ellos si no obtiene la cesion del acreedor. Por derecho patrio ó Constitucion de Cataluña (2), los fiadores en *censales y violarios* (3) (uu) no necesitan de cesion por el daño que les resulte de la fianza, sino que tienen por el mismo derecho cedidas las acciones contra el principal. Acerca de la utilidad de la Constitucion y del beneficio que por ella logra el fiador, véase á Cancr (4).

NOTAS.—1.^a Si el principal quiere cobrar de los consocios ó comparticipes en la obligacion toda la cantidad, puede hacerlo descontada su parte por el referido beneficio de division.

2.^a Puede renunciarse este beneficio, y tiene lugar en todo contrato donde uno se obliga por otro (5) (vv).

(1) Instit. de fidejuss.

(2) Lib. 7, tit. 10, de execució de censals. Const. 13.

(3) Censal en Cataluña corresponde al censo redimible de Castilla. Violario es lo mismo que Vitalicio. N. T.

(uu) La esplicacion que da el traductor en la nota antecedente de los censales y violarios no es completamente exacta. En el capitulo correspondiente se dará una idea mas exacta de estos contratos.

(4) Canc. Var. 2, Cap. 5, n. 148 y sig.

(5) Novel. 99 de Justin.

(vv) En las escrituras en que se obliga uno solo como deudor principal y otro como fiador, el principal no debe renunciar á ningun beneficio, pero el fiador ha de renunciar á la nueva Constitucion de los fiadores, ó beneficio de escusion.

Cuando se obligan muchos como deudores principales y uno solo como fiador, los principales deben renunciar al beneficio de la nueva Constitucion acerca de la pluralidad de deudores y á la costumbre de Barcelona acerca de dos ó mas deudores que se obligan *in solidum*, y el fiador á la nueva Constitucion de los fiadores.

Si se obliga uno solo como deudor principal y muchos como fiadores, el principal no debe renunciar á ningun beneficio, y los fiadores han de renunciar á la nueva Constitucion de los fiadores, á la Epistola del Emperador Adriano y á la Costumbre de Barcelona que habla de dos ó mas fiadores que se obligan *in solidum*.

Por fin, cuando en un contrato se obligan muchos como deudores principales y muchos como fiadores, los principales deben renunciar al beneficio de la nueva Constitucion acerca de la pluralidad de deudores, y á la Costumbre de Barcelona acerca de dos ó mas deudores que se obligan *in solidum*, y los fiadores á la nueva Constitucion de los fiadores, á la Epistola del Emperador Adriano y á la Costumbre de Barcelona acerca de dos ó mas fiadores que se obligan *in solidum*.

El beneficio de cesion de acciones no acostumbra renunciarse en Cataluña, porque esta renuncia perjudica al deudor que paga sin producir ventaja al acreedor que cobra, por cuya razon la censura Heineccio en las *Recitaciones*.

BENEFICIO DEL FUERO.

Beneficio del fuero. Este beneficio está concedido á todos para que no puedan ser demandados sino ante cierto juez: cuál haya de ser este para cada uno ya está establecido por las leyes. Á este beneficio ó privilegio puede renunciarse tácita ó espresamente, segun la ley *Si convenerit, etc.*, de la que hablaré despues; á menos que el privilegio de fuero haya sido concedido á algun cuerpo, pues en tal caso un individuo no puede perjudicar á los demás.

LEY SI CONVENERIT. 18. FF. DE LA JURISDICCION DE TODOS LOS JUECES.

Ley Si convenerit. Esta ley dispone que las partes se pueden arrepentir y apartarse del convenio, aun cuando hayan pactado que otro juez á quien no corresponda la jurisdiccion juzgue ó conozca; pero si no se apartaren del convenio, pueden recurrir á dicho juez ó comparecer ante él.

NOTA.— Los contratantes pueden renunciar dicha ley, y entonces no les es permitido separarse del convenio (xx).

BENEFICIO DE FUERO DE LOS CLÉRIGOS.

Beneficio de fuero de los clérigos. Este beneficio compete á los clérigos, y no puede renunciarse, porque está introducido en favor de todo el clero y no de algun individuo de él (1).

(xx) Desde la publicacion de la ley de enjuiciamiento civil parece que no debe renunciarse á esta ley.

(1) Cap. Si diligenti de foro Cap.

LEYES SI DUOBUS 3. S. EMPTOR. 4. COD. COMM. DE LEGAT. SI FUNDUM. 27.
COD. DE EVICTIONIBUS.

Leyes 3, 4 y 27. El vendedor de una cosa sujeta á restitucion, puede Cod. de evict. renunciar estas leyes, ó el beneficio de ellas; pues por las mismas se previene que no puede enajenarse dicha cosa, y que si el comprador supiere el gravámen de ella, la pierde juntamente con el precio (yy).

ESCEPCION DE NO ENTREGA DEL DINERO.

Escepcion de no entrega de dinero. Esta escepcion compete á aquel que dió vale ó recibo de una cantidad prestada, la cual no llegó efectivamente á recibir: con esta escepcion puede defenderse ó escudarse dentro de los dos años desde el dia de la confesion, para no ser condenado al pago, pues seria injusto obligarle á devolver aquello que nunca recibió (1).

NOTAS. — 1.^a El que opone esta escepcion dentro del tiempo legítimo, impone á su adversario (2) el cargo de probar la entrega del dinero contra la regla de derecho que prescribe estar la presuncion contra el que se confiesa deudor; á no ser que pruebe lo contrario (3).

2.^a Puede renunciarse esta escepcion, segun Covarrubias (4), aunque Perez opina lo contrario (5). Como quiera en caso de que no competia la escepcion, no se prohíbe que el deudor use de otros remedios siempre que esté pronto á probar evidentemente la verdad (6).

(yy) No es cierto que las leyes que se citan dispongan lo que espresa el autor, y por lo mismo no se acostumbra poner su renuncia.

(1) Instit. de litter. oblig.

(2) L. 5. Cod. de non numerat. pec.

(3) L. 25. ff. de prob. L. 19, § 2. del mismo tit.

(4) Covarr. Var. 2. Cap. 4, n. 3.

(5) Perez. al tit. del Cod de non num. pec.

(6) Arg. de la l. 13, del Cod. de non num. pec.

ESCEPCION DE NO HABERSE PAGADO LA DEUDA.

Escepcion de no haberse pagado la deuda. Al contrario de la anterior, compete esta escepcion al que bajo la esperanza de próxima entrega confiesa haber recibido lo que se le debia, no siendo así en realidad, y sobre ello dió al deudor carta de pago. Con esta escepcion puede defenderse dentro de treinta dias desde el de la confesion. Lo demás que se dijo acerca de la escepcion anterior, es aplicable tambien á esta, debiendo advertirse además que si no se pusiere dentro de los treinta dias, la presuncion de derecho está por la confesion (1).

ESCEPCION DE NO ENTREGA DE DOTE.

Escepcion de no entrega de dote. Esta escepcion corresponde al marido, que bajo la esperanza futura de la entrega de dote confesó haberla recibido, no siendo así, y dió carta de pago ó recibo de dicha dote. Con esta escepcion puede defenderse dentro del tiempo prefijado, esto es, si se disolviere el matrimonio antes de dos años, dentro de uno; y si despues (no pasando de diez años) dentro de tres meses; pero si el matrimonio durare mas de diez años cesa esta escepcion (2) (zz).

LEY SI UNQUAM 8. COD. DE REVOCANDIS DONATIONIBUS.

DE LAS DONACIONES REVOCABLES.

L. 8. del Cod. de *revocandis donationibus*. Esta ley dá á los donantes que tuvieren hijos despues de hecha la donacion, facultad de revocarla, ya sea esta de todos los bienes, ya de alguna cosa considerable; por cuanto presume la ley que el padre no esperaba tener sucesion cuando la hizo, y que de lo contrario no la hubiera hecho. Puede renunciarse esta ley, y entonces cesa tal presuncion.

(1) L. 14. Cod. de non num. pec.

(2) L. 3. y la Aut. quod. locum. Cod. de dot. cant. non num.

(zz) Esta escepcion y las dos anteriores no son renunciabiles; pero si se renunciaren, el que hizo la renuncia tendrá la obligacion de probar que no ha recibido el dinero, siendo así que cuando no se han renunciado vendrá á cargo de la otra parte el probar la entrega.

LEY FINAL DEL MISMO TÍTULO DEL COD.

Ley final del mismo título. Esta ley dá tambien á los donantes la libertad de revocar la donacion, si el donatario fuese ingrato para con él, y no puede renunciarse porque se daria márgen para delinquir.

LEY REDIBITORIA Y QUANTO MINORIS.

Ley redibitoria y *quanto minoris*. Esta ley dá facultad al comprador que compró de otro algun animal ó cosa que tenia algun vicio, enfermedad ó defecto oculto, para proceder contra el vendedor por la accion redibitoria dentro de seis meses, á fin de que le devuelva el precio y se quede con la cosa vendida. Tambien puede proceder el comprador por la accion *quanto minoris* dentro de un año, para que el vendedor le vuelva todo aquello que dió de mas, y que no hubiera dado á haber sabido dicho vicio ó enfermedad. Esta ley puede renunciarse (1).

NOTA.—Aprovecha esta renuncia en caso que el vendedor ignore la enfermedad, y no al contrario, pues entonces no comete fraude.

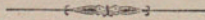
LEYES 1.^a Y 2.^a DEL CÓDIGO «NE FIDEJUSS. VEL. MAND. DOT. DENT.»

Leyes primera y segunda *cod. ne fidejuss.* Las indicadas leyes de este título y su rúbrica prohíben que se dén fiador ó los exija el marido por la dote, de lo cual se dá la razon en la misma ley 2.^a, á saber: que con este motivo no se origine en los enlaces mala fé ó desconfianza; pues pareció indecoroso que pidiese caucion ó seguridad un hombre á quien entrega la mujer su misma persona. Por tanto si la dote fuera dada, no por la mujer sino por un estraño, podrá exigir el marido fiador, porque entonces cesa de dicha razon.

(1) Tit. ff. de *ædilit. edic. redhibition et quant. minor.* y el tit. Cod. de *ædilitiis action.*

NOTA.—Las espresadas leyes solian citarse ó anotarse de este modo: *per rubrum et nigrum tit. Cod. ne fidejuss*, esto es, *encarnado y negro* del título del Código *ne fidejuss*, etc.; para cuya inteligencia debe saberse que *rubrum* ó *rúbrica* manifiesta el epigrafe de los títulos, v. g. *de las donaciones*, *de las donaciones revocables*, *que no se dén fiadores dotales*, etc. Llámase *rubrum* ó *rúbrica* porque en los antiguos tiempos se escribía con tinta encarnada (*rubrum* es en castellano rojo ó encarnado), pero las leyes comprendidas en el título se escribían con letras negras, y por eso se llaman las mismas leyes negras. Como la prohibicion mencionada no solo se espresa en las leyes 1.^a y 2.^a de dicho título, sino tambien en el mismo epigrafe del título, de ahí es que comunmente se decia que debia renunciarse á lo *rojo y negro* del título del Código *ne fidejuss*, etc. He notado esto para que se entienda el sentido de las cláusulas segun el estilo antiguo, pues el ignorar el origen y significacion de ellas ó no tratar de averiguarlo con diligencia, seria vergonzoso en las personas que profesan este arte, pues de ningun modo podrian escusarse de su ignorancia.

Otras muchas cosas podrian decirse sobre la materia de beneficios, pero como lo dicho basta para el conocimiento de ellos, y sea por otra parte lo que mas se usa en estos tiempos, omito lo restante. Si alguno deseara mayor instruccion en este asunto de beneficios, consulte á Comes tom. 1.^o, Gali y Rolandino sobre el Arte de Notaria.



PARTE PRIMERA

DE LOS CONTRATOS,

LA CUAL SE DIVIDE EN LOS SIETE CAPÍTULOS SIGUIENTES:

- | | |
|---|---|
| CAP. 1.º <i>De la compra y venta (a).</i> | 5.º <i>De la locacion y conduccion.</i> |
| 2.º <i>De las dotes.</i> | 6.º <i>De los compromisos.</i> |
| 3.º <i>De los debitos y créditos.</i> | 7.º <i>De la adopcion y arrogacion.</i> |
| 4.º <i>De las cesiones.</i> | |

CAPÍTULO PRIMERO.

DE LA COMPRA Y VENTA (b).

REPARTIDO EN LOS SEIS TÍTULOS SIGUIENTES:

- | | |
|---------------------------------------|---------------------------------------|
| Tít. 1.º <i>De la compra y venta.</i> | Tít. 2.º <i>De la permuta.</i> |
| § 1.º DE LAS SERVIDUMBRES. | 5.º <i>De la insolubundacion (1).</i> |
| § 2.º DE LOS CENSOS. | 4.º <i>De la donacion.</i> |
| § 3.º DE ARRAS. | 5.º <i>Del feudo.</i> |
| § 4.º DE LA POSESION. | 6.º <i>Del enfiteusis.</i> |
| § 5.º DE LA REVOCACION. | |

¿Qué es venta? Venta es: *la entrega de alguna cosa por cierto precio.*

Explicacion. *Entrega*; pues el vendedor no está obligado á transferir al comprador el dominio de la cosa, sino que basta que dé facultad de tenerla ó poderla tener (2).

De alguna cosa; no de todas, pues hay algunas que no pueden venderse ni ser objeto de contratos, como la finca del menor, la cosa sagrada, santa,

(a) Este capitulo debía titularse: *de los contratos traslativos de dominio*, porque no trata únicamente de la compra y venta, sino de todos los contratos que transfieren el dominio.

(b) Véase la nota anterior.

(1) Esta palabra aunque no castellana, está admitida en el foro de Cataluña, N. T.

(2) L. 11. § 2. ff. de act. empt. et vend. L. 25, § 1. ff. de cont. empt.

etc., las cuales están fuera de comercio como ya hemos dicho. En la palabra *cosa* se comprenden las muebles, inmuebles, corporales, incorporales, sensibles, insensibles, presentes, futuras, perceptibles á la vista ó con el entendimiento, etc. *Por cierto precio*, pues en cualquiera venta se requiere que haya precio (1)

La venta se hace de dos modos. La venta se celebra de dos modos, ó *por escrito ó sin él*. Se hace por escrito cuando desde el principio se trata que se reduzca el contrato á escritura; y se celebra sin escrito cuando desde el principio no se trata que se haga escritura, como cuando las partes están convenidas y no hablan de escritura; pues aunque despues se estienda instrumento para acreditar la verdad de la cosa ó del negocio, (á lo cual puede una parte obligar á la otra porque estamos obligados á hacer lo que no nos perjudica y á otros aprovecha) sin embargo se reputará hecha la venta sin escrito, porque dicho instrumento no hace variar la primera calidad de aquella (2).

Diferencia entre ellas. La difencia entre estas dos clases de venta consiste en que la venta sin escrito se perfecciona con el solo consentimiento del comprador y el vendedor; pero la hecha por escrito no se considera perfecta hasta que el instrumento está hecho y concluido en todas sus partes: debiendo notarse que hasta estar perfeccionado el contrato pueden separarse impunemente de él así el comprador como el vendedor (3).

Compra. Compra es la aceptacion de alguna cosa por cierto precio.

NOTA.—Se omite la esplicacion de esta definicion, porque sus palabras pueden entenderse bien con la antecedente.

Artículos que abraza el instrumento de venta. Seis son los artículos que abraza el instrumento de venta, á saber: 1.º Las personas de los contratantes. 2.º La cosa vendida. 3.º La promesa de entregar la posesion. 4.º El precio. 5.º La eviccion de la cosa legítima en que suelen ponerse varios pactos, y para cuya seguridad se obligan los bienes (c). 6.º El juramento.

(1) Instit. de empt. et vend. § 1. L. 16. ff. de reg. jur.

(2) Canc. part. 1, cap. 13. n. 11.

(3) Instit. de empt. et vend. l. L. Cod. Quamv. licet ab empt. reced.

(c) Hoy no se obligan los bienes para la seguridad de la eviccion, porque está prohibida la hipoteca general. Si algun comprador quiere alguna garantía para la eviccion, tendrá que darse una hipoteca especial, cosa que se verifica rarissimas veces.

Cosas sustanciales en la venta. En la venta son sustanciales tres cosas. 1.^a El consentimiento de los contrayentes (*). 2.^a La cosa que se vende. 3.^a El precio. La cosa debe ser tal que pueda enajenarse, y ser materia de contrato. El precio ha de ser verdadero, y consistente en dinero (d); esto es, verdadero, y no ficticio ni simulado; cierto, á saber, que contenga cierta cantidad de dinero, y no incierta, pues hasta que el precio está determinado no nace la obligacion (1). Puede muy bien dejarse al arbitrio de un tercero el señalamiento del precio; mas no á la voluntad de los contratantes, esto es, no debe quedar en arbitrio del comprador ó vendedor, el declarar si son ó no deudores, por cuanto es inútil el contrato é imperfecta la obligacion que no obliga necesariamente á los contratantes (2). *Consistente en dinero*; á lo menos debe ser así al tiempo de celebrar el contrato (3). Sin embargo basta que se designe con relacion á una cosa cierta; v. g. cuando se convienen en que el comprador dé por precio alguna cadena de oro ú otra cosa semejante, con tal que se espese haberse estimado en cierta cantidad de comun consentimiento.

Cosas naturales en este contrato. Hay dos cosas naturales ó propias de la naturaleza de este contrato. 1.^a *La entrega de la cosa*. 2.^a *Estar á la eviccion de ella*. Como quiera que estas dos cosas nazcan del mismo contrato, se entienden puestas en él aun cuando no se espese.

¿De cuántos modos se contrae la venta? La venta se puede contraer de cuatro modos. 1.^o Puramente. 2.^o Bajo de condicion. 3.^o Para cierto dia. 4.^o Desde cierto dia. *Puramente*, cuando se vende simplemente la cosa; por ejemplo, te vendo tal cosa por tanto precio. *Bajo de condicion*, si por algun tiempo queda suspensa la venta, como en este caso: si dentro de diez dias pagáres el precio te venderé esta casa. *Para cierto dia y desde cierto dia*, cuando este no suspende la obligacion, sino solo la entrega y ejecucion del contrato; como, vendo este caballo desde el dia de san Vicente (4).

¿Quiénes pueden vender? Pueden vender todos aquellos á quienes es permitido contraer, y los que tienen de ellos mandato espreso; pues el que trata por otro se reputa hacerlo por sí mismo (5).

(*) El consentimiento es esencial en todo contrato, y por lo tanto no puede decirse que sea especialmente de sustancia de la venta.

(d) Falta una circunstancia del precio, y es que debe ser *justo*, á saber que sea equivalente al verdadero valor de la casa.

(1) L. 16. ff. de reg. jur.

(2) Instit. de empt. et vend. § 1. L. 35. ff. de contrah. empt. L. 13. Cod. del mismo tit.

(3) § 1 y 2 Instit. de empt. et vend.

(4) § 4. de la Instit. de empt. et vend.

(5) § 42 y 43 Instit. de rer. divis.

¿Qué cosas pueden venderse? Pueden venderse todas las cosas que están sujetas al comercio humano, esto es, las que cualquiera puede tener, poseer ó demandar, ya sean muebles, ya inmuebles, corporales, incorpóreas, perceptibles con la vista ó el entendimiento, presentes, futuras, en todo ó en parte; pues lo que es de derecho en el todo y en cuanto al todo, lo mismo es en una de sus partes (1).

¿Qué cosas no pueden venderse? No pueden venderse las cosas que no pueden ser materia de contrato, y están fuera del comercio de los hombres, segun dije arriba (2).

¿Qué cosas se requieren para la traslacion del dominio? Para que se transfiera al comprador el dominio de la cosa vendida, son necesarios cinco requisitos, á saber: 1.º Que el que entrega sea dueño de la cosa, porque lo mio por ejemplo no puede trasladarse á otro sin que yo lo haga ó lo consienta (3), á no ser que medie mandato del dueño, ó lo hagan por este el juez, el fisco, el acreedor, el procurador, los tutores generales, y los preladados de las iglesias con consentimiento del Pontífice ó del cabildo. Empero si el vendedor no fuere dueño ni tuviere facultad para enajenar, entonces el comprador no adquiere el dominio; mas no obstante se halla con causa para usucapir ó prescribir la cosa (4). 2.º Que se haga la entrega por causa hábil para transferir; esto es, por contrato ú otro titulo; pues por la mera entrega ó sin causa no pasa el dominio al que recibió la cosa (5). 3.º Que esta sea susceptible de entrega y enajenacion, ó que esté sujeta al comercio de los hombres (6). 4.º Que aquel que entrega sea persona idónea para entregar; escluyéndose por consiguiente todos los que no pueden contratar. 5.º Que se haya pagado el precio, ó se tenga seguridad de su pago, pues esta y no otra es la voluntad del vendedor (7).

NOTA.—Estos requisitos han de tenerse siempre en consideracion cuando por otros modos la cosa pasa de una mano á otra.

¿De cuántos modos se perfecciona la venta? La venta se perfecciona de tres modos: 1.º Con el consentimiento de los contratantes; pues la venta que se hace sin escritura se perfecciona con el consentimiento, y cada uno está obligado á cumplir por su parte el contrato, á saber, el ven-

(1) L. 76. ff. de rei vind. L. 113. ff. de reg. jur.

(2) Instit. de emp. et vend. § fin. L. 34. § 1. ff. de contrah. empt. L. 1. y sig. Cod. quæ res venir. non poss.

(3) L. 11, y 54. ff. de reg. jur.

(4) L. 1. y sig. Cod. de reb. alien non alien.

(5) § 40. Instit. de rer. divis.

(6) Instit. de empt. et vend. § fin.

(7) Instit. de rer. divis. § 41.

dedor á entregar la cosa, y el comprador á pagar el precio (1). 2.º Con el consentimiento y la escritura, cuando con esta se celebra la venta, en cuyo caso se exige para su perfeccion no solo el consentimiento sino tambien el final otorgamiento de dicha escritura; pues todo contrato celebrado por escrito, carece de fuerza hasta que se otorgue el instrumento, y sea aprobado por las partes (2). 3.º Con la entrega de la cosa y pago del precio; porque cuando se han verificado estas dos cosas, se dice estar consumada la venta (*).

¿De cuántos modos se disuelve? Tambien se disuelve de tres modos la venta. 1.º Con el consentimiento ó disenso de los interesados. 2.º Con instrumento contrario. 3.º Con la entrega de la cosa hecha por el comprador al vendedor; en cuyo caso mas bien sucede verificarse una nueva venta que disolverse ó revocarse la primera (3) (e).

¿De cuántos modos suelen venderse las cosas? De tres modos pueden venderse las cosas inmuebles. 1.º Por *derecho propio*, si se vende la cosa por puro, libre y franco alodio, esto es, cuando ningun otro la tiene, y entonces se transfieren al comprador el dominio y la propiedad. 2.º Por *derecho Conducticio*, ó no pleno, que es cuando se vende una cosa sujeta á condicion enfiteútica, es decir, cuando otro la tiene; pues entonces solo se transfiere al comprador el dominio útil, conservándose la propiedad al dueño ó señor. 3.º Por *incierto derecho*, como si se vende la cosa de la cual se duda si se posee por derecho propio ó por el *Conducticio* (4).

NOTAS.—1.ª El pacto de retrovender con parvidad de precio se considera hecho en fraude de las leyes contra usuras, y arguye un contrato simulado. Dicha parvidad debe ser en grande y notable cantidad respecto del justo precio, acerca de lo cual y de otros requisitos necesarios para fundar esta presuncion, véase á Canc. (3) (f).

2.ª El pacto restrictivo, esto es, que no se puede redimir la cosa sino despues de cierto tiempo, puesto en la venta que se hace á carta de gracia, de

(1) Instit. de oblig. ex cons. y el tit. de empt. et vend.

(2) Instit. de empt. et vend. al princ. y en el § 3.

(*) Aquí se confunden la perfeccion y la consumacion del contrato que son cosas muy distintas. Los modos 1.º y 2.º pertenecen realmente á la perfeccion de la venta; el 3.º á su consumacion.

(3) Tit. del Cod. Cuando lic. ab. empt. reced. y § fin de la Instit. quib. mod. toll. obl.

(e) La venta sin escritos se disuelve por medio del primero de los modos espresados; la venta en escritos por medio del segundo, y la venta consumada por medio del tercero.

(4) Comes tom. 1, cap. 20, n. 21.

(5) Canc. Var. 1, cap. 13, n. 40.

(f) La costumbre ha autorizado el que las ventas con pacto de retro ó á carta de gracia se hagan desde la mitad del justo precio de la cosa hasta su total valor á arbitrio de los contrayentes.

censos y réditos anuales, frecuentemente es usurario; porque el comprador está cierto absolutamente desde el principio del contrato del lucro que ha de percibir además del capital; sin embargo este lucro se percibe por título de dominio y derecho de compra, si no es inmoderado (1). Por lo cual algunos le consideran exento de usura segun Reiff (2) (g).

3.ª El que tiene una cosa de mancomun con otro y quiere vender su parte, debe antes hacer de ello sabedor al compañero, pues de lo contrario se le daría otro socio contra su voluntad, lo cual no es lícito, porque ninguno puede hacer en sus cosas algo que pueda perjudicar á otro, si de hacer esto no le resulta utilidad (3) (*).

(1) Extrav. 2, de empt. et vent. int. com.

(2) Reiff al tit. de usur. § 7.

(g) El pacto que aquí se llama restrictivo se denomina propiamente pacto negativo; para cuya aclaracion hay que saber que las fincas pueden venderse á carta de gracia con pacto negativo ó afirmativo. El pacto negativo es el que espresa el autor, esto es que no se pueda redimir la cosa sino despues de cierto tiempo, cuyo pacto se considera inmoral y por tanto ilícito en Cataluña, aunque algunos canonistas lo defienden. El pacto afirmativo consiste en que no se pueda redimir la cosa sino dentro de cierto tiempo, cuyo pacto es lícito, mas como en Cataluña suelen venderse las cosas á carta de gracia por un precio mucho menor del justo, debe añadirse en este pacto la condicion de que finido el plazo que se señale para la redencion, si esta no se hiciere, deba el comprador satisfacer lo que falte para el justo valor de la cosa, otramete habria lesion en la venta. En las demás provincias de España el pacto afirmativo es comun en las ventas con pacto de retro, y en todas se señala plazo para la redencion, sin que se deba estipular que finido este se satisfaga por el comprador el mayor valor que tuviere la cosa, porque todas se venden con pacto de retro por su precio justo, y no por menos como en Cataluña.

Aunque hemos dicho que el pacto afirmativo es lícito en Cataluña, no por esto es frecuente, antes bien son rarísimas las ventas con este pacto. La generalidad de las ventas á carta de gracia en Cataluña se verifican sin señalamiento de plazo alguno, esto es con el pacto que el vendedor pueda redimir la finca siempre que quiera perpetuamente, lo cual espresaban los antiguos Notarios con la formula «vende perpetuamente, pacto empero de redimir mediante,» cláusula que así espresada parece contradictoria, ó cuando menos confusa y poco inteligible, y hubiera estado mejor concebida en los siguientes términos «vende á carta de gracia con pacto de redimir perpetuo» como lo hemos visto adoptado por algun Notario inteligente.

La carta de gracia catalana, así entendida y verificada por menos del justo precio, no tiene ninguna semejanza con la de Francia y de Castilla: es un contrato especial, en el cual el dominio de la finca se divide entre dos personas, una de ellas el comprador que retiene el verdadero dominio de la cosa, cuyo valor es el precio que ha dado por ella, y la otra el vendedor, que se reserva un derecho real, llamado derecho de redimir, cuyo valor es lo que falta para el justo precio de la cosa. La division que este contrato importa en la propiedad de la cosa es muy semejante á la que se opera por medio del contrato enfiteútico entre el señor directo y el señor útil, y en Cataluña se rige por las mismas reglas, reconociéndose al derecho de redimir un carácter perpetuo como el dominio directo, y formando una parte de propiedad que circula y se entrega al comercio, aumentando los elementos de la contratacion.

(3) Tit. del Cod. de comm rer. alien.

(*) La doctrina que sienta aquí el autor lejos de tener en su apoyo el tit. del Cod. de comm. rer. alien. es contraria á la ley 3.ª de dicho tit.

3.^a Si en el tiempo de la celebracion de la venta interviene engaño en mas de la mitad del justo precio, puede rescindirse el contrato (1) aunque se renuncie con juramento, porque á este deben acompañar tres circunstancias, á saber: juicio, verdad y justicia, las cuales faltan claramente cuando hay lesion enorme. Tiene tambien lugar esta rescision aun cuando se diga que si valiere mas la cosa se hace donacion de todo al comprador; porque dichas palabras no deben referirse al precio grande ó escesivo, sino al moderado, mayormente si aparece con claridad que el vendedor tuvo ánimo de vender y no de donar.

5.^a Tambien tiene lugar esto mismo en todo contrato en el cual interviene engaño en mas de la mitad del valor (2).

6.^a El trigo, la avena y otros granos que aun están verdes ó en caña, no pueden venderse en cierto anticipado precio, á menos que se justiprecien teniendo razon del valor, de los riesgos y demás circunstancias, para remover la sospecha de usura por la anticipacion del pago. Asi debe entenderse la pragmática que se citará abajo, en la cual se contiene esta resolucion, porque no solo se perjudica á la utilidad pública, pudiendo así mas fácilmente comprarse dichos granos á bajo precio para venderlos luego mas caros; sino que además se infringe el deber de la caridad, y se abre la puerta á muchos pecados. Por tanto, se impone la pena de perder los vendedores la cosa, y los compradores el precio, además de la establecida por derecho contra los logrerros segun pragmática del rey Alfonso III (3).

7.^a Aunque está prohibida la donacion entre marido y mujer, como se dirá mas adelante en el titulo de las *Donaciones*, no asi la compra y venta ó cualquier otro contrato oneroso, á menos que sea una donacion simulada (4).

8.^a El escribano no puede entregar á las partes copia, esto es, autorizar, sin la firma ó aprobacion del Señor, instrumento alguno de enajenacion de cosa enfitéutica ó feudal por la cual se deba laudemio, bajo la grave pena de privacion de oficio (5). Y aunque la citada constitucion fue derogada por real decreto del año 1755; sin embargo por otro posterior de 1761 se confirmó aquella, segun cuyo tenor debe tambien el escribano declarar en las ventas y otras enajenaciones, los censos y demás prestaciones á que están afectas las cosas feudales y enfitéuticas (h).

(1) L. 2. Cod. de rescind. vend.

(2) Canc. Var. 1, cap. 13, n. 12, 34 y otros.

(3) Pragm. 1. del rey D. Alfonso 3.^o lib. 4, tit. 5, de compra y venda. vol. 2, Const. Amig. decis. 4, n. 76.

(4) Canc. par. 1, cap. 13, n. 98.

(5) Constit. 4, lib. 4, tit. 28, de dret emphiteutich.

(h) El Real decreto de 1761, en cuanto previene que el Notario no puede autorizar con su signo y firma las copias de las escrituras de enajenacion de cosas feudales y enfitéuticas sin que exista la firma y aprobacion del señor, ha sido derogada por Real orden de 7 de Noviembre de 1864. Segun esta, el Notario puede cerrar y signar las copias, pero en la escritura debe salvarse á favor del señor directo, y de los medianos si los hay,

9.ª El seglar no puede vender ó enajenar casas á personas eclesiásticas sino con permiso de la junta del equivalente al alojamiento y utensilios vulgarmente llamada *dels Pavellons*, para evitar toda sospecha de fraude y simulacion en perjuicio de la contribucion del hospicio militar; y los escribanos que otorgaren tales instrumentos sin preceder dicha licencia, incurrirán en la pena de suspension de oficio por tiempo de dos años, con la obligacion además de satisfacer con sus personas y bienes, las cargas que tenga impuestas la casa por dicha contribucion (1) (i).

§ 1.º

DE LAS SERVIDUMBRES.

Contándose las servidumbres entre las cosas que pueden venderse y adquirirse, convendrá decir aquí algo de ellas.

¿Qué es servidumbre? La servidumbre de que ahora se va á tratar, no es otra cosa sino *un derecho en la cosa ajena constituido para uso de alguna finca ó persona, fuera de la naturaleza de la misma cosa.*

¿De cuántas maneras es? Es de dos clases, *real y personal*; pues si se debe á la persona se llama *personal*; si á la cosa ó finca, *real ó predial*, á menos que por el convenio conste claramente haberse tenido por objeto el derecho de la persona, y no el de la cosa.

La servidumbre real es de dos especies. Dos son las especies de servidumbre real, *rústica* la una y *urbana* la otra. Llámase *prédio rústico* cualquiera finca sin edificio, como una tierra ó heredad, un huerto, etc. *Urbano* es cualquier edificio donde quiera que esté construido, sea en el campo, sea en la ciudad; porque cuando se trata de servidumbres, no es el lugar, sino la materia la que constituye el *prédio rústico* ó urbano (2) (j).

el laudemio que les corresponde cobrar por aquel contrato, cuya salvedad debe el Registrador anotar en la inscripcion, dejando la finca gravada con el mencionado laudemio, á cuyo fin se espresa la cuota ó tipo que debe satisfacerse.

(1) Real decreto del rey D. Fernando VI publicado en 1750.

(i) Esto ha quedado sin efecto por haber variado las circunstancias.

(2) § 1 y 2. Instit. de servit. rust. et urb. præd.

(j) No son exactas las definiciones que da el autor de los *prédios rústicos* y *urbanos*. *Prédio urbano* es el edificio destinado para habitar, como los que existen en el interior de las poblaciones. Así es que una casa de campo se considera como *prédio rústico* porque forma parte y es accesoria de una heredad; así como un jardín ó huerto unido á una casa situada en lugar poblado se considera urbano por ser accesorio de un *prédio urbano*.

Servidumbres de los prédios rústicos. Servidumbres de los prédios rústicos llamamos los que se deben á las fincas ó prédios rústicos, y son: *la senda, la carrera, el camino y el acueducto* (1).

Senda. La senda es *el derecho de andar y pasearse un hombre por la heredad ajena sin llevar jumento ni carro* (2).

Carrera. Carrera, ó mejor carretera, es *el derecho de llevar jumento ó carro*: es de mas estension este derecho que el de senda, pues aquel á quien corresponde la carrera tiene tambien el derecho de senda, así por la misma espresion y derecho de la servidumbre, como por la presunta voluntad de los contratantes; pues de otro modo ¿cómo pudiera uno entrar con carro ó jumento sin el derecho de andar él mismo por la heredad? Es indudable que el que puede lo mas, puede lo menos. (3).

Camino. Camino es *el derecho de ir por la heredad ajena á pié ó á caballo, ó con carro*; porque esta servidumbre comprende las dos anteriores (4) (1).

Acueducto. Acueducto es *el derecho de llevar el agua por la heredad ajena*, y se requiere que el agua sea perenne ó viva, pues todas las servidumbres tienen causa perpétua (5).

Servidumbres de los prédios urbanos. Las servidumbres de los prédios urbanos son las que están inherentes á los edificios, y se denominan así porque todos los edificios se llaman prédios urbanos aunque estén construidos en el campo (m). De esta clase de servidumbres son las siguientes. 1.^a El derecho de poner carga sobre el edificio del vecino. 2.^a El derecho de horadar la pared del vecino para meter alguna viga. 3.^a El derecho de que caiga el

(1) Instit. de servit. § 3.

(2) Instit. de servit. al princ.

(3) L. 110, ff. de reg. jur. Instit. de serv. al princip.

(4) Instit. de servit al princ.

(1) Las tres servidumbres que preceden están mal calificadas. La primera que es la que llamamos en español *camino de paso* es el derecho de andar y pasearse un hombre á pié por la heredad ajena ó por una senda trazada en ella. La segunda, que es el *camino de herradura*, es el derecho de pasar á pié, á caballo ó con carretones de mano. La tercera que se denomina *carretera* es el derecho de pasar á pié, á caballo y con carro. La carretera debe tener por lo menos la anchura bastante para que puedan pasar dos carros de frente; pero en cuanto á las carreteras públicas en España está señalada la medida, que aumenta gradualmente segun sean vecinales, provinciales ó generales.

(5) L. 28. ff. de servit. præd. urb.

(m) Esto no es cierto, segun antes se ha dicho, porque una casa de campo situada en medio de una heredad no es prédio urbano, sino rústico.

agua de nuestro tejado por canales ó caños de la casa ajena, ó al contrario el derecho de impedir que el agua caiga en nuestra casa de la del vecino. 4.º El derecho de impedir á otro que levante mas su casa, el de que no impide la luz ó la vista y otras semejantes (1)

¿De cuántos modos se constituyen las servidumbres? Las servidumbres se constituyen de cuatro modos. 1.º Por *venta*; como cuando uno vende á otro el derecho ó la facultad de abrir agujero, de alzar ó no alzar mas la casa. 2.º Por *pacto*; como si yo pactare que me sea lícito usar de la cosa de otro, de hacer algo, etc. 2.º Por *estipulaciones*; por ejemplo si estipulo con otro el ir, ó conducir algo por su heredad. 4.º Por *última voluntad*; v. g. cuando uno manda en su testamento al heredero que no levante mas su casa, que no quite la luz ó vista á la del vecino (2).

¿De cuántos modos se pierden? Piérdense las servidumbres de cinco modos. 1.º Por *la confusión*, que es cuando un mismo sugeto se hace dueño de entrambos prédios; porque la cosa que es de uno á nadie presta servidumbre (3) (n). 2.º Por la *remisión* ó condonacion bien sea de toda la servidumbre, ó de parte de ella; pues tambien en parte puede retenerse, y cualquiera tiene facultad para renunciar á su derecho admitiendo cualquier acto contrario á la servidumbre; porque todo se disuelve del mismo modo que se ha establecido (4). 3.º *Acabado el derecho del que concede la servidumbre*; pues de este modo se acaba tambien el del que la recibe, por cuanto nadie puede transferir á otro mas derecho del que tiene él mismo (5). 4.º *Por la ley y el pacto*, porque el pacto contrario á la servidumbre destruye, como se dijo arriba tratando de la remision. 5.º *Por el no uso*, que es cuando interviene la prescripcion legítima (6) (ñ).

(1) Instit. de servit. § 1 y 2.

(2) Instit. de servit. § fin.

(3) L. si ades. 36. ff. de serv. urb. præd. L. 1 ff. quemadmodum serv. amitt.

(n) Estinguida la servidumbre por confusion, no revive aunque los prédios vuelvan á separarse, por ejemplo enajenando el uno de ellos, á no ser que se constituya de nuevo.

(4) L. 14. § 1. ff. de servit. L. 8. ff. quemadm. serv. emitt. L. 53. ff. de reg. jur.

(5) L. 105. ff. de cond. et dem. L. 31. ff. de pign. L. 11. § 1. ff. quemadm. serv. am.

(6) L. 20. ff. quemadm. serv. amitt.

(ñ) Añadase por *pérdida de la cosa*; pero restablecida esta revive la servidumbre.

DE LAS SERVIDUMBRES PERSONALES QUE SON EL USUFRUCTO, EL USO Y LA HABITACION.

Usufructo. Usufructo es *el derecho de usar y disfrutar las cosas ajenas quedando íntegra la sustancia de ellas.*

Esplicacion. *Derecho*, esto es, de servidumbre, para diferenciarle del que tiene el colono en la heredad arrendada, que no es un derecho en la cosa sino solo contra la persona del locador ó arrendador con quien contrato. *Derecho* significa tambien aquí la facultad ó potestad de hacer algo. *De las cosas ajenas*: indican estas palabras que aquel á quien pertenece el usufructo no tiene la propiedad de la cosa ; pues la que es propia no sirve á otro (1). *De usar*, á diferencia de la prenda que tiene el acreedor, el cual no puede usar de ella contra la voluntad del deudor. *Y disfrutar*, en que se distingue esta servidumbre del uso y de la habitacion. *Quedando íntegra la sustancia de ellas*: para escluir el casi usufructo de aquellas cosas que se consumen con el uso, y para significar al mismo tiempo que quien tiene el usufructo puede percibir los frutos de la cosa, conservando la sustancia de la misma, esto es, no deteriorándola (2).

Es de dos especies. Hay dos especies de usufructo, á saber: *causal y formal*. Causal es el que está junto con su causa, esto es, con la propiedad que tiene el señor ó dueño, y entonces no es propiamente servidumbre, pues la cosa propia á nadie puede servir. Formal es el que está separado de la propiedad y se debe á otro en cosa ajena (3), del cual solamente se trata aquí.

¿De cuántos modos se constituye? El usufructo se constituye de tres modos: 1.º *Por ley*, que es cuando al padre se concede el usufructo en los bienes adventicios del hijo (4). 2.º *Por el juez*, cuando en los juicios divisorios el juez adjudica á uno la propiedad y á otro el usufructo de la cosa (5). 3.º *Por el dueño*, quien tiene libre facultad para disponer de sus cosas y por consiguiente puede constituir usufructo por acto entre vivos, ya sea ven-

(1) L. 5. ff. si usufr. pet. L. 26. ff. de serv. præd. urb.

(2) L. 13. ff. de usufr.

(3) Instit. de usufr. § 2.

(4) L. 6. y ult. Cod. de bon. que lib. § 1. Instit per quas pers.

(5) L. 6 § 10. ff. comm. divid. L. 6, § 1. ff. de usufr.

diendo, ya dando, como tambien por última voluntad; pues si legase á alguno el usufructo, el heredero tendria solo la propiedad, y el legatario el usufructo (1).

¿De cuántos modos se estingue el usufructo? Estinguese este de seis modos. 1.º *Por muerte del usufructuario*, porque solo se debe á la persona, conforme á esta regla: el privilegio personal sigue á la persona y se estingue con ella (2); pero si se dejare á un hijo de familias, no se estingue con su muerte, pues se presume dejado á su padre si sobrevive, como si se hubiesen constituido dos usufructos (3) (o). 2.º *Por la Capitis-diminucion máxima y media*; esto es, por la servidumbre que se equipara á la muerte, y la deportacion que priva á uno de los derechos de ciudadano (4). 3.º *No usando en el modo y tiempo debido*, esto es, segun el modo y fin para que se dejó el usufructo, cuyos ejemplos pueden verse en la ley citada al pié (5): ó no usando por todo el tiempo que requiere la ley para completar la prescripcion (6). 4.º *Por haberse pasado el tiempo ó la condicion puesta* (7). 5.º *Por destruccion de la cosa* en que está constituido el usufructo; pues como este es un derecho inherente á ella, destruida la misma, preciso es que tambien aquel se acabe (8). 6.º *Por cesion hecha al mismo dueño*, ó al contrario por consolidacion si el usufructuario adquiere la propiedad, porque la cosa no debe servidumbre á su mismo dueño (9).

NOTAS.—1.ª El usufructo no puede cederse á un estraño, pues el derecho que tiene el usufructuario es personal ó inherente á la persona, y se estingue con ella, y por lo mismo no pasa á los herederos; pero la utilidad ó aprovechamiento del usufructo puede cederse á cualquiera, porque de este modo no deja de permanecer el derecho en la persona del usufructuario; pero si este faltase se acabaria su derecho. Puede sin embargo cederse el usufructo al señor propietario, y entonces se consolida el usufructo con la propiedad (10).

2.ª Puede constituirse el usufructo sobre todas las cosas, excepto aquellas que se consumen con el uso, como el vino, aceite, etc., porque el usufructo

- (1) Instit. de usufr. § 1.
- (2) L. 68 y 196 ff. de reg. jur.
- (3) L. ult. Cod. de usufr. Instit. en el mismo tit. § 3.
- (o) El usufructo dejado á una ciudad dura cien años.
- (4) Instit. de usufr. § 3. L. pen. § ult. Cod. del mismo tit.
- (5) L. 10, § 1, 11 y 18. ff. quemadm. serv. amitt.
- (6) L. 16. Cod. de usufr. Instit. en el mismo tit. § 3.
- (7) L. 4. ff. de usufr.
- (8) Instit. de usufr. al principio y en el § 3.
- (9) L. 17. ff. quib. mod. usufr. amitt. Instit. de usufr. § 3.
- (10) L. 66. ff. de jur. dot. L. 57. ff. solut. matr. Inst. de usufr. § 3, et de usu et habit. § 1.

es el derecho de usar y disfrutar de las cosas sin deteriorar la sustancia de ellas. Sin embargo aun en dichas cosas que se consumen con el uso, puede constituirse cierto derecho que se llama cuasi-usufructo (1).

El uso. — Uso es, *el derecho de usar de las cosas ajenas, salva la sustancia de las mismas* (p).

NOTAS.—1.^a Se constituye el uso en las mismas cosas y en los propios términos que el usufructo, y se pierde de la misma manera.

2.^a El que tiene el mero uso no puede ceder la cosa á otro; pues se entiende que nada mas tiene sino el uso cotidiano de ella, como espresa y confirma con ejemplos la Instituta (2).

Habitacion. — Habitacion es *el derecho de habitar en la casa ajena sin deteriorarla*.

¿En qué se diferencia del uso? — La diferencia entre el uso y la habitacion consiste en que el que tiene esta, puede arrendarla á otro; pues el que deja á alguno la habitacion se entiende haber tenido en consideracion asi la cosa misma como la necesidad de la persona á quien la dejó; pero aquel á quien se ha concedido el uso de la casa, no puede arrendarla, porque se presume habersele dejado el mero derecho de usarla, atendiendo solo á la necesidad de la persona para aquel fin únicamente (3).

DE LA CAPITIS-DIMINUCION, Ó SEA MUDANZA DE ESTADO DE UNA PERSONA.

Habiendo dicho que uno de los modos de estinguirse el usufructo es la *Capitis-diminucion* máxima y media, es consiguiente tratar de ella en este lugar.

La *Capitis-diminucion* es: *una mudanza del primitivo estado de la cosa*. Es de tres clases, *máxima ó mayor, media y mínima*. La *mayor* es cuando uno

(1) § 2 Instit. de usufr. y tit. ff. de usufr. earum rerum que usu consumantur, etc.

(p) Diferenciase el usar del disfrutar, en que el uso comprende solo las utilidades necesarias, y el disfrute todas, aun las superfluas.

(2) Instit. de usu et habit. al princip. § 1, 2, 3 y 4.

(3) § 5. de la instit. de usu et habit. y L. 13 Cod. de usufr.

pierde juntamente los derechos de familia, ciudad y libertad, lo cual sucede en aquellos que se hacen siervos de la pena, en virtud de una condena gravísima; en los libertos cuando son condenados por ingratos á sus patronos; ó en aquellos que se venden á sí mismos para utilizarse del precio. La Capitis-diminucion *media* es cuando uno pierde los derechos de ciudadano, si bien retiene la libertad, como sucede con los deportados á una isla. La *mínima* es cuando se conservan la libertad y los derechos de ciudadano, y solo se muda el estado de la persona; lo cual se verifica en aquellos que siendo independientes ó *sui juris*, empezaron á estar sujetos á otro, ó al contrario, por ejemplo, si fuese emancipado por el padre un hijo de familias, ó arrogado algun padre de familias (1) (q).

§ 2.º

DE LOS CENSALES Ó CENSOS REDIMIBLES.

Habiendo tratado de la compra y venta, corresponde ahora decir algo del censal, que no es otra cosa sino una venta.

¿Qué es censal? Censal es: *venta del derecho de percibir una pension anual y proporcionada por cierto precio* (r).

Explicacion. Se llama *venta*, porque en la imposicion de este censo concurren las tres cosas que son esenciales en una venta perfecta, y sin las que no puede verificarse. Añádese *del derecho*, porque al comprador se transfiere el derecho de pedir y percibir la pension, y el precio que por él se paga al vendedor, siempre que este desea redimir el censo. *De percibir*, pues el comprador censalista mientras dura el censal, percibe anualmente la pension de él, y el vendedor está obligado á pagarla. *Una pension anual y proporcionada*, como si dijéramos, un interés justo que se ha de percibir anualmente, el cual despues de la real pragmática del señor D. Fernando VI

(1) Instit. de Capit. diminud.

(q) No es cierto que se llame capitis-diminucion el hecho de pasar una persona *alieni juris* á ser *sui juris*, pues entonces lejos de perder gana, sino únicamente cuando una persona *sui juris* pasa á ser hijo de familia por medio de la arrogacion ó legitimacion

(r) Falta en esta definicion *mediante facultad de redimir*, porque esta es de esencia del censal.

del año 1750, no puede esceder del tres por ciento. *Por cierto precio*; pues en toda venta, como se ha dicho arriba, se requiere el precio (s).

(s) El censal cuando se impone se dice que se crea, y á la escritura se la llama *creacion de censal ó venta y creacion de censal*, porque realmente el derecho de percibir la pension estipulada no existia antes del contrato, sino que se crea para venderlo en el mismo acto.

Es de esencia que sea redimible, y no se admite el señalamiento de tiempo para la redencion, ni con pacto afirmativo, ni negativo, sino que la facultad de redimir debe ser indefinida y perpetua.

Por medio del censal no se constituye mas que un derecho personal, pues el derecho de cobrar la pension no gravita directamente sobre una finca, sino esencialmente contra la persona del vendedor del censal y despues de su muerte contra sus sucesores universales. Así es que no se necesita poseer bienes inmuebles para crear censales; el que nada posee, un pobre puede crear y vender un censal. Lo que sucederá en tal caso es que no encontrará fácilmente quien se lo compre, porque el que ha de entregar un capital para que le produzca una pension anual, querrá de seguro una garantía para no perder su dinero, puesto que una persona por sí sola no ofrece garantía bastante para asegurar una pension que puede llegar á perpetuarse. De aquí es que casi todos los censales se constituyen con hipoteca ó con fianza, pero en este caso la hipoteca ó fianza son accesorias; por consiguiente un censal con hipoteca especial produce un derecho personal que es la base del contrato, y un derecho real que es accesorio. Si el que ha creado el censal enajena la finca hipotecada, el que ha de cobrar la pension de dicho censal tendrá dos acciones para reclamarla, una accion personal contra el que creó el censal ó sus herederos, y otra real contra el poseedor de la finca hipotecada, pudiendo usar á su arbitrio de cualquiera de ellas; pero si se dirigiere contra el poseedor de la finca, y este se viere obligado á pagar la pension, tendrá recurso contra el que creó el censal ó sus herederos para que le indemnicen en caso de que no se hubiese descontado el capital del censal del precio de la venta de la finca. A fin de evitar esta duplicidad de acciones, y las complicaciones á que podrian dar lugar, es costumbre en Cataluña que cuando se vende una finca hipotecada en garantía de un censal, el comprador de la finca por medio de una escritura separada se lo encarga sobre su persona á fin de que la accion personal pasiva quede unida á la real. Pero si en este encargamiento no interviene el receptor del censal, no se estingue el derecho personal que este tenia contra el que creó el censal y sus herederos segun el principio de que los contratos no pueden perjudicar sino á los que en ellos intervienen; mas es muy comun el que el receptor del censal intervenga en la escritura de encargamiento y consienta en el cambio de persona.

No está permitido entregar una prenda en garantía de un censal. En los censales con hipoteca acostumbra á ponerse el pacto que se llama de mejorar la hipoteca y consiste en prometer el vendedor que pasados cinco años, siempre que quiera el comprador mejorará las hipotecas del censal, dando nueva hipoteca especial, ó uno ó mas fiadores á satisfaccion de dicho comprador, y no cumpliendo incurrirá en la pena del pago de una cantidad igual al capital del censal, aplicadera si quiere el vendedor á la redencion del mismo. Nótese que no se dice que incurrirá en la pena de haber de redimir el censal, porque es de esencia en este contrato segun el derecho de Cataluña, que no puede señalarse tiempo para la redencion, ni puede obligarse al que creó el censal á verificarlo en ningun caso, sino que debe quedar única y esclativamente á la voluntad del que lo creó ó de sus herederos. Pero lo que la ley catalana no permite directamente se consigue por medio de este pacto de un modo indirecto, porque viéndose obligado el vendedor del censal á pagar en pena una cantidad igual al precio del mismo, preferirá que se aplique á su redencion, que no el que sirva simplemente como una pena y que quede subsistente la obligacion del censal. De esta manera se le obliga á redimir un censal por medio de una sutileza pretoria, diciendo que

NOTAS.—1.^a El tutor y el curador no pueden vender el censal que debe percibir el pupilo ó adulto, porque los censales se cuentan entre los bienes

si redime el censal es por su voluntad y no por obligacion, pues quedaba á su arbitrio el pagar la cantidad estipulada por via de pena, sin aplicarla á la redencion del censal. Así discurrían los romanos cuando privando á algun ciudadano del agua y del fuego le veían abandonar precipitadamente la ciudad: tambien decían que no le desterraban, sino que se iba voluntariamente. De estas sutilezas tiene algunas el derecho catalan, que no es otra cosa que el mismo derecho romano acomodado á las necesidades de este territorio.

Tambien se acostumbraba poner en muchos censales un pacto con el cual el que lo crea y vende consigna al comprador los alquileres de la finca hipotecada para el cobro de las pensiones, dándole facultad de remover los inquilinos que no paguen con puntualidad y alquilarla de nuevo, y de valerse de esta consignacion ó cobrar del vendedor, variando tantas veces como quiera. Este pacto obedece á la tendencia catalana de evitar hasta el último estremo el tener que acudir á los Tribunales para hacer valer los derechos resultantes de los contratos.

El que ha creado un censal y sus sucesores pueden conceder á cualquier persona la facultad de redimirlo. Si aquel á quien se concede esta facultad no hace uso de ella, la escritura no produce efecto alguno; si quiere hacer uso de ella, se dirige una cédula al perceptor del censal, la cual se le notifica por medio de Notario, para hacerle saber que el vendedor del censal ha concedido á tal ó cual persona la facultad de redimirlo, y se le intima en su consecuencia que firme la escritura de retroventa á favor de aquel que tiene concedida la facultad de redimir, pagándole este en el acto de la firma el precio y pensiones debidas. Verificado esto el que tiene concedida á su favor dicha facultad de redimir satisface al perceptor del censal el precio y pensiones que se adeuden del mismo, y este le firma escritura de *retroventa*, con la cual el censal no queda redimido sino respecto al perceptor que ha firmado esta escritura, pues el que satisfacía el censal habrá de continuar pagando las pensiones hasta que devuelva el precio al que ha obtenido la retroventa por haber usado de la facultad de redimir que se le concedió por el pagador, de manera que estas escrituras no producen mas que un cambio en la persona del perceptor. De ahí resulta que está á la mano del pagador de un censal el cambiar de perceptor siempre que encuentre una persona que quiera pagar á este el capital del censal. Cuando los censales eran mas frecuentes, se valían de este recurso los que pagaban dos, tres, cuatro ó mas censales á distintas personas, pues si encontraban un sugeto que tuviese un capital bastante para redimirlos todos, le concedían la facultad de redimirlos, y despues que lo habia hecho, pagaban al que los habia redimido las pensiones de todos los censales redimidos, consiguiendo con esto el haber reunido el derecho de percepcion de todos ellos en una misma mano.

Un censal creado puede venderse por el perceptor del mismo, y no es necesario que se venda por el mismo precio por el cual se creó, de manera que su cotizacion es variable, y sube y baja como los valores mercantiles en la plaza.

La escritura de redencion de censal se llama en Cataluña *definicion de censal*; pero como el formularismo catalan es rigurosamente filosófico, se le da la forma de una simple carta de pago como al satisfacerse una deuda personal, fundándose esta práctica en que el censal pertenece á los derechos personales, y tan solo al fin de la carta de pago se dice como por incidencia que aquel censal queda definido.

En el dia se hace muy poco uso de este contrato, porque los particulares no quieren colocar sus capitales á un interés tan módico como el del tres por ciento, pudiendo darlos á mútuo con buena hipoteca al cinco, ó al seis, y aun mas á veces. Cuando en Cataluña habia un gran número de Comunidades eclesiásticas, seculares y regulares, estas habian adoptado el sistema de dar todos sus capitales sobrantes á censal con buena hipoteca, y los propietarios que necesitaban dinero lo encontraban siempre á mano con la inmensa ventaja que ofrece el censal de haber de pagar únicamente el interés del tres por ciento y

inmuebles (1), y los tutores no pueden enajenar estos sin conocimiento de causa é interposicion de decreto (2), como se dijo en su lugar. Tampoco tienen facultad para imponer de nuevo censal alguno en nombre de los pupilos, á menos que el juez espresamente precediendo legitima causa, conceda licencia para ello é interponga su decreto; y si se concediere para el primer efecto, esto es, para la venta del censal, no se entiende concedida para el segundo; porque es mas útil al pupilo la venta del censal, que una nueva imposicion de este. Además de que debe observarse rigorosamente el tenor del decreto judicial, pues de nada servirá lo contrario, por cuanto dichos decretos son de estricto ó rigoroso derecho, y no se estienden á casos semejantes ó cosas menores (3).

NOTAS.—1.^a Aunque el tutor y curador no pueden vender ni imponer censal alguno sino con licencia y decreto del juez; pueden no obstante conceder facultad para revindicar los censales afectos á la heredad del pupilo, pues por ella no se hace enajenacion ni se contrae obligacion alguna (4).

2.^a No vale el pacto puesto en el censal de que se pague anticipadamente la pension, por cuanto está prohibido por una constitucion del papa Pio V (5).

3.^a Los censales se llaman vulgarmente *muertos*, aunque esta denominacion es muy impropia. Dicense *muertos* porque asi como un hombre difunto

devolver el capital cuando quisiesen, sin que se les pudiese reclamar nunca. La propiedad adquirió por este medio un gran desarrollo, y tomando y devolviendo censales y volviéndolos á tomar los propietarios hacia su negocio, sin necesidad de Bancos hipotecarios, los yermos se trasformaban en bosques, se desmenuzaban las rocas y se convertian en cultivo, y los lugares desiertos amanecian poblados. La agricultura catalana debe todo su ser al enfiteusis y á los censales.

Los que no conocen el derecho catalan confunden el censal con el censo consignativo. El censal no es un censo, porque no grava directamente una finca, y por consiguiente no tiene la menor analogia con el censo consignativo, del cual se diferencia en sus bases mas esenciales. El censo consignativo es un derecho real; el censal es un derecho personal. El censo consignativo no puede imponerse sino sobre bienes inmuebles; el censal se impone directamente contra la persona, y el hombre mas miserable puede crearlo si encuentra quien se lo compre. En el censo consignativo si perece la finca se estingue el censo; en el censal con hipoteca aunque perezca la finca hipotecada no se estingue el derecho de cobrar la pension, porque la persona del vendedor y sus herederos están obligados á ello. El censo consignativo regularmente es irredimible; el censal es redimible por esencia. El censo consignativo es una carga intrínseca de la finca; el censal con hipoteca se considera carga extrínseca, lo mismo que un préstamo con hipoteca, porque la finca no es mas que una hipoteca que asegura un derecho personal.

(1) Canc. Var. 1, cap. 7, d. 121.

(2) Cane. en dicho Cap. y tit. n. 115.

(3) L. 7, § 3. ff. de reb. eor. qui sub tut.

(4) Com. tom. 1, cap. 20, § 11, n. 52.

(5) Constit. del papa Pio V que empieza Cum onus Apostolicæ § 3.

ya no puede morir, de la propia manera el censal no muere por sí, ni se estingue, sino que dura perpetuamente (1) (t).

Acerca de la validez y fuerza de este contrato, y por qué no es usurario sino propiamente un contrato lícito de venta, véase la Extravag. de Martino V en el cap. 1.º de *emp. et vend.*, como también á los canonistas *Engel, Reiff*, y otros en el título de las decretales *de usuris*. Pero como algunos hombres astutos usaban frecuentemente de él para paliar las usuras, por tanto el papa Pio V en su citada constitucion *Cum onus Apostolicæ*, que se halla en el lib. 2, tit. 12, cap. 1 de las decretales, estableció muchas cosas útiles para evitar dichos fraudes. Sin embargo algunas de ellas no se observan, ya por no estar recibida la Bula, ya porque las cosas que en ella se previenen están fundadas en la presuncion de usuras, como advierte *Reiff* en el título *de usuris* § 8.º, donde también refiere las declaraciones del mismo Pontífice sobre varias dudas suscitadas en el órden al sentido de su constitucion mencionada (*) (u).

(1) Mieres en la Cons. Catol. col. 9, cap. 32, n. 9. Comes tom. 1, cap. 20, n. 24.

(t) Los Notarios han abandonado esta locucion antigua de censal muerto por lo absurda, pues la razon que para justificarla dan los autores serviria mas bien para llamarlo inmortal.

(*) Aquí corresponderia tratar de los violarios, que son una especie de censales que se dejan por una ó dos vidas con facultad de redimirlos antes de su estincion.

(u) La bula de Pio V sobre los censales ha sido admitida en Cataluña en el fondo y en sus principales disposiciones, aunque no lo haya sido en alguno de sus detalles. Lo que hicieron nuestros antepasados fué adoptar el censal romano, perfeccionarlo y acomodarlo á las necesidades del país, y con las modificaciones que en él hicieron y el impulso que le dieron las Comunidades lo convirtieron en una mina de oro para la agricultura.

Violario es la venta del derecho de percibir anual y proporcionada durante una ó dos vidas por cierto precio y mediante facultad de redimir. En Cataluña puede constituirse para dos vidas, y estas pueden ser de los mismos contrayentes, ó de terceras personas. El violario se estingue sin necesidad de devolver el precio muerta la persona ó las dos por durante cuya vida ha sido creado; pero el vendedor puede redimirlo devolviendo el precio antes de que llegue este caso. El interés del violario puede ascender hasta el 14 2/7 por ciento, y se estipula mas ó menos crecido segun la mayor ó menor edad de las personas por cuyas vidas se crea. Está prohibido en el violario el pacto de promesa de mejorar las hipotecas.

Hay otro contrato llamado vitalicio que consiste en conceder perpetuamente el dominio de una finca para recibir en cambio una pension anual durante la vida del que se desprende de la finca. La pension se regula por el mismo método que en los violarios, y puede llegar también hasta el 14 2/7 por ciento del justo valor de la finca cedida; pero el contrato es de distinta naturaleza, pues pertenece á los innominados *doy para que des*, y se rige por las reglas de la permuta.

§ 3.º

DE LAS ARRAS.

Dándose á veces por los contratantes arras en señal de la venta, conven-
drá decir algo de ellas.

¿Qué es arra? Arra es lo que se dá en testimonio de la compra y venta
cuando está perfeccionada (1) (v).

Explicacion. Lo que se dá en testimonio; pues si cualquiera de los
contratantes prueba la entrega de las arras, acredita tambien la celebracion
del contrato, porque las arras se dan con el objeto de que se pueda justifi-
car con mayor evidencia que ha habido convenio sobre el precio (2). De la
compra y venta; pues suelen darse las arras con mas frecuencia en este con-
trato que en otros. Cuando está perfeccionada; porque por la entrega de las
arras no se entiende consumada la venta, y así aun pueden las partes con
mútuo consentimiento separarse del contrato (3).

¿Cuántas circuns- Cinco son las circunstancias que pueden intervenir en
tancias pueden inter- las arras. 1.ª Las personas de los contratantes. 2.ª La
venir en las arras? cosa dada en arras. 3.ª La entrega. 4.ª La promesa de
ambos contratantes. 5.ª El juramento.

¿Cuántas espe- La arra es de dos clases, á saber: simple ó nuda y mix-
cies hay de arras? ta. Arra simple es la que solamente se dá como tal, que
es cuando se constituye simplemente y sin apreciarla, en cuyo caso pueden
las partes separarse del contrato, pues no por esto deja de quedar íntegra la
cosa (4). Arra mixta, es la que se da en nombre de arra, y como parte de
pago del precio, como cuando se da en dinero contante, en cuyo caso no tan-
to se consideran entregadas las arras como anticipada la parte del precio; y

(1) Instit. de emp. et vend.

(v) No es solo en la compra y venta que se dan arras, sino tambien en la locacion y
conduccion y en otros muchos contratos.

(2) L. 35. ff. de Contrah. empt.

(3) L. 1 y 2. Cod. quand. liceat ab emp. reced.

(4) Dicha L. 2.

así ya no pueden los contratantes, aun con mútuo consentimiento, apartarse de la venta, por no estar ya la cosa íntegra (1).

¿Quiénes pueden dar arras? Pueden dar arras todos aquellos que tienen facultad de contratar y enajenar sus cosas.

¿A quiénes pueden darse? Se pueden dar á todos aquellos que pueden obligarse á restituir las arras.

¿En qué cosas pueden constituirse las arras? Pueden constituirse las arras en dinero, oro, plata, cosa muebles é inmuebles, con tal que no estén fuera del comercio de los hombres; pero lo mas comun es constituir las en dinero y cosas muebles, mas bien que en raíces (2).

¿Para qué se dan las arras? Se dan las arras para que las partes lleguen á perfeccionar el contrato por temor de la pena, esto es, á entregar la cosa y pagar el precio.

Penas de las arras. La pena de las arras es que si el comprador fuere causa de que la venta no se cumpla, pierda lo que dió, y si al contrario lo fuese el vendedor que recibe las arras, pierda el duplo, esto es, lo que recibió, y otro tanto de suyo.

NOTA.—Lo que se ha dicho de las arras debe entenderse de aquellas que se dan cuando entre las partes se trata de comprar una cosa, pero aun no hay pleno convenio acerca del precio, condiciones y demás. A veces tambien se dan las arras despues de estar ya perfeccionada é irrevocable la compra y venta; y entonces son un signo ó testimonio de la compra y venta ya celebrada (3).

§ 4.º

DE LA POSESION.

Siguese tratar de la posesion que suele entregarse con ocasion de la venta, y adquirirse respectivamente por los contratantes.

¿Qué es posesion? La posesion es *detencion hecha con voluntad y acto fisico, de una cosa corporal, concurriendo tambien á ella el ausilio del derecho civil.*

(1) Instit. de empt. et vend. L. 58. ff. de pact. L. 1 y 2. Cod. quand. lic. ab empt. reced.

(2) L. 11, § 6. ff. de act. empt. et vend. L. 2. Cod. quand. lic. ab empt. reced.

(3) Instit. de empt. et vend. L. 17. Cod. de fid. instrum.

Esplicacion. *Detencion*; pues solo aquel tiene la posesion natural que detiene corporalmente la cosa. *Hecha con voluntad y acto fisico*, concurriendo tambien á ella el auxilio del derecho civil; pues para que uno pósea verdaderamente deben concurrir tres cosas, á saber: acto corporal, acto de la voluntad, y cooperacion de la ley (1). *De una cosa corporal*, y no incorpórea, porque solo se poseen las cosa corporales; mas las incorpóreas, como son la jurisdiccion, las acciones, los derechos, las servidumbres, etc., no se poseen ni pueden entregarse, sino que *cuasi* se poseen, y se dice impropriamente que hay entrega de ellas por la tolerancia y el uso (2).

¿Cuántas especies hay de posesiones? Hay dos especies de posesiones, á saber: *natural y civil*. La primera corresponde á aquel que tiene de hecho la cosa, ó la detiene, ó está sobre ella; y si tiene titulo, como el comodatario, depositario, colono y otros semejantes, se dice que tiene la posesion natural justa; pero si la posesion está destituida de titulo, se dice *mera posiccion de hecho ó detentacion* (3). La *posesion civil* existe en aquel que tiene la cosa ó la detiene con ánimo de conservarla para sí, ó la tiene como suya, y esta posesion es la que tienen el dueño de la cosa, el comprador, y otro cualquiera poseedor de buena fé.

¿Por quiénes se adquiere? Adquirimos la posesion no solo por nosotros mismos, sino tambien por aquellos que tenemos en nuestra potestad, como son los hijos de familia y los siervos. Tambien la adquirimos por los hijos y siervos ajenos que poseemos de buena fé, pues nos sirven de instrumento para ello, y se consideran como una misma persona con nosotros (4).

¿De cuántos modos se adquiere? Se adquiere la posesion de cinco modos. 1.º *Por la entrega*, esto es, por el asimiento ó aprension de la cosa con el cuerpo y el ánimo, concurriendo tambien la voluntad del que la entrega. Se ha dicho *con el cuerpo y el ánimo*, pues no basta una de estas dos cosas, sino que han de concurrir las dos; y así son escluidos los que carecen de voluntad ó deliberacion: por tanto el furioso y el pupilo no pueden adquirir posesion sin autoridad del tutor ó curador (5) (x). 2.º *Por efecto de la cláu-*

(1) L. 3. ff. de adquir. poss.

(2) L. Quoties. 20. ff. de servit.

(3) Canc. Var. 1, cap. 14, n. 39.

(4) § 4 y 5. Instit. per quas person. cuique etc. § 5 id. de interdict. L. 1. § 5. ff. de adquir. poss. L. fin. Cod. del mismo tit. Instit. de rer. divis. § 42.

(5) L. 3, § 3 y 8. ff. de adquir. poss. L. 18, § 1. ff. del mismo tit. Instit. de rer. divis. § 40.

(x) Las cosas muebles se entregan con la mano; la posesion de un inmueble se toma poniendo sobre él los piés. Pero los Notarios revisten de otras solemnidades la posesion de las cosas inmuebles. Para dar posesion de una casa á un comprador, donatario, lega-

sula de constituto, cuando uno constituye ó declara que posee en nombre ajeno aquello que posea en nombre propio, y de consiguiente establece otro poseedor por ministerio suyo; pues aquel verdaderamente posee en cuyo nombre se tiene la posesion (1). 3.º *Si uno vendiese á otro la casa alquilada, arrendada ó depositada*; pues en el mismo hecho de resolver que sea suya, se reputa habersele entregado (2) (y). 4.º *Si alguno vendiere las mercaderías guardadas en un almacén, ó el vino encerrado en la bodega, y entregase las llaves de esta ó de aquel*; pues entonces se presume haberse entregado las mercaderías ó el vino (3) (z). 5.º *Si uno donase á otro la cosa, y le entregase el instrumento ó escritura de ella*; pues se finge haberse entregado la cosa misma (4) (aa).

Sus efectos. Uno de los efectos de la posesion es, que si el que hace la entrega es persona hábil y dueño de la cosa, cuya enajenacion no está prohibida, transfiere el dominio al que la recibe, lo cual es conforme á la equidad natural (5); pero si no es señor ó dueño solo transfiere el derecho de usucapir y prescribir (6). Otra de los efectos de la posesion es, que si uno subsiste en ella, y otro pide la cosa, pero no prueba lo necesario, es absuelto el poseedor, porque cuando el actor no prueba se absuelve el reo ó demandado; de donde nace la siguiente regla de derecho: *que se tiene por mas favorable la condicion del reo que la del actor* (7).

NOTA.—Para obtener la posesion no es necesario que se recorra toda la heredad, sino que basta andar por una parte de ella, así como el que entra á poseer una casa no huella todo el edificio con sus piés, y sin embargo se hace poseedor de toda ella (8).

tario, heredero ó á otra cualquier persona que haya adquirido su dominio, se le introduce en la misma, y saliendo las demás personas y quedando solo dentro del edificio el nuevo dueño, coge la llave de la puerta principal y la cierra por dentro volviéndola á abrir en seguida, en señal de que dispone de la casa como de cosa propia. Para entregar la posesion de una pieza de tierra se introduce en ella al nuevo dueño, quien paseándose por la misma coge tierra y yerbas y las esparce por sus cuatro puntos cardinales, en señal de que dispone á su albedrío de la tierra que tiene debajo de sus piés.

(1) L. 48 (y allí la Glos. y los DD). ff. de adquir. poss. Canc. part. 1, cap. 8, n. 31.

(2) Instit. de rer. divis. § 43

(y) Esta especie de posesion se llama *brevi manu*.

(3) Instit. de rer. divis. § 44.

(z) Esta es la posesion llamada *simbólica*.

(4) L. 1. Cod. de donat.

(aa) Tambien esto es una especie de posesion *simbólica*.

Hay otra especie de posesion llamada *longa manu*, que consiste en acercarse al edificio ó heredad cuyo dominio se ha transmitido el antiguo y el nuevo dueño, y enseñárselo de lejos aquel á este, estendiendo la mano para indicarle que lo deja á su disposicion.

(5) Instit. de rer. divis. § 40.

(6) Instit. de usuc. al princip. y § 5. per quas person. cuiq. adquir.

(7) L. 4. God. de edem. cap. fin. 10. de sen.

(8) L. 3. § 1. ff. ad. qui poss.

§ 5.º

DE LA EVICCIÓN.

Resta hablar de la evicción para poner fin al tratado de la venta.

¿Qué es evicción? La evicción es: *el recobro que se hace de una cosa vendida ó adquirida por otro título, mediante sentencia de juez á consecuencia de haberla otro reclamado y ganado en juicio.*

Explicacion. *El recobro que se hace;* pues solo puede el comprador tratar de evicción cuando le ha sido quitada la cosa, y la ha recuperado su verdadero dueño. *De una cosa vendida;* pues aquel que compró la cosa puede proceder de evicción contra el vendedor en nombre de la misma cosa. *Ó adquirida por otro justo título;* porque no solo por la venta se trata de evicción, sino tambien por otro cualquier título hábil para transferir, que sea parecido á la venta por lo menos en la calidad de contrato ó título oneroso como la insolutumdacion, la permuta, la dote, etc. (1); no bastando una mera entrega sin tal título (2). *Mediante sentencia del juez;* pues si este no fallase contra el comprador, el vendedor no estaria obligado á la evicción; puesto que no puede tratarse de esta, á menos que la cosa haya sido ganada en juicio por sentencia definitiva mandada ejecutar (3). *Habiéndola otro reclamado y ganado en juicio;* solo aquel á quien se ganó, y no otro, puede tratar de evicción.

¿Cuántas cosas se requieren para tratar de evicción? Para que se pueda proceder de evicción se requieren seis cosas: 1.ª Que la cosa haya sido ganada en juicio por sentencia, esto es, que el comprador haya sido condenado, y entregada realmente la cosa, cuyo precio hubiese antes satisfecho (4), á no ser que pactaren otra cosa los contratantes (5). 2.ª Que el comprador denuncie ó haga saber al vendedor habérsele movido pleito, para que le ausilie en él, y le defienda; á menos que él mismo hubiere eximido al comprador de esta obligacion de denunciar ó darle aviso; pues en tal caso no puede quejarse del silencio del comprador (6). 3.ª Que este apele de la sen-

(1) L. 4 y 29. Cod. de evict. L. 1. Cod. de rer. perm.

(2) L. 2. Cod. de evict.

(3) L. 17. Cod. de evict.

(4) L. 3. Cod. de evict.

(5) L. 12. Cod. de evict.

(6) L. 8. Cod. de evict. L. 63. ff. en el mismo tit. Cap. fin. 10 de empt. et vend.

tencia dada contra él, ó avise al vendedor dentro de tiempo oportuno, á menos que el vendedor le hubiese exonerado de esta obligacion por la razon ya dicha (1)(bb). 4.^a Que el comprador no haya comprado de mala fé, como cuando sabe que la cosa es ajena; pues por la mala fé el vendedor no está obligado á la eviccion (2); queda sin embargo accion al comprador en cuanto al recobro del precio satisfecho (3). 5.^a Que no se haya pactado que el vendedor no esté obligado á la eviccion. 6.^a Que el comprador, si le fuere disputada la cosa, ausilie ó asista en el juicio (4). De lo dicho puede inferirse claramente que circunstancias se requieren para que el vendedor no esté obligado de eviccion al comprador.

NOTA.— Cuando alguno no quiera obligarse á la eviccion, debe añadir, *ni á la restitution del precio*; porque una cosa es obligarse á la eviccion y otra á la restitution del precio; y así espresando una cosa solamente, no se liberta de la otra; se entiende si se espresa lo que es menos, y no hay duda en que la eviccion siempre es mas ó contiene mas cosas que la restitution del precio, pues comprende no solo este, sino los intereses, ó lo que interesaba al comprador que no se le quitase la cosa, como tambien los daños, mejoras, etc. (5).

DE LA PERMUTA.

TÍTULO 2.^o

¿Qué es permuta? Permuta es, *entrega reciproca de una cosa por otra.*

Explicacion. *Entrega*; esto es, cada uno de los permutantes tiene obligacion de hacer dueño al otro de la cosa permutada por medio de la entrega de ella (6). *Reciproca*; pues cada una de las partes se obliga á entregar

(1) L. 63, § 1. ff. de evict.
(bb) El pacto con que convienen el vendedor y el comprador que éste no deba avisar á aquel habérsele movido pleito y que no esté obligado á apelar de la sentencia se llamaba en Cataluña *eviccion pactada*. Los antiguos Notarios solian ponerlo en todas las ventas como cláusula ordinaria, y así se encuentra en la mayor parte de los formularios del siglo pasado y del anterior; pero desde el principio de este siglo se ha abandonado esta cláusula, porque lejos de favorecer al comprador, las mas de las veces le perjudica.

(2) L. 27. Cod. de evict.

(3) L. 32. ff. de reb. cred. L. 11. ult. ff. de act. emp.

(4) L. 8. Cod. de evict. L. 55. ff. del mismo tit.

(5) L. 6, 9, 17 y 29. Cod. de evict.

(6) L. 1 y 3. de Cod. rer. perm.

la cosa permutada. *De una cosa*, esto es, hábil é idónea para ser objeto de contrato, con otra semejante que consista en especie, como despues se dirá.

¿De cuántos artículos debe constar el instrumento de permuta?

El instrumento de permuta consta de cinco artículos, á saber: 1.º *Las personas de los contratantes*. 2.º *La cosa permutada de una y otra parte*. 3.º *La entrega de posesion y de promision mutua*. 4.º *Legítima eviccion de la cosa*. 5.º *Obligacion de bienes y juramento de ambos*.

Cosas sustanciales en la permuta.

Dos cosas son de esencia de la permuta, á saber: 1.ª *El consentimiento de los contratantes*. 2.ª *La cosa de uno y otro permutador*, esto es, cosa cierta por otra igualmente cierta en especie ó específica, como este campo por aquella casa, este caballo por aquel buey. Pero si se diese una cosa cierta por otra incierta, como aquel buey, en particular, por un ciervo, en general, ó una cosa incierta por otra igualmente incierta; v. g. un buey en general, por un caballo cualquiera; en tales casos no habrá permuta, sino que será otro contrato innominado, comprendido en estas palabras *do ut des* (doy para que me des); aunque algunos no reconocen y aun desechan esta diferencia como poco arreglada á derecho (1).

Cosas pertenecientes á la naturaleza de este contrato.

Dos cosas son propias de la naturaleza de este contrato: 1.ª *El entregar la cosa*. 2.ª *El obligarse á la eviccion* (2).

¿Quiénes pueden permutar?

Pueden permutar todos aquellos que tienen facultad para contratar y enajenar sus cosas.

¿Qué cosas pueden permutarse?

Pueden permutarse todas las cosas que están sujetas al comercio de los hombres, como se ha dicho de la venta.

¿Cómo se perfecciona la permuta?

Se perfecciona la permuta con la intervencion de la cosa de una y otra parte; esto es, si uno de los permutantes entrega al otro la cosa permutada; pues el mutuo consentimiento solo constituye un pacto nudo de permuta (3) (cc).

¿En qué conviene con la venta?

Conviene la permuta con la venta en cinco cosas: 1.ª La permuta es contrato de buena fé, como la compra y venta. 2.ª Todos aquellos que pueden permutar, pueden tambien vender.

(1) Perez en el tit. del Cod. de rer. perm. n. 5.

(2) L. 1 y 3. Cod. de rer. perm.

(3) L. 1, § 2. ff. de rer. perm.

(cc) La permuta se perfecciona por la entrega de la cosa por una de las partes, y se consuma por la entrega de la otra.

3.^a Todas las cosas que pueden permutarse, pueden tambien venderse. 4.^a Como los permutantes se obligan mutuamente á la evicción, así el vendedor se obliga al comprador. 5.^a De una y otra parte se adquiere la facultad de usar ó prescribir (1).

NOTA.—Acerca de la semejanza que tiene este contrato con el de venta, véase la instituta (2), donde se refiere que en tiempo antiguo se dudó mucho si la permuta era en realidad una venta ó un contrato distinto de ella.

¿En qué cosas se diferencia de la venta en otras cinco cosas: 1.^a La diferencia? venta es un contrato nominado, y la permuta innominado, porque la ley no le ha dado nombre. 2.^a En la venta nace la obligación del solo consentimiento; pero en la permuta de la entrega de la cosa (3). 3.^a En la venta los contratantes, esto es, el vendedor y el comprador se diferencian en un todo; y al contrario en la permuta no se distinguen. 4.^a En la venta se da la cosa por cierto precio; pero en la permuta se da una cosa por otra de ambas partes. 5.^a En la venta no se transfiere el dominio hasta que esté pagado el precio y entregada la cosa; pero en la permuta se traslada inmediatamente el dominio de la cosa entregada, aunque de la otra no haya sido hecha entrega (4).

NOTA.—Aunque no puede enajenarse la finca dotal, sin embargo puede permutarse con beneplácito del marido; pues cesa la razón de la ley Julia por la que fué prohibida la enajenación (5); bien que parece deducirse lo contrario de la ley 1.^a *Cod. de fundo dotali*; á menos que sea para utilidad de la misma mujer (6) (dd).

(1) Arg. § pen. Instit. per quas pers. cuiq. adquir.

(2) Instit. § 2. de empt. et vend.

(3) Instit. de oblig. ex consen. y al princip. del tit. de empt. et vend. L. 1, § 2, ff. de rer. perm.

(4) L. 1. ff. de rer. perm.

(5) Roland. part. 1, cap. 1, tit. de empt. et vend. fol. 535.

(6) L. 25 y 26. ff. de jur. dot.

(dd) Respecto á si en la permuta hay lugar á pedir su rescisión por haber intervenido lesión enorme, como sucede en la venta, dice el Sr. Gomez de Laserna en sus *Elementos del derecho civil y penal de España*, que hay lugar á la queja si interviene lesión en la permuta estimatoria, pero no en la simple, y denomina estimatoria á la permuta que se verifica precediendo el aprecio de las cosas permutadas.

DE LA INSOLUTUMDACION (1).

TÍTULO 3.º

¿Qué es insolutumdacion?

La insolutumdacion es, un convenio innominado por el cual entregada la cosa, se transfiere el dominio al que la recibe, si el que entregó era dueño de ella (*).

Esplicacion.

Convenio innominado, porque la insolutumdacion es un contrato innominado, comprendido en estas palabras: *do ut facias*, (doy para que hagas): v. g. Te doy tal cantidad en pago para que me libres del débito. *Entregada la cosa se transfiere el dominio*; y efectivamente sin entrega no se verifica tal traslacion. *Si el que entregó era dueño de ella*; pues ninguno puede traspasar á otro mas derecho del que él mismo tiene (2).

¿Cuántos artículos comprende el instrumento de la insolutumdacion?

El instrumento de la insolutumdacion comprende seis artículos. 1.º *Las personas de los contratantes*. 2.º *La causa de la donacion*. 3.º *La cosa dada*. 4.º *La entrega de la cosa*. 5.º *La eviccion*. 6.º *El juramento*.

Cosas sustanciales de este convenio.

Hay dos cosas sustanciales en este convenio, á saber: 1.ª *La causa de la insolutumdacion*. 2.ª *La cosa dada*.

Cosas naturales del mismo.

Otras dos cosas son propias de la naturaleza de este convenio, esto es: 1.ª *La entrega de la cosa*. 2.ª *El obligarse á la eviccion*.

En órden á las personas que pueden ó no hacer este contrato, y de las cosas que pueden darse en pago, ó que son objeto de la insolutumdacion, véase el tratado de la compra y venta, tit. 1.º; pues en cuanto á uno y otro son iguales estos dos contratos.

¿A quién debe hacerse el pago?

Se hace el pago al acreedor que quiere recibir, ó cuya persona tiene capacidad legal para ello; y si no quisiere recibir, no puede obligársele, por cuanto no es permitido pagar una cosa por otra; pero si la persona no fuese hábil para recibir por ser infame, ó tener otra tacha legal, no puede dársele en pago (3).

(1) Voz admitida en el foro, equivalente á dar en pago.

(*) Es propiamente un convenio de dar una cosa en pago de una deuda.

(2) L. 54. ff. de reg. jur.

(3) L. 2, § 1. ff. de reb. cred. L. 16 y 17. Cod. de solut. § 2. Instit. quibus alien. licet.

¿En qué cosas conviene con la venta y la permuta y la permuta?

La insolutumdacion conviene con la venta y la permuta en las seis cosas siguientes: 1.^a Los que pueden dar en pago tambien pueden permutar y vender. 2.^a Las cosas que pueden darse en pago, tambien pueden venderse y permutarse. 3.^a En la insolutumdacion se debe la eviccion por la naturaleza del mismo contrato, así como en la venta y la permuta. 4.^a El que da en pago debe entregar la cosa como el vendedor y el permutante. 5.^a En la insolutumdacion se dan las acciones *quanto minoris y redibitoria*, como en la venta y la permuta. 6.^a El que recibe en pago usucape ó prescribe la cosa, como el vendedor y el permutante.

¿En qué se diferencia?

Se diferencia de la venta en tres cosas. 1.^a La venta es un contrato nominado, y la insolutumdacion innominado. 2.^a En aquella se requiere la cosa y el precio, y en esta la cosa y la causa. 3.^a En la venta se da la accion *ex empto* (ó de venta); pero en la insolutumdacion se da algunas veces la accion *præscriptis verbis* (de palabras prescritas) la cual compete al que por su parte ha cumplido, contra el que no lo ha hecho: otras veces ha lugar la accion útil de venta si se da dinero para el débito; y á veces tambien la accion primitiva si se da cosa por cosa; y despues se ha ganado la misma por eviccion.

NOTA.—La insolutumdacion no es otra cosa en realidad que un contrato de compra y venta; porque se da en pago la cosa, esta se considera vendida; y si se da accion, nombre ó derecho, es verdaderamente una accion ó venta de aquel derecho que se da en pago por el débito, lo cual efectivamente es el precio (1) (ee).

(1) L. 4. Cod. de evict. L. 8, y la Glos. fin. alli Cod. de sent. et interl.

(ee) Se nota una contradiccion en este titulo, en cuanto el autor unas veces dice que la insolutumdacion es contrato innominado y dá lugar á la accion *præscriptis verbis*, otras que es un contrato de compra y venta y produce la accion útil de venta, es decir del mismo nombre como contrato nominado. La verdad es que la insolutumdacion tan pronto es contrato nominado como innominado, segun sea la calidad de la deuda que por este contrato se satisface, porque la insolutumdacion no constituye un contrato especial, distinto de la venta, de la permuta y de los contratos innominados traslativos de dominio, sino que se ha de referir á uno de estos, y para saberse á cuál de ellos pertenece, es necesario examinar la naturaleza de la deuda, porque esta puede consistir en dinero, en una cosa, ó en un hecho. Si la deuda consiste en dinero, la insolutumdacion se considera como una venta y dá lugar á las acciones de compra y de venta; si la deuda es de una cosa, la insolutumdacion es comparable á una permuta y nace de ella la accion *præscriptis verbis*; si lo que se debe es un hecho la insolutumdacion se reduce á un contrato *doy para que hagas*, y nace del mismo la accion *præscriptis verbis*. En el primer caso la insolutumdacion es contrato nominado; en los otros dos innominado.

Quando se celebra un contrato de insolutumdacion, el instrumento en que consta la deuda no se entrega al insolutumdante, sino que queda en poder de insolutumdatario unido á la escritura de insolutumdacion: 1.^o á fin de justificar la causa de la insolutumdacion si alguno la negase, suponiendo que es una donacion simulada. 2.^o Para reclamar nueva-

DE LA DONACION.

TÍTULO 4.º

Primeramente es de saber que hay seis especies de donacion, á saber: *la donacion simple ó entre vivos*, de la cual se va á tratar ahora; *la donacion de dote*; *la donacion propter nuptias, ó por motivo de casamiento*; *la dádiva esponsalicia*; *el legado*; y *la donacion por causa de muerte* de las cuales trataremos luego en sus respectivos lugares.

¿Qué es donacion? La donacion entre vivos es: *una pura dádiva que se concede sin que á ello oblique derecho alguno* (1).

Esplicacion. *Una*, para distinguirla de otras donaciones. *Pura dádiva*, porque la donacion debe ser espontánea y voluntaria, pues si procediese de necesidad, no seria donacion. *Que se concede sin que á ello oblique derecho alguno*; pues no hay efectivamente derecho por el cual tenga uno obligacion de hacerla (2), siendo así que la palabra misma *donacion*, acredita ser una mera liberalidad.

NOTA.—Llámase esta donacion entre vivos para distinguirla de la donacion por causa de muerte.

¿De cuántos artículos debe constar el instrumento de donacion.

El instrumento de donacion comprende cinco artículos, á saber: 1.º *Los contratantes*. 2.º *La cosa donada*. 3.º *La entrega de la cosa*. 4.º *El juramento*. 5.º *La aceptacion del donatario*.

Cosas sustanciales de este contrato.

Tres son las cosas sustanciales que intervienen en la donacion, á saber: 1.º *Los contratantes*. 2.º *La cosa donada*. 3.ª *El consentimiento del donante y del donatario* (*).

mente la deuda si la cosa insolutumdada fuese quitada al insolutumdatario por un tercero que tuviese derecho á ella. En este caso la accion primitiva de la deuda revive en virtud de la cláusula de salvedad de derechos que acostumbra poner los Notarios catalanes en la escritura de insolutumdonacion, con cuya cláusula se estipula que en caso de ser quitada al insolutumdatario la cosa insolutumdada por un tercero que la reclamase con justo derecho revivirá la accion primitiva de la deuda y podrá usarla el insolutumdatario para pedir de nuevo su satisfaccion.

(1) Arg. de la l. 82. ff. de reg. jur.

(2) L. 29. ff. de donat.

(*) Ya hemos dicho que los contratantes y el consentimiento son de esencia en todo contrato: en este sentido tambien son cosas sustanciales la fecha, los testigos, y otras solemnidades de ley.

Cosas pertenecientes á la naturaleza de este contrato.

Una sola cosa es propia de la naturaleza de este contrato, á saber: *la entrega de lo donado*.

¿De cuántos modos se contrae la donacion?

La donacion puede contraerse de cinco modos: 1.º *Puramente*; si no se pone ó prefiija día ni condicion, v. g. *te doy esta casa*; y entónces el donante no está obligado á la eviccion, cuando la donacion empieza desde la entrega, á menos que inter venga dolo de parte del donante. Lo contrario será si la donacion empieza desde la promesa (1); pues entonces se puede demandar la eviccion. 2.º *Bajo condicion*; por ejemplo, *te doy este campo con la condicion de que hayas de dar á Vicente cien duros*: en este caso la donacion es onerosa y si la cosa fuese reclamada en juicio por otro tercero, el donatario puede tratar de la eviccion por la naturaleza misma del contrato. 3.º *A cierto dia*: v. g. *te doy cien pesos hasta el mes de setiembre*. 4.º *Desde cierto ó incierto tiempo*; como *te doy tal casa por diez años; ó para despues de mi muerte*. 5.º *Por alguna causa*; v. g. *te doy tal cosa porque recibí de ti este ó el otro beneficio* (2).

NOTA.— Los ejemplos susodichos se reducen á pacto, estipulacion y entrega.

¿Quiénes pueden donar?

Pueden donar todos aquellos que tienen facultad de contratar y enajenar sus cosas.

¿Quiénes no pueden?

No pueden por consiguiente donar aquellos que no pueden contraer; y además los *tutores y curadores*, por cuanto en la donacion falta la causa legítima por la que les es lícito enagenar. Tampoco puede donar el *procurador*, porque el mandato general no se estiende á hacer donaciones; ni el *coheredero*, á menos que preceda consentimiento del otro heredero; ni el *socio*, sin el consentimiento del consocio; porque cada uno de estos por sí no es dueño de toda la cosa; ni *aquel que tiene en comun alguna cosa con otro*, por la misma razon; bien que parece inferirse lo contrario de la ley citada al pié (3), (*). Ultimamente tampoco puede donar al padre, porque solo es usufructuario y administrador de los bienes adventicios del hijo (4).

¿A quiénes puede donarse?

Se puede donar á todos aquellos que tienen sentido y sana razon; por lo cual están excluidos el demente, el mudo sordo y otros semejantes que carecen de sentido (5).

(1) L. 8, § 3. ff. de don. Can Var. 1, cap. 8, n. 114.

(2) Tit. Cod. de donat. que sub modo vel cond. vel. cert. temp. confic.

(3) L. 3. Cod. de comm. rer. alien.

(*) Y realmente la ley que se cita dice lo contrario.

(4) L. Cum oportet. 6. Cod. de bon. quæ lib.

(5) Es un absurdo decir que no son capaces de percibir donaciones los dementes, sordos, mudos, etc.? Habrá ley tan inicua que prive á estos infelices de un derecho concedido á los demás hombres, aun cuando sean viciosos? N. T.

¿Qué cosas pueden donarse? Pueden donarse todas aquellas cosas que se pueden enajenar y ser objeto del contrato.

¿De cuántos modos se perfecciona la donacion? La donacion se perfecciona de dos modos. 1.º Cuando el donante haya manifestado su voluntad por escrito, ó de palabra, ó por mero convenio. 2.º Cuando media aceptacion del donatario; pues el beneficio no puede hacerse contra la voluntad del que ha de recibirle (1).

¿De cuántos modos se disuelve? Se disuelve ó revoca la donacion por ingratitud del donatario hácia el donante, y por las otras causas que se refieren en la *l. fin. del Cod. de revoc. donat.* á saber: *si le hiciere alguna injuria atroz, si le maltratase de obra; si causare grave perjuicio á sus cosas; si pusiere asechanzas á su vida, si no quisiere cumplir las condiciones puestas en la donacion.*

NOTAS.—1.ª La donacion hecha al ausente y aceptada en su nombre por el escribano es válida y no puede revocarla el donante sino por causa de ingratitud ó por no haberse cumplido el gravámen impuesto; porque segun la costumbre general del principado de Cataluña el ausente é ingorante adquiere derecho por la estipulacion del escribano, y tanta fuerza tiene la estipulacion de este hecha generalmente por todos aquellos á quienes interesa, como la que se hace especialmente por alguno, ni puede revocarse dicha donacion siendo corroborada con juramento; puesto que este suple la presencia de la parte, á lo menos por derecho canónico, el cual se observa en dicho principado con preferencia al civil (2).

2.ª El derecho de revocar la donacion compete al donante, y no á sus herederos, á menos que aquel ignorase la causa de la ingratitud, ó se hubiese ya quejado en juicio de ella; porque estas acciones son personales, y los herederos están obligados á pasar por lo que hizo el difunto: tampoco pasa este derecho de revocar por ingratitud contra el heredero del donatario, tanto si la ingratitud fuere cometida por el heredero, como si lo fuese por el mismo donatario (3).

3.ª No es válida la donacion de todos los bienes presentes y futuros, aunque corroborada con juramento sin reservarse lo competente para testar, pues nadie puede quitarse la facultad de hacerlo, por ser contrario á las buenas costumbres; á menos que la donacion se haga á la iglesia ó á establecimientos piadosos, pues entonces es válida aun sin juramento, porque pudiendo cualquiera entregar su misma persona á la iglesia, con mayor razon podrá darle todos sus bienes (4).

(1) L. 69, ff. de reg. jur.

(2) Canc. Var. 1, cap. 8, n. 36, y sig.

(3) L. 1, y l. pen. Cod. de revoc. don.

(4) Canc. Var. 1, cap. 8, n. 74, y sig.

4.^a Si el donante se obliga á disponer de los bienes reservados solo durante su vida, esta reserva no hace válida la donacion, porque el donante solo tiene el arbitrio de disponer en vida de dichos bienes; y por consiguiente quitándosele la facultad de testar, la donacion es de ningun valor (1).

5.^o No es válida la donacion hecha por el padre al hijo que está bajo su potestad; porque uno y otro se reputan como una sola, y la misma persona. Exceptúanse sin embargo los casos en que es permitida la donacion entre ellos; como cuando el padre dona al hijo por causa de estudios; ó para promoverle á las sagradas órdenes; en favor del matrimonio; para comprar armas si el hijo fuere á la guerra, ó cuando le condona ó entrega el usufructo en los bienes adventicios: sin embargo la donacion hecha por el padre al hijo se confirma con la muerte de aquel, aun cuando bajo otro aspecto no sea válida (2).

6.^a La donacion hecha entre marido y mujer no es válida por derecho, y la razon es para evitar que llevados de un escesivo amor se despojen de sus bienes (3). Sin embargo hay casos en que no rigen esta reglas, y son los siguientes: 1.^o cuando el marido dona á su mujer una cantidad moderada para vestidos ó galas, como vulgarmente se dice para alfileres. 2.^o Cuando la mujer dona al marido cuando este ha padecido naufragio. 3.^o Cuando la misma dona al marido que está militando en campaña, sobre cuyos casos y otros semejantes, véase la ley citada al pié (4). Se confirma sin embargo la donacion entre los consortes por muerte del donante si precede á la del donatario (5).

7.^a Aunque por derecho comun no es válida la donacion entre padre é hijo, marido y mujer; sin embargo corroborada con juramento adquiere validez, y aun sin juramento vale hasta la cantidad de 500 aureos ó florines, á no ser que sea *insinuada*, esto es, hecha ante juez competente, que entonces se sostiene en el todo (6) (ff).

8.^a La donacion que escede de 500 florines (cuya suma equivale á 700 escudos) (gg), ú otra que sea de todo el patrimonio, ó bien de la mayor parte de

(1) Canc. en dicho lug. n. 79.

(2) L. 25. Cod. de donat. inter vir. et uxor. et á parent. in liber. fact. etc. Canc. alli n. 85, y sig.

(3) L. 1, 2, 3 y 5. § 2, ff. de donat. inter vir. et uxor. L. 10. Cod. del mismo tit.

(4) L. 8, 9, 11, 17, 21 y 22. Cod. de donat. inter vir. et uxor.

(5) Cap. fin. 10, de donat. inter vir. et uxor. L. 25, Cod. del mismo tit.

(6) Cap. 10 y 28, de jerejur. Cap. 2, de pact. in 6. Canc. Var. 1, cap. 8, n. 74 y 94. Gutierr. de jerejur. confirm. part. 1, cap. 3.

(ff) Lo que se dice en esta nota podrá haber sido admitido un siglo atrás cuando escribía Gibert su obra; pero en el dia, y por lo menos desde principios de este siglo no admite la jurisprudencia que el juramento valide un contrato nulo, porque con esto se haría del juramento un vínculo de iniquidad y un medio de autorizar la injusticia. Por lo mismo la donacion entre padre é hijo, marido y mujer no será válida aunque intervenga juramento.

(gg) O sean 525 libras catalanas.

él, necesita de insinuación ante el juez competente (1), á menos que sea corroborada con juramento, por cuanto este suple la falta de insinuación (2) (hh). Se estableció esto así á fin de contener las donaciones excesivas con que pudieran verse los hombres espuestos á la indigencia. Esceptúanse sin embargo de esta disposición general los casos siguientes: 1.º La donación hecha al príncipe, y la que este hace á los particulares. 2.º La que se hace á la iglesia. 3.º La donación ó promesa que se hace á la redención de cautivos. 4.º La que se hace por causa de dote ó donación *propter nuptias*, en las capitulaciones matrimoniales, ó si en ellas la mujer renuncia á sus derechos. 5.º Si un jefe militar dona á alguno de los soldados. 6.º Si alguno da para reparar alguna casa destruida ó ruinoso. 7.º Si la donación fuese remuneratoria por beneficios recibidos. Acerca de estos y otros casos semejantes, véanse las leyes y autoridades citadas al pie (3) (ii).

(1) L. 27, 30, 32, 34 y 36. § 5. Cod. de donat. L. 8 tit 9, de donacion. Const. unic. Per toltre fraus. Canc. part. 1, cap. 8, n. 1 y 2. Pag. decis. 150.

(2) Canc. Var. 1, cap. 8, n. 4.

(hh) Tampoco se admite en el día la doctrina de que el juramento suple la falta de insinuación.

(3) L. 34 y 36. Cod. de Donat. dha. Const. un. tit. de donacion. Canc. Var. 1, cap. 8, n. 3.

(ii) Tampoco necesita insinuación la donación por causa de muerte, la recíproca y la remuneratoria. Para que una donación pueda decirse remuneratoria no basta la cláusula general que algunos Notarios suelen poner en las escrituras de donación: «por los servicios que de N. tengo recibidos» sino que es preciso referirlos espresamente, que sean tales que exijan un pago ó remuneración, y que se justifiquen si los negare el que trate de impugnar la donación.

Una donación que exceda de 500 florines y no fuese insinuada, no valdrá sino hasta la cantidad de 500 florines. Aunque esta ha sido siempre la jurisprudencia de Cataluña fundada en las leyes romanas que así lo disponen, y lo espone perfectamente Cancr, hace algunos años se había tratado de poner en duda la justicia de esta doctrina suponiendo algunos que la Constitución de Cataluña que se cita en la nota siguiente había derogado el derecho romano en esta parte, declarando que una donación no insinuada no era nula en Cataluña, si tan solo que no perjudicaba á los acreedores. Esta opinión dimanaba de una mala inteligencia de la Const. única lib. 8 tit. 9. la cual no es derogatoria de las leyes romanas que tratan de la insinuación, sino que se reduce á declarar los efectos de la falta de insinuación ó del retardo de ella respecto á los acreedores, dejando subsistentes los efectos de la falta de insinuación prescritos por las leyes romanas entre el donador y el donatario, como lo esplican Cancr y Fontanella. El Tribunal Supremo había vacilado durante algun tiempo en esta cuestión, y aun había dictado algunas sentencias en favor de la validez de las donaciones no insinuadas; pero en 13 de Marzo de 1869 en méritos del pleito que en Barcelona siguieron las hermanas D.^a Fausta y D.^a Leonor Nadal contra los hermanos Bonaplata, y en el cual se habían dictado ya en favor de la nulidad de la donación no insinuada las sentencias de primera y de segunda instancia, pronunció un fallo tan terminante y tan bien fundado en este sentido, que por venir en apoyo de la jurisprudencia catalana hace siglos observada y por resumir las razones en que esta se funda no puedo dejar de transcribir, á lo menos en cuanto á los Considerandos, que dicen así:

«Considerando que la Constitución primera y única tit. 9, lib. 8, vol. 1.º de las de Cataluña solamente declara nulas por falta de insinuación las donaciones universales de la mayor parte del patrimonio ó que excedan de 500 florines cuando se hacen ó resultan en per-

9.^a La remision ó quitanza del débito hecha por causa de donacion, si esciedere de 500 aureos ó florines, debe hacerse tambien con insinuacion, puesto que el perdonar una deuda es igual al dar (1), á menos que el débito no sea líquido. Debe entenderse sin embargo que la referida insinuacion (ya se haga en la remision ó en la donacion), no perjudica á los acreedores, sino se hizo diez dias antes de la celebracion del contrato; pues entonces se considera hecha en fraude de ellos (2).

10. Por constitucion de Cataluña (3), el menor de veinte y cinco años no puede dar á aquella persona bajo cuya potestad se halla, á no ser que precedan las solemnidades allí espresadas, á saber: que consientan á lo menos tres personas que sean las mas allegadas ó los mas íntimos amigos del donante; que intervenga decreto del juez; y además juramento de que en efecto aquellas personas son las mas amigas ó los mas cercanos parientes. Ni puede dar á aquellos con quienes mora como súbdito, ó casi súbdito, por-

juicio de acreedores, teniendo aquella disposicion municipal por único y especial objeto proteger á estos contra los fraudes que por aquel medio pudieran suscitarseles:

Considerando que la donacion hecha en 30 de Noviembre de 1831 por D. José Antonio Nadal á favor de su hija D.^a Margarita, no ha sido impugnada en este litigio bajo el indicado concepto, ni por acreedor alguno del donador, sino por no haberse cumplido el expreso mandato de este de que fuese insinuada ante la competente autoridad, mediante á exceder de 500 florines, y por ser contraria á las leyes romanas, en cuanto supliendo y completando en esta parte el derecho catalan, atienden á un objeto mas amplio y general, cual es el de prevenir los inconvenientes de una irreflexiva ó inmoderada liberalidad en proteccion de los intereses generales y muy especialmente de los del donador mismo y de su familia, y exigen en su consecuencia el requisito de la insinuacion en toda donacion superior á 500 aureos ó florines, bajo pena de nulidad en la parte que exceda de esta suma.

Considerando que por las razones indicadas la Sala sentenciadora, respetando la prevenccion hecha por el donador D. José Antonio Nadal, y siguiendo la uniforme y constante jurisprudencia de Cataluña, de aplicar el derecho comun ó romano para la resolucion de las cuestiones de la indole de la presente no comprendidas en el caso especial y concreto de la mencionada Constitucion catalana, ha resuelto este litigio con sujecion á dicha prevenccion del donador y á lo establecido en las leyes 30, 32, 34 y 36 *Codices, De donationibus*, y en el párrafo segundo del mismo título de las Instituciones, en cuya virtud ha declarado nula la indicada donacion, no en su totalidad, como hubiera procedido si hubiese aplicado aquella Constitucion, sino unicamente en cuanto excede de la cantidad de 500 florines:

Considerando que no es doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales en Cataluña que el juramento convalide las donaciones que son nulas con arreglo á las leyes.»

El resto de la sentencia se reduce á declarar que la Sala sentenciadora no ha infringido la mencionada Constitucion catalana ni la jurisprudencia deducidas de las diferentes sentencias del Supremo Tribunal invocadas por el recurrente, referentes á casos y cuestiones distintas de las debatidas en aquel pleyto, y fallar en su consecuencia que no ha lugar al recurso de casacion interpuesto por D. Ramon Bonaplata y hermanos.

(1) Canc. Var. 1, cap. 8, n. 5.

(2) Dicha Const. un. vers. é sino lib. 8. dicho tit. 9, de donacions. Canc. Var. 1, cap. 8, n. 11, y sig.

(3) Lib. 5, tit. 4, de tutors. Const. 2.

que se presume hecha con dolo la donacion, esto es, seducido el donante por el sugeto á quien debe la subsistencia.

11. Aunque por derecho comun la donacion inoficiosa, esto es, cuando se priva al hijo de su legitima, no es válida; sin embargo por derecho especial de Cataluña ya done el padre á alguno de los descendientes, ya á un extraño; ó bien sea inoficiosa la donacion, los hijos no pueden revocarla sino hasta en el importe de su legitima (1).

12. Si el padre y la madre dieren al hijo todos sus bienes, retenido el usufructo, con la intencion de que si uno de ellos muere el que sobrevive goce del usufructo de todos los bienes; debe el escribano espresarlo asi por pacto, diciendo que cualquier sobreviviente de ellos tenga el usufructo de los bienes de cada cual; pues de otro modo si se reservaren simplemente el usufructo de los bienes donados, solo les correspondiera el usufructo de estos; porque en duda siempre se presume haber uno dispuesto de lo suyo solamente. Esta cuestion la trata estensamente *Cancer* (2).

13. Cuando alguno desea hacer una donacion universal con la condicion de que en caso de morir el donatario antes que el donante, no tenga aquella efecto, el escribano no debe en semejante donacion usar de estas palabras: *Hago donacion entre vivos para despues de mi muerte, desde ahora para entonces*; porque el que dona entre vivos no remite ó difiere la sustancia de la donacion al tiempo de su muerte, sino solo su efecto y ejecución; y aquella cláusula *desde ahora para entonces* no impide la traslacion de dominio, sino solo su efecto, y aunque el donatario muere antes que el donante, no se anula la donacion, mayormente cuando el donante se reserva el usufructo; porque de tal reservacion se infiere claramente, que el donante quiso que tuviese efecto en cuanto á la propiedad (3). Asi que deberá el escribano espresar que la donacion se hace solamente al hijo; v. g. si sobreviviere, y en caso de morir antes, ha de espresarse tambien el pacto de reversión en favor del donante ó de los herederos.

DEL FEUDO.

TÍTULO 5.º

¿Qué es feudo? Feudo es: *una gratuita (jj) concesion de cosa inmueble hecha por la prestacion de homenaje.*

(1) Consuet. unie. lib. 8, tit. 9, de donacions, acerca de la cual véase á *Canc.* Var. 4, cap. 8, desde el n. 119, hasta el 125.

(2) *Canc.* Var. 3, cap. 22, cuest. 7, n. 412. y tambien en la part. 4, cap. 8, n. 66.

(3) *Canc.* Var. 4, cap. 8, n. 217.

(jj) El original latino dice *benévola*, y es mas propio, porque el feudo no es gratuito, pues se concede en cambio de un servicio personal.

Explicacion. *Gratuita* (jj); porque se hace por mera benevolencia á causa de servicios militares. *Concesion* y no traslacion, porque no se confiere el derecho al vasallo sino en cuanto al dominio útil y la posesion natural; pues la propiedad ó el dominio directo permanece en el señor.

De cuántos artículos consta el instrumento de feudo? El instrumento de feudo se divide en dos partes, la primera de las cuales relativas al señor que concede el feudo, contiene seis artículos, á saber: 1.º Los contratantes. 2.º La cosa concedida ó dada en feudo. 3.º La retencion del dominio directo y la entrega del útil. 4.º La eviccion. 5.º El juramento. 6.º La investidura. La segunda parte concerniente al vasallo que recibe el feudo, contiene dos solos artículos, esto es: 1.º La fidelidad. 2.º El juramento.

Cosas sustanciales del feudo. Dos son las cosas sustanciales del feudo. 1.ª La cosa concedida por el señor. 2.ª El juramento de fidelidad que le presta el vasallo, y que suele llamarse homenaje (II).

Cosas pertenecientes á la naturaleza del feudo. A la naturaleza del feudo pertenecen ocho cosas: 1.ª Que el señor retenga para sí el dominio y la propiedad de la cosa, que concede en feudo, y que transfiera al vasallo el dominio útil. 2.ª Que el vasallo esté obligado á prestar al señor el servicio personal, por ser este el fin de la concesion. 3.ª Que el feudo regularmente sea perpétuo: he dicho *regularmente*, porque si el feudo es personal, esto es, concedido á la persona, no pasa á los herederos; pues el bene-

(jj) El original latino dice *benévola*, y es mas propio, porque el feudo no es gratuito, pues se concede en cambio de un servicio personal.

(II) El homenaje ó juramento de fidelidad que prestaba el vasallo al Señor se efectuaba del modo siguiente. Sentado el Señor, el vasallo se arrodillaba ante él, y el Señor cogía las manos del vasallo entre las suyas, ó bien teniendo el Señor las manos juntas con las palmas vueltas hácia arriba, el vasallo colocaba las suyas encima con las palmas hacia abajo; y en esta situacion prestaba el juramento de defender los bienes, honor y vida del Señor y le daba un ósculo.

La investidura, que se hacia en el mismo acto, consistía en la entrega hecha por el Señor al vasallo de un objeto cualquiera, como una espada, una lanza, un palo, etc.

El homenaje y la investidura se prestaban en presencia de algunos otros vasallos del mismo Señor, por lo menos dos, y si no tenía otros vasallos, de dos testigos.

En España se ha conservado durante la existencia de la Monarquía una reminiscencia del homenaje feudal en el nombramiento de los Gobernadores militares de las plazas fuertes. El título que se espedia á los Gobernadores militares prevenía que no pudiesen entrar en posesion de su destino sin haber prestado pleito homenaje al Rey, ó á quien este delegare. Regularmente el Rey daba comision para recibir el pleito homenaje al Capitan general del Distrito á donde estaba destinado el Gobernador. La forma del pleyto homenaje era la siguiente: Sentado el Capitan general en el Salon del trono debajo del dosel, de gran uniforme, con todas sus condecoraciones é insignias y con el sombrero puesto, se arrodillaba delante del mismo sobre una almoadon el Gobernador electo; colocándose á la derecha el Escribano de guerra y enfrente del solio dos personas que servian de testigos, pudiendo

ficio personal perece con la persona (1). 4.^a Que el señor por sí mismo ó por procurador ponga al vasallo en posesion de la investidura. 5.^a Que si se originare contienda entre los vasallos sobre el feudo, conozca de ella el señor (2). 6.^a Que el vasallo no pueda hacer otro vasallo del feudo sin consentimiento del señor (3). 7.^a Que no se pague cosa alguna por la entrada en el feudo. 8.^a Que no pueda enajenarse sin la voluntad del señor: así está establecido por derecho comun, aunque no se observa esto en Cataluña, como se verá despues.

¿De cuántos modos se adquiere? El feudo se adquiere de cuatro modos: 1.^o *Por investidura*, cuando el señor teniendo su lanza ú otra cosa corpórea hácia el vasallo, dice que le dá la investidura. 2.^o *Por algo equivalente á la investidura*. 3.^o *Por sucesion*. 4.^o *Por prescripcion*.

¿Quiénes pueden concederle? Pueden conceder el feudo todos aquellos que tienen facultad de contratar, y son dueños de las cosas que conceden en feudo, aunque sean rústicos; sin embargo está en contrario la costumbre, porque siempre suele concederse por un emperador, rey, duque, conde, marqués y otros personajes semejantes.

¿Quiénes no pueden concederle? No pueden concederle aquellos que no tienen facultad de contratar, así como el infante, el impúber, etc.

entrar además los que estuviesen en las piezas inmediatas, porque el acto era público. El Escribano leía el título del nuevo Gobernador, levantándolo á la altura de su cabeza cuando pronunciaba las palabras «El Rey.» Terminada la lectura el Capitan general juntaba las manos por los dedos meñiques con las palmas vueltas hácia arriba, y el Gobernador electo colocaba las suyas encima con las palmas hácia abajo: el Escribano leía la fórmula del juramento con el cual el Gobernador electo prometia al Rey y en su nombre al Capitan general defender la plaza, castillo ó fortaleza hasta morir, y no entregarlo á nadie sino al mismo Rey ó á quien se dignase mandarle por espresa orden, y concluida la lectura de la fórmula, el Capitan general hacia la pregunta: «Lo jurais así?» el Gobernador respondia: «Sí, juro» y el Capitan general replicaba: «Si así lo hicierais Dios os lo premie, y sino os lo demande.» De este acto se levantaba escritura pública que firmaba el Gobernador y de la cual se remitia testimonio al Ministro de la Guerra.

Con esta ceremonia queria significarse que el Gobernador recibia el castillo en feudo del Rey. Faltaba únicamente el ósculo. En virtud de este juramento el Capitan general no podia relevar al Gobernador del mando del castillo, ni mandárselo entregar á otro Jefe, porque en cuanto á su entrega el Gobernador dependia directamente del Rey.

Como las dos cosas esenciales del juramento ú homenaje que se prestaba en los feudos eran el escudo y la imposicion de manos, era muy comun en las escrituras al hablar de esta solemnidad decir *homagium ore et manibus commendatum*, porque realmente necesitaba de la boca y de las manos. El nombre de homenaje se deriva, segun los autores, de *hominem agere*, porque dicen que el vasallo *se hominem agit domini feudalis*, esto es, se llama hombre del señor feudal, como si dijese dependiente, servidor suyo.

(1) L. 68 y 196. ff. de reg. jur.

(2) Canc. Var. 1, cap. 12, n. 73 y los DD. por él citados.

(3) Usat. 3, Const. 9. dret. é Cost. lib. 4, tit. 27, de feus. y post. etc.

¿A quiénes puede concederse? Puede concederse el feudo á todos aquellos que pueden servirle, como á los mayores de catorce años, y no á los menores, por cuanto no pueden prestar el juramento de fidelidad; y si se les concede, no deben servirle. Puede concederse al hombre libre, sea varón ó hembra, igualmente que al siervo, con tal que consienta el señor.

¿A quiénes no puede concederse? No es lícito concederle á aquellos que no pueden prestar los servicios inherentes á él, como son el infante, el impúber, mudo, sordo, monje, fraile, y otros semejantes, que no pueden servir al feudo por impedimento de derecho.

¿Que cosas pueden darse en feudo? Pueden darse en feudo todas las cosas inmuebles que pueden enajenarse y son objeto de contrato, como se dijo hablando de la venta.

¿Qué cosas no pueden darse? No pueden darse las cosas muebles; porque el feudo se cuenta entre los bienes raíces ó inmuebles: tampoco pueden darse en feudo las cosas inmuebles si tienen algun obstáculo por la ley, como las cosas sagradas, santas, etc.

¿En qué casos se revoca? Se disuelve ó revoca el feudo por cinco causas. 1.ª Si el vasallo abandonase á su señor cuando peligraba en la batalla (1). 2.ª Si el vasallo rehusase desempeñar el débito de fidelidad segun lo pactado (2). 3.ª Si tramase la muerte del señor (3). 4.ª Si tratase de seducir la mujer, hija ó nieta del señor (4). 5.ª Si el vasallo fuere ingrato al señor por las causas espresadas en el título anterior de la donacion.

NOTAS.—1.ª Por derecho de Cataluña la mujer sucede en el feudo (5) y concurre á la gratificacion, aunque se observe lo contrario por derecho comun (6). Dicese gratificacion. cuando habiendo muerto el vasallo ab intestato ó sin hacer disposicion sobre el feudo, el señor le concede á alguno de sus hijos, y á falta de estos al mas próximo agnado (7).

2.ª Por el mismo derecho pátrio el feudo puede enajenarse y obligarse sin consentimiento el señor (8); pero el vasallo antes de la entrega de la cosa debe prevenir al señor, pues de lo contrario incurrirá en varias penas (9).

(1) Usat. 8, de tit.

(2) Costuma. 29, si el Castlá de tit.

(3) Usat. 11, qui se sciente en el mis. tit.

(4) Usat. 11, qui se sciente.

(5) Costuma. 22, Si mort. lo Castlá.

(6) Canc. Var. 1, cap. 12, n. 35 y sig.

(7) Canc. Var. 1, cap. 12, n. 55.

(8) Cons. ítem. ne super laudemio vers. Ajustants. lib. 4, tit. 28, de dret. enfituteich.

Canc. Var. 1, cap. 12, n. 70

(9) Canc. d. cap. n. 70.

3.ª En Cataluña el feudo es indivisible (1); y por consiguiente si el vasallo no dispone del feudo, el señor *gratifica*, como se dijo poco antes.

4.ª El vasallo soldado debe pedir la renovacion de la investidura y prestar el juramento debido de fidelidad dentro de un año y un mes; y el plebeyo dentro de un año y un día, so pena de ser privados del feudo si no lo hicieron. Lo mismo se ha de entender si viviendo el señor muriese el vasallo; porque el sucesor está obligado á hacerlo así dentro del mismo tiempo (2).

Aunque pudieran decirse muchas otras cosas sobre la materia de feudos; como sea en estos tiempos rarísima ó desusada la concesion de ellos, pondré fin á este tratado en obsequio de la brevedad. Si alguno desee instruirse mas á fondo, consulte además de nuestros autores, *Cancer*, *Fontanella*, *Socar-rat*, y otros; á *Engel. et Reiff. en el tit. de los decretales, de feudis*, donde tratan con estension de esta materia de uso mas frecuente entre los alemanes (mm).

DEL ENFITEUSIS.

TÍTULO 6.º

¿Qué es enfiteusis? *Enfiteusis es: concesion de una cosa inmueble hecha á otro para cierto tiempo ó perpetuamente, reservando el que la concede el dominio ó propiedad de ella, bajo la condicion de que le paguen una pension anual, y de hacer la renovacion acabado el tiempo por que se concedió el enfiteusis.*

(1) Canc. Var. 1, en el mismo cap. n. 31. super. cost. 9, dret. é costuma. d. t.

(2) Canc. Var. 1, cap. 12, n. 74 y sig. super. cost. 20, lo señor mort.

(mm) No será por demás hacer una reseña de las principales divisiones de los feudos.

El feudo se divide en real y no real. Llámase Feudo Real el que está concedido por el Rey con algun título ó dignidad, como de Marqués, Conde, Vizconde, Duque ó Baron. Este feudo siempre ennoblece al que lo recibe. No será real el feudo si no lo concede el Rey, ó bien, aunque él lo conceda, si no va acompañado de algun título como los arriba nombrados.

Dividese asimismo el feudo en noble, menos noble, é innoble. Noble es el que ha sido concedido por el Rey, aunque sea sin título. Tambien se considera noble el que lleva anexo el mero y mixto imperio, es decir jurisdiccion civil y criminal. Menos noble es el que ha sido concedido por quien lo hubo del Rey. Innoble se llama el que fué concedido por un simple vasallo ó plebeyo, y la persona que lo posee se llama burgés.

Finalmente el feudo se divide en antiguo y nuevo. Es antiguo el que fué adquirido por alguno de los ascendientes á mas del cuarto grado, y en este caso es noble, porque el feudo se hace antiguo y ennoblece al llegar á la cuarta generacion. Este es el primitivo origen de los títulos de nobleza. Se denomina nuevo el que no fué adquirido por los ascendientes. Es de advertir que si alguno adquirió la nobleza por algun feudo nuevo, deja de ser noble si lo vendiere ó perdiere.

Esplicacion. *Concesion*; porque al enfiteuta solo se concede la posesion natural, y el dominio útil. *De una cosa inmueble*, para manifestar que el enfiteusis solo puede constituirse en bienes inmuebles, teniendo en consideracion el fin para que se introdujo. *Hecha á otro*, esto es, una persona hábil que se puede obligar á satisfacer la pension del censo. *Para cierto tiempo ó perpetuamente*; pues de uno y otro modo se constituye. *Reservándose el que la concede el dominio ó propiedad de ella*; pues el dominio directo, la propiedad y la posesion civil permanecen en el que concede el enfiteusis. *Bajo la condicion de pagar una pension ánuua*; pues el enfiteusis no puede constituirse sin que se satisfaga cierta pension anual, que es de esencia de este contrato; y así no es válido el pacto de que nada se pague por via de censo (1). *Y hacer la renovacion acabada el tiempo*, etc.; pues si se concedió por cierto tiempo, ó por cualesquiera otras causas se acabare el enfiteusis, y no se renovare, quedará estinguido el contrato, por haber acabado el derecho del aceptante ó enfiteuta.

¿Cuántas clases hay de enfiteusis? Hay dos clases de enfiteusis, á saber: *temporal* y *perpétuo*. *Enfiteusis temporal*, es cuando se constituye prefijando tiempo, sea este corto ó largo. *Perpétuo*, se dice cuando se concede para siempre, porque en este contrato se atiende sobre todo á los pactos de los contratantes (2).

El instrumento de enfiteusis se divide en dos partes, la primera de las cuales abraza siete artículos de parte del señor que concede, á saber: 1.º *El consentimiento de los contratantes*. 2.º *La concesion de la cosa*. 3.º *La retencion del dominio directo y la entrega del útil*. 4.º *La pension*. 5.º *La entrada*. 6.º *La eviccion legitima de la cosa y la obligacion de los bienes*. 7.º *El juramento*. La segunda parte contiene cuatro artículos de parte del enfiteuta ó persona que recibe, esto es: 1.º *La aceptacion*. 2.º *La promesa de pagar el cánon*. 3.º *La obligacion*. 4.º *El juramento*.

¿Cuáles son las cosas sustanciales de este contrato? Cuatro son las cosas sustanciales de este contrato. 1.ª *El consentimiento de los contratantes*. 2.ª *La cosa*. 3.ª *La entrada*, bien que esta es de costumbre y no de esencia (3), (*). 4.ª *La pension, que se da en reconocimiento del dominio* (4).

Cosas propias de la naturaleza de este contrato. Propias de la naturaleza de este contrato son otras cuatro cosas, esto es: 1.ª que el señor retenga para sí el dominio directo, la propiedad y la posesion civil, en cuya

(1) L. 1. Cod. de jur. emphyt.

(2) L. 2. Cod. de jur. emphyt.

(3) Arg. l. 1. Cod. de jur. emph.

(*) Bajo ningun concepto puede decirse que la entrada sea sustancial en el enfiteusis.

(4) L. 1. Cod. de jur. emph.

señal y reconocimiento se le paga la pensión anual; y que se conceda al enfiteuta el dominio útil y la posesión natural. 2.^a Que el señor pueda espeler de dicha posesión al enfiteuta por su propia autoridad si este deja de pagarle la pensión, según se hubieren convenido (1), interviniendo sin embargo sentencia de juez (2); aunque por equidad canónica se admite que pueda purgarse la mora por medio de una pronta satisfacción del enfiteuta (3) (nn). 3.^a Que si toda la cosa perece se libra el enfiteuta, mas no si pereciese solo en parte, á menos que la remanente sea tan mezquina que no baste para pagar la pensión; pues entónces se rebaja esta proporcionalmente (4). 4.^a Que el señor, cuando se enajena la cosa enfiteútica, puede usar de la fadiga dentro de un mes prefijado por derecho de Cataluña, desde el día de la presentación del instrumento ó desde que se tenga noticia (5).

¿Quiénes pueden concederle? Pueden conceder en enfiteusis todos aquellos que tienen facultad de contratar y enajenar sus cosas.

¿Quiénes no pueden? No pueden concederle aquellos que no pueden contratar, como son el impúber, furioso, demente y otros, como se insinuó en el tratado de las personas acerca de las que pueden ó no contratar.

¿Á quiénes puede concederse? Puede concederse á todos los que son capaces de obligarse á pagar la pensión ó cánon.

¿Qué cosas pueden concederse? Pueden concederse en enfiteusis las cosas inmuebles, tanto las urbanas como las rústicas, cuya enajenación no esté prohibida por las leyes; pero mas frecuentemente se conceden los prédios rústicos, porque el fin de este contrato es la mejora de las fincas.

¿Qué cosas no pueden concederse? No pueden darse en enfiteusis las cosas muebles, porque el enfiteusis se cuenta entre los bienes raíces: tampoco podrán concederse las cosas inmuebles si tienen impedimento por la ley.

¿De qué modo se perfecciona? Se perfecciona el enfiteusis interviniendo escritura desde el principio, pues de otro modo no es válido. Así

(1) L. 2. Cod. de jur. emph.

(2) Arg. l. 176. ff. de reg. jur.

(3) Arg. Cap. fin. 10 de loc. et conduc.

(nn) En Cataluña no tiene lugar la espulsión del enfiteuta por falta de pago de la pensión: la pena consiste en pagar doble pensión, y apenas se encuentra ejemplar de que se haya exigido semejante pena.

(4) L. 4. Cod. de jur. emph.

(5) L. 3. Cod. de jur. emph. const. Item. ne super. Laud. vers. Ajustants lib. 4. tit. 28, de dret. enfiteus. ubi. Peg., et Vilap. vers. 1.

se halla establecido en la constitucion del emperador Cenon (1), que fué el inventor del enfiteusis, y de aquí es que algunos llaman á este contrato la *hechura de Cenon* (ññ).

¿Cómo se disuelve? Disuélvese de cuatro modos: 1.º Si no observa el pacto hecho entre el señor y el enfiteuta. 2.º Si el enfiteuta á sabiendas negare al señor que tiene la cosa en enfiteusis. 3.º Si á sabiendas enajena las cosas enfiteuticas como si fuesen alodiales, ú ocultare que están sujetas á condicion enfiteutica. 4.º Si el aldeano ó rústico dejare la hacienda inhabitada por espacio de un año. En los tres últimos casos la cosa enfiteutica cae en comiso por derecho de Cataluña (2) (oo).

¿En qué conviene con la venta? Conviene el enfiteusis con la venta en dos cosas. 1.ª Que así como el vendedor está obligado á la eviccion respecto del comprador cuando á este le quitan la cosa en juicio, del mismo modo lo está el señor respecto del enfiteuta. 2.ª Que así como el vendedor debe entregar la cosa al comprador, de la misma suerte el señor está obligado á entregar al enfiteuta el dominio útil (3).

¿En qué se diferencia? Se diferencia en cuatro cosas. 1.ª El comprador se hace verdadero dueño; pero el enfiteuta solo tiene el dominio útil, y la posesion natural. 2.ª En la venta el precio debe consistir en dinero contante, por lo menos desde el principio, y no en otra cosa; pero el

(1) L. 1. Cod. de jur. emph.

(ññ) Los que hayan estudiado este contrato en los autores de derecho, sobre todo en los alemanes, como Heineccio, Vinnio y otros, estrañarán ver en los de Notaría que el enfiteusis se perfecciona con la escritura, es decir que es contrato literal, cuando aquellos lo consideran consensual, y sostienen que la escritura no se exige sino como medio de prueba. Pero los autores de Notaría tienen razon. La opinion de que el enfiteusis se perfecciona con el consentimiento no se puede sostener con razones sólidas, sobre todo en España, en donde existe una ley (l. 28 tit. 8, part. 5.ª) que dice hablando del enfiteusis que «debe ser fecho... por escrito, ca de otra guisa non valdria.» Sala en sus notas al Vinnio dice: «in Hispania emphiteusis sine scriptura constitui nequit;» y Gregorio Lopez en sus comentarios á la citada ley de Partida se expresa en estos términos: «*Quod requiratur de necessitate scriptura, ultra istam legem probatur l. 3 tit. 14 partita 1ª ibi: e deve se facer por carta de Escrivano público, et de jure communi ista erat magis communis opinio, ut testatur Jaso.... Azo.... et intellige quod requiratur scriptura tam ad substantiam quam ad probationem, secundum Jasonem.*» Gibert sigue la opinion de Gregorio Lopez, que segun este es la mas general aun por derecho comun.

(2) Canc. part. 1, cap. 11. Cuest. 1.

(oo) No es cierto que en los tres últimos casos la cosa enfiteutica caiga en comiso por derecho de Cataluña. El mismo autor que esto dice cita en la nota una ley romana. El comiso, que habia establecido el derecho romano en el contrato de enfiteusis, fué suprimido por el derecho catalan, atento siempre á suavizar la dureza de los contratos de derecho civil. En Cataluña no hay caso alguno en que la cosa enfiteutica caiga en comiso.

(3) Instit. de loc. et cond. § 3.

enfiteusis puede concederse por dinero ó por cualquier otra cosa, así en la entrada como en la imposición del censo. 3.^a El comprador no puede ser despojado de la cosa comprada; pero si el enfiteuta siempre que no pague la pensión (pp). 4.^a Pueden venderse las cosas muebles é inmuebles; pero en el enfiteusis solo pueden concederse las cosas inmuebles.

NOTAS.—1.^a Aunque el enfiteusis no puede constituirse sin censo, no obstante despues de hecho puede este separarse del dominio directo, esto es, venderse, darse, lograrse, etc.; por cuanto el censo y el dominio directo son cosas enteramente diversas (1).

2.^a En Cataluña si alguno comprare cosas feudales ó enfiteúticas, y tomare posesion de ellas sin la firma ó consentimiento del señor, incurre en la pena de pagar doble laudemio (2).

3.^a El feudo y el enfiteusis se gobiernan por las mismas reglas, y la razon del uno vale para el otro, á menos que se espresse lo contrario como advierte *Cancer* (3).

4.^a En las cosas y negocios así feudales como enfiteúticos se ha de estar primeramente á los pactos convenidos entre las partes, y á falta de ellos se ha de recurrir á la costumbre del lugar ó territorio; pero si esta faltare se ha de resolver el asunto en último lugar segun el derecho escrito, esto es, primero por el derecho municipal y en su defecto por el derecho comun (4).

5.^a Los escribanos deben exigir de las partes juramento en los contratos de enajenacion de cosas inmuebles, por el cual afirmen que el contrato no se hace en fraude de los laudemios, fadiga y demás derechos que le competen al señor directo, y de ello ha de hacer mencion el escribano, para que conste haberse exigido y prestado el juramento; de lo contrario incurrirán las partes en la pena del doble laudemio, y el escribano en la de 25 ducados y otras arbitrarias (5).

6.^a Se halla establecido que en las enajenaciones de las cosas enfiteúticas se debe hacer mencion, no vaga y general, sino individual de los SS. alodiales, de los censos y derechos que deban prestar las cosas, y del tiempo en que corresponda cumplir con cada una de estas prestaciones (6).

Acerca de la naturaleza y materia de los contratos de enfiteusis, pactos, escritura, cánon, denuncia, mejoras, fadiga, laudemio, y otras relativas á

(pp) No es cierto que en Cataluña pueda ser despojado de la cosa el enfiteuta que no pague la pensión. Abolido, como está, el comiso, solo puede exigirsele el pago de doble pensión, y de hecho nunca se exige.

(1) Canc. Var. 1, cap. 11, n. 96, y cap. 12, n. 15.

(2) Canc. par. 1, cap. 11, n. 8.

(3) Canc. Var. 1, cap. 12.

(4) Pag. in rep. cap. Item ne super laudem præl. 3, n. 4. Canc. Var. 1, cap. 12, n. 28.

(5) Cons. 6, lib. 4, tit. 28, de dret. emph. vol. 1.

(6) Cons. 7, tit. 28, de dret. emph. vol. 1.

este contrato, véase la l. 1, 2 y 3 del Cod. de *jur emphyt.* También tratan algo de esto l. *Jubemus 14 Cum authenticis* y l. *Privilegia 17. Cod. de Sacros eccles.* cap. fin 10 de *locat. et conduc.* cap. 7, 10 de *reb. eccle.* cap. 2, 10, de *feud.* Can. 1, caus. 16, cuest. 7 (qq).

(qq) El contrato enfiteútico está muy generalizado en Cataluña, y le debe muchos beneficios la agricultura y la población. Por regla general es perpétuo y el censo irredimible, pero se hacen también enfiteusis temporales, y otros perpétuos con censo redimible. La facultad de verificarlo del modo que quieran las partes, da lugar á un sinnúmero de combinaciones beneficiosas á la riqueza pública y á la especulación privada: la mayor parte de estas dejarían de verificarse si la ley hiciese el censo forzosamente redimible, por razones que se ocultan á los sábios que limitan sus estudios á las elucubraciones de los autores teóricos, y se hacen patentes al rústico que estudia el contrato en los terrenos de su propiedad. Los límites á que deben reducirse estas anotaciones no nos permiten entrar de lleno en esta materia, que la mayor parte de autores tratan mal, porque no conocen la propiedad sino de oídas.

Entre los enfiteusis temporales de Cataluña se encuentra el que se llama á *primeras cepas*, en catalán á *rabassa morta*. El establecimiento á primeras cepas (porque es de saber que en las provincias catalanas el enfiteusis se conoce con el nombre vulgar de *establecimiento*) es un contrato con el cual el dueño de un pedazo de tierra concede á un labrador el dominio útil del mismo, para que lo plante de viña pagando al concedente un censo, que puede ser en dinero ó en partes de frutos, ya sea en uvas ó en vino, y con la condición de que la tierra revierta al que la concedió siempre que quedaren extinguidas las dos terceras partes de las primeras cepas. Esta última circunstancia ha dado lugar á muchos pleitos, porque los labradores hacían con las primeras cepas renuevos, llamados *acodos*, *serpas*, *mugrones* y *codales* (en Cataluña *colgats* y *capiscats*) y pretendían que las cepas procedentes de esta operación no eran nuevas, porque salían de la punta enterrada del primitivo sarmiento, combatiendo los dueños directos esta opinión, porque según ella no se extinguirían nunca las primeras cepas y se convertiría en perpétuo un contrato, que es por su esencia temporal. La Audiencia del territorio no ha admitido la opinión de los colonos, y para cortar las cuestiones nacidas acerca del tiempo de duración de este contrato, ha declarado en una porción de sentencias que se entiende finido después de pasados cincuenta años, cuya doctrina ha sido admitida en una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia. Los dueños de tierras para evitar cuestiones sobre la época de la caducidad del contrato lo otorgan en el día por tiempo fijo, tomando como minimum el señalado por la Audiencia y como maximum el de cien años, de manera que las concesiones se efectúan por un tiempo que varía desde cincuenta á cien años, según se conviene entre el dueño y el colono. El establecimiento á primeras cepas ha multiplicado las ventajas del enfiteusis, poblando á Cataluña de viñedos y contribuyendo en gran parte al estado floreciente de su industria vinícola.

CAPÍTULO II.

DE LAS DOTES (rr).

DIVIDIDO EN CINCO TÍTULOS.

TIT. 1.º *De la dote.*

§ único. DEL AUMENTO DE LA DOTE.

TIT. 2.º *De la donacion Propter nuptias.*

TIT. 3.º *De la dádiva esponsalicia.*

TIT. 4.º *De los esponsales.*

TIT. 5.º *Del matrimonio.*

¿Qué es dote? Dote es: *lo que la mujer, su padre, ú otra persona dá al marido ó al padre de este para soportar las cargas del matrimonio, debiendo á este fin conservarlo siempre en su poder.*

Explicacion. *Lo que la mujer, porque esta debe constituir dote al marido, lo cual es tan favorable á uno como á otro, y de su importancia*

(rr) La dote forma parte de los contratos que se verifican con motivo del matrimonio, denominados vulgarmente *capítulos matrimoniales*. Pero en muchos de estos instrumentos se estipula otro pacto, que en el órden de la escritura ocupa un lugar preferente á la donacion de dote, y del cual no habla Gibert. Nos referimos á la *donacion y heredamiento universal*. Es esta una donacion universal que hace el padre ó la madre, ó ambos, al hijo varon primogénito que contrae matrimonio, ó á la hija mayor cuando carecen de hijos varones.

No siempre se verifican estas donaciones, ni pueden adoptarse como regla general: esto depende de las circunstancias del hijo y de la confianza que tengan los padres en su buen proceder, pues siendo irrevocables, producirian un resultado funesto si se hiciesen á un hijo de malas condiciones.

La donacion y heredamiento universal es una donacion entre vivos, irrevocable como todas las de su clase; y la Constitucion *Aforagitar fraus* tit. 2 lib. 5 prohibe á los Notarios recibir contrato alguno en perjuicio de la misma, declarando nulos *ipso jure* los contratos que se opongan á lo en ella convenido. Es preciso no dejarse alucinar por la palabra *heredamiento*, nombre vulgar que se ha añadido á la denominacion legal del contrato, á fin de indicar que en sus efectos se parece á la herencia; pues la forma y leyes á que está sujeto, se han de buscar en los contratos entre vivos, y especialmente en las donaciones universales, á cuyo género pertenece. Por lo mismo necesita que el donador se reserve una cantidad para testar, y aunque dicen muchos autores que cuando se reserva el usufructo puede bastar esta reserva, porque el usufructuario puede disponer en su testamento de los productos que ha obtenido con ese usufructo, en la práctica se acostumbra además reservarse una cantidad para testar, y conviene no abandonar esta práctica para evitar cuestiones.

trata Fontanella (1). *Su padre ú otra persona*; pues cualquiera puede constituir dote por la mujer (2). *Da*: esto es, la dote se da efectivamente por cuanto el marido durante el matrimonio se hace verdadero y directo señor de la cosa dotal (3). *Al marido*, pues á este puede darse la dote, porque tiene que soportar las cargas del matrimonio (4). *Ó al padre de este*. Tambien puede darse la dote al padre del marido ó á otro cualquiera que tome sobre sí las cargas matrimoniales por el marido, entendiéndose que á este se ha de entregar tambien la dote juntamente con el otro, porque esta corresponde al que toma á su cargo los gravámenes del matrimonio (5) (ss). *Para soportar las*

Hay dos modos de hacer esta donacion. El uno consiste en dar al hijo todos los bienes y derechos del donador ó donadores, muebles y sitios presentes y futuros. En este caso los donadores deben reservarse el usufructo de sus bienes durante su vida, porque de otra suerte deberian desposeerse de ellos desde el instante de otorgada la donacion; y si la hacen el padre y la madre á la vez, se reservan tambien para el sobreviviente de ellos y mientras no contraiga otro matrimonio, el usufructo de los bienes del que premuera. Tambien acostumbran reservarse los donadores la facultad de dotar á sus demás hijos segun la posibilidad de sus bienes, y regularmente se pone el pacto de que en caso de morir el donatario sin hijos, los bienes donados deban volver á los donadores ó á sus sucesores. En esta escritura deben describirse con todos los requisitos de la ley hipotecaria los bienes inmuebles que de presente poseen los donadores, y se inscriben en el Registro de la propiedad.

Hecha la donacion en estos términos el donador no podrá enajenar ni gravar los bienes donados sin intervencion del donatario, porque solo conserva en ellos el usufructo; mas para obviar este inconveniente suele pactarse que el donador ó donadores se reservan la libre facultad de comerciar, vender, establecer y enajenar de cualquier modo sus bienes, crear censales, y contraer otras cualesquier obligaciones sin intervencion del donatario.

La otra manera de hacer la donacion y heredamiento universal consiste en dar al hijo todos los bienes y derechos que existirán de pertenencia del donador ó donadores en el dia de su muerte. En este caso no se necesita reservarse el derecho de enajenar, ni el usufructo de los bienes donados por durante la vida del donador; tan solo, si son ambos esposos los donadores, se reservan el usufructo de los bienes del que premuera para el que sobreviva. Pero debe ponerse la reserva de la facultad de dotar á los demás hijos, y suele tambien pactarse que en caso de morir el donatario sin hijos, los bienes donados deban volver á los donadores ó á sus sucesores. Los bienes inmuebles no se describen, ni se inscriben, pero muerto el donador, el donatario formaliza un inventario relacionando los que aquel ha dejado en el dia de su muerte, y presenta en el Registro el inventario y la donacion.

(1) Fontan. de pact. cl. 6, Glos 1, part. 1, y sig.

(2) L. 5 y 6. ff. de jur. dot. L. 9, Cod. de pact. conv.

(3) Instit. quib. alieu. lic. al princ. de la l. 7, § 3. L. 75 ff. de jur. dot.

(4) L. 56, § 1 y 75. ff. de jur. dot.

(5) L. 56, § 1. ff. de jur. dot.

(ss) La costumbre en Cataluña es que si el marido no vive con sus padres se constituye la dote únicamente al marido; pero si hace vida comun con sus padres se constituye al padre y á la madre (ó al que de ellos exista) y al marido. En este caso, mientras vive el padre, él es quien debe cobrar, administrar y usufructuar el dote porque está al frente de la familia y toma sobre sí las cargas del matrimonio: en falta del padre es la madre la que cobra, administra y usufructúa el dote, y en defecto de ambos el marido. Esto es efecto del sistema de orden en la familia establecido en Cataluña, que hace que mientras padres é hijos viven juntos, el jefe de la familia es el padre, y muerto este la madre, á quien está subordinado el hijo.

cargas, etc.; pues la dote debe servir para costear dichos gastos (que á veces son bien gravosos), como es la manutencion del marido, de la mujer, y de los hijos de entrambos (1). *Debiendo á este fin conservarlo siempre en su poder:* esto es, mientras dure el matrimonio, porque la causa de dote es perpétua, siendo la intencion ó voluntad del que la da que siempre permanezca en poder del marido (2).

La dote es de dos maneras, profecticia y adventicia. Hay dos clases de dote, á saber: *profecticia y adventicia*. *Profecticia* es la que proviene del padre, abuelo ó bisabuelo paterno y de sus bienes, no de otros. *Adventicia* es la que dimana de la madre, abuelo ó bisabuelo materno, y de sus bienes, y aunque se dé en consideracion del padre de la hija, no se dice dote profecticia, sino adventicia.

Diferencia entre las dos. Entre la dote profecticia y adventicia hay esta diferencia, que en caso de restitucion si la dote es adventicia se debe restituir á la mujer, pues si no estuviere estipulado espresamente que deba restituirse al que la da, compete á la mujer la accion, como si se hubiese dado á ella misma; pero sucede lo contrario si la dote es profecticia, porque entonces debe devolverse al padre, como que ha provenido del mismo, á menos que se haya pactado otra cosa (3) (tt).

El instrumento de donacion de dote contiene cinco artículos. El instrumento de donacion de dote comprende cinco artículos, á saber: 1.º *La introduccion en que se especifican los contrayentes y la celebracion del matrimonio.* 2.º *La cosa dada en dote.* 3.º *La entrega de la misma cosa.* 4.º *El juramento del que la da.* 5.º *La aceptacion del que la recibe, ó sea el donatario* (uu).

¿De cuántos modos puede contraerse? Puede contraerse de tres modos: 1.º *Puramente*, como prometo darte cien doblones en dote, sin añadir tiempo

(1) L. 20. Cod. de jur. dot. Fontan. de pact. cl. 6, Glos. 2. part. 3.

(2) L. 1, ff. de jur. dot.

(3) L. 5 y 6. ff. de jur. dot. L. 12. ff. de pact. dot.

(tt) Y á menos que se haya dado el dote en pago de legítima, como es costumbre en Cataluña, pues entonces es de libre disposicion de la mujer, y no pueden ponerse gravámenes ni condiciones.

Si se da el dote en pago de legítima, debe observarse igualdad entre las hijas, á no ser que á alguna de ellas por circunstancias especiales quisiese darle el padre alguna cantidad de mas, pero entonces debe espresarse que esta se da voluntariamente por consideraciones particulares además de la legítima, pues si apareciese una legítima desigual entre los hijos podria dar lugar á litigios.

(uu) Despues del capítulo de donacion de dote se pone el de constitucion de la misma. En el capítulo de donacion, el padre, madre ú otra persona, dan la dote á la mujer: en el siguiente capítulo la mujer constituye esta dote al marido.

ni condicion. 2.º *Para cierto dia*; v. g. desde ahora para tal tiempo te daré en dote cien doblones. 2.º *Bajo condicion*; por ejemplo, si llegare la embarcacion, te daré cien doblones en dote (1).

¿De cuántos modos puede constituirse? Puede constituirse de cuatro modos. 1.º *Por pacto*, esto es, por simple promesa ó pacto nudo; lo que es peculiar en la dote á favor del matrimonio (2). 2.º *Por estipulacion*, cuando se promete á alguno por pacto cien doblones, por ejemplo, en calidad de dote; cuya estipulacion se presume que ha intervenido aun cuando no conste de ella, de tal suerte que se da accion de estipulacion como si realmente la hubiese habido en virtud de la ley citada al pié (3). 3.º *Por entrega ó tradicion*; v. g. recibe esta cosa que te doy en dote. 4.º *Por última voluntad*, como si dijese el testador: quiero que mi hija reciba mil pesos por su dote (4).

¿Quiénes pueden dotar? Pueden dotar todos aquellos que tienen facultad de contratar y enajenar sus bienes (5), de donde se sigue que no pueden constituir dote el menor sin las debidas solemnidades, ni otros que no pueden contratar ni enajenar. En tal caso se da á la mujer menor curador general ó especial para constituir la dote segun su clase y facultades, ni hay restitucion contra esta donacion y constitucion de dote (6), á menos que haya sido la mujer inducida ú obligada á ello con dolo (7).

¿Quiénes deben dotar? Están obligados á dotar el padre á la hija, el abuelo á la nieta; lo que debe entenderse de la línea paterna y no materna, puesto que el dotar á las hijas es un cargo propio del padre y no de la madre: el tutor á la pupila, el curador á la adulta, segun la clase y facultades de ellas (8).

¿A quiénes puede darse ó constituirse la dote? La dote puede darse ó constituirse al marido: á su padre, ó á cualquier otro que sea del agrado de aquel, siempre que pueda obligarse á restituir la dote.

¿A quiénes debe constituirse? En rigor debe darse ó constituirse la dote á aquel que está obligado á soportar las cargas del matrimonio; por-

(1) L. 20, 76 y 79. § 1, ff. de jur. dot. L. 10, ff. de pact. dot.

(2) L. 6. Cod. de dot. prom. et nud. pollie. L. 6. Cod. de jur. dot.

(3) L. un. Cod. de rei. uxor. act.

(4) L. 29, ff. de jur. dot.

(5) L. 41, ff. de jur. dot.

(6) L. 61, ff. de jur. dot. L. 28. Cod. del mismo tit. L. fin. Cod. de in int. restit.

(7) L. un. Cod. si advers. dot.

(8) L. ult. Cod. de dot. prom. L. 14. Cod. de jar. dot. y l. 60. ff. del mismo tit.

que como se ha dicho, la dote debe estar en poder de quien está obligado á sobrellevar los gastos de la casa y familia.

¿Qué cosas pueden darse en dote? Pueden darse en dote todas las cosas muebles ó inmuebles, corporales ó incorporales en todo ó en parte, con division ó sin ella, apreciadas ó inapreciadas, en dinero ó en otras cosas que puedan enajenarse y ser objeto de contrato (1).; excepto las cosas litigiosas que aunque no pueden enajenarse, sin embargo pueden darse en dote (2) (VV).

¿Qué efecto produce la estimacion de la cosa dotal? La estimacion ó aprecio de la cosa dada en dote produce cuatro efectos, á saber: 1.º Hace que la finca pueda ser vendible, y deje de ser dotal, á menos que el aprecio se haga para que se sepa qué cosa ó cuánto se ha dado en dote ó lo que haya de restituirse disuelto el matrimonio (3). 2.º Que verificada la disolucion de este, ha de restituirse la estimacion ó precio y no la cosa misma (4). 3.º Si pereciere la cosa es responsable el marido del deterioro ó pérdida de ella, como en la venta (5). 4.º El marido puede enajenar la cosa apreciada sin consentimiento de la mujer; y al contrario si fuese inapreciada, pues entonces la finca es dotal (6).

¿Cómo se recobra la dote? Se recobra la dote por la mujer en tres casos: 1.º Si el marido se viere espuesto á la indigencia (7). 2.º Si el

(1) L. 36, 42 y 66. ff. de jur. dot.

(2) L. ult. Cod. de litigios.

(VV) Si el dote se da en dinero compete á la mujer el derecho de hipoteca legal, en virtud del cual puede exigir y el marido tiene obligacion de dar una hipoteca especial para asegurar la dote. El Notario ha de advertir á la mujer el derecho que la ley le concede y al marido la obligacion que le incumbe. Si la mujer es mayor de edad podrá dejar de exigir la hipoteca; pero no si es menor, pues en tal caso debe exigirla su padre, y en falta de este su curador. Si el marido no tiene bienes inmuebles, se hace constar así, prometiendo hipotecar los primeros inmuebles que adquiera. Si los bienes inmuebles que posee no son bastantes, hipoteca los que tiene, y ofrece hipotecar para la seguridad del resto de la dote los demás que adquiera en lo sucesivo.

Siempre que en unos capitulos matrimoniales se constituya dote y no quede asegurada con hipoteca especial, el Notario deberá participarlo por medio de oficio al Registrador de la propiedad.

Si el dote se diere en fincas estimadas, el marido debe hipotecar un inmueble para responder de la estimacion. Puede hipotecar la misma finca dada en dote, que se inscribe en el Registro como propiedad del marido.

Si se da una finca inestimada, el Registrador inscribe la propiedad de la misma á favor de la mujer, y el usufructo á favor del marido.

(3) L. 69, § 7, ff. de jur. dot. L. 21. Cod. del mismo tit.

(4) L. 10, § 4. ff. de jur. dot. L. 5 y 10. Cod. del mismo tit.

(5) Instit. de emp. et vend. § 3. L. 18. ff. de jur. dot.

(6) Instit. quib. alien. licet. L. 69. § 8. ff. de jur. dot.

(7) L. 29, Cod. de jur. dot. L. 24. ff. solut. matr. Novel. 97, cap. ult.

mismo fuera por delito desterrado perpetuamente y confiscados sus bienes (1). 3.º Por muerte del marido; debiéndose notar que se puede recobrar la dote inmediatamente, si consiste en bienes raíces, y pasado un año si consistiere en bienes muebles ó en dinero; porque la restitucion de los bienes inmuebles es mas fácil que la de los muebles; los cuales se deben tales como se encuentran, si son de los que se consumen ó gastan con el uso (2). Es de advertir que el marido no está obligado sobre la restitucion de la dote en mas de lo que puede hacer (3), cuyo privilegio no pasa á los herederos, á menos que sean sus hijos (4). Vulgarmente se llama este beneficio *ne egeat* para que no padezca necesidad y con razon, acerca del cual véase á *Cancer* (5).

NOTAS.—1.ª En la dote no se requiere la aceptacion de la donataria ó de la mujer, pues aun la ausente adquiere derecho en la dote que se le da, lo cual está así establecido en favor de esta; pero si interviniere la aceptacion no puede revocarse (6).

2.ª Acerca de los bienes extradotales de la mujer que se llaman *parafernales*, debe saberse lo siguiente. Pertenecen exclusivamente á la mujer así en cuanto al dominio como en orden á la administracion, á menos que se haya pactado lo contrario. Si se los entregare la mujer al marido, se entiende haberle concedido no la propiedad, sino la administracion, por lo cual compete á la mujer hipoteca en los bienes del marido. Disuelto el matrimonio ha de restituirlos el marido juntamente con los frutos si existieren, pero si no los hay, ó se consumieron para uso comun, no deberán restituirse; siendo de advertir que si no consta lo contrario presume el derecho que se han consumido para uso comun y de voluntad de la mujer (7) (xxx).

(1) L. 2. Cod. solut. mat.

(2) L. fin. Cod. solut. matr. L. un. Cod. de rei uxori. act.

(3) L. 12. ff. solut. matr.

(4) L. 13 y 18. ff. solut. matr.

(5) Canc. Var. 1, cap. 9, n. 105 y sig.

(6) Canc. part. 1, cap. 8, n. 57 y part. 3, cap. 7, n. 339.

(7) L. 9, § 3. ff. de jur. dot. Canc. Var. 1, cap. 9, n. 17 y sig. L. 8. Cod. de pact. conv.

(xxx) Perteneciendo á la mujer los bienes parafernales, no solo en cuanto al dominio, sino en cuanto al usufructo y á la administracion, y no existiendo en Cataluña la sociedad de gananciales, á no ser que expresamente se convenga, resulta que el marido no puede pretender ningun derecho sobre dichos bienes extradotales ni sobre sus productos, ni tiene interes en su conservacion ó distraccion, por lo cual no rigiendo en Cataluña las leyes de Toro, ni estando la mujer bajo la tutela del marido, puede contratar libremente sobre ellos, venderlos, y en otra manera enajenarlos ó gravarlos sin consentimiento ni intervencion de su marido. Esto es consecuencia lógica de los principios que acabamos de sentar, segun observa Vives en su Traduccion de las Constituciones de Cataluña; pero hay mas; existen dos leyes que lo autorizan, la una romana, que es la 8ª Cod. de *pactis conventis*, y la otra catalana, que es la Costumbre 22 de Pedro Albert, y conforme á estas disposiciones se ha observado siempre en Cataluña la práctica de contratar las mujeres casadas sobre sus bienes parafernales, aun enajenándolos, sin consentimiento de su marido, y la Audiencia del territorio

§ ÚNICO.

DEL AUMENTO DE LA DOTE.

Aumento de dote. Corresponía tratar ahora del aumento de la dote, pero como es aplicable á aquel cuanto se ha dicho de esta, gobernándose entram

ha admitido esta jurisprudencia en sus fallos judiciales y en sus decisiones gubernativas. Citaremos dos casos modernos.

Suscitóse un pleito en Arenys de Mar entre Manuel Morató y Jacinto Bonet sobre nulidad de una concesion en enfiteusis con entrada y censo hecha por una mujer casada sin consentimiento de su marido, pero espresando que la cosa enajenada formaba parte de sus bienes parafernales. El Juzgado de primera instancia de Arenys declaró válida la enajenacion, fundándose en la ley 8.^a Cod. de pact. convent. en la Costumbre 22 de Pedro Albert y en la práctica constante de Cataluña, y condenó al actor en costas. La Sala 3.^a de la Audiencia territorial confirmó el fallo condenando al actor al pago de las costas de la segunda instancia, con sentencia de 8 Febrero de 1859. El actor, impresionado seguramente por las dos condenas de costas, no interpuso el recurso de casacion.

El Notario de Manresa D. Francisco Calaf autorizó una escritura de venta de bienes parafernales otorgada por una mujer, sin consentimiento de su marido. Presentada á la inscripción, el Registrador la negó por faltar la licencia marital. El Sr Regente de la Audiencia, con providencia de 23 de Marzo de 1865, citando en sus Considerandos la ley 8.^a Cod. de pact. convent. y la Costumbre 22 de Pedro Albert, ordenó su inscripción; y esta providencia fué aprobada por la Direccion general del Registro en 29 Abril del mismo año.

Domat y Pothier confirman esta doctrina con relacion al derecho romano, y Aliaga, autor catalan, en su obra *El Escribano perfecto* impresa en 1788, la cita como doctrina admitida por el derecho de Cataluña. Copiaremos las palabras textuales de Aliaga: «En este principio de Cataluña la mujer casada puede contratar y obligarse como quiera sin licencia ni consentimiento de su marido, fuera de las cosas doteales en que no le puede perjudicar.»

Los Notarios han seguido constantemente autorizando escrituras de enajenacion de bienes parafernales poniendo en la introduccion la siguiente ó parecida cláusula: «obrando dicha N. M. sin intervencion de su marido por tratarse de bienes parafernales.»

Así es que la libre disposicion de los bienes parafernales de que gozan las mujeres catalanas está fundada en ley, en jurisprudencia y en costumbre inmemorial, títulos mas que suficientes para darle una completa robustez.

Podria dudarse si esta libertad de las mujeres catalanas ha sufrido modificacion desde la promulgacion de la ley de matrimonio civil, en cuyo art.º 45 se dispone que el marido estará facultado para dar licencia á su mujer para celebrar los contratos y los actos que le sean favorables. Pero es preciso tener en cuenta, que esta ley no es mas que un Decreto del Gobierno, que fué publicado en virtud de autorizacion de las Cortes Constituyentes dada por una ley decretada y sancionada en 24 de Mayo de 1870 y promulgada en 18 de Junio del mismo año, con la cual se autoriza al Gobierno para publicar como Ley provisional el proyecto de la de Matrimonio civil presentado á dichas Cortes, *sin perjuicio de lo que se dispone por el derecho foral vigente respecto á los efectos civiles del matrimonio en cuanto á las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes.* Y como el derecho foral de Cataluña dispone que la mujer casada pueda contratar libremente y sin intervencion del marido sobre sus

bas cosas por las mismas leyes, y admitiendo igual esplicacion, por esto se omiten aquí muchas especies á fin de no repetirlas: solo añadiré que debe es-

bienes estradotales, no puede causar perjuicio á esta disposicion la ley de matrimonio civil segun la salvedad que se puso en la ley de autorizacion dada por las Cortes. Si el derecho de las mujeres catalanas sobre sus bienes parafernales derivase únicamente de la legislacion romana, podria dudarse si ha quedado derogado por el art.º 45 de la ley de matrimonio civil, porque en las discusiones sobre esta ley habidas en la Academia de Jurisprudencia y legislacion de Barcelona se puso en duda si el derecho romano debia considerarse en Cataluña como derecho foral, por ser un mero derecho supletorio; pero como la facultad de contratar las mujeres casadas sobre dichos bienes dimana tambien de una Constitucion de Cataluña, que nadie ha negado ni puede negar que forma parte de su derecho foral, está comprendida en la salvedad ó excepcion consignada en la Ley de autorizacion dada por las Cortes, para poner en planta la ley de matrimonio civil, y queda subsistente el derecho de las mujeres casadas, derecho inestimable, que el eminente escritor Ernesto Legouvé desearia para su país, derecho del cual las mujeres de este territorio han hecho un uso prudente y discreto, porque la mujer catalana, económica por excelencia, no vende sino por necesidad extrema ó por utilidad manifiesta.

Era necesario aclarar bien esta materia, porque en su exposicion han incurrido en error algunos Jurisconsultos de otras Provincias, como se observa en la excelente obra de don Benito Gutierrez, *Codigos ó Estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, al tratar de las legislaciones especiales, en donde se dice que en Cataluña la mujer casada tiene el dominio y administracion de los bienes parafernales, pero no puede contratar sobre los mismos sin permiso de su marido, y cita el autor en apoyo de esta opinion las leyes de Toro, que aquí no rigen por ser anteriores al Decreto de nueva planta, la ley de matrimonio civil, sin hacerse cargo de la salvedad contenida en la de autorizacion para plantearla que dieron las Cortes, y dos sentencias del Tribunal Supremo de Justicia relativas á pleitos seguidos en Cataluña, de las cuales vamos á ocuparnos, porque es el único dato digno de atencion y que podria hacer nacer la duda en el ánimo de los que lo examinasen superficialmente y sin la meditacion debida.

Las dos sentencias que cita el Sr Gutierrez son, una de 25 Noviembre de 1864, que dice que, aunque los bienes parafernales pertenezcan á la mujer, los frutos y rentas de los mismos y todo lo que produzcan los demás bienes que los cónyuges poseyeren sirve durante el matrimonio para atender á sus cargas, y otra de 12 Mayo de 1866, que dice que corresponde á la mujer el dominio y administracion de los bienes parafernales cuando no los entrega expresamente al marido, pero que no puede contratar sobre ellos sin permiso del mismo.

La primera de dichas sentencias es completamente inoportuna para la cuestion de que nos estamos ocupando, porque en ella no se dice si para contratar la mujer sobre sus bienes parafernales necesita ó no permiso de su marido. Se trataba de un incidente de pobreza: un litigante queria ser defendido como pobre fundándose en que nada poseia y que vivia de los productos de una tienda, que era propia de su esposa y no le habia sido constituida en dote, por lo cual no tenia en ella dominio, ni administracion ni derecho alguno segun las leyes de Cataluña. La Audiencia del territorio le negó la defensa por pobre, y el Tribunal Supremo no dió lugar al recurso de casacion por los fundamentos que cita el Sr Gutierrez. Como se vé no se trata aquí de la facultad de contratar. Esto no quiere decir que no exista un error en los Considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo: le hay efectivamente, pues el principio que sientan de que los frutos y rentas de los bienes parafernales y todo lo que produzcan los demás bienes que los cónyuges poseyeren sirve durante el matrimonio para atender á sus cargas, no es cierto en absoluto: lo es en donde está admitido por la ley el sistema de gananciales; pero en Cataluña, donde estos no existen si no se pactaren, la obligacion de sostener las cargas del matrimonio pesa exclusivamente sobre el marido, y la

presarse de donde procede dicho aumento para evitar los fraudes que podrian

mujer no está obligada á ello con los productos de sus bienes parafernales, sino únicamente con los del dote, que se constituye con el objeto especial de atender á dichas cargas. La mujer en Cataluña dispone á su arbitrio, y con entera independencia del marido de los frutos y rentas de sus bienes parafernales, y si fuese bien conocido fuera de estas Provincias el espíritu del derecho catalán no se harian servir de fundamento los bienes parafernales de la mujer, como se ha hecho en algunas sentencias, para negar al marido el derecho de ser defendido por pobre cuando no tiene bienes propios ni industria que le reditúe el doble jornal de un bracero. Las mismas leyes de Castilla reconocen que cuando la mujer renuncia los gananciales no está obligada á pagar *parte alguna* de las deudas del marido (Ley 60 de Toro, 9.^a tit. 4.^o lib. 10 Nov. Recop.) y claro está que las costas que causa el marido en un pleito de interes suyo propio, son deudas suyas y no de su mujer.

La otra sentencia citada por el Sr. Gutierrez es mas oportuna, pero bien analizada no puede servir para formar jurisprudencia. Hay que advertir en primer lugar, que el Considerando en que sienta que la Cataluña la mujer no puede contratar sobre los bienes parafernales sin permiso del marido, cita en apoyo de esta doctrina una ley que no rige en Cataluña, cual es la 11, tit. 1.^o lib. 10 de la Nov. Recop. Esta y las cuatro que le siguen son leyes de Toro, que en este territorio no están en observancia por ser anteriores al decreto de Nueva planta; de suerte que el Considerando de la sentencia de que nos ocupamos no está en armonía con las declaraciones hechas por el mismo Tribunal Supremo en una infinidad de sentencias, de que no deben tener observancia en Cataluña las leyes de Castilla anteriores al Decreto de Nueva planta, ni aun como derecho supletorio, pues en defecto de sus Constituciones ha de acudirse al derecho canónico y al romano, y mucho menos para derogar el derecho foral. Véase entre otras la sentencia de 11 de Diciembre de 1866. Si las leyes recopiladas anteriores al año 1716 fuesen derogatorias de nuestro derecho foral, la legitima de los hijos no sería la cuarta parte, tendríamos los gananciales prescritos en las leyes de Toro, del Estilo y del Fuero Real, los Comisarios testamentarios y las mejoras de tercio y quinto establecidas por las leyes de Toro, y otras instituciones de Castilla, que no se conocen ni se han conocido nunca en Cataluña. Es evidente por lo tanto que las leyes de Toro, y todas las de la Novísima Recopilacion anteriores al Decreto de Nueva planta no rigen en este territorio de hecho ni de derecho, y que ha sido un error citar la ley de Toro 11, tit. 1.^o lib. 10 de las recopiladas, con aplicacion á Cataluña, cuando aquí no es esta la que está vigente, sino la 22 de Pedro Albert, que permite á la mujer casada contratar sobre sus bienes parafernales sin licencia de su marido.

En segundo lugar debe tenerse presente que la cuestion sostenida en aquel pleito estuvo descarrada completamente desde la demanda por la misma parte actora. Se trataba de una Señora divorciada de su marido que poseia bienes parafernales de alguna importancia, y deseando otorgar ciertos contratos sobre los mismos, en vez de acudir á un Notario para que se los autorizase, — como lo hubiera hecho sin duda, puesto que desde el año 1795 en que hay Escuela de Notariado en Barcelona se enseña á los Notarios que las mujeres casadas no necesitan el consentimiento marital para contratar sobre dicha clase de bienes — presentó una demanda judicial pidiendo que se supliese por el Juez el consentimiento que le negaba el marido, y siguió un pleito con este, hasta obtener sentencia con la cual se dió á la actora la licencia para contratar. La actora, ó los que la dirigian, fueron los que indujeron á error á los Tribunales, incluso el Supremo, pues si una persona de este país pone una demanda pidiendo la licencia judicial para suplir la del marido, presuponiendo por lo tanto que *necesitaba* de este y que no podia contratar sin ella, ¿cómo habian de creer los Jueces y Magistrados, que generalmente no son de este país, que aquí las leyes y la jurisprudencia permiten á la mujer casada contratar por sí sola sobre los bienes parafernales? ¿cómo habian de pensar, que si hubiese acudido á un Notario medianamente ilustrado le hubiera autorizado sin dificultad la escritura, y que teniendo á la mano este medio tan sencillo preferia acudir á

hacerse á los acreedores. Si aquel fuese hecho por el marido, ó proviniere de él, mas se reputará donacion *propter nuptias* que aumento de dote (1).

los Tribunales para valerse del recurso dilatorio y costoso de seguir un pleito con su marido? El Tribunal Supremo decide segun lo que se alega en el proceso, y si el defensor de la parte actora sienta, aunque sea erroneamente, que las mujeres en cierto país foral no pueden contratar sin permiso de su marido, el Tribunal no puede ni debe decir lo contrario, porque le faltarian datos en el proceso donde apoyar su fallo. Es así como el error de la defensa ha de quedar impreso en la sentencia; y en las del Tribunal Supremo esto sucede algunas veces, y por lo mismo no basta fijar la atencion en los Considerandos, sino que es preciso atender al modo como se ha planteado y sostenido la cuestion.

En tercer lugar, una sola sentencia del Tribunal Supremo no forma jurisprudencia, mucho mas siendo dada con las circunstancias que se acaban de explicar, y es de creer que si se ofrecen en lo sucesivo cuestiones de esta indole, y se plantean en debida forma, sosteniendo y demostrando la verdadera jurisprudencia catalana, el Tribunal Supremo, que ha dado siempre grandes pruebas de alta ilustracion y de que sabe rectificar sus opiniones cuando se le demuestra la verdad de un modo patente, fallará por la verdadera jurisprudencia de Cataluña y la robustecerá con su importante reconocimiento.

Dos reflexiones nos restan para dejar bien sentado este derecho de las mujeres casadas, que hemos visto respetado desde nuestros primeros años, una sobre la ley y otra sobre la práctica.

La Costumbre 22 de Pedro Albert dice bien claro para los que quieran entenderla, que la mujer casada puede otorgar contratos sin permiso de su marido sobre sus bienes extradotales. Segun el tenor de aquella Constitucion cuando sucede en un feudo una mujer casada, si el feudo estaba dado en dote debe prestar homenaje el marido, «y si fuese de bienes parafernales, la mujer debe prestar homenaje al Señor, y no el marido, *por si tan solamente*, ó por Procurador si quiere.» Las palabras *por si tan solamente* indican bastante que no necesita para nada la intervencion del marido. Ahora bien, el homenaje que presta el sucesor en el feudo no es otra cosa que la renovacion del contrato, y de este acto nace la obligacion, como en la venta nace del consentimiento, en la estipulacion romana de las palabras y en el mútuo de la entrega de la cosa; luego significa que la mujer en los contratos que otorgue sobre sus bienes parafernales no necesita el consentimiento del marido, sino que puede hacerlos *por si tan solamente*. Cuando se cita, pues, la Costumbre 22 de Pedro Albert con limitacion al dominio y á la administracion de los bienes parafernales, se desvirtúa su sentido, pues aquella Costumbre dice algo mas, habla de la capacidad legal de la mujer para contratar por sí sola acerca de los bienes de dicha clase. Es verdad que por consecuencia puede sacarse que la que tiene capacidad para contratar sin intervencion de ninguna otra persona es dueña y administradora y no depende de nadie en el dominio de aquella cosa; pero siempre tendremos que el principal objeto de la citada Constitucion, y lo que está comprendido en ella con palabras espresas, es la libre facultad de contratar por parte de la mujer casada sobre sus bienes parafernales.

En cuanto á la práctica, hoy mismo continúan otorgándose contratos de enajenacion de bienes parafernales por mujeres casadas sin licencia del marido, y las escrituras otorgadas se inscriben en los Registros de la propiedad. Nos encontramos á principios del año 1875, y hace pocos dias, segun se nos ha dicho, se han inscrito algunas en el Registro de Barcelona, y dos ó tres meses atrás habiendo un Registrador de la provincia de Lérida puesto una nota denegatoria de suscripcion en una escritura de esta clase, y examinado despues á instancia del Notario autorizante la Costumbre 22 de Pedro Albert, puso otra nota á continuacion dejando sin efecto la primera, é inscribiendo la escritura, fundado en que se le habia manifestado una ley foral que permitia semejantes contratos. La antigua jurisprudencia es por fortuna todavia respetada.

(1) Canc. part. 1, cap. 9, n. 4, y 97. L. 19. Cod. de don. ante nupt.

DE LA DONACION PROPTER NUPTIAS.

TÍTULO 2.º

¿Qué es donacion propter nuptias? Donacion *propter nuptias* es, la que hace el marido á la mujer en el contrato de matrimonio correlativamente á la dote, y para mayor seguridad de la misma.

Explicacion. La que hace el marido á la mujer, á diferencia del aumento de dote; porque la donacion *propter nuptias*, se hace de parte del varon, y el aumento de la dote de parte de la mujer, ó por lo menos en contemplacion ó por efecto y ocasion de la mujer. En el contrato de matrimonio, porque se hace en consideracion al matrimonio como la dote. Correlativamente á la dote; se añaden estas palabras porque segun derecho antiguo la donacion *propter nuptias* solia hacerse igual á la dote; pero en el dia se acostumbra hacer convenio sobre ella entre las partes (1). Por lo comun se observa la costumbre de cada pueblo: en Barcelona es la mitad de la dote, y si esta fuere grande no suele pasar de la tercera parte. Esto se entiende si se pusiera á la dote el pacto de reversion en cuanto á la mitad, como suele hacerse; pero si se deja á la libre voluntad de la mujer toda la dote, suele hacerse igual á ella esta donacion.

¿Cómo se llama en Cataluña? Llámase esta donacion en Cataluña, *crexium*, *augmentum* ó *donatio propter nuptias*, vulgarmente *creix*, *esponsalici*, *augment*, ó *donació per noces*. (Creces, aumento, esponsalicio, ó donacion *propter nuptias*).

¿Cuántos artículos contiene el instrumento de esta donacion? El instrumento de esta donacion contiene cuatro artículos. 1.º *El consentimiento de los contrayentes*. 2.º *La cosa donada*. 3.º *La promesa*. 4.º *El juramento*.

Cosas sustanciales. Tres son las cosas sustanciales en esta donacion, á saber: 1.ª *El consentimiento*. 2.ª *La cosa donada*. 3.ª *El matrimonio*.

Cosas propias de la naturaleza de este contrato. Propias de la naturaleza de este contrato son las cinco cosas siguientes: 1.ª *Que el marido dé á su mujer otro tanto como recibió por dote*, á menos que las partes pacten

(1) Auth. Dos data Cod. de don. ante nupt. Canc. Var. 1, cap. 9, n. 9.

otra cosa, ó haya costumbre en contrario (*). 2.^a *Que el marido perciba todos los frutos, réditos y obvenções de la cosa donada.* 3.^a *Que adquiera la mujer el dominio de la cosa que le fué donada.* 4.^a *Que esta misma cosa no pueda enajenarse, ni aun consintiéndolo la mujer, sino que debe permanecer perpetuamente en poder de los consortes; ni el marido puede revocar dicha donacion, especialmente en Cataluña, donde siempre se estipula en favor de los hijos que se tengan.* 5.^a *Que disuelto el matrimonio se acabe y haya de restituirse como la dote (1), á menos que se hubiere pactado otra cosa, ó haya costumbre en contrario (2).*

¿A quiénes puede donarse?

Se hace la donacion *propter nuptias*, á la mujer que pueda obligarse á restituir la misma dote, y asimismo puede hacerse á cualquiera otro persona capaz con beneplácito de la mujer, como se ha dicho de la dote.

¿Qué cosas pueden donarse?

Pueden donarse todas las cosas que pueden enajenarse y ser objeto de contrato, ya sean muebles, ó inmuebles, etc.

NOTAS.—1.^a La mujer no goza en cuanto á esta donacion de privilegio como en la dote; pues aunque tiene hipoteca, sin embargo no es preferida á los acreedores anteriores á ella, y que tienen hipoteca tácita, como sucede en la dote; porque en esta se trata de evitar el daño, y en aquella de adquirir lucro (3) (yy). No obstante por lo que hace á dicha donacion goza la mujer del beneficio de la constitucion de Cataluña que empieza *Ab aquesta nostra* (4) (*), como en la dote. En virtud de ella la mujer ó la viuda luego que muere el marido, se presume por derecho que posee todos los bienes el mismo, y asi de ellos se ha de dar á la viuda todo lo necesario durante el año del luto; además de lo cual hace suyos todos los frutos hasta que se le pague enteramente la dote y dádivas esponsalicias. Para que la viuda goce de los expresados beneficios de nuestra constitucion, debe empezar el inventario de los bienes del marido difunto dentro de un mes, y acabarle dentro de otro mes, cuyo tiempo empieza á correr despues de nueve dias contados desde que se-

(*) Ya se ha dicho que en Cataluña está el arbitrio de los contrayentes la cantidad del esponsalicio.

(1) Canc. Var. 1, cap. 9, n. 79.

(2) Cap. fin. 10, de donat. nupt.

(3) Canc. Var. cap. 9, n. 16.

(yy) Téngase presente que en el dia no hay hipotecas tácitas, y que la mujer no tiene preferencia por el dote sobre los acreedores anteriores, sino que se gradúa por el órden de la fecha de la inscripcion.

(4) Const. 1, lib. 5, tit. 3, Disolt lo matrimoni.

(*) Este beneficio es conocido bajo el nombre de tenuta.

pa la muerte del marido (1); debiendo advertirse además que si no consta el recibo de la dote, la mujer no gozará del beneficio de dicha constitucion, aunque el marido haya confesado en el testamento haber recibo de ella la dote; pues por tal confesion no se prueba el pago de la misma (2).

2.^a Aunque á las viudas no suele hacerse donacion *propter nuptias*, sin embargo si se verificare, se entiende que la misma goza del beneficio de la constitucion (3).

3.^a Por costumbre del principado de Cataluña, la mujer puede recuperar toda la donacion *propter nuptias*, prestando caucion de restituirla despues de su muerte á los herederos de su marido; y si quisiere recobrar la mitad podrá disponer libremente de esta á su arbitrio; se entiende si no hubiere hijos de este matrimonio, y la razon es porque las dádivas esponsalicias suelen estipularse en favor de los hijos, y así debe conservárseles su propiedad. Aun si no estuviese estipulado así, tampoco habrá lugar á la eleccion, porque dicha costumbre debe entenderse á falta de hijos (4) (zz).

(1) Canc. Var. 1, cap. 9.

(2) Canc. Var. 1, cap. 1, n. 53.

(3) Canc. Var. 1, cap. 9, n. 94.

(4) Canc. Var. 1, cap. 9, n. 8, y sig.

(zz) No son el dote y la donacion *propter nuptias*, de que trata Gibert, los únicos pactos que integran una escritura de capítulos matrimoniales. Además de la donacion y heredamiento universal, de que hemos hablado, se encuentra á veces en esta escritura la carta de pago del dote, cuando se paga en el acto, la renuncia de derechos por parte de la mujer que lo cobra, la renunciacion del derecho de sobrevivencia, el heredamiento prelativo y el preventivo. Los cuatro últimos exigen alguna explicacion.

Cuando los padres dan en dote á la hija alguna cosa ó cantidad con el pacto de que le sirva en pago de sus legítimas, como es costumbre en Cataluña, le exigen una renuncia de derechos, con la cual la hija dándose por satisfecha con lo que le han señalado sus padres, renuncia todos sus derechos de legítimas paterna y materna, parte de esponsalicio y suplementos que pudiese reclamar en los bienes de aquellos, prometiendo no pedir cosa alguna mas en su razon. Si es el padre únicamente ó la madre la que da el dote, se renuncia á la legítima correspondiente. Esta renuncia no obsta, aunque sea jurada, para que pueda pedirse el suplemento de legítima si despues cuando el padre ó madre mueren se averiguase y pudiese justificarse que hubo lesion enorme en el señalamiento de la legítima paterna ó de la materna, pero se debe solicitar en la misma demanda la rescision ó nulidad de la renuncia como enormemente lesiva. Este derecho de pedir la rescision de las renunciaciones de legítima que inferian lesion enorme se apoya en las leyes 10 § 1.^o y 23 § 1.^o Dig. de *inofficioso testamento*, que previenen que el que recibe una cosa en pago de legítima y renuncia á ulterior pretension nada mas podrá pedir, á no ser que hubiese mediado *dolo ó lesion*; en la ley 5.^a Cod. de *dolo*, de la cual se desprende que la lesion enorme se equipara al dolo; en la 116 Dig. de *regulis juris*, que dice que no hay consentimiento válido si ha sido dado con error ú obtenido con dolo; en la ley 2.^a Cod. de *rescindenda venditione*, porque una renunciacion de derechos de legítima hecha á favor de un padre ó hermano mediante el cobro de una cantidad, viene á ser una cesion ó enajenacion de los indicados derechos á su favor por una cantidad de dinero, que representa un precio, contrato oneroso, que equivale á una venta, y por tanto rescindible en caso de lesion enorme; en la doctrina unánime de todos los Doctores que han escrito en Cataluña sobre el particular, como Cáncer, Fontanellas De *pactis nuptialibus* cláusula 9.^a, glosa única, parte 1.^a y 2.^a, y en especial los números 43, 44

y 45 parte 1.ª, y Peguera en la Decisión 137; y por fin en seis sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, que son las de 9 Noviembre y 1.º Diciembre de 1863, 21 Octubre de 1865, 13 Marzo, 15 Diciembre y 21 Diciembre de 1866.

Cuando la renuncia de derechos esta corroborada con juramento, antes de intentar la demanda para rescindir la por causa de lesion enorme, el que hizo la renuncia debe presentarse al Tribunal eclesiástico á pedir la absolucion del juramento, y con el testimonio de esta absolucion acude al Tribunal civil á interponer su demanda. Pero si el que hizo la renuncia ha fallecido y ha de intentar la demanda su heredero, no deberá pedir la absolucion del juramento, porque no está ligado con este vínculo, en razon de que el juramento es personalísimo y no pasa á los herederos; mas como, excepto el vínculo del juramento, se transfieren al heredero todos los derechos activos y pasivos que el contrato habia creado á favor del difunto, pasa al heredero el derecho que el difunto tenia de pedir la rescision de la renuncia por lesion enorme, y en su consecuencia el heredero podrá intentar esta demanda.

El derecho de pedir estas rescisiones prescribe á los 30 años contados desde la muerte del padre. Usage *Omnes causar.* Cancr. *Var. resol.* parte 1.ª cap. 3 num. 16. Fontanella *De pactis nuptial.* claus. 9.ª glosa única parte 1.ª n.º 29.

La renunciacion del derecho de sobrevivencia es otro pacto que se pone á veces en los capítulos matrimoniales, y que está relacionado con el método de sucesion establecido por las leyes de Cataluña cuando tiene lugar el fallecimiento de un impúber. En el tratado de las últimas voluntades se verá que cuando muere un impúber intestado, como ha de acontecer precisamente siempre que el padre no le ha nombrado substituto, le sucede el padre ó sus parientes paternos dentro el cuarto grado en los bienes paternos, reservando á la madre ó ascendientes maternos la legitima, y la madre ó los parientes maternos dentro el cuarto grado en los bienes maternos, reservando al padre ó ascendientes paternos la legitima. Pues bien, en los capítulos matrimoniales el padre y la madre acostumbran renunciar á ese derecho de legitima que les corresponderia en el caso de morir un hijo suyo impúber, esto es el padre renuncia á la legitima que le perteneceria en los bienes maternos del impúber, y la madre á la legitima que le corresponderia en los bienes paternos, y esto es lo que se llama renuncia del derecho de sobrevivencia.

El heredamiento prelativo no tiene otro objeto que evitar el que en caso de segundo matrimonio el padre ó madre que lo contrajo, pueda preferir para la sucesion los hijos del segundo matrimonio á los del primero, hijos por hijos é hijas por hijas, esto es que pueda dejar mas á un hijo varon del segundo matrimonio que á uno del primero, ó á una hija del segundo que á una hija del primero. Podrá empero dejar mas á un hijo varon del segundo matrimonio que á una hija del primero. El pacto se concibe regularmente en los términos de que en caso de que cualquiera de los futuros consortes (ó de los consortes *si están ya casados*) contraiga otro matrimonio teniendo hijos del primero, hijos por hijos é hijas por hijas sean preferidos en la sucesion los del primero á los de otro posterior matrimonio. Sin embargo, esto no obliga á dejar mas cantidad á los hijos del primer matrimonio que á los del segundo, solo impide el que se les deje menos; así es que algunos padres disponen el reparto de la herencia por partes iguales entre los hijos de ambos matrimonios, y con esta disposicion no se infringe el pacto.

El heredamiento preventivo se hace para prevenir el caso de una muerte intestada. Los esposos declaran que en caso de morir intestados, quieren que les suceda el hijo primogénito varon y en falta de varones la mayor de las hembras, ó establecen el órden de sucesion que bien les parece. En caso de otorgar testamento cualquiera de los esposos, queda por su parte sin efecto este heredamiento.

Un heredamiento absoluto é incondicional, digan lo que quieran algunos autores, no puede hacerse en Cataluña, porque rigiendo en este territorio el derecho romano, se infringiria uno de sus principios fundamentales: *nemo potest auferre sibi facultatem testandi*. En efecto, un heredamiento absoluto é irrevocable, como lo seria si se verificase en un contrato entre vivos, quitaria al que lo hiciere la facultad de testar; por cuya razon no podria ser válido. Comes y Morelló traen uno, que no está admitido.

DE LA DÁDIVA ESPONSALICIA (1).

TITULO 3.º

¿Qué es dádiva esponsalicia? Dádiva esponsalicia es, una donacion que se hace entre los esposos en contemplacion del futuro matrimonio.

— Explicacion. Donacion, porque la dádiva esponsalicia es una verdadera donacion entre vivos bajo la condicion tácita del matrimonio (2). Que se hace entre los esposos, con lo cual se da á entender que así el esposo como la esposa pueden hacer esta donacion. En contemplacion del futuro matrimonio; pues si este no se verificase puede repetirse la donacion.

Suele hacerse la dádiva esponsalicia de las cosas muebles, esto es, anillos, joyas y otras cosas semejantes que pueden enajenarse; pero no de otras cosas inmuebles.

NOTAS.—1.ª El esposo se hace dueño de la cosa que la esposa le da, y ella igualmente de lo que recibe del esposo, y esta dádiva no ha de restituirse disuelto el matrimonio, como la dote y la donacion *propter nuptias*.

2.ª Si no se verifica el matrimonio se anula ó se disuelve la donacion, porque se presume hecha por causa del futuro matrimonio; á menos que uno de ellos tuviere la culpa de que no se verifique este, en cuyo caso no puede repetir la donacion, y aun tiene que pagar lo prometido.

3.ª Si el matrimonio no se verifica por muerte de uno de los esposos, entonces todo lo que se donó debe restituirse al donante ó á sus herederos, á menos que hubiese intervenido ósculo, en cuyo caso el esposo sobreviviente solo repetirá la mitad de lo que hubiere donado; pero la esposa podrá repetir íntegramente todo aquello que dió (3).

4.ª Los dones de gran valor, como anillos, joyas, vestidos costosos y otras cosas semejantes que suele dar el esposo á la esposa, no se reputan las mas veces por donaciones esponsalicias, sino que se considera haberse enviado á la esposa para que vaya á la casa del marido mas adornada; por lo cual disuelto el matrimonio ha lugar á la repeticion de estos dones, y esto es lo que se practica (4).

(1) A esta dádiva esponsalicia se dá en castellano el nombre de arras. N. T.

(2) Leg. 2, et 10. Cod. de don. ante nupt.

(3) Leg. 15, et 16. Cod. de don. ante. nupt.

(4) Canc. Var. 1, cap. 9, 67 y 72. Fontan. de pact. C. 7, Glos. 3, part. 6, n. 65, y sig.

5.ª Si alguno hiciere donacion no solo por mera liberalidad, sino tambien con el ánimo de que en ningun caso haya de volver á él lo que dió, es válida en el dia (1).

DE LOS ESPONSALES.

TÍTULO 4.º

¿Qué son los esponsales? Los esponsales son una *promesa mutua de futuro matrimonio* (2).

Esplicacion. *Promesa mutua*, pues no basta que solo el varon diga *te recibiré por mi mujer*, sino que esta debe corresponder con iguales palabras, á saber, *y yo te recibiré por mi marido*; porque por promesa mutua se entiende aceptar lo prometido y prometer por su parte. *De futuro matrimonio*; á saber, *te recibiré por mi mujer*, porque si esto se hiciese entre personas adultas con palabras de presente, seria matrimonio: no así entre los impúberes por falta de consentimiento ó por mejor decir de edad (3); pero estos mismos pueden contraer esponsales, con tal que sean mayores de siete años (4).

¿De cuántos modos pueden contraerse? Los esponsales pueden contraerse de cuatro modos. 1.º *Por una simple y mutua promesa*, pues solo esta basta, como si dijese el varon, *te recibiré por mi esposa*, y ella respondiese: *y yo á ti por mi esposo*. 2.º *Con juramento*, como si alguno dijese: *juro que he de casarme contigo*. 3.º *Empeñando su palabra* en presencia de testigos, como si el uno la diere y recibéndola el otro prometiesen mutuamente cumplirla. 4.º *Con entrega de anillo*, por ejemplo, si el esposo se le diere á la esposa (5), (*) (a).

(1) L. 4, § un. ff. de donat.

(2) L. 1, ff. de sponsal. Canc. 3, caus. 30, cuest. 5.

(3) Cap. un. § 1, de desp. imp. in 6.

(4) L. 14, ff. de sponsal.

(5) Cap. 10, 23 y 25. x. de spons. et matrim. Reiff. en el mismo tit. § 2 y 3.

(*) Es preciso que los esponsales se otorguen por medio de escritura pública, para que produzcan obligacion civil en los dominios españoles, segun se previene en el decreto del Sr. D. Carlos IV del 10 de abril de 1803, que es la ley 18, tit. 2, lib. 10 de la Nov. Recop.

(a) Por el art. 3.º de la ley de matrimonio civil se revoca el Decreto de 10 de Abril de 1803, y se quita todo el valor á los esponsales, disponiendo que no produzcan obligacion civil, aunque estén otorgados con escritura pública.

¿Entre quiénes pueden contraerse? Pueden contraer esponsales todos aquellos que tienen capacidad y pueden manifestar su consentimiento, de suerte que aun los impúberes, como hayan pasado de la edad de la infancia, pueden contraer válidamente esponsales, ya con personas impúberes, ya con otras de mayor edad (1).

¿De cuántos modos se disuelven? Disuélvense los esponsales de seis modos. 1.º *Por el contrario consentimiento ó sea disenso*; pues no hay cosa mas natural que el disolverse una obligacion por el mismo medio con que se contrajo (2). 2.º *Si sobreviniere un vinculo mas fuerte*; v. g. si uno de los esposos entrase en religion, ó contrajese matrimonio por palabras de presente (3). 3.º *Por muerte de uno de los esposos*. 4.º *Si uno de ellos pasa á otra provincia ó reino*, y no vuelve en dos ó tres años, ó en otro tiempo mas largo ó breve á arbitrio del juez (4). 5.º *Si alguno de los esposos contrajere alguna enfermedad contagiosa, como lepra ú otra semejante*; para evitar que el matrimonio engendre perpétuo disgusto entre ellos y acabe malamente (5). 6.º *Si alguno de los esposos incurriere en herejia, adulterio ú otro delito grave* (6).

NOTAS.— Los esponsales contraidos entre impúberes pueden revocarse en llegando á la pubertad, no solo por mutuo consentimiento, sino tambien por uno solo de ellos; pero si sobreviniendo la pubertad callare y no disintiere, se hacen irrevocables (7). Siendo ambos púberes pueden disolverlos de mutuo consentimiento; pero uno solo de ellos no puede hacerlo á menos que intervenga alguna de las causas susodichas, pues por los esponsales el otro adquiere derecho, y lo que al principio es voluntario se hace despues necesario. Si uno de ellos fuese impúber y el otro púber ó mayor de edad, está en arbitrio del primero consentir ó disentir aun contra la voluntad del segundo, pues solo á los impúberes se dá el derecho de retractarse por su poca edad.

2.ª No pueden contraerse esponsales con el infante y furioso por falta de consentimiento, así como tampoco pueden celebrarse otros contratos, segun se dijo en su lugar (8).

3.ª El tutor no puede contraer por sí ni por un hijo suyo esponsales con su pupila, no sea que con semejante enlace trate de encubrir el fraude de su mala administracion; pero puede lícitamente contraer esponsales por su

(1) Cap. 4, x. de desp. impub.

(2) Cap. 2, x. de spons. et matrim. L. 35, ff. de reg. jur.

(3) Cap. Sicut. 2. x. de spons. et matrim. y todo el tit. de convers. conjug.

(4) Cap. de illis 5, x. de spons. L. 2. Cod. de spons. y l. 17, ff. de spons. Véase tambien á Reiff. en el tit. de spons. § 7, n. 215.

(5) Los canonistas al tit. de las decret. de spons. Reiff. dicho tit. § 8.

(6) Cap. 25, x. de jurejur.

(7) Cap. 4. y todo el tit. x. de desp. imp. L. 9, ff. de spons.

(8) L. 8 y 11, ff. de spons.

hija y dársela al menor ó pupilo; y la razon de esta diferencia consiste en que el menor no temerá pedir cuentas á su mujer ó al heredero del tutor. Lo dicho se halla establecido así por derecho civil (1): pero en el dia no se observa tal prohibicion.

4.^a No vale la pena puesta en los esponsales entre los esposos y sus parientes (b), porque los esponsales y el matrimonio deben ser libres segun dispone el Santo Concilio de Trento (2), y así no pueden contraerse por medio de pena; pero si esta se hubiera puesto entre otras personas estrañas, es válida. Sin embargo la pena de las arras puesta entre cualquier persona es del todo válida y puede pedirse (3).

TÍTULO 5.^o

DEL MATRIMONIO.

¿Qué es matrimonio? El matrimonio es *union de varon y hembra para hacer vida comun* (4) (c).

Explicacion. *Union*, esto es, de voluntades mas bien que de cuerpos, porque el consentimiento y no la cópula es lo que realmente constituye el matrimonio (5). *De varon y hembra*. Con estas palabras se da á entender que para contraer el matrimonio no ha de haber mas que un hombre y una mujer, á fin de escluir la poligamia, que está prohibida por derecho comun, y la poliviria (ó pluralidad de varones) reprobada por el derecho natural: acerca del derecho civil véase la instituta (6), sobre el derecho canónico las decretales (7), y sobre el derecho divino el evangelio de san Mateo y el concilio Tridentino (8). *Para hacer vida comun*; con lo que se denota que el matrimonio es indisoluble, y que su fin es la sociedad comun de los esposos,

- (1) Rubr. et Nigr. Cod. de interd. matrim. inter pupill. etc.
- (b) El original latino dice «entre los esposos y sus padres» *et eorum parentes*: equivocadamente se tradujo, pues, por «parientes.»
- (2) Sess. 24, cap. 9, de reform. matr. Cap. Gemma 29 ext. de spons.
- (3) Cap. Gemma 29, y los DD. x. de spons. Cons. 1, lib. 5, tit. 1, de sposalles y matrimonis.
- (4) Instit. de patr. potest. § 1.
- (c) Esta definicion no indica el fin principal del matrimonio, que consiste en «procrear y educar la prole:» deben, por consiguiente, añadirse estas palabras á la definicion.
- (5) Instit. de nupt. § 6. L. 1, ff. de his qui notant. L. 2, Cod. de incest. nupt.
- (6) El tit. de las Decret. de spons. duor.
- (7) Math. 19. Trident. sess. 24. can. 2.
- (8) L. 3, ff. de reg. jur.

pues enlazados una vez permanecen así hasta la muerte: de lo que se sigue que el matrimonio no puede contraerse para cierto tiempo. También significan dichas palabras que en el matrimonio es promiscuo, é indisoluble el uso de las cosas, y mutua también la comunicación de ellas y de los cuerpos, segun indica Modestino (1).

¿De dónde se deriva el nombre de matrimonio? Se llama matrimonio como si dijéramos *matris munium*, (oficio ó cargo de madre) porque esta sobrelleva las mayores cargas de él; pues se halla gravada antes del parto, sufre en él crueles dolores, y despues padece mil molestias (2) (*).

¿Qué cosas se requieren para contraerle? Cuatro cosas son necesarias para contraer matrimonio, 1.^a *El estado ó condicion de los contrayentes*, á saber: que sean ciudadanos, pues con los siervos no se contrae matrimonio sino concubinato, porque no son libres ni gozan del derecho de ciudadanos (3); no obstante por derecho canónico hay matrimonio entre ellos, porque la Iglesia no mira á la condicion de las personas (4). 2.^a *La edad competente para contraer*, esto es, de catorce años en al varon, y doce en la hembra, porque en estas edades se hacen púberes y tienen capacidad para enlazarse; pero si en ellos se adelantare la naturaleza, de suerte que antes de dicha edad tengan el conocimiento necesario, entonces la malicia suple la edad y puede contraerse matrimonio segun el derecho canónico (5). 3.^a *El consentimiento de los contrayentes*, porque el matrimonio no se celebra faltando la voluntad de hacerlo (6). 4.^a *Que no haya impedimento*, á fin de que no sea ilícito el enlace, de cuyos impedimentos trataremos despues (d).

(1) Modest. en la l. 1, ff. de ritu nupt.

(2) Cap. 2, x. de convers. in fid.

(*) Mulier (dicen los autores) ante partum onerosa, in partu dolorosa, et post partum laboriosa.

(3) Instit. de nupt. L. 3, cod. de incest. nupt.

(4) Cap. 1, x. de conjug. serv.

(5) Instit. de nupt. L. 4, ff. de ritu nupt. cap. 59, y ult. x. de spons. duor.

(6) L. 2, ff. de ritu nupt. L. 42, Cod. de nupt. cap. 6, 44 y 24. x. de spons. et matr. L. 16, § 2, ff. de ritu nupt.

(d) Además de los requisitos espresados, los hijos de familia necesitan el consentimiento paterno hasta la edad de 23 años los varones y de 20 las hembras, y si han cumplido estas edades el consejo. En falta del padre debe pedirse el consentimiento á la madre, en su defecto al abuelo paterno, si este no existe al materno, á falta de este al curador testamentario (á no ser que el menor intente contraer matrimonio con pariente suyo dentro del 4.^o grado civil) y en último lugar al Juez de primera instancia. El curador y el Juez han de proceder en union con los parientes mas próximos, y cesa la necesidad de obtener su consentimiento si los que desean contraer matrimonio, cualquiera que sea su sexo, han cumplido la edad de 20 años:

Cumplidos 23 años los varones y 20 las hembras deben pedir consejo para contraer matrimonio á las mismas personas y por el mismo orden que acaba de espresarse, y si el

¿Por cuáles causas se disuelve ó impide? Las causas por que se disuelve ó impide el matrimonio se contienen en estos versos:

*Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas:
Si sis affinis, si fortè coire nequibis.*

(Estas son de derecho antiguo).

*Si parochi et duplicis desit præsentia testis,
Raptave sit mulier, nec parti reddita tute.*

consejo no fuere favorable ó se negare á darlo la persona á quien incumba, requerida que sea para ello, no podrán casarse hasta despues de transcurridos tres meses desde la fecha en que se pidió el consejo. Esta petición debe hacerse ante el Juez municipal, previa citacion, ó por declaracion ante Notario público ó eclesiástico, previo requerimiento, que es lo mas sencillo y apropiado.

La junta de parientes se compone: 1.º de los ascendientes del menor: 2.º de los hermanos y maridos de las hermanas, mayores de edad: 3.º á falta de unos y otros, ó siendo menos de tres, se completa la junta hasta el número de cuatro con los parientes mas allegados con igualdad de lineas, comenzando por la del padre, prefiriéndose al de mas edad en igualdad de grado. El curador, aunque sea pariente, no puede formar parte de la junta. A falta de parientes se constituye la junta con vecinos honrados, elegidos, siendo posible, entre los que hayan sido amigos de los padres del menor. Cuando el voto del Curador ó del Juez de primera instancia no concuerde con el de la junta de parientes, prevalecerá el voto favorable al matrimonio. Ley de 20 de Junio de 1862.

El matrimonio entre los cristianos tiene dos caracteres, el de contrato y el de sacramento. Considerado como contrato es *la union de varon y hembra para procrear y educar la prole*. En la calidad de sacramento se define un *sacramento de la nueva ley instituido por Jesucristo que causa gracia unitiva*.

El matrimonio como sacramento causa gracia, como contrato produce vínculo: como sacramento fué instituido por Cristo, como contrato por Dios desde el principio del mundo cuando unió á Adan y Eva: como sacramento no puede contraerse sino entre bautizados, como contrato tambien se efectua entre infieles ó no bautizados.

El matrimonio canónico necesita antes de su celebracion la licencia del Ordinario eclesiástico, las tres proclamas ó su dispensacion y el sacramento de la Penitencia. En este lugar debemos estudiar el matrimonio principalmente como contrato, y entrando en su calificacion lo consideraremos como contrato propio ó bilateral, nominado, de derecho de gentes y originario del derecho natural, y consensual. Se perfecciona con el consentimiento, y se consuma con la cópula.

Puede celebrarse por medio de procurador; pero es necesario designar en la escritura de poder la persona cierta y determinada con la cual deba contraerse.

Los efectos civiles del matrimonio son: la emancipacion del hijo del poder paterno: la patria potestad sobre los hijos que nazcan del mismo: el derecho y obligacion recíproca de ambos cónyuges para el cumplimiento de los fines de este contrato. En Castilla produce además la comunion de bienes entre los consortes, la facultad en el marido mayor de 18 años de administrar sus bienes y los de su mujer sin necesidad de venia, y la prohibicion en la mujer de hacer contrato alguno sin licencia de su marido ó del Juez en su defecto; pero ninguno de estos efectos produce el matrimonio en Cataluña.

(Estas son de derecho nuevo del Santo Concilio Tridentino.)

Hæc faciendâ velant connubia, facta retractant.

Rara vez ocurrirán estos casos, pero á fin de que no los ignore el escribano, pondré aquí la esplicacion de los anteriores versos.

Esplícacion. *Error*; esto es, de la persona, no acerca de sus calidades (excepto la servidumbre); porque falta consentimiento en el que yerra (1). *Condicion*, si es de tiempo presente ó pasado; porque no verificándose esta, es nulo el matrimonio desde el principio; pero si la condicion fuere de algun futuro contingente, le suspende hasta que se verifique (2). *Voto*; entiéndase el solemne que no sea posterior sino anterior al matrimonio, en cuyo caso le hace nulo; pero el voto simple no hace mas que impedirle (3). *Parentesco*, es de tres maneras: *espiritual*, que se contrae en el bautismo y la confirmacion solo entre los padrinos y bautizados y con los parientes (e) de estos: tambien se contrae entre el bautizado y bautizado, el padre y la madre de este (4). *Carnal ó natural*, este parentesco dentro del cuarto grado inclusive, asi de consanguinidad como de afinidad, es impedimento dirimente (5) (f). *Legal*; llá-

(1) L. 116, § 2, ff. de reg. jur. cap. 2, x. de conj. serv.

(2) Cap. 5, 5 y 6. x. de cond. appos.

(3) De his agitur in titulis decretalium, de voto, de conversione conjugatorum. De clericis conjug. Qui clerici, vel voventes matrim. contr. poss.

(4) Trident. sess. 24, cap. 2, de ref. matrim.

(5) Cap. 8, x. de consang. et affin.

(e) El traductor, segun se ve, traduce siempre la palabra latina *parentes* por «parientes.» Para el que comprenda medianamente el latin el error es manifiesto, pues ya sabe que *parentes* quiere decir «padres.»

El parentesco espiritual dirime el matrimonio canónico, pero no el civil.

(f) El parentesco carnal es propiamente el que se llama de consanguinidad, y se denomina asi porque existe entre los que provienen de una misma sangre. Su origen es la generacion, y se determina por grados y lineas. Grado es la distancia de una generacion, y en los árboles de parentesco que se representan por medio de figuras, se espresa por una pequeña línea recta, en cada estremo de la cual se dibuja un círculo y dentro de él el nombre de la persona. Así por ejemplo:



representa un grado, ó sea una generacion: A es el padre y B el hijo.

Línea es una serie de grados, y puede ser recta cuando no comprende más que personas generantes y generadas por orden sucesivo, v. g.

ó transversal ú oblicua que se compone de dos líneas rectas que parten de un tronco comun, por ejemplo:



mase así el parentesco que proviene de la adopción, y en la línea recta, como si fuera de ascendientes y descendientes, se contrae entre el adoptante y adoptado: en la línea transversal entre el adoptado y los hijos carnales legítimos del adoptante: y por afinidad carnal entre él adoptante y la mujer del adoptado, y entre este y la mujer del adoptante (1). *Delito*; se entiende el homicidio y adulterio (2) (g). *Disparidad de religion*; como si un cristiano tratare de contraer matrimonio con una judía ó pagana (3). *La fuerza*; esto es, el miedo ó la violencia que cabe en un varón fuerte (4). *Ordenes sagrados*, que se hayan recibido antes del matrimonio, porque los recibidos después no le

La línea recta es descendiente si se considera de arriba abajo y ascendiente si se mira de abajo arriba.

La línea oblicua puede ser igual ó desigual: es igual cuando por ambos lados tiene igual número de grados: $\begin{matrix} & 0 & \\ & / \quad \backslash & \\ 0 & & 0 \end{matrix}$ es desigual cuando por un lado cuenta mas grados que por el otro. $\begin{matrix} & 0 & \\ & / \quad \backslash & \\ 0 & & 0 \\ & / \quad \backslash & \\ 0 & & 0 \end{matrix}$

Para contar los grados de parentesco, en la línea recta se cuentan tantos grados como generaciones. En la línea oblicua, por derecho civil se cuentan ambos lados, por derecho canónico uno solo, y si la línea es desigual el mas largo. En el matrimonio eclesiástico se sigue la computación canónica; en el civil y en materia de sucesiones la civil.

El matrimonio canónico está prohibido entre parientes consanguíneos por línea recta en todos los grados hasta lo infinito, y en línea transversal hasta el cuarto grado inclusive, y si hay respeto de parentela, hasta lo infinito. Entiéndese por respeto de parentela el parentesco en línea transversal cuando el uno de los parientes dista solo un grado del tronco común, aunque el otro esté mucho mas distante, por ejemplo, $\begin{matrix} & 0 & \\ & / \quad \backslash & \\ 0 & & 0 \\ & / \quad \backslash & \\ 0 & & 0 \\ & / \quad \backslash & \\ 0 & & 0 \\ & / \quad \backslash & \\ 0 & & 0 \end{matrix}$ de manera que si Abel viviese en el día no podría casarse con ninguna mujer, porque con todas tendría respeto de parentela. Estas personas con las cuales existe respeto de parentela parecieron tan respetables á los antiguos que les llamarou tíos y tias, que en su origen (*thi, thia*) significa divinos y divinas.

El matrimonio civil está prohibido entre los consanguíneos en línea recta hasta lo infinito, y en línea transversal hasta el cuarto grado civil.

(1) Instit. de nupt. § 2, C. 17, ff. de rit. nupt. tit. decret. de cogn. t.

(2) Tit. decret. de eo qui duxit.

(g) El crimen, que es causa dirimente del matrimonio canónico, constituye únicamente cuatro casos: 1.º homicidio del cónyuge con adulterio; 2.º homicidio perpetrado con consentimiento de ambos, pero sin adulterio; 3.º adulterio con pacto de casarse; 4.º segundo matrimonio contraído con mala fé. Este último caso exige alguna explicación. Supongamos que un casado contrae matrimonio viviendo su cónyuge, este matrimonio será nulo por el impedimento *ligamen*: muere después su primer cónyuge y se casa de nuevo con el segundo: tambien este nuevo matrimonio será nulo por el impedimento *crimen*, si no se ha obtenido previamente su dispensa.

Aunque el homicidio y el adulterio son tambien impedimentos dirimientes del matrimonio civil, es necesario que haya recaído condena con sentencia ejecutoria.

(3) Caus. 28, q. 1. per. tot.

(4) Cap. 14, x. de spons. et matrim.

dirimen (1). *Vínculo*, por ejemplo, si tratase de casarse el que ya tiene mujer (2). *Honestidad*, esto es, aquella que dimana de matrimonio rato y no consumado, ó de esponsales. Si el impedimento fuere de estos, no pasa del primer grado; pero en el matrimonio rato se estiende hasta el cuarto (3) (h). *La afinidad*, esta puede dimanar de acto lícito ó ilícito: la primera dirime el matrimonio hasta el 4.º grado, la otra hasta el 2.º solamente (4) (i). *Impotencia*, esta si fuere perpétua, ya dimane de la naturaleza ó de algun accidente, dirime el matrimonio (5) (j). *La falta de párroco ó testigos*; porque en el día son nulos los matrimonios clandestinos ó los que se hacen sin párroco ni testigos (6). *El rapto*, se entiende con violencia y por causa de matrimonio (7) (*) (1).

(1) Tit. x. qui cler. vel voven.

(2) Tit. de spons. duor.

(3) Trid. sess. 24, de ref. matrim. cap. 3, addita bull. Pii Papæ V. ad Romanum quæ extat in 7, Decretalium tit. 1, lib. 4, cap. 2.

(h) Este impedimento dimana de un parentesco conocido con el nombre de *publica honestidad* ó *casi afinidad*, y se contrae por medio de los esponsales y del matrimonio perfeccionado y no consumado. Los esponsales nulos no dan lugar á esta especie de parentesco; pero si el matrimonio nulo, á no ser que lo fuese por falta de consentimiento. Aunque los esponsales se disuelvan, no cesa este impedimento.

(4) Trid. sess. 24, cap. 4, de ref. matrim.

(i) El parentesco llamado de *afinidad* nace de la cópula, sea lícita ó ilícita, y dura perpetuamente. Segun esto, el matrimonio no da lugar á este parentesco hasta que está consumado: entonces cada uno de los cónyuges se hace afin de todos los consanguíneos del otro; pero los consanguíneos de un conyuge con los consanguíneos del otro no contraen afinidad.

En la afinidad se cuentan los grados de la misma manera que en la consanguinidad, de suerte que un cónyuge se encuentra con los consanguíneos de su cónyuge en el mismo grado de afinidad que su cónyuge lo está de consanguinidad, con las mismas diferencias por derecho canónico y por derecho civil.

La afinidad dirime el matrimonio, en la línea recta hasta lo infinito, y en la transversal hasta el cuarto grado, y si hay respeto de parentela hasta lo infinito. Si la afinidad proviene de cópula ilícita no dirime el matrimonio en la línea transversal sino hasta el segundo grado.

En el matrimonio civil la afinidad dirime, en la línea recta hasta lo infinito, y en la oblicua hasta el tercer grado civil.

(5) Tit. x. de frig. et malef.

(j) La impotencia ha de ser anterior al matrimonio para dirimirlo.

(6) Trid. sess. 24, cap. 1, de ref. matrim.

(7) Trid. sess. 24, cap. 6, de ref. matrim.

(*) Los impedimentos que explica el autor se llaman dirimientes porque anulan el matrimonio aunque esté contraído. Hay otros llamados impediéntes porque impiden el matrimonio antes de contraerse, pero no lo anulan, y pueden verse en los autores de derecho canónico.

(1) En cuanto al rapto ha de entenderse de la mujer.

Los impedimentos impediéntes estan contenidos en los siguientes versos:

Ecclesiæ vetitum, nec non tempus feriatum

Atque catholicismus, etiam sponsalia, votum

Impediunt fieri, permittunt facta teneri.

Ecclesiæ vetitum: cuando la Iglesia, es decir el Obispo ó el Vicario general impiden á uno

El que desee instruirse mas acerca del matrimonio puede consultar los canonistas *Salmanticenses sobre el lib. 4 de las Decretales*, y otros autores, especialmente *Sanchez*, que escribió tres tomos acerca del matrimonio; pero lo dicho aquí basta para el oficio de escribano.

que se case mientras se está averiguando la existencia de otro impedimento impediendo ó dirimente, lo cual, cuando se verifica á instancia de alguna persona, se llama «embargar la licencia.» *Tempus feriatum*: habia antiguamente dos épocas del año en las cuales no podian celebrarse matrimonios, á saber desde la primera Dominica de Adviento hasta el día de Reyes y desde el Miercoles de Ceniza hasta el Domingo despues de la Pascua de Resurreccion: en el día no existe semejante impedimento, pues en todo el año se administra por la Iglesia este sacramento, salvo que en las épocas en que antes no tenia lugar, no se permite la misa de bendicion, lo cual se advierte en los calendarios con las palabras «ciérranse las velaciones» y «ábrese las velaciones.» *Cathecismus*: la ignorancia del Catecismo de la Doctrina cristiana impide tambien el matrimonio canónico. *Sponsalia*: los esponsales, aunque hoy día no impiden el matrimonio civil, porque no producen obligacion de esta clase, son un impedimento impediendo del matrimonio canónico. *Votum*: el voto simple de castidad ó de entrar en religion. Tambien se consideran como impedimentos impediendo la falta de licencia del Obispo ó Vicario general, la falta de las proclamas, si no estan dispensadas, y el no haber recibido el sacramento de la Penitencia.

Como se comprende, todos los impedimentos impediendo de que se acaba de hablar sirven únicamente para el matrimonio canónico. Pero lo será para el matrimonio civil la falta de los dos edictos que deben publicarse en los estrados del Juzgado municipal por ocho dias cada uno; y tampoco puede casarse la viuda hasta que hayan transcurrido trescientos y un día desde la muerte de su marido, ó hasta su alumbramiento si hubiese quedado en cinta.

En el matrimonio canónico puede dispensar los impedimentos impediendo el Obispo, excepto el de esponsales, y el voto simple en ciertos casos. Los dirimientes no puede dispensarlos sino el Sumo Pontífice, aunque el Obispo puede hacerlo despues del matrimonio en caso urgente, y el Nuncio de Su Santidad tiene facultades delegadas en sus despachos para dispensar en algunos. Hay impedimentos que no pueden ser dispensados, ni siquiera por el Sumo Pontífice, por ser de derecho natural, como son el error de persona, el *ligamen*, la impotencia perpétua y la consanguinidad en primer grado.

En el matrimonio civil las dispensas de los impedimentos deben pedirse al Gobierno por el Ministro de Gracia y Justicia.

El matrimonio una vez consumado es indisoluble en cuanto al vínculo, y solo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges. Cuando está perfeccionado y antes de su consumacion se disuelve por la profesion religiosa de uno de los consortes, y tambien puede anularlo el Papa por graves motivos.

Los consortes están obligados á hacer vida comun, y por su propia autoridad no pueden separarse sino *quoad thorum* en caso de enfermedad contagiosa ú otro peligro. El divorcio *quoad thorum et habitationem*, esto es la separacion en cuanto al lecho y la habitacion, no pueden verificarla los esposos por convenio mútuo, y son nulas las escrituras que directa ó indirectamente tienden á este fin, y debe solicitarse á la Autoridad eclesiástica, esto es al Obispo ó Vicario general, en cuanto al matrimonio canónico, y al Juez de primera instancia en cuanto al civil, pues aunque las órdenes ultimamente dictadas por el Gobierno atribuyen á los Jueces de primera instancia la facultad de conceder divorcio en los matrimonios canónicos, esto debe entenderse en el fuero externo ó sea para los efectos civiles, por cuanto en el fuero interno los que pertenecen á la religion católica necesitan el permiso del Superior eclesiástico para separarse del cónyuge *quoad thorum et habitationem*.

CAPÍTULO III.

DE LOS DÉBITOS Y CRÉDITOS.

DIVIDIDO EN CINCO TÍTULOS.

TIT. 1.º *Del mutuo.*

TIT. 4.º *Del depósito.*

2.º *Del comodato.*

5.º *De la delegacion.*

3.º *Del precario.*

TÍTULO 1.º

DEL MUTUO.

¿Qué es mutuo? **Mutuo es: traslacion ó entrega de una cosa nuestra que consiste en número, peso ó medida, para que se nos devuelva la misma no en la propia especie sino en género.**

Esplicacion. *Entrega ó traslacion;* porque el dominio de la cosa prestada ó dada en mutuo pasa al que la recibe, ó sea mutuuario, pues se lla-

El divorcio puede concederse perpetuamente ó por cierto tiempo. La Iglesia no acostumbra concederlo perpetuo sino por adulterio.

Las causas por las que la Iglesia concede el divorcio son: el adulterio, no siendo reciproco: las sevicias ó malos tratos del marido á la mujer: la apostasia de uno de los cónyuges y las sugestiones de uno de ellos para excitar al otro á pecar.

En el matrimonio civil las causas de divorcio son: 1.º adulterio de la mujer no remitido espresa ó tacitamente por el marido: 2.º adulterio del marido con escándalo público ó con el abandono completo de la mujer, ó cuando el adúltero tuviese á su cómplice en la casa conyugal, con tal que no hubiera sido remitido espresa ó tacitamente por la mujer: 3.º malos tratamientos graves de obra ó de palabra inferidos por el marido á la mujer: 4.º violencia moral ó física, ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla á cambiar de religion: 5.º malos tratamientos de obra inferidos á los hijos, si pusieren en peligro su vida: 6.º tentativa del marido para prostituir á su mujer, ó la proposicion hecha por aquel á esta para el mismo objeto: 7.º tentativa de uno de los cónyuges para corromper á sus hijos, y la complicidad en su corrupcion ó prostitucion: 8.º condenacion por sentencia ejecutoria de cualquiera de los cónyuges á cadena ó reclusion perpetua.

Lo que hemos dicho del matrimonio civil quizas esté espuesto á alguna variacion en virtud de la proclamacion de S. M. el Rey D. Alfonso XII, que se está verificando mientras escribimos estas lineas.

ma mutuo lo que se da de tal suerte que de mio se haga tuyo; y si no se hiciere tal no naceria obligacion, por cuanto el dar ó entregar uno cosa es hacerla propia del que la recibe (1). *De una cosa*, á saber, mueble y no inmueble; aunque seria contra la naturaleza del mutuo el conceder una cosa inmueble, aunque pueda numerarse, como luego veremos. *Nuestra*, y no ajena; porque el mutuante, ó sea el que da en mutuo, debe ser dueño, ó cuasi señor de la cosa prestada, porque de otro modo no se le dará la accion ó condicion del mutuo (2). *Que consiste en número, peso ó medida*, esto es, cosa que se cuente, pese ó mida, como dinero, fierro, trigo, y otros semejantes (3). *Para que se nos vuelva la misma* no en especie sino en género, esto es, otro tanto de la misma calidad; v. g. por diez fanegas de trigo, otras tantas de igual bondad y calidad (4).

¿De cuántas clases es el mutuo?

Hay tres especies de mutuo, á saber: *meramente natural, meramente civil, natural y civil juntamente*. *Meramente natural*, es aquel mutuo en que interviene numeracion, peso ó medida en el acto, sin estipulacion ni obligacion alguna por escrito. *Meramente civil*, es aquel en que no interviene realmente numeracion, que es cuando alguno con la esperanza de futura numeracion confiesa en el vale haber recibido en mutuo cien pesos, por ejemplo, los cuales no ha recibido efectivamente; pero esperaba recibirlos y prometió por estipulacion devolverlos. *Natural y civil juntamente* es aquel mutuo en que intervienen la estipulacion y la efectiva numeracion, peso ó medida.

¿Cuántos artículos comprende el instrumento de mutuo?

El instrumento de mutuo comprende cinco artículos, á saber: 1.º *Los contratantes*. 2.º *La confesion*. 3.º *La promesa*. 4.º *La reparacion de los daños*. 5.º *La obligacion de los bienes*.

¿Qué cosas se requieren en el mutuo?

Tres son las cosas que se requieren en el mutuo. 1.ª Que se haga de cosas muebles consistentes en número, peso ó medida (5). 2.ª Que se transfiera al mutuario ó persona que recibe el dominio de la cosa entregada ó prestada. 3.ª Que se devuelva ó deba devolverse, no la misma cosa en especie, sino en género; pues si se devolviese otro género, como por ejemplo vino por trigo, no seria mutuo (6).

(1) Leg. 2, § 1, ff. de red. cred.

(2) De l. 2, § 4.

(3) De l. 2, § 1 y 3.

(4) Inst. quib. mod. re contr. in princ. 1, 2, in princ. y 3, ff. de reb. cred.

(5) L. 1, § 1 y 3. de reb. cred.

(6) L. 2, in princ. y 3, ff. de reb. cred.

¿Qué debe considerarse en el mutuo? En el mutuo debe considerarse y se requiere que la materia ó cosa que se presta sea tal que consista en número, peso ó medida, esto es, no basta que pueda numerarse y pesarse, pues tambien pueden numerarse y pesarse los montes y ganados, y con todo no son objeto de mutuo: requiérese pues que las tales cosas dadas en mutuo sean de aquellas que se estiman, ó cuyo valor se gradúa contándolas, midiéndolas ó pesándolas; pues de este modo si se restituye ó devuelve otro tanto, parece que se vuelve no una cosa diversa, sino la misma (1) (m).

¿De qué modo se contrae el mutuo? Se contrae el mutuo con intervencion de la cosa prestada; y por consiguiente no puede originarse de él obligación ni acción sin la cosa y el consentimiento que es absolutamente necesario; por tanto en este contrato no podemos obligarnos á mas de aquello que efectivamente recibimos (2).

¿Quiénes pueden prestar ó dar en mutuo? Pueden prestar todos aquellos á quienes no está prohibido por la ley: se escluyen, pues, el siervo, el furioso y otros que no pueden contratar.

¿A quiénes puede darse prestado? Puede darse prestado á todos aquellos que tienen facultad de contratar, y pueden obligarse á restituir la cosa prestada.

¿Qué cosas se consideran en la restitucion del mutuo? En la restitucion del mutuo se consideran tres cosas: 1.ª *La cantidad*, esto es, que se restituya la cosa recibida por número en la misma cantidad, v. g. Si me prestaron ciento, tengo que devolver otros ciento, ni mas ni menos. 2.ª *La calidad*, esto es, que se restituya, no la misma cosa sino otra semejante, igualmente buena. 3.ª *Que se restituya en el mismo género*, como si yo presté á uno cien fanegas de trigo, debe restituirme otras ciento del mismo género, y así de lo demás (3).

¿De cuántos modos se disuelve? El mutuo se disuelve ó anula de tres modos. 1.º *Por razon de la cosa*, como si se da algo prestado que no sea conforme á la naturaleza y calidad del mutuo. 2.º *Por razon de la persona que presta*, esto es, si es persona inhábil, sea para prestar, ó para recibir el préstamo. 3.º *Por razon del disenso*, como si las partes de comun consentimiento quisiesen apartarse del contrato (4).

(1) L. 2, ff. de reb. cred.

(m) Estas cosas son las que se conocen con el nombre de *fungibles*.

(2) L. 2, § 3, L. 11, § 1, de reb. cred. l. 17, ff. de pact.

(3) Instit. quib. mod. re contr. L. 2, ff. de reb. cred.

(4) L. 35, ff. de reg. jur.

NOTAS.—1.ª En los instrumentos de mutuo, comodato y depósito no se puede poner juramento, pena de incurrir el escribano que lo haga en privación de oficio, por una real pragmática del Sr. Rey D. Jaime 2.º (1), á no ser que sea una mujer casada y que reciba en sí alguna obligacion ajena; ó un menor de veinte y cinco años, porque estos deben jurar la observacion del contrato (2). Ni el juramento se permite regularmente en los demás contratos, sino en el compromiso, la dote, la compra y venta, la donacion y otros contratos de enajenaciones, en los cuales se transfiere el dominio (3).

2.ª Puede ponerse pena en el contrato de mutuo si no hay sospecha de hacerse en fraude de la usura: pero solo para obligar mas á las partes al cumplimiento del contrato, como se dijo arriba hablando de las penas (*) (n).

(1) Const. 1, lib. 4, tit. 4, de Notaris. 2, vol.

(2) Const. 2, del mismo tit.

(3) Real decreto publicado en el año 1756.

(*) Acerca del interés en el mutuo, y cuándo puede ponerse lícitamente por razon del lucro cesante y daño emergente, véanse los autores que tratan *ex profeso* de esta materia.

(n) En el día puede ponerse interés en el mutuo por derecho civil, en virtud de una Ley hecha en Cortes, y ese interés no está limitado, pudiendo las partes estipularlo tan bajo y tan elevado como quieran.

El mutuo sin hipoteca no está sujeto á inscripcion en el Registro. Si estuviere garantido con hipoteca deberá ponerse la advertencia del Registro, la salvedad de la hipoteca legal á favor del Estado por la última anualidad de la contribucion de la finca hipotecada, y la del asegurador si la finca estuviese asegurada, y la de que no quedará asegurado cualquier interés que estipularen las partes fuera de la escritura.

Si el préstamo fuere con interés, además de las advertencias que acaban de indicarse, deberá hacerse constar que el acreedor no podrá reclamar por la accion hipotecaria con perjuicio de tercero mas réditos atrasados que los correspondientes á los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente, si bien quedando á salvo su accion personal contra el deudor para exigir los réditos pertenecientes á los años anteriores y para pedir en su caso una ampliacion de hipoteca, conforme á lo prescrito en el art.º 115 de la ley hipotecaria.

Quando se hipotecaren á la seguridad del préstamo dos ó mas fincas, el capital de la deuda debe dividirse entre ellas, manifestando la parte que queda asegurada sobre cada una.

En los contratos de préstamo en que se estipulare la enmienda de daños y pago de costas por parte del deudor en caso de litigio, deberá fijarse la cantidad máxima de que ha de responder la finca hipotecada por razon de dichas costas (sin perjuicio de la accion personal ilimitada contra el deudor) porque la vigente ley hipotecaria no admite gravámenes vagos é inciertos sobre las fincas, sino que todos deben ser taxativamente definidos, ó sea en cantidad cierta.

(1) L. 2.ª R. de rep. cred.

(2) Estas cosas son las que se conocen con el nombre de fianzas.

(3) L. 2.ª R. de rep. cred. L. 17.ª R. de rep.

(*) Inst. d.º mod. re. contr. L. 2.ª R. de rep. cred.

(n) L. 32.ª R. de rep. jur.

TÍTULO 2.º

DEL COMODATO.

¿Qué es como-dato? Comodato es: *concesion gratuita de alguna cosa para cierto uso, á fin de que acabado este se devuelva la misma y no otra del mismo género* (1).

Explicacion. *Concesion*; pero no traslacion, porque el comodante ó prestador retiene el dominio y la posesion de la cosa prestada (2). *Gratuita*, esto es, sin recibir ni constituir estipendio alguno; pues si interviniese dinero, premio ó estipendio, seria locacion ó arrendamiento, por cuanto el comodato ó empréstito de esta clase debe ser gratuito (3). *De alguna cosa*, esto es, que no sea de las consumibles con el uso; porque este contrato se verifica ó celebra con cosas que no perecen con el uso, á menos que se entregue la cosa con intento de que se consuma con el uso (ñ), como cuando alguno la recibe por mera pompa y ostentacion (4). *Para cierto uso*; pues si no se entrega la cosa para cierto uso ó tiempo, no será comodato sino precario; el cual no se da para cierto uso ó tiempo; y por tanto la cosa dada en precario puede repetirse siempre que quiera aquel que la dió (5). *A fin de que acabado*; pues antes de acabarse el uso no puede obligarse al comodatarío á restituir la cosa. *Se devuelve la misma especie*, á diferencia del mútuo en que no se restituye la misma especie, sino el mismo género.

¿En cuántos artículos se divide el instrumento de comodato? El instrumento de comodato comprende cinco artículos, á saber: 1.º *Los contratantes*. 2.º *La confesion*. 3.º *La promesa*. 4.º *La reparacion de los daños*. 5.º *La obligacion de los bienes*.

(1) Instit. § 2, quib. mod. re contr.

(2) L. 8, ff. comu. vel. cont.

(3) Instit. § 2, quib. mod. re contr.

(ñ) El original dice efectivamente, *nisi tradatur ut usu consumatur*; pero aquí ha de faltar un *non*, debiendo decir, *ut usu non consumatur*, y por consiguiente en la traduccion castellana «á menos que se entregue la cosa con intento de que no se consuma con el uso.» No puede ser de otra manera, porque las cosas que se prestan *ad pompam*, se prestan con la condicion de que no se consuman, como cuando uno pide prestada una cantidad de dinero para aparentar riquezas en determinada ocasion, ó bien un gran número de cuarteras de trigo para demostrar que tiene su granero bien provisto cuando sabe que ha de ser visitado por algunas personas.

(4) L. 3, § 6, ff. de comm.

(5) L. 15, § ff. de pres.

¿De cuántos modos se contrae? Se contrae de tres modos: 1.º *A favor del que da solamente*, v. g. si el esposo presta adornos á la esposa para que vaya á su casa mas dignamente ataviada, en cuyo caso solo es responsable del dolo y culpa *lata ó gravísima*. 2.º *A favor del que recibe solamente*; como sucede las mas veces cuando alguno recibe para uso propio: v. gr. Si Pedro presta su caballo á Juan, en cuyo caso es responsable hasta de la culpa levisima. 3.º *En favor ó gracia de uno y otro*, como si Diego y Antonio preparasen un convite en casa del primero y Antonio le prestase su vajilla, en cuyo caso solo es responsable de la culpa *lata ó gravísima* y de la leve (1).

Para la mas fácil inteligencia de lo que va dicho investigaremos qué sea dolo, culpa *lata ó gravísima*, leve, levisima y caso fortuito.

¿Qué es dolo? *Dolo*, es una maquinacion ó arteria estudiada para enganar á otro; por ejemplo, si alguno de intento soltase de una dehesa el caballo (2).

¿Qué es culpa *lata*? *Culpa lata ó gravísima*, es hacer lo que ninguno otro haria; ó dejar de hacer lo que haria cualquiera por poco diligente que sea; ó no entender lo que todos entienden; como si alguno soltase de noche el caballo fuera de casa, sin darle á guardar á alguno, y se le llevasen los ladrones encontrándole al paso.

Culpa leve. *Culpa leve*, es la que proviene de negligencia ó desidia; por ejemplo si no se hubiere atado bien el caballo en la caballeriza, y escapándose hiciere algun daño; ó le sobreviniere algun mal.

Culpa levisima. *Culpa levisima* es, no hacer lo que haria un diligentísimo padre de familias, por ejemplo; si el caballo quedó bien atado y cerrado en la caballeriza, pero no obstante los ladrones le robaron valiéndose de alguna industria.

Caso fortuito. *Caso fortuito* es, aquel que no puede precaver el hombre por pródigo y diligente que sea; pues acaece por disposicion del cielo; del cual no es responsable el comodatario, á menos que preceda culpa, mora ó pacto.

NOTA.—Todas estas cosas se hallan perfectamente esplicadas en el *Vinío* (3), tratando del dolo, de la culpa, y del caso fortuito (4). Véanse tambien las leyes citadas al pié, por las cuales se entenderá por quiénes y en qué

- (1) Cap. un. x. de comm.
- (2) L. 1, § 2, ff. de dolo mas.
- (3) Vinn. in § 2, instit. quib. mod. re contr. oblig.
- (4) L. 23, ff. de reg. jur. L. 5, § 2, ff. commod.

contratos se haya de prestar la culpa; pues la regla es que en todo contrato se presta el *dolo* (1), y en ninguno el *caso fortuito* (2) (o).

¿Quiénes pueden prestar ó dar en comodato? Pueden prestar ó dar en comodato todos aquellos que tienen facultad de contratar y enajenar sus cosas, como también el menor con la sola autoridad del tutor ó curador; porque el comodato no es enajenación.

¿A quiénes puede prestarse? Puede prestarse á todos aquellos que tienen libre su consentimiento para obligarse á restituir la cosa prestada, y por tanto se escluyen el demente y otros semejantes, porque carecen de consentimiento, sin el cual no puede darse contrato ni obligación (3).

¿Qué cosas pueden prestarse? Pueden prestarse ó darse en comodato todas las cosas, sean muebles ó inmuebles, con tal que no perezcan ó se consuman con el uso (4).

¿A qué está obligado el comodante respecto del comodatario? Á cuatro cosas está obligado el comodante ó prestador respecto del comodatario. 1.^a Que no le impida usar de la cosa comodada. 2.^a Que pague los gastos si el comodatario hubiese hecho algunos mayores ó de consideración en la cosa prestada. 3.^a Que no se revoque el comodato antes de concluido el término del uso para que fue concedida la cosa prestada. 4.^o Que si á sabiendas dió en comodato alguna cosa enferma ó con otro vicio, como un caballo, etc., sea responsable del *dolo* (5).

¿Qué cosas se requieren en el comodato? Dos cosas se requieren en el comodato. 1.^a *El uso determinado*; v. g. te presto este libro para que aprendas el arte de escribano. 2.^a *El tiempo*; el cual se considera de dos modos, tácito ó espreso: *tácito*, como en el ejemplo susodicho; *espreso*, v. g. desde ahora hasta dos meses te presto este libro (6).

¿Cómo se disuelve? Se disuelve el comodato por enajenación que haga el

(1) L. 5, § 2, ff. commod.

(2) L. 23, ff. de reg. jur.

(o) Las reglas para saber en qué contratos se ha de prestar la culpa lata, la leve ó la levisima son las siguientes. Cuando el contrato es en beneficio del que da ó del que acredita la cosa, el que la debe solo presta la culpa lata; cuando es en beneficio de ambos, presta la lata y leve; y cuando es exclusivamente en beneficio del deudor, presta la lata, leve y levisima.

(3) L. 1, § 2, y l. 2, ff. commod.

(4) L. 1, § 1, ff. commod.

(5) L. 17, § 3, l. 18, § 2, ff. commod.

(6) Cap. unic. x. de commod. leg. 17, § 3, et ibi. Glos. ff. commod. vel con.

comodante de la cosa prestada, á saber: por venta, donacion, insolutumdacion, ú otros títulos semejantes (*).

¿En qué se diferencia del mutuo? Se diferencia el comodato del mutuo en cuatro cosas. 1.^a En el mutuo se ha de restituir la cosa en género; pero en el comodato ha de ser la misma especie. 2.^a El mutuo consiste en cantidades, esto es, en aquellas cosas que consisten en número, peso ó medida, y que se consumen; pero el comodato consiste en cuerpos ó especies que no se consumen con el uso. 3.^a En el mutuo la cosa se hace propia del que la recibe; pero en el comodato no se transfiere la propiedad de la cosa, sino que la retiene aquel que da: de lo que se sigue que no puede darse en mutuo la cosa ajena, pero sí en comodato. 4.^a En el mutuo se presta el caso fortuito, esto es, si la cosa perece por caso fortuito, la pierde el mutuario, porque es dueño de ella, y regularmente la cosa perece para su dueño (1); pero no así en el comodato, y solo es responsable el comodatario del dolo y de la culpa, á no ser que se haya pactado entre las partes la prestacion del caso fortuito (2).

NOTAS.—1.^a Es nulo el pacto puesto para que uno no sea responsable del dolo; porque es contra las buenas costumbres, y dá margen á delinquir (3).

2.^a Para conocer qué diligencia deban prestar los contrayentes en los contratos, y de qué culpa sean responsables, debe regir la siguiente regla. Si el contrato se hubiese hecho por contemplacion ó utilidad del que recibe solamente, entonces este es responsable del dolo y de las culpas lata y levísima; porque cuanto mayor es el beneficio, tanto mas cuidado debe ponerse para que no se siga perjuicio y daño alguno. Si se hiciere el contrato en beneficio ó utilidad de ambas partes, como en la venta, el arrendamiento, etc., solo se presta la culpa leve por ser menor el beneficio. Ultimamente, si se hiciere el contrato en beneficio solo del que da ó entrega, como en el depósito, solo es responsable el depositario del dolo y culpa lata ó gravísima; puesto que quien se hace cargo del depósito, mas bien hace un beneficio que le recibe, y por tanto no debe ser su obligacion tan estrecha.

(*) Tambien se disuelve concluido el uso.

(1) L. 9, Cod. de pign. act.

(2) § 2, de la Instit. quib. mod. re contr. obl. L. 1, Cod. de comm.

(3) L. 23, ff. de reg. jur. L. 1, § 7, depos. L. 27, § 3 y 4, ff. de pact.

TÍTULO 3.º

DEL PRECARIO.

¿Qué es precario? Llámase precario, lo que á ruegos de alguno se le dá para usarlo, tanto tiempo quanto quiere el que lo concede (1).

Explicacion. Lo que á ruegos de alguno se le dá para usarlo; pues el dueño movido de los ruegos del otro, le concede la cosa para usarla. Tanto tiempo quanto quiere el que lo concede; á diferencia del comodato que se concede para cierto uso á voluntad del concedente, y no puede revocarse hasta que sea acabado el uso (2).

¿Cuántas especies hay de precario? Hay dos especies de precario, á saber: de propiedad y de posesion (p).

El de propiedad. Precario de propiedad, es quando el señor concede al suplicante la cosa para usarla por falta de título, como sucede quando el señor ó dueño obliga al enfiteuta á capbrevar, y no puede presentar los títulos por haberse perdido: entonces el enfiteuta puede obligar al señor á que le haga nuevo instrumento de arrendamiento, ó carta precaria, segun suele hacerse con frecuencia.

Este contrato es de la misma naturaleza que el enfiteusis; y así lo que acerca de este contrato se ha dicho, debe aplicarse al otro.

Precario de posesion. El precario de posesion, de que vamos á tratar, es el mismo que se contiene en la definicion, esto es, quando á voluntad del acreedor se dá la prenda al deudor para que la use (3).

¿Cómo se constituye? Se constituye, pues, si el deudor hubiere obligado sus cosas á su acreedor por la seguridad del débito, y dijere

(1) L. 1, ff. de precar.

(2) L. 2, § 1, l. 12, ff. de precar.

(p) Sos tres las especies de precario: de propiedad, de uso y de posesion. El de propiedad es el que como á tal define Gibert, y se llama muy impropriamente precario, porque es una concesion perpetua. El de uso es el que define Gibert en primer lugar, á saber el que á ruegos de alguno se le dá para usarlo tanto tiempo quanto quiere el que lo concede, y es un contrato parecido al comodato, con la sola diferencia de que no se presija tiempo y la revocacion depende de la voluntad del concedente. El de posesion es el que Gibert explica en último lugar, y se usa solamente en las hipotecas.

(3) L. 1, ff. de precar.

que posee en nombre del acreedor, por lo cual este mismo parece el poseedor; pues realmente aquel posee en cuyo nombre se tiene la posesion. Este es el precario comprendido en aquella cláusula tan usada, mayormente en los censales, por la cual el deudor permaneciendo en la posesion de la hipoteca, declara ó constituye que posee en nombre del acreedor, y que por medio del precario, esto es, por sus preces ó ruegos, ha obtenido de este la facultad de permanecer en ella. Por tanto el acreedor puede revocar tal precario, espeler al deudor, y permanecer él solo en la posesion. Cuando esto se hace, decimos que se revoca la carta precaria ó el precario (1).

¿Quiénes pueden conceder el precario? Pueden conceder el precario todos aquellos que tienen obligacion hipotecaria, ó pignoraticia, para la seguridad del débito.

¿A quiénes se concede? Se concede á aquellos que ruegan á los acreedores les concedan la posesion de la hipoteca ó prenda.

¿Qué cosas pueden concederse en precario? Pueden concederse en precario todas aquellas cosas, sean muebles ó inmuebles, que pueden enajenarse y ser objeto ó materia de contrato (2).

TÍTULO 4.º

DEL DEPÓSITO.

¿Qué es depósito? Depósito es: *un convenio de custodiar gratuitamente una cosa que se entrega, y la cual debe restituirse en la misma especie á arbitrio del deponente* (3).

Esplicacion. *Convenio de custodiar una cosa, pero no de usarla, pues en el depósito principalmente se atiende á la custodia; de tal suerte que si el depositario sin permiso del deponente usare de la cosa depositada comete hurto* (4). *Gratuitamente*, porque el depósito debe hacerse así, pues si interviene merced ó premio, será arrendamiento (5). *La cual debe restituirse en la misma especie; á saber, íntegra y no deteriorada, pues si se restituyere*

- (1) L. 6, ff. de precar.
- (2) L. 4, ff. de precar.
- (3) L. 1, ff. de depos.
- (4) L. 25, § 1, l. 28 y 29, ff. de depos.
- (5) L. 1, § 8 y 9, ff. de depos.

desmejorada, se considera como no devuelta (1). A arbitrio del deponente; porque el depósito se hace regularmente en gracia ó beneficio del deponente, y así no está prohibido que este pueda revocar á su arbitrio el contrato, aunque haya mediado convenio de hacer la restitucion á cierto tiempo (2).

¿Cuántas especies hay de depósito? Hay tres especies de depósito, á saber: *judicial*, *impeditivo de intereses y amistoso*. Depósito *judicial* es cuando se pone en secuestro ó se entrega al juez alguna cosa litigiosa, hasta que conste por la determinacion de la causa á quien sea debida (3). De este depósito que se llama *secuestro*, se trata en el *Tit. x de seques. poss. et fruct. Impeditivo de intereses*, es cuando el deudor ofrece á su acreedor el dinero debido que este rehusa recibir, por lo cual el deudor para evitar que corran intereses consigna dicha cantidad, depositándola en algun archivo ó tesorería pública, ó en la caja de los depósitos comunes (llamada tambien en otro tiempo de cambio) como se practica frecuentemente (4). Depósito *de amigos* se llama cuando alguno deposita en poder de un amigo suyo cierta cosa que le pertenece, solo para que se la guarde: de tal suerte que el deponente conserve el dominio y la posesion, y pueda revocar el depósito cuando quiera. De este vamos á tratar ahora (5).

¿En cuántos artículos se divide el instrumento de depósito? El instrumento de depósito contiene cinco artículos. 1.º *Los contratantes*. 2.º *La confesion*. 3.º *La promesa*. 4.º *La reparacion de los daños*. 5.º *La obligacion de los bienes*.

Cosas sustanciales de este contrato. Dos son las cosas sustanciales de este contrato, á saber: 1.ª *Los contratantes*. 2.ª *La cosa entregada en poder del depositario para que la custodie*.

Cosas propias de su naturaleza. Propios de la naturaleza de este contrato son los casos en que segun se dirá despues se obliga el depositario respecto del deponente.

¿Cómo se contrae? Se contrae el depósito interviniendo la cosa; de suerte que el depósito no puede subsistir ó verificarse sin ella, por cuanto falta la causa (6).

(1) Instit. quib. mod. re contr. obl. § 3.

(2) L. 1, § 45 y 46, ff. depos. cap. 2, x. de pos.

(3) L. 17, ff. depos.

(4) L. 30, ff. solut.

(5) Instit. quib. mod. re contr. obl. § 3, ff. y Cod. en sus respectiv. tit.

(6) Instit. quib. mod. re contr. § 3, L. 1, § 5, ff. de obl. et act.

¿Quiénes pueden depositar? Pueden depositar los que tienen cabales sus sentidos ó el debido conocimiento, sean mayores ó menores de edad: la razón es, porque depositar no es enajenar, sino entregar una cosa suya para que se la custodien.

¿En quiénes puede hacerse el depósito? El depósito puede hacerse en aquellos que pueden obligarse á restituírle; pues si se hiciere en personas que no pueden obligarse, y por consiguiente perdiere su cosa el deponente, debe imputársele esta pérdida á su ligereza.

¿Qué cosas pueden depositarse? Pueden depositarse las cosas muebles que sean objeto de contrato, pero no las inmuebles; pues el depósito propiamente denota ser una cosa mueble que se entrega para ser custodiada. Pueden sin embargo darse las cosas inmuebles en secuestro, que es una especie de depósito (1).

¿A qué está obligado el depositario al deponente? A dos cosas está obligado el depositario respecto del deponente. 1.ª A devolver la misma cosa depositada sin deterioro, con todo lo accesorio á ella (2). 2.ª A ser responsable del dolo si cometió algo dolosamente; pero no es responsable de culpa, esto es, de negligencia ó desidia, pues el que entrega una cosa á un amigo negligente para que se la guarde, no debe imputarle á él sino á su facilidad el daño (3). No obstante si el depósito hubiere sido hecho por temor de incendio, tumulto, ruina, etc., esto es, por necesidad, entonces el depositario queda obligado mas estrechamente por causa de la utilidad pública, según las leyes abajo citadas (4) (¶).

¿De cuántos modos se disuelve? El depósito se disuelve de cuatro modos. 1.º Por la restitucion de la cosa depositada; porque restituido el depósito cesa su causa, y cuando esta falta cesan todos sus efectos. 2.º Por pérdida de la cosa sin culpa del depositario; pues este solo es responsable de su dolo (5). 3.º Por la adquisicion de dominio; como si el depositario sucediese al deponente por algun título legítimo; en cuyo caso se hace dueño de la cosa. 4.º Por revocacion, como si el deponente revocare el depósito, lo cual puede hacer siempre que le acomode.

(1) L. 5 y 6, ff. depos.

(2) L. 1, § 16, 23 y 24, ff. depos.

(3) Instit. quib. mod. re contr. § 5, x. cap. 2, x. de depos.

(4) L. 1, ff. depos. § 2, 3 y 4.

(¶) El depositario no solo responde del dolo, sino tambien de la culpa lata, porque este contrato es en beneficio del deponente. Si se hubiese hecho por temor de incendio, tumulto ó ruina, el depositario que falta, responde del duplo.

(5) L. 14, § 1, ff. de depos.

¿En qué se diferencian estos contratos?

Se diferencian el mutuo, el comodato y el depósito, en tres cosas. 1.^a El mutuo solo se hace de cosas que consisten en número, peso ó medida; el comodato de las que no se consumen con el uso; y el depósito tanto de aquellas que se consumen, como de las que se conservan. 2.^a Por el mutuo se transfiere el dominio; en el comodato solo se concede el uso ó la utilidad, y en el depósito permanecen en el deponente el dominio y la posesión. 3.^o En el mutuo no se restituye la misma cosa, sino otra semejante; pero en el comodato y en el depósito se restituye la misma cosa. Se entiende en el depósito regular, pues hay cierto depósito que se llama *irregular*, como cuando se deposita dinero no con la condicion de haber de restituir el mismo en número y especie, sino en género, á saber, la misma cantidad. Tal es el que se hace en la caja de los depósitos comunes, en la cual no se devuelve el mismo dinero, sino la misma cantidad. Tal es tambien el depósito que en numerario suele hacerse en casa de los comerciantes y banqueros, verificándose lo cual pasa á los mismos el dominio (1).

NOTAS.—1.^a Si el depósito consiste en dinero debe contarse delante de testigos para evitar fraudes.

2.^a El escribano á cuya suelta se ha depositado dinero debe examinar los instrumentos que se le exhiban por el acreedor, y si hallare impedimento ú obstáculo alguno, ya porque falten algunos papeles que acrediten el débito, ya porque no esté plenamente probado el derecho activo ó el de suceder, nunca debe soltar el dinero; pues de lo contrario habrá de responder de la entrega del depósito, á menos que lo haga de orden del juez ó de consentimiento de las partes.

3.^a Si en el censal ú otro instrumento se hallare la cláusula perpétua de *resmercio*, no debe soltar el escribano el depósito, á menos que previamente se haga el *resmercio* con semejante cláusula; porque no cuidó de lo que debía.

4.^a Siempre que se hubiere hecho depósito en favor de algun beneficio eclesiástico, obra de iglesia, establecimiento piadoso ó monasterio de religiosas, sujetas al ordinario, debe cuidar el escribano, antes de hacer la suelta, de que al pié del *resmercio* se interponga el decreto del ordinario diocesano, para que no perezcan fraudulentamente los mismos censales y se apliquen á usos profanos (r).

(1) Canc. part. 3, cap. 8, n. 53 y 64.

(r) Estas tres últimas notas se refieren al depósito *impeditivo de intereses*, del cual es necesario dar algunas noticias, que lo aclaren algo mas que las pocas que suministra el autor.

El depósito llamado en Cataluña *impeditivum usurarum* es el que en derecho romano se conoce con el nombre de *consignatio*, y se verifica siempre que el deudor desea satisfacer á su acreedor la cantidad debida, y este no quiere ó no puede recibirla, por lo cual el

deudor la deposita en algun archivo ó Banco público autorizado al efecto, y como este depósito, notificado al acreedor, estingue la obligacion y hace cesar los intereses de la cantidad adeudada, se le ha dado la denominacion de depósito impeditivo de intereses.

Los lugares autorizados en Barcelona para efectuar estos depósitos son la Tabla de cambios y comunes depósitos, los archivos de las parroquias antiguas y el de la Capilla y Colegio de San Severo.

El primero de estos establecimientos, el mas recomendable y el mas conocido, cuyo grandioso edificio aun existe en la calle de la Ciudad para baldon de los que hicieron cerrar sus puertas, fué suprimido arbitrariamente por uno de los Alcaldes Corregidores que ejercieron su mando en esta capital, con la tolerancia del Gobernador de la Provincia. Habíase espedido, es verdad, una Real órden por el Ministerio de Hacienda para su supresion; pero contra esta órden, por estar fundada en datos equivocados, recurrieron la mayor parte de las Corporaciones de Barcelona, entre ellas la Junta Directiva del Colegio de Notarios, y como por las leyes vigentes, cuando se interpone recurso contra una Real órden debe pasarse el expediente al Consejo de Estado, suspendiéndose el cumplimiento de lo ordenado hasta que en vista del informe del Consejo se dicte una nueva resolucion confirmando ó revocando la primitiva, no podia llevarse á efecto la supresion de la Tabla interin el Consejo de Estado no hubiese emitido su dictámen sobre el particular; mas las Autoridades provincial y local sin aguardar el resultado de los recursos entablados (que en el dia aun no han sido resueltos) mandaron cerrar la Tabla y trasladar el dinero que existia en sus Cajas á la Tesorería de Hacienda pública, con cuya ilegal medida perdió Barcelona un establecimiento utilisimo creado por los Concelleres y Consejo de Ciento, y al cual el Capitan General y la Real Audiencia de Cataluña en 1723 calificaron de recomendable por la *buena fé, crédito, seguridad y utilidad*. La Tabla admitia depósitos de dinero, alhajas y valores mercantiles, y si bien no abonaba interés por ello, tampoco exigia la menor cosa, salvo unos derechos insignificantes al Notario del establecimiento por su trabajo en la extension de las partidas de depósito. Los depósitos eran entregados en el mismo dia en que se reclamaban por antiguos que fuesen, y encuatro siglos y medio que subsistió tan acreditado establecimiento, no sabemos que se hubiese faltado jamás á esta prescripcion, que era una de sus leyes fundamentales. En tiempos de guerra y peste prestó servicios importantísimos, y en algunas de las epidemias que precedieron á su supresion, cuando los habitantes de Barcelona buscaban su seguridad en la fuga, acudian allí á porfia á depositar sus caudales, que recobraban despues religiosamente: una gran parte de los papeles de crédito del comercio de Barcelona y de las alhajas de los plateros debieron á la Tabla su conservacion.

La Tabla de Cambios y Comunes depósitos tenia cuatro Administradores que se relevaban por turno en la vigilancia de sus operaciones, y un Notario y un platero que permanecian constantemente en el local de la misma durante las horas en que estaba abierto al público.

Hoy dia, cerrado este establecimiento, no quedan mas que los archivos de las siete parroquias primitivas de Barcelona y el de la capilla y Colegio de San Severo para verificar los depósitos impeditivos de intereses.

Esta clase de depósitos se realizan, segun hemos dicho, ó porque el acreedor no quiere ó porque no puede recibir el dinero. En el primer caso el depósito se deja á la libre disposicion de aquel á cuyo favor se hace. En el segundo, es preciso verificarlo á *suelta* de un Notario, lo cual significa que el depósito no podrá entregarse sin que el Notario designado lo disponga. La suelta viene á ser un mandamiento de pago dado por el Notario. Es un recurso que idearon los antiguos catalanes para evitar la necesidad de acudir al Juez, como se hace generalmente en casos semejantes en todos los países: recordaron que la calidad de Notario lleva consigo la de Juez Cartulario, y que en esta calidad se le pueden conferir varias atribuciones de aquellas que pertenecen á la jurisdiccion voluntaria, y quisieron darle la de disponer la suelta ó entrega de los depósitos que no podian ser entregados mano á mano á ciertas personas ó corporaciones, á fin de que el Notario acordase la entrega en ocasion oportuna para que el capital no pudiese ser distraido. La intervencion del Notario en estos actos de jurisdiccion voluntaria tiene la ventaja sobre la del Juez, de no necesitarse soli-

cidad por escrito de las partes, de ahorrar mucho tiempo y causar poco gasto, porque el Notario cobraba por estas diligencias unos derechos muy módicos, de manera que este sistema producía las tres ventajas de sencillez, brevedad y economía.

No pueden recibir los capitales que se les adeudan y por tanto están sujetos al depósito impositivo de intereses, los poseedores de bienes vinculados ó sujetos á restitucion, los obtentores de Beneficios eclesiásticos, las Comunidades eclesiásticas seculares y regulares, Conventos de monjas, Causas pías y otras Corporaciones que están obligadas á emplear siempre los capitales en alguna adquisicion para que dén una renta perpétua en utilidad de la corporacion ó del sucesor en el vínculo ó Beneficio. Estos capitales se dice que están sujetos á *perpétuo resmercio*, palabra usada en Cataluña, y no puede consumirlos la Comunidad ó el Beneficiado, por cuya razon se han de depositar á su favor de modo que pueda utilizarlos para una adquisicion lucrativa, pero no distraerlos y echarlos á perder. Esto es lo que se consigue por medio de la suelta del Notario. Veamos este sistema, tal como ha funcionado hasta ahora en Cataluña.

Las Comunidades y Beneficiados poseian en este territorio muy pocas fincas: tenian la costumbre de invertir todos los capitales sobrantes en censos y censales, especialmente en esta última especie de adquisicion, la cual proporcionaba dinero á los propietarios al tres por ciento sin plazo fijo y con la condicion de restituirlo cuando quisiesen, aunque fuese despues de mil años, que son las condiciones de todo censal.

Siempre que la persona que pagaba una pension de censal á un Beneficiado ó á una Comunidad ó Corporacion que debiese emplear su capital perpetuamente á rédito, queria redimirlo, no entregaba el capital al Beneficiado ó á la Comunidad, sino que acudia á un Notario para verificar su depósito.

El Notario en este caso empieza por extender el borrador de la partida de depósito en una libreta de papel comun destinada á este objeto, que en Cataluña se titula *Ma de partidas*, título equivalente á «Repertorio de Partidas de depósito.» La forma de estas partidas es la siguiente:

«En la Tabla de Cambios y Communes Depósitos de la ciudad de Barcelona (ó en el Archivo de la Iglesia parroquial de Santa María del Mar) á..... de..... del año.....»

Deposita B. á favor del Obtentor del Beneficio bajo advocacion de San José, fundado en la Iglesia parroquial de San Pedro de esta Ciudad (ó á favor de la Reverenda Comunidad de la Iglesia parroquial de San Jaime de esta Ciudad) la cantidad de mil duros para la luicion del censal de pension treinta duros que anualmente le presta á los 10 de agosto. Son. 1000

Cuya cantidad será soltada cuando D. R. N. Notario lo diga.»

Las partidas de depósito se extendian en el siglo pasado y al principio del presente en un lenguaje anticuado y casi ininteligible: «Deu N. que per ell dixem á R. dix son per lo preu del censal, etc.» La Audiencia del Territorio circuló á los Notarios las nuevas fórmulas que aquí usamos y proscribió las antiguas.

Estendida la partida en el borrador ó *Ma de partidas*, si el depósito debía hacerse en la Tabla de comunes depósitos se sacaba una copia simple y se entregaba al Notario de la Tabla para que la copiase en su libro el mismo dia en que el interesado se presentaba en dicho establecimiento á efectuar el depósito.

Si el depósito ha de verificarse en un Archivo eclesiástico, el Notario se presenta en el Archivo con la *Ma de partidas*, acompañado de la persona que debe hacer el depósito, y mientras el Capellan Archivero se hace cargo de la cantidad que el interesado le entrega, é interin la cuenta y la coloca en la caja, el Notario copia la partida de depósito en el *Libro de depósitos* del Archivo, que es un libro en papel blanco, en el cual se escriben, una á continuacion de la otra por orden de fechas, todas las partidas de depósito y de giro, sin estar firmadas por el Notario, ni por el Archivero, pues este libro no es mas que de cargo y descargo para el Capellan que está al frente del archivo y el que ha de servir de base para la formacion de sus cuentas.

Verificado el depósito se notifica por el Notario al Beneficiado ó á la Comunidad á cuyo favor se hizo, por medio de una cédula, llamada en Cataluña *Intima*, en la cual se copia la partida de depósito intimándose á la Comunidad ó Beneficiado que se presenten al Notario autorizante para firmar la definición del censal, y se hace constar en la diligencia la hora en que se ha hecho la notificación. El notificado tiene 48 horas de tiempo para rechazar el depósito si no estuviere completo, y al efecto se presenta en la Tabla ó en el Archivo en donde se constituyó el dinero, y hace estender una partida que se denomina de *Revuelta* y es como sigue:

«En la Tabla de cambios y comunes depósitos de la Ciudad de Barcelona (ó en el Archivo de la parroquial Iglesia de Santa María del Mar) á..... de..... de.....

Devuelve D. J. L. Obtentor del beneficio bajo advocacion de San José, fundado en la Iglesia parroquial de San Pedro de esta Ciudad segun consta (*caléndense los títulos del Obtentor*) ó bien (D. J. L. Procurador de la Reverenda Comunidad de la Iglesia parroquial de San Jaime de esta Ciudad segun de su poder consta con escritura ante D. N. R. Notario de..... á..... de.....) á B. los mil duros que este le depositó en esta Tabla (ó en este archivo) en el día..... de..... de..... lo que practica por no ser íntegro el depósito.»

Esta partida se hace notificar al deponente, y debe practicarse la notificación dentro del término de 48 horas desde que se notificó la partida de depósito, con lo cual queda el depósito sin efecto y el deponente puede retirarlo, y si quiere, volverlo á realizar completándolo. A esta operacion se la llama «*revoltar* un depósito.»

Si el depósito está íntegro y no tiene defecto alguno, el Beneficiado ó el Procurador de herencias de la Comunidad (que así se llama al Comunitario que tiene poderes generales de ella) se presenta en la oficina del Notario que le notificó el depósito y firma ante el mismo la carta de pago y definición del censal, confesando haber recibido su capital por medio de partida de depósito que B. le hizo en la Tabla de cambios (ó en el archivo *tal*) en..... de... de... á suelta del Notario que autoriza aquella escritura. Esta confesion se tiene por un verdadero pago, porque el otorgante no puede recibir el capital de otra manera que por medio de depósito, pero si este se hizo en un archivo de Comunidad se pone en la carta de pago la renuncia á la excepcion *non numerata pecunia*. Si el depósito estuviere hecho en la Tabla no debia ponerse esta renuncia, porque como la Tabla tenia su Notario, que presenciaba las entregas y las restituciones de los depósitos y estaba presente mientras se hallaba abierto el establecimiento, todo depósito hecho en la Tabla se consideraba como entregado ante Notario y testigos, y por consiguiente no daba lugar á la excepcion de no ser recibido el dinero. Efectivamente la parte á cuyo favor se hizo el depósito no podia poner en duda la realidad de este, porque existia de por medio la fé del Notario de la Tabla.

Otorgada por el Beneficiado ó Comunidad la carta de pago y definición del censal, se ocupaban estos en buscar empleo para el capital depositado. Cuando habian encontrado persona que lo tomase, por ejemplo, para crear otro censal, lo ponian en noticia de un Notario, que no era preciso que fuese el mismo que habia intervenido en la redencion del censal anterior. Regularmente en la redencion intervenia el Notario del redimente, y en la nueva creacion el de la Comunidad ó Beneficiado.

El Notario de la Comunidad ó del Beneficiado, para la creacion del nuevo censal ha de verificar dos cosas, que se ejecutan en un mismo dia: la escritura de creacion y venta de censal, y una partida llamada *de giro*. Esta partida se estiende primero en el Repertorio ó *Ma de partidas*, y no es otra cosa que una especie de endoso que hace el Beneficiado ó la Comunidad á favor del que crea el nuevo censal del capital que habia sido depositado para la redencion del anterior. La forma de la partida de giro es la siguiente:

«En la Tabla de Cambios y Comunes Depósitos de la Ciudad de Barcelona (ó en el Archivo de la parroquial Iglesia de Santa María del Mar) á..... de..... de.....

Gira D. J. L. Obtentor del Beneficio bajo advocacion de San José, fundado en la Iglesia Parroquial de San Pedro de esta Ciudad segun consta (*caléndense los títulos del Obtentor*) ó bien (D. J. L. Procurador de la Reverenda Comunidad de la Iglesia Parroquial de San Jaime de esta Ciudad, segun de su poder consta con escritura ante D. N. R. Notario de... á..

de... de...) á favor de C. D. mil duros para el precio del censal de pension treinta duros que dicho C. D. le crea en el día de hoy en poder del Notario N. M.; cuyos mil duros proceden de los que le depositó B. en esta Tabla (ó en este Archivo) en el día... de... de...
Son. 1000 duros.

A veces se crea el nuevo censal con los precios de dos ó mas redimidos anteriormente, y en este caso con la partida de giro se giran los dos ó mas depósitos que han de formar el precio del nuevo censal, diciendo que la cantidad que se gira procede de tantos duros que depositó B. en tal archivo en tal día, tantos que depositó C. en tal otro día, tantos que depositó D., etc., etc.

Estendido el borrador de la partida de giro en el libro repertorio ó *Ma de partidas*, el día en que se ha de firmar la escritura del nuevo censal, se copia dicha partida de giro en el libro del archivo en que está inscrita la de depósito. Cuando el depósito estaba hecho en la Tabla, el Notario que intervenia en el giro, entregaba una copia simple de la partida de giro al Notario de la Tabla para que la copiase en el libro de depósitos de este establecimiento. Si el depósito se hubiese hecho en un archivo de Comunidad eclesiástica, el Notario que interviene en el giro se persona en el archivo y transcribe en el libro de depósitos la partida de giro. En el mismo día se otorga la nueva venta y creacion de censal, en cuya escritura la persona que lo crea confiesa recibir el precio por medio de partida de giro que á su favor ha hecho el Beneficiado ó la Comunidad compradora en aquel mismo día en la Tabla ó en el Archivo tal de los... duros que B. depositó á favor de dicho Beneficiado ó Comunidad en tal día á suelta del Notario N. Este modo de pagar representa una verdadera solucion, porque endosada ó girada la cantidad depositada á favor del vendedor del censal, queda á libre disposicion de este, y podrá ir á la Tabla ó al Archivo á cobrarla con tal que el Notario la suelte, y el Notario para soltarla no espera mas sino que esté firmada la nueva escritura de censal. Sin embargo de lo dicho cuando se verifica un pago por medio de una partida de giro hecha en un Archivo de Comunidad, se pone en la escritura la renuncia á la excepcion de no ser recibido el dinero, porque en esos Archivos no hay Notario; pero cuando el precio de la venta se recibia por medio de partida de giro verificada en la Tabla no se ponía dicha renuncia, porque la Tabla tenia su Notario, y los pagos hechos en la Tabla producian el mismo efecto que si estuviesen realizados ante Notario y testigos.

Hecha la partida de giro, copiada en el libro de depósitos de la Tabla ó Archivo, y firmada la nueva escritura de censal, el Notario á cuya suelta se depositó el dinero, puede ya soltarlo, es decir, dar la órden para su entrega, pues ni los Administradores de la Tabla ni los Archiveros de las Comunidades lo entregan sin que el Notario lo disponga. Si la escritura necesita algunos requisitos posteriores á su otorgacion para su perfecta validez, el Notario no puede soltar la cantidad depositada hasta que estén llenados dichos requisitos. Así, por ejemplo, si el censal tiene hipoteca, la escritura debe inscribirse en el Registro de la propiedad, y el Notario no puede dar la órden de suelta hasta que esté inscrita. Si el censal necesita el decreto del Obispo ó del Vicario general ó Auditor de causas pías, no puede el Notario verificar la suelta hasta que esté decretado. Las escrituras que deben ser decretadas por el Auditor de causas pías, son las que se hacen en favor de los Administradores de alguna causa pia. Las que necesitan el decreto del Obispo ó del Vicario general, son las que se otorgan á favor de algun Beneficiado, Obra de Iglesia, ó Convento de Religiosas. Las Comunidades de las Parroquias de esta Ciudad por antigua concesion están exentas de este requisito. A esto se refiere la última nota de Gibert.

Para hacer la suelta, si el depósito se hizo en la Tabla de cambios el Notario da la órden de suelta verbalmente al Notario de la Tabla, ó se la pasa por escrito, y el Notario de la Tabla la hace constar en el libro de depósitos con su firma y bajo su responsabilidad. Si el depósito existe en un Archivo, el Notario pasa al Archivo, pide al Archivero el libro de depósitos, y al márgen de la partida de depósito escribe lo siguiente: *Suelto esta partida. Barcelona... de... de... y lo firma, ó bien lo estiende del modo que sigue: Mediante resmercio á favor de C. E. con escritura en mi poder á... de... de... decre-*

tada por el Ilre. Sr. Vicario general, y partida de giro al mismo C. D. en el día de la fecha de la escritura, suelto esta partida. Barcelona... de... de... El Notario por la suelta cobraba ocho sueldos, que son 4 reales 9 maravedis.

No siempre el Notario que hizo la partida de giro y la nueva escritura de censal es el mismo que redactó la partida de depósito, y como el dinero está depositado á suelta del que hizo la de depósito, el de la partida de giro, despues de firmada y debidamente requisitada la escritura de censal, debe pasar á aquel un aviso oficial diciéndole que con escritura en su poder en... de... de..., debidamente registrada y decretada por el Sr. Vicario general, C. D. ha creado un censal de mil duros á favor de R. S. Obtentor de tal beneficio (ó á favor de la Comunidad ó Convento tal) comprando este de aquellos mil duros que á... de... de... B. le depositó en la Tabla de Cambios (ó en el Archivo tal) á suelta del Notario á quien se dirige el aviso, y que se lo participa para que se sirva soltar dicha cantidad. El Notario que recibe este aviso, conservándolo para su garantía, pasa á soltar la cantidad depositada, verificándolo de palabra al Notario de la Tabla si el depósito se hizo en la misma, y haciéndolo por escrito en el libro de depósitos si se efectuó en algun Archivo. Regularmente en el órden de suelta el Notario hace mérito del oficio que recibió del Notario que ha autorizado el nuevo censal, porque así salva su responsabilidad.

Cuando ha fallecido el Notario á cuya suelta estaba hecho el depósito, corresponde verificar la suelta á su sucesor en el oficio ó al que regenta sus escrituras.

Hecha la suelta por el Notario, la persona á cuyo favor se hizo el giro puede presentarse en el Archivo ó en la Tabla á cobrar la cantidad depositada, y el Archivero de la Comunidad ó los Administradores de la Tabla se la entregan, mediante recibo, que pone en el libro del establecimiento al pié de la órden de suelta dada por el Notario.

La conservacion de estos depósitos descansa toda sobre la fé de los Notarios y sobre su probidad y celo. El Notario es el Juez que tiene la mision de soltar la cantidad, ó sea de permitir su entrega cuando esté girada á favor de persona hábil, de manera que el Beneficiado ó Comunidad no puedan cobrarla y distraerla, y estén además llenados todos los requisitos que exige la ley para entregarla. Son muchas las circunstancias que debe examinar el Notario para cumplir con su deber en esta parte, porque se hace responsable de cualquier cantidad indebidamente entregada. Téngase presente que las partidas de depósito se hacen á favor de la Comunidad tal sin nombrar personas, ó bien al Obtentor de tal Beneficio sin decir su nombre, y que la de giro no puede verificarse así, pues el giro es un traspaso ó un endoso, y ha de ser persona conocida y hábil quien lo haga. Si el depósito se hizo á favor del Obtentor de un Beneficio, la partida de giro ha de encabezarse con el nombre y apellido del Obtentor, citando su nombramiento ó sea las escrituras de colacion y posesion y sus fechas, y el Notario que redacta la partida responde de la existencia de los documentos que cita. Si el depósito se hizo á favor de una Comunidad, como no es natural que la Comunidad en masa se presente á verificar el giro, tendrá que hacerlo su legítimo Procurador, en cuyo nombre se encabeza la partida de giro, citando la fecha de los poderes, y el Notario que estiende la partida responde de que son bastantes.

Otras veces se verifican depósitos á favor de personas determinadas con su nombre y apellido, pero mueren estas personas antes de haber realizado el giro, y tiene que hacerlo su heredero. En este caso deben citarse en la partida de giro los títulos que acreditan la sucesion, y el Notario que la redacta debe examinarlos y es responsable de su legitimidad. Cuando el depósito estaba hecho en la Tabla, todas estas responsabilidades recaian sobre el Notario de la Tabla, quien por lo mismo se aseguraba con mucho cuidado de la aptitud legal de la persona que hacía el giro.

A pesar de tantas responsabilidades y de los peligros anexos á ellas, los Notarios de Barcelona han dirigido todas estas operaciones durante mas de cuatro siglos sin que haya ejemplar de haberse perdido capital alguno de los inmensos que por este medio se giraban pertenecientes á Comunidades y Beneficios eclesiásticos. Este es el sencillo sistema que imaginaron nuestros antecesores para verificar de una manera pronta, espedita y barata lo que en otras partes hubiera debido hacerse acudiendo á los Tribunales, perdiendo mucho

TÍTULO 5.º

DE LA DELEGACION Ó CESION DE CRÉDITOS.

¿Qué es delegacion?

La delegacion propiamente es: *cuando el deudor de uno delega ó traspassa á su acreedor otro deudor suyo* (1).

¿Cuántas son sus especies?

Hay dos especies de delegacion, á saber: una que se hace por la persona delegada al acreedor del delegante de orden de este, esto es. cuando el acreedor de otro delega su crédito á su mismo acreedor, por ejemplo: Yo debo á Juan 1000 pesos, Diego me debe tambien á mí otros 1000; en cuyo caso delego esta cantidad que me debe Diego, á Juan mi acreedor, con su consentimiento. De esta delegacion trataremos aquí principalmente. La otra especie de delegacion es la que se hace por el deudor delegante á su acreedor, esto es, cuando dicho deudor cede á otro los derechos que tiene contra su deudor; lo cual se hace por la insoluntudacion ó la consignacion, y entonces se llama mas propiamente venta de derechos (2).

tiempo y gastando mucho dinero. La jurisdiccion voluntaria que se confió á los Notarios catalanes para decidir sobre la entrega de un depósito destinado á perpétuo resmercio ha funcionado perfectamente cerca de cinco siglos con el orden mas admirable, con la puntualidad mas esquisita y llevando las operaciones de los Archivos de depósito con una rapidez asombrosa, que para aquel tiempo venia á ser como una rapidez telegráfica. El pensamiento que encierra este mecanismo es ingenioso, y revela lo que aquí todo el mundo comprende, y es que los catalanes han sido siempre hombres prácticos, y que sirven mas para obrar que para hablar. Lo que acabamos de escribir no se ordenó en ninguna ley, no se encuentra explicado detalladamente en ninguna obra, los Notarios lo idearon y lo ejecutaron, y esta es la primera vez que se ha escrito. Comes trae algunas reglas, pero no abraza todo el procedimiento.

Hay depósitos impositivos de intereses que se verifican al solo efecto de obtener la firma de una escritura. Ocurre á veces que al tratarse de satisfacer una cantidad resultante de un debitorio que consta con escritura pública ó de volver el precio de una venta á carta de gracia, el acreedor no quiere firmar la escritura de carta de pago ó la de retroventa que el deudor le reclama y tiene derecho á exigir. Entonces se le deposita esta cantidad en algun Archivo autorizado, á suelta de un Notario al único efecto de obtener la escritura que se desea, y se notifica este depósito al acreedor. En la partida al consignar la suelta se dice: «Cuya cantidad será soltada cuando N. R. Notario lo diga, al único efecto de obtener tal escritura.» El Notario no decretará la suelta hasta que el acreedor haya firmado la escritura que se le exige, en la cual se dirá que recibe la cantidad por medio de partida de depósito. Estos casos pueden ocurrir aun en el dia, y si ocurriese alguno, no existiendo hoy la Tabla de Comunes Depósitos, podria hacerse el depósito en el Archivo de alguna de las Comunidades de las antiguas parroquias ó en el de la Capilla y Colegio de San Severo.

(1) Canc. part. 3, cap. 8, n. 53 y 64. L. 11, ff. de novat. et deleg.

(2) L. 4, Cod. de evicc.

¿Quiénes pueden delegar? Pueden delegar todos aquellos que tienen facultad de contratar y enajenar sus cosas.

¿Qué cosas pueden delegarse? Pueden delegarse todas las cosas que se comprenden en el comercio de los hombres.

¿Qué requisitos son necesarios en la primera? En la primera de las dos delegaciones se requieren cuatro cosas: 1.^a El mandato del delegante. 2.^a Que aquel que es delegado sea deudor del delegante. 3.^a La voluntad y consentimiento del delegado y también del delegatario; porque la delegación no puede hacerse contra la voluntad del deudor y del acreedor, pues se hace por estipulación (1). Además de que no puede pagarse una cosa por otra contra la voluntad del acreedor (2), á menos que el deudor no pueda verificarlo de otro modo (3). 4.^a Que el deudor prometa al acreedor en nombre del delegante; pues la delegación se hace propiamente por estipulación prometiendo el deudor (4), y si una de estas cosas faltase, mas bien sería novación que delegación.

¿Qué cosas se requieren en la 2.^a especie de delegación? En la segunda especie de delegación solo se requieren dos cosas: 1.^a El consentimiento del delegante. 2.^a El consentimiento del delegatario, ó acreedor; pero no se requiere el consentimiento del delegado; porque el derecho que uno tiene contra él, puede darle ó venderle contra su voluntad (5).

Efecto de la delegación. El efecto de la delegación, es producir una obligación, á saber: que el delegado se obliga á aquel á quien fué hecha la delegación, y también causa dos quitanzas, esto es: el deudor delegante se libera de su acreedor, y el deudor delegado del delegante. Todo lo dicho ha de entenderse con cierta limitación y circunstancias de que hablan las leyes abajo citadas (6) (s).

(1) L. 1 y 6, Cod. de nov. et deleg.

(2) L. 16 y 17, Cod. de sol.

(3) Aut. hoc. nisi de sol.

(4) L. 1. Cod. de nov.

(5) Dha. l. Cod. de nov.

(6) L. 2 y 3. Cod. de nov. et deleg.

(s) La delegación es un contrato compuesto de dos, que se otorgan sucesivamente. El primero es un mandato entre el delegante y el delegado, porque aquel encarga á este que la cantidad que le debe la pague al delegatario: el segundo es una estipulación ó promesa entre el delegado y el delegatario, porque el delegado promete al delegatario pagarle la cantidad que el delegante le ha encargado le satisficiese, y el delegatario acepta esta promesa. Por resultado de estos dos contratos la delegación produce dos liberaciones y una nueva obligación, pues el delegado se libera del delegante y este del delegatario, y el delegado queda obligado al delegatario. La acción que resulta de este contrato es la de esti-

CAPÍTULO IV.

DE LAS CESIONES.

DIVIDIDO EN SEIS TÍTULOS.

TIT. 1.º *De la Cesion.*

TIT. 4.º *De la Aceptilacion.*

TIT. 2.º *De la Transaccion.*

TIT. 5.º *De la Estipulacion aquiliana.*

TIT. 3.º *Del Pacto de no pedir.*

TIT. 6.º *Del Pago.*

TÍTULO 1.º

DE LA CESION.

¿Qué es cesion? Cesion, es una traslacion de derechos y acciones.

Explicacion. *Traslacion*, y no entrega, porque los derechos y las acciones son cosas incorporales, y los derechos incorpóreos no admiten en-

pulacion, no existiendo accion de delegacion, por ser este un contrato compuesto, y dimanar la accion del segundo de los dos contratos de que consta, que es una estipulacion, y por consiguiente da lugar á la accion *ex stipulatu*, que compete al delegatario contra el delegado para pedirle lo que le prometió.

No debe confundirse la delegacion con el contrato que se verifica en las escrituras de venta ó en los enfiteusis con entrada, cuando el vendedor faculta al comprador ó el concedente al enfiteuta para que retenga el precio ó la entrada ó una parte que se le designa, para satisfacer deudas del vendedor ó concedente. En este contrato no hay mas que la mitad de la delegacion, porque sólo existe uno de los dos contratos de que consta, que es el mandato entre el vendedor y comprador (delegante y delegado), faltando la estipulacion entre el delegado y el delegatario, la cual no puede existir porque el delegatario no está presente en la escritura de venta. En efecto, el delegatario ó delegatarios en esta especie de ventas son los acreedores del vendedor, los cuales no intervienen en la escritura y por consiguiente no pueden estipular con el comprador. No nacerán pues de estos contratos las dos liberaciones y la nueva obligacion: el vendedor no queda libre de sus acreedores hasta que el comprador les ha satisfecho sus créditos: los acreedores no tienen la accion *ex sti-*

trega así como en los corporales no cabe cesion (1). *De derechos y acciones*, esto es, útiles; pues por la cesion solo se transfieren los derechos y acciones útiles, no los derechos directos ni las acciones personales que están exclusivamente adictas ó inherentes al señor que hace la cesion, aunque por el mandato se comete á otro el ejercicio de ellas.

putatu contra el comprador, porque nada les ha prometido: es una delegacion incompleta y no puede producir los efectos de la verdadera delegacion. En los contratos de esta especie no hay mas que un mandato entre el vendedor y el comprador, mandato que no puede dar ni quitar derechos á las personas que no han intervenido en la escritura, como son los acreedores del vendedor.

Existen ciertamente diferencias no desatendibles entre las llamadas delegaciones de los contratos de enajenacion y los simples mandatos, pero no está radicada en ellas la esencia principal del contrato, y lo que parece es que con las impropriadamente llamadas delegaciones viene a constituirse una especie de *mandato irregular*, contraido *gratia mandantis et mandatarii*, ó un *mandato pactado* anexo al contrato principal, que por un lado participa de la naturaleza del mandato, y por otro sufre las modificaciones á que le sujeta el contrato del cual forma parte, siendo una de ellas la de no poder ser revocado por la sola voluntad del mandante por ser aceptado y considerarse como accesorio del contrato principal que no puede rescindirse sino por el consentimiento de ambas partes. Pero con acuerdo del vendedor y comprador (mandante y mandatario) puede revocarse sin que tengan recurso alguno para oponerse los acreedores del vendedor, que ningun derecho han adquirido por un contrato en el cual no intervinieron. Así es que si despues de otorgada la venta el vendedor averiguase que alguna de las deudas cuya satisfaccion encargó al comprador no era legítima y que padeció error al designarla, puede convenir con el comprador en dejar sin efecto el mandato con el cual le encargó el pago de aquella deuda, sin que este convenio pueda ser impugnado por el acreedor que resultare perjudicado, el cual si no tiene un derecho real sobre la finca vendida, no tendrá accion contra el comprador, sino sólo contra el vendedor.

Estas diferencias entre la verdadera delegacion y la delegacion incompleta que se efectúa en las ventas que se hacen para pagar deudas del vendedor, fueron notadas en la Escuela de Notariado de Barcelona, en el curso de 1847 á 48, por uno de los alumnos aventajados del mismo, que despues fué Notario de Cambrils, D. José Vidal y Gimbernat, censurando el que los Notarios, y hasta los Abogados, llamasen delegacion á un pacto que no lo es, ni produce sus resultados. En efecto la impropiedad en la nomenclatura jurídica puede dar lugar á confundir el derecho, y por lo tanto es preciso combatirla. El pacto de que tratamos es la *adsignatio* de los romanos, y la *indication* tan hábilmente descrita por el insigne jurisconsulto Pothier, (*Traité des obligations*, parte 3.ª, cap. 1, art. 254 y cap. 2, art. 653) á la que los traductores de este han denominado indistintamente *indicacion* ó *designacion*. En su consecuencia creemos que el nombre que debe dársele es el de *designacion*, muy semejante al latino *adsignatio*. De esta manera tendremos que la designacion se diferencia de la delegacion en que en la última intervienen el delegante, el delegado y el delegatario, y en la primera sólo el delegante y el delegado; que la última consta de dos contratos, un mandato y una estipulacion, y la primera de un solo contrato, que es el mandato; que la última produce dos liberaciones y una nueva obligacion, y la primera no produce estos resultados; que con la última se verifica una novacion, y no con la primera; que la última es irrevocable sin el consentimiento de las tres personas que intervinieron en ella, y para la revocacion de la primera basta el consentimiento del delegante y delegado (vendedor y comprador).

(1) L. 2 y 7, Cod. de her. vel act. vend.

¿Cuántos artículos comprende el instrumento de cesion? El instrumento de cesion comprende cinco artículos. 1.º *Los contratantes*. 2.º *Las causas de la cesion*: 3.º *La cosa que se transfere*. 4.º *La eviccion*. 5.º *El juramento* (t).

Cosas sustanciales de la cesion. Las cosas sustanciales de la cesion son tres, á saber: 1.ª El consentimiento de los contratantes. 2.ª La cosa. 3.ª La causa de la traslacion ó cesion, esto es, la espresion de la causa por que se debe; pues sin ella será nula la cesion, y no pasará la accion útil al cesionario (1) (u).

Cosas propias de la naturaleza de la cesion. Dos son las cosas propias de la naturaleza de la cesion. 1.ª Que por ella se transfieren al asignatario ó consignatario todos los derechos y acciones para todos los efectos. 2.ª Que el cesionario puede hacer aquellas cosas que podia antes el cedente.

¿Quiénes pueden ceder? Pueden ceder todos aquellos que pueden obligarse contrayendo, y asimismo enajenar, por cuanto la cesion es una especie de enajenacion, como tambien de pago, siempre que se haga en beneficio del acreedor (2).

¿A quiénes puede cederse? Se puede ceder á todos los que tienen facultad de adquirir, y tambien á los pupilos y adultos sin autoridad

(t) La cesion comprende mas ó menos artículos segun el contrato á que hace referencia, porque la cesion no es otra cosa que cualquiera de los contratos de enajenacion (venta, permuta, insolutumdacion, donacion, ó contrato innominado *do ut facias*) que toma el nombre de cesion siempre que la cosa enajenada es incorporal, como lo son los derechos y acciones. Si los derechos y acciones se ceden por una cantidad de dinero, la cesion es una venta y tiene precio y cláusula de eviccion; si se ceden por otra cosa, sea corporal ó incorporal, es una permuta y tambien da lugar á la eviccion; si se ceden en pago de una deuda, es una insolutumdacion, y entra asimismo la cláusula de eviccion; si se ceden gratuitamente, es una donacion y no hay eviccion; si se ceden por un hecho, es un contrato innominado *do ut facias*, y tiene lugar la eviccion.

Cuando la cesion se hace para pagar una deuda viene á ser una delegacion que se realiza en otra forma, esto es, con el solo concurso de dos personas, delegante y delegatario, que en la cesion se denominan cedente y cesionario. A pesar de la falta del delegado produce los mismos efectos que la delegacion, pues en la cesion el delegado no figura como persona, sino como cosa: la deuda del delegado es la cosa cedida en el contrato de cesion, y cualquiera puede ceder el derecho que tiene contra otro, sin que este deba consentir, y aun contra su voluntad.

(1) L. 25 § 4, ff. de prob. y cap. 14, x. de fid. instr.

(u) Esta causa es diferente segun la naturaleza del contrato de cesion, pues si la cesion se reduce á venta, la causa de la cesion es el precio; si á permuta es otra cosa; si á insolutumdacion, una deuda preexistente; si un contrato *do ut facias*, un hecho; si una donacion, la gratitud ó el simple deseo de favorecer al cesionario.

(2) L. 4, Cod. de evicc. L. 96, § 2, ff. de solut.

del tutor, por cuanto pueden hacer mejor su condicion, con tal que no se obliguen (1).

¿A quiénes no? No puede cederse á aquellos que no pueden adquirir; como el infante, furioso, demente, mudo y sordo, á menos que se haga la cesion á sus tutores y curadores. Asimismo no puede cederse á personas mas poderosas, esto es, por su oficio ó riquezas, y se dice mas poderoso, el que tiene mero y mixto imperio en razon de su oficio; debiendo notarse que en este caso además de anularse la cesion incurre el cedente en la pena de perder su causa (2).

¿Qué acciones pueden cederse? Pueden cederse todas las acciones, así personales como reales, pues entre ellas no se hace diferencia alguna; se entiende en lo concerniente á la cesion (3).

¿Cuáles no pueden cederse? Sin embargo no pueden cederse las acciones criminales (4) ó las públicas ó particulares, sino en lo relativo á utilidad ó provecho particular. Tampoco pueden cederse las acciones litigiosas, esto es, las ya deducidas ó entabladas en el tribunal, por cuanto les obsta el vicio de litigioso (5); á no ser que se haga la cesion en los cuatro casos expresados arriba en el título *de las cosas que pueden ser objeto de contratos*.

¿Cuándo se presume simulada la cesion? Se reputa ó presume simulada la cesion en seis casos: 1.º Si una accion de grande interés se vendiere por un bajo precio. 2.º Cuando la cesion de acciones en parte se vende y en parte se dona. 3.º Si no se espresase en el instrumento por qué contrato, causa ó título haya sido hecha. 4.º Cuando no hay presuncion de causa alguna por la cual haya sido hecha la cesion, á fin de que no sea vejado el reo ó demandado. 5.º Si no constare la efectiva paga del precio. 6.º Si aquel á quien se hubiere hecho la cesion fuere hombre litigioso y acostumbrado á pleitos (6) (v).

(1) Instit. de aut. tut. al prin. y en el § segundo.

(2) Tid. del Cod. ne licet potentioribus. Const. 1, lib. 2, tit. 9, Que no sie licit, etc.

(3) L. fin. Cod. de hered. vel act. vend.

(4) Const. 2, d. tit.

(5) L. 2 y 3, ff. de litig.

(6) Canc. part. 1, cap. 13, n. 73, y sig. explicando la un. prag. del rey D. Pedro 3.º que empieza Cogit nos.

(v) Así como hay causas que hacen presumir la cesion simulada, hay otras que la hacen presumir verdadera y son las siguientes: 1.ª si el que cede es persona pobre ó de pocos recursos para poder conseguir el cobro de su crédito.—2.ª si la cesion se ha hecho con mucha publicidad.—3.ª si el cedente tiene negocios que absorben en gran manera su atencion impidiéndole gestionar para el percibo de su crédito.—4.ª si el deudor es persona

NOTAS.—1.^a El cesionario en virtud de la accion que le fué cedida no puede conseguir del deudor mas de lo que dió para conseguir la cesion (1) (y).

2.^a La cesion de derechos por causa de donacion, si pasare de 5000 áureos ó florines debe ser insinuada, esto es, hecha ante juez competente, pues de lo contrario no será válida.

3.^a El pupilo puede ceder los derechos y acciones sobre cosas muebles con autoridad del tutor; pero no sobre cosas inmuebles, á menos que procedan las solemnidades que se requieren para la enajenacion de cosas inmuebles.

TÍTULO 2.^o

DE LA TRANSACCION.

¿Qué es transaccion? Transaccion es: *Convenio celebrado, no gratuitamente sino dando, reteniendo ó prometiendo alguna cosa, sobre negocio dudoso, litigioso, incierto y no concluido.*

Esplicacion. *Convenio celebrado*; porque la transaccion no puede hacerse sin pacto espreso y simultáneo de ambas partes. *No gratuitamente*, pues la transaccion no es un contrato gratuito, ni se puede hacer gratuitamente, y seria nula por este defecto. *Sino dando, reteniendo ó prometiendo alguna cosa*; porque en efecto debe constar que se ha dado, retenido, prometido ó perdonado algo, para que no se presuma ser una transaccion simulada (2). *Sobre negocio dudoso*; porque sobre cosa cierta no se puede hacer transaccion, y á fin de que esta sea válida debe recaer sobre asunto dudoso, de lo contrario seria mas bien un pacto de no pedir (3). *Litigioso*, pues

poderosa.—5.^a si el cedente ha ofrecido su crédito á otras personas y no ha podido obtener de ninguno mayor cantidad que la que constare como precio de la cesion.—6.^a si se hace entre coherederos.—7.^a si se hace á un acreedor para pagarle la deuda.—8.^o si se hace por el heredero á un legatario.—9.^a si el cedente es persona honrada é íntegra, y no se le conceptúa capaz de emprender negocios fraudulentos.

(1) Segun las famosas leyes de Anastasio y otras del Cod.

(y) No hemos visto nunca poner en práctica en este territorio las leyes del Código romano que disponen lo que se expresa en esta nota. Es de creer que estas leyes tendrán aplicacion cuando se trate de cesiones hechas entre coherederos ó por el heredero á un legatario, y sobre todo cuando se ceda un crédito cobrable sin dificultad; pero tratándose de la cesion de créditos litigiosos ó que tienen todas las probabilidades de serlo, no pueden aplicarse, pues de otro modo se impediria la enajenacion de esta clase de créditos, ya que el que los compra ha de correr los riesgos de un litigio, con los gastos considerables que trae y la dilacion en el cobro, y por consiguiente es claro que no puede comprar el crédito por todo su valor, sino que ha de dar mucho menos, y si no pudiese cobrar mas de lo que ha dado, nadie compraria esta clase de créditos.

(2) L. 38, Cod. de este mismo tit.

(3) L. 1, ff. de este tit.

no habiendo cosa dudosa sobre la cual pueda recelarse un litigio, es nula la transaccion, pues falta el fin de esta, la cual debe hacerse por causa del litigio cuando no se verifique durante el curso de este (1). *Y no concluido*; pues si el pleito estuviese acabado, esto es, juzgada ya la causa, no se puede hacer transaccion, por cuanto la cosa juzgada deja ya de ser dudosa, y se tiene por verdadera poniendo fin al pleito; pero si se interpusiere apelacion ó súplica, la transaccion será válida, porque el que consiguió una sentencia favorable en primera instancia, puede ser condenado en la segunda (2).

¿Cuántos artículos comprende la transaccion?

El instrumento de transaccion contiene cinco artículos: 1.º *La introduccion en que se habla de los contratantes, y del litigio ó duda.* 2.º *La cosa dada, retenida, prometida ó perdonada.* 3.º *La promesa.* 4.º *La renuncia.* 5.º *La cláusula final.*

Cosas sustanciales de la transaccion.

Tres son las cosas sustanciales de la transaccion. 1.ª *El consentimiento de los contratantes.* 2.ª *El litigio ó temor de el sobre cosa dudosa.* 3.ª *La cosa dada, retenida, prometida ó perdonada.*

¿Quiénes pueden transigir?

Pueden transigir todos aquellos que tienen facultad de contratar sobre aquellas cosas que pueden enajenarse y ser materia de contrato, ya sean muebles ya inmuebles, por lo cual se escluyen las cosas sagradas, santas, etc.; y generalmente todas las que no están en nuestro patrimonio; y así es que no se hace transaccion sobre cosa espiritual, ni sobre matrimonio (3).

¿Sobre qué causas se puede transigir?

Puede transigirse sobre cualquiera causa civil ó pecuniaria, y tambien criminal, en que ha de imponerse pena de sangre, porque á cualquiera le es lícito redimirla á fin de no perecer: de donde se sigue que de los demás delitos tanto públicos como privados en que no se impone pena de sangre, no es lícito transigir porque cesa dicha causa de transaccion, y con ella cesan tambien los efectos (4).

Efecto de la transaccion.

La fuerza y efecto de la transaccion consiste en que por ella se acaba la obligacion natural y permanece la civil; así es que si sobre el negocio transigido intentare el actor demandar nuevamente, podrá el reo oponer la excepcion de transaccion, y aunque no se liberte *ipso jure*, sin embargo puede escudarse ó defenderse con el remedio de la misma excepcion; á no ser que la transaccion se haga por medio

(1) L. 2, 6 y 17, Cod. de este tit. L. 65, § 1, ff. de cond. indeb.

(2) L. 32, Cod. de estetit. L. 7 y 11, ff. del mismo tit. y l. 207, ff. de reg. jur.

(3) Cap. Super. eo. 7, x. de transac.

(4) L. 18, Cod. de este tit.

de la estipulacion aquiliana y la aceptilacion; pues entonces se liberta el reo ó demandado *ipso jure*, en razon de que por la estipulacion aquiliana se acaban todas las obligaciones naturales y civiles, y se hace una nueva obligacion verbal, y por la aceptilacion se quitan todas las obligaciones verbales, como se dirá en el tratado de la aceptilacion.

Otro efecto. Otro de los efectos de la transaccion es que si está hecha con estipulacion, se da accion de estipulado; esto es, que el reo debe cumplir el pacto acabado el término prefijado; pero si no fuere hecha con estipulacion, siendo la transaccion un pacto nudo, no compete al actor accion contra el reo, porque el nudo pacto regularmente no produce accion, sino escepcion (1), aunque en el día el pacto nudo produce tambien accion, segun se ha dicho en otra parte.

NOTAS.—1.^a Si transige sobre controversias originadas de testamento no vale la transaccion, á menos que el escribano lea ante las palabras del mismo testamento y se las explique á los contratantes; pues de lo contrario pudieran suplantarse fácilmente las últimas voluntades de los hombres (2). Lo mismo ha de entenderse cuando la mujer (satisfecha con la dote que se le ha constituido) transige ó renuncia á todo derecho, esto es, á cuanto pudiera pedir de la herencia del padre en virtud del testamento de este, reconocidas antes y examinadas las palabras del mismo testamento.

2.^a No es válida la transaccion sobre futuros alimentos dejados por última voluntad, porque de ellos depende la vida del hombre, y aqui tienen lugar los privilegios concedidos á los alimentos por razon de piedad. Esceptúanse los casos en que para dicha transaccion interviniere decreto y autoridad del juez ó juramento. Tampoco pueden remitirse ó perdonarse por pacto gratuito, pues mas fácilmente se permite la transaccion, que dicho pacto gratuito. Empero sobre alimentos pasados, como quiera que no media tal razon de piedad, ni ha lugar en tal caso á los privilegios de alimentos, por cuanto no pende de ellos la vida del hombre, bien se puede transigir sin juramento ni autoridad del juez, y lo mismo sucede respecto de los alimentos debidos por contrato (3).

3.^a En la transaccion ó renuncia general hecha de todos los bienes paternos, no se comprende la legítima y su aumento porque requieren especial renuncia, á no ser que la tal renuncia sea concebida con juramento porque entonces se comprende tambien en ella la legítima; pues el juramento tiene la fuerza de las cosas espresamente renunciadas (4) (z).

(1) L. 2, 6 y 23, Cod. de este tit.

(2) L. 6, ff. de este tit.

(3) L. 8, Cod. de este tit.

(4) Canc. Var. 2, cap. 8, n. 47 y sig.

(z) La transaccion no es rescindible por lesión enorme; pero lo sería si se justificase la enormísima, que es la que escede en mucho á la mitad del justo valor del derecho que el lesionado tenía en la cosa.

TITULO 3.º

DEL PACTO DE NO PEDIR.

¿Qué es pacto de no pedir? Pacto de no pedir es: *absolucion y quitamiento de algun débito hecho por pacto espreso.*

Sus especies. Son cuatro las especies de este pacto, á saber: *gratuito, no gratuito, perpétuo y temporal.* Pacto *gratuito*, es cuando se hace sin que intervenga cosa alguna dada, retenida ó prometida; v. g. si uno me debe cien doblones, y por no podérmelos pagar le hago pacto de no pedirselos. *No gratuito*, se llama cuando interviene alguna cosa dada, retenida ó prometida; v. g. si uno me debe cien pesos, y por algun servicio que me presta le hago pacto de no pedir; ó si por algun beneficio prometido pacto que no he de pedir el todo ó parte de la deuda. *Perpétuo*, es cuando puramente y sin hacer mención alguna de tiempo se hace el pacto: v. g. prometo no pedirte los cien doblones que me debes. *Temporal*, es cuando se prefija algun tiempo, por ejemplo: si estando uno obligado á pagarme cien doblones en todo este año, y viendo yo que no los puede pagar en este término, hago pacto de no pedirselos hasta cierto dia del año que viene.

¿Cuántos artículos comprende el instrumento de este pacto? El instrumento de este pacto comprende cuatro artículos, á saber: 1.º *Los contratantes.* 2.º *La narracion del débito sobre cosa cierta.* 3.º *La promesa.* 4.º *La cláusula final.*

¿Quiénes pueden hacerle? Pueden hacer pacto de no pedir todos los que tienen facultad de contratar y enajenar sus cosas.

Sus efectos. El efecto del pacto de no pedir es disolver la obligacion natural *ipso jure*, de suerte que no queden vestigios de ella, porque se disuelve con el convenio el vínculo de equidad en que solo se apoyaba. Por lo que hace á la obligacion civil, aunque no se acaba *ipso jure*, sin embargo se estingue y disuelve con el remedio de la escepcion del pacto de no pedir (1).

¿En qué se diferencia de la transaccion? Este pacto se diferencia de la transaccion en que esta no se puede hacer gratuitamente sino que es preciso que intervenga alguna cosa dada, retenida, prometida ó perdonada; y al contrario el pacto de no pedir puede hacerse gratuitamente sin que medie cosa alguna dada, retenida ó prometida.

(1) Instit. de excep. § 3.

TITULO 4.º

DE LA ACEPTILACION.

¿Qué es aceptación? Aceptilacion es: un pago imaginario de la deuda, por el cual solo se disuelven las obligaciones que consisten en palabras.

Su formalidad. La formalidad de la aceptación consiste en las palabras siguientes: *¿Tienes por recibido lo que te prometi?* y el acreedor responde: *Lo tengo por recibido.*

¿Qué especie de obligaciones se disuelven por la aceptación? Por la aceptación solo se disuelven aquellas obligaciones que se contrajeron con palabras, siendo muy natural que una cosa se disuelva por el mismo medio con que fué establecida. Así que si alguno está comprometido conmigo por medio de una obligación que se contrae solo con el consentimiento, como por contrato de venta, arrendamiento, etc.; no puedo absolverle ó libertarle por la aceptación. Además si alguno está obligado á otro con obligación que se contrae por escritura, aunque sea de derecho civil, no puede este libertarle por la aceptación; porque esta solo disuelve la obligación concebida con palabras, segun la regla ya indicada, de que cada cosa se disuelve del mismo modo que se formó. Pero esto debe entenderse por rigoroso derecho, esto es, las obligaciones que no se contrajeron con palabras no se disuelven en rigor de derecho por la aceptación, aunque por remedio ó auxilio de la escepcion del pacto convenido; pues la aceptación inútil tiene por lo menos fuerza de pacto (1).

Sus efectos. El efecto de la aceptación es que por ella se estinguen todas las obligaciones, esto es, las que fueron concebidas con palabras, pero no las demás (2).

¿En qué conviene con la estipulación? Conviene la aceptación con la estipulación en cuatro cosas: 1.ª En que una y otra son de derecho civil. 2.ª En que una y otra se conciben con palabras; pues en la estipulación se requieren pregunta y respuesta como en la aceptación. 3.ª En

(1) L. 35. ff. de reg. jur. L. 8 y 19. ff. de acceptil.

(2) Inst. quib. mod. toll. oblig. § 1.

que cuantos pueden estipular, pueden tambien hacer aceptilacion. 4.^a En que así como la estipulacion no vale entre los ausentes, del mismo modo la aceptilacion; pues no puede hacerse sin pregunta y respuesta de uno y otro.

¿En qué se diferencia? Se diferencia en dos cosas. 1.^a En que la estipulacion tiene por objeto obligar, y la aceptilacion el libertar. 2.^a En la estipulacion el actor pregunta, y el reo responde; pero en la aceptilacion el reo ó deudor pregunta, y el actor ó acreedor responde.

NOTA.— La aceptilacion no puede hacerse á cierto dia ni bajo condicion, porque es un acto legitimo que no admite dia ni condicion; como si dijese por ejemplo, tendré por recibido lo que me debes si hicieren corregidor á Pedro (1). Sin embargo esta aceptilacion que es inútil por la adiccion del dia ó la condicion, producirá algun efecto, pues como se ha dicho tiene fuerza de pacto (aa).

TÍTULO 5.º

ESTIPULACION AQUILIANA.

¿Qué es estipulacion aquiliana?

Estipulacion aquiliana es: *aquella por cuyo medio se reduce á estipulacion la obligacion que no estaba contraida con palabras, para que despues interviniendo la aceptilacion pueda disolverse por ella.*

¿Cuántas especies hay?

Hay dos especies, *especial* y *general*. *Especial*, es la que especialmente renueva las obligaciones contraidas en un solo débito; reduciéndole á una nueva deuda por la estipulacion aquiliana, v. g. cuando el actor pregunta así al reo: *Lo que me debes de tal empréstito prometes dármele?* y el reo responde: *Lo prometo*. *General* es, la que generalmente renueva todas las obligaciones contraidas en muchos débitos, reduciéndolos á una nueva deuda por la estipulacion aquiliana; v. g. Cuando el actor pregunta al reo: *¿Prometes darme lo que me debes de tal mútuo, de tal venta, etc.?* y el reo responde: *Lo prometo*. Véase el ejemplo y la fórmula de esta aceptilacion en la Instit. (2), donde se da tambien la razon por que se llama *aquiliana*.

(1) L. 4 y 5, ff. de aceptil.

(aa) Este contrato ha desaparecido con el de estipulacion.

(2) Instit. § 2, quib. mod. Toll. obl.

¿Qué obligaciones se disuelven por ella? Por la estipulacion aquiliana se disuelven *ipso jure* todas las obligaciones antiguas, así naturales como civiles, y contraídas tanto con palabras como de cualquier otro modo; pues que en primer lugar por ella se renuevan todas las obligaciones antiguas, ó se hacen de nueva naturaleza reduciéndose á solemne estipulacion; así que empiezan á deberse civilmente y por obligacion originada de palabras, cual es la obligacion de lo estipulado; de tal suerte que pueden disolverse despues por acto del derecho civil y mediante palabras (1).

Efecto de la estipulacion aquiliana. El efecto de la estipulacion aquiliana es de disolver toda obligacion anterior natural y civil, constituyendo una nueva obligacion verbal, que despues se disuelve tambien con palabras.

¿En qué conviene con la aceptilacion, y en qué se diferencia de ella? La estipulacion aquiliana conviene con la aceptilacion, y se diferencia de ella en las mismas cosas que en el título anterior se han dicho concernientes á la semejanza y discrepancia, entre la aceptilacion y la estipulacion (bb).

TITULO 6.º

DEL PAGAMENTO.

¿Qué es pagamento? Pagamento es: *prestacion natural ó entrega de aquello que se debe.*

Explicacion. *Prestacion natural*, para diferenciarla de otros modos de liberaciones; puesto que el pagamento debe hacerse realmente y en el acto mismo; pues la obligacion verbal no basta por sí sola, á menos que sea inmueble la cosa debida. *De aquello que se debe*; pues no puede pagarse una cosa por otra contra la voluntad del acreedor; si bien puede hacerse queriendo y consintiéndolo este (2).

(1) Instit. quib. mod. Toll. obl.

(bb) Abandonada la estipulacion como contrato verbal, lo ha sido tambien la estipulacion aquiliana, que es una especie de la misma.

(2) Instit. quib. mod. Toll. obl. L. 2, § 1, ff. de reb. cred. L. 16 y 17, Cod. de Solut.

¿De cuántos modos se toma la palabra pago? La palabra pago puede tomarse de tres modos, saber: *Propiamente ó rigurosamente*; *Impropriamente*; ó en sentido mas lato, *Mas impropriamente*; esto es, todavía mas latamente. *Propiamente* se toma cuando se paga aquello que se debe de obligacion esceptuando la cosa incorporal, la cual no admite paga ó entrega, sino cesion. *Impropriamente*, cuando se dá en pago otra cosa, que la expresada en la obligacion; como si se diere trigo en lugar de dinero; y al contrario (cc): *Mas impropriamente*, cuando nada se paga como en la aceptacion (1).

¿Quiénes están obligados á pagar? Debe pagar el que está obligado á ello y á sus herederos á quienes pasa la obligacion; pues el que se sucede á uno se pone en el mismo lugar que éste: no obstante el furioso, pupilo, pródigo, aunque deban no pagan legítimamente sin autoridad del tutor ó curador, porque no son personas hábiles é idóneas para contratar ni para pagar: por el contrario los tutores, curadores, procuradores y administradores pagan legítimamente en nombre de los pupilos, adultos principales y señores, porque tienen licencia para administrar y enajenar (2).

¿Á quién se ha de pagar? Se paga al acreedor ó á la persona que este designe ó á otra, siempre que el mismo apruebe como bien hecho el pago; como cuando se paga al procurador que tiene especial mandato para recibir, ó al tutor, ó curador, ó bien al que administró los negocios del acreedor. Mas á los menores y pródigos no se considera hecho legítimamente el pago sin la autoridad de los tutores y curadores, sino en cuanto les ha resultado ganancia ó se han hecho mas ricos; pues lo que se ha introducido en favor de ellos no debe convertirse en su perjuicio (3).

¿Cómo y cuándo se ha de hacer el pago? El pago ha de hacerse en paraje destinado al intento y no en otra parte, porque la razon legal dicta que el pago debe ser conforme á la obligacion. Además ha de hacerse en el dia señalado y no en otro posterior. Tampoco el deudor está obligado á pagar antes del dia designado; pero puede hacerlo si quiere, pues á cualquiera es lícito renunciar á su derecho (4).

Sus efectos. Tres son los efectos del pago. 1.º Con él se disuelve toda obligacion natural y civil. 2.º Se libertan con él el reo ó deudor, el fia-

(cc) Esto constituye el contrato de insolutudacion.

(1) L. 54, ff. de solut. L. 47 y 176, ff. de verb. sing.

(2) L. 14, ff. de solut. L. 9, § 2, ff. de auct. tut.

(3) Instit. quib. alien. lic. § 3, L. 14, § 7. L. 15, ff. de solut. L. 46, § 5, ff. de adm. peric. tutor. L. 28, ff. de solut.

(4) L. 70, ff. de solut.

dor, y los accesorios, como son la hipoteca y las prendas. 3.º El deudor no puede ya incurrir en pena por haber cesado la causa por que se puso en el instrumento, á saber, para que dentro de cierto término cumplan las partes el contrato.

NOTA.—Aunque se ha dicho que no puede pagarse una cosa por otra contra la voluntad del acreedor; á veces se le paga, á pesar suyo, en lugar de la cosa misma la estimacion de ella, bien porque á ello obliga la necesidad, como cuando no puede entregarse la cosa por haber perecido, bien por ser la cosa ajena, la cual no puede redimirse del señor sin gran incomodidad ó perjuicio (dd).

(dd) Una persona puede pagar por otra, y el acreedor está obligado á aceptar el pago. En cuanto al derecho de recobrar por parte del que paga por otro, se han de distinguir tres casos: ó paga con consentimiento del deudor (*debitore volente*) y en este caso obra como apoderado suyo y puede recobrar con la accion de *mandato*; ó paga ignorándolo el deudor (*debitore ignorante*) y en utilidad suya, y entonces puede recobrar con la accion de *gestion de negocios*, que es el carácter con que ha obrado; ó paga contra la voluntad del deudor (*debitore volente*) y en este caso no puede recobrar, á no ser que haya obtenido del acreedor cesion de derechos, la cual le permitirá usar para el cobro de la misma accion que competia al acreedor que se los ha cedido.

capitulo V.º
TITULO ENIGMO
... (5) ...

... (6) ...
... (7) ...
... (8) ...
... (9) ...
... (10) ...

CAPÍTULO V.

DEL ARRENDAMIENTO.

TÍTULO ÚNICO.

¿Qué es arriendo. Arriendo es: *la concesion de una cosa ó persona para usar de ella bajo una pension cierta, concertada en dinero contante (ee).*

Esplicacion. *Concesion y no traslacion*, pues aquel á quien se arrienda no tiene en la cosa arrendada mas derecho que el de usarla (1). *De una cosa ó persona*; pues en el arrendamiento no solo se concede el uso de las cosas sino tambien el de las personas. *Para usar de ella*, á diferencia de la venta; pues en el arrendamiento solo se concede el uso de la cosa arrendada, pero en la venta no solo se transfiere al comprador el uso, sino tambien el dominio (2), siendo así que el arrendador (3) conserva siempre el dominio y aun la posesion. *Bajo una pension*; pues si se concede el uso gratuitamente será comodato ó precario (4). *Cierta*, se requiere que el cánon ó pension sea cierta; pues si se entregare la cosa por una merced ó cánon incierto no será arrendamiento sino un contrato innominado comprendido bajo las palabras *doy para que des* (5). *Y concertada en dinero contante*, porque si no consistiere en dinero no será propiamente arrendamiento, á menos que fueren frutos de la misma tierra arrendada, los cuales suelen tasarse para pagarlos en pension (6).

(ee) Mejor se dirá que es *la concesion del uso de una cosa ó de los servicios ó trabajo de una persona por cierto precio consistente en dinero.*

(1) L. 22, § 1, ff. locat.

(2) L. 39, ff. locat. Instit. de interd. § 5, l. 9, ff. de rei vind.

(3) La palabra arrendador se toma á veces por el que dá en arrendamiento y otras por el que recibe la cosa en arriendo, como puede verse en los autores y aun en el diccionario de la lengua castellana, de lo cual resulta cierta confusion. Para evitarla llamáremos aquí siempre arrendador al que dá en arrendamiento, y arrendatario al que recibe. (N. del T.)

(4) Instit. en este tit. al princ.

(5) Instit. en el mismo tit.

(6) L. 1, § 9, ff. deposit. L. 5, § 2, ff. de prescrip. verb.

De cuántos modos se hace el arrendamiento? El arrendamiento se hace de dos modos; á saber, por escritura, y sin ella; como se dijo de la venta en el cap. 1.º, tit. 1.º de la compra y venta.

¿Qué es conduccion? Conduccion es: La aceptacion de una persona ó cosa para usarla, interviniendo cierta pension en dinero contante (1).

¿Cuántos artículos comprende el arrendamiento? El instrumento de arriendo por parte del arrendador contiene seis artículos. 1.º Los contratantes. 2.º La cosa arrendada. 3.º La concesion de la misma. 4.º La pension ó precio (ff). 5.º La legitima eviccion de la cosa. 6.º La obligacion de los bienes. Por parte del arrendatario comprende tres cosas. 1.ª La aceptacion. 2.ª La promesa. 3.ª La obligacion de los bienes y escritura de tercio, si las partes se convinieren en ello.

¿Quiénes sean el arrendador y arrendatario? Arrendador es el que da algo para usarlo ó disfrutarlo mediante el precio ó pension.

Arrendatario es el que recibe algo para usarlo dando para esto cierto cánon ó precio.

¿Cuáles cosas sustanciales del arrendamiento? Tres son las cosas sustanciales del arrendamiento. 1.ª El consentimiento de los contratantes. 2.ª La cosa arrendada. 3.ª La pension cierta (gg).

¿Cuáles cosas propias de este contrato? Dos son las cosas propias de la naturaleza de este contrato. 1.ª La concesion del uso. 2.ª La obligacion de estar á la eviccion de la cosa (2).

¿De qué modo se contrata el arrendamiento? El arrendamiento se puede contratar de los mismos modos que se ha dicho de la compra y venta en los referidos cap. y tit.

(1) Los latinos distinguian con las palabras *locatio* y *conduccio* los dos diferentes actos de dar y de recibir en arrendamiento. En castellano se comprenden ambos bajo esta última palabra. Sin embargo como era preciso distinguirlos aquí, se ha llamado arriendo al primero, y conduccion al segundo por falta de otra voz mas adecuada. (N. del T.)

(ff) Lo que se da en compensacion del uso de la cosa en el arrendamiento es propiamente precio y no pension; pero como en muchos arrendamientos no se paga de una vez, sino á plazos y periódicamente, por ejemplo cada año, cada seis meses, cada tres, cada mes ó cada semana, se ha introducido en el uso vulgar el nombre de pension, aunque jurídicamente deba llamarse precio.

(gg) Propiamente hablando, el precio. Véase la nota antecedente.

El precio del arriendo debe tener los mismos requisitos que el de la venta. Ha de ser verdadero, cierto, justo y consistente en dinero.

(2) L. 9, ff. de este tit. L. 35 del mismo tit.

¿Quiénes pueden dar en arrendamiento y á quiénes? Pueden dar en arrendamiento todos aquellos que tienen facultad de contratar; y puede darse en arrendamiento á todos aquellos que son capaces de obligarse á pagar el cánon ó pension (hh).

¿Qué cosas pueden darse en arrendamiento? Pueden arrendarse todas las cosas, corporales ó incorpóras, muebles ó inmuebles que de otros modos pueden enajenarse. Tambien pueden arrendarse las obras ó hechos si son de tal naturaleza que admiten estimacion, cuales son por ejemplo, pintar un cuadro, edificar una casa, hacer preseas, llevar á uno á cierta parte (1). Pero si el hecho fuere tal que no acostumbre estimarse y se ejecutare por dinero ó pension, esto no será arrendamiento sino un contrato, *do ut facias*; doy para que hagas (2) (ii).

¿De cuantos modos se perfecciona este contrato? El contrato de arrendamiento se perfecciona de tres modos: 1.º Con el consentimiento de los contratantes. 2.º Con el consentimiento y acto final de la escritura. 3.º Mediante la concesion de la cosa y el pago de la pension (*).

¿De cuántos modos se disuelve? Se disuelve de otros tres modos: 1.º Por el contrario consentimiento de ambas partes, segun aquel principio tan repetido de que cada cosa se disuelve por el medio con que se obligó. 2.º Con la pérdida de la cosa, esto es, si la misma pereciese, á menos que precediese culpa ó dolo; pues el arrendador está obligado á procurar que el arrendatario use de la cosa (3). 3.º Acabado el uso; pues entonces no puede conseguirse el fin del arrendamiento (4).

¿En qué conviene con la venta? Conviene este contrato con el de venta en seis cosas: 1.ª En que uno y otro es contrato nominado. 2.ª En uno y otro se requieren tres cosas sustanciales. 3.ª Así como en la venta el precio debe ser cierto y en dinero contante, del mismo modo en el arrendamiento debe serlo la pension. 4.ª Como la venta es contrato de buena fé y

(hh) Pueden arrendar aun los que no tienen facultad de enajenar: así los tutores y curadores pueden arrendar sin solemnidades, aunque no puedan enajenar sin ellas. Mas no podrán arrendar los locos ó dementes, los pródigos de derecho y los menores que tengan curador, pues deberán hacerlo sus curadores.

(1) Instit. en este tit. § 4.

(2) L. 5, § 2, ff. de prescrip. verb.

(ii) Los trabajos para ser objeto de arrendamiento han de pertenecer á las artes mecánicas. Las obras de las artes liberales no se arriendan; por esto no se dice que un Abogado, un Escribano, un Notario arriendan sus trabajos.

(*) El tercer modo es propiamente la consumacion del contrato, y no una de las maneras de perfeccionarlo.

(3) L. 23, ff. de reg. jur.

(4) L. 15, ff. de este tit.

de derecho de gentes; igualmente la locacion; y en ambas tienen lugar no solo lo que se contrató espresamente, sino tambien lo que es de equidad natural. 5.^o Como la venta puede rescindirse si hubiere engaño en mas de la mitad del justo precio, segun la l. 2. *Cod. de rescind. vend.*, asi tambien el arrendamiento, aunque eso no es frecuente, ó por mejor decir, no está en uso. 6.^o Así como en la venta puede pedirse la entrega de la cosa, ó sus intereses, lo mismo puede hacerse en el arrendamiento (1).

¿En qué se diferencian?

Se diferencian en cuatro cosas: 1.^o El arrendatario no puede vender la cosa arrendada, al contrario del comprador que puede hacerlo. 2.^o El arrendatario no puede usucapir ó adquirir por prescripcion la cosa arrendada, y al contrario el comprador. 3.^o En la venta el peligro de la cosa vendida pertenece inmediatamente al comprador, pero en el arrendamiento se observa lo contrario. 4.^o En la compra y venta se da causa para prescribir; pero no en el arrendamiento.

NOTAS. — 1.^o Aunque las cosas inmuebles de la Iglesia ó del menor no pueden enajenarse por el prelado, tutor ó curador, sin embargo pueden éstos arrendarlas por un tiempo moderado mas no largo, porque entonces seria una especie de enajenacion; y donde esta se halla prohibida, tambien se entiende estarlo el arrendamiento por largo tiempo (2).

2.^o En la mayor parte del principado de Cataluña, segun uso frecuente, se llama largo tiempo el que escede de cinco años, lo cual se observa tambien en la ciudad de Barcelona (3) (jj).

3.^o Aunque algunos contratos se asemejan al de arrendamiento como es la concesion *ad afflictum*, esto es, cuando se concede á alguno una cosa inmueble para usarla y disfrutarla por cierta obvencion ó parte de lo que reñitúe, como sucede en las colonias, ó cuando se dá la tierra para cultivar, ó bueyes para arar, y otros casos semejantes; sin embargo estos no son arrendamientos, por quanto no se dá pension ó cánon, siendo así que en el arrendamiento se requiere como se ha dicho pension cierta; pero si esta se diese, entonces bien podrá llamarse arrendamiento (4). Entiéndase esto cuando la pension es cierta y determinada; pues si el que cultiva mis tierras por ejemplo, me diere, no cierta parte como tantas fanegas, etc., sino la tercera ó la cuarta parte de los frutos, cuyos contratos suelen hacerse

(1) Instit. en este tit. y § 1, 2 y 3, de la l. 15, ff. del mismo tit. L. 1 y 2, ff. de dicho tit.

(2) Cap. 9, x. de reb. ecc. Clem. 1, y extravag. ambítios. del mismo tit.

(3) Canc. Var. 1, cap. 14, n. 26 y sig.

(jj) En algunos parajes de Cataluña se consideraba largo tiempo el que escedia de siete años; pero en Barcelona y en la mayor parte del principado era largo tiempo el que escedia de cinco años, como dice Gibert. La ley hipotecaria ha escogido un término medio, y en el día se considerará largo tiempo segun dicha ley el que esceda de seis años. En este caso el arriendo se reputa como una especie de enajenacion, ó como traslacion de un derecho real, se inscribe en el registro de la propiedad, y segun los autores catalanes devenga laudemio si la finca es enfitéutica.

(4) Cap. fin. de resi. spol. cap. 2, de loc. et cond. L. 21, *Cod. de este tit.*

entre los señores ó dueños y los colonos llamados vulgarmente *parceros*, ó masoveros, este contrato no será en realidad arrendamiento, sino sociedad (1).

Aquí deben tenerse presentes las causas por las cuales durante el tiempo del arrendamiento puede ser espelido el arrendatario de la cosa arrendada, acerca de lo cual véase á Cáncer (2), (*) (11).

4.^a Hay un modo peculiar de proceder contra el arrendatario acabado el tiempo del arrendamiento, segun la pragmática vulgarmente llamada de la *evacuacion de las casas*, acerca de lo cual dice algo conducente á la práctica Ripoll (3).

5.^a El arrendamiento se gobierna comunmente por las mismas reglas que la compra y venta, especialmente en el arriendo de disfrutar una heredad; pues este efectivamente no es otra cosa que cierta venta de frutos; y así tal arrendador puede tenerse por vendedor, y el arrendatario por comprador (4) (mm).

(1) L. 25, § 6, ff. locat.

(2) Canc. Var. 1, cap. 14, n. 6, y sig. Véase tambien el cap. 3, x. de loc. et cond.

(*) Estas causas son: 1.^a Cuando el dueño quiere usar de la cosa arrendada para su propio uso. 2.^a Cuando necesita hacer obras en la casa atquilada. 3.^a Cuando el arrendatario es moroso en el pago de la pensión. 4.^a Cuando el arrendatario abusa de la cosa arrendada.

(11) Las fincas urbanas suelen arrendarse á pagar tanto cada mes ó cada trimestre sin señalamiento de tiempo determinado. En estos arriendos, á pesar de no estar hechos por cierto tiempo, tampoco el dueño podía espeler al arrentario ó inquilino sino por alguna de las cuatro causas especificadas en la nota anterior. Pero la ley de 9 de Abril de 1842 concedió á los dueños en este caso la facultad de espeler á los inquilinos por su libre voluntad sin necesidad de alegar causa legitima, haciendo así mas desventajosa la condicion de los inquilinos, por mas que se haya dictado esta disposicion invocando un principio de igualdad, que en este caso es ilusoria.

Tambien la referida ley ha venido á crear indirectamente, aunque no lo diga de un modo espreso, el derecho de subir el precio del alquiler siempre que quiera el dueño en esos contratos que no tienen tiempo determinado; pues cuando exigiendo el dueño un aumento de alquiler, el inquilino se resiste á pagarlo, el dueño se vale del derecho que le concede la ley para espelerlo sin alegar causa. Antes de la publicacion de dicha ley, se observaba en Barcelona la costumbre de que mientras un mismo inquilino siguiése habitando la casa, no podia aumentársele el alquiler sino cada diez años. De esta manera los productos y los valores de las casas aumentaban gradual y paulatinamente, sin que se resintiese de ello la condicion del que se ve obligado á pagar alquiler por no ser propietario. Mas al promulgarse la nueva ley sus efectos se hicieron sentir bien pronto en beneficio de los dueños y en perjuicio de los inquilinos: en pocos años duplicó y hasta triplicó el valor de las casas en Barcelona, porque los dueños duplicaron ó triplicaron los alquileres que se pagaban por ellas. Es una ley dada á favor de los ricos y en contra de los pobres.

(3) Ripoll prax. vic. Barc. rubr. 4.

(4) L. 1 y 2, ff. de este tit. Instit. en el princ. del mismo.

(mm) El contrato de arrendamiento y las personas que en él intervienen toman diversos nombres segun sea la cosa arrendada. Generalmente se le denomina arriendo ó arrendamiento y los contratantes se conocen con los nombres de arrendador y arrendatario. Pero cuando se verifica de fincas urbanas se llama alquiler ó inquilinato, y los contratantes dueño ó inquilino. El de fincas rústicas se denomina arrendamiento ó colonia, y el que lo toma se llama arrendatario ó colono. El que arrienda tributos ó cosas públicas se denomina publicano, el que toma á su cargo una obra asentista, y el que arrienda sus servicios personales mercenario.

CAPÍTULO VI.

DE LOS COMPROMISOS,

DIVIDIDO EN CUATRO TÍTULOS.

Tít. 1.º *Del compromiso.* Tít. 3.º *De la sociedad.*

Tít. 2.º *De la paz.* Tít. 4.º *De la division.*

TITULO 1.º

DEL COMPROMISO.

¿Qué es compromiso? **Compromiso es: un acto legítimo de tres ó mas personas, las cuales disputan como en un juicio sobre una cuestion ó asunto civil ó pecuniario.**

Explicacion. *Acto legítimo*, para denotar que el compromiso fué inventado é introducido por el derecho civil. *De tres ó mas personas*, pues en el compromiso se requieren á lo menos tres personas, á saber, el actor, el reo y el árbitro. *Las cuales disputan*, pues en efecto entienden ó controvierten, á saber: el actor para que sea condenado el reo, y este para que se le absuelva. *Como en juicio*, porque el compromiso se ventila á semejanza de los juicios (1). *Sobre un asunto civil ó pecuniario*, con lo cual se dá á entender que solo puede haber compromiso sobre una cuestion ó litigio civil, mas no criminal; porque en tal caso cualquiera satisfaria la pena pecuniaria para libertarse de la corporal. Además de que en Cataluña la persecucion de los delitos pertenece al fiscal, á menos que sobre ellos haya de imponerse pena pecuniaria, y aun en este caso ha de intentarse civilmente la accion criminal.

¿Cuántos artículos comprende? **El instrumento de compromiso comprende cuatro artículos: 1.º Los contratantes. 2.º La cuestion ó controversia. 3.º La promesa. 4.º El juramento; aunque este no se admite por derecho comun (2).**

(1) L. 1, de ff. recep. et qui arb.

(2) Aut. Decernit. Cod. de recep. arb.

Cosas sustancia- Dos son las cosas esenciales del compromiso; 1.^a *La*
les de este contrato. *controversia ó la cuestion*, pues sin ella no habria lugar al
convenio. 2.^o *La pena*, la cual aunque en rigor no sea de esencia, sin em-
bargo se pone para que tenga efecto, y á fin de que por miedo de ella cum-
plan las partes lo prometido (1) (nn).

¿Quiénes pueden Pueden comprometer todos aquellos que tienen facultad de contratar y enajenar sus cosas; pues el compro-
comprometer? miso es un contrato, y por consiguiente los que no pueden contratar ni
enajenar, tampoco pueden comprometer.

¿Sobre qué co- Puede comprometerse sobre todas las cosas corporales
sas puede compro- é incorporeales, sensibles é insensibles, muebles é inmue-
metersse? bles, que pueden ser materia de juicio.

¿Sobre cuáles no No puede comprometerse: 1.^o Sobre causas criminales
puede comprome- cualesquiera que sean, á menos que en ellas se imponga
tersse? pena pecuniaria (2). 2.^o Sobre la libertad y la servidum-
bre, porque estas han de someterse á juicio. 3.^o Sobre el matrimonio. por el
peligro considerable del alma que en semejantes causas se controvierte, ade-
más de que no está en manos de las partes que el matrimonio sea ó no válido
(3). 4.^o Sobre conversion, no sea que por temor de la pena se aparte el hom-
bre del camino de la salvacion. 5.^o Sobre que uno abraza el estado religioso,
porque esta es una causa espiritual (4). 6.^o Sobre accion popular, porque el
conocimiento de estas pertenece á mas altos jueces (5). 7.^o Sobre accion pupi-
lar, porque si el compromiso se dirigiese á la enajenacion de cosa de al-
gun pupilo, que es inajenable, se necesitaria de decreto judicial para su
ejecucion (6). Y por regla general adviértase, que el compromiso solo se
admite en las causas concernientes á nuestros bienes y patrimonios.

(1) L. 2, ff. de recep. arb.

(nn) Hoy la pena es de esencia segun el art. 774 de la ley de enjuiciamiento civil. Lo es tambien el nombramiento de un tercero para el caso de discordia, y la fijacion de un plazo dentro del cual los árbitros y el tercero deban pronunciar la sentencia. Finalmente es esencial que el compromiso se formalice con escritura pública bajo pena de nulidad. Todas estas y otras exigencias de la ley de enjuiciamiento civil son imoderadas y no obedecen á ningun motivo de necesidad ni de utilidad.

Cuando los jueces nombrados hayan de fallar únicamente como arbitradores no es necesaria la pena, pero sí todas las demás circunstancias que se han dicho.

(2) Cap. 9, x. de integr. rest. l. 32, § 6, ff. de recep. arb.

(3) Dicho cap. 9, y cap. 11, x. de transacc. L. 32, § 7, ff. de recep. ar. 1.

(4) Cap. 3, 7, 9, 10 y 11, x. de transacc. cap. 5, x. de arb.

(5) L. 52, § 7, ff. de recep. arb.

(6) Arg. de la l. 12. Cod. de transacc. L. 35, ff. de recep. arb.

¿De cuántos modos se corrobora el compromiso?

De tres modos se afirma ó corrobora el compromiso. 1.º *Con la pena*, como cuando los contratantes estipulan mutuamente alguna pena en el instrumento, á fin de que por temor de ella cumplan lo prometido (1). 2.º *Con la aprobacion*, ó ratificación de las partes sea expresa ó tácita, y tambien con el juramento (2). 3.º *Con la entrega de la cosa*, como cuando se entrega aquello sobre que ha recaído la arbitracion.

¿De cuántos modos se acaba?

Se acaba y disuelve de siete modos: 1.º *Concluido el tiempo prefijado en el compromiso*, pues pasado este el árbitro carece de facultades, y las pretensiones de las partes permanecen en el mismo estado en que se hallaban antes de firmar el compromiso (3). 2.º *Con la perdida de la cosa*, esto es, si pereciere la misma sobre la cual se hizo el compromiso, porque entonces falta la materia de este. 3.º *Por la muerte de los comprometidos*, á menos que se espresase en el compromiso: *por nosotros y los nuestros*, porque de otro modo no se transmite, á no ser que haya recaído ya sentencia (4). 4.º *Por la muerte del árbitro*, por cuanto fué elegida su persona (5). 5.º *Si alguna de las partes infamare al juez*; pues no deben ser juzgados ni oídos por aquel á quien despreciaron. 6.º *Si el árbitro tuviere justa causa de recusacion*; pues en tal caso aun cuando sea admitida la arbitracion, no está obligado á pronunciar sentencia (6). 7.º *Si las partes quisieren litigar de comun consentimiento*, por cuanto se disuelve el vinculo con que estaban ligados.

¿Qué es árbitro?

Árbitro es: *aquel que se elige de consentimiento de las partes, y en quien se comprometen, bajo pena prometida por estipulacion, á fin de que por medio de esta se esté á su juicio y arbitrio.*

Explicacion.

Aquel que se elige de consentimiento de las partes, á diferencia de los juicios; porque el árbitro es voluntario como elegido por consentimiento de las partes, y al contrario el juez es persona necesaria. *Y en quien se comprometen*, escluyéndose á las mujeres que no pueden ser árbitras por estar privadas de todos los oficios civiles ó públicos (7), á menos que por derecho ó costumbre tengan jurisdiccion (8). *Bajo pena prometida por estipulacion*; pues si la pena no se promete por estipulacion, no puede pedirse,

(1) L. 2 y 11, § 2 y 27, ff. de recep. arb.

(2) L. 4 y 5, Cod. de recep. arb. l. 27, § 4, ibi, present. ff. de recep. arb.

(3) L. 1, Cod. de recep. arb.

(4) L. 27, § 1, ff. de recep. arb. cap. fin. x. de arb. L. 49, § 2, ff. del mismo tit.

(5) L. 45, ff. de recep. arb.

(6) L. 9, § 3, l. 32, § 14, ff. de recep. arb.

(7) L. ult. Cod. de recep. arb.

(8) Cap. 4, x. de arb.

porque la sentencia del árbitro no produce de derecho, accion ni escepcion. *Á fin de que por medio de ella se esté á su juicio y arbitrio*; pues la pena solo se pone en el compromiso para que los compromisarios estén á su juicio y arbitrio, y si no quisieren paguen la pena.

¿Quiénes pueden ser árbitros? Pueden ser árbitros todos los que no tienen impedimento ú obstáculo de derecho.

¿Quiénes no pueden serlo? No pueden ser árbitros: 1.º *La mujer*, porque el oficio de árbitro es público y varonil, de los cuales están escludas las mujeres; aunque bien pueden ser arbitradoras, porque el arbitrador solo conoce del hecho (ññ). 2.º *El monje y religioso*, á menos que sea por utilidad de su monasterio con prévio beneplácito de su superior; y la razon es porque se le considera como muerto (1). 3.º El mudo, sordo, furioso, demente, ébrio y ciego, por falta de razon y de consentimiento. 4.º El que haya cometido crimen de lesa majestad, y el siervo: aquel por el delito cometido, y este por la perdida libertad (2). 5.º El juez ordinario á quien corresponde el conocimiento de aquella cosa que se compromete, para que no se entienda que abusa de su jurisdiccion; pero bien puede ser arbitrador (3); lo cual se ha corregido por derecho canónico (4). 6.º Cualquiera persona en cosa suya, pues nadie puede ser juez en causa propia; por cuanto no se puede mandar á sí mismo ni prohibirse cosa alguna. 7.º El menor de veinte y cinco años (5).

¿Qué es arbitrador? Arbitrador es: *aquel que amistosamente debe dirimir ó resolver las pretensiones de los interesados, mas bien de hecho que de derecho, y sin observar trámites judiciales ó legales.*

NOTA.— Por derecho municipal de Cataluña nace accion y escepcion de la sentencia de los árbitros y arbitradores, y esta se lleva á ejecucion no obstante cualesquiera escepciones, con tal que las partes renuncien á todo recurso y arbitrio de buen varon (6) (oo).

(ññ) Tampoco hoy puede ser arbitradora la mujer segun la ley de enjuiciamiento civil. No vemos razon alguna para esta prohibicion. Cuestiones hay, por ejemplo la admision de una labor mujerial, en que las mujeres serian mas competentes que los hombres para decidir en calidad de arbitradoras.

(1) Canc. 35, caus. 16, q. 1.

(2) L. 9, § 1, ff. de recep. arb.

(3) L. 9, § 2, ff. de recep. arb.

(4) Cap. 7 y 19, x. de recep. arb. cap. 21, x. de prob.

(5) L. 41 y 51, ff. de recep. arb.

(6) Cons. 5, lib. 2, tit. 15, de arbitres Canc. Var. 1, cap. 21.

(oo) Cuando en el compromiso se han nombrado árbitros, estos eligen un Escribano, y con su intervencion instruyen un proceso en la misma forma que se hace en los Tribunales recibiendo los escritos de las partes y las pruebas con las mismas formalidades: en

TITULO 2.º

DE LA PAZ.

¿Qué es paz? Paz es: término ó fin de discordia que se consigue por medio de la concordia y la reconciliacion ó avenimiento.

¿Cuántas son sus especies? Hay dos especies de paz, á saber: *pública*, y es la que se hace entre ciudades y ejércitos; y *privada*, la que se hace entre los particulares ó privadas personas.

¿Cuántos artículos comprende el instrumento de la paz? El instrumento de la paz contiene cinco artículos. 1.º *Los contratantes*. 2.º *La paz y concordia*. 3.º *La promesa de tener por firme lo pactado*. 4.º *La pena con reparacion de daños y obligacion de bienes*. 5.º *El juramento*.

Cosas sustanciales de este contrato. Dos son las cosas esenciales en la paz. 1.ª *La discordia anterior*. 2.ª *El fin de ella por medio de la paz y concordia*.

¿Quiénes pueden hacer la paz y sobre qué cosas? Pueden hacer paz todos aquellos que pueden celebrar otros contratos, porque la paz es tambien un contrato. Se celebra sobre todas y cualesquiera desavenencias, ódios y males voluntades que haya entre los interesados.

¿De cuántos modos se afirma ó corrobora? La paz se afirma y corrobora de cinco modos. 1.º *Con la pena*, como cuando se impone en el instrumento para que las partes cumplan lo prometido ó de lo contrario incurran en la pena. 2.º *Con el juramento*, porque este es un vínculo para obligar á las partes á que estén por lo convenido. 3.º *Interviniendo ósculo*, pues por este medio manifiestan las partes haberse perdonado todas las injurias. 4.º *Con el matrimonio*, como cuando alguno tiene desavenencia ó enemistad con otro, y uno de los dos se casa con la hija ó hermana del contrario; pues con esto dá á entender que perdona todos sus resentimientos. 5.º *Con fiadores*, como cuando se promete guardar la paz dándose fiadores.

el proceso se dicta la sentencia, que notifica el Escribano. Cuando se nombran arbitra- dores no se observa forma de juicio, las pruebas se reciben verbalmente y los arbitra- dores dictan la sentencia por ante Notario, que la estiende en su protocolo, y despues de puesta la diligencia de publicacion, la notifica.

Los arbitra- dores se llaman vulgarmente amigables componedores, que es el nombre con que los ha designado la ley de enjuiciamiento civil.

¿De cuántas clases es la pena impuesta al que quebranta la paz?

La pena que se impone al quebrantador de la paz es de tres maneras. 1.^a *Legal*, que se impone por ley ó estatuto. 2.^a *Criminal*, que se impone segun el crimen ó delito. 3.^a *Convencional*, que se pone de voluntad de las

partes.

NOTAS.—1.^a La paz no pasa á los herederos, á menos que así se espresé; pues el que hace la paz solo se entiende prometer por sí mismo.

2.^a En el instrumento de la paz no debe hacerse mencion del crimen, ni de aquel que le cometi6, pues pudiera procederse judicialmente contra el reo.

¿Qué es tregua? Tregua es: *seguridad dada á las personas y cosas durante cierto tiempo, y cuando aun no está acabada la discordia.*

¿Qué es suspension de hostilidades? Suspension de hostilidades es: *un convenio hecho por corto tiempo de no provocar la guerra (1).*

TITULO 3.^o

DE LA SOCIEDAD Ó COMPAÑÍA.

¿Qué es sociedad? Sociedad es: *un contrato sobre cosa licita, celebrado entre dos ó mas personas, encaminado á adquirir mayores beneficios y ganancias.*

Esplicacion. *Contrato sobre cosa licita*, pues si se hiciere sobre cosa ilícita ó torpe, como sobre hurto, adulterio ú otras cosas semejantes, no sería válido, y tal sociedad se reputaria como nula; pues no hay comercio sobre tales cosas por ser contra las buenas costumbres (2). *Celebrado entre dos ó mas personas*; porque la sociedad sólo puede contraerse entre dos ó mas, siendo contra la naturaleza de este contrato que uno solo contraiga ó se obligue, en razon de que es obligatorio reciprocamente. *Encaminado á adquirir mayores beneficios y ganancias*; puesto que por la industria y gestiones de un socio se proporciona el otro mayor ganancia; y así es que á veces mas aprovecha la industria de un socio que el dinero de otro.

(1) Canc. part. 2, cap. 11.

(2) L. 57, ff. pro socio.

¿Cuántas especies hay de sociedad? Hay dos especies de sociedad, á saber: 1.^a *Universal*, esto es, de todos los bienes y negocios. 2.^a *Especial ó particular*, para alguna negociacion; v. g. de comprar ó vender vino, aceite, etc. (1) (pp).

¿Cuántos artículos comprende el instrumento de sociedad? El instrumento de sociedad abraza cuatro artículos. 1.^o *Los contratantes*. 2.^o *Las cosas acerca de las cuales suelen ponerse diferentes pactos*. 3.^o *Mutua promesa*. 4.^o *La cláusula general*.

¿Cuántas cosas se consideran en la sociedad? Dos cosas se consideran en la sociedad. 1.^a El lucro, esto es, lo que resulta liquido, deducidos gastos. 2.^a El daño que resulta, satisfechos y pagados los gastos.

Cosa propia de la naturaleza de este contrato. Propio de la naturaleza de la sociedad es que entre las partes se guarde aquello que espresamente estipularon (2).

¿De cuántos modos se contrae? La sociedad se contrae de siete modos. 1.^o *Acerca de todos los bienes*, como cuando los socios pactan que todos los bienes sean entre ellos comunes, en cuyo caso se entienden tambien comprendidos los bienes futuros adquiridos por cualquier título, sea oneroso ó lucrativo; pero si se contratare generalmente sin hacer mencion de todos los bienes, entonces solo se entienden comprendidos los que provienen de ganancia ú obra personal (3). 2.^o *Sobre una sola negociacion*, como cuando especialmente se contrata acerca de vinos, granos, aceite, etc. (4). 3.^o *Sobre*

(1) Instit. de socio.

(pp) Hay otra especie de sociedad denominada *general*, en la cual se comprende todo lo que los socios adquieren por su trabajo ó industria. A esta especie pertenece la *sociedad conyugal* que tiene lugar entre los esposos en Castilla por disposicion de la ley, en la cual todo lo que se adquiere durante el matrimonio por cualquiera de los consortes pertenece á ambos por mitad, estando bajo la administracion del marido, quien lo aplica á las necesidades del matrimonio, y disuelto este se verifica la división de los gananciales resultantes de la liquidacion que se practica entre el consorte sobreviviente y los herederos del consorte difunto.

No existiendo en Cataluña la sociedad conyugal, á no ser que espresamente se pactare, la mujer no contribuye sino con el dote á las cargas del matrimonio, que pesan esclusivamente sobre el marido. Cada cual de los esposos dispone libremente de sus bienes y de los frutos resultantes de los mismos, pues no estando asociados en cuanto á intereses, se reputan respecto á ellos como personas estrañas. Esta doctrina la conocen muy bi en las mujeres del pueblo, sobre todo de la clase labradora, celosas en extremo de sus derechos en los frutos de los bienes parafernales.

(2) Instit. en este tit. § 1.

(3) L. 1, § 1. L. 3, § 1, ff. pro socio. L. 7 y sig. del mismo tit. L. 52, § ult. del mismo tit. L. 39, § 3, ff. fam. et sisc.

(4) Instit. en este tit. L. 52, § 5, ff. pro socio.

una cosa solamente, cuando se celebra contrato de comprar ó vender alguna cosa, por ejemplo un rebaño, una casa, etc., sin que se estienda la sociedad á otro negocio mas que á este, en cuyo caso solo se entiende hecho el convenio sobre dicha cosa. 4.º *Para cierto tiempo*, como si entre los socios se designare un tiempo fijo, v. g. hasta diez años. 5.º *Perpetuamente*, como cuando entre los socios no se designa tiempo. 6.º *Puramente*, á saber, cuando no se pone tiempo ni condicion en la sociedad. 7.º *Bajo condicion*, por ejemplo, estableceremos sociedad si llegare la embarcacion (1).

¿Quiénes pueden contraerla y sobre qué cosas? Pueden contraer sociedad todos los que en otras cosas ó negocios pueden consentir, obligarse y hacer contratos, y se celebra la sociedad sobre todas aquellas cosas que pueden de otro modo enajenarse y ser objeto de contrato.

¿Á qué está obligado un socio respecto del otro? Un socio está obligado respecto del otro á cinco cosas. 1.ª *Á observar lo prometido*, esto es, los pactos celebrados entre ellos. 2.ª *Á ser responsable del dolo*. 3.ª *Á serlo tambien de la culpa lata ó gravísima*. 4.ª *Y de la culpa leve*. 5.ª *Á dar cuenta de su administracion* (2).

¿Cómo se perfecciona la sociedad? La sociedad se perfecciona con solo el consentimiento no necesitándose segun su esencia la entrega ó presencia de la cosa, como en el contrato de mutuo, sino solo de que se ponga el arte, la industria, el dinero ó lo demás que deba traerse á la sociedad segun lo estipulado (3).

¿Cómo se disuelve? Se disuelve de siete modos. 1.º *Por el disenso mutuo*, esto es, si las partes desean de mutuo consentimiento separarse de la sociedad, por la razon de que la disolucion de todo contrato se hace por el mismo medio con que se entabló (4). 2.º *Con la renuncia de un socio, siempre que esta no sea dolosa, fraudulenta é intempestiva*; pues no se ha de abrir campo á la malicia de los hombres; y esto tiene lugar aun cuando desde el principio mediase convenio de que haya de durar la sociedad perpetuamente (5). 4.º *Por muerte de uno de los socios*, para que no se obligue á uno á ser socio de otro contra su voluntad; pues en este contrato se busca ó elige la industria y fé personal (6). 4.º *Acabado el negocio para que se estableció la sociedad*; pues entonces falta la materia de ella, y obtenido el fin

(1) L. 1, ff. pro socio. L. 6, Cod. del mismo tit.

(2) Instit. en este tit. § fin.

(3) L. 4, ff. pro socio.

(4) Instit. de societ. § 4.

(5) L. 14, ff. del mismo tit.

(6) Instit. de soc. § 5.

cesan los medios, lo cual procede en la sociedad especial, pero no en la universal (1); y asimismo si la sociedad se hubiere contraído para determinado tiempo, cesa concluido que sea este (2). 5.º *Por la pérdida de la cosa*; pues sin esta no puede ejercerse la sociedad (3). 6.º *Con la publicacion*; esto es, si se publicaren ó confiscaren todos los bienes de un socio; pues como suceda otro en su lugar, cual es el fisco, se le tiene por muerto; no obstante si solo se confiscase una parte, subsiste la sociedad respecto de los demás bienes (4). Tambien se acaba la sociedad por la *Capitis diminucion* máxima y media (5). 7.º *Por la cesion de bienes*, como si alguno de los socios sobrecargado de deudas, hiciere cesion de bienes; porque dejan de existir, y sin ellos no puede haber sociedad, como ya se ha dicho (6).

NOTAS.—1.ª Si convinieren dos socios que uno solo sufra el daño, y otro perciba todo el lucro, no será válido este pacto por ser contrario á la sociedad, la cual en tal caso se llama *Leonina*, y como inútil se desecha, siendo injustísimo que uno solo padezca el daño sin esperar ganancia alguna (7).

Esta denominacion de *Leonina* se tomó de una fábula de *Esopo*, en que el leon despues de una cacería hecha en comun con la zorra repartia con esta lo cazado de una manera que él se quedaba con toda la presa, reservando apenas una escasísima porcion á la raposa. Sin embargo valdrá esta sociedad si uno hubiere de percibir dos terceras partes de lucro y la otra de daño; porque á veces la industria de algunos es tan útil en la sociedad que es muy justo admitirlos en ella bajo mejores condiciones (8). Tambien vale en la sociedad el convenio de que uno ponga dinero y el otro no, y que la ganancia sea comun, pues á veces la industria de uno vale tanto como el dinero de otro (9).

2.ª Si entre los socios no se hubiere pactado cuáles sean las partes de ganancia y daño que hayan de corresponder á cada uno, se hará entre ellos una reparticion igual, deducidos los capitales, á prorata del que haya puesto cada uno en la sociedad (10) (qq)

(1) Instit. de soc. § 6.

(2) L. 65, § 6, ff pro socio.

(3) L. 63, § fin. ff pro socio.

(4) Instit. de societ. § 7.

(5) L. 4, § 1, l. 63, § ult. ff. pro socio.

(6) Instit. de societ. § 8.

(7) L. 29, § 2. ff. pro socio.

(8) Instit. de soc. § 2.

(9) L. 29, § 1, ff. pro socio.

(10) Instit. de soc. § 1.

(qq) Pertenece al contrato de sociedad la concesion de una heredad ó porcion de tierra á partes de frutos, v. g. al tercio, al cuarto, al quinto para el dueño, que se conoce con el nombre de *parceria*. El dueño y el colono, que se llama *parcero*, forman sociedad: el dueño pone en ella su capital, que es la tierra, y el colono su industria, y se reparten las ganancias de la manera convenida.

3.ª Finalmente se ha de saber que á veces se pacta entre los socios, cuando se trata de ganados, que uno ponga el capital y otro la debida diligencia para apacentarlos y custodiarlos, y despues á su tiempo (deducido el capital que siempre debe quedar á salvo) se dividen los frutos y la ganancia igualmente entre ellos. De este contrato tratan *Rolandino*, cap. 5. *Comes*, *Arte de notaria* cap. 25, n. 32, fol. 307. *Rolandino* llama á este contrato *Socida*; y *Comes*, *Soccita* (*) (rr).

(*) Las sociedades mercantiles deben reducirse á escritura pública, y registrarse en el registro público de comercio. Arts. 22 y 284 del Código de Comercio.

(rr) La *Soccita* puede contraerse *ad salvum caput*, y *ad salvum capitale*. Verifícase del primer modo cuando se deducen para la particion los animales entregados por el dueño al pastor y sólo entran en el reparto los frutos y los fetos. Se realiza del segundo modo cuando los animales se valoran al entregarse al pastor, y al tiempo de la particion entra en el reparto todo lo que escede del valor entregado. Se entiende por frutos de los animales la leche, el pelo, la lana, el queso y tambien los fetos. De este contrato tratan estensamente *Rolandino*, *Comes*, *Costa*, *Balmaseda*, *Romaguera*, *Paciano* y otros.

Las sociedades mercantiles pueden ser de tres clases: regulares, en comandita y anónimas. Sociedad regular colectiva es aquella en que varias personas ponen sus capitales, distribuyéndose entre ellos las ganancias y pérdidas en la forma que hayan convenido y sino á proporcion del capital que cada uno ha puesto en la compañía, como se verifica en las sociedades de derecho comun. Sociedad en comandita es aquella en que una ó varias personas ponen los capitales y otra ú otras los manejan en su nombre particular: los primeros se denominan socios comanditarios, y los segundos socios gestores ó gerentes. Sociedad anónima es aquella cuyo capital se forma por acciones para destinarlo á determinados objetos, y es regida por una Junta Directiva elegida por los accionistas, que se renueva periódicamente segun lo que disponen los Estatutos y Reglamentos formados por los socios al constituirse la sociedad.

La sociedad regular colectiva lleva el nombre de uno ó mas de los socios que la componen, y á esto se llama *razon social*. Las sociedades anónimas no tienen razon social, y son conocidas por un nombre arbitrario, relacionado con el objeto que se propone la sociedad.

Toda sociedad mercantil debe contraerse ó por tiempo fijo ó por objeto determinado, y debe contener el pacto de la sujecion al juicio de árbitros de las diferencias que ocurran entre los socios.

En las sociedades mercantiles puede pactarse que pasen á los herederos de los socios. Las anónimas pasan á los herederos sin necesidad de pacto, pues las acciones no caducan por muerte ni renuncia de su poseedor: por muerte pasan á sus herederos, y por renuncia vuelven á la sociedad, que tiene el derecho de venderlas á otro ó de amortizarlas.

El término para presentar en el registro público de comercio las escrituras de sociedad mercantil es el de quince dias, y así debe advertirlo el Notario á los contrayentes.

Puede haber sociedades anónimas que no sean mercantiles, y entre ellas citarémos las que se llaman *sociedades especiales mineras*, que se verifican con el objeto esclusivo de explotar una mina, y por lo tanto sin señalamiento de tiempo, y sus estatutos deben presentarse al Gobernador civil de la provincia para su aprobacion.

TÍTULO 4.º

DE LA DIVISION.

¿Qué es division? **Division es: separacion de cosas comunes.**

Explicacion. **Separacion; pues cualquiera de los divisores se hace dueño de la cosa dividida (1). De cosas comunes, pues la division solo tiene lugar en cosas comunes (2).**

¿Cuántos artículos comprende el instrumento de division? **El instrumento de division abraza cuatro artículos. 1.º Los contratantes. 2.º Las cosas. 3.º La mutua promesa. 4.º La cláusula general.**

Cosas sustanciales de la division. **Dos son las cosas esenciales de la division. 1.ª La cosa dividida. 2.ª La entrega ó estipulacion.**

Cosa propia de este contrato. **Propio de la naturaleza de este contrato es, que cualquiera se hace señor de la cosa que le cupo como parte.**

¿De cuántos modos se hace? **La division puede hacerse de siete modos. 1.º De comun consentimiento; como cuando sin litigio ni discordia se procede amigablemente á la division (3). 2.º Por via de juicio; como cuando hay dos socios, y uno administra mal los bienes de la sociedad (4). 3.º Por via de compromiso; por ejemplo cuando son dos hermanos que no están acordes, y de comun consentimiento eligen un árbitro que corte ó resuelva la discordia (5). 4.º Por suertes; como cuando los socios sortean la parte que ha de corresponderles (6). 5.º Por apreciadores; esto es, cuando los interesados eligen árbitros para que aprecien la parte correspondiente á cada uno. 6.º Por medio de testador; como cuando este divide los bienes entre los suyos, por cuanto puede dar lo que quiera á quien se le antoje, ó si dijere en el testamento que están divididos los bienes (7). 7.º Por licitador; como cuando la cosa no puede dividirse, y uno toma para sí dando al otro dinero por la parte que le corresponde (8).**

(1) L. 1, cod. comm. utriusque judic.

(2) L. 1, ff. comun divit.

(3) L. ult. cod. comm. div. L. 1, cod. comm. utriusque judic.

(4) Leyes cit. ff. y cod. comm. div. et famil. ercise.

(5) L. pen. cod. com. div.

(6) Perez al tit. cod. comm. utriusq. jud. n. 6.

(7) Arg. de la l. 10, comm. cod. utriusq. jur. Perez en el lugar cit. n. 7.

(8) L. 3, cod. com. div.

¿Quiénes pueden dividir?

Pueden dividir aquellos que tienen facultad de contratar y enajenar sus cosas, con tal que los bienes sean comunes entre ellos.

¿De qué cosas se hace la división?

La división se hace de todas las cosas corporales é incorporales, muebles é inmuebles, presentes y futuras, á menos que sean tales que no puedan dividirse cómoda ni útilmente en partes, en cuyo caso han de apreciarse, como caballos, bueyes, etc. (1).

NOTAS.—1.^a El menor no puede proceder á la división á menos que sea provocado por otro para hacerla, pues si no lo fuese, la división sería voluntaria y no necesaria, como debe ser. Cuando es provocado, si el menor fuere infante, puede su tutor dividir en su nombre; pero si fuere púber, puede dividir consintiéndolo el curador si le tiene, y si no le tuviere podrá hacer por sí mismo la división, la cual será válida con tal que jure y renuncie la auténtica del emperador Federico, *Sacramenta puberum* (ss).

2.^a El que tiene una cosa en comun con la Iglesia, puede invitarla ó escitarla á hacer división; pero á ella no es concedida esta facultad por la susodicha razon de los menores.

3.^a El hijo de familias no puede provocar á ninguno para hacer división del peculio adventicio que tiene en comun con otro, á menos que el padre consienta en ello. Lo contrario sucede en el peculio castrense y cuasi castrense, para cuya división no necesita la licencia del padre.

4.^a No pueden hacer división el mudo y el sordo por falta de capacidad para ello; tampoco pueden provocarse mutuamente dos hermanos menores de catorce años para hacer división, á causa de la menor edad; y solo les queda el recurso, si tienen bienes comunes y desean proceder á la división, de que sus tutores lo ejecuten con autoridad y decreto del juez. También se requiere el decreto y autoridad de éste, cuando son dos ó mas los que poseen en comun una finca dotal y quieren hacer división de ella (2).

(1) L. 7, § ult. ff. comm. divit. L. 3, cod. del mismo tit.

(2) L. 8, cod. comm. utriusq. jud.

(ss) Según lo que espone el autor las escrituras de división en que hay algun menor interesado, que otorga el contrato provocado por un mayor de edad, no necesitan decreto judicial. Es doctrina comun de todos los tratadistas catalanes, y se observa en la práctica aunque la división deba hacerse vendiendo la finca por no ser cómodamente divisible y repartiéndose el precio. Esta doctrina y la costumbre que la sanciona se fundan en que la comunión es odiosa y por lo mismo no puede prohibirse la división, antes bien si uno de los comuneros la pide los demás están obligados á hacerla, por lo cual el que divide provocado obra por necesidad y verifica un acto que no puede resistir y al cual el Juez no podría negar su aprobación, que por lo mismo se considera innecesaria. Respecto á la lesión que el menor podría experimentar, para evitarla están sus tutores y curadores, y por otra parte tiene el beneficio de su menor edad, bien que en Cataluña si es púber puede renunciarlo con juramento.

5.^a No puede dividirse el derecho de patronato del beneficio eclesiástico por estar anexo á cosas espirituales, y por lo tanto ni aun puede recibirse por él dinero que provenga de division: así que debe permanecer en comun y las presentaciones de él suelen hacerse alternativamente por pacto; de modo que si admite alguna division se reduce solamente á que los patronos usen alternativamente, ó cuando les toque la vez, del derecho de patronato (1) (tt).

(1) Clem. 2, de jur. patron.

(tt) Cuando hay escrituras que interesan á todos los partícipes en la division, deben quedar en poder del que tenga mas edad, á no ser que entré ellos hubiere algun Doctor ó Licenciado en leyes ó Escribano ó Notario, en cuya caso se dejan en su poder como mas inteligente en la materia, pero con la condicion de exhibirlas á los demás cuando las necesitaren y permitir que las utilicen para la defensa de su derecho.

Se hacen divisiones con equivalencia cuando lo que se adjudica á uno de los partícipes vale mas que lo que se entrega al otro: en este caso el primero entrega al segundo la diferencia en metálico.

Es necesario no confundir la division con la promesa de dividir. La primera consiste en la separacion actual de las cosas comunes, en la entrega efectiva á cada partícipe de lo que se le adjudica: como el contrato queda perfeccionado y consumado á la vez, no emana del mismo accion personal, y mas bien que contrato es un hecho. La promesa de dividir pertenece al contrato de estipulacion ó promesa, antiguamente verbal, ahora consensual: se perfecciona con el consentimiento y se consuma con el hecho de la division.

CAPÍTULO VII.

DE LA ADOPCION Y ARROGACION.

DIVIDIDO EN TRES TÍTULOS.

Tít. 1.º *De la adopcion y ar-*
rogacion.

Tít. 2.º *De la emancipacion.*
Tít. 3.º *De la procuracion.*

TÍTULO 1.º

DE LA ADOPCION Y ARROGACION.

¿Qué es adop-
cion?

La adopcion es: *acto legitimo por el cual se recibe por hijo al que realmente no lo es, imitando asi la filiacion natural.*

Explicacion.

Acto legitimo; porque la adopcion fué introducida por derecho civil. *Por el cual se recibe por hijo, etc.*; dándose á entender con esto que nadie puede adoptar á su propio hijo. *Imitando asi la filiacion natural*; pues la adopcion es como émula de la naturaleza y se pone en lugar de la filiacion ó generacion legitima; porque así como del matrimonio legítimo nacen hijos naturales y legítimos, á este modo por la adopcion se hacen legítimos solamente (1).

¿Cuántas especies
hay de adopcion?

La adopcion es de dos maneras: 1.ª Cuando el hijo (después de emancipado su padre natural y legítimo) se dá en adopcion al abuelo paterno ó materno. 2.ª Cuando se dá á una persona estraña, en cuyo caso no se disuelven los derechos del padre y nada pasa al padre adoptivo, ni aun está bajo la potestad de este, segun el derecho de Justiniano (2).

(1) Instit. en este tit. al princ. y en el § 4.

(2) Instit. de adop. § 1 y 2. L. pen. Cod. de adop.

¿Cuántos capítulos comprende el instrumento de adopción? El instrumento de adopción contiene dos capítulos: 1.º *La adopción*. 2.º *El decreto del juez*.

¿Cómo se hace? La adopción se hace con voluntad de cuatro personas, á saber, del padre legítimo y natural, del hijo adoptivo, del padre adoptante, del juez que la autoriza (1).

Sus efectos. Dos son los efectos de la adopción. 1.º Que si el hijo de familias se dá en adopción á una persona estraña, no pasa á la potestad del adoptante, ni se disuelven de modo alguno los derechos del padre natural, ni pasa derecho alguno al padre adoptivo, y solo consigue que se llame hijo suyo el adoptado, y sea admitido este á su legítima sucesión si el padre adoptivo muriese intestado. 2.º Si fuere dado en adopción el hijo, no á una persona estraña sino al abuelo paterno ó materno (emancipado antes el padre natural y legítimo) entonces pasa á la potestad del padre adoptivo; pues en tal caso concurren en una misma persona los derechos naturales y los de adopción, consiguiéndose así que el nieto concorra á la división de los bienes del padre adoptante como los demás hijos legítimos y naturales (2).

¿Qué es arrogación? La arrogación se define y esplica del mismo modo que la adopción, con la sola diferencia de que la adopción se hace de los hijos de familia, y la arrogación del padre de familias, ó de aquel que no está sujeto á la potestad de otro (3).

¿Cuántos artículos contiene el instrumento de arrogación? El instrumento de arrogación comprende dos artículos. 1.º *La arrogación*, 2.º *El decreto del juez que la autoriza* (uu).

Sus efectos. Tres son los efectos de la arrogación: 1.º No solo el arrogado sino también sus hijos y bienes pasan á poder del arrogador, entendiéndose en cuanto á los bienes el usufructo de ellos; pues la propiedad permanece en el arrogado, como sucede en los demás bienes adventicios (4). La razón porque pasan los hijos del arrogado á la potestad del arrogador es, porque quien está en poder de otro no puede tener á nadie bajo el suyo. 2.º El arrogado tiene el derecho de suceder por testamento y abintest-

(1) L. 5 y sig. ff. de adop. Instit. quib. mod. jus. patr. potest. solv. § 8.

(2) Instit. en este tit. § 2, 3 y 11, Instit. de adquis. per adrog. § 8. Instit. quib. mod. jus. patr. pot. etc.

(3) Instit. en el mismo tit. § 1.

(uu) En España debe preceder licencia Real á la arrogación, y regularmente se manda verificarla en presencia del Juez de primera instancia.

(4) Instit. de adq. per adrog. § 2.

tato. 3.º Tiene tambien el derecho de alimentos en los bienes del padre arrogador durante la arrogacion, mas no despues de acabada esta (1).

¿Quiénes pueden adoptar? Pueden adoptar y arrogar todos aquellos á quienes no está vedado por la ley ó la naturaleza.

¿Quiénes no pueden? No puede adoptar ni arrogar por defecto de naturaleza, *el menor al mayor de edad*; porque la adopcion y la arrogacion imitan á la naturaleza, y parece monstruoso que el hijo sea mayor que el padre. Así que es necesario que el adoptante ó arrogador tenga diez y ocho años mas que el adoptado ó arrogado; pues aun cuando antes de esta edad puede un hombre engendrar, es raro sin embargo, y las leyes se acomodan á lo que comunmente sucede. Tambien se prohíbe el adoptar ó arrogar á aquellos que tienen imposibilidad de engendrar, cuales son los castrados (2), debiéndose notar que de estos se dice imposibilitados por *naturaleza* para adoptar, no porque el derecho natural se lo prohiba, sino porque tienen impedimento natural.

¿A quiénes se lo prohíbe la ley? Por la ley tienen prohibicion de adoptar ó arrogar, 1.º *Las mujeres*; porque ni aun tienen bajo su potestad á los hijos naturales: sin embargo por gracia del Príncipe y para consolarse de los hijos que hayan perdido pueden adoptar (3). 2.º *El menor de sesenta años*; por cuanto debe ocuparse en la procreacion de los hijos naturales (4). 3.º *El que tiene á su cargo la tutela ó curadoria de otro*; por sospecha de fraude, mayormente si el que haya de arrogarse fuere menor (5) (vv).

¿Quiénes pueden ser adoptados? Pueden ser adoptados los hijos de familias, aun cuando sean infantes sin rescripto, porque en la adopcion basta el consentimiento tácito de adoptar (6).

¿Quiénes pueden ser arrogados? Pueden ser arrogados los padres de familias ó que no están sujetos á la potestad de otro, como tambien los impúberes con prévio conocimiento de causa, en cuyo caso el arrogador debe responder á una persona públicamente autorizada, y por medio de

(1) Instit. en el mismo tit. § 2.

(2) Instit. de adop. § 4 y 9.

(3) § 10, de la Instit. de adop.

(4) L. 15, § 2, ff. de adop.

(5) L. 17, ff. de adop.

(vv) Pueden adoptar los célibes. En cuanto á los Clérigos por una ley del Fuero Real se les prohíbe adoptar; pero como esta ley no rige en Cataluña, y en el derecho romano no hay ninguna que les permita ni prohiba semejante contrato, algunos Autores opinan que les es permitido.

(6) L. 5 y 42, ff. de adop.

fiadores, que si el arrogado muriese impúber, restituirá sus bienes á aquellos á quienes corresponderia la sucesion en ellos si no hubiese sido hecha la arrogacion (1).

¿En qué convienen la adopcion y arrogacion? La adopcion y la arrogacion convienen en tres cosas: 1.^a En que una y otra fueron introducidas por derecho civil. 2.^a En que una y otra debe hacerse ante el juez para su validacion. 3.^a En que ni una ni otra puede hacerse por procurador; pues deben hallarse presentes los que son adoptados ó arrogados (2): creo sin embargo que hoy se admitiria procurador con poder especial.

¿En qué se diferencian? Se diferencian en cuatro cosas. 1.^a La adopcion se hace del hijo de familias, y al contrario la arrogacion del padre de familias, ó del que no está sujeto á la potestad del otro. 2.^a La adopcion se hace ante cualquier juez; mas la arrogacion delante del emperador, rey ó lugarteniente, ú otro juez que tenga privilegio del mismo. 3.^a La adopcion se hace á voluntad de cuatro personas, y la arrogacion de tres solamente. 4.^a El hijo adoptado no pasa á la potestad del padre adoptante á menos que sea de los suyos: y al contrario el arrogado pasa á la potestad del arrogador.

NOTA.—El que hubiere sido adoptado ó arrogado, no puede serlo por otra persona; porque no puede estar á un tiempo bajo la potestad de muchos (xx).

TÍTULO 2.º

DE LA EMANCIPACION.

¿Qué es emancipacion?

EMANCIPACION es: *relajacion ó liberacion de la patria potestad hecha ante juez competente.*

Exposicion.

Relajacion de la patria potestad, pues por la emancipacion se disuelve el derecho de patria potestad que tiene el padre en el hijo y

(1) Instit. en este tit. § 3.

(2) La penúlt. cod. de emanc. liber y alli la glos.

(xx) La adopcion y arrogacion de que aquí se trata es la que se llama de derecho civil por haberla introducido los romanos. No esta en uso en España: en su lugar se verifican adopciones de niños de corta edad en la forma primitiva ó sin las solemnidades del derecho comun. Las adopciones de espósitos se hacen segun la ley de 6 de Febrero de 1822, que prefiija sus reglas.

el abuelo en el nieto (1), (*). *Hecha ante juez competente*; pues si no se ejecuta así no es válida (2).

¿Cuántos artículos comprende? El instrumento de emancipacion contiene cinco artículos. 1.º *Los contratantes*. 2.º *La emancipacion ejecutada*. 3.º *La cosa dada en honor de la emancipacion*. 4.º *La promesa de legítima defensa y de tener por firme y valedero lo ejecutado*. 5.º *La interposicion del decreto* (yy).

¿Cómo se hace? Se hace la emancipacion de voluntad de tres personas, á saber: 1.ª Del emancipador, pues á nadie debe obligarse á emancipar una cosa suya. 2.ª Del hijo emancipado; pues el beneficio no debe hacerse á uno contra su *voluntad*. 3.ª Del juez que autoriza (3).

¿Quiénes pueden emancipar? Pueden emancipar los varones que tienen hijos; y así se escluyen las hembras, aunque sean independientes ó *sui juris*, porque no tienen hijos bajo su potestad (4).

¿Quiénes pueden ser emancipados? Pueden ser emancipados aquellos que son de la línea de los descendientes, y están bajo la potestad de los ascendientes con tal que sean impúberes; pues los infantes no pueden ser emancipados por cuanto no tienen discernimiento alguno, y no pueden prestar su consentimiento, siendo así que el que ha de emanciparse, debe por lo menos no contradecir (5); entendiéndose de aquel que puede prestar su consentimiento y no de otro modo. No obstante la l. penúlt. del Cód. en el tit. *De emancipat.* da á entender con bastante claridad que los infantes pueden ser emancipados.

¿En qué caso debe el padre emancipar al hijo? El padre está obligado á emancipar al hijo en tres casos: 1.º Si el impúber fuere adoptado y despues de la pubertad probare que la adopcion ha sido para él inútil ó dañosa (6). 2.º Si el padre recibiere el legado que le hubieren hecho con

(1) Instit. quib. mod. jus. patr. pot. § 6.

(*) El abuelo en el nieto no tiene ahora patria potestad segun se dijo al tratar de las diferencias de personas.

(2) Instit. dho. § 6.

(yy) En España en virtud de la ley de 14 abril de 1838 se necesita licencia Real para poder verificar una emancipacion, y antes debe instruirse expediente en la Audiencia del territorio justificando el interesado las causas de la emancipacion, y con el informe del Tribunal se eleva el expediente al Gobierno. Debe asimismo pagarse el impuesto que se denomina de gracias al sacar.

(3) Instit. d. § 6.

(4) Instit. de adop. § 10.

(5) Instit. d. § 6.

(6) L. 32 y 55, ff. de adop. et emanc.

la condicion de emancipar al hijo ; pues entonces debe cumplirlo (1). 3.° Si el padre tratare con esceseivo rigor al hijo; ó le obligue á pecar ó delinquir por ejemplo á hurtar siendo varon, ó á vivir deshonestamente siendo hembra; por quanto se hace indigno del mando el que abusa de él (2). A los dichos se añade el caso espreso en la Nov. citada al pié (3), á saber , si el padre contrajere matrimonio incestuoso. Fuera de estas causas y acaso de otras semejantes, no se obliga al padre á emancipar á su hijo (4).

NOTA.—Aunque por los modos referidos se disuelve la patria potestad, no por esto cesa la obediencia y respeto que por derecho natural se debe á los padres, el cual nunca puede abolirse por el derecho civil (5).

Efectos de la emancipacion. Tres son los efectos de la emancipacion. 1.° El emancipado se hace independiente ó *sui juris*, en términos que puede contratar civilmente con el padre, y llamarle á juicio; pidiendo antes y obteniendo la vénia debida por el respeto; y asimismo tiene facultad de enajenar, testar, y ejecutar todas las demás cosas que puede hacer un ciudadano romano; pero por derecho de Cataluña (6) el hijo emancipado menor no puede hacer actos obligatorios sin consentimiento del padre. 2.° Todo lo que el hijo emancipado adquiere por cualquiera causa, lo gana para sí en propiedad y usufructo. 3.° Por la emancipacion adquiere el hijo la mitad del usufructo de los bienes adventicios, y la otra mitad se debe al padre en premio de la emancipacion, aun quando no se la reserve en el *acto de esta*: bien es verdad que puede si quiere renunciarla (7). Esto se entiende de la emancipacion que se hace *por el hombre*, pues hay otra que se ejecuta *por nuestro derecho*, esto es, *por la Constitucion única del tit. de emancip.*, la cual dispone que si el hijo contrajere matrimonio con voluntad del padre, se tenga en todas las cosas por emancipado; y de este modo se hace independiente y padre de familias, acerca de cuya inteligencia y efectos véase á Cáncer (8). En quanto á la práctica de la emancipacion que se hace por el hombre y no por *nuestro derecho*, véase á Ripoll (9).

NOTAS.—1.° La emancipacion es un acto de jurisdiccion voluntaria; y así el escribano, como juez cartulario, puede interponer su autoridad y al mismo tiempo hacer el instrumento de emancipacion (10) (zz).

(1) L. 1, § 3, ff. si à parv. quis manum. L. 92, ff. de cond. et dem.

(2) L. ult. ff. si à parv. quis man. L. 12, Cod. de epise. aud.

(3) Novell. 12, cap. 2.

(4) L. 31, ff. de adop. Inst. quib. mod. jus. pot. solv. § fin.

(5) Inst. de jur. nat. gent. et civil. § 14, et de patr. pot. § 2.

(6) Const. 1, lib. 2, tit. 14, de menors.

(7) L. fin. Cod. de emancip.

(8) Canc. Var. 4, cap. 10.

(9) Ripoll in praxi. vic. Barc. rub. 48.

(10) L. 36, ff. de adop.

(zz) La ley que cita el autor no dice tal cosa. Esta nota está sacada de los autores ita-

2.^a Si el hijo emancipado fuere ingrato, el padre se revoca la emancipacion por causa de la ingratitud (1).

3.^a No puede hacerse la emancipacion para un solo acto ó causa, ó tiempo limitado, lo cual está dispuesto así en favor de la libertad: además de que es un acto legitimo que se viciaria del todo por la adiccion de tiempo ó condicion (2).

4.^a La emancipacion no puede hacerse por procurador, porque ha de estar presente el que ha de emanciparse; sin embargo opino que se podrá hacer con poder especial.

TITULO 3.^o

DE LA PROCURACION Ó MANDATO.

¿Qué es procuracion ó mandato? Procuracion ó mandato es: *un contrato por el cual uno comete á otro de buena fé un negocio, para que le maneje ó administre gratuitamente.*

Esplicacion. *Contrato*, porque es un convenio en el cual se obligan mutuamente, á saber, el mandante que cometi6 á otro el negocio, y el mandatario que le acept6 para manejarle ó administrarle: aquel á eximir de todo daño al mandatario, y este á desempeñar el negocio encomendado (3). *Gratuitamente*; porque si interviniere estipendio ó dinero, mas bien será arrendamiento que mandato; lo cual es contra la naturaleza de este contrato, que trae su origen de la amistad y benevolencia; á las cuales se opone el estipendio (4).

¿Cuántos artículos contiene? El instrumento de la procuracion comprende tres artículos. 1.^o *Los contratantes*, á saber, aquel que nombr6 al procurador, y el que se constituye tal. 2.^o *El negocio para que se nombra,*

hianos, y en Italia es cierto lo que en ella se dice, porque una de las atribuciones que se concedian á los Notarios en su calidad de Jueces cartularios era la de interponer el decreto en las adopciones y emancipaciones, y al efecto en su titulo se les conferian las facultades de un Juez ordinario para semejantes actos. En España la jurisdiccion voluntaria de los Notarios nunca se ha extendido á la interposicion del decreto judicial en las escrituras que lo necesitan.

(1) L. 1, Cod. de ingr. liber.

(2) C. 77, ff. de reg. jur.

(3) FF. y Cod. en todo este tit.

(4) § fin de la Instit. de Mandato.

esto es, para vender, arrendar, litigar, etc. 3.º *La promesa de tener por bueno lo hecho con obligacion de los bienes.*

¿De cuántos modos se contrae? El mandato se contrae de cinco modos. 1.º *En favor del mandante solo*, como si yo mando ó encargo á otro que haga algo para servicio ó utilidad mia. 2.º *En favor de uno y otro*, esto es, *del mandante y mandatario*, como si yo mandare á otro algo que redunde en utilidad de ambos. 3.º *En favor de otro tercero*; v. g. si mando á Pedro que administre los negocios de Antonio. 4.º *En utilidad de un tercero y del mandante*, por ejemplo, si mando á Juan que compre una casa para mí y para Diego. 5.º *En utilidad del mandatario y un tercero*, como si mando á Vicente que preste dinero bajo interés á Faustino. Véanse en la *Instit.* los ejemplos y la esplicacion (1).

¿Quiénes pueden constituir procurador? Pueden mandar, ó constituir procurador, todos aquellos que no tienen prohibicion legal para contratar; y así se excluyen los impúberes y otros que no pueden celebrar contratos.

¿A qué está obligado el procurador? Se obliga el mandatario ó procurador: 1.º A desempeñar ó cumplir fiel y diligentemente el mandato que ha aceptado, pues así como es voluntaria la aceptacion, es necesario el cumplimiento de lo ya aceptado. 2.º A no esceder el objeto ó fin del mandato; pues si hiciere mas de aquello para que se dió el poder, debe imputarse á sí mismo la culpa si el mandante no quiere pasar por lo hecho de mas (2).

¿Qué cosas pueden mandarse? Pueden ser objeto del mandato todas las cosas lícitas y honestas, pues no se dá mandato ni obligacion acerca de cosas torpes ó ilícitas; y por consiguiente ni accion alguna que pueda corresponder al mandato ó en nombre suyo al mandatario; por cuanto las cosas torpes se tienen por imposibles (3).

¿De cuántos modos se acaba el mandato? El mandato se disuelve ó acaba de cinco modos. 1.º *Por la revocacion de él*, pues el mandato se hace por causa de utilidad, y cualquiera puede renunciar á su beneficio, con tal que la cosa permanezca íntegra; esto es, que el mandatario no haya comenzado á poner en ejecucion el mandato, pues siendo así no se le sigue perjuicio (4). 2.º *Por renuncia del mandatario*; porque así como es lícito al

(1) Instit. en este tit. desde el princ. hasta el § 6.

(2) Instit. en el mismo tit. § 8 y 11.

(3) Instit. allí, § 7.

(4) Instit. en este tit. § 9.

mandante revocar el mandato, así el mandatario debe tener libertad de renunciarle, para que no sea desigual el contrato; con tal que la renuncia se haga en debido tiempo, reservándose el mandante su derecho íntegro (1). 3.º *Por muerte de alguno de los dos permaneciendo íntegra la cosa*; pues si el mandatario comenzare á ejecutar el mandato, ignorando probablemente la muerte del mandante, vale lo que haya hecho; pues no es justo que uno reciba perjuicio de sus buenos oficios (2). 4.º *Por pérdida de la cosa*; pues sin esta no puede ejecutarse el mandato. 5.º *Acabado el negocio*; pues entonces no hay ya materia del contrato, y obtenido el fin cesan los medios.

¿A qué se estiende el mandato con libre y general administracion?

El mandato con libre y general administracion se estiende á todas las cosas que puede hacer el mandante; escepto el dar ó dilapidar, porque de la libre administracion de los bienes se escluyen la dilapidacion y donacion, á no haberse hecho mencion especial de ésta en el mandato. Tambien se requiere mandato ó poder especial para contraer matrimonio, acerca de lo cual debe notarse que si el procurador, habilitado para esto con especial mandato, contrajere despues de la revocacion, aun cuando ignorase ésta, no por eso es válido el matrimonio (3). Asimismo se requiere especial mandato para ajustar una paz; para pedir la restitution *in íntegram*; para pagar á los acreedores; para acusar al tutor sospechoso; para nombrar las personas sospechosas en el litigio (4).

¿Qué es procurador?

Procurador es, *aquel que en virtud del mandato que le confiere el dueño ó señor, recibe uno ó muchos negocios ajenos para administrarlos gratuitamente.*

Explicacion.

Aquel, no aquella, pues la mujer no puede ser procuradora de causas; porque está escluida de todos los oficios civiles y públicos (5). *En virtud del mandato*; pues si careciese de este no podria proceder como procurador, sino como un agente voluntario de negocios (6). *Que le confiere el señor*; porque si este no constituye el procurador, no vale el mandato; y así se escluyen los tutores, curadores, preladados en las Iglesias y otros que no son señores de las cosas; aunque estos mismos pueden encomendar á otros la administracion que tienen é instituir un actor ó síndico (7).

(1) Instit. allí, § 11.

(2) Instit. allí, § 10.

(3) Cap. fin. de procur. in 6.

(4) Cap. 4, de procur. in 6. L. 7. ff. de donat. L. 58, 59, 60 y 63, ff. de procur. L. 16 del mismo tit. Tristany decis. 129.

(5) L. 4, 18 y 21. Cod. de procur. L. 2, ff. de reg. jur.

(6) Instit. de obli. quæ quasi ex cont. § 1.

(7) Cap. x. de síndico. L. 11. Col. de procur.

Recibe; porque si voluntariamente no recibiese ó aceptase el mandato del señor, no puede obligársele á que le cumpla; pues á cualquiera es lícito recibir ó no el mandato; pero una vez aceptado debe cumplirse (1). *Uno ó muchos negocios*; pues ninguno puede defender sus cosas como procurador, sino como persona principal. *Para administrarlas gratuitamente*; porque sin ser gratuito no puede llamarse mandato, así que si intervinere dinero será arrendamiento; y si otra cosa contrato innominado (2).

¿ Quiénes pueden ser procuradores? Pueden ser ó constituirse procuradores todos aquellos á quienes no se lo prohíbe la ley, ó que no tienen impedimento alguno de derecho.

¿ Quiénes no pueden? Tienen prohibicion de serlo: 1.º *La mujer para pleitos*, porque como se ha dicho están escluidas de todos los oficios civiles y públicos, á menos que tuviese padre y este no pudiese hallar otro procurador que su hija (a). 2.º *El soldado*, quien no puede ser procurador, ni aun por un pariente suyo, para que no se distraiga de las obligaciones militares (3). 3.º *El menor de veinte y cinco años para pleitos*, por tener el privilegio de la restitucion *in integrum*; aunque puede serlo para otros negocios (4) (b). 4.º *El furioso, demente, pródigo, sordo mudo, escomulgado, infame, siervo, hereje, apóstata, y el reo de lesa majestad* (c).

¿ A qué se reduce el oficio de procurador? El oficio de procurador se reduce á poner en ejecucion lo que se espresó en el mandato, ó renunciar en debido tiempo (5).

NOTAS.—1.º Si fueren dos los procuradores nombrados, ninguno de ellos por sí solo puede poner en ejecucion el mandato; pues no tiene para ello facultad, á no ser que se haya dado esta solidariamente á cada uno (6).

2.º El procurador no puede constituir ó mas bien sustituir otro procurador, á menos que el principal le haya dado espresa facultad para ello, por cuanto la facultad limitada produce limitados efectos. Esto debe entenderse del procurador constituido para determinado negocio ó pleito; pues el que

(1) Instit. de mand. § 11.

(2) Instit. de mand. § fin.

(a) La mujer puede ser procuradora para negocios por sus parientes ó por su marido.

(3) Instit. de excep. § fin. L. 7, Cod. de procur.

(4) L. 12, Cod. de procur. Instit. qui. et ex. quib. caus. § fin. cap. 5, § 2, de procur. in 6.

(b) El menor puede ser procurador para negocios cumplida la edad de 17 años.

(c) Tampoco puede ser procurador el ciego. El clérigo no puede serlo sino por la Iglesia á que está adscripto.

(5) Instit. de mand. § 11.

(6) Cap. 6, de procur. in 6.

está nombrado generalmente para toda clase de negocios ó litigios puede sustituir á otro á no ser que se le prohíba especialmente (1).

3.ª Las circunstancias especiales del procurador constituido para contraer matrimonio son los siguientes: 1.ª Debe tener para esto poder especial y determinado; pues no basta el general aunque sea con libre administracion. 2.ª No puede sustituir, á menos que se le haya dado facultad expresa para ello. 3.ª Si contrajere despues de la revocacion, aunque la ignore, no es válido el matrimonio (2) (d).

(1) Cap. 1, § 2, de procur.

(2) Cap. fin. de procur. in 6.

(d) Gibert no habla en su obra de los *actos requisitorios*, que son instrumentos públicos que autoriza el Notario y no pertenecen á la clase de contratos ó convenios, porque no producen ni disuelven obligaciones. Entiéndese por acto requisitorio cualquier hecho sobre el cual es requerido el Notario para que lo presencie y levante acta del mismo. Así por ejemplo cuando se pone la primera piedra en un edificio público, si se quiere revestir el acto de alguna solemnidad se invita á las Autoridades y se requiere á un Notario para que levante acta de lo que se practica. En esta especie de escrituras, en lugar de decir al final: «Así lo otorgan» se usa la siguiente fórmula: «De lo que me requirieron formase este auto, (ó levántase esta acta) que fué hecho (ó hecha) en la Ciudad de.... á.....» y en vez de decir «el otorgante» ó «los otorgantes» se dice «el requirente» ó «los requirentes.»

Es imposible enumerar las especies de actos requisitorios que tienen cabida en un protocolo notarial, porque el Notario puede ser llamado á levantar acta de cualquier hecho lícito. Sin embargo Comes trae la esplicacion de algunos de los mas frecuentes. En esta nota nos limitaremos á hablar de los requerimientos, elecciones, juntas ó sesiones de corporaciones ó sociedades y protestos de letras

Requerimiento es una especie de *interpelacion* que una persona dirige á otra por medio de un Notario amonestándole para que dé, haga ó deje de hacer alguna cosa. Cuando deja de cumplirse un convenio por parte de uno de los contratantes y cuando una persona se encuentra perjudicada por actos ú omisiones de otra, el perjudicado dirige al que falta ó deja de cumplir con sus deberes un requerimiento, que redactado comunmente por un Abogado se entrega á un Notario para que lo haga saber al interpelado.

En Cataluña la manera de verificar los requerimientos y el tiempo concedido para la contestacion está perfectamente determinado en la Constitucion *Quiscun Notari*, lib. 4 tit. 13 de *Notaris y Scrivans y á que son tenguts*. Segun lo prescrito en esta ley, que es del año 1299, dada por Jaime II en las Córtes de Barcelona, si el requerido quiere contestar al requerimiento en el acto en que el Notario se lo notifica, debe estenderse su contestacion, y si no contesta en el acto, el Notario debe aguardar dos dias cumplidos, esto es 48 horas, sin dar copia del requerimiento para el caso de que el requerido le presente la contestacion, en cuyo caso el Notario levanta acta de dicha contestacion en el protocolo, y desde entonces puede dar copia del requerimiento con su contestacion á quien se la pidiere, sea el requirente ó el requerido. Pasadas 48 horas sin haber sido contestado el requerimiento, el Notario puede librar copia de él al requirente.

A fin de acreditar el cumplimiento de dicha Constitucion en las notificaciones de requerimientos se hace constar la hora en que se verifican, así como en las respuestas la hora en que las presenta el requerido.

Los requerimientos no solo pueden hacerse á personas particulares, sino tambien á Autoridades y corporaciones: asi lo dispone la Constitucion arriba citada, y dice mas todavía, que pueden hacerse hasta al Rey, sin que sea permitido imponer pena al Notario por ello. Así se espresaba un Rey de Aragon en aquellos tiempos que algunos creen tan atrasados.

El Reglamento del Notariado de 9 de noviembre de 1874 dispone en su art. 30 que los

Notarios no darán fé de incidencias ocurridas en actos públicos presididos por Autoridad competente sin ponerlo antes en conocimiento de la misma, pero esta no podrá oponerse á que aquellos, despues de cumplido este requisito, ejerzan las funciones propias de su ministerio. Este requisito se ha observado desde muy antiguo en Cataluña, pues siempre que un Notario ha debido ejercer su ministerio en un acto público presidido por una Autoridad, sea para dar fé de algun incidente, sea para notificar á la Autoridad una protesta que algun particular hiciese contra el acto que se está practicando, ha pedido antes la vénia por el respeto que se debe á la Autoridad, y cuando se ha de notificar á la Autoridad un requerimiento que no deba hacerse en momento determinado, se le pasa un recado de atencion pidiéndole hora para verificarlo.

Tambien las elecciones para varios cargos en ciertas sociedades ó corporaciones se hacen á veces con intervencion de Notario. La eleccion puede ser de dos maneras: directa ó indirecta. Es directa cuando los electores nombran directamente á la persona que cada cual considera mas idónea para el cargo que hay que proveer: indirecta cuando los electores confieren á uno ó mas de entre ellos el poder de elegir. Esta última se llama eleccion por compromiso, y se denominan compromisarios los sugetos designados por los electores para verificar la eleccion. Este sistema estuvo en uso algun tiempo en España para la eleccion de Rectores de las Universidades cuando el cargo de Rector era conferido por el Claustro universitario, y por el mismo sistema se nombraban los Diputados á Cortes segun la Constitucion del año 1812, con la particularidad de que los compromisarios nombraban á otros y estos á otros y los últimos á los Diputados.

La eleccion directa, la mas usada en el dia, puede ser pública ó secreta. Es pública cuando cada elector designa en alta voz la persona á quien da su voto para el cargo vacante: secreta cuando lo manifiesta en voz baja al Secretario, ó al Notario si interviene en la eleccion, ó bien cuando cada elector deposita su voto por escrito en una urna, que despues se abre para contar los votos y examinar quién ha tenido mayoría, lo cual se llama hacer el escrutinio. Esta última forma de votación, conocida con el nombre de votacion por escrutinio, es la mas usada, por ser la mas secreta, y hoy nos valemos de ella para las elecciones de Diputados y de Ayuntamientos.

Los autores hacen mencion de una especie de eleccion, que denominan por inspiracion del Espíritu Santo, la cual consiste en celebrar una misa de Espíritu Santo antes de verificar la eleccion. Pero esta no es una forma diferente, porque celebrada la misa la eleccion puede ser directa ó indirecta, pública ó secreta; no es mas que una solemnidad religiosa añadida al acto á fin de implorar la gracia de Dios sobre los electores para el mejor acierto de la eleccion. En las elecciones para cargos eclesiásticos se hace un uso mas frecuente de este sistema; pero en España le hemos visto usado en las elecciones de Diputados á Cortes cuando regia la Constitucion de 1812.

La mayoría de votos en las elecciones puede ser absoluta ó relativa, y para saber la que es necesaria se ha de atender á los Estatutos de cada Sociedad ó corporacion. Se entiende por mayoría absoluta de votos la mitad mas uno de los votos de los electores, y por mayoría relativa la mayoría numérica en favor de uno de los elegidos con relacion á los demás. Así por ejemplo si fueren 200 los electores, obtendrá mayoría absoluta el que reuniere 101 votos, y la tendrá relativa el que hubiere obtenido 40, si los restantes 160 votos se han distribuido entre cinco ó mas personas, ninguna de las cuales ha alcanzado dicho número. Cuando los Estatutos exigieren la mayoría absoluta y ninguno de los elegidos la hubiese obtenido, se repite la votacion entre los dos que reunieron mayor número de votos.

De esta materia tratan Rolandino, Comes, Romaguera, Olea, Fontanella, Xammar y otros, y los dos primeros traen fórmulas de elecciones.

Las actas de reuniones de Juntas, corporaciones ó sociedades se firman ordinariamente por el Presidente. Las convocatorias ó juntas de gremios en Cataluña se firmaban tan sólo por el Notario, y no era fácil hacerlo de otro modo cuando en muchos gremios el Presidente no sabia leer ni escribir, y no habiendo testigos en estas actas no era posible que un testigo firmase por él. No obstante en Cataluña se observaba como práctica general en las

actas de sesiones ó juntas, aun de corporaciones importantes, no exigir la firma del Presidente ni de ninguna otra persona, hallándose suscritas únicamente por el Notario autorizante.

Protesto de letra es un requerimiento que se hace por el portador de una letra al que no quiere aceptarla ó pagarla para que la acepte ó la pague, protestándole en caso contrario de todos cambios y recambios, gastos y perjuicios. Los protestos de letra pueden hacerse por falta de aceptación y por falta de pago, y aunque se verifique el protesto por el primer motivo no se exime el portador de hacer otro por el segundo si llegado el día del pago no se realiza. En las letras á la vista se realiza el protesto por ambos motivos á la vez.

El protesto por falta de aceptación debe hacerse el día siguiente á la presentación de la letra, y si es feriado el siguiente; el protesto por falta de pago el día siguiente de haberse presentado la letra para el pago sin haberlo conseguido. La letra debe presentarse para el pago en el mismo día del vencimiento, y si es feriado el antecedente.

Puede hacerse el protesto por falta de pago antes del vencimiento cuando el pagador se declara en quiebra.

El protesto debe hacerse en el lugar designado en la letra y en su defecto en la habitación del pagador, y si éste no se encontrare en ella, se practican las diligencias con sus dependientes, y en su defecto con su mujer, hijos ó criados. Si no constare ni pudiere averiguarse el domicilio del pagador, se entienden las diligencias del protesto con la autoridad municipal del último domicilio que se hubiere conocido al pagador.

La escritura del protesto consta de cuatro capítulos: 1.º copia de la letra con todos sus endosos; 2.º requerimiento del portador al pagador para que acepte ó pague la letra; 3.º contestación del pagador; 4.º protesta de todos cambios y recambios, gastos y perjuicios por parte del portador. Todos estos capítulos son de esencia. El protesto debe firmarse por el protestado, y si no supiere ó no pudiere hacerlo, por los dos testigos presentes, que no pueden ser comensales ni dependientes del Notario que lo autoriza.

Los protestos deben hacerse antes de las tres de la tarde, y en la escritura debe constar la hora en que se verifican.

El Código de comercio dispone además que en el acto de hacerse el protesto se deje copia del mismo á la persona con quien se haya entendido la diligencia bajo pena de nulidad, disposición difícil de cumplirse á pesar de la enormidad de la pena con que la ley castiga la falta, porque el Notario no puede sacar la copia antes de hacer el protesto por no saber á quién encontrará en la casa y la contestación que dará al requerimiento, y si en la habitación del protestado, después de verificado el protesto, hubiese de sacar la copia, cotejarla, cerrarla, signarla y firmarla, sin perjuicio del tiempo que perdería faltando á las demás atenciones de su cargo, causaría una molestia insoportable al protestado, porque la copia, cotejo y cierre de una escritura de protesto necesita una hora cuando menos, y no es cosa de instalarse en morada ajena para verificarla. Sin duda los autores del Código de comercio creyeron que la escritura matriz era un molde estereotípico con el cual se podía sacar una copia momentáneamente por medio de la impresión, y por esto hallaron fácil que se hiciera en el acto. No debiera legislarse sobre materias prácticas del Notariado sin consultar al cuerpo notarial.

Después de hecho el protesto, el Notario ha de retener la letra hasta puesto el sol, y si en este espacio de tiempo se presentare el pagador á verificar el pago, el Notario debe admitirlo y entregar la cantidad al portador.

No puede el Notario intervenir en diligencias de protesto si la letra no lleva el sello correspondiente, bajo la pena de 1100 reales.

Por último deben los Notarios tener presente que todos los requisitos que según dejamos espuesto, deben intervenir en una escritura de protesto, los exige la ley bajo pena de nulidad.

Pertenece á la clase de actos requisitorios, además de los que acabamos de enumerar, las posesiones de casas y tierras, la relación del estimador del precio de una venta que se ha conferido al arbitrio de un tercero, la presentación de una escritura al señor directo.

la declaracion de uso de fadiga, la concesion de licencia para contraer matrimonio, la declaracion de oponer la escepcion de no ser pagado el dinero, las profesiones y oblaciones, las presentaciones, posesiones y renunciaciones de beneficios eclesiásticos, las creaciones y armaduras de Caballero ó investiduras de cruces en las órdenes civiles, las adiciones y repudiaciones de herencia y los inventarios. Tambien en Cataluña se da la forma de acto requisitorio á las almonedas de muebles, por mas que en el fondo comprendan un contrato de venta de muebles, aunque á veces se hacen por relacion del subastador despues de verificada la venta, en cuyo caso la escritura viene á ser la relacion de una venta consumada mas bien que un verdadero contrato de venta, y por lo mismo entra con mas razon en la categoria de acto requisitorio.

Las escrituras en que se consignan los actos requisitorios se llaman mas propiamente actas. El art. 31 del Reglamento del Notariado hablando de esta especie de instrumentos dice: «Las actas notariales á instancia de parte se firmarán por los interesados y el Notario, y si alguno de aquellos no supiere, no pudiese ó no quisiere, se hará constar así.» La redaccion del artículo podria hacer caer en error al que no estuviese instruido en la ciencia notarial. Supónese en el mencionado artículo que el Notario puede encontrarse con una persona que despues de haberle requerido para que presencie un hecho y lo haga constar, se niegue á firmar el acta, caso que no hemos visto, ni parece posible llegue á ocurrir. Dedúcese asimismo de la letra de dicho artículo, que en las actas notariales, ó no son necesarios testigos, ó estos no deben firmar aun cuando el requirente no sepa ó no pueda, y ninguna de estas cosas es verdadera por regla general. Todos los actos requisitorios requieren la presencia de testigos, menos los de elecciones y juntas de corporaciones ó sociedades: en estos no intervienen testigos, porque, verificándose ante una reunion numerosa, hay testigos de sobra, y el acto es por sí bastante público y solemne para que necesite dos personas extrañas que en calidad de testigos contribuyan á darle publicidad y solemnidad. En esta clase de actas seria posible alguna vez que el Presidente de la junta, que es quien debe firmarlas, no supiese ó no pudiese escribir, y entonces vendria al caso lo que dice el artículo de que el Notario hiciere constar que el Presidente no firma porque no sabe ó no puede. Pero en las demás actas, habiendo como hay testigos, es lo natural y lo que se practica que firme un testigo por el requirente cuando este no supiere hacerlo.

Resta advertir en cuanto á los actos requisitorios, que el Notario no puede levantar acta á instancia de parte de las declaraciones que dieren personas particulares acerca de los hechos que hubieren presenciado, porque esto es propiamente recibir declaraciones de testigos, lo cual corresponde á los Escribanos de los Tribunales y no puede hacerse sin orden de Juez, y el Notario que lo hiciese usurparia atribuciones ajenas, porque estando separado en el dia lo judicial de lo extrajudicial, deben los Notarios abstenerse de todo lo que pertenece á los Jueces y Escribanos. Y si bien á los Notarios de Barcelona se les habia permitido por Real Pragmática de 13 de marzo de 1775, que forma la ley 28, tit. 15, lib. 7 de la Nov. Recop., este privilegio fué derogado por edicto de la Real Audiencia de 10 de noviembre de 1772 espedido á consecuencia de cartas del Supremo Consejo de 28 setiembre y 7 octubre del propio año, mandando que sólo puedan reducirse á escritura pública las declaraciones de testigos con auto de Juez que las mande recibir y autorizar. Es evidente que en el dia cuando el Juez deba dictar un auto de esta naturaleza mandará recibir las declaraciones á un Escribano, y nó á un Notario, que no puede intervenir en asuntos judiciales.

PARTE SEGUNDA

DE LAS ÚLTIMAS VOLUNTADES,

DIVIDIDA EN LOS TRES CAPÍTULOS SIGUIENTES.

CAP. 1.º De los Testamentos.

3.º De la Donacion por causa

2.º De los Codicilos.

de muerte.

CAPÍTULO PRIMERO

DE LOS TESTAMENTOS,

DIVIDIDO EN DOCE TÍTULOS.

- | | |
|--|--|
| Tít. 1.º De los testamentos. | Tít. 8.º De los fideicomisos y de la sustitucion fideicomisaria. |
| 2.º De los albaceas ó testamentarios. | § único. DE LA CUARTA TREBELIÁNICA Y DE LA LEGÍTIMA. |
| 3.º De los legados. | Tít. 9.º De los tutores. |
| § único. DE LA CUARTA FALCIDIA. | § 1.º DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS AGNADOS. |
| Tít. 4.º De la desheredacion y pretericion. | § 2.º DE LA TUTELA DATIVA Ó JUDICIAL. |
| 5.º De la institucion de heredero. | Tít. 10.º De los curadores. |
| 6.º De la calidad y diferencia de herederos. | 11.º Del inventario. |
| 7.º De las sustituciones. | 12.º De la adicion ó aceptacion y repudiacion de la herencia. |
| § 1.º DE LA SUSTITUCION VULGAR. | Apéndice de las sucesiones ab-intestato. |
| § 2.º DE LA SUSTITUCION PUPILAR. | |
| § 3.º DE LA EJEMPLAR. | |
| § 4.º DE LA BREVILOCUA Ó RECÍPROCA. | |
| § 5.º DE LA COMPENDIOSA. | |

¿Qué es testamento?

TESTAMENTO es, una legitima declaracion de la voluntad propia acerca de aquello que uno quiere se haga despues de su muerte, con institucion de heredero (1).

Esplicacion. Legitima declaracion, esto es, hecha solemnemente y conforme á las leyes (2); con cuyas palabras se escluyen otras especies de últi-

(1) L. 1, ff. qui testam. facere poss.

(2) L. 4, ff. ibid.

mas voluntades, que aun cuando en su clase sean perfectas, no están hechas sin embargo con las solemnidades de derecho, como los codicilos en que no se requieren las formalidades del testamento (1). *De la voluntad propia.* Estas palabras manifiestan que las últimas voluntades no deben pender del arbitrio de otra persona sino del mismo testador, cuya voluntad debe ser libre y no *captatoria* (2). *Acerca de aquello que uno quiere que se haga;* esto es, lo que el testador ó la testadora (pues así la hembra como el varon pueden hacer testamento) quieren que se haga de todo su patrimonio, por quanto el testamento debe contener la disposicion de todos los bienes; así es que si uno fuere instituido heredero en cierta cosa, sin señalarle coheredero, será tenido de derecho por heredero universal, porque nadie puede morir en parte intestado y en parte con testamento (*) (e), á escepcion del soldado, á cuya sola voluntad se atiende en el testamento. *Despues de su muerte;* pues como se dá herencia de una persona que aun vive, el testamento no recibe su validez hasta despues de la muerte; porque la voluntad del hombre es variable hasta el último instante de la vida (3). *Con institucion de heredero;* porque esta es la base del testamento sin la cual no puede subsistir (4).

Especies de testamentos. Hay cuatro especies de testamentos, á saber: *Escrito, Nuncupativo, Sacramental, y Militar,* que es el menos solemne.

Testamento escrito. Testamento escrito ó solemne se llama cuando el testador, observando las debidas solemnidades, pone primero por escrito su voluntad, y despues presenta este escrito á los testigos para que lo corroboren con sus firmas; aunque en estos tiempos ya corresponde á esta especie de testamento otra definicion, cual es la siguiente: El que se dá cerrado por el testador al escribano (delante de dos testigos rogados por él mismo para ello) y sobre cuya cubierta se estiende el instrumento de entrega, declarando el nombre y apellido del testador, y la cláusula revocatoria á presencia de dichos testigos, que deben firmar juntamente con el testador en virtud del real decreto citado al pié (5). Aunque el testador no sepa escribir, puede sin embargo hacerlo otro por él (6).

(1) Instit. de codicill. § fin.

(2) L. 32, ff. de hered. instit.

(*) Este principio de no poder nadie morir parte testado y parte intestado, tiene sus excepciones en España por las leyes de la Nov. Recop. y Constituciones de Cataluña.

(e) El principio de no poder morir en parte testado y en parte intestado rige en toda Cataluña, menos en Barcelona. Tampoco se observa en Castilla.

(3) L. 32, § 3, ff. de donat. inter vir. et uxor.

(4) L. 1, ff. de hered. instit. L. 1, § 3, ff. de vulg. et pup. subs.

(5) Real decreto del Sr. D. Fernando VI, publicado en el año de 1755 núm. 4.

(6) L. Hac. Consultissima 21, Cod. de testam.

¿Qué solemnidades se requirieren en este testamento?

En el testamento escrito ó cerrado se requieren cuatro solemnidades. 1.^a Que se haga en un solo tiempo y contexto, sin distraccion alguna á otro extraño negocio, porque el acto civil del testamento debe concluirse bajo una sola forma. 2.^a Que se celebre en Cataluña delante de dos testigos como abajo se dirá (aunque por derecho comun se necesitan siete), rogados ó llamados espresamente por el mismo testador para este objeto, á fin de evitar todo soborno (f), y que estos testigos sean varones púberes. 3.^a Que asegure el testador ser aquella su última voluntad. 4.^a Que el testador y los testigos firmen el testamento y le sellen con sus sellos, pues si faltase una de estas dos cosas, se tendrá por no hecho el testamento (1); aunque en el dia se observa, como se ha dicho, que el testador y los testigos firman sobre la cubierta, y así se evita toda sospecha de fraude (g).

(f) En Barcelona los testigos no deben ser rogados en virtud del Privilegio de Pedro III dado en 1339. (Constitucion 1.^a, tit. 1.^o, lib. 6.^o vol. 2).

(1) § 3 y 4, Inst. de test. ord.

(g) Los testamentos cerrados en Cataluña se abrian y publicaban extrajudicialmente en presencia de dos testigos por el Notario que los tenia en su poder, á requerimiento del heredero ó de cualquier pariente ó interesado. Regularmente este acto se verificaba en la habitacion del testador en presencia de la familia reunida; pero si el cadáver se encontraba todavia en la casa, no se leia mas que el nombramiento de albaceas y las disposiciones relativas al entierro y sufragios, volviéndose á cerrar el testamento, y cuando el cadáver habia recibido sepultura se publicaba lo restante de la disposicion testamentaria. Esta práctica se apoyaba en dos razones, una legal y otra moral: la primera consiste en que el testador mientras su cuerpo permanece en la casa conserva la posesion natural (*corpore possidet*), y por lo mismo se limita la publicacion á las disposiciones relativas al alma, que es la que ha desaparecido, y que interesa conocer con urgencia, y en cuanto á lo profano se aguarda á que sepultado el cuerpo, la posesion natural haya cesado por completo: la segunda lleva por objeto evitar el que delante del cadáver se profieran espresiones inconvenientes y acaso injuriosas contra el difunto por los que quedaren descontentos de su postrera disposicion.

La publicacion extrajudicial de los testamentos se mandó cesar poco despues de la promulgacion de la ley de enjuiciamiento civil por una mala interpretacion del art. 1390, primero del tít. 12, que trata de la *apertura de testamentos cerrados*. Este artículo empieza con las siguientes palabras: «Luego que se presentare ante cualquier Juez un testamento cerrado, hará, etc.» Las palabras de este artículo están muy lejos de contener un precepto general aplicable á todos los testamentos cerrados: el artículo prescribe lo que debe hacer el Juez cuando se le presentare un testamento cerrado, pero no dice cuándo se le deberá presentar, ni determina si se le han de presentar todos los testamentos ó cierta clase de ellos, lo cual nada tiene de extraordinario, porque esta decision pertenece al derecho civil, y nó á una ley adjetiva, á una ley de tramitacion. Así es que la redaccion del artículo lo mismo se amolda á un Código civil en que se ordene la presentacion de todos los testamentos cerrados al Juez, como al en que se limite el deber de la intervencion judicial á los testamentos que se hallaren en poder de las personas privadas. Siempre estará en su lugar la ley de tramitacion diciendo: «Luego que se presentare al Juez un testamento cerrado, practicará tal ó cual diligencia.» Esta ley no decide por consiguiente si se han de presentar al Juez para su apertura todos los testamentos cerrados, ó solamente los que se

Testamento nuncupativo. Testamento nuncupativo es aquel en que el testador de viva voz espresa toda su voluntad acerca del heredero,

encuentren en poder de particulares. Y en falta de espresion de la ley, el buen sentido indica que el deber de la presentacion debe limitarse á estos últimos.

Hasta el epígrafe del título « De la apertura de testamentos cerrados » con su vaguedad, con la falta del artículo *los* demuestra suficientemente que no los comprende á todos.

En Castilla nada tiene de particular que los testamentos cerrados deban presentarse al Juez para su apertura y publicacion, porque se confian en depósito á una persona particular, y con esto pierden la autenticidad que la intervencion del Notario les habia impreso; pero en Cataluña, en donde nadie puede guardar un testamento cerrado sino el mismo Notario que lo ha recibido, no seria lógico sujetar á comprobacion un documento que es tan auténtico como todos los demás que ha autorizado el Notario y conserva originales en su poder.

Y en prueba de que la ley de enjuiciamiento civil no puede aplicarse mas que á los testamentos que se encuentran en poder de particulares, recórranse las leyes civiles, tanto del derecho romano, como del español, y se verá que ninguna de las que disponen la publicacion judicial de los testamentos cerrados ha sido hecha para los testamentos recibidos por Notario y custodiados en su Notaria.

Las leyes romanas que ordenan sean publicados judicialmente los testamentos cerrados son las del Digesto y del Código en los títulos *quemadmodum testamenta aperiantur*. Pero en la época en que se hicieron estas leyes no habia en Roma Notarios públicos, no habia nacido aun la institucion del Notariado, y claro está que la apertura de los testamentos debia hacerse con autoridad del Juez, porque eran escrituras privadas otorgadas en presencia de siete testigos sin la intervencion notarial, ni de otro funcionario público. Todas las leyes del título del Digesto *testamenta quemad. aper.* pertenecen al tiempo de la república ó del principio del imperio: todas llevan el nombre de alguno de los Jurisconsultos Cayo, Paulo y Ulpiano, que florecieron antes del año 250 de Jesucristo, y en esta fecha aun no habia Notarios en Roma. Por esto se observa que dichas leyes no hablan del Tabulario, que era el Notario romano, sino meramente de los testigos.

Las del Código en el título *quemad. testam. aperiantur*, aunque algo mas modernas, no alcanzan tampoco al tiempo del Notariado. Pertenecen á los Emperadores Alejandro Severo, Valeriano y Galieno, Diocleciano y Maximiliano, Graciano, Valentiniano y Teodosio. La de los tres últimos, que es la mas reciente, lleva la fecha del año 379 de J. C. y tampoco habia entónces Notarios en el imperio romano: lo mas que existian eran algunos siervos del municipio á quienes los particulares confiaban la redaccion de sus contratos como meros amanuenses, pero sin carácter público. El Notariado con funciones públicas no empezó á existir en Roma hasta la época de Arcadio y Honorio en el año 401 de nuestra era, cuando estos Emperadores prohibieron que los esclavos se ocupasen en la redaccion de contratos, mandaron que se confiase este ministerio á personas libres y calificaron de públicas sus funciones. Esto es muy posterior á todas las leyes del Código *quemad. testam. aper.* y por lo mismo en ninguna de ellas se habla del Tabulario, sino tan sólo de los testigos. La ley 2.^a de dicho título del Código se espresa mas claramente acerca del carácter privado del testamento de cuya apertura se trata, pues dice que estaba en poder de una persona particular. Habla de un hijo á quien su padre habia entregado las tablas del testamento para que las llevase á su patria, y dice que puede llevarlas, pero que si no están presentes los testigos, debe acudir al Rector de la provincia, para que con su permiso y en presencia de personas honradas sean abiertas. El testamento, pues, á que se refiere la ley, estaba en poder de una persona particular, en poder del hijo del testador, y en su otorgacion no habian intervenido mas que testigos: nada extraño que se exigiese la apertura judicial en esta especie de testamentos.

En cuanto al derecho español, las leyes que hablan de la apertura de los testamentos

los legados y otras disposiciones, delante de testigos llamados y rogados

cerrados y que previenen se haga judicialmente son las del tit. 2.º Partida 6.ª. Desde luego se echa de ver que están sacadas casi á la letra de las romanas del Digesto y del Código en los títulos *quemadmodum. testamenta aperiantur*, y por otra parte cuando se escribieron estas leyes tampoco habia Notarios en España, y por lo mismo era lógica la publicacion judicial de los testamentos cerrados.

Es verdad que se creaban Notarios con las mismas leyes de las Partidas, pero esto habia de venir; en aquel momento no existian, y aun las mencionadas leyes, léjos de exigir su intervencion en los testamentos que en adelante se hiciesen, se contentan con prescribir la presencia de cierto número de testigos. Tanto las leyes 1.ª y 2.ª tit. 1.º Part. 6.ª, que señalan las formalidades con que se debe cerrar el testamento, como la 1.ª tit. 12 de la misma Partida, que esplica las solemnidades externas del codicilo, se limitan á exigir la presencia de los testigos: ni una ni otra hablan de Notario, y si las leyes 24 y 27 del tit. 1.º Part. 6.ª suponen posible la intervencion de este funcionario en algunos testamentos, parten tambien del principio (adoptado efectivamente por la práctica de Castilla), de que aun en el caso de que intervenga no se queda con el testamento, sino que lo entrega al testador: este concepto resulta claro de la ley 24 que figura el caso de que el testador rompiese los sellos del testamento ó la señal que hubiese puesto el Escribano, cosa que no podria suceder estando el testamento en la Notaria. En un solo caso exigen las leyes de Partida (ley 14 de dicho tit. 1.º) la intervencion del Notario público en el testamento, y es en el del ciego. La primera ley que prescribió como solemnidad precisa la intervencion del Notario en todos los testamentos cerrados fué la 3.ª de Toro, 2.ª tit. 18 lib. 10 de la Nov. Recop., y esto fué en 1505, mas de dos siglos despues de la publicacion de las Partidas. Véase como el autor de estas no contaba en los testamentos cerrados con otra garantía que la de los testigos, y por esto ordenó su publicacion ante el Juez por no ser instrumentos públicos y fehacientes.

Esto se vé tambien demostrado en las leyes del tit. 2.º Partida 6.ª que disponen la publicacion judicial de los testamentos cerrados, las cuales, lo mismo que las romanas, no hacen mencion del Notario, y si sólo de los testigos suscritos en la cubierta. «Abierto debe ser el testamento, dice la ley 3.ª de dicho título, delante del Juez ordinario e de los testigos que son escritos en él» y mas abajo añade «despues que vinieren los testigos débeles mostrar el testamento que conozcan los sellos.» Siempre *los testigos, nunca el Notario*. Y cuando habla de protocolizar el testamento, manda que se protocolice en el Juzgado, nó en un protocolo notarial; «e despues (el Juez) debe facer trasladar el testamento en su registro.» Y para que se vea mas la informalidad con que se hacian y guardaban entonces los testamentos, léase la ley 12 del mencionado título 1.º Partida 6.ª, que dice que el testador puede llevar la carta del testamento consigo, ó la puede poner en algun lugar seguro, así como en alguna sacristania de alguna Iglesia ó en guarda de algun amigo. Está claro que estas leyes, hechas, segun se vé por la época y por el texto literal de las mismas, para la apertura y publicacion de los testamentos en que no intervenia Notario y que se guardaban hasta en las sacristías, no son aplicables al caso en que el testamento ha sido entregado á un Notario y se ha conservado siempre en su poder. Y esta es la opinion del ilustre comentador de las Partidas Gregorio Lopez, quien al pié de las palabras de la ley 3.ª tit. 2.º, Part. 6.ª que dicen «despues que vinieren los testigos débeles mostrar el testamento que conozcan los sellos» puso la siguiente nota, de infinito valor para la ilustracion de esta materia: «Lo dicho deberá observarse cuando el testamento se otorgó por escrito *sin Escribano; mas no si intervino este*, como sucede comunmente en el dia en estos reynos, mayormente despues de la ley 3.ª de Toro, *pues por la autoridad del mismo semejante escritura es publica y hace fé*, segun la glosa notable á la ley 2.ª princ. en la palabra *publicum* Dig. *testam. quemad. aper.*, glosa generalmente aprobada, y lo sostiene tambien la glosa en la ley 32 en la palabra *ostenditur* Cod. *de fideicom.* y Baldo en la ley 8

especialmente para ello en un solo tiempo y lugar, sin interposición de algun

»hacia el fin *Cod. qui testam. fac. poss.* y en las leyes 1.^a hacia el fin y 19 *Cod. de testam.*
»Acerca del modo con que el Escribano deberá formalizar el instrumento de la publicacion
»vide Juan de Imol. en dicha ley 2 princ.; y nótese esto porque INCURREN EN ERROR los que
»hacen publicar en presencia del Juez tales instrumentos esténdidos ante Escribano, como vi
»alguna vez, POR NO SER NECESARIO; añádase Ang. en dichas leyes 1 y 2 *Cod. de testam.*»
Esto dijo Gregorio Lopez, autoridad respetable en punto á la verdadera inteligencia de las
leyes patrias: las leyes por consiguiente del tít. 2.^o de la Part.^a 6.^a deben observarse única-
mente, segun su ilustre comentador, en los testamentos otorgados por escrito *sin Escri-
bano, mas no en los que interviene este funcionario, pues por su autoridad semejante escri-
tura es pública y hace fé*: Gregorio Lopez dice que habia visto alguna vez aplicar el
procedimiento de dichas leyes á los testamentos autorizados por Notario, pero que *los que
hacen esto incurrén en error por no ser necesario*. Cataluña no incurria en semejante error,
mas ahora las órdenes de la superioridad han introducido en ella y elevado á derecho el
error de las provincias castellanas.

Téngase presente que cuando hablamos de testamentos en que interviene el Notario
entendemos naturalmente, que no salgan del poder de este funcionario, porque entregado
el original testamento en manos de particulares pierde la autenticidad.

Resta decir para terminar el estudio de la legislación española sobre esta materia que
las dos leyes de la Nov. Recop. que ordenan la presentación al Juez de los testamentos
cerrados, y son la 5.^a y 6.^a tít. 18 lib. 10 suponen tambien el testamento en poder de per-
sonas particulares y nó de un Notario. La ley 5.^a manda á todo hombre que fuere *cabazalero*
de algun testamento, ó todo *hombre* que tuviere el testamento, que lo presente ante el
Alcalde, y la 6.^a previene que el clérigo *heredero* de un lego presente el testamento al
Juez seglar. Nada de esto habla con el Notario; todo hace referencia á personas privadas.

Luego es cierto que no existe ley alguna antigua ni moderna, romana ni española, que
ordene se publiquen ante el Juez los testamentos entregados á un Notario público y con-
servados siempre en su Notaria, que todas las leyes que disponen esa apertura judicial son
anteriores al establecimiento del Notariado, ó á la época en que se hizo obligatoria su
intervención en los testamentos, y se refieren por consiguiente á los testamentos otorga-
dos ante testigos sin intervencion de Notario, que no son aplicables á los testamentos en
que este funcionario interviene, y que si á ellos se han aplicado alguna vez en Castilla ha
sido por error.

Hasta la naturaleza de las diligencias que se practican en virtud de la ley de enjuicia-
miento civil para la apertura de un testamento demuestra que no son aplicables á los tes-
tamentos autorizados por Notario y depositados en su Notaria: el simple buen sentido
basta para conocerlo sin necesidad de poseer profundos conocimientos de jurisprudencia.
Examinense los procedimientos de la ley de enjuiciamiento civil, y se verá que son los
mismos que se aplicarian si se tratase de justificar las firmas de un documento privado, de
un papel que no tuviese ningun carácter de autenticidad. ¿De qué sirve en tal caso la firma
del Notario, que dice que han sido puestas en su presencia? ¿Se mandan reconocer por
los testigos las firmas que han puesto en una escritura pública de venta, de préstamo ó de
cualquier otro contrato? ¿No se da fé al Notario que afirma que estuvo presente á su otor-
gamiento y que las vió poner? Pues ¿por qué no se le ha de dar cuando dice lo mismo en un
testamento? La matriz de un testamento autorizada por Notario, conservada siempre en su
poder al igual que los contratos que encierra su protocolo, es tan auténtica y tan fidedigna
como la de un contrato de venta. Siendo así, ¿por qué se la sujeta á las mismas compro-
baciones que un documento privado, cuando no existe una denuncia de falsedad contra la
misma, ó datos fundados que la hagan sospechosa?

Hay todavía una circunstancia en el procedimiento de la ley de enjuiciamiento civil que
lo hace ridiculo y hasta absurdo aplicado á los testamentos autorizados y guardados por

acto extraño (1) (h). Debe saberse sin embargo que antes, en virtud del privilegio que empieza *Recognoverunt proceres*, concedido á la ciudad y á los vecinos de Barcelona por el serenísimo Señor D. Pedro III rey de Aragon (2),

Notario público. Segun dicha ley es preciso recibir declaracion al Notario para que reconozca su signo y firma y diga si es suyo propio. Esta pregunta, que se concibe perfectamente cuando el testamento ha sido presentado por una persona particular, se hace altamente impropia, ridicula y absurda cuando se dirige al mismo Notario que presenta el testamento como auténtico, autorizado por él y conservado siempre en su Notaría. No está en lo posible que el Notario que autorizó y conserva el testamento y lo presenta al Juez en esta calidad, haya hecho falsificar su propia firma, permitiendo que la pusiése otra persona. La dignidad del Juez no queda muy enaltecida con la necesidad en que se le pone de hacer preguntas que ofenden al sentido comun, ni la del Notario colocado en la precision de responder á ellas.

Cuanto mas se estudie el procedimiento de la ley de enjuiciamiento civil se verá que no se refiere sino á los testamentos que son presentados al Juez por una persona privada, y que es inaplicable á los que presenta el mismo Notario autorizante como guardados siempre en su poder. Dice la ley que si el Notario hubiese fallecido se ha de cotejar su signo con otros indubitados. ¿No se vé claro con esta prevencion que se trata de comprobar una cosa dudosa, un signo que no tiene garantia, cuya legitimidad no consta? ¿Y puede esto decirse de un signo encontrado como todos los demás de la Notaría entre los instrumentos públicos y con todos los caracteres de los mismos? ¿Se sujetan acaso los demás signos á comprobacion? Evidentemente la ley no tuvo á la vista los testamentos auténticos conservados en poder de Notario público, tal vez por la razon de ser raros en Castilla, sino los que se custodian por particulares; luego no es aplicable á aquellos.

Por las razones espuestas queda justificado que ni las leyes mandan, ni admite el buen sentido la apertura judicial de los testamentos custodiados en poder de un Notario público, y que se está acimatando en el dia una practica abusiva, contraria á las leyes y á la sana razon.

En Cataluña nunca se habian publicado judicialmente los testamentos cerrados; pero al promulgarse la ley de enjuiciamiento civil nació la duda de si en lo sucesivo deberia practicarse así, y consultada, sin necesidad en nuestro concepto, por el antiguo Colegio de Barcelona á la autoridad judicial, la Sala de gobierno de la Audiencia del territorio la resolvió afirmativamente. La cuestion tomó serias proporciones, porque hubo Notarios que se resistieron á cumplir lo ordenado por la Sala de gobierno: uno de ellos fué encausado, intervino el Tribunal Supremo de justicia, y por fin se espidió una Real orden disponiendo la publicacion judicial de todos los testamentos en Cataluña. Los Notarios obedecieron entonces la soberana disposicion, pero la Junta de gobierno del Colegio elevó una esposicion al Ministerio de Gracia y Justicia pidiendo la reforma de dicha Real orden: acudieron asimismo tres de las Diputaciones provinciales de Cataluña, y cuando se constituyó el nuevo Colegio territorial, su Junta Directiva renovó la peticion en una esposicion muy fundada, cuyas razones hemos extractado en gran parte. El expediente no ha sido resuelto todavía, por no encontrarse los antecedentes en el archivo del Ministerio. No se ha pronunciado, pues, la última palabra en este importante asunto, y cuando el Ministerio se determine á hacer de él un detenido estudio, se convencerá seguramente de que ni en Cataluña, ni en todo el territorio español la publicacion judicial es aplicable á los testamentos cerrados que se dejan en depósito en la Notaría, á menos que se presente una denuncia de falsedad ó existan sospechas fundadas de ella.

(1) Inst. de testam. § fin.

(h) En Barcelona no se necesita la rogacion de los testigos en virtud del privilegio de Pedro III.

(2) Cap. 25, tit. 13, Consuet. Barc. Recognov. proc.

el escribano podia hacer el testamento estando á solas con el testador; y despues de hecho ó anotado en el papel, llamaba á los testigos en cuya presencia decia haber él anotado el testamento del mismo testador, y valia como si le hubiesen oido los testigos; pero en el dia está revocado y abolido dicho privilegio (1).

Sus solemnidades. Este testamento requiere casi las mismas solemnidades que el escrito ó cerrado, exceptuando las firmas de los testigos, y es el que mas uso tiene en el dia; y aunque el escribano le reduce á escritura, sin embargo se llama nuncupativo, porque aquella se emplea no para la solemnidad sino para memoria del acto (2). Segun el decreto y costumbres actuales, bastan en este testamento dos testigos y la presencia del escribano, que la reduce á instrumento, y con su autorizacion suple el defecto de otros testigos (3).

Testamento con- Testamento confidencial ó sacramental, es aquel en
fidencial. que un vecino de Barcelona á presencia de testigos, aun-
que no asista el escribano, espresa su última voluntad, por escrito ó de
palabra, en el mar ó en la tierra.

Sus solemnidades. Para que sea válido este testamento se requiere que los testigos que se hallaron presentes á esta última voluntad ó testamento, juren con las acostumbradas solemnidades en la iglesia de los SS. Justo y Pastor de dicha ciudad sobre el altar de S. Félix Mártir, que así le vieron y oyeron escribir ó decir, segun se contiene en la escritura, ó en la última voluntad dictada verbalmente por el testador (4). Aunque el tal testamento se haga con estas solemnidades, sin embargo es nuncupativo, porque faltan aquellas que se exigen para el testamento escrito (5).

Testamento mili- Testamento militar, es el que está exento de las solem-
tar. nidades de derecho, porque el soldado mientras milita
puede espresar su última voluntad de palabra ó por escrito; y de cualquier
modo que lo haga se sostiene y vale el testamento por sola su voluntad, aun
cuando falte el número legítimo de testigos, ó no se haya observado cual-
quiera otra solemnidad de las espresadas para otros testamentos. Aun
mas, el militar puede morir bajo muchas disposiciones testamentarias; ins-
tituir herederos para cierto tiempo; morir en parte ab intestato y en parte
con testamento; omitir ó preferir á los hijos que sabe son suyos, sin que

(1) Véase el susodicho decreto del rey publicado en 1755, n. 2.

(2) § ult. Inst. de testam. ord.

(3) Cap. Cum. esses x. de testam.

(4) Cap. 48, de tit. Recognov. proc.

(5) Ripoll. in praxi. vic. Barc. rub. 8, Canc. Var. 1, Cap. 4, n. 71 y sig.

haya lugar á la queja de inoficioso testamento. La razon de esto es el evitar que los militares falten al desempeño de sus deberes distraidos con la formacion del testamento, mayormente cuando la urgencia de sus espediciones no dá siempre lugar ni tiempo para la observancia de las solemnidades en medio del estrépito de las armas. Por lo mismo se deberá decir que será nulo tal testamento cuando se haga fuera de campaña ó faccion militar; pues entonces cesa la razon del privilegio; segun mas largamente se trata de estos privilegios militares en los titulos de la *Instit. Cod. y Dig. de militari testamento* (*) (i).

Ya hemos visto cuántas especies hay de testamentos: ahora dirémos algo de aquellas personas que por derecho tienen prohibicion de testar; pues sabiendo quiénes son estas, conocerémos tambien por el contrario las que pueden hacer testamento.

¿Quiénes no pueden testar? Los hijos de familias. Está prohibido hacer testamento. 1.º Al hijo de familias que está bajo la potestad del padre por la sujecion que liga al derecho ajeno; pues aunque el testamento pertenezca á las cosas privadas, sin embargo la facultad de hacerle procede del derecho público, la cual sólo se concede al padre de familias, esto es, al que goza del derecho de independenciancia, ó que no está sujeto á otro. Por tanto los hijos de familias carecen de la facultad de hacer testamento, aunque se lo permitan los padres; porque la permission particular no puede alterar el derecho público (1); pero si el hijo de familias fuere clérigo de menores órdenes, aunque se halle bajo la patria potestad, puede hacer testamento y disponer de cualquier modo de lo que haya adquirido; porque estos son bienes cuasi castrenses del clérigo (2), y es indudable que el hijo de familias puede testar del peculio castrense y cuasi castrense, porque acerca de estos es considerado como padre de familias. En órden al peculio adventicio, aunque pertenezca en pleno derecho á los hijos de familias (lo cual sucede algunas veces), no puede disponer de él por última voluntad; pues respecto á este peculio no están exentos de la potestad paterna: en tales términos que aun cuando muriesen siendo ya independientes ó *sui*

(*) Por las leyes de la Nov. Recop. puede el militar ó cualquiera persona que disfrute el fuero de guerra, usar de los privilegios militares para otorgar testamento, ya esté en campaña ó en cuartel, en el ejército ó en su casa, en servicio activo ó retirado, y en cualquier situacion que se encuentre.

(i) Como por la ley de unificacion de fueros los retirados han perdido el fuero militar, no podrán testar militarmente, porque el privilegio del testamento militar está inherente al fuero de guerra y concedido únicamente á las personas que lo gozan segun la ley 8.ª, título 18, lib. 10 de la Novísima Recopilacion; y de consiguiente el que no disfruta del fuero de guerra no puede hacer testamento en la forma militar. En el dia sólo tendrán este privilegio los militares en activo servicio.

(1) L. 27, ff. de reg. jur.

(2) Inst. quib. non est perm. fac. testam. L. 34 y aut. Presbyt. cod. de ep. et cler.

juris, no vale el testamento hecho antes; pues se atiende al tiempo en que se hizo, y rige aquella regla de derecho; *lo que desde el principio es nulo, no puede subsistir ó valer aunque pase tiempo* (1); lo cual procede tambien aun cuando el testamento haya sido hecho por el que tenia ánimo de entrar en algun monasterio, como dice *Cancer, Var. 2, cap. 4, n. 124 y sig.* El remedio único es que el padre emancipe al hijo (j).

El impúber. 2.º Tampoco puede testar el impúber por falta del debido discernimiento, como son los varones que aun no han cumplido catorce años de edad, y las hembras doce (2).

El furioso y demente. 3.º Ni el furioso y demente; porque el testamento necesita solidez de juicio, y por consiguiente no pueden hacerlo los que carecen de él; pero si le hubiesen hecho antes de la demencia, ó en algun lúcido intervalo, valdrá aunque despues sobrevenga el furor, el cual siendo una cosa de hecho no invalida lo que se ha ejecutado segun derecho; y así en aquel que testa se exige la razon despejada y no la sanidad corporal al tiempo de hacer el testamento (3) (1).

El pródigo. 4.º Ni el pródigo despues que le fue quitada la administracion de sus bienes; pues en cuanto á estos se comparan con los furiosos. No obstante si hicieren testamento antes de la interdiccion de los bienes, subsistirá válido aun despues de esta, porque como se ha dicho, en materia de testamentos se atiende al tiempo de su formacion (4).

El sordomudo. 5.º Ni el sordomudo por naturaleza, porque no puede explicar su voluntad; sin embargo aquellos que oyen con dificultad y pueden hablar aunque sea lentamente ó tartamudeando, no se tienen por sordomudos, y así pueden testar. En el caso de que por algun accidente se haya

(1) L. 29, ff. de reg. jur.

(j) El hijo de familias, si bien no puede hacer testamento, podrá otorgar una donacion por causa de muerte con consentimiento de su padre, y de este modo no hay necesidad de emancipar al hijo.

(2) L. à qua etate 5 ff. qui testam. facere poss. Inst. quib. non est perm. § 1.

(3) L. 2, ff. qui testam. facere poss.

(1) En Cataluña cuando se recibe el testamento de un loco que se halla en un intervalo lúcido se acostumbra poner por testigos á dos médicos, para que despues puedan declarar, si se les exige, que el testador se hallaba en la plenitud de sus facultades intelectuales; pero el Notario debe tener entendido que para descargo de su responsabilidad no basta que los médicos juzguen que el testador se encuentra sano de entendimiento, sino que el Notario debe abrigar igual conviccion, pues si no lo creyere así no puede recibir el testamento, porque entónces no podria formar el juicio propio que la ley exige, y que se ha exigido siempre, de la capacidad del testador.

(4) Instit. quib. non est perm. § 2.

hecho sordo-mudo, si hubiere aprendido á escribir puede testar, con tal que de mano propia escriba el testamento; y si no supiere, puede hacerle escribir á otro, obteniendo antes facultad del Príncipe. Si alguno despues de hecho el testamento, por alguna enfermedad ú otro accidente empezase á ser sordo-mudo, sin embargo permanece válido su testamento; pues aquello que se hizo legitimamente, no debe anularse por acontecimiento alguno. Lo que se ha dicho hasta aqui debe entenderse esclusivamente del sordo-mudo, pues el que fuere solamente sordo y sepa hablar puede hacer testamento por cuanto tiene facultad de expresar su voluntad; pero el que fuere mudo, aunque oiga, no puede testar á menos que sepa escribir y escriba su testamento; pues de otro modo no puede manifestar su voluntad (1) (m).

El ciego. 6.º Ni el ciego, esto es, el que está totalmente privado de la vista; por cuanto puede ser mas fácilmente engañado, á no ser que se observe la forma prescrita por el emperador Justiniano, á saber, que si no pudiese escribir haga testamento nuncupativo declarando el heredero y su estado ó jerarquía, como tambien los legados y fideicomisos y todo lo relativo á su última voluntad clara y distintamente, á presencia de siete testigos y el escribano que reciba la última voluntad del difunto, y la reduzca á escritura, firmándola y signándola juntamente con los testigos (2).

El que cae en poder de enemigos. 7.º Ni el que cae en poder de los enemigos; pues mientras subsiste en el estado de cautiverio se reputa casi como siervo; y asi el testamento hecho antes de la cautividad se anula por rigoroso derecho, á causa de haber llegado á una situacion en que no pudo hacerlo. Sin embargo se sostiene por dos ficciones: 1.ª Por el derecho de *postliminio*, si volviese á su patria, pues se finge que siempre fué ciudadano. 2.ª Por la ley *Cornelia*, fingiéndose que murió ciudadano en el mismo punto de su cautiverio (3).

El que está en rehenes. Ni el que está dado en rehenes y permanece entre los rehenes, ni el que está dado en rehenes, habiendo empeñado su palabra de no salir de allí hasta que aquellos se den por satisfechos. Este no puede hacer testamento á menos que se le permita; pues es considerado como cautivo (4).

(1) Inst. quib. non. est perm. § 3.

(m) Existe una sentencia de la Audiencia de este territorio que declara válido el testamento de una persona que de resultas de un ataque apoplético no podia pronunciar mas que las palabras *si y no*, que se juzgaron suficientes para expresar el consentimiento, y en Cataluña se han recibido otros testamentos en iguales condiciones.

(2) Inst. quib. non. est perm. § 4.

(3) Instit. quib. non. est perm. § 5.

(4) L. 11, ff. qui testam. fac. pess. L. 31, ff. de jur. Fiscil.

El monje ó religioso. Ni el monje ó religioso despues de haber profesado; pues por el voto renunció á la propiedad de todas las cosas, y nada posee suyo, porque al entrar en el monasterio se consagró á Dios con todas sus cosas (1).

El condenado por crimen capital. Ni el condenado por crimen capital; pues éste desde el momento en que fue sentenciado se tiene por siervo de la pena, y se le considera como si hubiese perdido la libertad y los derechos de ciudadano (2) (*).

El reo de lesa Majestad. Ni el reo de lesa Majestad, porque se lo prohibe la ley á causa de tan execrable delito (n).

El hereje. Ni el hereje, por no creer la fé católica, ni la que enseñan los santos Evangelios (3) (ñ).

Ni el condenado á muerte. Ni el condenado á muerte, porque se hace siervo, y se reputa como muerto (*).

El usurero. Ni el usurero manifiesto; pues se lo prohibe el derecho canónico por el crimen cometido (4).

¿ Quiénes pueden ser testigos en un testamento? Pueden ser testigos en un testamento todos aquellos que tienen *testamentificacion* pasiva, esto es, que pueden ser instituidos herederos ó percibir algo de los testamentos ajenos.

¿ Quiénes no pueden serlo? Se esceptúan algunos que aunque pueden percibir de testamentos ajenos, sin embargo no pueden ser testigos en ellos, como los mudos, sordos, y ciegos por defecto corporal; los furiosos, impúberes, pródigos por falta de razon; los siervos por su estado; las mujeres por la fragilidad del sexo; los condenados por algun juicio pú-

(1) Cap. fin. de sepl. in 6.

(2) L. 6, § Sedet in 6, ff. de injust. rup. etc.

(*) Por ley de España se permite á los condenados á muerte hacer testamento.

(n) Este motivo de incapacidad en el dia no existe, pues estaba basado en la disposicion legal que mandaba confiscar los bienes á los reos del crimen de lesa majestad, y estando prohibida actualmente la pena de confiscacion de bienes, han dejado de ser incapaces para testar los reos de lesa majestad; segun el principio de derecho: *sublata causa, tollitur effectus*.

(3) Cap. 13, § credente 5, x. heréticos.

(ñ) Tampoco existe hoy este motivo de incapacidad.

(*) Véase la nota última de la pág. anterior.

(4) Cap. 2, de usur. in 6.

blico, por cuanto en los testigos se requiere dignidad, fé, gravedad, buenas costumbres, honradez y buena conducta. Tampoco puede ser testigo en el testamento el mismo heredero, porque parecería que haría valer su testimonio para sí y en causa propia, lo que prohíbe el derecho por el afecto que suele trastornar la verdad; á diferencia del legatario que puede ser testigo, porque no es sucesor del derecho, y así no se dice de él que atestigua en cosa propia sino en la del heredero. Tampoco puede ser testigo el que está bajo la potestad del heredero; ni el padre que le tiene bajo su poder (lo cual sucede cuando el hijo de familias hace testamento del peculio castrense ó cuasi castrense); ni los hermanos que están bajo la potestad del mismo padre; porque todo el negocio que se trata en la formación del testamento se considera hecho entre el testador y el heredero; y el que está bajo la potestad del testador parece ser testigo en cosa propia. Finalmente ni el fideicomisario universal puede ser testigo, porque tiene lugar de heredero, y á él se transfieren por la restitucion todos los derechos de la herencia (1).

¿Cuántos artículos contiene el testamento?

El testamento puede comprender seis capítulos ó artículos: 1.º *El proemio ó introduccion*. 2.º *Los legados*. 3.º *La institucion de heredero*. 4.º *La sustitucion*. 5.º *Las disposiciones declaratorias*. 6.º *La cláusula final ó codicilar*.

¿Cuáles de estos artículos son necesarios?

Tres de dichos artículos son necesarios, á saber: *La introduccion*, porque en ella se hace mencion de la persona del testador; pues si no se supiese su nombre, se ignoraría todo el testamento. *La institucion de heredero*, porque es la cabeza y el fundamento de toda la disposicion testamentaria, y ninguna cosa puede existir sin cabeza, así como el cuerpo sin el alma (o). *La cláusula final ó codicilar*; con que se declara que si no vale la disposicion por derecho de testamento, valga por derecho de codicilo. Mediante esta cláusula se precaven muchos riesgos futuros en caso que el testamento se rompa ó anule por algun defecto, á saber: ó por no haber sido instituido el póstumo que debía

(1) § Testes autem. b. sustit. de testam. ordin. y los siguientes.

(o) Equivocadamente dice el Sr. Vives en su *Traduccion al castellano de las Constituciones de Cataluña* que la cláusula de institucion de heredero no es necesaria en la ciudad de Barcelona, segun el privilegio de Pedro III. Este privilegio libra á los testamentos otorgados por los ciudadanos de Barcelona de muchas de las nulidades en que podrian incurrir segun el derecho romano por la existencia de ciertos defectos, pero con la condicion de que no falte la cláusula de institucion de heredero: «statuimus ac etiam ordinamus, quod ex quo testator seu alius quis quemcumque disponens ultimam voluntatem fuerit testabilis, ET CAPACES HEREDES INSTITUERIT, tute testamentum, seu quavis alia cujuscumque ultima voluntas non sit nec possit dici nullum, sive nulla, seu valeat annullari, dato quod, etc.» De consiguiente la cláusula de institucion de heredero es esencial en Barcelona, lo mismo que en todo el resto del territorio catalan; y á no ser así, no hubiera dejado de advertirlo Gibert.

serlo, ó por haber intervenido como testigo el que no podia serlo, y otros casos semejantes; pues entonces se deben los legados, y los herederos abintestato están obligados á tomar la herencia y restituirla al heredero nombrado, deducida por ellos la cuarta trebeliánica.

NOTA.—No es absolutamente necesaria la cláusula final, pues sin ella valdria el testamento; mas por la utilidad que puede seguirse es muy útil y casi necesaria (1).

¿Cuáles son los artículos voluntarios? Son voluntarios los otros tres artículos, á saber: *Los legados, la sustitucion, las disposiciones ó cláusulas declaratorias*; pues aunque no se pongan en el testamento, es con todo válido.

NOTA.—*La introduccion* se pone en primer lugar, pues como en ella se hace mencion de la persona del testador y de la calidad del testamento, el orden natural exige que esto sea lo primero. *Los legados piadosos* se ponen en segundo lugar, porque se hacen por beneficio del alma y esta es de mayor dignidad que el cuerpo; pero no obstante donde quiera que se coloquen son válidos, porque seria injusto desatender la voluntad del testador por no haber seguido rigorosamente el orden en la escritura. *La institucion de heredero* se coloca en tercer lugar, porque es el fundamento y cabeza del testamento, y como que domina á todos los demás artículos se pone en medio. *La sustitucion* ocupa el cuarto lugar, porque si se pusiese antes de la institucion no produciria efecto, pues por ella se denominan los sustitutos que han de suceder y estos no pueden llamarse tales sin la institucion porque dependen de ella. *Las disposiciones aclaratorias* ocupan el quinto lugar; pues además de que recaen comunmente sobre la institucion ó sobre la sustitucion, no tienen cabida en ninguno de los lugares anteriores que ya están ocupados. *La cláusula final* se inserta en el sexto lugar, porque cierra el testamento y además por ella se arreglan muchas cosas, como ya se ha insinuado. Sin embargo todo lo dicho en este § carece de fundamento jurídico (2).

¿De cuántos modos se invalida el testamento? El testamento se invalida ó rompe de dos modos: 1.º Por la agnacion ó cuasi agnacion de un legítimo heredero: esto es, si despues de hecho el testamento le nace al testador un hijo póstumo, y por consiguiente heredero suyo, ó el mismo testador adopta ó arroga á alguno que tambien se hace su heredero, porque al heredero que llamamos suyo, como despues se verá, pertenece la herencia del padre (3).

(1) Canc. par. 1, cap. 4, n. 59.

(2) Véase el § 34 ante heredis instit. de legat.

(3) Instit. de exhered. lib. § 1, et quib. mod. test. infirm. § 1.

2.º Por el testamento posterior y perfecto segun derecho, porque en el testamento se dispone de todos los bienes, y esta universalidad solo puede comprenderse como una sola cosa ó unidad, y asi no puede haber muchos testamentos á un tiempo de una sola persona; debiéndose por consiguiente estar al último, por cuanto *la voluntad del hombre es libre y variable hasta la muerte* (1). (P).

(1) Instit. quib. mod. testam. infirm. § 2.

(P) Son otras muchas las causas por que se invalida el testamento. El derecho romano las distingue de una manera muy ingeniosa, dando un nombre distinto á cada una. Asi pues, un testamento puede ser *nulo, injusto, roto, irritó, destituido ó rescindido*.

Es nulo cuando desde su principio no subsiste por falta de una solemnidad interna, ó por incapacidad del testador. La solemnidad interna del testamento es la institucion de heredero allí en donde fuere necesaria, por ejemplo en Cataluña. Por este motivo son nulos en el territorio catalan los testamentos en que faltare la cláusula de institucion de heredero. Es asimismo causa de nulidad la pretericion de un hijo que está en la patria potestad hecha por su padre; pero en la ciudad de Barcelona esta falta no invalida el testamento, quedándole únicamente al preterido el derecho de reclamar su legitima.

Testamento injusto es el que desde su principio no subsiste por falta de solemnidades esternas. Las solemnidades esternas del testamento son la unidad de contexto, el número de testigos — en Cataluña dos — y que estos sean rogados. En Barcelona está dispensada la última circunstancia.

Los testamentos injustos se sostiene algunas veces por medio de la cláusula codicilar, que segun opinion muy generalizada suple tambien la pretericion de un hijo de familias hecha por su padre.

El testamento se llama roto en dos casos. Primero por la agnacion de un póstumo. Esta puede ser natural ó civil. Es natural si nace el póstumo despues de hecho el testamento: civil cuando el testador con posterioridad á la otorgacion de su última voluntad arroga, adopta ó legitima un hijo. En la ciudad de Barcelona el testamento no se rompe por la agnacion de un póstumo, y si éste resulta preterido no tiene otro derecho que el de reclamar su legitima. En el resto de Cataluña la pretericion de un póstumo rompería el testamento y lo invalidaría por completo, y para que esto no suceda se hace mencion de los hijos póstumos que pudiera tener el testador, instituyéndolos herederos ó dejándoles la legitima, segun el testador quisiere.

El segundo caso en que se llama roto un testamento es cuando el testador cambia su voluntad, lo cual puede hacerse de varios modos. Primero otorgando un nuevo testamento, pues todo testamento posterior invalida el anterior, aunque el heredero nombrado en el segundo no quisiere adir la herencia. Algunas veces sin embargo subsiste el primer testamento sin que el segundo lo rompa, y esto sucede, si el segundo fuere nulo á causa de la pretericion de un hijo: si la condicion de presente ó pasado puesta en el segundo no resulta verificada: si el primero contiene palabras derogatorias y en el segundo no es revocado especialmente, ó bien contiene palabras de que debe hacerse espresa mencion para revocarlo y en el segundo no se hace mencion de ellas. Segundo, puede el testador cambiar su voluntad revocando el testamento que tenia hecho, aunque no quiera hacer otro, porque tal vez prefiera morir intestado. La revocacion de un testamento se hace, si es nuncupativo, por medio de un acto requisitorio, es decir requiriendo al Notario para que estienda una diligencia en el protocolo y levante acta de que el testador revoca el testamento que otorgó en tal dia, mes y año, ante tal Notario, cuya acta firma el testador ante dos testigos; y si es cerrado pidiendo el testador al Notario que se lo devuelva, lo cual verifica el Notario rompiendo la carpeta, y restituyendo al testador lo que dentro de ella estaba contenido: el Notario conserva la carpeta, en el dorso de la cual firma el

NOTAS.—1.^a Por derecho del principado de Cataluña bastan dos ó tres testigos en el testamento (1), excepto aquellos lugares en que se observa el derecho comun segun advierte Cancr (2).

2.^a El hijo emancipado menor de edad puede testar sin consentimiento del padre; pues por el testamento no ejecuta actos algunos obligatorios (3).

3.^a El marido puede disponer en el testamento (mayormente si se hubiera reservado esta facultad en las capitulaciones matrimoniales), que su mujer no tenga la tenuta ó sea posesion en todos sus bienes; esto es, reservar para sí todos los frutos de la herencia, asignando á la mujer ciertas propiedades, réditos ú otros bienes para seguridad de su dote y donaciones esponsalicias. El texto es espreso en la Constitucion *hac nostrá* (4), y me maravillo de que esto no se ejecute mas frecuentemente, pues á veces la mujer por una pequeña cantidad que lleva en dote al marido recobra el importe de muchas; y el heredero que no puede satisfacer la dote, ó por carecer de bienes ó por otras razones, es echado de la casa con su familia, lo cual no es presumible cupiese nunca en la mente del testador (α).

testador un recibo en los términos siguientes: «Recibi el testamento que contenia esta carpeta. Lugar, dia, mes y año.»

Aunque un testamento queda roto por el nacimiento de un póstumo y por la otorgacion de un nuevo testamento, el derecho que se conoce por el nombre de pretorio, por ser debido á los Pretores romanos, lo sostiene siempre que el hecho que causó el rompimiento ha dejado de existir, por ejemplo: si el póstumo muere viviendo todavia el testador: si el testador revoca el segundo testamento sin hacer otro ni revocar el primero.

Testamento irrito es aquel que queda invalidado por haber cambiado el estado del testador sufriendo una capitis disminucion. En el dia esto no podria tener lugar sino en la capitis disminucion minima, por ejemplo cuando un padre de familias hace testamento y despues pasáre á ser hijo de familias por haber sido arrojado ó legitimado.

El testamento es destituido cuando no existe el heredero, porque no quiere ó no puede adir la herencia. En este caso la institucion de heredero ha quedado sin efecto, y como sin institucion de heredero no puede haber testamento, todo el testamento queda invalidado. No obstante en Barcelona segun el privilegio de Pedro III la falta de adición de la herencia por parte del heredero no invalida el testamento, pues vale todo lo demás que en él se haya ordenado, lo mismo que en Castilla. En el resto de Cataluña el testamento no sería válido en ninguna de sus partes.

Finalmente el testamento será rescindido cuando contuviere alguna desheredacion por causa no verdadera y en ciertos casos de pretericion; pero en los casos de rescision se necesita que el perjudicado intente la queja de testamento inoficioso ante el Tribunal competente y que el Juez en su fallo declare rescindido el testamento. Los testamentos rescindidos no se invalidan sino en cuanto á la institucion de heredero, quedando válidas las mandas y todas las demás disposiciones que aquellos contengan.

(1) Cap. 26, tit. 15, consuet. Barc. Recognov. proc. Usat. 3, tit. 15, de testim.

(2) Canc. Var. 3, cap. 20, n. 409, y Var. 1, cap. 4, n. 1 y 2.

(3) Canc. Var. 2, cap. 1, n. 63.

(4) Const. 1, lib. 5, tit. 3, disolt. lo matrimoni.

(α) Muy raro debe ser el caso que supone el autor de que el heredero sea echado de la casa con su familia por la usufructuaria, porque en Cataluña todos los propietarios de bienes inmuebles tienen la costumbre de nombrar usufructuaria á su esposa durante su vida

4.^a Cuando el testador concede á su mujer la facultad de disponer entre vivos ó por última voluntad á favor de sus hijos con pactos y condiciones de su aprobacion, y para el caso en que ella muera sin haberlo hecho dispone él mismo el órden de sucesion, debe la madre seguir la voluntad indicada por su marido: pues así se presume que lo quiere, á no ser que se añada: *quiero que mi disposicion no valga sino á falta de eleccion de mi mujer, y no de otro modo; ú otra cosa que indique no ser rigurosa ó circunscrita la eleccion ó nombramiento designado* (1).

5.^a El testamento entre hijos no se considera revocado por otro en que son instituidos los estraños, aunque el testador diga ser su voluntad que valga el último, no obstante cualquier otro que hubiere hecho primero; á menos que añadiese, *aun á favor de los hijos*, pues no es presumible que el testador quisiese preferir á los suyos, personas estrañas (2) (r).

6.^a El escribano debe ser muy cauto en la expresion de las palabras derogatorias; pues hay mucha diferencia entre este modo de decir: *quiero que este mi testamento sea firme y valedero de tal suerte que en lo sucesivo no pueda yo mudarle ni arrepentirme de él* (en cuyo caso renuncia el testador á

si. *hancque omnia in obsequio á sus hijos ó sucesores de sus hijos*)

con la obligacion de haber de mantener al heredero y su familia en su casa y compañía, sanos y enfermos, y dándoles alimentos y vestidos, con tal que ellos trabajen á utilidad de la casa, y en todas las familias catalanas se observa esta práctica, que conserva unida y subordinada la familia despues de la muerte del padre, lo mismo que en vida de este.

(1) L. 82, ibi Nam quod ipse vivus, etc. ff. de cond. et dem. Tristany dec. 9, n. 12.

(2) Auth. hoc inter. Cod. de test. Canc. Var. 1, cap. 4, n. 9.

(r) Esta es la verdadera jurisprudencia catalana. Aunque la ley romana diga que un testamento *inter liberos* no queda revocado por otro posterior si no se le revocare especialmente, la doctrina de los tratadistas catalanes, la costumbre inmemorial del pueblo, y la práctica constante de los Notarios le ha puesto la limitacion « si el segundo no fuere también *inter liberos* » porque entonces hay dos testamentos privilegiados, y segun el principio *privilegiatus contra privilegiatum non utitur privilegio*, el primer testamento no puede hacer valer contra el segundo el privilegio de no poder ser revocado sino de un modo especial. A esto se añade que cuando el segundo testamento es también á favor de los hijos cesa la razon de la ley, pues la ley al disponer que el testamento á favor de los hijos no pudiese ser revocado por otro posterior sino haciendo una revocacion especial del primero, tuvo por objeto el interés de los hijos y se fundó seguramente en la presuncion de que no era de creer que el testador quisiese variar su voluntad prefiriéndoles otras personas, razon que no existe cuando el segundo testamento es también á favor de los hijos. De consiguiente en Cataluña cuando un padre ha hecho un testamento en favor de sus hijos, sea en la forma comun por ante Notario, sea en la privilegiada que dispone la ley romana, si quiere otorgar otro en que instituya estraños deberá revocar el primero de un modo especial ó citándolo por su fecha, ó diciendo que revoca todos sus testamentos anteriores, aunque fueren *inter liberos*; de otra suerte valdrá el primer testamento y el segundo será ineficaz. Pero si el segundo testamento fuere también á favor de los hijos como el primero, valdrá siempre el segundo aunque no contenga revocacion especial del anterior, ni siquiera general. Por eso los Notarios, ó á lo menos su gran mayoría, no ponen revocacion especial en los testamentos que hace un padre á favor de sus hijos aunque sepan que ha hecho otros, anteriormente también en favor de los hijos, porque cuentan con la jurisprudencia del país segun la cual entre muchos testamentos *inter liberos* es válido el postrero.

su voluntad lo que no es conforme á derecho, pues nadie puede quitarse la facultad de testar); y este otro modo: *quiero que este mi testamento sea firme de suerte que si despues hiciere otro no valga*; porque estas palabras solo expresan la derogacion de la voluntad y no la renuncia de la facultad de testar: en cuyo caso si apareciese otro testamento posterior en que dijese especialmente el testador que se arrepiente del primero, debe estarse al segundo por cuanto se atiende á su última voluntad (1) (s).

TÍTULO 2.º

DE LOS ALBACEAS Ó TESTAMENTARIOS.

Como en la práctica suelen los testadores despues de la introduccion del testamento nombrar los albaceas ó ejecutores de su última voluntad, ha parecido conveniente tratar de ellos en este lugar para guardar el orden debido.

¿Qué es albacea? Albacea ó testamentario es: *aquella persona nombrada legitimamente por el testador ó constituida por derecho para ejecutar la voluntad del mismo.*

Sus especies. Hay dos especies de albaceas: unos son *testamentarios*, y otros *legítimos*. *Testamentarios*, son aquellos que nombra el testador para ejecutar su postrera voluntad, y estos son de dos clases; pues los hay *universales*, como cuando el testador no instituyó heredero alguno sino á Dios y á su alma, en cuyo caso los testamentarios tienen nombre de herederos: se reputan tales bajo todos aspectos y tienen las acciones activas y pasivas. Otros hay *particulares*, cuales son los nombrados para ejecutar la voluntad, instituido ó nombrado el heredero, cuya distincion siguen y esplican *Peguera y Ripoll* (2). *Legítimos albaceas*, son aquellos á quienes la ley dá fa-

(1) L. 22, ff. de legat. 3.

(s) Hay otra clase de palabras que se denominan *ad cautelam*, ó de las que debe hacerse mencion espresa, por ejemplo cuando en su última voluntad dice un testador: *quiero que cualquier testamento que hiciere en lo sucesivo, en el cual no fueren continuadas las palabras siguientes: Bienaventurados los que lloran, (ó las que quisiere el testador) no valga*. Para que un testamento que contenga estas palabras quede revocado, es necesario hacer mencion en el siguiente de las palabras que se indicaron en el primero; otramente valdrá el primero y no el segundo.

(2) Peguera y Ripoll in praxi civil. reg. Aud. rub. 6, n. 26.

cultad, en defecto de otros, para defender la última voluntad, y para que se conserve y no se invierta la disposición testamentaria; porque interesa mucho á la república que se guarden ó hagan cumplir las últimas voluntades, á saber, por los buenos magistrados, ó jueces ordinarios, y los obispos en las causas pias (1) (t).

¿Quiénes pueden serlo? Pueden elegirse para testamentarios todos aquellos que no tienen impedimento por la ley; y por el contrario son escluidos los que por derecho tienen algun obstáculo, como los monjes y frailes á no obtener licencia del superior (u), los pupilos, furiosos, dementes, y otros semejantes que carecen de juicio ó discernimiento. En cuanto á los púberes menores seria una inconsecuencia que necesitando del auxilio ajeno para sus cosas se hiciesen administradores de otros, á no ser que tengan diez y siete años cumplidos (2).

NOTA.— Aunque la mujer es escluida de los oficios públicos por la inconstancia y vicisitudes del sexo, sin embargo puede ser albacea, en favor de la ejecución y defensa de las últimas voluntades (3).

¿Cómo se escriben los albaceas? El albacea puede escusarse de los mismos modos con que se escusa el tutor de la tutela, segun se dirá mas adelante en el *tit. 9 de los tutores*, pues unos y otros se asemejan: sin embargo el oficio de los tutores y curadores es público y por tanto necesario; por consiguiente el que pretenda escusarse de él debe alegar y provocar justa y legítima causa (4); pero el oficio de los testamentarios es desde el principio voluntario, y así puede uno desde luego no aceptarle sin alegar causa alguna (5) (v).

(1) Cap. 3, 6, 17 y 19, x. de testam. Trident. Sess. 22, de reform. cap. L. 16, Cod. de Episc. et. cler.

(t) El autor ha omitido hacer mencion de la tercera clase de albaceas, que son los *dativos*, á saber los que nombra el Juez en falta de testamentarios, pues hoy los albaceas legítimos, que son los jueces ordinarios y los obispos, no desempeñan estos cargos por sí mismos, sino nombrando otros, que se denominan *dativos*. En Cataluña pueden nombrar y subrogar albaceas á prevención el Juez eclesiástico y el seglar en virtud de la concordia celebrada entre el Rey D. Jaime II y Pablo obispo de Barcelona en el año 1315; pero segun la práctica moderna, en las cosas pias los nombra el Juez eclesiástico y en las profanas el seglar.

(u) Los Religiosos profesos no pueden ser albaceas, ni aun con licencia de su superior, conforme lo declaró la Audiencia de este territorio á consecuencia de una Real Cédula de 25 Noviembre de 1764.

(2) Cap. 2, de testam. in cap. 5, § fin. de procur. in 6, Clem. exivi de verb. sign.

(3) Ita supponitur in cap. 3, x. de test. L. 15, ff. de alim. vel cibari. legat.

(4) Instit. de excusat. tutor.

(5) Arg. cap. 19, x. de testam. y 8, 11, instit. de mandat.

(v) Aunque el cargo de albacea por regla general es voluntario y no necesita causa alguna para escusarse de él, deberá el albacea aceptar forzosamente á no tener le-

¿A qué se reduce su oficio? El oficio de albacea contiene las obligaciones siguientes: 1.^a Debe aceptar este cargo ó voluntariamente ó en virtud de mandato. 2.^a Si no es nombrado en el testamento por el testador, debe prestar caucion mediante la cual pueda proceder y ser demandado con mayor seguridad. 3.^a Está obligado á hacer inventario de todos los bienes del difunto para evitar su ocultacion. 4.^a Si hay comisarios debe convocarlos para deliberar sobre las cosas de la disposicion testamentaria. 5.^a Debe exigir el pago de las deudas. 6.^a Defender á los legatarios y otros. 7.^a Poner en posesion por su orden á los herederos y legatarios. 8.^a Vender las cosas del difunto para ejecutar su voluntad. 9.^a Debe tambien dar cuentas de su administracion. 10.^a En todas las cosas ha de seguir la voluntad del testador, sin destruirla ni alterarla; puede sin embargo sufrir lo que hubiese omitido el testador en cuanto contribuya á honrar su memoria.

¿De cuántos modos se acaba? Se acaba el oficio de albacea de tres modos. 1.^o Por muerte del mismo albacea. 2.^o Con el discurso del tiempo, esto es, de un año designado por la ley para la ejecucion. 3.^o Con el cumplimiento de la obra, esto es, cuando nada resta ya que hacer.

NOTAS.— 1.^a Los albaceas están obligados á ejecutar la disposicion testamentaria dentro del año prescrito por el juez lego ó eclesiástico, á no ser que el testador dispusiere otra cosa; pues entónces se ha de cumplir su voluntad (1), la cual se observa como ley (x).

2.^a Los albaceas, sean universales ó particulares, no tienen facultad solidaria para ejecutar, á no ser que se la haya dado el testador para evitar los entorpecimientos, así que si alguno sin consentimiento de los otros, esto es, de la mayor parte, hiciere alguna cosa, será nula (2).

3.^a Los albaceas particulares del difunto no pueden vender porque la ley les dá una facultad limitada, y así los efectos serán tambien limitados, á no ser que el testador les haya dado potestad para ello, á diferencia de los albaceas universales, quienes tienen por la ley facultad de vender los bienes del difunto aunque no se la haya dado el testador, pues es consiguiente á su cargo (y).

gitima escusa en los casos siguientes: si el testador le hiciere un legado y el albacea lo aceptare: si es pariente cercano del testador: si suscribió el testamento, ó estuvo presente en el acto en que se hizo y no se opuso á su nombramiento: si hay necesidad urgente de cumplir el testamento. Tambien deben aceptar á no tener escusa legal los albaceas dativos.

(1) Cap. 3, x. de testam.

(x) En los legados piosos los albaceas no tienen mas tiempo para llevarlos á cumplimiento que seis meses contados desde la muerte del testador. Si dejan pasar etse tiempo, pierden su cargo y se subrogan otros en su lugar.

(2) Cap. 2, § 1, de test. in 6.

(y) Los albaceas particulares no tienen mas cargo que cuidar del entierro, funeral y sufragios del difunto y de lo que se refiere á cosas pias. Todo lo demás pertenece al heredero.

4.^a Para que sea válida la venta hecha por los albaceas debe hacerse con algunas solemnidades, á saber : 1.^a Han de hacer tabas para vender la cosa. 2.^a Han de hacer subastar la misma por espacio de treinta dias ó mas en los lugares acostumbrados donde haya existido. 3.^a Deben entregar ó vender la cosa al que ofrezca ó dé mas por ella. 4.^a No han de vender á crédito sino á dinero efectivo, con el fin de cumplir cuanto antes la disposicion y voluntad del testador (z).

De estas y otras cosas relativas al oficio, derechos y facultades de los albaceas tratan *Cancer. Var. 1, cap. 7, n. 27 y sig. Reiff. al título de las decret. de testam. § ult.*

TÍTULO 3.^o

DE LOS LEGADOS.

Siguiendo el orden que hemos propuesto, corresponde ahora tratar de los legados.

¿Qué es legado? Es el legado: *Cierta donacion dejada por el difunto para que la entregue el heredero* (1).

Esplicacion. *Cierta donacion* : se dice donacion porque el legado es una mera dádiva, sin obligacion de hacerla por derecho alguno. *Cierta*, porque el legado se distingue de la herencia y de la institucion de heredero, por cuanto esta lleva consigo todas las cargas hereditarias : pero el legatario no está sujeto á estos gravámenes. El legado no es propiamente *donacion* porque no es contrato, y asi se ha dicho *cierta donacion*, como si dijéramos *cierta especie de donacion*, y semejante á esta ; pues que es un título meramente lucrativo, siendo así que la herencia lo es oneroso (2). *Dejada por el difunto*; á diferencia de la donacion por causa de muerte y otras donaciones que no se dejan, sino que se constituyen entre presentes con mútuo presentimiento. *Para que le encargue el heredero* ; pues el legatario no puede

(z) Pero no necesitan licencia judicial.

Los albaceas universales perciben el 10 por ciento de los caudales que administran. En la diócesis de Vich, segun las Constituciones sinodales, cobran un sueldo por libra, (que es la vigésima parte, esto es el 5 por ciento), no pudiendo exceder en su totalidad de 30 libras, que equivalen á una onza de oro, ó sean 80 pesetas.

(1) Instit. de legat. § 1.

(2) L. 119, ff. de verb. sign. L. 32, ff. mandat.

regularmente tomar de propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedirla al heredero, á no ser que se deje por derecho de institucion, ó declare el testador que posee en nombre del legatario, ó bien dé á éste licencia para tomar la cosa de propia autoridad. Estas palabras significan además la obligacion de parte del heredero, quien aceptando la herencia se obliga á entregar los legados, esto es, por un cuasicontrato (1).

Especies de legados. Antes habia cuatro especies de legados; pero suprimidas éstas dispuso el emperador Justiniano que fuese una sola la naturaleza, eficacia y virtud de todos (2).

¿De cuántos modos se hacen? El legado se hace de cuatro modos. 1.º *Puramente*; como te lego cien pesos. 2.º *Bajo condicion*; v. g. te lego cien pesos si el rey viniere. 3.º *Para cierto dia*; por ejemplo te lego cien duros para la Pascua. 4.º *Desde cierto dia*; como te lego mil duros desde la Pascua en adelante, á diferencia de la institucion de heredero que solo puede hacerse puramente ó bajo condicion.

¿Quiénes pueden legar y á qué personas? Tienen facultad de legar todos aquellos que pueden hacer testamento; y son capaces de percibir los legados todos aquellos que pueden ser nombrados ó instituidos herederos; de donde se sigue que no es permitido dejar legados á aquellos que no pueden ser nombrados herederos (3).

¿Qué cosas pueden legarse? Pueden legarse: 1.º Las cosas corporales, sean muebles ó inmuebles, como el oro, la plata, una casa, un molino, etc. 2.º Las cosas incorporales, como los créditos, las servidumbres, las acciones, etc.; pues aquello que se debe al difunto puede legarse á alguno de este modo: los cien pesos que me debe Juan sean dados por mi heredero á Diego (4). 3.º La cosa propia del mismo testador; v. g. lego á Joaquin mi casa. 4.º La cosa del legatario hasta en la cantidad del legado; pues aquel á quien honro puedo gravarle, con tal que el gravámen no exceda al honor, y así vale el legado. Esto debe entenderse de manera que el testador puede legar á otro la cosa del legatario; pero no legar á este su misma cosa, pues seria un legado inútil, en razon de que siendo propio de él no es posible ampliarle su propiedad (5). 5.º La cosa del heredero; v. g. lego á Pedro la casa del heredero que he nombrado; y nada importa que sepa ó ignore el testador que la cosa es ajena, porque al heredero le es fácil la entrega de

(1) § Hæres. 5. Instit. de obl. que quasi ex contr. nasc.

(2) Inst. de legat. § 2 y 3.

(3) Inst. de legat. § 24.

(4) Inst. de legat. § 21.

(5) § Sed si rem. 10, Instit. de legatis. L. 45 y 159, ff. de reg. jur.

una cosa suya por cuanto no tiene que redimirla de otro (1). 6.º La cosa ajena, como cuando el testador lega una cosa que no es propia suya ni del legatario ni del heredero; en cuyo caso si el testador sabia que la cosa era ajena, vale el legado, y debe el heredero entregarla, ó su estimacion, si el dueño no quisiese venderla por su justo precio, por cuanto la estimacion sucede en lugar de la cosa; pero si lo ignoraba no vale el legado, porque siempre se presume que el testador dispone de sus cosas y que no lo hubiera legado á haber sabido que era ajena (2). 7.º La cosa que en la actualidad no existe, pero cuya existencia futura se aguarda, como son los frutos futuros ó nacerodos, pues se sobrentiende ó supone la condicion, *si nacieren* (3). 8.º La quitanza ó perdon de la deuda, y vale el legado, á no ser que el testador exigiese el débito, pues por la exaccion se presume extinguido ó no hecho el legado (4). 9.º La dote á la mujer, cuyo legado de la dote tambien, por ser mas amplio el legado de la dote que la accion dotal; pues se debe inmediatamente despues de muerto el testador; mas no así por la accion de dote, sino despues del tiempo prefijado por la ley (5). 10.º El hecho, esto es, que el heredero venda á otro una heredad en tanto precio (6).

¿Qué cosas no pueden legarse? No pueden legarse las cosas cuya enajenacion está prohibida, y que no son objeto de contrato; y si fueren de tal naturaleza que estén exentas del comercio de los hombres, como las sagradas, santas, ó religiosas, es inútil el legado en términos que ni aun se debe su estimacion: porque esta no puede graduarse en las cosas que no pueden venderse ni regularse por precio (7).

¿De cuántos modos se quita ó se disuelve el legado? El legado de quita ó disuelve de dos modos: 1.º *Es-presamente*; como cuando el testador por palabras contrarias ó cualesquiera otras revoca ó quita en todo ó en parte el legado que habia hecho (8). 2.º *Tácitamente*; cuando no de las palabras sino de algun hecho se colige la voluntad y arrepentimiento del testador; lo cual puede entenderse de ocho modos: 1.º Por enemistad gravísima y capital que sobrevenga entre el testador y el legatario; pues en tal caso falta la voluntad de hacer beneficios, á no ser que haya intervenido reconciliacion (8). 2.º Por la mudanza de forma de la cosa legada; lo cual

(1) L. 67, § 8, ff. de legat. 2.

(2) § 4, Inst. de legat.

(3) § 7, Inst. de leg.

(4) § 12 y 13 Instit. de legat.

(5) § 15, inst. de leg.

(6) Instit. de legat. § 21, L. 49, § 8 y 9, ff. de legat. 1.

(7) Inst. de legat. § 4.

(8) Inst. de ademp. leg. al princ.

(9) L. 3, § fin. ff. de adm. legat.

acontece con la destruccion, disolucion y ruina ó pérdida del objeto legado, pues disuelta la causa se disuelven tambien todos sus efectos, á menos que se pruebe que el testador quiso otra cosa (1). 3.º Con la enajenacion de la cosa legada; cuando el testador no compelido por necesidad alguna sino espontáneamente la enajenare, ó vendiere, ó la diere á otro; pues de este modo parece que revocó el legado (2). 4.º Con la exaccion del debido legado, cuando el testador exige del deudor la deuda que habia legado, pues se presume haber quitado ó revocado el legado (3). 5.º Por muerte del legatario acaecida antes que la del testador, pues este sólo tuvo en consideracion la persona de dicho legatario y no la del heredero del mismo (4). 6.º Por la repudicion de legatario aunque despues pida el legado; pues una vez libertado el heredero, no incurre de nuevo en obligacion (5). 7.º Por la consecucion de la cosa legada, cuando por alguna causa lucrativa adquiere el legatario dicha cosa, porque no pueden concurrir simultáneamente en un mismo sugeto dos causas lucrativas (6). 8.º Por faltar la condicion bajo la que se dejó el legado; pues por falta de ella cesa la voluntad del difunto (7).

NOTAS.—1.ª Si alguno hiciese legado á otro de cosa propia suya, lega inútilmente porque lo que es propio de alguno no puede apropiársele mas ampliamente, segun se dijo antes, en razon de que perteneciéndole ya por una causa, no quede adquirir la propiedad por otras (8).

2.ª No vale el legado si el deudor legare al acreedor lo que le debe, á no ser que comprenda mas que el débito; pues de lo contrario nada mas adquirirá por el legado que por la deuda (9).

3.ª Asimismo es nulo el legado de una finca ó casa dejado por aquel que no tiene ninguna, á causa de la gran incertidumbre; pues no es posible saber de qué cosa habló el testador,

4.ª Tampoco vale el legado de la dote no recibida, si se deja simplemente, esto es, sin espresar tiempo ó cantidad cierta, de este modo: *lego á mi mujer la dote que recibí de ella*; porque no existe la cosa á que se refiere, ni puede tener efecto la voluntad por no declararse qué es y cuánto lo que se debe (10).

5.ª Debe advertirse que cuando el testador lega alguna cantidad á su mujer ó acreedor, se presume haberse hecho el legado en compensacion de

- (1) § 16, Instit. de legat.
- (2) § 12, Instit. de legat.
- (3) § 21, Instit. de legat.
- (4) Inst. de leg. § 8, L. un § 2, cod. de cad. toll.
- (5) Inst. de leg. § 8.
- (6) § 6, Inst. de leg.
- (7) L. un. § 2, cod. de cad. toll.
- (8) § 10, Inst. de legat.
- (9) § 14, Inst. de legat.
- (10) § 15, Inst. de legat.

la dote ó del débito; porque la deuda de la dote es voluntaria, á no ser que espese que lo deja además de ella; y así debe inspeccionarse la mente del testador para evitar litigios y disputas. Véase sobre esto á *Cancer y Mantica* (1).

6.^a Siempre que á alguno se le deja el usufructo de toda la herencia, debe tener cuidado el escribano de añadir que comprende no sólo el pleno y entero usufructo, sino tambien los aumentos que de él resulten, porque se duda en los tribunales si tales aumentos corresponden al usufructuario ó al heredero, cuya cuestion trata y resuelve *Cancer* (2).

7.^a Todo clérigo debe legar alguna cantidad al obispo de su diócesis por razon de superioridad, y este legado ha sucedido por costumbre en lugar de la porcion canónica como dicen los AA. (3).

8.^a El legado será inútil si no se entendiere lo que se manda, porque en los testamentos se considera como no escrito aquello que no puede entenderse (4); de donde se infiere que será inútil el legado, si alguno sin añadir cantidad alguna, me lega lo que otro le debe, no existiendo realmente tal deuda; ó si lo que yo debo á otro se lo lego al mismo, sin añadir cantidad alguna, porque no aparece cuánto es lo legado (5).

9.^a Uno de los cargos del escribano es amonestar secretamente al testador, que si tiene algo mal adquirido ó robado lo restituya; pues no sólo estamos obligados á consejos relativos á los bienes terrenos, sino tambien á los espirituales para que se salve el testador.

Asimismo le dará oportunos consejos si quisiere dejar algo á sus parientes y mujer, cuya memoria recordará justísimamente el escribano al testador, como tambien á los pobres y santos hospitales donde hallan los menesterosos ausilios en sus enfermedades y dolencias. De los privilegios y derechos de estos lugares, como tambien de los legados que se dejan á favor de los mismos, tratan las *leyes* 32, 33, § 35, 41, § 6 46 y 47. *Cod. de Ep. et Cler. etc.* (aa)

(1) Canc. part. 1, cap. 9, n. 73 y part. 3, cap. 20, n. 399 y sig. *Mantic. de confecturis ultim. volunt.* lib. 10, tit. 2, n. 12.

(2) Canc. part. 3, cap. 20, n. 124 y sig.

(3) *Trist. dec.* 58, n. 12, *Romag. ad sinod. gerund.* lib. 5, tit. 7, cap. 5, n. 16.

(4) L. 73, § 3, ff. de reg. jur.

(5) L. 75, § 1, de legat. 1.

(aa) Este título de legados es insuficiente para resolver muchas cuestiones que ocurren en Cataluña y que deben decidirse por las reglas de derecho romano. Por esto será necesario consultar el Heineccio y el Vinnio, ó por lo menos el primero.

DE LA CUARTA FALCIDIA.

§ ÚNICO.

Como por la ley falcidia se disminuyen ó anulan en parte los legados cuando alguno lega mas de las tres cuartas partes de la herencia ; por tanto es este el lugar oportuno de tratar esta materia.

¿Qué es falcidia? Falcidia es : *cierto auxilio y subsidio concedido al heredero, cuando los legados esceden las tres cuartas partes de la herencia.*

¿Qué dispone esta ley? Esta ley dispone que no se pueda legar mas que las tres cuartas partes de todos los bienes, esto es, que ya sea uno el heredero instituido, ya muchos, les quede á lo menos la cuarta parte, de este modo: si el testador hubiese legado 400 y no hubiese mas bienes, debe deducirse la cuarta parte de cada legado; de suerte que á quien se le hayan legado 100, se le rebajen 25; al que se hayan dejado 40, 10; y así de los demás (1).

¿Qué deberá deducirse primero de la herencia? Sin embargo deberán rebajarse antes de la herencia tres cosas: 1.^a *Las deudas.* 2.^a *Los gastos del funeral.* 3.^a *El precio de los siervos manumitidos;* porque la causa de estos es anterior y mas importante; y porque no se llaman bienes sino lo que queda ó resulta deducidas las deudas (2).

¿Cuándo no tiene lugar la falcidia? No tiene lugar la falcidia, ni debe hacerse la deducción en nueve casos: 1.^o Cuando el testador prohíbe *espresamente*, en el testamento que se deduzca la falcidia (3): he dicho *espresamente*, por cuanto no basta la prohibicion *tácita*, porque se presume que el testador se equivocó acerca de la cantidad de la herencia. 2.^o Cuando se lega al hijo la legítima, porque esta no admite disminucion y ha de deducirse antes que las deudas (4) (bb). 3.^o Cuando se lega la dote á la mujer porque la era ya debida por otra causa, y no hace mas que recibir cosa suya (5). 4.^o Cuando se lega en el testamento del soldado (6), á cuya volun-

(1) Inst. de leg. Falc.

(2) Inst. de leg. Falc. § fin.

(3) Aut. sed. cum. testator cod. ad leg. falc.

(4) L. 54, ff. ad leg. Falc.

(bb) Este n.^o 2.^o está mal traducido. El original latino no dice que la legítima *deba deducirse antes que las deudas*, sino que *debe deducirse antes, como las deudas.*

(5) L. 81, § 1, ff. ad leg. falc.

(6) L. 7, cod. ad leg. falc.

tad sólo se atiende en su disposicion testamentaria. 5.º Cuando se lega la libertad (1); pues esta no puede pertenecer á uno ni disminuirse en parte. 6.º Cuando se lega por causas piadosas, por derecho novísimo, y se detrahen los legados pios como las deudas (2). 7.º Cuando aparece delito del heredero por haber cancelado el legado del testamento, pues se le tiene por indigno del beneficio de esta ley (3). 8.º Cuando el heredero no hizo debidamente el inventario, y entonces queda obligado respecto de los acreedores y legatarios á mas del importe de la herencia; pues hay presuncion de derecho que el heredero haya ocultado las cosas pertenecientes á ella (4). 9.º Cuando el heredero ha pagado los legados íntegros, á no ser que probase haberlo hecho por error y se arrepienta de ello (5) (cc).

NOTA.—También tiene lugar la ley falcidia en los fideicomisos particulares (6).

TÍTULO 4.º

DE LA DESHEREDACION Y PRETERICION.

ANTES de dar principio al título de la institucion de los herederos, conviene tratar de la desheredacion y pretericion, porque en la práctica se hace antes de la institucion de heredero.

¿Qué es desheredacion?

Desheredacion es: *exclusion de la herencia que correspondia á alguno por la ley, hecha y ordenada en el testamento.*

¿Qué es desheredar?

Desheredar es: *excluir espresamente de la herencia á aquel que era llamado á ella por la ley, y constituirle como*

persona ajena.

¿Qué es pretericion?

Pretericion ú omision se llama: *cuando los hijos no han sido instituidos herederos, ni desheredados, como conviene,*

sino que han sido omitidos ó pasados en silencio en todos los grados.

(1) L. 34, ff. ad leg. falc.

(2) Aut. similiter Cod. ad leg. falcid.

(3) L. 59, ff. ad leg. falcid.

(4) Aut. sed cum testator. Cod. ad leg. falcid.

(5) L. 9, Cod. ad leg. falc.

(cc) El error ha de ser de hecho, pues si fuere error de derecho, no cabe reclamacion.

(6) Const. de Anton. Pio l. 18, ff. ad leg. falc.

Preterir ú omitir. Preterir ú omitir es: *no admitir ni escluir á aquel que por derecho debia suceder en una herencia, pasándole en silencio.*

Acerca de la desheredacion y pretericion debe notarse, que sólo se entienden respecto de una herencia debida á alguno de derecho; y así no se dice que uno deshereda ú omite á un extraño, sino sólo á un hijo ú otro descendiente; ó por el contrario el hijo, el nieto y otros descendientes desheredan ú omiten al padre, al abuelo, etc. La razon es porque la herencia de los padres pertenece por derecho á los hijos, así como la de estos á aquellos (1).

NOTAS.—1.ª Por derecho novísimo (sea lo que quiera del antiguo, pues como abolido poco nos interesa) deben ser instituidos herederos ó espresamente desheredados en el testamento del padre, todos los hijos así nacidos como póstumos, varones ó hembras, sean del primer grado ó de otros inferiores; de tal suerte que si fuesen preteridos ó pasados en silencio, el testamento es nulo de derecho (dd). Así lo estableció espresamente el emperador Justiniano (2) suprimiendo toda la diferencia del derecho antiguo, como estaba ya abolida por derecho pretorio en cuanto á los hijos emancipados (3). Pero en el testamento de la madre ó del abuelo materno no deben ser precisamente instituidos ó desheredados los hijos ó nietos; pues si de ellos no se hiciese mencion alguna se tienen por desheredados (4).

2.ª También estableció el mismo emperador Justiniano (5) que no puedan los padres desheredar ú omitir á los hijos, á menos que prueben que son ingratos, y espresen determinadamente en el mismo testamento la causa de la ingratitud. Estas son catorce, las cuales se refieren en la misma nueva constitucion (6) (*).

(1) L. 14, ff. de liber. et post L. 15, ff. de inoff. testam.

(dd) Los romanos decian que los hijos habian de ser instituidos herederos ó espresamente desheredados, porque entre ellos la legitima debia dejarse por título de institucion. Como por derecho de Cataluña la legitima puede dejarse por título de legado, deberemos decir que los hijos han de ser instituidos herederos, ó legárseles la legitima ó desheredárseles espresamente.

(2) § 5, Inst. de exhered. liber. l. fin. Cod. de liber. præter.

(3) § 3, Inst. de exhered. liber.

(4) § Mater 7, Inst. de exhered. liber.

(5) Novell. 115, cap. 3, y Aut. non licet. cod. de liber. præter.

(6) Dha. Novell. 115, cap. 3.

(*) Las causas por las cuales los padres pueden desheredar á los hijos, están contenidas en los siguientes versos:

Ex septem bis causis exheres filius esto :

Si patrem feriat, vel maledicat ei,

Carcere detentum si negligit ac furiosum,

Criminis accusat vel parat insidias;

Si præbet damnum, vel non captum hoste reducit,

Testari prohibet, vel dat arena locum,

Si pravos sequitur, vel amat genitoris amicum,

Non orthodoxus, filia quando coit.

3.ª Con lo dicho se conforma nuestro derecho municipal ; pues por cierto *usático* (1), se dispone que el padre no puede desheredar al hijo sin expresar alguna justa causa, y la desheredacion hecha de otro modo será nula. Además por una pragmática concedida á los vecinos de Barcelona se manda que no obstante el defecto de la pretericion (ee) se sostenga el testamento si en lo demás está hecho con las debidas formalidades, quedando salvo á los hijos el derecho de pedir su legítima si no fueren justamente omitidos ó desheredados (2).

4.ª En toda Cataluña el testamento en que el padre hizo mencion de los hijos dejándoles algo, se sostiene así por derecho de institucion como de legado, aunque aquello no cubra la legítima ; bien que el hijo puede demandar el suplemento de la misma (3).

5.ª En cuanto á los testamentos de los hijos está prevenido por el referido emperador Justiniano (4), que los hijos no pueden sino por ocho causas (que tambien se enumeran en la misma constitucion) desheredar á sus padres (*). Y por constitucion de Cataluña está establecido (5) que no se anula el testamento de los hijos ó nietos en que sea preterido el padre ó abuelo ; queda sin embargo reservado á estos el derecho de pedir y obtener la legítima que les corresponde en los bienes de los hijos y nietos.

6.ª Por último, aunque en tiempo antiguo se invalidaba el testamento por defecto de exheredacion ó pretericion, fué esto corregido por la auténtica abajo citada (6) ; segun la cual sólo se anula en cuanto á la institucion, quedando en su fuerza y vigor todas las demás cosas, como son manumisiones, tutela, legados, fideicomisos y otras semejantes (7) (ff).

(1) Usat. exheredare lib. 6, tit. 3, de fills y pares preterits.

(ee) O exheredacion.

(2) Canc. var. 1, cap. 4, n. 39.

(3) Canc. var. 1, cap. 3. n. 15 lib. 6. Cons. 2, tit. 2, de pupillars y altres substitucions. Vers. E. sis vol.

(4) Dha. Novell. 114, cap. 4.

(*) Estas causas se contienen en los siguientes versos :

Sed pater ex septem, si nati spernit honores,

Si accusat filium, dira venena facit,

Testari vetat, aut uxorem diligit ejus,

Non redimit captum, dum farit odi eum.

(5) Constit. un. d. tit. de fills y pares preterits.

(6) Aut. ex caus. Cod. de lib. præ. ex exher.

(7) Canc. var 1, cap. 4, n. 52.

(ff) Excepto el caso de pretericion de un hijo por el padre que lo tiene en su poder, la cual anula el testamento, cuyo derecho se observa en Cataluña, pero no en Barcelona, en donde la pretericion ni la desheredacion no producen otro efecto que dejar salvo al preterido ó desheredado el derecho de pedir la legítima.

Quando el testador que no tiene descendientes ni ascendientes, instituyere heredera á una persona torpe, si tiene hermanos, debe dejarles la legítima ó desheredarles con justa causa. Las causas justas para desheredar á los hermanos en este caso son las siguientes: si el hermano ha puesto asechanzas contra la vida de su hermano: si le acusó de algun cri-

TÍTULO 5.º

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO.

DESPUES de los legados corresponde tratar de la institucion de heredero, y de las demás cosas que de ella dimanar.

¿Qué es herencia?

Herencia es: *la sucesion en todos los derechos que el difunto tenia al tiempo de su muerte* (1)

Explicacion.

Sucesion; á saber, por testamento y abintestado. *En todos los derechos*, esto es, en todo el patrimonio y en todos los bienes. *Que tenia el difunto al tiempo de su muerte*; pues en la herencia sólo se considera dicho tiempo, y si los bienes se aumentaren despues de la muerte del testador y antes de la adiccion ó aceptacion de la herencia, corresponderán no obstante al heredero, quien ocupa el lugar del testador (2).

¿De cuántos modos es la herencia?

La herencia es de dos maneras: *testamentaria* y *legítima* (3). *Testamentaria*, es la que se dá y adquiere por testamento ó la que por este corresponde á uno. *Legítima*, es la que compete por la ley ó abintestado. Estos dos modos de suceder son diversos, y ninguno puede suceder á un tiempo por testamento y abintestado á una misma persona.

¿Cómo se divide la herencia?

La herencia si es testamentaria se divide en todas partes cuantas quiera el testador; pero si fuere legítima se divide en doce partes llamadas por los latinas *onzas*; y todas juntas componen una unidad denominada por los mismos *as* (4).

men: si ha ocasionado grave daño en sus bienes. Si el hermano que instituye heredera á una persona torpe preteriere á sus hermanos ó los desheredare injustamente se invalida la institucion.

El autor no espresa todos los requisitos de la desheredacion. Esta debe hacerse nominalmente, puramente, de toda la legítima, de todos los grados y con justa causa. Si el desheredado negare la causa de la desheredacion, el heredero debe probarla, y no haciéndolo, el testamento fuera de Barcelona se declarará rescindido.

No pueden ser desheredados los infantes y los próximos á la infancia, pero si los próximos á la pubertad porque son capaces de dolo.

(1) L. 24, ff. de verbor. sing. L. 62, ff. de reg. jur.

(2) Inst. de hered. inst. 2.

(3) Inst. per quas pers. § fin.

(4) Hereditas 5, inst. de hered. inst.

La division de las *as* por onzas tenia nombres propios con que se designaban sus diversas partes, como *sextante*, que era la sexta parte; *triente*, que era la tercera; *cuadrante*, que era la cuarta; *quincuncea*, que comprendia cinco onzas; *semisas ó mitad*; *septuncea*, siete; *bes*, ocho; *dodrante*, nueve; *dextante*, diez; *deunca*, once.

¿Qué es instituir heredero? Instituir heredero es lo mismo que *designar ó hacer el testador á alguno dueño de todos sus bienes, para despues de su muerte.*

Explicacion. *Designar á alguno*, esto es, persona hábil é idonea. *Dueño*; pues efectivamente el instituido se hace tal por disposicion del testador, y obrar como heredero es equivalente á proceder como señor (1). *De todos sus bienes*, y no de parte de ellos; pues si alguno fuese instituido en parte de los bienes, y nada se dijese de los restantes, el instituido percibiria el todo; pues nadie puede morir testado en parte y en parte abintestado (2), (*). *Para despues de su muerte*, y no antes, porque el testamento empieza á tener efecto desde el dia en que muere el testador (3). Se ha dicho *despues de su muerte*; para denotar que ha de ser la del testador y no la de otra persona; pues si aquel dijese: *quiero que este testamento sólo tenga efecto despues de la muerte de Juan*, no valdria, pues aunque la ejecucion puede remitirse al tiempo de la muerte de un tercero, mas no la fuerza y efectos de la disposicion testamentaria. No obstante aunque la ejecucion no seria válida en los términos indicados, se sostendria como si fuese puramente hecha, esto es, sin adiccion de tiempo ó dia, la cual como supérflua se tiene por no puesta (4).

¿Qué es institucion de heredero? Institucion de heredero es: *una subrogacion en el derecho que tenia el testador al tiempo de su muerte, por ejemplo, sea Juan mi heredero.*

NOTA.—Es tan necesaria la institucion de heredero, que sin ella nada vale todo lo escrito en el testamento, y la misma se considera como la cabeza y fundamento de todo él (5): asi sola ella es la parte sustancial, y con ella sola puede subsistir el testamento. Por consiguiente con solas tres palabras puede este hacerse del modo siguiente: *Francisco sea heredero* (6).

(1) L. 22, ff. de acqu. vel omit. hered.

(2) § 5, Instit. de hered. inst. L. 1, § 4, L. 9, § 45, ff. del mismo tit.

(*) Este principio no es exacto entre nosotros en Barcelona.

(3) § In extraneis 4. Instit. de heredit. qual. et different.

(4) § 9, Inst. de hered. instit. L. 34, ff. del mismo tit.

(5) § ante heredis 34. Inst. de leg. § 2. Inst. de fideic. hered.

(6) L. 1, § 3, ff. de hered. inst.

¿Con qué palabras se hace la institución?

La institución se hace con *palabras directas ú oblicuas*.
Con *palabras directas* de este modo: *Juan es mi heredero*.
Con *palabras oblicuas*, v. g. *Ruego á Francisco que restituya mi herencia*; de la cual no tratamos aquí porque se puede hacer en los codicilos. Poco importa que la institución se haga con estas ó las otras palabras, con tal que conste la voluntad del testador, á la que sólo debe atenderse en estas cosas (1).

¿Quiénes pueden ser instituidos herederos, y quiénes no?

Pueden ser instituidos herederos los hombres libres y los siervos, así propios como ajenos, á saber: todos aquellos que pueden hacer testamento ó percibir algo por este; y así los siervos tienen testamentifacción pasiva si no por su persona, porque no son ciudadanos romanos, á lo menos por la persona de sus dueños ó señores, pues lo que adquiere el siervo es para el señor, y bajo este concepto puede ser instituido (2). En el día pueden ser nombrados herederos muchos á quienes en lo antiguo estaba prohibido; pero ni aun hoy pueden ser instituidos los siguientes: 1.º *El que ha contraído matrimonio incestuoso*, quien ni aun á su misma prole puede instituir (3). *Los hijos naturales*, si fueren únicos sólo pueden percibir ocho onzas del testamento del padre, y si hubiere hijos legítimos sólo una onza (4) (gg). 3.º *Los herejes, apóstatas y demás que no son católicos* (5) (hh). 4.º *La persona incierta*, no podía ser en lo antiguo instituida; pero hoy puede serlo y percibir legados. 5.º Lo mismo debe decirse de las *Ciudades y Colegios*, que pueden ser también instituidos herederos (6); pero no si dichos colegios fuesen ilícitos ó clandestinos (7).

Adviértase que el cónyuge no puede legar ó dejar á su consorte de segundas nupcias mas de lo que hubiere dejado á uno de los hijos

(1) L. 15, Cod. de testam.

(2) Tit. inst. de hered. inst.

(3) L. 6, cod. de incest. nupt.

(4) Aut. licet. cod. de natur. liber.

(gg) Hay alguna inexactitud en lo que dice el autor sobre los hijos naturales. Si existen hijos legítimos puede el padre dejar á los naturales una onza de la herencia, la cual puede distribuir asimismo entre los hijos naturales y su madre, aunque si sobreviviere únicamente esta no puede dejarle sino media onza: si no existen hijos legítimos sino ascendientes, dejando la legítima á los ascendientes, puede el padre dejar el resto á sus hijos naturales, ó á su madre, que serán nueve onzas, y no ocho como dice Gibert; finalmente cuando no hay hijos legítimos ni ascendientes el padre puede dejar á los hijos naturales toda la herencia.

(5) L. 3, cod. de apost. L. 4, cod. de hered. Mantica Novell. 115, cap. 3.

(hh) En el día no existe esta incapacidad.

(6) L. cum Senatus 20, ff. de reb. dub. L. 32, 73. § 1, 117 y 122, ff. de legat. L. cod. de incert. pers. y L. 12, cod. de hered. inst.

(7) Tit. ff. de colleg. et corpor. illic. L. 20, ff. de reb. dub. L. 8, cod. de hered. inst

del primer matrimonio, y aun ha de ser el que haya percibido menos (1) (ii).

¿De cuántos modos se hace la institución? La institución puede hacerse de ocho modos. 1.º *Primariamente*, como Pedro sea mi heredero; y de este modo se le defiere la herencia al punto que muere el testador. 2.º *Bajo de condicion*, como Diego sea heredero si la embarcacion viene de América; pero si la condicion fuere imposible, torpe ó deshonestá, no valdrá, pues la condicion imposible en las instituciones, legados, fideicomisos y manumisiones se tiene por no puesta, y así suprimida permanece pura la institución y el legado, á diferencia de los contratos; lo cual se estableció así en favor de los últimas voluntades (2). 3.º *Á tiempo incierto, ó desde tiempo incierto*, como, instituyo á mi mujer por mi heredera mientras viviere, y muerta ella, instituyo mi heredero á Juan, no obstante lo que se dice en el § 9 de la *Instit.* (3), el cual sólo habla de dia cierto; porque el dia incierto se tiene por condicion en los testamentos (4). 4.º *Singularmente*, como, instituyo á Pedro mi heredero en tal casa mia, ó en cien pesos, y entónces se tiene por heredero simplemente instituido en toda la herencia, si fuere solo (5); pero si fuesen dos los herederos nombrados, uno simplemente y otro en cosa cierta, el primero será heredero, y el segundo obtendrá aquella cierta cosa por derecho de legado (6). 5.º *Particularmente ó en parte*, como, instituyo á Antonio mi heredero en la tercera ó cuarta parte de los bienes, y debe expresarse cuánta es la parte; pues de lo contrario se entenderia la mitad, la cual se comprende siempre en la denominacion de parte indistintamente expresada. Esto se entiende así cuando son muchos los herederos instituidos, porque si lo fuere uno solo en parte, v. g. en una tercera, cuarta ó la mitad, se tendrá por instituido simplemente (7). 6.º *Universalmente*, como, instituyo á Diego heredero en todos mis bienes. 7.º *Con pluralidad*, esto es, cuando se instituyen muchos, sin espresar partes: estos se hacen igualmente herederos, y todos se tienen por una misma persona, representando la del difunto, porque son sucesores de derecho. 8.º *En cabezas y estirpes*, como instituyo á Diego y Juan mis hijos *en cabezas*, y á Ni-

(1) L. Hac. edictali 6, cod. de secund. nupt.

(ii) El adúltero y la adúltera no pueden adquirir el uno del otro. Tampoco puede instituirse heredero ni dejarse la menor cosa al confesor de la última enfermedad, ni á su iglesia ó Comunidad ó á sus parientes, segun la ley 15 tit. 20 lib. 10 de la Nov. Recop., que impone la pena de privacion de oficio al Notario que admita en un testamento semejantes herencias ó legados.

(2) § 9 y 10. Inst. de hered. inst.

(3) Dicho § 9, de la Inst. de hered. inst.

(4) L. 75, ff. de cod. e. dem.

(5) L. 41, ff. de vulg. et pupill. subst. L. 1, § 4 y 9 § 13, ff. de hered. inst.

(6) L. 13, cod. de hered. inst.

(7) § 5 y 6, inst. de hered. inst.

colás y Vicente mis nietos los instituyo igualmente mis herederos *en stirpes*; de suerte que ha de haber tanto cada uno de los hijos como entrambos nietos.

NOTAS.—1.^a Queda dicho arriba que regularmente no puede instituirse una persona incierta, porque debe ser cierto el juicio y designio del testador, por ejemplo, si este tuviese dos nietos que se llamasen ambos Narciso, y haciendo testamento, dijese: *instituyo á mi heredero á Narciso mi nieto*, no valdria la institucion por la incertidumbre acerca de cuál Narciso quiso hablar. En el dia se puede instituir entre personas ciertas á una de ellas incierta, con tal que se añada cierta demostracion; v. g. *instituyo á aquel ó aquellos de mis hijos que nombre mi mujer en su testamento ó última voluntad* (1).

2.^a La institucion no puede dejarse al arbitrio ajeno (2), porque así no seria cierto el juicio del testador acerca del heredero, sino en el caso últimamente referido; porque entonces no es la institucion sino el nombramiento el que depende del arbitrio ajeno, lo cual puede hacerse por cuanto la demostracion es cierta.

3.^a Pueden ponerse á los herederos estraños las condiciones potestativa, casual y mixta; pero á los herederos llamados por los latinos *suyos*, como son los hijos, no puede ponerse mas que la potestativa, para evitar que faltando la condicion se hallase preterido. Así que el hijo ó debe instituirse bajo condicion potestativa, ó si se instituyese bajo la casual, debe desheredarse bajo la contraria; pues de este modo nunca será preterido ú omitido (3) (jj).

4.^a Si se pusieren á la institucion varias condiciones, y todas se espresaren copulativamente, como: *si la nave viniere de América, y fulano fuere nombrado juez*; hasta que se cumpla una de ellas, pues con esto parece quedar satisfecha la voluntad del testador, y donde no hay conjucion de palabras es suficiente que se cumpla una de las cosas (4). El escribano debe investigar muy cuidadosamente la voluntad del testador por los muchos perjuicios que pueden seguirse de lo contrario.

5.^a Hemos dicho que la institucion puede hacerse á tiempo incierto y de tiempo incierto, pero no á tiempo cierto ó desde tiempo cierto; v. g. *al quinto año despues de mi muerte, ó desde mediados de tal mes ó hasta fin de tal año, etc. sea Juan mi heredero*; pues se tiene por inútil el dia designado, y es

(1) § 25, inst. de legat.

(2) L. 32 y 68, ff. de hered. inst.

(3) L. 4, 5, 6 y 86. ff. de hered. inst. L. 15, y última ff. de cond. inst.

(jj) Esto debe entenderse en cuanto á la legitima, pues por lo que mira á lo que esceda de la legitima, como el padre no tiene obligacion de dejarlo á sus hijos, puede ponerles toda clase de condiciones.

(4) § 11, inst. de hered. inst.

como si el heredero fuese instituido simplemente, á fin de que lo útil no se vicié por lo inútil, ó por otra razon de derecho civil, pues nadie puede morir testado en parte, y en parte intestado. No así cuando se pone un dia incierto; pues entonces vale la institucion, porque el dia incierto constituye una condicion en el testamento, como: *Francisco sea heredero cuando se case* (1).

6.^a La condicion puesta al heredero por el testador de que en ningun tiempo pueda enajenar cosa alguna de la herencia, si fuere añadida simplemente y sin causa, esto es, sin tener en consideracion el favor ó beneficio de algunas personas, se tiene por no puesta, porque siempre se supone que tal prohibicion se ha puesto por utilidad de alguno; y así es, que como mera ó absoluta prohibicion no vale; pero si se hiciere por cierto tiempo con adición de pena, valdrá aunque sea nuda ó absoluta, como otros preceptos. Por tanto el escribano debe ser muy cauto para poner pena si la prohibicion fuere temporal, y si fuere perpétua para cuidar de que se haga por respeto á algunas personas ó por utilidad de la cosa misma (2), (*) (11).

TÍTULO 6.º

DE LA CALIDAD Y DIFERENCIA DE HEREDEROS.

¿Qué es heredero y de cuántas clases?

Heredero no es otra cosa sino, *el sucesor en todos los derechos que tuvo el difunto*. Los herederos son de tres clases, á saber: *necesarios, suyos, y estraños*.

Heredero necesario.

Heredero necesario es: el siervo si fuere instituido por el señor, pues por esta institucion consigue ipso jure la libertad juntamente con la herencia (3), y por el inestimable beneficio de

(1) L. 114, § div. 14 y 15, ff. de leg. 1. L. 38, § 4, y L. 39, ff. de leg. 3.

(2) § 1, inst. de hered. inst.

(*) En virtud de la ley 12, tit. 17, lib. 10, de la Nov. Recop. está prohibida la vinculacion de bienes raices, y la prohibicion perpétua de enajenar, á no ser que se haga con Real licencia.

(11) En el dia ni aun con Real licencia podria ordenarse la prohibicion perpétua de enajenar.

Sobre la institucion de heredero véase además á Heineccio ú otro autor de derecho romano.

(3) Inst. de hered. inst.

la libertad, al punto que muere el testador, quiera ó no quiera, inmediatamente es heredero *ipso jure*; y así se llama *necesario* porque necesariamente es heredero. Antiguamente cuando los testadores temian que sus bienes no habian de ser suficientes para satisfacer á los acreedores, y por consiguiente que deberian venderse (lo que era muy ignominioso), solian hacer heredero á algun siervo suyo; y de este modo cuando despues se vendian los bienes aparecia que fuesen, no los suyos sino los del siervo nombrado. Por tanto el derecho imponia á los tales siervos la necesidad de que fuesen herederos aun contra su voluntad; lo 1.º para que el testador no muriese sin heredero, y lo 2.º para que no pareciese que se vendian los bienes del difunto. No obstante el siervo conseguia por esta institucion tres beneficios: 1.º Se hacia libre. 2.º Las cosas que adquiria despues de la muerte del señor las reservaba para sí. 3.º Si no bastaban para satisfacer á los acreedores los bienes del difunto, no por eso debian venderse las cosas que habia adquirido para sí el siervo (1).

Herederos suyos. Se llaman *herederos suyos*, los hijos que están bajo la potestad del padre, y al tiempo de la muerte de este tienen el primer lugar de la familia. Denominanse *suyos*, como si dijéramos domésticos y en cierto modo herederos de sí mismos, porque como los hijos (aun viviendo el padre) parezcan ya dueños ó *condominos* de los bienes del padre, así muerto este no parece que sucedan en los bienes de otro sino en los que ya eran casi suyos, por tanto no se hacen herederos de otro sino de sí mismos (2). Estos son herederos así por testamento como abintestato, no por su voluntad, sino por la ley y de derecho luego que muere el padre, aunque no quieran, aun cuando sean furiosos, ó no puedan prestar su consentimiento, y aunque ignoren la muerte del padre (3); por lo cual se llaman tambien *necesarios*, lo cual procede así segun el rigor del derecho civil; si bien por derecho pretorio y por equidad se les concede que puedan abstenerse de la herencia paterna, y así en el efecto dejan de ser herederos (4) (mm).

Herederos es- *Herederos estraños*, son todos los demás que no están traños. sujetos al derecho del testador, ó los que ni son *suyos*, ni *necesarios*. Estos se llaman tambien herederos voluntarios porque se hacen y son tales herederos por su voluntad, pues si quieren serlo, pueden aceptar ó adir la herencia; y si no quieren, pueden repudiarla segun mas les

(1) § 1, inst. de hered. qual. et dif. ff. y § inst. qui et ex quib. caus. man. non. poss.

(2) § 2, Inst. de hered. qual. et div. ff. § 2, inst. de hered. que ab intest. defert.

(3) § 3, de hered. qual. et diff. l. necessariis 57, ff. de adq. vel. omit. hered.

(4) D. § 2, de hered. qual. et diff. l. necessariis 57, ff. de adq. vel. omit. hered.

(mm) Los hijos deben ser capaces ó tener la testamentacion pasiva en dos tiempos, esto es al tiempo en que se hace el testamento y al tiempo de la muerte del testador.

acomode. Por tanto se requiere en ellos que en tres tiempos tengan la testamentación pasiva, esto es, que puedan percibir por testamento ó tengan capacidad de ser herederos; 1.º *Al tiempo en que se hace el testamento*; por aquella regla catoniana, lo que sería inútil ó nulo si al hacer testamento falleciese el testador no valga aun cuando viva mas tiempo (1). 2.º *Se requiere dicha capacidad al tiempo de la muerte del testador*; porque en dicho tiempo corresponde la herencia, se defiere ó puede aceptarse por el heredero, así que en dicho tiempo debe tener capacidad de aceptar ó de poder ser heredero (2). 3.º *Se requiere capacidad al tiempo de aceptar ó ser aceptada la herencia* (3).

TITULO 7.º

DE LAS SUSTITUCIONES.

El buen orden exige ahora que tratemos de las sustituciones que suelen hacerse en los testamentos, á fin de que los testadores no mueran intestados á pesar suyo; y por consiguiente para el caso en que el instituido no pueda ó no quiera ser heredero, acostumbran sustituir otros á falta del primer nombrado.

¿Qué es sustitucion? Sustitucion es: *institucion de segundo heredero, ó una designacion de heredero hecha en segundo grado ú otros ultteriores* (4). El grado no significa aquí orden de escritura ó número de personas, sino orden de sucesion.

Especies de sustituciones. Hay dos especies de sustituciones, á saber: *directa y fideicomisaria*. *Sustitucion directa* es aquella que se hace con palabras directas y civiles, que directa é inmediatamente se dirigen al sustituto, y por la cual percibe la herencia del difunto sin mediacion de persona alguna. *Fideicomisaria* es la que se hace con palabras deprecativas é indirectas, que no se dirigen inmediatamente al sustituto, sino mediando otra persona. De una y otra hay ejemplos en los *tit. del Dig. y cod. de la institucion vulgar* y en otros lugares.

(1) L. 1, y todo el tit. ff. de reg. caton. 41, § 2, ff. de l. 1.

(2) L. 52, ff. de leg. 2.

(3) L. 49, § 1, ff. de hered. inst. y § 3, 4 y 6 inst. de hered. qual. et diff.

(4) L. 1, ff. de vulg. et pup. subst.

Diferencia de palabras en las sustituciones. Hay tres diferencias de palabras en las sustituciones: 1.^a Algunas son directas, que de su naturaleza producen el efecto de que la persona á quien se deja la herencia la perciba de propia autoridad, y sin intervencion de otro; y así las palabras directas son imperativas, que tambien se dicen civiles y legítimas, porque son parecidas á las palabras con que se conciben las leyes civiles; v. g. *sé heredero: sé dueño: doy: lego: dá: haz esto*; y otras semejantes. 2.^a Otras son fideicomisarias ó indirectas, las cuales espresan que aquel á quien se deja la herencia, la perciba por ministerio de una persona intermedia; y si las palabras indirectas son deprecativas y vulgares aunque encierren una sentencia idónea y de buen efecto, por ejemplo: *ruego: mando: quiero: encomiando á tu fidelidad: que restituya, dé, haga, etc.* 3.^a Hay otras palabras comunes que pueden abrazar una y otra significacion, á saber: si se refieren á todos los bienes se tienen por directas, como *Patricio reciba mi herencia*; pero si recaen sobre cierta cosa solamente, se reputan como indirectas ó fideicomisarias; v. g. *Tal finca mia pertenezca á Diego*. De muchos modos pueden concebirse estas palabras comunes, como *dejo, designo, quiero, etc., que perciba; que pertenezca; que vuelva; que se devuelva; que se entregue; que suceda; que tome, etc.*, segun esplica *Cancer* poniendo ejemplos (1).

NOTAS.—1.^a Toda sustitucion puede hacerse no sólo en las herencias, que es lo mas comun, sino tambien en los legados (2).

2.^a Cinco son las especies de sustituciones directas: 1.^a *La vulgar*. 2.^a *La pupilar*. 3.^a *La ejemplar*. 4.^a *La brevilocua ó reciproca*. 5.^a *La compendiosa (nn)*.

(1) L. 1, ff. de vulg. et pup. subst.

(2) Canc. Var. 1, cap. 1, n. 2, y sig.

(nn) En el dia no calificamos las sustituciones por las palabras con que se hacen, sino por el objeto con el cual se verifican. Bajo este concepto se dividen en simples y compuestas: son simples las que constan de una sola sustitucion; compuestas las que con unas mismas palabras comprenden varias sustituciones. Las simples son cuatro: *vulgar, pupilar, ejemplar y fideicomisaria*. Las compuestas son dos: *brevilocua ó reciproca y compendiosa*. Las simples se dividen en directas y oblicuas: son directas la *vulgar, pupilar y ejemplar*; es oblicua la *fidelcomisaria*.

En materia de sustituciones debe tenerse presente el axioma general que se aplica cuando el testador ha establecido una série de sustituciones: *el sustituto del sustituto, se entiende tambien sustituto del instituido*. Por ejemplo: un testador establece las siguientes sustituciones: *instituyo heredero á Juan, y si este no lo fuere sustituyo á Joaquin, y si este no lo fuere sustituyo á Dionisio*. En esta série de sustituciones Joaquin está llamado á sustituir á Juan y Dionisio á Joaquin: no obstante segun el principio de que el sustituto del sustituto es tambien sustituto del instituido, si al tiempo de morir el testador no existiere el heredero instituido Juan, y tampoco se hallare vivo su inmediato sustituto Joaquin, entrará á sustituirle Dionisio.

§ 1.º

DE LA SUSTITUCION VULGAR.

Sustitucion vulgar. La sustitucion vulgar es: *aquella que se hace por cualquiera del vulgo ó cualquiera persona del pueblo con palabras negativas tácita ó espresamente* (1); *la cual se llama tambien simple* (2) (ñ ñ).

Explicacion. *Que se hace por cualquiera del vulgo*; pues cualquiera testador puede hacerla. *A cualquiera persona*, porque puede hacerse á cualquier heredero. *Con palabras negativas*, pues son necesarias en ellas las palabras negativas, porque de este modo se demuestra el efecto de la sustitucion. *Tácita ó espresamente*, por cuanto se hace de estos dos modos.

¿Por qué se llama así? Se llama vulgar porque lo es, y el modo mas comun de sustituir; ó porque puede hacerse vulgarmente por cualquier testador, y promiscuamente á toda clase de herederos.

Especies de esta sustitucion. La sustitucion vulgar es de dos clases, á saber: una *espresa* y otra *tácita*. La vulgar espresa es aquella que se hace con palabras espresas designadamente por un caso comun ó vulgar, ó aquella que se hace por palabras negativas espresas, como *Juan sea mi heredero; pero si no lo fuere, porque no quiera ó porque no pueda, sea Francisco mi heredero*.

¿De cuántos modos se considera la vulgar espresa? La vulgar espresa se toma ó considera de tres modos: 1.º *Generalmente*, cuando se colige de las palabras y por consecuencia de la mente del testador; esto es, cuando aunque no lo espresen terminantemente las mismas palabras, parece sin embargo que lo indican, como instituyo mis herederos á Pedro y Antonio mis hijos, y *los sustituyo mutuamente*; bien que este modo de sustituir mas bien pertenece á la sustitucion reciproca de la que se tratará despues en su lugar. 2.º *Especialmente*, cuando se constituye la propia especie de sustitu-

(1) Inst. de vlug. subst.

(2) L. 1, § 2, ff. en este tit.

(ññ) Esta definicion es viciosa, porque no explica el objeto de la sustitucion. Mejor diríamos que la sustitucion vulgar es *aquella que se hace por cualquier testador, nombrando un sustituto al heredero para el caso en que no llegase á serlo*.

cion vulgar espresamente, v. g. *Si Luis no fuere heredero, séalo Narciso*. 3.º *Singularmente*, cuando se espresa singularmente un caso de sustitucion vulgar, como *Fernando sea heredero, y si no lo fuere por no querer, séalo Bonifacio*. El otro caso, á saber, ó por no querer, se entiende comprendido porque la vulgar espresada en un caso se estiende al otro no espreso (1) (oo).

Tácita. La vulgar *tácita*, es aquella en que no se espresan las palabras negativas ó la condicion de la sustitucion, sino que se suponen contenidas bajo la espresa pupilar en fuerza y potestad de la ley que presume haber sido tal la voluntad del testador, esto es, que la sustitucion vulgar espresa contenga la pupilar tácita, porque el que sustituyó para uno de los dos casos solamente, se entiende haber sustituido para entrambos (2).

¿Quiénes pueden sustituir vulgarmente? Pueden sustituir vulgarmente aquellos que tienen facultad de hacer testamento.

¿A quiénes? Pueden ser sustitutos todos los que tienen testamentifacion con el testador, ó que pueden ser instituidos herederos, sean libres ó siervos, con quienes por medio de la persona de sus Señores hay testamentifacion (3). Puede darse sustituto á todos los herederos de cualquiera edad y condicion que sean (pp).

Efectos de esta sustitucion. Seis son los efectos de esta sustitucion: 1.º Faltando el heredero instituido, ó porque no puede habiendo muerto antes, ó porque no quiere aceptar la herencia, ó bien por haberse invalidado de otro modo la institucion; entonces tiene lugar la sustitucion, para que así se sostenga la voluntad del difunto, escluido el heredero del instituido en primer lugar, al cual no se transmite la herencia no aceptada sino en los casos que espresa el derecho (4). 2.º El sustituto en este caso sucede en los bienes del testador, y no en los del instituido, porque no es

(1) Gomez Var. resol. 1, cap. 3, n. 19.

(oo) Son tres las fórmulas de la sustitucion vulgar, aunque todas producen los mismos efectos. La primera, que es la mas estensa, se concibe así: *instituyo heredero á Juan, y si no lo fuere porque no quisiere ó no pudiere, le sustituyo á Anselmo*. La segunda, que es la singular, se reduce á las siguientes palabras: *y si no lo fuere porque no quisiere le sustituyo á Anselmo*, ó bien *y si no lo fuere porque no pudiere le sustituyo á Anselmo*; y aunque estas fórmulas no comprenden mas que uno de los dos casos de la vulgar, se entiende comprendido el otro. La tercera es la mas breve, y puede llamarse resumida ó abreviada, y es la siguiente: *y si no lo fuere, le sustituyo á Anselmo*.

(2) L. 4, ff. de vulg. et pup. subst.

(3) Inst. de vulg. subst.

(pp) Por la sustitucion vulgar el sustituto sucede en los bienes y derechos que el testador dejaba al instituido.

(4) FF. de vulg. et pupill. á cada paso.

heredero de este, sino sólo de aquel; siendo al contrario en la sustitucion pupilar (1). 3.º La vulgar espresada en un caso, se entiende al otro no espreso, v. g. si Juan no fuere heredero por *no querer*, se entiende tambien ó por *no poder* (2). 4.º Por la sustitucion vulgar el heredero que era *suyo y necesario* se hace voluntario, y así puede mediante el juicio y voluntad del padre abstenerse de la herencia, como tambien el siervo repudiarla (3). 5.º El testamento si falta en el primer grado, recibe su fuerza desde el segundo, esto es, se sostiene por el sustituto (4). 6.º La sustitucion vulgar espresa, contiene la tácita pupilar, si se hace á un pupilo (5).

¿De cuántos mo-
dos espira?

La sustitucion vulgar espira de cinco modos. 1.º Aceptada la herencia por el instituido, porque la sustitucion vulgar contiene la condicion de derecho, *si no hubiese heredero*, y por la aceptacion cesa la voluntad del testador en cuanto á la sustitucion (qq). 2.º Si el sustituto muriese antes que el instituido ó antes de aceptada la herencia. 3.º Si faltare la condicion puesta á la sustitucion, faltará tambien esta. 4.º Por la repudiacion hecha por el sustituto. Y finalmente la sustitucion se invalida regularmente por los mismos medios que el testamento (6).

§ 2.º

DE LA SUSTITUCION PUPILAR.

Sustitucion pupilar. Sustitucion pupilar, *es aquella que se hace por el padre á sus hijos impúberes que tiene bajo su potestad, instituidos ó desheredados, con palabras afirmativas, espresa ó tácitamente* (7) (rr).

(1) Instit. de pupill. subst.

(2) Gomez contra otros Var. 1, cap. 3, n. 10. Perez eu el tit. Cod. de impub. et a . subst. n. 3.

(3) L. fam. dubit. 86, ff. de hered. inst.

(4) L. 43, § 2, ff. de vul. et pupill. subst.

(5) L. 4, ff. de vulg. et pup. L. 4, Cod. de impub. et aliis subst.

(qq) Si el menor hubiere pedido y obtenido la restitucion *in integrum* contra la adicion de la herencia, se duda si habrá espirado la sustitucion vulgar ó si tendrá efecto. Lo mas probable es lo segundo.

(6) Inst. de vulg. subst. § fin. L. 5, Cod. de impub. et aliis subst.

(7) Inst. de pup. subst.

(rr) Tampoco esta definicion determina el objeto de la sustitucion pupilar. Diremos pues que sustitucion pupilar es *la que hace el padre á sus hijos impúberes constituidos en la patria potestad para el caso de morir en la impubertad.*

Esplicacion. *La que se hace por el padre*, y no por otra persona estraña, porque sólo los ascendientes pueden hacer esta institucion (ss). *Á sus hijos*, no á los estraños ó emancipados, porque no están bajo la potestad del testador, y esto sólo se concede á la patria potestad (1). *Impúberes*, pues la costumbre ha establecido que cuando los hijos son de cierta edad en que no pueden hacer testamento, le haga por ellos el padre. *Que tiene bajo su potestad*, esto es, los que están bajo su potestad de tal modo que despues de su muerte no hayan de caer en la de otro, ó queden independientes; pues si hubiesen de caer en poder de otro no valdria la sustitucion. *Instituidos ó desheredados*, por ser necesario que aquellos á quienes se ha de hacer esta sustitucion sean instituidos ó desheredados con causa legitima; pues de otro modo no valdria, porque se anularia el testamento del padre, y por consiguiente la sustitucion pupilar que sólo es una cosa accesoria (2). *Con palabras afirmativas*, pues así como en la vulgar son necesarias las palabras negativas, así lo son en la pupilar las afirmativas, porque de este modo se manifiestan sus efectos. *Tácita ó espresamente*, porque se hace de estos dos modos.

¿Por qué se llama pupilar? Llámanse pupilar porque se hace para el tiempo en que el hijo impúber queda pupilo por la muerte del padre; ó porque se hace á un impúber á quien se dá tambien algunas veces el nombre de pupilo (3).

¿Cuántas especies hay de sustituciones pupilares? Hay dos especies de sustitucion pupilar, á saber, *expresa y tácita*.

Expresa. La *expresa*, es aquella que se hace con palabras espresas sólo para el caso pupilar, ó cuando se emplean espresamente palabras afirmativas, como *instituyo á Pedro mi heredero, y si siéndolo falleciere en la edad pupilar, sustituyo por él á Ignacio*; de lo cual resulta que en la expresa son necesarias dos cosas; el tiempo pupilar, las palabras afirmativas (4).

(ss) No es cierto que puedan hacerla todos los ascendientes, sino el padre tan solamente, porque el fundamento de esta sustitucion es la patria potestad. Hoy podria sostenerse que está en el derecho de hacerla la madre por la potestad que le da la ley; pero aun esto se duda por lo que dice Gibert en la nota 5.^a, si bien es verdad que no es lo mismo un rescripto que concede á una madre en particular la potestad sobre sus hijos, ó una ley que la otorga á todas las madres en general. Siempre tendremos no obstante que una sustitucion pupilar hecha por la madre, si no valiese como tal, se sostendria como fideicomisaria en cuanto á los bienes de la testadora.

(1) L. 2, ff. de vulg. et pup. subst. Inst. en este tit. § 9.

(2) Inst. en este tit. § 4, L. 1, § 2, ff. de vulg. et pup. subst.

(3) L. 239, ff. de verb. sign.

(4) Princ. del tit. de la inst. de pup. subst.

Tácita. La *pupilar tácita*, es aquella en que no se espresa la condicion de la sustitucion, sino que se dice entenderse y contenerse bajo la espresa vulgar en fuerza de la ley que presume haber sido tal la voluntad del testador; pues así como la pupilar espresa contiene tácitamente la vulgar, así por lo contrario la pupilar tácita se incluye en la vulgar espresa, con tal que aquel á quien se aplica sea del número de los hijos, impúber y sujeto á la potestad del testador (1) (tt).

¿Quiénes pueden sustituir pupilarmente? Sólo el padre puede hacer sustitucion pupilar para los hijos que tiene en su potestad, porque esta sustitucion, como ya se ha dicho, se inventó por el derecho de patria potestad.

¿A quiénes puede hacerse? Se hace á les hijos impúberes existentes bajo la patria potestad, porque en aquella edad no pueden hacer testamento, como tambien á los no nacidos ó póstumos (2).

¿Qué se requiere para hacer esta sustitucion? Para hacer esta sustitucion se requieren ocho cosas: 1.^a Que el pupilo á quien se hace sea de los hijos legítimos y naturales del testador. 2.^a Que sea impúber, porque este no puede testar; y así no se sustituirá bien al púber por la pupilar, por cuanto en aquella edad ya puede él hacer testamento. 3.^a Que esté bajo la potestad del testador, y no haya de recaer en la de otro. De aqui es que el abuelo no puede sustituir pupilarmente al nieto viviendo aun el padre de éste (3). Por constitucion de Cataluña no puede el abuelo sustituir pupilarmente al nieto, aunque haya muerto el padre de éste; pues por el matrimonio (como se dijo al principio de esta obra) se estingue la patria potestad, y por consiguiente el nieto no nace ni está bajo la potestad del abuelo. 4.^a El pupilo á quien se da el sustituto debe ser tal que despues de la muerte del testador quede independiánte, esto es no sujeto á la potestad de otro. 5.^a Que al tiempo de la muerte del padre esté en su potestad, porque de lo contrario faltaria el fundamento, pues la sustitucion pupilar lo requiere así como calidad esencial. 6.^a Que el padre haga su propio testamento y des-

(1) L. 4, ff. de vulg. et pup. subst.

(tt) Hay casos en que la pupilar tácita no se comprende en la vulgar espresa, y son los siguientes: 1.^o si sobreviven la madre ó la abuela del pupilo: 2.^o si el testador al poner la vulgar usó una palabra limitativa, v. g. *tan sólo en el caso de que*, *únicamente*, ú otras semejantes: 3.^o si por otras conjeturas deducidas de la letra del testamento apareciese que el testador no quiso que la vulgar se extendiese á mas de lo espresado en la misma: 4.^o si el padre designó un sustituto por la vulgar y otro por la pupilar, porque entonces la una no comprende á la otra: 5.^o si la sustitucion vulgar está hecha á personas desiguales, es decir á un hijo impúber y á otro púber ó mayor de edad, en cuyo caso no comprenderá la pupilar tácita respecto al impúber.

(2) Inst. en este tit. § 4.

(3) L. 27, ff. de adop. inst. quib. mod. jus patr. potest. solv. pen.

pues el del pupilo, porque este es parte y consecuencia de aquel, de tal suerte que si falta el primero no subsiste el pupilar; pues faltando la causa principal tampoco tienen lugar las que dimanar de ella (1). 7.^a Que el pupilo á quien se sustituye, sea instituido ó desheredado (uu.) 8.^a Que se acepte la herencia del testamento del padre, pues no aceptada esta nada vale todo lo escrito en el mismo testamento (2).

Sus efectos. Son varios los efectos de esta institucion, segun que esta es ó expresa ó tácita; porque si es expresa produce tres efectos. 1.^o El sustituido es admitido á todos los bienes del testador y á todos los del pupilo, como si este hubiera podido testar é instituido al sustituto en todos sus bienes (3) (vv). 2.^o Se escluye á la madre del pupilo, de tal suerte que ni le queda el recurso de la querrela; pues aquí no tanto es el hijo quien testa como el padre, quien omitiendo á su mujer, madre del pupilo, nada hace contra el oficio de la piedad (xx). Tambien es escluido el hermano y cualesquiera otros que podrian heredar abintestado los bienes del pupilo (4). 3.^o La pupilar expresa contiene en sí tácitamente la sustitucion vulgar (5). Empero si la sustitucion pupilar fuere tácita comprendida en la vulgar expresa, produce el efecto de que no sirve para escluir á la madre, aunque el sustituto sea hermano del pupilo, por cuanto dimana de una presuncion que se ha de tomar siempre en la parte mas favorable; y esta es la opinion mas comun y recibida (6).

¿ De cuántos modos espira? Se acaba la sustitucion pupilar de siete modos: 1.^o sobreviniendo la pubertad, ya sea la sustitucion tácita ó expresa, á saber: en los varones á los catorce años y en las hembras á los doce cumplidos, por cesar la causa por que fue introducida, esto es, que no pudiendo el pupilo por su edad hacer testamento, lo ejecute por él el padre en razon de la utilidad del mismo pupilo (7). 2.^o Si aquel á quien se dá sus-

(1) Inst. en este tit. 5, L. 178. ff. de reg. jur.

(uu) El autor dice *instituido ó desheredado*, arreglándose al derecho romano, segun el cual la legítima se dejaba por título de institucion, y de consiguiente siempre los hijos eran instituidos, cuando menos en la legítima. Como por derecho de Cataluña la legítima puede dejarse por vía de legado, ha cesado el deber de los padres de instituir á los hijos, y por consiguiente deberemos decir que para hacer la sustitucion pupilar se requiere que el pupilo sea instituido, ó se le deje la legítima, ó sea desheredado. Si el impúber es infante ó próximo á la infancia no puede ser desheredado.

(2) Inst. de pup. subst. L. 2, ff. de vulg. et pup. subst.

(3) L. 10, § 5, ff. de vulg. et pup. subst.

(vv) Excéptuase el caso en que el padre desheredase al pupilo, pues en este caso el sustituto no sucede en los bienes del testador, sino en los del pupilo.

(xx) La madre del pupilo queda escluida hasta de la legítima.

(4) L. 8, § 5, ff. de Inoffis. testam. Cap. 1, de testam. lib. 6.

(5) L. 4, ff. de vulg. et pupill. subst.

(6) Can. Var. 1, Cap. 1, n. 19.

(7) § 8, Inst. de pup. subst.

tituto no estuviere en la familia ó potestad del testador al tiempo de la muerte de éste ; porque falta el fundamento que es la patria potestad (1), 3.º El no aceptar la herencia ó invalidarse el testamento, porque faltando lo principal espira tambien lo accesorio. 4.º Faltando la condicion puesta á la sustitucion, pues entonces se tiene el acto por no ejecutado (2). 3.º Por la *capitildiminucion* máxima, media y mínima, porque se muda el estado (3). 6.º Si anticipándose la naturaleza, procrease algun hijo el pupilo , pues entonces falta el fin de la sustitucion pupilar. 7.º Si la sustitucion fuese hecha para menos tiempo que el pupilar , esto es , cuando el testador prefijare menos tiempo al pupilo , y le sustituyere, por ejemplo, si falleciere dentro de los diez años : pues lo que es de derecho en el todo y en cuanto á este, lo es tambien en una parte y en cuanto á ella (4) (yy.)

Diferencia entre la vulgar y la pupilar. La sustitucion vulgar y pupilar se diferencian en cuatro cosas : 1.ª La vulgar puede hacerse por cualquier testador y á cualquier heredero ; pero la pupilar sólo por los padres de la linea masculina, y solamente en favor de los hijos impúberes que existen bajo su potestad. 2.ª La vulgar compele por derecho comun, y la pupilar por derecho especial, y aunque sea contra las reglas comunes de derecho que uno teste por otro, sin embargo esto, se estableció en fuerza de la patria potestad, y por la edad en que los pupilos no pueden hacer testamento por sí , y así los padres le hacen por ellos (5). 3.ª Por la vulgar, el instituto se hace heredero del padre, á saber, en caso que el hijo no fuere heredero, el padre nombra otro ; mas por la pupilar en caso que el hijo existiere heredero y muriese en la edad pupilar , el sustituto se hace heredero del mismo hijo ; y percibe los bienes de uno y otro , esto es , del padre y del hijo como si fuesen una é indivisible persona (6). 4.ª En la vulgar hay una sola herencia y un testamento, pero en la pupilar hay dos herencias y dos testamentos, á saber : uno del padre que se llama principal, y otro del hijo que es el pupilar (7).

NOTAS.—1.ª La sustitucion pupilar hecha por el padre militar (zz) á sus hijos espira á los catorce años, no obstante que en Cataluña la edad pupilar de estos dura hasta los veinte, como consta del *usático* abajo citado (8), por-

(1) L. 41, § 2, ff. de vulg. et pup. subst.

(2) L. 1, § 2, ff. de vulg. et pup. L. 2, § 1 y 10, § 4, ff. del mismo tit.

(3) § Inst. de pup. subst.

(4) L. 21 y 43, § 1, ff. de vulg. et pup. subst.

(yy) Añádase, si premuriere el sustituto al instituido.

(5) Inst. tit. de pup. subst.

(6) L. 16, § 5, ff. de vulg. et pup. subst.

(7) § 2, Inst. de pup. subst.

(zz) O noble.

(8) Usat. tutores tit. de tutors.

que hay la misma razon respecto de los soldados que de las personas ; pues así como en estas espira á la edad de catorce años, por cesar entonces la causa de esta sustitucion, lo mismo acontece en los militares, pudiendo entónces estos hacer testamento á los catorce años, aunque por dicho *usático* dura en ellos la edad pupilar hasta los veinte ; no siendo justo que se conviertan en perjuicio suyo lo que fue introducido en su favor (1).

2.^a En Cataluña no puede el padre sustituir al hijo impúber en los bienes provenientes de la línea materna, sino dándole por sustituto uno de los parientes del mismo pupilo por parte de madre hasta el cuarto grado (2); pero si el pupilo tuviese otros bienes que los maternos, entonces bien puede sustituir al que quiera, porque dicha constitucion sólo habla de los bienes maternos del impúber, y así no debe ampliarse, pues los derechos municipales deben entenderse en su propia significacion.

3.^a Asimismo en Cataluña, si el pupilo muere abintestado ó fallece antes el sustituto pupilar, los bienes de dicho pupilo intestado que le tocaron por la línea materna, pertenecen á sus mas cercanos parientes por parte de madre hasta el cuarto grado (segun el órden del derecho de los romanos), reservándose el padre sobreviviente su legítima (3). Por el contrario los bienes que el mismo pupilo adquirió por la línea paterna pertenecen á sus mas cercanos parientes por parte de padre, reservando á la madre sobreviviente su legítima, porque segun dicha constitucion se atiende al origen de los bienes, de donde procede aquel adagio: *los paternos á los paternos, y los maternos á los maternos* (a).

4.^a La sustitucion pupilar puede hacerse, como se ha dicho, al póstumo, ó que aun no ha nacido ; porque esta sustitucion se introdujo en favor de los pupilos, y se estiende á los póstumos que para estos casos se tiene por nacidos : entonces el sustituto sucede pupilarmente al póstumo nacido, y si no naciere sucederá por la vulgar tácita (4).

5.^a Aunque la mujer obtenga rescripto ó privilegio para tener hijos bajo su potestad, sin embargo no puede sustituirles pupilarmente porque es un privilegio de rigurosa interpretacion, á diferencia del beneficio que debe ampliarse (5). Así que teniendo la mujer solamente el privilegio de que los hijos estén bajo su potestad, no debe estenderse á tener facultad para testar

(1) Canc. Var. 1, Cap. 7, n. 10 y sig.

(2) Lib. 6, tit. 2 De pupillis y altres substitucions, Const. 3.

(3) Const. 2, los impubers d. tit. de pupillars, etc.

(a) En los bienes que no le provinieron al pupilo por la línea paterna, ni por la materna se sucede segun las reglas del derecho romano. Acerca de las cuestiones á que puede dar lugar esta sucesion de los impúberes, y la manera como las ha resuelto la Audiencia de este territorio, véase á Vives en su Traducccion al castellano de las Constituciones de Cataluña.

(4) § 4, Inst. de pupill. subst. L. 2, ff. de vulg. et pup. L. 46, del mismo tit. L. últ. Cod. de instit. et subst.

(5) Arg. de la L. 43, ff. de vulg. et pup.

por ellos ; pues la ley sólo se la concede al padre que tiene los hijos bajo su potestad, y no á la madre. Puede esta sin embargo sustituir á su hijo impúber; pero no pupilarmente sino vulgarmente (1) (b).

6.^a En Cataluña las palabras comunes en la sustitucion pupilar se tienen por directas (2). Así que la citada constitucion *los impúberes*, dispone que el padre que sustituye al hijo pupilarmente con palabras comunes ha de entenderse como si lo hiciese con palabras directas, lo cual es útil para muchas cosas á los hijos. Acerca de esto véase á *Cancer* (3) (c).

§ 3.º

DE LA SUSTITUCION EJEMPLAR.

Sustitucion ejem- Sustitucion ejemplar, es aquella que se hace por el pa-
plar. dre ó la madre, ó cualquiera de los ascendientes á los hijos
adultos ó mayores instituidos ó desheredados cuando son furiosos ó dementes,
sastituyendo en su lugar ciertas personas (4) (d).

Esplicacion. Que se hace por el padre ó la madre, etc.; pues efectiva-
mente cualquiera de estos puede hacerla en obsequio de la humanidad, á
diferencia de la pupilar que se hace por derecho de potestad patria. Á los
hijos, no á los estraños, pues sólo puede hacerse á aquellos. *Adultos ó ma-*
iores, no á los impúberes constituidos bajo la patria potestad, pues á este
se les sustituye entonces pupilarmente. Sin embargo otros son de opinion
contraria, diciendo que tambien se puede hacer sustitucion ejemplar al pu-
pilo, y que si este muriese dentro de la edad pupilar se entiende la susti-

(1) L. 53, ff. de vulg. et pup.

(b) Hemos dicho ya que una sustitucion pupilar hecha por la madre, si no vale como tal, se sostiene como fideicomisaria en cuanto á los bienes de la testadora.

(2) Dicha Const. los impúbers.

(3) De esta sustitucion trata Justiniano en el § 1, de la Inst. de subst. pupilar.

(c) En Cataluña por una costumbre inmemorial aplicamos esta regla á todas las sustituciones. Hoy se usa en todas ellas la palabra *sustituyo*, que es comun, y esta palabra y las demás comunes las consideramos directas si se usan en una sustitucion directa y oblicuas si en una oblicua, porque no interpretamos la sustitucion segun la naturaleza de las palabras, como hacian los romanos, sino las palabras segun la naturaleza de la sustitucion.

(4) Gomez Varg. Cap. 6. n. 8.

(d) Tambien debemos reformar esta definicion, porque no espresa el objeto de la sustitucion ejemplar, y porque supone que el que la hace puede desheredar al incapacitado, lo cual no es cierto, como veremos luego. Sustitucion ejemplar es la que hace el padre ó la madre y demás ascendientes á sus hijos ó descendientes, locos ó dementes, para el caso de que fallezcan en aquel estado. El fundamento de esta sustitucion es el oficio de piedad.

tucion pupilar, y despues de esta edad subsistirá ejemplar; lo cual parece mas razonable, pues que de este modo se provee lo conveniente al hijo para todos casos, ya muera impúber, ya demente (1). *Instituidos ó desheredados*; pues absolutamente debe instituirseles ó desheredarlos con legitima causa, porque de otro modo no valdria la sustitucion, por cuanto el testamento se invalidaria por la pretericion segun el derecho comun. *Cuando son furiosos ó dementes*, porque esta sustitucion se hace en razon del furor ó de la demencia. *Sustituyendo en su lugar ciertas personas*, porque primero deben sustituirse los hijos del furioso ó sus hermanos, si los tienen, como mas próximos, y á falta de estos los estraños (2).

¿Por qué se llama ejemplar? Llámase ejemplar, porque se hace á ejemplo de la pupilar, pues como el padre por medio de la pupilar provee de heredero al hijo pupilo, así por la ejemplar provee al furioso (e).

La fórmula de ella. La fórmula de esta sustitucion es como sigue: *instituto por mi heredero á Diego mi hijo furioso ó demente, y si muriese antes de volver á su acuerdo, sea mi heredero Joaquin.*

¿Quiénes pueden hacerla? Pueden hacer esta sustitucion los padres de uno y otro sexo, á saber, el padre, la madre y cualquiera de los ascendientes por la línea masculina ó femenina.

NOTA.—Antiguamente el padre que queria sustituir á su hijo impúber demente, debia impetrarlo especialmente del príncipe (3); pero el emperador Justiniano concedió el mismo privilegio á todos los padres (4).

¿A quiénes puede hacerse? Se puede hacer esta sustitucion á los hijos adultos ó mayores principalmente, aunque tambien puede hacerse á los impúberes, como se ha dicho, siendo furiosos ó dementes, ó sordomudos incapaces de testar (f).

¿Qué se requiere para esta sustitucion? Para esta sustitucion se requieren seis cosas: 1.^a Que el que la hace sea de los parientes del instituido (g). 2.^a Que esta sea de los hijos ó descendientes del que hace

(1) Gomez Varg. 1. Cap. 6, n. 8.

(2) § 1, Inst. 1. de pup. subs. L. 9, Cod. de impuber. et al subst.

(e) Tambien se la denomina cuasi pupilar, ó bien justiniana, porque la inventó Justiniano.

(3) L. 43. ff. de vulg. et pup. subst.

(4) L. 9, Cod. de impub. et al subst.

(f) O pródigos de derecho.

(g) Debe decir «de los padres ó ascendientes del instituido.» El autor dice: *quod qui eam facit sit de parentibus*, y el Sr. Tapia ha traducido *parentibus* por «parientes» como en otros pasajes de esta obra hemos tenido lugar de observar.

la sustitucion. 3.^a Que ya sea adulto ó ya impúber, ha de ser al mismo tiempo furioso, demente ó sordo-mudo. 4.^a Que el que la hace haga primero testamento para sí, pues la ejemplar es parte y consecuencia del testamento del padre ó de la madre. 5.^a Que sean nombrados sustitutos primero los hijos, despues los hermanos si los tiene, y en último lugar los estraños (h). 6.^a Que aquel á quien se hace sea instituido ó desheredado, para que no se invalide el testamento (i), y que el mismo sea de tal condicion que á no tener el defecto de la edad ó de la demencia, pudiera nombrar heredero por testamento; por consiguiente no puede hacerse tal sustitucion, como tampoco la pupilar, al nieto que ha de recaer bajo la potestad del padre. Todo esto se espresa y contiene en la ley 9 del Cod. de impuber. et al. substit. de donde se ha tomado el § 1.^o de la Inst. de pupill. subs.

Sus efectos. Dos son los efectos de esta sustitucion: 1.^o Que los bienes del padre y del hijo corresponden al sustituto, como en la pupilar, escluida la madre de su legitima, pues aquí no es el hijo mismo, sino el padre quien testa por él (l). 2.^o Que en la ejemplar se contiene la vulgar tácita; pues si el furioso muriese durante el furor, no será heredero, porque no podrá serlo (j).

¿De cuántos modos se acaba? De tres modos se acaba ó espira la sustitucion ejemplar: 1.^o Sobreviniendo la sanidad, pues entonces cesa la causa por que se introdujo la ejemplar (l). 2.^o Si caducare y no valiere el

(h) La ley no habla de los padres del loco ó demente respecto á la obligacion de ponerlos por sustitutos, y esto ha dado lugar á la cuestion de si cuando el padre hace la sustitucion tendrá ó no obligacion de sustituir á la madre, y si al hacerla la madre tendrá obligacion de sustituir al padre. Los autores que optan por la afirmativa supliendo en esta parte la omision de la ley, dan origen á otra cuestion, á saber: en qué lugar deben colocarse los padres al sustituirlos, si antes ó despues de los hermanos del incapacitado. El órden natural sería colocarlos antes de los hermanos, pero como la ley habla de los hermanos y nó de los padres, hay quien pretende que los hermanos deben ser preferidos á los padres porque la ley los nombra espresamente.

(i) No es cierto que se pueda desheredar al loco ó demente á quien se pone la sustitucion ejemplar. La ley 9 Cod. de impuber. et al. substit. que introdujo la sustitucion ejemplar, dice que esta se puede hacer á los dementes *legitima portione eis relicta*, por consiguiente podrá hacerse instituyendo heredero al incapacitado, ó dejándole la legitima, pero no desheredándole.

(l) Arg. de la L. 8, § 5, ff. de inoffi. test. Cap. 1, de testam. in 6.

(j) La cláusula «pues si el furioso muriese durante el furor no será heredero, porque no podrá serlo» envuelve un error de derecho, porque un loco puede ser heredero adiendo la herencia su curador, y si es hijo, como no necesita la adicion, se considera heredero desde la muerte del padre, y por lo mismo si muere durante la locura, como ha sido ya heredero, tiene efecto la sustitucion ejemplar y no la vulgar. Es cierto sin embargo que en la ejemplar se contiene la vulgar tácita, pero no es con el objeto que espresa el autor, sino para el caso de que el loco ó demente premuriese al testador.

(1) ¿Qué sucederá si el loco cura, y despues vuelve á recaer sin haber hecho testa-

testamento por las causas espresadas *en el titulo 1.º de Testamentos* (1). 3.º Si aquel á quien se sustituye ejemplarmente tuviere hijos, y no se hiciere mencion de ellos, pues la principal causa es la de los hijos (2) (m).

¿En qué conviene con la pupilar? Conviene la sustitucion pupilar y la ejemplar en tres cosas: 1.ª Asi como es permitido á los padres hacer la sustitucion pupilar, igualmente pueden hacer la ejemplar. 2.ª Entrambas, esto es, la pupilar y la ejemplar, producen el mismo efecto. 3.ª La ejemplar se hace como la pupilar en el testamento.

¿En qué se diferencia? Se diferencian en seis cosas: 1.ª La pupilar se hace al impúber, y la ejemplar al púber. 2.ª La pupilar se hace al que está sano, y la ejemplar al furioso, demente, ó sordo-mudo. 3.ª La pupilar sólo se hace por el padre por el derecho de potestad; y la ejemplar por el padre ó la madre, si no pasaren á segundas nupcias, por razon de humanidad, bien que *Gomez* juzga no ser cierta esta limitacion (3). 4.ª Por la pupilar se nombra por sustituto á un estraño, pero no por la ejemplar sino á falta de hijos ó hermanos del furioso. 5.º En la pupilar puede hacerse la desheredacion al hijo, pero no en la ejemplar; aunque *Vinio* defiende acérrimamente lo contrario (4); porque antes del furor puede el hijo cometer un delito (n). 6.ª La pupilar se acaba con la pubertad; y la ejemplar por el recobro del juicio ó el nacimiento de un heredero suyo (ñ).

NOTA.—El padre natural solamente no puede sustituir ejemplarmente al hijo, porque no se le debe legitima de los bienes paternos; pero la madre puede muy bien sustituir ejemplarmente á su hijo natural, porque se le debe la legitima de los bienes maternos (5) (*) (o).

mento durante el tiempo en que estuvo sano de entendimiento? Es preciso distinguir: si la sanidad duró poco tiempo, convalece la sustitucion; si la sanidad ha durado largo tiempo espira la sustitucion y el loco ha muerto intestado.

(1) § 5, Inst. de pup subst.

(2) L. 9, Cod. de impub. et al. subst.

(m) Si los hijos nacieren despues de hecho el testamento en que está contenida la sustitucion ejemplar, rompen la sustitucion, á no ser que se hubiese tenido la precaucion de sustituir á los póstumos que pudiese tener el incapacitado.

Tambien espira la sustitucion ejemplar por premoriencia del sustituto.

(3) *Gomez Varg.* 1. Cap 6. n. 9,

(4) *Vinn. Comm.* al § 1, de la Inst. de pupill. subst. n. 7.

(n) Ya se ha dicho que con la substitution ejemplar no es compatible la desheredacion, porque la ley exige que al demente se le deje por lo menos la legitima, y la desheredacion importa la privacion de ella

(ñ) Si este heredero suyo no ha sido sustituido para el caso de que naciese.

(5) *Perez en el tit. del Cod. de imp. et al. subst.* n. 37.

(*) El padre puede sustituir ejemplarmente á los hijos legitimos. Á los espurios ni el padre ni la madre pueden sustituir ejemplar ni pupilarmente.

(o) Si el padre y la madre en sus respectivos testamentos pusiesen la sustitucion ejemplar á un hijo suyo sustituyendo cada uno á persona distinta, el sustituto nombrado

§ 4.º

DE LA SUSTITUCION BREVILOCUA Ó RECÍPROCA.

¿Qué es sustitucion brevilocua ó recíproca? Sustitucion brevilocua ó recíproca, es aquella que comprende muchas sustituciones recíprocas en las personas de varios herederos segun su calidad (p).

NOTA.—Esta no tanto es una nueva especie de sustitucion como un diverso modo de sustituir.

¿Cómo se hace? Se hace esta sustitucion cuando el testador, despues de instituidos varios herederos, añade : *y los sustituyo reciprocamente* (q).

Sus efectos. El efecto de esta sustitucion es, que los herederos nombrados se tienen por sustitutos uno de otro , con aquel género de sustitucion que es compatible entre ellos (r).

¿Por qué se llama así? Se llama *brevilocua*, porque en pocas palabras comprende ó puede comprender varias ó todas las demás especies de sustituciones ; pero mejor se llama *recíproca* , porque por ella los herederos están sustituidos mútua ó reciprocamente (1) (s).

por el padre sucede en los bienes paternos, y el nombrado por la madre en los maternos; en los bienes que no sean paternos ni maternos sucede el substituto nombrado por el padre como mas digno.

(p) O bien es aquella con la cual muchos herederos se substituyen entre si reciprocamente.

El nombre de brevilocua viene de las palabras latinas *brevi loquor*, «hablo brevemente.»

(q) Esta substitucion admite varias fórmulas: *instituyo herederos á Juan y Anselmo, y les sustituyo entre si reciprocamente*, ó bien *y á cualquiera de los dos que sobreviva le sustituyo al otro*, ó bien *y si alguno de ellos muere sustituyo al sobreviviente*, ó bien *y quiero que el uno suceda al otro*, ú otra fórmula semejante.

(r) Dúdase si la substitucion recíproca comprende la fideicomisaria. Comes opina afirmativamente, Alvarez y Pages negativamente; pero hay que tener en cuenta que la substitucion recíproca en el cuerpo de derecho romano está contenida en el título de las substituciones directas, y la substitucion fideicomisaria no es directa sino oblicua.

Tambien debe advertirse que en la recíproca no se comprende la pupilar sino en el caso de que todos los herederos sean impúberes, ni la ejemplar sino en caso de que todos sean locos, dementes, sordo-mudos ó pródigos; pues cuando se hace esta substitucion á personas colocadas en distintas condiciones no comprende sino aquellas substituciones que pueden abrazar á todos.

Las substituciones comprendidas en la recíproca se consideran espresas y no tácitas; de ahí es que la madre queda escluida de la legitima por la pupilar comprendida en la recíproca .

(1) L. 4, § 1. ff. de vulg. et pup. subst. Gomez Var. 1, Cap. 8, inst. de vulg. subst. § 1 L. 37, § 1, ff. de hered. instit.

(s) Existe un caso de substitucion recíproca tácita y es el siguiente. Si un testador dice: *instituyo herederos á Cayo, Seyo y Ticio, y al último de ellos que muera le substituyo á Mevo*, los tres primeros se presumen sustituidos entre sí por una recíproca tácita.

DE LA SUSTITUCION COMPENDIOSA.

Compendiosa. Compendiosa es : *aquella que abraza muchas sustituciones y muchos tiempos* (t).

NOTA.— Esta, como se ha dicho de la reciproca, no es una nueva y diversa especie de sustitucion, sino sólo un nuevo método de sustituir.

¿Por qué se llama así? Dicese *compendiosa*, porque en realidad lo es, pues en *compendio*, esto es, en un discurso breve ó en pocas palabras comprende otras, y á veces todas las especies de sustituciones.

Diferencia entre la brevilocua y la compendiosa. Entre la brevilocua y la compendiosa hay la siguiente diferencia : en aquella los herederos instituidos se sustituyen reciprocamente, esto es, uno á otro ó varios á varios ; pero en esta no es necesario, sino que se hace con el objeto de que el instituido tenga sustituto en todo evento ; pues cuando el testador quiere dar sustituto al heredero instituido, y procurar que no falte la condicion de la sustitucion, le dá sustituto para todo acontecimiento, esto es por medio de la sustitucion vulgar, pupilar y fideicomisaria. Como para espresar todas estas especies de sustituciones se necesitan muchas palabras, por tanto los testadores suelen usar de palabras compendiosas, y tales que comprendan todas las especies en una ó pocas palabras ; y cuando ejecutan esto, se dice que hacen sustitucion compendiosa, esto es, sustituyen en una ó pocas palabras ó compendiosamente, ó bien dan sustituto para cualquier evento.

¿ Quiénes pueden hacer esta sustitucion? Puede hacer esta sustitucion, ó sea modo y forma de sustituir, cualquiera testador en su testamento, con la diferencia de que si no es padre, no podrá tal sustitucion comprender la pupilar, porque la compendiosa, como ya se ha dicho, sólo comprende aquellas especies que, atendida la condicion del testador y heredero, pueden ser compatibles en ellos.

Debe notarse sin embargo que las sustituciones comprendidas en la compendiosa no se dicen *tácitas* sino *espresas*, porque no dimanen de una presunta voluntad solamente, como cuando se dice que la pupilar tácita se contiene en la vulgar espresa, sino que se dicen y están en efecto comprendidas, á lo menos generalmente, en las palabras mismas del testador ; y por

(t) Mejor diremos: *aquella que con pocas palabras abraza muchas sustituciones y muchos tiempos.*

tanto aunque por la sustitucion pupilar tácita comprendida en la vulgar expresa no se escluya la madre de la legitima, [queda sin embargo escluida por la pupilar, que se contiene en la compendiosa.

¿Cómo se hace la compendiosa? Se hace esta sustitucion, ó cuando el testador usa de palabras que significan todas las sustituciones; v. g. *hago á Pedro heredero y le nombro por sustituto á Santiago*; ó cuando usa de palabras con que se designan las edades y tiempos de todas las sustituciones; lo que se hace muchas veces por la palabra *cuando quiera que*; v. g. *sea Juan heredero, y cuando quiera que fallezca, sea el heredero Joaquín*; ó *restituya su herencia despues de la muerte*; ó *nombre heredero*; ó *reciba la herencia*, y otros casos así (u).

Efectos de esta sustitucion. El efecto de esta sustitucion es, que el sustituto sucede por la vulgar si se cumpliese la condicion de que el sustituido no sea heredero; por la pupilar si el instituido fuese heredero y muriese dentro de la edad pupilar; y por la fideicomisaria, despues de la muerte del heredero sustituido. En suma, sucede el sustituto en fuerza de aquella sustitucion que se verifica (1) (v). Entiéndase sin embargo que en

(u) La primera fórmula que propone el autor, esto es: *instituyo heredero á Pedro y le substituyo á Santiago*, no debe usarse, porque segun algunos autores es una fideicomisaria pura, y hay muchas razones en pro de esta opinion; de consiguiente usándola como compendiosa se daría ocasion á litigios de éxito dudoso. Las mejores fórmulas para la compendiosa son las dos siguientes:

Consiste la primera en citar las sustituciones por sus nombres, marcando en cuanto á la fideicomisaria el día para el cual se hace ó la condicion que se le pone. Ejemplos. *Instituyo heredero á Pedro, y por las sustituciones vulgar, pupilar y fideicomisaria para despues de su muerte le substituyo á Anselmo. Instituyo heredero á Pedro, y por las sustituciones vulgar, pupilar y fideicomisaria para el caso de morir sin hijos le substituyo á Anselmo.*

La segunda, que es la mas usada en Cataluña, consiste en valerse de palabras generales que designen los casos y tiempos de todas las sustituciones, por ejemplo *cuando quiera que*, como dice Gibert, ó *en cualquier tiempo*. Ejemplo: *Instituyo heredero á Pedro, y faltando este en cualquier tiempo le substituyo á Anselmo*. Si se quiere que la fideicomisaria comprendida en la compendiosa sea condicional, se dirá: *Instituyo heredero á Pedro, y faltando este en cualquier tiempo sin hijos le substituyo á Anselmo*. Esta condicion de morir sin hijos no se aplica á la vulgar comprehendida en la compendiosa, sino sólo á la fideicomisaria, de manera que la fórmula que acabamos de proponer, estendiéndola de manera que espresé todas las sustituciones que van en ella sobrentendidas dirá: *instituyo heredero á Pedro y si este no lo fuere, ó siéndolo muriese en la impubertad, ó despues sin hijos, le substituyo á Anselmo*. Hemos comprendido la pupilar, bajo el supuesto de que el heredero instituido sea impúber y su padre haga la sustitucion.

(1) L. Centurio 15, ff. de vulg. et pup. subst. L. precib. Cod. de imp. et aliis subst. Gomez Var. 1. Cap. 7, Canc. Var. 1, Cap. 1. n. 12 y sig.

(v) Aunque algunos duden acerca de si la compendiosa comprende la fideicomisaria, en Cataluña está admitido por costumbre inveterada que la comprende, en tanto que, segun hemos dicho, cuando se quiere que la fideicomisaria sea condicional, se añade la palabra *sin hijos* despues de la compendiosa, y esta condicion de morir sin hijos se aplica tan sólo á la sustitucion fideicomisaria.

el gravámen de restituir á otro la herencia despues de la muerte, puesto á alguno de los descendientes, se incluye la condicion tácita, si no tuviese hijos; de tal suerte que si quedaren estos al tiempo de la muerte, no ha lugar, aun cuando el sustituto sea uno de dichos descendientes (1) (x).

NOTA.—Los escribanos de estos tiempos, atenedos únicamente á sus formularios, suelen concebir todas las sustituciones espresando sus casos particulares con tanta minuciosidad, que en la sustitucion vulgar espresan separadamente el caso de la no querencia é impotencia, lo cual ciertamente no es necesario: despues añaden la pupilar y últimamente la fideicomisaria, usando de la palabra *cuando quiera que*, repitiendo esto mismo con palabras terminantes en cada uno de los grados de sustituciones, lo cual es muy inútil y aun fastidioso. Tal vez lo omitirian y serian menos cansados si comprendiesen bien la naturaleza de las sustituciones, segun la hemos explicado, y ciertamente lo harian con mas pocas palabras y menos dudosas, dejando esa prolija enumeracion de casos tan fastidiosa, persuadidos de que cualquiera puede testar con tres palabras, de este modo, *Juan sea heredero*, y hacer en otras tantas una sustitucion segura; v. g. le doy por sustituto á Fernando (2) (y).

(1) Canc. Var. 1, cap. 2, n. 81 y 82.

(x) Cáncer cita tres leyes romanas que sientan como regla que en el gravámen de restituir á otro la herencia despues de la muerte puesto á alguno de los descendientes, se sobre entiende la condicion tácita si no tuviere hijos ó descendientes, de manera que no cabe duda que debe observarse como regla de derecho en Cataluña. El autor de esta regla fué Papiniano, á quien se dirigen elogios en las leyes citadas por Cáncer por haber dado esta interpretacion á las sustituciones fideicomisarias puestas por los ascendientes á los descendientes. De ahí se sigue que una fideicomisaria ó compendiosa sin condicion puesta por un padre á su hijo ó por un abuelo á su nieto se entenderá siempre condicional, esto es, como si dijese « si muriere sin hijos ó descendientes. »

Quando en un testamento se hubiere puesto una sustitucion compendiosa, al tiempo en que la sustitucion tenga lugar se ha de examinar cuál es la sustitucion que se verifica de las muchas que puede comprender la compendiosa, pues segun sea la que se verifique el sustituto tendrá mas ó menos derechos. Así, por ejemplo, si el heredero instituido ha premuerto al testador, ó bien habiéndole sobrevivido ha repudiado la herencia, el sustituto entra por la sustitucion vulgar y no adquiere mas que los bienes del testador; si el heredero instituido ha sobrevivido al testador y ha muerto impúber (siendo el padre el que hizo la sustitucion) el sustituto entra por la pupilar y sucede en los bienes del testador y del heredero; si el heredero ha muerto loco ó demente, sordo-mudo ó pródigo (siendo uno de sus padres ó ascendientes quien hizo la sustitucion), el sustituto entra por la ejemplar y adquiere los bienes del testador y del incapacitado; si el heredero ha muerto púber ó mayor de edad y no incapacitado, el sustituto entra por la fideicomisaria y sucede sólo en los bienes del testador, y en este caso los herederos del heredero instituido pueden detraer la cuarta trebeliánica.

(2) L. 1, § 3. ff. de hered. inst.

(y) El abuso de que se queja el autor, y que desgraciadamente era cierto, ha cesado con el establecimiento de los estudios de Notaria, que han desterrado las antiguas rutinas.

TÍTULO 8.º

DE LOS FIDEICOMISOS Y DE LA SUSTITUCION FIDEICOMISARIA.

DESPUES de las sustituciones directas, sus especies y diversas formas, se sigue el tratado de la sustitucion oblicua ó fideicomisaria (z).

¿ Qué es fideicomiso? Fideicomiso es: *la herencia, ó parte de ella, ú otra cosa particular que por mera liberalidad se deja á alguno, mediante el ministerio de otro á quien se encomienda su entrega con palabras precarias, ú otra cualquiera declaracion de la última voluntad; v. g. cuando instituido alguno directamente heredero, le ruega el testador con palabras precarias que entregue la herencia ó parte de ella á un tercero, esto es, al fideicomisario.*

¿ Cuántas especies hay de fideicomiso? Hay dos especies de fideicomiso, á saber: *universal y singular ó especial.* Fideicomiso universal es cuando el testador ruega á su heredero ó le encarga que restituya á otro toda su herencia ó parte de ella, la cual se llama en tal caso herencia fideicomisaria (1). *Singular* es cuando alguno ruega á otro que restituya alguna cosa singular, v. g. tal ó cual finca, esta ó la otra casa, etc. (2).

Su origen. Antiguamente no podian ser instituidos herederos muchos sugetos, y si el testador queria dejarles la herencia, no pudiendo ejecutarlo *directamente* lo hacia *oblicua ó indirectamente* de este modo; nombraba heredero á otro que fuese capaz, y le rogaba que diese la herencia á aquel que no podia ser instituido; y por cuanto el sugeto á quien esto se encargaba ó rogaba no podia ser compelido por el juez á hacerlo, sino que dependia de su buena fé, por eso se llamó fideicomiso este modo de dejar y de instituir heredero. Despues Augusto empezó á dar en ocasiones á los fideicomisos fuerza obligatoria, como en el dia la tienen, conservando el nombre de fideicomiso (3). Por tanto esta sustitucion se llama oblicua,

(z) No está puesta en su debido lugar la sustitucion fideicomisaria, pues siendo una de las simples, el órden lógico exigia que se la colocase antes de las compuestas. Mal podrá entenderse la sustitucion compendiosa, que entre otras comprende la fideicomisaria, si esta no se conoce de antemano. Asi pues el que adopte esta obra para el estudio, despues de la sustitucion ejemplar, deberá enterarse de la fideicomisaria.

- (1) Mit. de la Inst. de fideic. hered.
- (2) Tit. de la Inst. de sing. reb. per fideic. relici.
- (3) § 1. Inst. de fideicom. hered.

porque el fideicomisario no recibe directamente la herencia del testador sino directamente por mano del heredero.

Fórmula. La fórmula de esta sustitucion es como sigue: *Instituto mi heredero á Pedro, y le ruego que restituya mi herencia á Julian* (1) (aa).

(1) § 2 Inst. de fideicom. hered.

(aa) La esplicacion que antecede de la sustitucion fideicomisaria es puramente romana, pero no puede aplicarse á los fideicomisos modernos, que han cambiado de naturaleza desde que Augusto dió fuerza obligatoria á las palabras oblicuas, que antes no la tenian. Esto nos obliga á hacer la historia de los fideicomisos, sin la cual no se comprenderian los que se verifican en Cataluña.

Entre los romanos la sustitucion fideicomisaria era, como dice Gibert, *una liberalidad que se concedia á alguno con palabras oblicuas y por ministerio de otro*. Dividiase, como hoy se divide tambien, en universal y particular. La sustitucion fideicomisaria universal se define por derecho romano: *aquella con que se ruega con palabras oblicuas al heredero instituido que restituya á otra persona la herencia ó una parte alieuta de ella*. La sustitucion fideicomisaria singular es *aquella con que se manda restituir una cosa singular*. Aquí entendemos restituir por entregar.

Tambien se dividia, como hoy, en pura, para cierto dia, desde cierto dia y con condicion. La sustitucion fideicomisaria pura fué el primitivo origen de los fideicomisos romanos. Inventáronla los particulares para frustrar la ley que prohibia instituir herederos á ciertas personas. A fin de realizar hasta dónde fuese posible lo que la ley no permitia, nombraban heredero á un amigo de toda su confianza y le rogaban que entregase la herencia á la persona incapaz á quien querian favorecer. Como entónces las palabras deprecativas no inducian obligacion, el heredero podia cumplir ó dejar de cumplir el fideicomiso, y por lo mismo si lo cumplia, siendo esto por su parte un acto perfectamente voluntario, el incapaz recibia mas bien una dádiva ó donacion hecha por el heredero, que una herencia concedida por el difunto.

No dejaban de hacerse por esto entre los romanos fideicomisos *in diem* y condicionales, pero todos se verificaban con palabras oblicuas. Veanse las fórmulas romanas.

Puro. — *Instituto heredero á Ticio, y le ruego que restituya mi herencia á Cayo*.

In diem. — *Instituto heredero á Ticio, y le ruego que tres años despues de mi muerte restituya mi herencia á Cayo*.

Desde que Augusto dió fuerza obligatoria á las palabras oblicuas, no pudo servir el fideicomiso para hacer pasar la herencia á personas incapaces, porque hubieran adquirido la herencia no por donacion voluntaria del heredero sino por disposicion del testador, y para ello les obstaba la incapacidad. Esto produjo dos modificaciones en la sustitucion fideicomisaria; 1.^a cesaron las puras, y se estendieron las sustituciones *in diem* y condicionales, porque las primeras no tenian objeto debiendo ser capaz tanto el heredero como el sustituto, pues para dejar la herencia á una persona capaz no habia necesidad de hacerla pasar por manos de otra persona de las mismas condiciones: 2.^a las palabras oblicuas vinieron á caer en desuso, porque siendo obligatorias, tanto valia usar las directas ó las comunes, y en Cataluña se adoptó en lugar del *ruego* ó *encargo* la palabra comun *sustituyo*, mucho mas propia para espresar una sustitucion que se verifica despues de la muerte del heredero instituido, que la de *ruego que restituya ó entregue mi herencia*, ya que el heredero despues de muerto no puede hacer semejante entrega. Estas dos modificaciones cambian la fórmula de una manera tan radical, que apenas seria conocido en el dia un fideicomiso si hubiésemos de buscarlo en un testamento por la idea que de él nos dan los autores de derecho romano. Hágase la prueba con la fórmula de sustitucion fideicomisaria *in diem* romana que hemos puesto en el apartado anterior y dice: *instituto heredero á Ticio, y le ruego que tres*

¿ Quiénes pueden instituir fideicomiso? Dejar ó instituir fideicomiso pueden todos aquellos á quienes es permitido hacer testamento ó codicilos.

años despues de mi muerte restituya mi herencia á Cayo. Cámbiense las palabras oblicuas en comunes, y dirá pasando al estado moderno: *instituyo heredero á Ticio, y para tres años despues de mi muerte le sustituyo á Cayo.*

En Cataluña no conocemos los fideicomisos puros, sino cuando el sustituto ha de quedar desconocido para el público, que es lo que se llama *herencia de confianza* y se concibe en estos términos: *Nombro herederos de confianza á N. y T. paraque dispongán de mi herencia del modo que les tengo confiado de palabra (ó por escrito en un papel reservado).* Y aunque esta es la verdadera sustitucion fideicomisaria pura de los romanos, por una irregularidad del derecho catalan, esta forma de herencia no se ha considerado nunca como fideicomiso, de modo que no se concede á los herederos de confianza la detraccion de la cuarta trebeliánica, sino que se les equipara á los albaceas universales, concediéndoles el 10 por ciento de los caudales que administran. Tampoco se les considera obligados á revelar la confianza, sino en un pleito cuando fuere indispensable para su decision, y en tal caso al Juez en secreto (*ad aures judicis*).

Las sustituciones fideicomisarias de Cataluña son, pues, todas *in diem* ó condicionales, y las *in diem* se verifican para el día de la muerte del heredero instituido: las condicionales para el caso de morir sin hijos el heredero. Hé aquí sus fórmulas:

FÓRMULAS MODERNAS CATALANAS.

In diem. — *Instituyo heredero á Pedro, y para despues de su muerte le sustituyo á Anselmo.*

Condicional. — *Instituyo heredero á Pedro, y si muriere sin hijos le sustituyo á Anselmo.*

Con doble condicion. — *Instituyo heredero á Pedro, y si muriere sin hijos que llegaren á edad de testar, le sustituyo á Anselmo (otros dicen y si muriere sin hijos que entónces ó despues llegaren á edad de testar, le sustituyo á Anselmo).*

En la sustitucion fideicomisaria con doble condicion sucede frecuentemente que al morir el heredero instituido se ignora si la sustitucion ha tenido efecto ó si el heredero ha quedado libre de ella, porque el hijo ó hijos que ha dejado se hallan todavía en la impubertad: en este caso si uno de ellos llega á la edad de testar ha espirado la sustitucion, y si mueren todos antes de dicha edad la sustitucion se hace efectiva.

Dadas las fórmulas actuales de fideicomisos, la definición romana no puede subsistir, y es necesario variarla adaptándola al fideicomiso moderno. Mas como la sustitucion fideicomisaria admite toda especie de plazos y condiciones, es difícil definirla de una manera positiva, no quedando otro recurso que hacerlo negativamente ó sea por oposicion á las demás sustituciones. Podríamos pues decir que la sustitucion fideicomisaria es *aquella con que se señala un sustituto al heredero instituido para despues de adida la herencia y llegar un día á verificarse una condicion que no pueda ser objeto de la pupilar ó ejemplar.* Aunque esto equivalga á decir que sustitucion fideicomisaria es la que no puede calificarse de vulgar, pupilar ó ejemplar, en el día no hay otro medio de conocerla, pues siendo infinitas las condiciones y los plazos que pueden servir de base á esta sustitucion, debe distinguirse por eliminacion, es decir que siempre que las condiciones de la sustitucion no sean las de la vulgar, de la pupilar ó de la ejemplar, será indefectiblemente una fideicomisaria. De aquí se sigue que la condicion «si muriere en la impubertad» puesta al heredero por un testador que no pueda hacerle la sustitucion pupilar, será considerada como fideicomisaria, porque habiendo de producir un efecto, y no pudiendo producir los de ninguna de las otras tres sustituciones, producirá el de la fideicomisaria.

La sustitucion fideicomisaria puede ser universal ó singular: universal cuando se im-

¿A quiénes puede dejarse? Puede dejarse el fideicomiso á aquellos que tienen testamentifaccion, esto es, que pueden percibir por testamento, ó ser instituidos herederos; pues la herencia dejada á persona incapaz con fideicomiso tácito es reclamada por el fisco (bb).

¿Que se necesita para que valga? Para que valga el fideicomiso se requiere que si se deja en el testamento se instituya heredero á alguno con legitimo derecho, y se encomiende á su fidelidad que restituya la herencia; pues de lo contrario se inutilizaria el testamento en que ninguno fuese instituido, por ser la institucion cabeza y fundamento de todo él; y al contrario si se hace en el codicilo, porque en este no se hace la institucion de heredero (1).

Sus efectos. Dos son los efectos de la sustitucion fideicomisaria. 1.º En ella nunca se contiene la vulgar, á menos que sea espresa; porque seria en vano por cuanto el fideicomisario puede obligar al instituido á que acepte la herencia (2). 2.º El heredero instituido y gravado en la restitu-

pone á toda la herencia ó á una parte alicuota de ella: singular cuando se impone á una cosa singular, esto es cuando se hace un legado con sustitucion fideicomisaria.

Tambien se divide en pura, *in diem* ó condicional. Pero en el dia las mas usadas son las *in diem* y condicionales.

En toda sustitucion fideicomisaria figuran tres personas: *fideicomitente*, que es el testador: *heredero fiduciario*, que es el heredero instituido; y *fideicomisario*, que es el sustituto.

Aunque á veces se usan promiscuamente los nombres de sustitucion fideicomisaria y fideicomiso, en todo rigor fideicomiso es una disposicion que comprende una série de sustituciones fideicomisarias, por ejemplo: *instituyo heredero á Pedro, y despues de su muerte le sustituyo á Ernesto, y despues de la muerte de este le sustituyo á Ambrosio, y despues de la muerte de este le sustituyo á Anselmo*. En esta série de sustituciones hay herederos que son fiduciarios y fideicomisarios al mismo tiempo, y son todos los intermedios: así Ernesto y Ambrosio son fideicomisarios con respeto al que antecede y fideicomisarios respecto al que les sigue: Ernesto es fideicomisario de Pedro y fiduciario de Ambrosio, y este es fideicomisario de Ernesto y fiduciario de Anselmo.

El fideicomiso puede ser temporal ó perpétuo. Es temporal el que se estiende hasta cierto número de personas, ó bien de grados cuando se trata de parientes, y debe procurarse que no pase del 4.º grado en virtud de la Novela 159. Es perpétuo el que se estiende á todos los descendientes y á toda la parentela del testador hasta lo infinito, y en el dia no puede ordenarse, bajo pena de nulidad.

La sustitucion fideicomisaria puede hacerse en los codicilos, y su fórmula, si se verifican despues del testamento, es la siguiente: *á Pedro mi heredero instituido en el testamento que otorgué en tal fecha ante el Notario D. N. le sustituyo para el caso de morir sin hijos á Anselmo*. Si el codicilo se hiciera sin existir testamento, la fórmula de la sustitucion fideicomisaria es como sigue: *á mis herederos ab intestato les sustituyo á Anselmo*. Esta es pura: si se quisiese poner dia ó condicion se pondria el que dispusiese el codicilante.

(bb) Pueden sustituirse por fideicomiso tan sólo las personas capaces, ó sea las que tienen la testamentifaccion pasiva.

(1) § 2. Inst. de fideicom. hered.

(2) L. 2, § 2, ff. de vulg. et pup.

cion, saca para sí la cuarta trebeliánica para no tener inútilmente el nombre de heredero, y si fuere hijo del testador, sacará además de la cuarta, su legítima por derecho y equidad canónica, á saber, la legítima porque le es debida por derecho natural, y la cuarta por el senado-consulto trebeliano (1).

¿De cuántos modos espira? Espira esta sustitucion de tres modos: 1.º Si el fideicomisario muriese antes que el testador (cc). 2.º Si faltare ó se rompiere el testamento. 3.º Faltando la condicion puesta; pues entones el acto se tiene por no ejecutado.

NOTAS.—1.ª El fideicomiso puede hacerse desde cierto tiempo, á diferencia de la institucion de heredero. La razon de esto consiste en que hecha la institucion de heredero para ó desde cierto tiempo, se seguiria que uno podia morir testado en parte, y en parte sin testamento; pero esto no se verificaria en el fideicomisario, porque no es heredero, aunque tiene el lugar de tal (2).

2.ª El fideicomiso se hace no sólo en el testamento, sino tambien en los codicilos aun no confirmados por aquel (3) (dd).

(1) § 4 y sig. Inst. de fideic. hered. Cap. Rainutius de testam.

(cc) Ó antes de llegar el dia ó verificarse la condicion.

(2) Inst. de fideic. hered. § 2.

(3) Inst. de Codic. § 1 y 2.

(dd) El heredero fiduciario debe tomar inventario, porque si el fideicomiso es puro, ó para despues de la muerte del fiduciario, no puedé enajenar los bienes fideicomitados, y si es condicional, las enajenaciones que hiciese se resolverian al momento de verificarse la condicion, y el fideicomisario podria reivindicar las cosas vendidas.

En Cataluña ha prevalecido la jurisprudencia de que en la sustitucion fideicomisaria los hijos puestos en condicion no se entienden puestos en disposicion. Ejemplo. *Instituto á Pedro, y si muere sin hijos le sustituyo á Pablo.* Se pregunta: si Pedro muere con hijos, se entienden sustituidos los hijos? De ninguna manera, por la razon espresada de que los hijos puestos en condicion no se entienden puestos en disposicion. Si Pedro muere con hijos podrá disponer libremente de la herencia, aunque sea á favor de personas estrañas, salva la legítima que á los hijos pertenece por ley. El Tribunal Supremo ha confirmado esta jurisprudencia.

En las provincias catalanas no se acostumbra poner trabas al que tiene hijos: el amor paterno se considera suficiente estímulo para que los hijos puedan contar con la herencia de su padre: el caso de que un padre deje sus bienes á personas estrañas con preferencia á los hijos es tan raro é inusitado, que el legislador de la familia no juzga necesario prevenirlo: *ea que parum eveniunt prætereunt legistatores.* Mas para el caso de morir sin hijos es costumbre general en Cataluña poner un sustituto al heredero. Esta sustitucion se dirige á evitar que los bienes salgan de la familia para pasar á una familia estraña. El que muere sin hijos, siendo casado, podria dejar sus bienes á su consorte postergando á toda su parentela. Y si es soltero hav todavia razones de mas alta moralidad para ponerle un sustituto. El soltero que llega á una edad avanzada es á menudo el juguete de amigos interesados que le adulan para obtener sus favores, y que por medio de obsequios, cuyo fin desconoce el que los recibe, procuran conquistar su herencia, único objeto de su falsa amistad. ¿Y qué diremos si se apodera del pobre solteron

§. ÚNICO.

DE LA CUARTA TREBELIÁNICA Y LA LEGÍTIMA.

Como todo heredero á quien se encomienda el gravámen de restituir la herencia á otro, tenga por la misma institucion el derecho de sacar para sí la cuarta trebeliánica, y la legitima (si es hijo del testador) convendrá decir algo de ellas.

¿Qué es cuarta trebeliánica? Cuarta trebeliánica es: *cierta porcion que se concede por trebeliánica? el Senado-consulto trebeliano á cualquier heredero á quien se pone el gravámen de restituir toda la herencia* (ee).

¿Qué se concede por la trebeliánica? Se concede por el Senado-consulto trebeliano, que el heredero gravado con la restitucion de la herencia, á fin de que no lleve inútilmente el nombre de tal, pueda sacar la cuarta del fideicomiso universal, esto es, de toda la herencia que ha de restituir, segun hoy se observa por costumbre. Esta cuarta es realmente la cuarta parte de toda la herencia que ha de restituirse, esto es, de doce onzas, tres, hechas las correspondientes deducciones, de lo cual se tratará en el § siguiente.

¿Qué deberá deducirse primeramente de la herencia? Del total de la herencia ó de las doce onzas se deduce 1.º La legitima (cuando haya que deducirse), esto es, la cuarta parte, ó tres onzas. 2.º Las deudas, esto es, todo aquello que debe el testador. 3.º Los gastos del funeral y de la última en-

una mujer astuta y sin conciencia, que siempre las hay dispuestas á hacer su presa donde conocen que puede esperarse un cuantioso botin? Entonces seria posible que la sociedad hubiese de presenciarse el espectáculo de que los hermanos del difunto estén pereciendo de miseria, mientras que una mujer estraña y acaso de malas costumbres está disfrutando del patrimonio que los padres legaron á aquel, y repugna á los sentimientos de la naturaleza el que los hijos, tal vez en necesidad estrema, hayan de contemplar sin remedio como un falso amigo ó una mujer indigna se están gozando con los bienes que fueron de sus padres. A evitar casos semejantes, que la humanidad y la moralidad repudian, y que no son raros respecto á los que mueren en estado de solteros, se dirigen las sustituciones que pone el padre á sus hijos para el solo evento de morir sin descendencia. Regularmente el padre nombra heredero á su hijo primogénito; para el caso de morir sin hijos le sustituye al segundo hijo varon, y sucesivamente va sustituyendo en los mismos términos á todos sus hijos por órden de primogenitura, prefiriendo los varones á las hembras.

Adviértase que en los testamentos la palabra hijos se estiende á todos los descendientes, de manera que cuando decimos «si muriese sin hijos» entendemos «si muriese sin descendientes.» Hay leyes espresas en el derecho romano que así lo declaran, y lo ha sancionado el Tribunal Supremo de justicia en varias sentencias. (ee) Mejor diria: *la cuarta parte que se concede, etc.*

fermedad, que se consideran como deudas. Hechas estas deducciones, de lo que queda se saca la cuarta parte que corresponde al heredero por trebeliánica; y lo que resta se restituye al fideicomisario, ó á aquel á quien, por ruego que hace el testador al heredero, ha de restituirse la herencia (1) (*).

¿Cuándo no habrá lugar á la cuarta trebeliánica? No ha lugar á la cuarta trebeliánica en cuatro casos: 1.º Cuando el testador dice espresamente en el testamento, que no quiere se saque dicha cuarta aunque hayan sido instituidos los hijos de primer grado; pues por la constitucion de Cataluña (2) está establecido, que sea lícito á los padres prohibir á los hijos la trebeliánica por palabras espresas. 2.º Cuando el heredero no hace inventario; lo cual tiene lugar no sólo en los estraños, sino tambien en los hijos, por militar la misma razon, y aun con mayor derecho, porque los hijos pueden sacar dos cuartas, como está espresamente prevenido por otra constitucion (3). En cuanto á los herederos estraños que no hagan inventario, hay otra constitucion de Cataluña (4). 3.º Cuando consta algun delito del heredero. 4.º Cuando algun establecimiento piadoso sucede al heredero directo (5) (ff).

Se ha de advertir sin embargo que el menor que no hace dicho inventario, tiene la restitucion *in integrum* (6).

NOTAS.—1.ª Si el heredero gravado con la restitucion de la herencia no deduce la trebeliánica, esto es, si restituye la herencia por entero, y esto lo hace en favor del fideicomisario, entónces este deduce la cuarta; y lo mismo sucede siempre que el heredero está instituido por consideracion del fideicomisario. No siendo así, el heredero directo trasmite á sus herederos, aunque sean estraños, el derecho que tiene de sacar su cuarta (7).

2.ª Cuando el fideicomiso es puro, no se saca sino una cuarta parte, como tambien cuando por la cláusula codicilar se convierte el testamento en causa de codicilo; y así el hijo sólo tiene facultad de sacar ó la trebeliánica ó la legítima, y le es mas útil sacar la primera, porque en la legítima se imputa ó comprende lo que se adquirió entre vivos, como la dote y donaciones. Pero si el fideicomiso fuere condicional, podrán sacarse dos cuartas (8) (gg).

(1) Cum antem Inst. de leg. falc. L. 5, Cod. Senatus Cons. Trebell. L. 18, ff. de relig. et sump. fune. L. 8 y 9, ff. de inoffi. test. Canc. Var. 1, cap. 2, n. 22.

(*) El valor del patrimonio se regula al tiempo de la restitucion.

(2) Const. 27, Cur. año 1599.

(3) Const. 28, Cur. año 1599.

(4) Cons. 1 tit de inventari fahedor, lib. 6, tit. 7.

(5) Canc. Var. 1, cap. 2, n. 12.

(ff) Tampoco tiene lugar la cuarta trebeliánica en el testamento militar.

(6) Canc. Var. 1, cap. 2, n. 6.

(7) Canc. Var. 1, cap. 2, n. 29 y sig.

(8) Canc. Var. 1, cap. 2, n. 26 y 141.

(gg) El autor no dice si pueden detraerse dos cuartas, ó sólo una, en el fideicomiso

¿Qué es legítima? **Legítima es: aquella porción que por derecho compete en la herencia de los ascendientes ó descendientes.**

in diem, por ejemplo en el que se hace con frecuencia en Cataluña para después de la muerte del heredero fiduciario sin poner condicion alguna. Mas podemos citar un caso en el cual se manifestó bien claramente la opinion de la Audiencia de este territorio en favor de la detraccion de una sola cuarta en los fideicomisos para después de la muerte que no llevan condicion. Con motivo de la muerte intestada de Joaquin Martí y Arrufó, que poseia además de sus bienes libres otros que estaban sujetos á un fideicomiso de dicha clase fundado por Pedro Molas, se suscitó pleito entre su hermano Felix Martí y las hermanas del mismo en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Beltran de esta ciudad, y entre otras de las cuestiones que en él se discutieron fué la de si al primer heredero gravado le correspondia la legítima y la trebeliánica ó una de ellas tan solo. El autor de estas notas defendia á las hermanas Martí y sostuvo, en contra de la pretension del hermano, que sólo debia detraerse una cuarta, fundándose en que no estando en práctica en Cataluña los fideicomisos puros, al decir los autores catalanes que en el fideicomiso puro no puede detraherse mas que una cuarta no podian referirse sino á los que se hacen simplemente para después de la muerte, que entre nosotros aparecen como puros por no llevar condicion, y en su consecuencia la detraccion de las dos cuartas debia considerarse limitada á los fideicomisos condicionales. Esta opinion fué adoptada por el Juzgado y por el Tribunal Superior, pues en tres sentencias conformes, (la de primera instancia, y las de vista y revista de la Audiencia) se mandó abonar una sola cuarta. Las fechas de las sentencias son las siguientes: la de primera instancia de 29 de Noviembre de 1849, la de vista de 8 de Marzo de 1853, y la de revista de 17 de Diciembre del mismo año, y si bien en ellas no se presenta clara la cuestion debatida, porque en aquella época no se fundaban las sentencias, examinando los autos y comparándolos con los fallos se ve que de las dos cuartas que una de las partes pedia no se abona mas que una, que es la legítima. Podemos, pues, dar por sentado que el Tribunal Superior sigue la opinion de que en todo fideicomiso que no sea condicional, ya sea puro, ya *in diem*, no se abona al heredero fiduciario hijo del testador mas que una cuarta, la legítima ó la trebeliánica.

Quando en un testamento se dispone una série de sustituciones fideicomisarias, no detraerán la cuarta trebeliánica todos los herederos fiduciarios, sino el primero tan sólo. Por ejemplo si se dijese: *instituyo heredero á Pedro, y si muriere sin hijos le sustituyo á Andrés, y si este muriese sin hijos le sustituyo á Dionisio, y si este muriere sin hijos le sustituyo á Anselmo*, sólo detraerá la cuarta trebeliánica el primer heredero Pedro, pero no Andrés ni Dionisio.

Se imputan á cuenta de la cuarta trebeliánica los legados hechos á favor del heredero.

Acerca de si los frutos que el heredero fiduciario percibe de la herencia mientras la está disfrutando se han de imputar ó no á cuenta de la trebeliánica, Comes establece varias distinciones. Distingue en primer lugar si el fiduciario percibe estos frutos por voluntad del testador, por ejemplo si tiene el gravámen de restituir la herencia en cierto dia ó al verificarse tal condicion, ó después de su muerte; y en este caso se imputan á cuenta de la cuarta trebeliánica los frutos que ha percibido el fiduciario antes de que llegue el dia ó la condicion, á menos que el heredero sea hijo ó nieto del testador, en cuyo caso no se imputan: si los percibe por desidia del fideicomisario no se imputan; y si los percibe por mora propia, porque restituyó la herencia mas tarde de lo que debia, se imputan.

En la obra de Gibert nada se dice de los fideicomisos perpétuos familiares ó sea fideicomisos perpétuos vinculados en una familia, llamados en Cataluña vínculos ó vinculaciones perpétuas y en Castilla mayorazgos, que fueron tan comunes en España en los siglos pasados; y aunque en el dia esté prohibido el hacerlos, conviene dar una idea de ellos para inteligencia de los testamentos antiguos en que se hallaren disposiciones de esta clase.

Mayorazgo es: *una vinculacion perpétua á favor de una familia, en que se sucede por el órden de la fundacion, ó en su defecto por el de la ley.*

¿Por qué se llama así? Llámase legítima porque aun cuando no se deje, se debe sin embargo por la ley ó derecho, esto es, á los

Los mayorazgos se dividen en regulares é irregulares. Mayorazgo regular es aquel en que se sucede segun el órden prevenido para la sucesion á la corona de España. Al efecto deben examinarse cuatro circunstancias: 1.º la línea, siendo preferida la del último poseedor: 2.º el grado, y se ha de buscar el mas cercano al último poseedor: 3.º el sexo: 4.º la edad. Cuando no hubiere mas que un pariente en el grado mas próximo al último poseedor, este sucede solo, y no hay que atender al sexo ni á la edad; pero cuando hubiese muchos parientes en el mismo grado al cual corresponde la sucesion, entonces hay que examinar el sexo y la edad de los mismos, porque no pudiendo suceder en los mayorazgos mas que un solo individuo, deben ser preferidos los varones á las hembras, y en cada uno de los sexos el mayor al menor. De consiguiente si hay varones sucederá el varon de mas edad, y si no hay varones, sino solo hembras, sucederá la hembra que mas años tenga. Esto se verifica así, porque todo mayorazgo es indivisible, y en él no puede suceder más de una persona, fuera del caso en que nazcan de un parto dos gemelos, ambos varones, ó hembras, pues entonces se divide el mayorazgo entre los dos gemelos.

En el mayorazgo sólo pueden suceder los hijos legítimos y naturales, y los legitimados por subsiguiente matrimonio. En cuanto á estos últimos la edad para el derecho de primogenitura no se cuenta desde el dia del nacimiento, sino desde el de la legitimacion.

Mayorazgo irregular es aquel en que se sucede por un órden distinto del que rige para la sucesion á la corona, y los hay de varias clases.

Mayorazgo de agnacion es aquel en que sólo suceden los varones, de varon á varon sin mediar hembra alguna. El de agnacion fingida es igual, sólo que el primer llamado no es agnado.

Mayorazgo de masculinidad es aquel en que suceden sólo varones, ya procedan de varon ó de hembra.

El de femineidad es aquel en que sólo suceden las hembras, ó esclusivamente, ó con preferencia á los varones. Se llama de contraria agnacion cuando han de suceder sólo las hembras que proceden de hembra, sin mediar hembra alguna, y de contraria masculinidad cuando no se atiende á si proceden de hembra ó de varon.

Mayorazgo de segundo genitura, es aquel en que suceden siempre los hijos segundos.

Alternativo es aquel en que el fundador llama varias líneas para que sucedan alternativamente, de modo que á cada vacante se varia de línea.

Saltuario es aquel en el cual sucede el pariente del fundador que á la vacante sea de mas edad.

Electivo aquel en que se concede al poseedor la facultad de elegir sucesor entre sus hijos, y en falta de estos entre sus demás parientes. Si el poseedor no verifica la elección, se sigue el órden prescrito para los mayorazgos regulares.

Habia mayorazgos incompatibles, y se llamaban así cuando no podian reunirse dos en una misma persona. La incompatibilidad puede provenir de disposicion del hombre ó de la ley. La primera puede ser expresa ó tácita: expresa cuando el fundador dispone que el mayorazgo que instituye no pueda poseerlo el que posea otro: tácita cuando ordena que el que suceda en el mayorazgo deba llevar por primer apellido el de su familia; si en dos distintos mayorazgos se ha puesto esta condicion y los apellidos son distintos, es claro que no podrán reunirse los dos en una misma persona, porque el poseedor no podría cumplir con ambas condiciones á la vez. La incompatibilidad legal es aquella que proviene de una disposicion de la ley, por ejemplo la que resulta de la ley 7 tit. 17 lib. 10 de la Nov. Recop. que dispone que no puedan reunirse por casamiento en una misma persona dos mayorazgos que el uno de ellos sea de mas de dos cuentos de renta.

Los bienes amayorazgados no pueden enajenarse sino para pagar deudas del fundador Mas como á veces podia ser necesaria una enajenacion en utilidad del mismo mayorazgo,

hijos y descendientes por derecho natural, y á los padres por derecho positivo (hh).

¿Cuánta es la porcion de la legítima? Esta porcion es por derecho comun diversa segun la diversidad y número de aquellos á quienes se debe (1); pero por derecho especial de Cataluña (2) la legítima así de descendientes como de los ascendientes, sin consideracion al número de los hijos, siempre es la cuarta parte de la herencia, la que entre ellos se divide por iguales partes.

¿Cuándo y como se debe la legítima, y que cosas se han de deducir primero? La legítima no se debe sino despues de la muerte del padre, y cuando se trata de pagarla se ha de atender á los bienes que existian al tiempo de la muerte, de los cuales se deducen primeramente las deudas y los gastos del funeral, y de lo restante se saca la legítima. Pero si se aumentaren ó disminuyeren los bienes del padre antes de pagarse dicha legítima, se ha de observar la regla siguiente: *En cuanto á la cantidad se atiende al tiempo de la muerte; por lo que*

por ejemplo si existia una finca ruinosa, y podia adquirirse otra con mas ventaja, ó por otros motivos, en estos casos se pedia licencia al Juez, quien la concedia si la causa era justa, mediante una informacion de utilidad y consentimiento del inmediato sucesor. En Cataluña empero se ha permitido siempre conceder en enfiteusis los bienes vinculados, sin decreto judicial ni otro requisito, con tal que no mediase entrada.

Tampoco se pagaban legítimas de los bienes de mayorazgo á los hijos de los poseedores del mismo, fuera de las que correspondian á los hijos del fundador.

La Real Cédula de 14 de mayo de 1789, que es la ley 12 tit. 17 lib. 10 de la Nov. Recop., prohibió la fundacion de mayorazgos y de cualesquier vínculos perpétuos sin licencia Real, y la ley 14 del mismo titulo los sujetó al pago del 15 por ciento al tiempo de su creacion, impuesto que despues se elevó al 25 por ciento. Por fin con Real decreto de 30 de agosto de 1836 se restableció el Decreto de Cortes de 27 de setiembre de 1820, que prohibe toda creacion de mayorazgo ó vínculo perpetuo, ó prohibicion perpétua de enajenar, bajo pena de nulidad, y declara libres los bienes anteriormente vinculados, no de una vez, sino que el poseedor que se encontrase serlo en aquella época (en 1836) tengá la mitad libre, y la otra mitad pase al inmediato sucesor en el vínculo, quedando libre en sus manos.

(hh) Es muy cuestionable el que la legítima se deba á los hijos y descendientes por derecho natural, y en el dia la opinion mas comun está en contrario. El derecho natural no enseña otra cosa sino que el padre debe criar y educar al hijo, darle la convenienté instruccion y alimentarle hasta que se halle en estado de proveer por si mismo á las necesidades de la vida; pero es preciso violentar la inteligencia para encontrar en el derecho natural el deber de dejar al hijo una parte de la herencia paterna. Esta obligacion fue introducida por el derecho civil, y en rigor no procede de derecho estricto siempre que se trate de un hijo que no necesita de los auxilios del padre para vivir, sino que está basada en la equidad, y por esto son tan variables y puede decirse arbitrarias, las cuotas de legítima que señalan las legislaciones de los distintos Estados conocidos.

(1) Aut. noviss. Cod. de inoff. test. L. Pater. 14. ff. del mismo tit. y alli la glosa y los DD.

(2) Const. fin. lib. 6, tit. 5, de legitim.

hace á la calidad ó valor, al tiempo del pago; v. g. Cuando murió el padre habia en la herencia una finca cuyo valor se aumentó despues, de tal suerte que valiendo 100 al tiempo de la muerte, llegó despues á valer 200. Se pagará de estos la legítima, que siendo la cuarta parte importará 50, la cual se dividirá igualmente entre todos los hijos (1) (ii).

NOTAS.—1.^a El padre no está obligado á dejar al hijo la legítima por título de institucion; y aunque la deje por legado vale el testamento, pero si el legado no bastare para complemento de la legítima, puede el hijo pedir el suplemento de ella (2).

2.^a De la legítima no pagada y aun de su suplemento se deben los frutos desde el dia de la muerte del padre (3).

3.^a Por derecho de Cataluña el heredero tiene eleccion de pagar la legítima en dinero contante, ó en cosas de la herencia (4).

4.^a Lo que se dá al hijo en las capitulaciones matrimoniales se computa por legítima aunque no se haya espresado; pues de lo contrario resultaria gran desigualdad entre los hijos, contra el espíritu de la ley que previene, *que los padres guarden igualdad entre ellos*; pero si la donacion no bastare á cubrir toda la legítima, entonces el hijo puede pedir el suplemento; á menos que haya renunciado con juramento, porque este tiene fuerza de anulacion (5) (jj).

5.^a Si el padre pusiese al hijo instituido el gravámen de que no pueda sacar la cuarta que le corresponde por derecho de institucion y la legítima que le compete por derecho natural, y con todo este hijo instituido heredero aceptare la herencia; se entenderá que renuncia tácitamente y aprueba tal gravámen (6) (ll).

(1) L. 6, Cod. de inoff. test. L. 11, 30 y 75. ff. ad leg. falc. Canc. Var. 1, cap. 5.

(ii) Esto se entiende si el aumento ó disminucion del valor fue obra del tiempo ó de la naturaleza; pero si provino de hechos del heredero, por ejemplo si el heredero derribó un piso de la casa ó edificó otro nuevo, este aumento ó disminucion no se toma en cuenta para el pago de la legítima, y se atiende para el valor de los bienes al tiempo de la muerte del testador.

(2) L. 6, tit. 2, de pupillares y otras substituciones. Const. 2.

(3) Canc. Var. 1, cap. 3, n. 55.

(4) Dicha Const. fin. tit. de legítima.

(5) Canc. Var. 2, cap. 3, n. 48.

(jj) Se exceptúa el caso de que el que hizo la renuncia pruebe que sufrió lesion enorme, pues entonces aunque la renuncia sea jurada, puede pedir el renunciante que se rescinda, impetrando antes de la autoridad eclesiástica la absolucion del juramento si fué prestado por el mismo que ha de pedir la rescision, no si lo fue por su causante derecho.

(6) Canc. par. 1, cap. 5, n. 34 y sig. y part. 3, cap. 2, n. 202 y sig.

(ll) Adviértese que en la legítima no se puede poner gravámen alguno.

TÍTULO 4.º

DE LOS TUTORES.

COMO en la práctica después de la cláusula universal de institución suelen los padres nombrar tutores á sus hijos, que se hallan en la edad pupilar y bajo su potestad, conviene tratar aquí de la tutela:

¿Qué es tutela? Tutela es: cierta potestad dada ó permitida por derecho civil á un hombre libre, para defender á aquel que en razon de la edad no puede hacerlo por sí mismo (1).

Explicacion. Potestad, esto es, facultad y derecho autorizado para hacer y disponer lo conveniente, así en cuanto á la persona del pupilo, como en la administracion de sus cosas. Dada y permitida por derecho civil, es decir, que fué introducida por este derecho. A un hombre libre, pues siendo la tutela un oficio civil, sólo los hombres libres y los ciudadanos romanos eran capaces de desempeñarla. Para defender á aquel que en razon de la edad no puede hacerlo por sí mismo, cuyas palabras indican el oficio del tutor, que es defender primeramente la persona, y en consecuencia tambien los bienes del pupilo, quien por la edad no puede cómodamente hacer éstas cosas.

¿Cuántas especies hay de tutela? Hay tres especies de tutela, á saber: 1.ª Testamentaria. 2.ª Legítima. 3.ª Dativa, cuya diferencia dimana de la causa eficiente, esto es, el testador, la ley, el juez.

¿Qué es tutela testamentaria? Tutela testamentaria es, la que por los padres se dá á los hijos impúberes que están bajo su potestad, en el testamento, codicilo, ó cualquiera última voluntad, segun derecho de Cataluña; y esta tutela tiene el primer lugar.

¿Para qué fué introducida la tutela y de dónde trae su origen? Aquellas palabras de la definicion de la tutela, para defender á aquel, etc., indican que la tutela fué introducida en favor de los pupilos; pues si por una parte les es útil el poder contratar, por otra conviene que no sean perjudicados por su inespriencia, y por eso se les dá tutor. La tutela es de derecho civil no mero, sino mixto, es decir, que trae su origen del derecho

(1) § 1, Inst. de tutelis.

natural, pero que ha recibido del civil su determinación y forma, así como la patria potestad, los testamentos, etc. (1).

¿Qué es tutor? Tutor es, *aquel que tiene dicha potestad; de la cual tomó nombre la misma cosa*, y se llama así, como quien dice, *tutor* (palabra latina) que corresponde á la castellana *amparador* ó *defensor* (2).

El emperador Justiniano lo declara en pocas palabras cuando dice: *es permitido á los padres dar tutor en el testamento á los hijos impúberes, que tienen bajo su potestad* (3). Así pues, el que dá tutor debe ser padre, y aquel á quien se dá debe ser un impúber que esté bajo la potestad, y debe darse en testamento. Sin embargo está recibido que el padre pueda dar tutor al póstumo (4). También le puede dar al hijo emancipado, aun en codicilo confirmador por el testamento; y este nombramiento de tutor se sostiene por el magistrado, quien confirmará el tutor dado por el padre sin inquirir sus costumbres ni exigir de él caucion ó fianza, como se practica con los tutores dativos (5). Por derecho peculiar de Cataluña (6) el padre puede dar tutor al hijo en testamento, codicilo, ú cualquiera otra última voluntad, sin que sea necesaria la confirmacion del juez; por cuya constitucion se corrige la disposicion del derecho civil de que se trata en la *L. 2, Cod. de confirm. tut.* (mm).

¿Quiénes pueden ser nombrados tutores en el testamento? Pueden ser nombrados tutores en el testamento: 1.º No sólo el padre, sino tambien el hijo de familias, porque en todas las causas públicas, cual es la tutela, este se tiene por padre, y no se atiende aquí á la patria potestad (7), lo cual procede si es mayor de veinte y cinco años, pues el menor no puede ser tutor (8). Sin embargo por derecho de Cataluña (sin que obsten las *const. 1.ª y 2.ª de menores de 25 anys*), el hijo de familias que tiene edad legítima puede ser tu-

(1) Vinn. en el coment. de la Inst. § 1, de jur. nat. gent. et civil n. 2, y en el § 6 de la Inst. de Attil. tut.

(2) § 2. Inst. de tutelis.

(3) § 5. Inst. de tutelis.

(4) § 4. Instit. de tut.

(5) § 5. Instit. de tut. L. 4, § 2, 5 y 6, de confi. tut. L. 5, ff. de testam. tut.

(6) Lib. 5, tit. 4, de tudors, Const. 4.ª

(mm) En la constitucion catalana se prevenia que únicamente debiesen prestar los tutores el juramento de procurar la utilidad del pupilo; pero nunca estuvo en práctica la prestacion de este juramento.

En el dia es necesaria en Cataluña la confirmacion del juez en virtud de la ley de enjuiciamiento civil.

Mediante esta confirmacion el padre puede nombrar tutor á un hijo desheredado, y á un hijo natural á quien instituye heredero.

(7) Tit. de la Inst. qui test. tut. dari poss. L. 7, ff. de tut. leg. L. 9, ff. de his qui sunt, sui vel alien. jur.

(8) § 2. Inst. qui test. tutor dari poss. y § 15. Inst. de excus. tutor.

tor (1). 2.º El siervo propio del testador, así dándole la libertad como no dándosela; pues nombrado tutor se entiende tácitamente haber recibido la libertad directa, sin la cual ninguno puede ejercer la tutela ú otro oficio público (2). 3.º Aunque la tutela sea un oficio propio de varones y público, por lo cual las mujeres no pueden ser tutoras por derecho (3); sin embargo se permite serlo á la madre y abuela, con tal que no pasen á segundas nupcias ó renuncien el beneficio del Senado-consulto Veleyano (4).

¿ Quiénes no pueden serlo? No pueden serlo: 1.º *La mujer*, escepto la madre y abuela como se ha dicho. 2.º *El siervo ajeno*, sino bajo la condicion tácita, *cuando sea libre*, porque el testador no tiene en él derecho alguno (5). 3.º *El menor*, como se dijo antes. 4.º *El deudor ó acreedor del pupilo* podia ser deudor en lo antiguo (6); pero por derecho moderno no puede serlo, á menos que la deuda sea pequeña, ó que el testador no lo ignore (7). 5.º *El ciego* puede escusarse de recibir la tutela; pero le es lícito continuar ejerciendo la que haya aceptado (8). 6.º En general no pueden ser nombrados tutores los que por falta de edad competente ó de juicio no pueden manejar debidamente sus propias cosas (9) (*). Sin embargo es lícito nombrarlos tutores en testamento para cuando se hayan hecho mayores ó recobren el juicio (10).

Cargos de los tutores. Los cargos del tutor testamentario son: 1.º Pedir que el juez les discierna la administracion de los bienes; pero esto no es necesario si desde el principio ha sido nombrado legítimamente, ó dado por el padre sin necesitar confirmacion (mn). 2.º Hacer inventario de los bienes del pupilo, y de lo contrario podrá ser removido como sospechoso. 3.º Jurar ante el juez ordinario que hará cuanto crea útil, y evitará lo perjudicial (11). 4.º dar legalmente razon y cuentas de administracion en su lugar y tiempo, esto es, acabada que sea la tutela (12).

(1) Canc. Var. 2.º cap. 1, n. 160 y sig.

(2) § 1. Inst. qui test. tut. dari poss.

(3) Inst. de legit. patron. tut. L. 16 y 18, ff. de tut. leg. L. 2, ff. de reg. jur.

(4) Todo el tit. del Cod. quando mulier tut. offic.

(5) § 1. Inst. qui testam. tut. dari poss., L. 7, Cod. de excus. tut.

(6) L. 8, Cod. qui dare tut. L. 7, Cod. de excus. tut.

(7) Aut. minoris Cod. qui dare tut. Canc. Var. 1, cap. 7, n. 49.

(8) L. 40, ff. de excus. tut. L. 16, ff. de auth. tut.

(9) L. un. Cod. qui morbo se excus.

(*) Por ejemplo el furioso, el sordo-mudo, el pródigo, el clérigo profeso.

(10) § 2. Inst. qui testam. tut. dari pos.

(mn) Ya hemos dicho que en el día siempre es necesaria la confirmacion ó discernimiento del cargo por el juez.

(11) Dicha Const. 4, de tudors.

(12) § 7. Instit. de Attil. tut. Todo el tit. del 5, Dig. y Cod. de adm. tutor. Canc. Var. 1, cap. 7, desde el n. 83.

NOTAS.—1.^a Aunque la madre no puede dar tutores á sus hijos por testamento, porque no los tiene bajo su potestad, sin embargo el nombrado por ella es confirmado por el juez, siempre que dichos hijos sean instituidos herederos, lo cual procede tambien respecto de otras personas que quieran dar tutores á los estraños; pues entonces no tanto se considera dado el tutor á la persona como á los bienes (1). Puede ademas la madre, como tambien el estraño, nombrar administrador de los bienes que dejare á los hijos como enseña *Cancer* (2) (ññ).

2.^a Puede darse tutor por testamento no solo puramente sino bajo condicion, como tambien desde y hasta cierto tiempo (3), y en el intermedio ha de nombrar otro tutor el magistrado ó juez (4) (oo).

(1) L. 4, ff. de test. tut. L. 2 y 5, ff. de confirm. tut.

(2) Canc. Var. 1. cap. 7, n. 4.

(ññ) La madre puede nombrar tutor á un hijo aunque no le instituya heredero, no solo por la potestad que sobre el hijo le concede la ley de matrimonio civil, sino aun por derecho romano, que admite estos nombramientos con tal que los confirme el juez.

(3) § 3. Inst. qui testam. tut. dari poss. § 2 y 5. Inst. quib. mod. tut. fin. L. 3, § 1 y 2 ff. de testam. tut.

(4) L. 11, ff. de testam. tut.

(oo) Los tutores testamentarios dados por el padre segun el derecho romano no están obligados á dar fianza, y así se observaba en Cataluña. Pero ahora la ley de enjuiciamiento civil les obliga á afianzar siempre que el padre no les releve de este deber, lo cual ha precisado á los Notarios á añadir una cláusula en los nombramientos de tutores, previniendo que quedan relevados de fianzas.

La potestad que concede á la madre viuda sobre sus hijos la ley de matrimonio civil, si es que en esta parte debe regir en Cataluña, puede producir inconvenientes en ciertos casos por los términos absolutos en que está concebida la ley. En primer lugar, la subsistencia de esta potestad aun cuando la madre contraiga segundo matrimonio pone en peligro á veces los intereses de los hijos, y segun las condiciones del segundo marido, hasta su salud y su vida. Los romanos, mas cautos y mas previsores, habian dispuesto que cesara la curatela de la madre siempre que pasara á segundas nupcias.

En segundo lugar ha sido imprevisiona la ley no permitiendo que el marido pueda privar á su esposa de esa potestad, siempre que la juzgue capaz de perjudicar á la buena educacion de la familia, como lo podia hacer con la curaduria confiriéndola á otras personas. Es verdad que por punto general, muerto el marido los hijos no pueden estar sometidos á una autoridad mas benéfica y que ofrezca mas garantías que la de su madre; pero esta regla está sujeta á excepciones, y para ellas la ley debia haber proveido lo conveniente, pues semejante olvido puede producir consecuencias funestas en la familia. Quien duda que hay esposas infieles, mujeres viciosas, capaces de pervertir á los hijos que queden á su esclusivo cargo, y mas aun á las hijas? Si el marido, como jefe de la familia y conocedor de las calidades de su mujer, no tiene en sus manos, concedida por la ley, la autoridad de despojar á su esposa de la potestad que el legislador le confiara para gobernar á sus hijos y de encargar su guarda á otras personas, la potestad de la madre podrá convertirse en ciertos casos en un magisterio de depravacion y se realizará lo de la fabula del lobo convertido en pastor. A fin de suplir hasta donde sea posible esta omision de la ley, se ha pensado en Cataluña acogerse al cap. 1.^o de la novela 117 de Justiniano, de cuyas disposiciones hasta ahora nadie se habia acordado, y valerse del medio que aquel capitulo proporciona para salvar á los hijos del peligro que una educacion inmoral pudiera acarrearles.

Dispone el cap. 1.^o de la Novela 117 que la madre, la abuela, y aun una persona estraña,

§ 1.

DE LA LEGÍTIMA TUTELA DE LOS AGNADOS.

¿Cuándo tiene lugar la tutela legítima de los agnados? Si no hubiera sido nombrado tutor por testamento, ó habiéndole muriese antes que el testador, ó por cualquiera otra causa el tutor nombrado dejare de serlo *ipso jure*; está prevenido que sean tutores los agnados, ó aquellos que por parientes más cercanos son llamados á la sucesion del impúber, y se denominan *Tutores legítimos*, porque lo son no por hecho de hombre ó voluntad del testador, sino por la ley (1) (pp).

¿Qué se observa entre nosotros acerca de esta tutela? Entre nosotros apenas se usa la tutela legítima, pues faltando el tutor testamentario, se dá al pupilo tutor por el juez, y por tanto se llama *tutor dativo* (2), del que

cuando instituyen heredero al hijo, nieto ó extraño á quien quieren agraciar con el beneficio de su herencia universal ó con parte de ella, pueden hacerlo con la condicion de que el padre ó la persona que lo tenga en su potestad no adquiera en aquellos bienes el usufruto, ni tenga en ellos la menor participacion, y pueden tambien designar administradores especiales que gobiernen los propios bienes durante la menor edad del instituido. Si la madre ó un extraño pueden privar al padre del usufruto y administracion de los bienes del hijo á quien instituyen heredero, con mas razon el padre podrá quitar el usufruto y la administracion á la madre cuando los hijos han de recaer en la potestad de esta. A mas de que la ley no habla solo para el padre, sino que añade *ó la persona que lo tenga en su potestad*, y de consiguiente comprende á la madre cuando por quedar viuda adquiere la patria potestad sobre sus hijos. Han aconsejado por consiguiente algunos abogados que en los casos, por fortuna no muy comunes, en que el marido prevea graves peligros para la familia si queda al cargo esclusivo de su esposa, la prive del usufruto y administracion de los bienes en que instituya herederos á los hijos, y encargue á personas de su confianza la administracion de estos bienes. El remedio no es radical, porque esta administracion no alcanza á las personas, que quedan bajo la potestad de la madre; pero siempre hay unos interventores y vigilantes activos del proceder de la madre, que pueden evitar muchos males, y en casos extremos están revestidos de un carácter bastante para acudir á la autoridad judicial y solicitar otros remedios mas eficaces. Lo mas seguro, empero, seria que la ley diese facultad al marido para poder exonerar á su mujer de esta potestad cuando lo creyese conveniente y nombrar curadores á sus hijos, ó volver á la curatela de la madre declarándola la ley curadora legítima de los hijos desde la muerte del marido, *ipso jure* y sin necesidad de discernimiento, ni fianza, ni otro requisito alguno, siempre que el marido no nombrase curadores en su última voluntad. Esto, que era lo que se practicaba en Cataluña antes de la ley de enjuiciamiento civil, tiene todas las ventajas de la patria potestad, sin ninguno de sus inconvenientes.

(1) Tit. de la Instit. de legit. agnat. tut. y sig.

(pp) En el día no son precisamente los agnados los que han de desempeñar la tutela legítima: tambien corresponde á los cognados. La regla es que deben ser tutores legítimos aquellos á quienes correspondierá suceder si el pupilo muriese intestado, segun el principio: *ubi successionis est emolumentum, ibi tutela onus esse debet*.

(2) Mas propiamente pudiera llamarse judicial esta tutela, N. T.

vamos á tratar, entendiéndose que si hubiere agnados ó mas cercanos parientes (*) (qq), que quieran ser tutores, y sean capaces de ello, el juez les discierne la tutela con preferencia á los estraños.

§ 2.º

DE LA TUTELA DATIVA.

¿Qué es tutela dativa?

Tutela dativa es: *La que se dá por el juez ó magistrado á falta de la testamentaria y legitima.*

¿Por quiénes se dán los tutores dativos y á quién?

Pueden nombrar tutores dativos todos los magistrados y jueces ordinarios, por permiso especial de la ley, á aquellos pupilos que no tienen tutor testamentario ó legitimo, y deben estar bajo la potestad del juez que les provee de tutor.

¿Quiénes pueden serlo?

Pueden ser tutores dativos todos aquellos á quienes no se lo prohíbe la ley.

Oficio del tutor dativo.

El oficio del tutor dativo se reduce á lo siguiente:

- 1.º Recibir del juez la administracion que se le confia,
- 2.º Hacer inventario, y no ejecutándolo será removido como sospechoso.
- 3.º Jurar que hará cuanto crea útil al pupilo, y evitar lo inútil ó perjudicial.
- 4.º Dar cuenta de su administracion acabada la tutela. 5.º Prestar caucion.

¿De cuántos modos se acaba la tutela?

La tutela se acaba de nueve modos: 1.º *Por la muerte asi del tutor como del pupilo*, pues todos los derechos personales, como es la tutela, fenecen con la persona.

2.º *Sobreviniendo la pubertad*, á saber, cuando el baron cumpla los 14 años y la hembra los doce; porque en esta edad comienzan á tener razon despejada, y pueden dirigir sus personas y disponer de sus cosas; por lo cual no deben estar sujetos al arbitrio de otros. Sin embargo en Cataluña no procede esto en cuanto á los hijos de los militares, cuya edad pupilar dura hasta los veinte años (1). 3.º *Por la arrogacion*; porque el arrogado pasa á la fami-

(*) Por parte de padre.

(qq) Se ha dicho ya que no son los agnados los que deben ser nombrados tutores cuando no los hay testamentarios, sino los parientes que deberian suceder al pupilo muerto abintestato, mientras sean aptos á juicio del juez.

(1) Usat. Tutores tit. de tudors.

lia y potestad del arrogador, y una misma persona no puede estar á un tiempo bajo tutela y bajo la patria potestad, por cuanto aquella recae en un hombre libre. 4.º *Por la deportacion*; esto es, si el tutor por haber cometido algun delito fuere deportado á una isla, porque la tutela es de derecho civil y no puede recaer sino en un hombre libre y ciudadano romano. 5.º *Por la servidumbre*; porque la tutela no es propia de siervos sino de hombres libres. 6.º *Por el cautiverio*; porque el cautivo no es libre hasta su regreso. 7.º *Por cumplirse la condicion ó el tiempo*; pues la tutela condicional se acaba con el cumplimiento de la condicion, ó el transcurso del tiempo. *Por la capitis-diminucion*; entiéndase que en el pupilo la *capitis-diminucion mínima* hace que acabe toda tutela, por cuanto se constituye sujeto al derecho ajeno, pasando el pupilo por la arrogacion á poder del arrogador; pero en cuanto al tutor sólo la *capitis-diminucion máxima y media* estinguen la tutela. 9.º *Si el tutor fuere removido por el juez*, como sospechoso, ó se escusare con justas causas (1).

Escusacion. Escusacion ó excusa es: *La alegacion justa de una causa legitima por la que uno intenta libertarse ó eximirse de la tutela.*

Sus causas. Las causas de escusarse son diez y seis, á saber: *El número de hijos*, esto es, de tres en la ciudad de Roma, de cuatro en el resto de Italia, y en las provincias esteriore de cinco hijos varones vivos, no siendo justo que el padre abandone á los suyos por cuidar de los estraños (2). Hoy se excusa no sólo de la tutela, sino tambien de otras cargas personales el padre que tiene doce hijos (3). 2.ª *La administracion de las cosas pertenecientes al fisco*, porque el procurador del fisco (llamado tesorero) desempeña un cargo personal y público, no siendo justo que por la tutela se distraiga de la vigilancia que exige dicho empleo. Aquí pueden referirse tambien ó comprenderse las personas que administran las cosas propias ó privadas del Príncipe (4). Los ejecutores de tributos (5), los colonos patrimoniales y los demás á quienes el Príncipe haya encomendado el cuidado ó administracion de alguna cosa (6) (rr). *La ausencia por causa de la república*, lo cual se admite en favor de la misma; cuya utilidad se menoscabaria con el gravámen de la tutela (7). 4.ª *El empleo que tenga anexa dignidad*, por ser

(1) Tit. de la Inst. quib. mod. tutel. finit.

(2) Tit. del Cod. qui num. liber, se excus.

(3) L. 24, Cod. de Decurion. lib 10. L. 5, § 2, ff. de jur. immunit.

(4) L. 41, ff. de excusat.

(5) L. 10, Cod. de excusat.

(6) Tit. del Cod. si tut. vel curat. reip. caus. aberit.

(rr) Los Administradores y Tesoreros de Hacienda pública, de los bienes nacionales y del patrimonio Real.

(7) Titulo del Cod. qui numero tutelar.

esta mas honorífica que la tutela. 5.^a *El litigio del tutor con el pupilo*, esto es, sobre todos los bienes, pues el de menor importancia no excusa; pero en el dia basta cualquiera litis, porque el deudor ni el acreedor pueden ser tutores, como se dijo arriba (ss). 6.^a *El número de tutelas*, por no poder cómodamente ejercer el tutor su ministerio, y así es legítima excusa cuando uno tiene tres tutelas, sin haber solicitado él ninguna, entendiéndose que la tutela de varios hermanos se reputa por una sola (1). 7.^a *La pobreza*, no cualquiera sino la de tal naturaleza que el tutor no tenga lo suficiente para mantenerse y á su familia, manifestando que no puede sobrellevar este gravámen. 8.^a *La enfermedad grave*, pues no pudiendo uno manejar sus negocios, menos podrá cuidar de los ajenos (2). 9.^a *La ignorancia crasa*; v. g. de un rústico que no sepa leer ni escribir y sea al mismo tiempo simple, porque si fuere sagaz aun cuando ignore las letras, no se le admirará la excusa. 10.^a *La malignidad ó malevolencia del testador*, cuando nombra á uno tutor por molestarle con las tareas de este cargo. 11.^a *La enemistad capital*, esto es, la que el tutor tuvo con el padre del pupilo, sucediendo muchas veces que á las enemistades se siga la voluntad ó deseo de dañar. 12.^a *La controversia sobre el estado*, ó el litigio movido sobre la libertad de los pupilos ó sobre quién sea su verdadero padre, porque de esto suelen dimanar enemistades capitales. 13.^a *La edad mayor de setenta años*, porque la ancianidad es como una enfermedad grave incurable, que sirve de excusa á cualquiera (3). 14.^a *La edad menor de veinte y cinco años*, porque seria impropio tener la tutela de otros aquellos que necesitan del auxilio y direccion ajena para administrar sus cosas; bien que estos no se excusan propiamente, sino que tienen por derecho prohibicion de ser tutores, como se ha dicho arriba. 15.^a *La milicia*, porque los militares aun cuando quieran no son admitidos á la tutela, á fin de que el estado no padezca por esto algun detrimento (4). 16.^a *La profesion de las artes liberales*, pues los profesores de ellas no pueden ocuparse en otros negocios. Estas y otras causas de excusa se esplican estensamente en los *Tit. de la Inst. Cod. dig. de excusacion*, donde pueden verse. Adviértase, que la causa de la excusa debe proponerse ó alegarse dentro de cincuenta dias, contados desde el tiempo en que supiere haber sido nombrado tutor (5) (tt).

(ss) Esta excusa, ó mejor incompatibilidad no tiene lugar con los padres y abuelos.

(1) L. un. Cod. qui morb. se excus.

(2) L. 3, ff. de jur. immun. tit. Cod. qui etate se excus.

(3) L. 3, ff. de jur. immun. tit. del cod. qui etate se excus.

(4) § 14. Inst. de excus.

(5) § 16. Instit. de excus.

(tt) Las causas de excusacion de los tutores se comprenden en los siguientes versos:

Excusant nati, fiscus, cum absente, potestas,

Lis et onus curæ, paupertas et valetudo,

Miles, hebes, hostis, doctorque, majorque, minorque.

NOTAS.—1.ª La madre debe pedir dentro de un año que se dé tutor al hijo que no le tenga, y de lo contrario será privada de la sucesion del mismo hijo que la compete por derecho comun, si falleciere impúber, pero no si fuere púber; pues entonces no se la privará de ella (1). Y no basta que dicha madre administre de hecho como tutora, porque de este modo no se cuida suficientemente del pupilo, no pudiendo ella entablar acciones ni ejercer otros actos para los que necesita la tutela. Tambien se priva á la madre por no pedir tutor dentro del año, de la legítima que le compete en los bienes del hijo, pero no de los legados y de la sustitucion fideicomisaria que la hubiere hecho el marido; pues entonces no sucede al pupilo sino al testador (2). Pueden tambien pedir tutor para el pupilo, aunque no tienen obligacion de hacerlo, los cognados, los amigos de los parientes, el acreedor y otros semejantes (3).

2.ª Si la madre fuere tutora de los hijos y pasare á segundas nupcias, pierde la tutela; y la razon es porque la ley no tiene ya en ella confianza (4) (uu).

3.ª La madre que pasá á segundas nupcias sin pedir tutor, es castigada por el derecho mas gravemente; esto es, se la priva no sólo de la sucesion del hijo, sino tambien del derecho de sustitucion que la provenga de parte del hijo, y asimismo de todos los legados y fideicomisos que la haya dejado el marido, y de las donaciones por causa de muerte; á menós que tenga contutor, pues entonces basta este para dar razon de la tutela (5).

4.ª No puede darse tutor, sea testamentario, legítimo ó dativo para cierta y determinada cosa ó causa, porque el tutor se dá á la persona, no á la cosa ó litigio; y la tutela es potestad que se concede á un hombre libre, siendo sólo una consecuencia de ella las cosas y el patrimonio (6).

5.ª Cualquiera de los tutores, cuando estos son varios, tiene el oficio *in solidum*, á no ser que el testador hubiese dispuesto que uno sin otro no pueda hacer cosa alguna; pues en tal caso se ha de observar su voluntad, ó ha de repartirse por el juez la administracion para utilidad del pupilo (7). Además muerto uno de los tutores, aunque sean testamentarios, debe otro sustituirse en su lugar si no bastaren los que quedan.

6.ª La tutela dativa no puede darse sino puramente, porque el nombramiento del tutor hecho por el magistrado es un acto legítimo y este no admite dia ni condicion; á diferencia de la tutela testamentaria, que como se

(1) L. 5. § Si mater, y § pen. ff. ad Tertyll. L. matres Cod. de S. C. Tert.

(2) Canc. Var. 1, cap. 7, n. 53 y sig.

(3) L. 5 y 10. Cod. qui petant tutor.

(4) Anth. Sacramentum Cod. quando mulier. tut. offic.

(uu) Así discurrían los romanos, mucho mejor en nuestro concepto que los que conceden la potestad á la madre, aunque contraiga segundo matrimonio.

(5) L. omnem. 6. Cod. ad Tertyll. L. 1, y auth. Eisdem Cod. de secund. nup.

(6) § 4. Inst. qui testam. tut. dari poss.

(7) L. 3, § 6 y L. 24, ff. de admin. tut. Cod. de divid. tutor.

ha dicho, puede darse bajo condicion desde y hasta cierto tiempo; la razon es porque depende de la voluntad del testador difunto que ha de observarse rigurosamente (1).

7.ª En la tutela la denominacion *hijos* no se estiende á los nietos, al contrario de lo que sucede en materias de últimas voluntades, en que bajo la palabra *hijos* se comprenden los nietos. La razon de esta diferencia es, que en la tutela sólo se atiende al riguroso sentido de las palabras, ó sea el juicio cierto de la voluntad; pero en las últimas voluntades se considera solamente el afecto ó voluntad presunta del testador (2); á no ser que la sustitucion se limite estrechamente á los hijos nombrados, no en comun, sino bajo su propio nombre (3).

El que desee instruirse mas acerca de la tutela, puede recurrir á *Cancercer part. 1.ª cap. 6 y á otros* que tratan difusamente esta materia, bastando lo dicho aquí para nuestro propósito (∇∇).

DE LOS CURADORES.

Acabada la tutela suelen por lo comun nombrarse á los púberes curadores que administren sus negocios, por ser en tal edad frágil y poco seguro el juicio, y por consiguiente espuesto á muchos engaños; por tanto es ahora la ocasion oportuna de decir algo acerca de ellos.

¿Qué es la curaduría? Curaduría es: *potestad concedida á un hombre libre para defender y administrar los negocios y bienes del menor, hasta que él por si pueda hacerlo* (xx).

No se explica esta definicion porque es de suyo bastante clara.

Especies de curaduría. Hay dos especies de curaduría, á saber: *Legítima y dativa*, pues no hay curaduría testamentaria, ó á lo menos

(1) L. 6, § 1, ff. de tut. L. 27, ff de reg. jur.

(2) L. 6 y 15, ff. de testam. tut. L. 84, 201 y 220, ff. de verb. signif.

(3) Canc. Var. 1, cap. 5, n. 54.

(∇∇) El tutor no puede comprar los bienes del pupilo.

Los tutores perciben por razon de su administracion un salario, que consiste en un tanto por ciento señalado por el Juez.

La ley de enjuiciamiento civil ha introducido un nuevo modo de discernir el cargo de tutor *fruto por pension*, desconocido antes en Cataluña.

(xx) El original latino no dice *bienes del menor*, porque no son los menores únicamente los que están bajo el poder de un curador. Debe decir: *los negocios y bienes de los menores y de las personas que no pueden administrarlos por si mismos.*

directa. *Legítima*, es la que compete á los agnados y cognados de los adultos, segun el órden de suceder, respecto de los menores, furiosos ó pródigos (1). *Datiza*, es aquella que se dá por el juez ordinario, que regularmente nombra todos los curadores, como se dijo arriba de la tutela legítima (2).

NOTA.—Propiamente no se dá curador en el testamento, porque los púberes á quienes se dá curador, pueden, si quieren, administrar y gobernar sus cosas; pero si el padre ó la madre les diese curador, el juez le confirma sin previa inquisicion (3) (yy).

¿Qué es curador? Curador es: *Aquel que se dá por el juez ó por la ley á los púberes, á veces contra su voluntad, como tambien á algunos mayores de veinte y cinco años, para alguna causa, cosa, mujer embarazada, ó para los bienes de un ausente, indefensos, y obras públicas; debiendo á veces dichos curadores dar fiador y en todos casos caucion juratoria.*

Esplicacion. *Aquel* y no *aquella*, porque la mujer no puede ser curadora, á menos que sea madre ó abuela, por cuanto las mujeres están escluidas de los oficios públicos entre los que se cuenta la curadoría, como se dijo arriba tratando de la tutela (zz). *Que se dá por el juez, ó por la ley*, pues todos los curadores son dados por el juez, excepto al furioso y pródigo á quienes se los dá la ley. *Á los púberes*, porque regularmente se dan los curadores á los adultos, esto es, á los varones mayores de catorce años, y á las hembras de doce, y á entrambos hasta los veinte y cinco años. *Á veces tambien los pupilos reciben curador*, por ejemplo, si el tutor no fuere idóneo ó se escusare á cierto tiempo (4). *Á veces contra su voluntad*; pues el cu-

(1) § 3, Inst. de curat.

(2) Inst. de curat. § 1.

(3) § 1, Inst. de curat.

(yy) En Cataluña antes de la ley de enjuiciamiento civil puede decirse que existian curadores testamentarios, porque el curador nombrado por el padre en el testamento ejercia el cargo sin necesidad de discernimiento ni prestacion de fianza. La Constitucion 1.^a tit. 4 lib. 5 lo dispone únicamente respecto á los tutores, pero se le habia dado una interpretacion estensiva, apoyada en el principio *ubi eadem est ratio, eadem oportet esse juris dispositio*, á fin de evitar gastos y dilaciones, que era el objeto constante de nuestro derecho municipal.

(zz) La curadoría no es un oficio público, como dice el autor, sino un cargo público. Se diferencian los oficios públicos de los cargos públicos en que los primeros son voluntarios y nadie está obligado á aceptarlos, y los segundos son necesarios y no pueden renunciarse sin causa legítima: los oficios públicos confieren dignidad, y no los cargos públicos; por fin los oficios públicos dan derecho á sueldo ó emolumentos bastantes para la subsistencia del que los desempeña, pero no los cargos públicos. Es oficio público el de Juez, Fiscal, Escribano, Notario: los que ejercen estos oficios se llaman oficiales públicos ó funcionarios públicos. Es cierto no obstante que las mujeres están escluidas no sólo de los oficios públicos, sino tambien de los cargos públicos, y que por esto no pueden ser curadoras.

(4) § 5, Inst. de eur.

rador se dá al púber para pleitos, aun cuando no quiera, para evitar que el juicio sea ilusorio (1); y tambien cuando el deudor quiere pagar al menor (2), para seguridad de aquel (3). Como tambien á algunos mayores de veinte y cinco años; pues no sólo se da el curador á los púberes menores sino tambien á algunos mayores, como son: el furioso, demente, sordo-mudo, pródigo, y el que padece alguna enfermedad habitual (4). Para alguna cosa, pues si el púber tiene algun litigio con su curador, ó el pupilo con su tutor, se le daba en el antiguo otro tutor; pero en el dia se nombra un curador en su lugar, el cual deja de serlo acabado el juicio (5); bien que si hubiere varios tutores, uno de ellos puede seguir el pleito con el otro sin necesidad de curador (6), ó cosa, porque puede darse el curador no sólo generalmente para todas las cosas, sino tambien especialmente para una determinada, á diferencia del tutor, porque este se da á la persona, y aquel á las cosas (7). Ó para mujer embarazada, esto es, cuando lo está realmente ó dice estarlo, á fin de que no disipe los bienes del marido, ó mas propiamente del hijo que tiene en el vientre (8). Ó para los bienes de un ausente indefenso, porque cuando alguno está ausente y debe á otro le hace este citar, y no compareciendo, el juez le designa curador, con justa causa, para que esté á juicio por el ausente (9). Ó para las obras públicas; porque cuando se hace alguna obra pública se dá acerca de ella curador que solicite y procure que se lleve á debido efecto. Debiendo á veces dichos curadores dar fiador; porque todo curador general está obligado á presentar fiador de que dará cuenta de su administracion. Y en todos casos caucion juratoria; es decir, que todo curador debe jurar que hará cuanto sea útil al pupilo y omitirá lo inútil (10). Acerca de la diversidad y oficio de los curadores, véase la L. 48, ff. de adm. et per. tut.

¿Quiénes pueden dar curadores? Pueden dar ó nombrar curadores todos los magistrados ó jueces ordinarios que tienen jurisdiccion sobre el adulto (a); y si el padre ó la madre diere curador en el testamento á su

(1) § 2, Inst. de cur. L. 2. Cod. qui leg. pers. stan. in jud. C. 54, ff. de reg. jur.

(2) L. 7, § 2, ff. de minor.

(3) § 2 y 3. Inst. quib. alien. lic.

(4) Inst. de curat. § 3 y 4.

(5) § 3, Inst. auct. tutor.

(6) L. 24, ff. de testam. tutel. L. 1, Cod. de in lit. dand. tut.

(7) § 4, Inst. qui test. tut. dar. poss. § 2, Inst. de curat.

(8) L. 20, ff. de tutor. et curat. dat. L. 1, § 17 y sig. L. 5, § 1, ff. de ventr. in poss. mitt.

(9) L. 13, ff. de negot. gest. L. 1, ff. de mun. et hon. L. 22, § 1, ff. de reb. auth. jud. poss. L. 1, y todo el título ff. de curat. bon. dand.

(10) Auth. Quod nunc Cod. de curat. furios.

(a) Tambien puede nombrar curador el juez del lugar en donde están sitos los bienes del adulto ó su mayor parte, porque el curador se dá primariamente á la persona y secundariamente á los bienes.

hijo impúber, el juez debe confirmarlo sin inquisición ó conocimiento de causa (1).

¿A quiénes puede darse curador? Puede darse curador á los púberes, no sólo varones, sino también hembras, hasta los veinte y cinco años cumplidos, y asimismo á los mayores, como el furioso, que no puede manejar sus cosas por faltarle la voluntad y el sentimiento. También se dá curador al pródigo, pues aunque no le falte cierto consentimiento, ó voluntad, suele compararse al furioso en cuanto á los bienes que adquiere: asimismo se dá al demente, al sordo-mudo, y al que padece enfermedad habitual, porque no puede administrar las cosas (2). También se dá al pupilo en los casos que espresa el § 5, *De la Instit. de Curat.*

¿Quiénes pueden ser curadores? Pueden ser curadores aquellos que pueden ser tutores dativos; de donde se sigue que la mujer, como no sea madre ó abuela, el furioso, el demente, el mudo, el sordo, el pródigo, el menor y otros que tienen algun obstáculo por derecho, no pueden ser curadores. Tampoco puede el marido ser curador de su mujer, para evitar que por sobrada indulgencia con ella administre mal los bienes que ha recibido (3) (b).

¿Cómo se acaba la curaduría? Se acaba la curaduría cesando la causa por que fue dada, á saber, si para algun pleito, acabado este; si para cierta cosa, concluida esta; y así de las demás. Si fuere general el curador, se acaba la curaduría de los propios modos que se ha dicho de la tutela.

¿Por cuáles causas se escusa el curador? El curador se escusa de la curaduría por las mismas causas que sirven de escusa al tutor, como se dijo en el título precedente. También se ha de alegar la causa del curador dentro de cincuenta dias, siendo de advertir que el que tuvo la tutela de alguno, no está obligado á ser curador (4).

Oficio del curador general. El oficio del curador general se reduce á lo siguiente:
1.º Debe hacer inventario de los bienes del adulto, y de

(1) § 1, *Inst. de curat. Leg. un. cod. ubi petant. tut.*

(2) Todo el tit. de la *inst. de cur.*

(3) L. 14, ff. de *cur. fuio.* § 19, *Inst. de escus. tut.*

(b) En Cataluña no se observa la ley 7.ª tit. 2 lib. 10 de la *Nov. Recop.* por ser anterior al Decreto de nueva planta. Así es que los bienes de los casados continúan siendo administrados por sus curadores si los tenían: el marido aunque tenga mas de 18 años debe contratar con consentimiento de sus curadores, y la mujer en cuanto á sus bienes parafernales contrata por sí sola si no tiene curadores, y si los tiene, con consentimiento de sus curadores y no del marido.

(4) § 13, *Inst. de escus. tut.*

lo contrario se le removerá como sospechoso. 2.º Ha de prometer y jurar que hará cuanto sea útil al adulto y omitirá las cosas inútiles. 3.º Dará cuenta de su administracion acabada la contaduría. 4.º Debe dar fiadores abonados, si se nombrare sin inquisicion ó conocimiento de causa (1) (c).

¿En qué se diferencian el tutor y el curador? El tutor y el curador se diferencian en cinco cosas: 1.ª El tutor se da solamente al impúber, y el curador al púber, escepto cuando el pupilo intenta tener litigio con su tutor, ó cuando este es infame, ó cuando se da por cierto tiempo, y en otros casos; pues entonces tambien se da curador al impúber (2). 2.ª El tutor se da en testamento ó cualquiera última voluntad; pero el curador, si fuere dado por el padre en testamento, debe ser confirmado por el juez. 3.ª El tutor no puede darse para cierta cosa ó causa, y al contrario el curador; porque aquel se da, principalmente á la persona, aunque por consecuencia ó secundariamente se dé tambien para las cosas; á diferencia del curador que se da para estas. 4.ª El tutor se da al púber (d), aun contra su voluntad; pero no el curador, escepto para pleitos (e). 5.ª El tutor puede

(1) Tit. Inst. ff. et cod. de suspect. tut. et curat. et de satisfat. tut. vel curat.

(c) Pero el testador puede relevarle de fianzas.

(2) § 5, Inst. de curat.

(d) Debe decir al impúber.

(e) Este principio de que el curador no se da al púber contra su voluntad sino para pleitos necesita alguna aclaracion, no sólo con respecto al derecho romano, sino á su aplicacion en Cataluña. Los romanos establecieron el principio: *puberi invito non datur curator nisi ad lites*; pero, como en muchas otras cosas, encontraron el medio de falsearlo. Segun ellos la tutela no cesaba hasta que se encargase de la administracion un curador; de consiguiente el impúber que tenia tutor al llegar á la pubertad seguia bajo la potestad del tutor, y para librarse de ella, respecto á que es mas duro estar bajo el poder de un tutor que de un curador, no encontraba otro medio que acudir al Juez y pedir se le nombrase curador; el pueblo romano sostenia con orgullo que el principio *puberi invito non datur curator* no se infringia, porque en realidad no se daba curador sino á los que lo solicitaban, y si bien esto era verdad, tambien lo era que se ponía á todos en la precision de pedirlo.

En Cataluña se observa rigurosamente el principio *puberi invito non datur curator*, pero no se falsea, porque se ha derogado por costumbre antigua la regla de que la tutela no cesa hasta que esté nombrado un curador. Los nombramientos de tutores que hacen los padres á sus hijos impúberes en Cataluña se verifican con la denominacion de tutores y curadores, y al llegar el pupilo á la pubertad el tutor se convierte en curador. En este momento, es decir cuando el menor deja de estar en tutela y debe empezar para él la curaduría, puede hacer uso del principio romano *puberi invito non datur curator* diciendo que no quiere curador. Sin embargo nosotros no hemos visto que nadie lo hiciese en semejantes circunstancias, porque como la curaduría es en este país una continuacion de la tutela, deberia verificarlo en el mismo instante en que llega á la pubertad, otramte ha aceptado la curaduría y no puede desecharla, y el dia en que un varon cumple los 14 años ó una niña cumple los 12 no se halla en estado de comprender estos derechos.

Pero el principio *puberi invito non datur curator* se aplica en Cataluña de una manera muy provechosa respecto á los que se encuentran ya en la edad de pubertad al morir sus padres. Entonces es cuando pueden usar y usan generalmente de la facultad que les da la

ser testamentario, legítimo, ó dativo ; pero el curador sólo es dativo á menos que se dé al furioso y pródigo, pues entonces es legítimo.

NOTAS.—1.^a En Cataluña no se da curador á los hijos de los militares sino para pleitos (f), salvo cuando son pródigos, dementes, etc. (1). La razon es porque estos despues de su edad pupilar, esto es, á los veinte años se reputan por mayores.

2.^a El curador sólo puede darse puramente, y no á cierto dia ni bajo condicion ; porque es un acto legítimo.

NOTA.—Segun el orden que se observa en la práctica, convendria aquí tratar de la cláusula final ó codicilar y revocatoria, como tambien de aquellos que pueden ser testigos en el testamento ; pero habiéndose dicho lo bastante de uno y otro en el principio de esta segunda parte, se omite en este lugar.

ley para no querer curador. No obstante cuando el curador ha sido nombrado por el padre ó la madre, el hijo lo acepta siempre por respeto, y no hemos visto ningun ejemplo en contrario. Pero cuando el menor queda sin padres á la edad de pubertad sin tener curador nombrado en testamento, puede pedir al Juez curador dativo, ó bien acogiendo al principio *puberi invito non datur curator*, administrar por sí mismo sus bienes y estar sin curador, que es lo que generalmente se practica por ser mas ventajoso. Los contratos de los púberes que no tienen curador se reciben sin dificultad por los Notarios, expresando en el próemio que el otorgante no tiene curador, ni quiere tenerlo, y renunciando al beneficio de menor edad con juramento, y estos contratos en virtud de la auténtica de Federico *Sacramenta puberum* producen el mismo efecto que si el otorgante fuese mayor de edad, y el menor no puede oponer la restitucion *in integrum* sino en los casos en que podria hacerlo nn mayor, esto es por lesion enorme. Antes de la ley de enjuiciamiento civil se admitían hasta las ventas de cosas inmuebles hechas sin solemnidades por púberes que no tenían curador, pero con la renuncia del beneficio de menor edad, fundándose en que la auténtica *Sacramenta puberum* no distingue las clases de contratos y por consiguiente los comprende á todos. Hoy dia, en virtud de la ley de enjuiciamiento civil, para la enajenacion de inmuebles y alhajas de menores é incapacitados es necesaria la licencia judicial y la subasta pública.

(f) Debe decir, *ni aun para pleitos*, porque hasta los veinte años les representa el tutor, y cumplida dicha edad se reputan mayores. Los hijos de los nobles están comprendidos en esta disposicion, pues para ellos se hizo: la milicia era en aquel tiempo la nobleza.

(1) Canc. Var. 1, cap. 7, n. 12.

TITULO 11.º

DEL INVENTARIO.

Estando mandado y prevenido á aquellos que tienen administracion de cosas ajenas, tutela ó curaduría, el hacer cuanto antes inventario de los bienes para evitar perjuicios y toda sospecha de fraude; el buen orden exige que tratemos de él en este lugar.

¿Qué es inven- INVENTARIO es : *Una descripcion de todos los bienes hecha tario? públicamente por el tutor, curador ó heredero , concurriendo á ella la debida solemnidad de derecho.*

Explicacion. *Descripcion de todos los bienes ; pues todos los que se encuentran en la herencia, ya sean propios del mismo difunto , ya ajenos, deben sentarse en el inventario. Hecha públicamente ; porque todos los bienes deben anotarse en el inventario por una persona pública, esto es, el escribano. Por el tutor ; pues este sea testamentario, legitimo ó dativo, está obligado á hacer inventario. Curador ; pues el curador á veces debe tambien hacer inventario, esto es, cuando es general para los negocios , ó cuando se nombra para los bienes del menor ausente, ó indefensos, ó bien para una mujer embarazada. Ó heredero ; porque este está obligado á hacer inventario en dos casos, á saber, cuando se le ha rogado que restituya á otro la herencia, y cuando quiera gozar de los beneficios concedidos á los que hacen inventario. Concurriendo á ella la debida solemnidad de derecho ; pues en el inventario deben ponerse por derecho comun muchas solemnidades.*

¿Cuántos artícu- El inventario contiene tres artículos : 1.º La cabeza ó los contiene el in- introducción. 2.º La descripcion de los bienes. 3.º La ventario? cláusula final (g).

(g) Los beneficios que produce el inventario son los siguientes: impide la confusion del patrimonio del heredero con el patrimonio del difunto, por lo cual el heredero no está obligado á pagar las deudas del difunto sino hasta donde alcancen los bienes hereditarios, al contrario de lo que se verifica si el heredero no toma inventario, en cuyo caso está obligado á pagarlas hasta con sus propios bienes: el heredero puede pagarse á sí mismo lo que acredite del difunto: si no hay numerario bastante para satisfacer á un acreedor, puede darle otra cosa en pago aunque el acreedor no consienta: si alguna cosa comprendida en el inventario perece por caso fortuito, no perece para el heredero, sino para el acreedor.

Todo heredero puede hacer inventario para disfrutar de dichos beneficios; però hay herederos y otra clase de personas que deben hacerlo por obligacion, y son las que espresa el autor en el siguiente apartado.

¿Quiénes están obligados á hacerle? Por necesidad tienen que hacer inventario: 1.º El tutor sea testamentario, legitimo ó dativo (1), bien que el testador puede dispensarle de ello, sin que esta dispensa le exima de dar razon de todos los bienes que llegaron á sus manos, ó de los que dejó de poseer con dolo, porque este no se disculpa con tal dispensa, sino sólo el descuido ó negligencia, aun cuando el testador hubiere dispuesto espresamente que no sea responsable del dolo; por cuanto esto seria dar márgen á delinquir (2). 2.º El curador nombrado para una mujer embarazada, ó el general para negocio ó para bienes de un menor, ausente é indefenso (3) (h). 3.º El heredero encargado de restituir la herencia á otro ó el que quiere conseguir los beneficios del inventario (4) (i). 4.º La viuda para conservar sus derechos y en razon de la dote que le compete, segun previene la constitucion de Cataluña que empieza *Hac nostra*. 5.º El prelado de la iglesia de los bienes encontrados en ella, y especialmente de los muebles; porque es procurador de las cosas de ella: y administrador perpetuo, por derecho, y como tutor (5). 6.º Todos los que tienen alguna administracion (6) (j).

¿De qué cosas? Debe hacerse el inventario de todos los bienes, muebles ó inmuebles, dinero, alhajas de oro ó plata, créditos, derechos, acciones y todas las demás cosas que se hallaren en la herencia del difunto, así las propias de él como las ajenas, á fin de que nada pueda ocultarse ó perderse (7).

(1) Leg. 7. 57, ff. de adm. et peric. tut.

(2) Canc. Var. 1, cap 7, desde el n. 85.

(3) L. 24, cod. de adm. tut. et curat. L. fin. cod. arb. tut.

(h) Y el de un loco, demente, sordo-mudo ó pródigo.

(4) L. fin. cod. de jur. deliber.

(i) El heredero fiduciario es el único que tiene obligacion de tomar inventario. Los demás herederos lo toman si quieren disfrutar de sus beneficios.

(5) Canc. si privatum 28, Canc. quæst. 1 Vallens en el tit. de las Decret. de reb. Ecl. n. 2. Engel. alli n. 2. L. 52, Cod. de Episc. et cler.

(6) L. 52, Cod. de Episc. et cler. Escobar de ratiocin. cap. 9, Canc. Var. 2, cap. 2.

(j) Tienen tambien obligacion de tomar inventario los albaceas universales, los usufructuarios y el padre que ade una herencia por el hijo.

La ley hipotecaria ha hecho necesarios en ciertos casos los inventarios de bienes inmuebles y derechos reales. Cuando un heredero no tiene inscrita la herencia, para conseguir su inscripcion debe presentar al Registrador el testamento acompañado de un inventario de los bienes inmuebles y derechos reales, en el cual se describan estos con sus lindes y cargas y con los demás requisitos prevenidos en la ley hipotecaria. En estos casos si el heredero no es fiduciario y no quiere gozar de los beneficios concedidos á los que hacen inventario, no describe todos los bienes, sino que se limita á los inmuebles y derechos reales, prescindiendo de los muebles, alhajas y créditos personales. Una vez verificada la primera inscripcion en los registros nuevos no serán necesarios estos inventarios, y bastará que el heredero presente el testamento con una solicitud dirigida al Registrador para que inscriba en nombre de dicho heredero todos los bienes y derechos reales que estaban inscritos en nombre del testador, señalando los tomos y fóllos en que se inscribieron.

(7) L. 24, Cod. de adm. tut.

¿Qué solemnidades se requieren en él?

En la formacion del inventario se requieren por derecho comun varias solemnidades, á saber: presencia del juez, notificacion de los acreedores, legatarios y fideicomisarios; aunque en la provincia de Cataluña basta que se haga el inventario á presencia del escribano y testigos segun la práctica comun, no obstante la constitucion citada al pié (1).

Dentro de qué tiempo ha de hacerse?

Debe hacerse el inventario por el tutor y curador, lo mas pronto que le sea posible, y antes de formarle no pueden administrar, so pena de ser removidos como sospechosos (2). El heredero ha de empezarlo dentro de treinta dias, y concluirle dentro de otros sesenta mas, cuyo tiempo empieza á correr desde el dia en que se acepta la herencia (3). La viuda debe hacerle en el principado de Cataluña dentro de dos meses despues de la muerte del marido, empezándole dentro de un mes, y acabándole en el otro, segun la citada constitucion de Cataluña *hac nostrá*. Bastará sin embargo que le acabe dentro de los dos meses aunque no lo empiece dentro del primero; lo cual tiene tambien lugar en el heredero, siempre que dentro de los tres meses concluya su inventario (4).

NOTAS.— 1.^a El tutor ó curador que no haga inventario puede ser removido como sospechoso, é incurre además en la pena de perder el legado que le hubiere dejado el testador, ó el crédito si alguno tuviere en los bienes del pupilo; porque el tutor ó curador que no hace inventario es tenido por doloso y por presuncion de derecho se le considera pagado.

2.^a El heredero que no hace inventario está obligado respecto de los acreedores y legatarios aun en mas de lo que importa la herencia, por cuanto se presume con presuncion *juris et de jure* que era suficiente la herencia para pagar, y que el no serlo ya, consiste en haber ocultado ó robado el heredero algo de ella; y así quiere la ley que este obligado con sus propios bienes é *insolidum* (5). Tambien pierde la trebeliánica y la falcidia especialmente en el principado de Cataluña por cierta constitucion (6), donde se previene lo mismo acerca de los hijos.

3.^a En virtud de otra constitucion (7) la viuda que no hace el inventario dentro de dichos dos meses, queda privada de la manutencion y vestido que le han de dar los herederos del marido en el año de luto; y asimismo se

- (1) Canc. Var. 3, cap. 2, n. 66, Const. 1, lib. 6, título 7, de invent. fah.
- (2) L. fin. Cod. arbit. tut. Const. 1, lib. 5, tit. 4, de tudors.
- (3) L. fin. Cod. de jur. deliber. tit. 1, lib. 5, tit. 4, de tut. fidei.
- (4) Canc. Var. 3, cap. 2, desde el n. 15.
- (5) L. fin. Cod. de jur. deliber. tit. 1, lib. 5, tit. 4, de tut. fidei.
- (6) Const. 28. per evitar curiar, año de 1599.
- (7) Const. hac. nostrá, que es la prim. del L. 5, tit. 3, dissolt lo matrim.

priva de la utilidad de hacer suyos los frutos de los bienes del marido despues del año de luto, aunque en las capitulaciones matrimoniales se haya espresado que le pertenezcan, debe notarse que dichos dos meses para hacer el inventario empiezan á correr para la viuda despues de nueve dias de como supiere la muerte del marido, y tambien que si fuere menor, la compete la restitution *in integrum* para hacer el inventario, y entonces evita las penas de dicha constitucion. Sobre esto véase á *Cancer* (1), pero si al tiempo de la formacion del inventario se lo impidiese el heredero ú otro, hará que el escribano otorgue de ello instrumento con protesta, en que consten sus diligencias, y así gozará de dicho privilegio, porque entonces no debe ser responsable de que no se haya hecho el inventario (2).

4.ª De ningun modo debe dejar dispuesto el marido cuando nombre tutora á la mujer, que en la formacion del inventario use del nombre de tal tutora, porque le seria muy perjudicial en razon de que abdicaria el derecho de hacer suyos los frutos en virtud de la tenuta, y otros derechos que la competen en los bienes del marido, á no ser que proteste espresamente que no quiere ser perjudicada en ellos; sobre lo cual véase lo que dice con extension *Cancer* (3) (1).

TÍTULO 12.º

DE LA ACEPTACION Y REPUDIACION DE LA HERENCIA. (m)

El que quiere ó no ser heredero, si es persona estraña al testador, esto es, no sujeta á la potestad de este, acepta ó repudia la herencia; pero si fuere suyo, es decir, hijo del testador constituido bajo la patria potestad, se mezcla en la he-

(1) *Canc. Var. 1, cap. 9, n. 26 y 30.*

(2) *Canc. Var. 1, cap. 9, n. 31.*

(3) *Canc. Var. 1, cap. 9, n. 43 y siguientes.*

(1) En las primeras líneas de este apartado el traductor ha desfigurado el sentido del original. Es completamente errónea la traduccion «De ningun modo debe dejar dispuesto el marido cuando nombre tutora á la mujer.» La obra latina de Gibert dice: *Nullatenus consulendum est uxori à viro suo in tutricem assignatæ* cuya traduccion literal es la siguiente: «De ninguna manera se ha de aconsejar á la mujer nombrada tutora por el marido.» Ahora sigue «que en la formacion del inventario etc.» Rectificada así la cláusula aparece clara y tiene un buen sentido; al paso que con la traduccion del Sr. Tapia se suponía una cosa que no es cierta, ni parece natural, esto es que el marido en el testamento dicta reglas á su mujer acerca de la manera como debe hacer el inventario.

(m) La obra original de Gibert dice: «*De aditione et repudiatione hereditatis.*» El traductor, no sólo en el epígrafe, sino en todo el contesto del titulo traduce *aditione* por «*acceptacion*». Hubiera sido mas propio decir «*adicion de la herencia*» que es el verdadero nombre juridico admitido en el foro.

rencia ó se abstiene de ello: por tanto corresponde tratar aquí de la aceptación y repudiación.

Aceptación y repudiación.

ACEPTACION de la herencia es: *Cierto acto declarado ó manifestado con la voluntad solamente.* Repudiar es: *no querer aceptar la herencia transmitida por un extraño*; así que el aceptar y repudiar pertenece á un heredero extraño; pero si el que quiere ser heredero fuere de los hijos y estuviere bajo la potestad del testador, se dice que se mezcla en la herencia; y si no quisiere ser heredero, no se dice que repudia sino que se abstiene de aquella; porque estas palabras son mas adecuadas para denotar que la herencia del padre ya era propia en cierto modo de los hijos (1) (n).

¿De cuántos modos se hace uno heredero? Se hace uno heredero de dos modos, á saber: ó aceptando la herencia, ó haciendo gestiones de heredero.

Aceptar la herencia es declarar ó decir claramente que uno quiere ser heredero. *Hacer gestiones de heredero* es usar ó tratar las cosas hereditarias como suyas, esto es, cuando uno sabe no sólo que es heredero, sino tambien que aquellas cosas son de la herencia (2) (ñ).

NOTAS.—1.º Por derecho comun la herencia una vez aceptada no puede repudiarse, y por lo contrario una vez repudiada no puede aceptarse, á menos que el heredero sea menor de veinte y cinco años; pues entonces se vale del beneficio de la restitucion *in integrum*, la cual compete al menor aun en las cosas lucrativas (3). Sin embargo los vecinos y habitantes en la ciudad de Barcelona pueden repudiar la herencia aceptada, pero sin disminucion de ella, á no ser que tenga justa causa de retencion (4).

2.º En Cataluña el hijo de familias puede aceptar la herencia sin consentimiento del padre, porque aceptar no es contratar propiamente sino cuasi contratar. Tambien puede repudiar la donacion que le fuere hecha; pues aunque por las constituciones (5) el hijo de familias no puede hacer contra-

(1) § 2. Inst. de hered. qual. et diff.

(n) El hijo se considera heredero desde la muerte del padre sin necesidad de mezclarse espresa ni tácitamente en la herencia, á no ser que manifieste su voluntad de abstenerse de ella. De aqui es que los hijos transmiten la herencia á sus herederos, aunque no hayan hecho ningun acto demostrativo de aceptarla.

(2) § 6. Inst. de hered. qual. et diff.

(ñ) El que hace gestiones de heredero, por ejemplo cultivando los campos, exigiendo los créditos, se considera haber aceptado la herencia, á no ser que lo hubiese hecho con motivo de piedad para que no se perdiesen ó deteriorasen los bienes, en cuyo caso será tenido por un gestor de negocios.

(3) § 5. Inst. de hered. qual. et diff.

(4) Cap. 3. tit. 13, Consuet. Barc. recogn. proc.

(5) Const. Catal. 1 y 2. lib. 2, tit. 11, de menors de 25 anys.

to alguno obligatorio sin consentimiento espreso del padre; sin embargo por la repudiacion á nada se obliga ni sufre perjuicio alguno, puesto que antes ningun derecho tenia (1); pero debe advertirse que si fuere perjudicado en la repudiacion, por serle útil la donacion, puede implorar el beneficio de la restitucion *in integrum*, puesto que esta se concede á los menores aun en las cosas lucrativas, como poco há se dijo (2).

3.^a Si alguno fuere instituido heredero y repudiare la herencia no habiendo sustituto ó pariente (o), se invalida todo el testamento y nada vale de cuanto en él se halla escrito; pero en la ciudad de Barcelona, aunque no se acepte la herencia testamentaria, ó ya aceptada se repudie, vale todo lo demás que ha dispuesto el difunto (3).

4.^a Por derecho el heredero tiene para aceptar la herencia todo el tiempo que quiera hasta que la repudie; pero si hubiere quien inste para que declare su ánimo, v. g. acreedores, sustitutos, legatarios, etc., se le da cierto tiempo para que delibere si acepta ó repudia la herencia, y el juez es quien da este plazo que debe ser moderado segun las circunstancias (4). El emperador Justiniano estableció que en este tiempo, si hubiere de darse por el juez, sea de nueve meses, y si por el príncipe, de un año (5). Si dentro de este tiempo no aceptare el heredero, se tendrá por repudiada la herencia (p).

5.^a El infante no puede aceptar sin autoridad del tutor, ni el furioso sin la del curador; porque estos carecen de ánimo y voluntad para deliberar (6).

6.^a No puede aceptarse, repudiarse, mezclarse, ó abstenerse de la herencia por medio de procurador, porque estos son actos legítimos (7); sin embargo las costumbres del día desechan estas escrupulosidades del derecho civil.

(1) Canc. Var. 2, cap. 1, n. 81 y 128.

(2) L. 7. § 6 y 7 ff. de min.

(o) En vez de la palabra «ó pariente» debe decir «ó conjunto» advirtiéndose que no significa conjunto por parentesco, sino conjunto en la herencia.

(3) Pragm. 1, lib. 6, tit. 1, de testam. en el tom. 2, vers. *statuimus etiam* Canc. Var. 1, cap. 4, n. 67.

(4) L. 9, Cod. de jur. deliber.

(5) L. ult. § 3 y sig. Cod. de jur. deliber.

(p) Esto es lo que se llama derecho de deliberar, que es trasmisible segun Canc. de manera que si el heredero extraño muere antes de haber adido la herencia, no trasmite á sus herederos la herencia, pero les trasmite el derecho de deliberar.

Quando nadie insta para que se señale tiempo al heredero podrá deliberar durante el tiempo de la prescripcion, esto es 30 años, y trascurridos estos sin aceptar la herencia se tendrá por repudiada.

Mientras el heredero está deliberando le es permitido examinar los documentos, recorrer las fincas é indagar su estado y sus condiciones, y si un hijo quiere usar de este derecho debe recibir alimentos de los bienes hereditarios.

(6) L. ult. § 3 y sig. Cod. de Jur. jur. L. 49 ff. de adquir. hered. L. 9, § 3. ff. ad auth. tut. § 1. Inst. del mismo tit. L. 5 y 18. Cod. de jur. deliber.

(7) L. 90, ff. de adquir. hered.

7.^a La aceptación y repudiación de la herencia sólo puede hacerse puramente y por el todo, no á cierto día, por partes, ó bajo condicion, porque es acto legitimo (1) (α).

APÉNDICE.

DE LAS SUCESIONES ABINTESTATO.

De dos modos se adquiere ó se transmite la herencia: 1.^o Por el hombre, esto es, en testamento. 2.^o Por la ley ó abintestato (2): siguese de aquí que hay unos herederos testamentarios, y otros legitimos; pero como nunca hay heredero abintestato mientras pueda haber lugar el testamentario (3), por eso se ha tratado antes de la sucesion testamentaria; y ahora resta que tratemos de las sucesiones abintestato, *segun el § fin. de la Instit. per quas pers.*

Se dice que fallece intestado el que ó no hizo testamento, ó no lo hizo segun derecho, ó el que hizo se rompió ó anuló, ó bien si por él no existiere heredero alguno (4). Tres son las clases de los sucesores abintestato, *segun la Novela 118 de Justiniano*, la cual no está derogada por nuestro derecho municipal, á saber: *Descendientes, Ascendientes y Colaterales* (r).

(1) L. 51, § 2. ff. de adq. vel omitt. hered. L. 77, ff. de reg. jur.

(α) La adición de la herencia hecha por una parte vale por el todo.

No debe confundirse la adición de la herencia con la posesion de la misma. Por la adición el heredero se hace dueño, no poseedor, de manera que puede uno haber adido la herencia y no estar en posesion de ella. La posesion consiste en el acto material de haberse apoderado de las cosas hereditarias.

La adición de la herencia es un cuasi contrato por medio del cual el heredero queda obligado á pagar los legados.

(2) L. 1 y sig. ff. de hered. petit.

(3) L. 39, ff. de adq. hered. L. 89, ff. de reg. jur.

(4) Princip. del tit. de la Inst. de hered. quæ abintest.

(r) El orden de suceder ordenado por Justiniano en la Novela 118 ha sido admitido generalmente en todos los países, salvas ligeras modificaciones, porque está conforme con las reglas de la naturaleza. Se funda en el amor: Justiniano concedió la herencia á aquellos parientes á quienes se presume que el difunto amó mas en su vida, y como el amor del padre hácia el hijo es el mas intenso y mucho mayor que el del hijo al padre, y este mas que el que existe entre los colaterales, por esto señaló el emperador Justiniano los tres órdenes mencionados de sucesion.

En la sucesion abintestato se cuentan los grados segun el derecho civil.

DE LA SUCESION DE LOS DESCENDIENTES.

Son llamados á la sucesion abintestato en primer lugar, y antes que todos, los hijos ó descendientes, sin diferencia alguna entre varones y hembras, tanto de primero, como de segundo ó posteriores grados. Si sólo hubiere hijos, sucederán todos igualmente; pero si hubiere hijos y nietos, estos sucederán en *estirpes*, y aquellos en *cabezas*; esto es, los nietos procedentes de uno de los hijos percibirán tanto como hubiera percibido su padre si viviese; lo cual se divide igualmente entre dichos nietos (1). Cada uno de los demás hijos llevará una parte igual á la de los demás. Si sólo hubiere nietos de varios hijos, la herencia se dividirá en tantas partes cuantos eran estos, y cada parte se repartirá igualmente entre todos los nietos de aquel hijo ó hija; pues en esta sucesion no se hace diferencia de sexos, como ya se ha dicho (s).

NOTAS. — 1.^a En Cataluña si el hijo ó hija entrare en religion, sin la voluntad del padre, se le priva no sólo de la herencia, sino tambien de su legitima (2).

2.^a Segun otra constitucion de Cataluña (3), se priva de la sucesion paterna y materna al hijo ó hija menor de veinte y cinco años que se casa sin consentimiento del padre, curadores ó parientes, lo cual se estableció por evitar los matrimonios desiguales ó indecorosos. Acerca de la inteligencia y validez de dichas constituciones véase á *Cancer* (4) (*) (t).

(1) § 6. Inst. de hered. que ab intest.

(s) Cuando hay hijos de dos matrimonios cada cual sucede á su padre ó madre respectivo, y al padre comun le suceden todos.

Los descendientes suceden mientras los haya, es decir hasta lo infinito.

(2) Const. 1. L. 1, tit. 6, dels qui entran en religió etc. vol. 2.

(3) Const. 2 y 3, lib. 5, tit. 1, desposalles y matrimonis: y Const. 1. lib. 5, del mismo tit. vol. 2.

(4) Canc. Var. 1, cap. 24, n. 3 y sig. Part. 3, cap. 11, n. 1 y en otros lugares.

(*) Ahora deberá estarse á lo resuelto en la ley 18, tit. 2, lib. 10 de la Nov. Recop. en cuanto á las edades en que se puede contraer matrimonio sin permiso de los padres, parientes ó tutores.

(t) Ultimamente se publicó la ley de 20 de Junio de 1862, de la cual hemos hablado en el título del matrimonio.

§ 2.º

DE LA SUCESION DE LOS ASCENDIENTES.

No habiendo hijos son llamados á la sucesion del intestado sus mas cercanos ascendientes, escludidos los mas remotes. Así que primero son llamados el padre y la madre solos (1); con esta diferencia, que en los bienes que el hijo tuvo del padre sólo sucede este, y por el contrario en los bienes que tuvo por parte de la madre sólo esta sucede; pero en los demás heredan entrambos igualmente (2) (u). No existiendo padre ni madre, son llamados del mismo modo los mas próximos ascendientes, hechas partes iguales entre ellos.

Pero si el intestado hubiese dejado además de los ascendientes hermanos ó hermanas de padre y madre, serán tambien estos llamados, y sucederán en *cabezas*, esto es, se harán tantas partes iguales cuantos sean los que sucedan: dije de *padre y madre*, pues si los hermanos fuesen solamente consanguíneos ó uterinos respecto del difunto, no son admitidos á la sucesion juntamente con los ascendientes, segun la *authent. defuncto* (3) (v); de la cual se deduce tambien por sus últimas palabras, que los padres ó ascendientes que pasan á segundas nupcias pierden esta sucesion, aunque no del todo; pues gozan durante su vida del usufruto de los bienes; si bien la propiedad de ellos pasa á los hijos del primer matrimonio (4).

(1) L. 3, Cod. de bon. qua liber. Auth. Defunc. Cod. ad Tertyll.

(2) Dicha L. 3, Cod.

(u) No es cierto que en los bienes que el hijo tuvo del padre suceda sólo este, y en los bienes que tuvo por parte de la madre sólo esta suceda. No hay tal division de bienes sino cuando el que ha muerto intestado es impúber, segun se dijo al tratar de la sucesion pupilar; cuando el difunto ha llegado á la pubertad no se hace diferencia entre los bienes paternos y maternos. Si hay padre y madre, suceden por mitad en los bienes de su hijo; si ha sobrevivido uno solo de los padres, el sobreviviente sucede en el todo; si no hay padres suceden los abuelos, aunque sea uno solo, pero por líneas, esto es la mitad de los bienes del difunto pertenecen al abuelo ó abuelos que existan de la línea paterna y la otra mitad á los de la materna, y si no los hubiere sino de una línea suceden en el todo, porque no puede suceder un ascendiente de grado mas remoto si los hay de grado mas próximo. En falta de abuelos suceden los visabuelos, y así sucesivamente, siempre por líneas, y escludiendo los ascendientes mas cercanos á los mas remotes.

Los ascendientes suceden hasta lo infinito.

(3) Aut. defuncto Cod. ad Tertyll.

(v) No son sólo los hermanos de padre y madre los que concurren á la sucesion con los ascendientes, sino tambien los hijos de los hermanos, á saber los hermanos en cabezas y los hijos en stirpes. Cuando no ha sobrevivido ningun hermano los hijos de hermanos no concurren con los ascendientes.

(4) L. 3, Feminae y la aut. ex testam. Cod. de secund. nupt.

DE LA SUCESION DE LOS COLATERALES.

Si el difunto no dejare descendientes ni ascendientes, suceden los parientes mas cercanos en grado, esto es, todos los del mismo grado, escludidos los mas remotos, escepto que con los hermanos son admitidos los hijos de estos (muerto su padre), los cuales suceden en *estirpes* ó por derecho de representacion: esto es, todos ellos juntos recibirán otro tanto cuanto habria de recibir su padre si viviese; aunque si sólo hubiere hijos de hermanos, entonces la sucesion será en *cabezas*, esto es, se repartirá igualmente entre ellos (1) (x).

Esta sucesion pasa á los parientes por su órden como se ha dicho hasta el décimo grado inclusive, acerca de cuyo cómputo véase la *Instit.* (2); pero no se estiende mas allá de dicho grado; pues entonces el marido es llamado á la sucesion de la mujer; esta á la del marido (3); y no existiendo ninguno de estos sucede el fisco (4) (*); á no ser que el difunto perteneciese á alguna corporacion ó colegio de los no prohibidos ó reprobados; pues en tal caso es este preferido al fisco en la sucesion (5). Esceptúase el clérigo á cuya herencia (respecto de los bienes patrimoniales), si no hubiere parientes, es llamada la iglesia en que obtuvo el beneficio, como cierta consorte espiritual (6); y si no hubiere tenido beneficio alguno sucede el fisco episcopal (7). Dije respecto de los bienes *patrimoniales*, porque de los bienes adquiridos por respecto ó contemplacion de la Iglesia, no puede el clérigo testar, sino

(1) Canc. Var. 1, cap. 5, n. 16 y 37.

(x) Hay alguna confusion en esta esplicacion de Gibert. Entre los colaterales suceden en primer lugar los hermanos ó hijos de hermanos bilaterales, es decir de padre y madre, los hermanos en cabezas, y los hijos de hermanos en estirpes; pero si no hay mas que hijos de hermanos suceden en cabezas.

En falta de hermanos bilaterales entran los unilaterales y sus hijos, sin distincion entre los que son de parte de padre ó de madre, en la misma forma que los bilaterales.

No existiendo hermanos ni hijos de hermanos suceden los colaterales mas próximos en grado, sin distincion entre agnados ó cognados, varones ó hembras, y se admiten todos los del grado mas cercano en cabezas.

(2) Ins. tit. de grad. cogn.

(3) L. 1, Cod. un. de vir. et ux. Canc. Var. 1, cap. 5, n. 38.

(4) L. 1, ff. de jur. fisc. L. 1 y 4, Cod. de bon. vacan. lib. 10.

(*) La ley de 16 de Mayo de 1833 establece alguna diferencia en la sucesion de los cónyuges, pues los coloca entre los parientes del cuarto y del quinto grado.

(5) L. 1 y 3, Cod. de hered. decut.

(6) Cap. 1, de success. ab. int. Can. quicumque 2 caus. 12 g. 3.

(7) Eng. en el tit. de las decret. de success. ab int. § 2.

que en aquellos sucede la misma, aunque la costumbre esté en contrario (1) (y).

Debe notarse sobre esta materia que ninguno sucede abintestato por derecho de afinidad (2) (z).

(1) Cap. 1 y 9, de pecul. cleríc. Cap. 7 y 12, de testam.

(y) El orden de sucesion que esplica el autor en este apartado está conforme con el derecho romano, pero en España ha sido modificado por la ley de 16 de Mayo de 1835. Los colaterales suceden hasta el cuarto grado inclusive; en falta de colaterales de cuarto grado, entran respecto al padre los hijos naturales legalmente reconocidos, y si no los hay sucede el cónyuge sobreviviente al premuerto, y en su defecto siguen los parientes desde el quinto grado hasta el décimo, y en falta de ellos sucede el Estado.

No sucede el cónyuge separado en virtud de demanda de divorcio contestada al tiempo de la muerte.

(2) Covarr. al cap. 7, de test. n. 27 y sig. Cortiada decis. 125. n. 15 y sig.

Ripoll. Var. Cap. 13, n. 179 y sig. Barb. de off. et pot. epis. part. 3. alleg. 114, n. 6.

(z) Por una Novela se concede al consorte pobre la sucesion al consorte rico en concurrencia con los demás parientes á quienes corresponda suceder abintestato, aunque sean los descendientes. Si los herederos son mas de tres el consorte sobreviviente sucede en la porcion viril, si son tres ó menos en la cuarta parte, lo cual ha hecho que se llamase á esta porcion de herencia *cuarta marital*. Si el consorte sucede con los hijos habidos del consorte difunto, no consigue mas que el usufruto de la cuarta; si sucede con otras personas obtiene la propiedad.

El derecho á la cuarta marital tiene lugar aun cuando el consorte difunto haya muerto testado.

Se imputan en la cuarta marital los legados que el difunto consorte dejó al sobreviviente.

Hay dos especies de codicilos, á saber: escritos, que se llaman cerrados, y no escritos ó nupcialivos. Los codicilos escritos son aquellos en que uno reduce á escritura su última voluntad, y después la ha de firmar á los testigos (a). Nupcialivos son aquellos en que uno declara su voluntad durante de testigos (b), como se dijo arriba en el cap. 1.º de esta 2.ª parte.

Quienes pueden hacer codicilos? Pueden hacer codicilos todos aquellos que son capaces de testar ó hacer testamento (c).

(a) El codicilo escrito se entrega cerrado al Notario ante dos testigos con las mismas formalidades que el testamento cerrado. En Cataluña no se conocen testamentos ni codicilos de padre y de Notario, porque en Cataluña no se conocen testamentos ni codicilos de padre, nieta de Barcelona en donde hay el sacramento. Véase el art. 2.º de la Ley 2.ª de 1.º de mayo de 1801. L. 1.ª § 2.º de la Ley 2.ª de 1.º de mayo de 1801. (b) El codicilo nupcialivo se hace en presencia de los testigos, y se entrega al Notario con las mismas formalidades que el testamento nupcialivo. Véase el art. 2.º de la Ley 2.ª de 1.º de mayo de 1801. L. 1.ª § 2.º de la Ley 2.ª de 1.º de mayo de 1801. (c) Puede ser tanto con muchos codicilos, y serán válidos en cuanto no se contradijan.

CAPÍTULO II.

DE LOS CODICILOS.

Adquiriéndose no sólo por el testamento sino también por los codicilos (que son una especie menos solemne de última voluntad), siguese tratar ahora de ellos.

¿Qué es codicilo? **CODICILO es: cierta disposicion breve de la última voluntad, sin institucion de heredero.**

Esplicacion. *Cierta disposicion breve; porque en los codicilos no se exige solemnidad alguna para su formacion (1); á diferencia del testamento en que se requieren varias solemnidades. De la última voluntad, porque los codicilos se confirman por la muerte como el testamento, sin institucion de heredero, esto es, directa; pues por el codicilo no se puede instituir directamente, á fin de que no se confunda el derecho del testamento y el de los codicilos (2).*

Especies de codicilos. **Hay dos especies de codicilos, á saber: escritos, que se llaman cerrados, y no escritos ó nuncupativos. Codicilos escritos son aquellos en que uno reduce á escritura su última voluntad, y despues la da á firmar á los testigos (aa). Nuncupativos son aquellos en que uno declara su voluntad delante de testigos (bb), como se dijo arriba en el cap. 1.º de esta 2.ª parte.**

¿Quiénes pueden hacer codicilos? **Pueden hacer codicilos todos aquellos que son capaces de testar ó hacer testamento (3) (cc).**

(1) L. Vitrico 5, y L. affinitatis 7. Comm. de success.

(2) Inst. en este tit. § ult.

(aa) El codicilo escrito se entrega cerrado al Notario ante dos testigos con las mismas formalidades que el testamento cerrado.

(bb) Y de Notario, porque en Cataluña no se conocen testamentos ni codicilos de palabra, fuera de Barcelona en donde hay el sacramental.

(3) L. 6, § pen. L. 8, § 2, ff. de jur. Codicill. L. 1, § 2 ff. de leg. 3.

(cc) Puede uno morir con muchos codicilos, y serán válidos en cuanto no se contradigan.

¿Para qué fueron inventados los codicilos? Los codicilos fueron inventados para cuatro fines: 1.º Para disponer de una cosa. 2.º Para disponer de muchas. 3.º Para añadir algo al testamento. 4.º Para disminuir ó cercenar algo de él (1).

¿Cuándo puede uno hacer codicilo? Puede uno hacer codicilo en cuatro tiempos: 1.º Antes de hacer testamento. 2.º Después de hecho; y así en uno como en otro caso los codicilos siguen el derecho del testamento porque son parte y apéndice de él, y adquieren su fuerza y vigor del mismo, ya le precedan ó le sigan (2). 3.º Sin hacer testamento alguno, pues cualquiera que fallece abintestato puede hacer fideicomisos en codicilos; esto es, rogar á los herederos legítimos que entreguen los fideicomisos ó legados dejados en los codicilos, en cuyo caso hacen veces de testamento (3). 4.º Después de haber hecho testamento y codicilos, en cuyo caso estos siguen el derecho del testamento, según se dijo poco antes.

¿Cuántos artículos contienen los codicilos? Los codicilos, si fueren hechos antes que el testamento, contienen regularmente cuatro artículos. 1.º La cabeza ó introduccion en que se hace mencion del sano juicio del otorgante. 2.º Los legados. 3.º La institucion indirecta, esto es, por fideicomiso. 4.º La cláusula final. Si fuesen hechos después del testamento contienen regularmente otros cuatro artículos. 1.º La cabeza ó introduccion en que no sólo se hace mencion del juicio del otorgante, sino tambien del testamento hecho. 2.º La mudanza ó revocacion de los legados. 3.º La confirmacion de las demás cosas del testamento. 4.º La cláusula final.

¿De cuántos modos se invalidan? Los codicilos se invalidan de dos modos, á saber: 1.º Cuando el difunto declara su voluntad con otros codicilos contrarios, porque las disposiciones posteriores derogan las anteriores, si fueren contrarias á estas (4). 2.º Cuando el testamento se invalida, en cuyo caso tambien se anula el codicilo, porque es parte de aquel y recibe su validacion del mismo; por consiguiente destruyéndose lo principal, que es el testamento, cae tambien lo accesorio, esto es, el codicilo (5).

¿En qué convienen el testamento y los codicilos? Convienen el testamento y los codicilos en seis cosas: 1.ª Los que pueden testar, pueden tambien hacer codicilos. 2.ª Como en el testamento se nombran albaceas ó

(1) Princip. del tit. de la Inst. que trata de esta materia.

(2) § 1, de la Inst. en este tit.

(3) Dicho § 1, de la Inst. en este tit.

(4) L. 6, § 2, ff. de jur. codicill. L. 3, Cod. de este tit.

(5) L. 178, ff. de reg. jur.

ejecutores, así tambien en los codicilos. 3.^a En los codicilos se dejan legados igualmente que en el testamento. 4.^a El codicilo se confirma con la muerte del mismo modo que el testamento. 5.^a El testamento y los codicilos se abren del mismo modo. 6.^a Ambos se pueden hacer por escrito ó nuncupativamente.

¿En qué se diferencian? Diferenciáanse en ocho cosas: 1.^a En el testamento puede hacerse una y otra institucion universal, esto es, la directa y la fideicomisaria; pero en el codicilo sólo puede hacerse esta última, á fin de que no se confundan los derechos del testamento y de los codicilos; esto es, que no sea una misma la potestad y fuerza de entrambos ni produzca los mismos efectos el codicilo que el testamento. 2.^a En este se hace la sustitucion directa; pero no en los codicilos, porque la sustitucion es institucion de un segundo heredero. 3.^a En el testamento puede darse y quitarse directamente la herencia; pero no en los codicilos, á fin de que no se confundan los derechos de uno y otro; por cuya causa ni aun se puede revocar en el codicilo la institucion hecha en testamento; bien que puede darse y quitarse la herencia en los codicilos por fideicomisos. En el testamento se puede quitar la herencia, porque sólo declara el testador á quién debe el heredero restituirla, y cuya declaracion no muda ni impide la institucion del heredero (1). 4.^a En los codicilos no puede añadirse condicion al heredero que fué instituido puramente en el testamento, para que no acontezca quitarse la herencia por defecto de la condicion; y al contrario puede hacerse esto en el testamento. 5.^a En el testamento puede hacerse la desheredacion, y no en los codicilos (2). 6.^a En el testamento deben ser rogados los testigos por boca del testador; pero no en los codicilos. 7.^a Nadie puede morir con dos testamentos válidos, pero sí con muchos codicilos: la razon es, porque en el testamento se deja toda la herencia, que es una, y en los codicilos cosas determinadas que pueden ser muchas. 8.^a En el testamento se requieren muchas solemnidades, y no en los codicilos (dd).

NOTAS.—1.^a Aunque se ha dicho que la herencia no puede darse directamente en codicilo, no obstante si se hubiere dejado así, se sostiene por parte del testamento, que tambien lo accesorio, esto es, el codicilo (3).

(1) L. 2, Cod. de este tit. y allí la gloss.

(2) § 2. Inst. en este tit.

(dd) En los codicilos no se puede instituir heredero, ni desheredar, ni hacer sustituciones directas, ni quitarse directamente la herencia ó la sustitucion, ni ponerse una condicion al heredero instituido en el testamento.

Lo que puede hacerse en los codicilos es únicamente nombrar albaceas y tutores, hacer legados y fideicomisos.

El codicilo no tiene solemnidad interna especialmente marcada. Las esternas consisten en la unidad del acto y la presencia de dos testigos, que no necesitan ser rogados. No pueden ser testigos los legatarios.

labras indirectas ú oblicuas, y los que han de suceder abintestato se consideran como rogados por el testador para restituir la herencia al heredero instituido (1).

2.^a Aunque por derecho comun no se puede dar tutor en los codicilos, á no ser que á ellos se siga el testamento que le confirme, no obstante por derecho de Cataluña, como queda dicho en el tit. 9 de los Tutores, se puede dar así en testamento como en codicilo y cualquiera otra última voluntad.

3.^a Algunos opinan que las sustituciones pueden revocarse por los codicilos escepto la ejemplar, si los sustitutos son de aquellos que por derecho deben instituirse, para que no se invalide el testamento por defecto de pretericion; pero la opinion contraria es mas segura, porque la institucion y la sustitucion, el dar y el quitar son parecidos en los efectos (2) (ee).

(1) Véanse los tit. de la Inst. Cod. y dig. de Codicill.

(2) Fusar de sustit. g. 160, n. 6.

(ee) Este es el lugar mas á propósito para esplicar la cláusula codicilar que se pone en los testamentos diciendo que «si no puede valer por testamento valga por codicilo.» El objeto de esta cláusula es salvar la última voluntad del testador en el caso que le faltaren algunas solemnidades esternas de las que son necesarias en el testamento, pero tuviese todas las que exige el codicilo: en este caso se sostiene como codicilo, y para evitar que se diga que se dá por válido un codicilo con institucion de heredero, la cláusula codicilar tiene la virtud de convertir la institucion de heredero en sustitucion fideicomisaria pura impuesta á los herederos abintestato, de suerte que las palabras: «instituyo heredero á Pedro» se supone que dicen «ruego á mis herederos abintestato que entreguen mi herencia á Pedro.» Los herederos abintestato adenan la herencia, y la entregan en seguida al heredero nombrado, que queda convertido en fideicomisario, reservándose los herederos abintestato la cuarta trebeliánica.

En Cataluña, siendo igual el número de testigos en el testamento y en el codicilo, la cláusula codicilar no puede utilizarse sino para suplir la falta de rogacion de los testigos, como en Barcelona estos no han de ser rogados ni en los codicilos, ni en el testamento, la cláusula codicilar viene á ser completamente inútil.

CAPÍTULO III.

DE LA DONACION POR CAUSA DE MUERTE.

¿Qué es donacion por causa de muerte? DONACION por causa de muerte es: *la que se hace por sospecha ó recelo de esta*; pues si no se espresare en ella la causa de muerte ó la consideracion de un inminente y futuro peligro ó miedo, no seria donacion por causa de muerte, aun cuando fuese hecha por un enfermo, porque la sospecha ó recelo de la muerte es la causa de esta donacion; de lo contrario se presume que el donante la hace al tiempo de morir, mas no por causa de la muerte (1) (ff).

Especies de esta donacion. Hay tres especies de esta donacion, á saber: 1.^a Cuando alguno sin temor de algun peligro presente, y sólo por el pensamiento de la muerte hace la donacion. 2.^a Cuando alguno por miedo de la muerte ó bien de un presente ó futuro peligro de tal suerte dona, que quiere se haga inmediatamente la cosa del donatario, esto es, que tenga al punto efecto la donacion (gg). 3.^a Cuando alguno dona por el peligro de la muerte, no para que inmediatamente adquiera el donatario la cosa, sino cuando se haya verificado la muerte, en cuyo caso pende la donacion ó dádiva de esta condicion (2) (hh).

Cosas sustanciales de la donacion. Tres son las cosas sustanciales de la donacion: 1.^a La cosa donada. 2.^a La causa de muerte ó de otro peligro. 3.^a El consentimiento y la presencia de entrambos, esto es, del donante

(1) L. 42, ff. de mort. causæ donat.

(ff) La donacion por causa de muerte es un contrato en la forma y una última voluntad en sus efectos.

(gg) Debe entenderse, que tenga al punto efecto en cuanto á la posesion, y aun á la posesion precaria, pues respecto al dominio no pasa al donatario hasta el dia de la muerte del donador, porque hasta entonces no queda perfeccionada la donacion, de manera que aunque el donador entregue al donatario en el acto de la donacion la cosa donada, puede revocar la donacion cuando quiera y reclamar al donatario por la accion reivindicatoria la cosa que le entregó con todos los frutos percibidos.

(3) § 1. Inst. de donat. L. 2 y sig. ff. de causæ mort. don.

(hh) Los capítulos de que consta este contrato son cuatro: 1.^o el temor de la muerte; 2.^o la cosa dada; 3.^o la promesa de entregarla; 4.^o la aceptacion del donatario.

y donatario (1); pues la donacion por causa de muerte se equipara en cuanto á la solemnidad y forma á los contratos hechos entre vivos, si bien en cuanto á la eficacia y al efecto es una especie de última voluntad (ii).

¿De cuántos modos se hace? Se hace de tres modos. 1.º Con mera promesa del donante. 2.º Por estipulacion. 3.º Por entrega; y aunque por esto la donacion por causa de muerte parezca contrato, es sin embargo una especie de última voluntad (jj).

¿Quiénes pueden donar por causa de muerte? Pueden donar por causa de muerte todos aquellos que pueden hacer testamento.

Excepciones. Esceptuase el hijo de familias que no puede testar, y al contrario puede donar por causa de muerte, siempre que sea con beneplácito del padre en el mismo acto ó antes, dando éste consentimiento espreso y nominadamente, pues de lo contrario no valdria, por cuanto es un requisito esencial para la solemnidad y validez de ella (2). *Dije en el mismo acto ó antes*; pues si media tiempo desde que el hijo hace la donacion hasta que el padre da su consentimiento no se hace válida, á menos que conste legítimamente la perseverancia del hijo en dicha donacion; pues si no perseverase, no habria sobre que recayese el consentimiento del padre.

¿A quiénes puede donarse y qué cosas? Puede donarse por causa de muerte á todos aquellos que pueden ser intituídos herederos. Todas las cosas que pueden legarse, pueden tambien ser objeto de esta donacion.

¿De cuántos modos se disuelve esta donacion? Disuélvese la misma de tres modos: 1.º Si el donante convaleciere de la enfermedad, ó evitare el peligro por que se hizo la donacion, por cuanto cesa la causa de ella. 2.º Si el donante se arrepintiere de la donacion; porque esta es una especie de última voluntad, la cual es mudable hasta el último punto de la vida. 3.º Si muriese antes aquel á quien se donó; pues las cosas que se dejan por última voluntad no se deben si muere antes aquel á quien se dejaron (3).

¿En qué conviene la donacion por causa de muerte con los legados? La donacion por causa de muerte conviene con los legados en tres cosas: 1.ª Los que tienen facultad de legar

(1) Canc. Var. 2, cap. 1, n. 65.

(ii) De naturaleza de este contrato es la promesa de entregar la cosa.

(jj) Se perfecciona con la muerte del donante, y la que hace un novicio con la solemne profesion.

Es esencialmente revocable como toda última voluntad.

En Cataluña no necesita mas que dos testigos.

(2) L. 25, § 1. ff. de mort. caus. donat. y la novel. 117, § 1 2.

(3) § 1. Inst. de donat.

pueden tambien donar por causa de muerte, escepto el hijo de familias que puede dar por causa de muerte y no legar, porque el legado sólo se hace en testamento ó codicilo. 2.^a Puede donarse por causa de muerte á los mismos á quienes es lícito legar. 3.^a Todas las cosas que pueden legarse, pueden tambien donarse por causa de muerte.

¿En qué se diferencian?

Se diferencian en seis cosas: 1.^a El hijo de familias no puede legar por cuanto no tiene facultad de testar; pero bien puede hacer donacion por causa de muerte. 2.^a Si á alguno se hubiere dejado algo por causa de muerte, y se le nombrara en ella sustituto, aquel á quien se dejó, debe prometer á dicho sustituto que verificada la condicion se le dará aquello en que fué sustituido, y que entre tanto disfrutará de la cosa á arbitrio de buen varon, lo cual no sucede en el legado. 3.^a El legado se entrega por el heredero, y la donacion á veces por el mismo donante. 4.^a La donacion hecha para cada un año se considera como si fuese una sola donacion; y al contrario el legado de esta especie, pues se tiene por muchos legados: la razon de esta diferencia es, que la donacion anual ó para cada un año es perpétua y pasa á los herederos; y el legado acaba con la muerte del legatario. Además el legado en el primer año es puro y en los demás condicional, pues lleva consigo esta condicion tácita si viviera el legatario; lo cual no sucede en la donacion; aunque mas bien versa esta diferencia entre los legados y contratos, de lo cual trata con estension *Cancer* (1). 5.^a Si alguno acusa de falso el testamento y no lo prueba pierde el legado, porque negando la verdad de la disposicion testamentaria parece indigno de percibir cosa alguna por ella; lo cual no sucede en la donacion por causa de muerte (2). 7.^a En el legado se consideran tres tiempos, á saber: el del señalamiento del legado, el de la muerte y el de la aceptacion; pero en la donacion no es así (11).

NOTAS.—1.^a Si el hijo de familias quisiere donar á su padre se necesita la autoridad y decreto del juez, no bastando que el hijo por sí haga la donacion al padre, para evitar que este sea autor en causa propia, y que mediante su autoridad y valiéndose de ella adquiera los bienes del hijo (3).

2.^a Aunque el hijo emancipado menor no pueda por derecho de Cataluña hacer contratos obligatorios sin consentimiento del padre, sin embargo puede hacer donacion por causa de muerte; pues por tal donacion en nada

(1) Canc. Var. 3, cap. 20, n. 31 y sig. L. 34 y 35, 7, ff. de este tit.

(2) Canc. Var. 1, cap. 6, n. 21 y 22.

(11) En la donacion no se considera mas que el tiempo de la muerte.

La donacion por causa de muerte por cuantiosa que sea no necesita insinuacion. El donatario por causa de muerte tiene para reclamar la cosa donada las mismas acciones que el legatario.

(3) Canc. Var. 2, cap. 1, n. 72 y sig.

se obliga; porque la donacion por causa de muerte en cuanto á su eficacia y efectos, es una especie de última voluntad (1).

3.^a La donacion por causa de muerte se confirma con la muerte como las demás últimas voluntades, y así en la donacion hecha por el hijo no se requiere la muerte del padre, sino que basta la del mismo hijo (2).

4.^a Aunque la donacion simple y entre vivos hecha entre marido y mujer esté prohibida por derecho, no así la donacion por causa de muerte, la cual se permite y es válida á menos que entre ellos se ponga la condicion de que sea irrevocable, pues entonces se considera hecha en fraude de la L. 43. ff. de este titulo: y de esta donacion por causa de muerte se trata en el § 1. de la *Inst. de donat. y en los tit. del cod. y dig de mort. caus. donat.* (mm).

(1) Canc. Var. 2, cap. 1, n. 65 y sig.

(2) Tit. de la Inst. de just. et jur. al princip.

(mm) Gibert no habla en su obra de los bienes sujetos á reserva, y en el día el Notario no puede prescindir de conocerlos por las obligaciones que sobre esto le impone la ley hipotecaria. Diremos algo acerca de esta materia.

Bienes sujetos á reserva.

Hay dos clases de bienes sujetos á reserva.

1.^o Si el padre ó la madre contraen segundo matrimonio teniendo hijos del primero pierden la propiedad de la porcion en que habian sucedido á un hijo suyo muerto intestado, conservando únicamente el usufruto, y la propiedad perdida por el padre ó madre se reserva para los hijos del primer matrimonio en partes iguales.

Esta reserva tiene lugar en cuanto á los bienes que dejó el hijo procedentes de su padre ó madre premuerto. Respecto á los bienes de otra procedencia, si el padre ó madre viudo se casa y despues sucede á un hijo intestado tiene lugar la reserva, mas si primero sucede y despues se casa no lo tiene.

La misma reserva se verifica si en vez de padre ó madre hay otros ascendientes segun Cáncer.

Si la sucesion no ha sido por intestado, sino por testamento ó contrato, no hay reserva.

Tampoco tiene lugar la reserva si el padre ó madre viudo contrae el segundo matrimonio de consentimiento espreso de los hijos ó del difunto consorte, aunque respecto á este último no están acordes los autores; pero si cuando ha sido contraido el matrimonio con consentimiento de los hijos.

2.^o El padre ó madre que contrae segundo matrimonio existiendo hijos del primero, pierde la propiedad de los bienes que le dejó su consorte por título lucrativo (donacion, legado, herencia).

En todos los casos de reserva, los bienes reservados, cuando cesa el usufruto del padre ó madre viudo, se distribuyen igualmente entre los hijos. Si alguno de ellos no existe, su porcion pasa á sus hijos, y si no los hay, á los herederos del mismo testamentarios ó legítimos.

Como antes de verificar el segundo matrimonio el consorte viudo tiene la plena propiedad de los bienes, puede enajenarlos, y de consiguiente las enajenaciones que haya efectuado antes del segundo matrimonio son válidas.

La ley hipotecaria concede hipoteca legal á los hijos por razon de los bienes reservados á su favor á consecuencia del segundo matrimonio de su padre ó madre. Esta hipoteca debe constituirse judicialmente; pero respecto á los Notarios el art.º 5º de la Instruccion dispone

PARTE TERCERA Y ÚLTIMA.

CAPÍTULO ÚNICO.

DE LOS JUICIOS.

¿Qué es juicio? **JUICIO ES: un acto legitimo de tres personas, á saber, actor, reo y juez.**

Explicacion. *Acto legitimo*, con lo cual se designa que los juicios fueron introducidos por derecho civil. *De tres personas, etc.*; pues en el juicio, así civil como criminal, son necesarias á lo menos tres personas, á saber: el actor que demanda, el reo que se defiende, y el juez que conoce de la causa, de tal suerte que si faltasen estas tres personas no habria juicio (nn).

¿Cuántas clases hay de juicios? Hay dos clases de juicio, esto es, civil y criminal. Juicio civil es aquel en que se disputa de una cosa que se nos debe, ó cuyo objeto es el interés privado. Criminal es aquel en que se trata de castigar los delitos. Entrambos se dirigen á que segun derecho se haga justicia á cada uno conforme á la calidad del hecho.

¿Qué es justicia? **Justicia es: La voluntad perpetua y constante de dar á cada uno su derecho (1);** esto es, *un hábito por medio del cual la voluntad con juicio firme y perpetuo se inclina fácil y prontamente á dar á cada uno lo que es suyo;* y este es el oficio del hombre justo, como tambien la ocupacion de la misma justicia.

(nn) Otros definen con mas propiedad el juicio *la controversia y decision legitima de un negocio ante y por el Juez competente.*

(1) Tit. de la Inst. de just. et jur.

Esta es de dos clases, á saber, distributiva y conmutativa. La justicia distributiva tiene por objeto lo que cada uno merece, ya sea pena, ya premio, honor ó cargo. La conmutativa trata de lo que es propio de cada uno.

¿Qué es derecho? Derecho es, *un arte que enseña lo que es justo y equitativo* (1), y el conocimiento de este arte se llama *jurisprudencia*; porque la justicia no puede subsistir sin la prudencia, puesto que esta se necesita para investigar lo que es justo é injusto.

¿Qué es jurisprudencia? Jurisprudencia es, *un conocimiento de las cosas divinas y humanas, ó una ciencia que enseña lo justo é injusto* (2) (ññ).

Preceptos del derecho. Tres son los principales preceptos del derecho: 1.º *Vivir honradamente*. 2.º *No hacer daño á otro*. 3.º *Dar á cada uno su derecho* (3).

Vivir honradamente, esto es, con templanza, pundonor y virtud; pues todos estamos obligados á observar una conducta arreglada, atendiendo no sólo á lo que es lícito sino también á lo que es decoroso. *No hacer daño á otro*: en esto se interesa nuestro bienestar y reputacion; pues nadie debe hacer á otro lo que no quisiera que hiciesen con él. *Dar á cada uno su derecho*: esto se refiere á los contratos, en los cuales se ha de observar la debida igualdad.

DEL JUEZ.

Arriba se dijo que en el juicio así civil como criminal se necesitan á lo menos tres personas, esto es, actor, reo y juez; y siendo este la persona mas digna, razon es que tratemos de él primeramente.

¿Qué es juez? Juez es aquel á quien se ha dado ó delegado jurisdiccion, y no tiene obstáculo alguno por derecho (oo).

(1) L. 1, ff. de just. et jur.

(2) § 1, de la Inst. de just. et jur.

(ññ) Esta definicion que daban los romanos de la jurisprudencia no es del todo exacta, pues en su primera parte es mas aplicable á la filosofia que á la jurisprudencia. En efecto la jurisprudencia no tiene por objeto las cosas sino los *derechos*. Mejor diremos pues que jurisprudencia es la *ciencia del derecho*.

(3) § 5. Inst. de just. et jur.

(oo) Con mas propiedad: *aquel á quien se ha dado ó delegado jurisdiccion para administrar justicia*.

¿Quiénes pueden ser jueces? Pueden ser jueces todos aquellos á quienes se ha dado ó delegado jurisdiccion, esto es, la potestad establecida con autoridad pública; con tal que no tengan obstáculo alguno por derecho.

¿Quiénes no pueden serlo? No pueden ser jueces las personas siguientes: 1.º *Por impedimento natural*, el mudo, el sordo, el habitualmente furioso, y el impúber, porque carecen de juicio (1). El menor que pase de 18 años puede ser juez y árbitro (2); como tambien el ciego (3) (pp). 2.º *Por la ley ó costumbre* tienen prohibicion para ser jueces, la mujer, el infame, el siervo, el hereje, el criminal y otros semejantes (4). El hijo de familias aunque esté bajo la potestad paterna, puede ser juez (5); pero no en la causa del padre, como tampoco este en la del hijo, y generalmente ninguno puede serlo en causa propia (6).

¿De dónde se deriva la palabra juez, y qué es jurisdiccion? Esta palabra juez se deriva de jurisdiccion. Esta es una potestad pública para conocer y juzgar las causas. La definicion es bastante clara, y sólo debe notarse que se dice *potestad pública* porque el solo consentimiento de las personas privadas no puede constituir á uno juez (7).

¿Qué es imperio y de cuántos modos? Hay otra potestad judicial que se llama imperio, y es la facultad de mandar, reprimir y ejecutar. Es de dos clases: *mero*, que por otro nombre se llama *derecho de horca y cuchillo*, ó sea la facultad de castigar á los facinerosos (8); y *mixto*, que en los efectos no es otra cosa sino la misma jurisdiccion plena, ó acompañada de todo lo necesario para su ejecucion (9): se dice mixto porque además del imperio acompaña tambien la jurisdiccion (qq).

NOTA.—Los prácticos espresan lo mismo con otros términos, pues no hacen diferencia entre jurisdiccion é imperio, y á toda potestad de cualquier juez ó magistrado la llaman jurisdiccion, diciendo que unos tienen jurisdiccion *alta*, esto es, imperio mero, derecho de espada ó de castigar, ó juris-

(1) L. 12, § 2, ff. de judic.

(2) L. 57, ff. de re jud. L. 41, ff. de recep. arb. cap. 41, de off. jud. del.

(3) L. 6, ff. de judic.

(pp) En España el Juez debe ser mayor de edad, y no puede ser Juez el ciego.

(4) L. 12, ff. de jud. L. ff. de senat. cap. 10, de off. jud. ort. cap. 13, § heredentes de hered. cant. 4, caus. 24 q. 1 véanse los DD. en el titulo de los Decret. de off. jud.

(5) L. 12, ff. de fin. y l. 13, ff. jud.

(6) L. 10, § de jurisd. l. un. cod. nequis in sua causá.

(7) L. 3, Cod. de jurisd.

(8) L. 3, ff. de jurisdic.

(9) L. 3, ff. de jurisdic. L. fin. de ff. de off. ejus cui mandet jurisd.

(qq) El imperio mero se ejerce en las causas criminales y el mixto en las civiles.

dicción criminal; otros jurisdicción *baja*, ó civil, simple y mixto imperio. Véase á Cancér (1), que trata también de la jurisdicción simple, la cual no es propiamente jurisdicción, y consiste en la potestad de castigar moderadamente, v. g. imponiendo penas leves, como multas, etc. Esta potestad compete por derecho civil á los magistrados municipales (2).

¿Cuántas especies hay de jurisdicción? La jurisdicción se divide: 1.º En voluntaria y contenciosa. Jurisdicción voluntaria es la que se ejerce solamente entre personas que prestan para ello su voluntad, y á esta pertenecen la adopción, manumisión, emancipación, señalamiento de tutor, decreto para la enajenación de fincas de menores, insinuación de donaciones, legitimación y otros actos semejantes. La *contenciosa*, es aquella que sólo se ejerce en el juicio entre personas que disputan ó contienden, con conocimiento de causa (3).

Divídese además en *ordinaria* y *delegada*. Jurisdicción ordinaria es la que compete por el mismo oficio de juez ó magistrado y está á él anexa. Delegada, que también se llama *encomendada*, es la que corresponde á alguno por comisión, beneficio ó mandato de otro (4). El que tiene la primera de estas dos jurisdicciones se llama juez ordinario, y el que tiene la segunda delegado. Entre ellos hay fuera de otras la siguiente diferencia: que el ordinario puede cometer la jurisdicción á otro, y ejecutar su sentencia; pero no el delegado, á menos que lo sea del príncipe (5).

DEL ACTOR Y DEL REO.

Habiendo dicho lo conveniente acerca del juez, resta que tratemos del actor y del reo.

¿Qué es actor? Actor es aquel que demanda, ó que entabla en juicio la acción contra otro.

Reo. Reo, es el que se defiende de la acción propuesta contra él por el actor.

- (1) Canc. Var. 2, cap. n. 45 y sig. y especialmente el 67.
- (2) L. 12, ff. de jurisd.
- (3) L. 2, ff. de off. proc. L. 1, ff. de jurisd. § 2. Inst. de liber. § 4, inst. quib. lex cons.
- (4) d. L. 2, y l. fin. ff. de jurisd.
- (5) L. 5 y 6, ff. de jurisd.

¿Quiénes no pueden presentarse en juicio? No pueden presentarse en juicio: 1.º El siervo, porque segun el derecho civil se reputa por muerto; excepto en algunos casos, á saber: en razon de alimentos que le hayan dejado, ó libertad que le hayan concedido, lo cual se admite en favor de una y otra causa, ó cuando quiera defender la posesion de su señor ausente (1). 2.º El hijo de familias, quien sin el consentimiento del padre no puede regularmente presentarse en juicio (2), siendo este nulo sin aquel requisito (3). Dije regularmente, porque en algunos juicios es persona hábil, aun sin el consentimiento del padre, como cuando es reo (4); y además en las causas espirituales y beneficiales (5); en los bienes castrenses y casicastrenses (6); y finalmente cuando no procede en nombre suyo sino en el ajeno; pues entonces puede comparecer sin consentimiento del padre (7). 3.º El furioso ó demente, porque carecen de razon y así no pueden contratar en ningun negocio, y no hay otro remedio mas que el juez les nombre curador (8). 4.º El menor de veinte y cinco años no puede regularmente presentarse en juicio sino con autoridad del tutor; y así los adultos son compelidos á recibir curador para pleitos aun contra su voluntad, para que el juicio no se haga ilusorio (9); sin embargo puede comparecer en juicio contra su tutor ó curador (10); y aun en algunos casos sin este, como en las causas posesorias (11), en las beneficiales, espirituales y matrimoniales, con tal que sea mayor de catorce años (12). 5.º El monje ó cualquiera otro religioso profeso no puede comparecer en juicio sino con consentimiento de su prelado ó superior (13), porque no es independiente ó *sui juris*, y no tiene la voluntad propia (14). El escomulgado y desterrado no pueden presentarse en juicio como actores, pero si como reos para defenderse, y pueden ser citados para ello (15). 6.º El que maneja voluntariamente los negocios de otro, con esta distincion: ó es de los parientes ó estraño. Si es de los parientes puede comparecer en juicio como actor; pero si fuere estraño, sólo puede presentarse como reo para la defensa; pues nadie puede entablar

(1) L. 6 y 7. Cod de jud.

(2) Cap. 3, al fin. de jud. in 6.

(3) L. 8, cod. de bon. quæ lib.

(4) L. 9, 13 y 39 ff. de oblig.

(5) Cap. 3, de jud.

(6) L. 14, ff. de judic.

(7) Cap. 5, § 1, de procur.

(8) L. 1, cod. de cur. furios.

(9) § item. 2, Inst. de curat.

(10) L. 2, Cod. qui leg. pers. stand.

(11) L. fin. Cod. qui leg. pers.

(12) Cap. 5, de jud. in 6, cap. ex part. 19, de rest. espol.

(13) Can. Monach. 35, caus. 16, q. 1.

(14) Cap. si religiosus 27 de elec. in 6.

(15) Cap. 7, de jud. cap. 5, de ex. cap. 1, de rescrip. in 6.

accion de otro sin mandato, á menos que sea su pariente (1) (rr). 7.º Las mujeres, pues ni conviene, ni puede obligárselas á comparecer personalmente en juicio (2) (ss).

El orden judicial. El orden que se observa en el juicio es el siguiente: 1.º El actor debe presentarse ante un juez competente. 2.º El reo es citado para el juicio á fin de que se defienda. 3.º La demanda ó libelo se presenta al juez, y por mandato de éste se dá conocimiento de ella al que es llamado ó provocado á juicio. 4.º Debe recusarse el juez sospechoso porque es arriesgado, y suele producir malas consecuencias el litigar ante un juez de esta clase. 5.º Los reos sospechosos deben dar fianzas, y los procuradores caucion de tener por firme y valedero lo hecho, y esta misma caucion deben dar cuantos proceden en nombre de otros, ó los defienden. 6.º Debe contestarse á la demanda. 7.º Presentada esta se debe jurar de calumnia. Se han de fijar términos para probar, presentar las posiciones y respuestas, los testigos y las probanzas, con los instrumentos conducentes á la causa, sobre la cual recaen las sentencias interlocutoria y definitiva. De esta apela el que se siente agraviado, y finalmente se ejecuta la sentencia; de todo lo cual trataremos brevemente con el orden debido; aunque en materia de juicios nada se puede enseñar con certeza á los escribanos, pues la esperiencia nos enseña que no se observa en los tribunales la misma práctica (tt).

¿Qué debe hacer el actor? El actor debe presentarse ante el juez competente, esto es, que tenga jurisdiccion ordinaria ó delegada en el fuero del reo, porque el actor debe seguir el fuero de este y no al contrario (3).

DE LA CITACION DEL REO.

Citacion. Citar al reo es llamarle para que venga á juicio á responder ante el juez. La citacion del reo es necesaria para que se descubran los fundamentos ó méritos de la causa con la alegacion de las partes.

- (1) Tit. Inst. de iis per quos ager. poss.
- (rr) En el dia no se admite á nadie sin poder.
- (2) Cap. 2, de jud. in 6, lib. fin. Cod. de recep. arb.
- (ss) La mujer casada no puede estar en juicio sin consentimiento de su marido.
- (tt) El orden y ritualidad del juicio es en el dia muy diferente del que menciona el autor.
- (3) L. 2 y 5 Cod. de jurisd. cap. 5 y 8 x. de foro comp.

¿De cuántos modos se hace la citación?

La citación se hace de dos modos; á saber: Por un alguacil ó portero, y por edicto. Por alguacil ó nuncio se hace cuando el juez envía alguno de estos, por cuyo conducto hace entender al reo de palabra ó por escrito que comparezca, espresando la causa (1). Por edicto, esto es, por proclama ó edicto fijados en lugares públicos, se hace solamente cuando el reo es incierto ó no puede ser citado de otro modo (2) (uu).

¿Quién puede citar?

Pueden citar ó llamar á juicio todos aquellos que pueden comparecer en él demandando, esto es, los que no se hallan comprendidos en el número de aquellas personas que, segun dijimos arriba, no pueden intervenir activamente en los juicios.

¿Quiénes pueden ser citados?

Pueden ser citados todos los que tienen facultad de intervenir en el juicio para defenderse.

NOTA.—Así el actor como el reo pueden presentarse en juicio por procurador, pues el que procede en nombre de otro se considera como si lo hiciera en el suyo propio (3).

DE LA PRESENTACION DE LA DEMANDA.

Libelo ó demanda.

Libelo ó demanda es un escrito que contiene la pretension del actor, con la causa que lo mueve á demandar, manifestando la especie de litigio que entabla. Este nombre libelo trae su origen del diminutivo latino *libellus* (librillo ó libro pequeño), es decir, una breve memoria, y aunque tal contiene sin embargo toda la pretension del actor, y demuestra la calidad ó especie del futuro litigio.

(1) Cap. 2, de dilat.

(2) Clement. 1, de jud.

(uu) Nótese que el autor no dice que la citación se haga por medio de Escribano. En Cataluña los Escribanos no practicaban citaciones ni notificaciones; habia para este ministerio unos funcionarios especiales llamados *Porteros de intimas*, que corresponden á los *Ugieres* del Consejo de Estado, los cuales verificaban la notificación ó la citación y hacian relacion de ella al Escribano, el cual estendia una diligencia de la relacion del Portero. Cuatro Porteros realizaban diariamente las notificaciones de todos los Tribunales de Barcelona sin que quedase ninguna para el dia siguiente: verdad es que el notificado ó emplazado no debia poner su firma.

(3) Inst. de iis per quos agere poss.

¿ Cuándo , por
quién y á quién de-
be presentarse la
demanda ?

Debe presentarse la demanda despues que el reo ha sido citado (*), y antes de contestarse el pleito, mas no antes de la citacion y despues de la litiscontestacion. El actor es quien la presenta al juez, y éste la hace saber al reo mismo, ó á su procurador, ó á otro que comparezca por él en juicio. Hoy se tiene por presentada la demanda desde el dia en que se estiende en el proceso el auto de citacion , ó sea carta citatoria , pues en él se inserta la primera peticion del actor.

¿ Para qué se pre-
senta la demanda ?

Por dos causas se presenta la demanda. 1.ª A fin de que conste el asunto de que se trata. 2.ª Para que delibere el reo si le conviene litigar ó ceder.

¿ Qué cosas se re-
quieren en la de-
manda ?

En todo libelo son necesarias seis cosas: 1.ª Que se espresé y determine el nombre del actor, ya proceda por sí, ya por otro; pues siempre se concibe la demanda en cabeza del que litiga. 2.ª Que se determine tambien el nombre del reo citado. 3.ª Que se espresé y declare bien la cosa que se pide. 4.ª Que se designe la causa, ya sea de venta, de arrendamiento, etc. 5.ª Que se conozca por cuál accion se demanda, v. g. de compra, de venta, de arrendamiento, etc.; aunque esto no se observa regularmente en la práctica, pues por la causa se demuestra la accion, siendo dificil á los procuradores averiguar la accion que compete al actor. 6.ª Que sea clara la súplica ó la conclusion, aunque bastará concluir el libelo, salvo el derecho de añadir ó disminuir, espresando todo lo que intenta probar el actor en la mejor via y forma que pueda por derecho (vv).

NOTA. — En el principio de Cataluña en todo el proceso hay lugar para presentar libelo añadiendo ó quitando; pero no mudando la accion (1).

(*) Ahora se presenta antes de la citacion.

(vv) Según la ley de enjuiciamiento civil la demanda debe empezar por la relacion de los hechos numerándolos, y despues espresar los fundamentos de derecho, numerados tambien.

(1) Peguera in prax. rub. 8. Ripoll en la adic. donde trata de todos estos requisitos.

DE LA RECUSACION DEL JUEZ.

¿Quién puede recusar al juez? Puede recusar al juez el reo demandado, ya en su nombre, ya en el ajeno; como el tutor, curador, procurador ó síndico. Algunos dicen que también el actor puede recusar al juez, por ser peligroso el litigar bajo un juez sospechoso: otros dicen que no, si fuere el juez delegado á solicitud del actor, á quien se ha dado juez específica y no generalmente, debiendo imputárselo á sí mismo.

¿Quiénes pueden ser recusados? Puede recusarse el juez delegado ó subdelegado en causa temporal ó espiritual, espresando la causa de la sospecha; v. g. por ser el juez enemigo del reo, por tener parentesco de afinidad con la parte contraria, lo cual debe probar el reo. El juez ordinario no puede ser recusado porque tiene jurisdicción ordinaria sobre el reo, lo que ha de entenderse por derecho civil (1); pues por el canónico y municipal, puede ser recusado como sospechoso cualquier juez, sea delegado ó ordinario (2); sin embargo han de proponerse ó alegarse ante el mismo juez las causas de la sospecha y decidirse por árbitros elegidos por las partes (3).

¿En qué tiempo se ha de hacer la recusacion? La recusacion del juez ha de hacerse antes que se conteste el pleito, dentro del término prefijado por la ley; ó al principio del pleito, como otras escepciones que impiden el ingreso de este (4); pues si no se propusiese inmediatamente pareceria que la parte habia renunciado á ella y consentido en el juez; á no ser que despues de contestada la demanda sobrevenga de nuevo alguna causa de sospecha, ó entonces se tenga noticia de ella por primera vez (5).

Efecto de la recusacion. El efecto y eficacia de la recusacion del juez es que este no tenga desde entonces potestad sobre el reo, ni pueda conocer de aquella causa, por haberse suspendido y acabado la autoridad ó jurisdicción que en aquel asunto tenia (6) (xx).

- (1) L. 16 y 18 y la aut. si verso Cod. de jud.
 - (2) Cap. 4, de foro comp. cap. 61, de apell.
 - (3) Cap. 1, 2, 8, y 10. tit. de recusatio de tots juges lib. 5, Cons. de Catal.
 - (4) L. fin. Cod. de excep. Peguera in praxi. rub. 9.
 - (5) Cap. pastoralis 4, de excep.
 - (6) Glos. in can. quoties 15, caus. 2, q. 6.
- (xx) En el dia son muy diferentes los trámites y las reglas de la recusacion.

DE LAS ESCEPCIONES.

Escepcion. Escepcion es: *la esclusión ó repulsa de la accion.* Por lo comun se opondrá á la accion para escluir aquello que se pretendia en la demanda, de suerte que deja de ser deudor aquel que está escudado con una escepcion justa (1).

Sus especies. Hay tres especies de escepcion. 1.^a La declinatoria de fuero ó de juicio. 2.^a La dilatoria de pago. 3.^a La perentoria. *La declinatoria de fuero* es aquella con que se recusa la audiencia ó competencia del juez, como si uno demandado ante un juez incompetente opondrá la escepcion declinatoria de fuero; lo cual suele hacerse antes de contestar á la demanda. *Dilatoria de pago* es la que sólo aprovecha para cierto tiempo haciendo que éste se dilate; v. g. si se hubiere pactado que no se demande dentro de cierto tiempo, por ejemplo de cuatro años: en este caso se impide al actor que demande antes de este tiempo, para lo cual tiene el reo la escepcion dilatoria, que ha de oponerse antes de la litiscontestacion, ó con esta. *Perentoria* es la que siempre obsta á los demandantes, y dirime ó acaba el asunto de que se trata, como es la escepcion de pacto de no pedir jamás, de dolo, de no entrega de dinero, de cosa juzgada, de juramento y transaccion; las cuales pueden tambien oponerse antes de contestar al pleito ó con la misma contestacion, y aun á veces despues de pronunciada la sentencia (2) (yy).

DE LAS FIANZAS QUE SE DAN EN JUICIO.

¿Qué es fianza? **Fianza** es: *la seguridad que se da por medio de personas abonadas que se llaman fiadores;* pues el que pide la fianza, no solicita otra cosa sino que se le den por fiadores sugetos abonados é idóneos para tomar sobre sí responsabilidad por otro.

¿Qué es caucion? **Caucion** es: *la seguridad que se presta con palabras solamente;* pues en efecto el que ofrece la caucion sólo promete verbalmente hacer seguro lo que se pretende.

(1) Inst. de excep. al princ.

(2) Inst. de excep.

(yy) Hoy son distintos los términos en que pueden oponerse las escepciones.

¿ Quién debe prestar seguridad ?

En algunos casos el actor debe prestar seguridad al reo; pero por lo comun éste es quien debe darla al actor: á veces el procurador del actor al reo, y por el contrario. Cuáles sean los casos en que unos y otros tengan dicha obligacion, puede verse en el tít. de la Inst. de *satisfat.*; pues esto mas pertenece á los abogados que á los escribanos.

DE LA CONTESTACION DEL PLEITO.

¿ Cómo se hace la litiscontestacion ?

La litiscontestacion ó formacion del juicio se hace cuando propuesta la accion por el actor, el reo contestándole niega lo contenido en la demanda; y así se dice que se hace por la afirmacion de uno, esto es, del actor, y por la negacion de otro, esto es, del reo; porque así se forman regularmente los juicios, á saber, afirmando el actor y negando el reo la misma cosa. Cuando esto se ha verificado, se dice estar ya contestado el pleito, es decir, que entonces empieza á estar formado. En lo antiguo era del todo necesaria esta contestacion, de tal suerte que omitida el proceso y la sentencia eran nulos (1). Despues se empezó á omitir en los juicios sumarios, con tal que de otro modo constasen los méritos ó pruebas de la causa (2); y segun constitucion de Cataluña no se requiere la espresa contestacion del pleito, y basta la tácita como se deduce de dicha constitucion (3). Por esta se estableció que se tenga por contestado el pleito por el primer acto despues de la presentacion de la demanda inserta en el auto citatorio, como se ha dicho (4).

NOTA.—Si el reo contestase á la demanda ante un juez incompetente, esto es, que no tenga jurisdiccion sobre él, se entiende que se le proroga, y así tiene obligacion de estar á juicio despues de la litiscontestacion (*).

(1) L. 1, y aut. oferatur. cod. de tit. cons. cap. in. x del mismo tit.

(2) Clement. 2, de verb. sign.

(3) Const. 1, tit. 13, de dilations, lib. 3.

(4) Peguera y los que cita en su práct. rub. 11.

(*) Sin embargo el fuero militar, el eclesiástico y los demás privilegiados no son prorogables.

DEL JURAMENTO DE CALUMNIA.

¿Qué es juramento de calumnia? Dicese juramento de calumnia cuando alguno jura que quiere litigar ó desistir del juicio de buena fé, y no con ánimo de calumniar; y el que así jura debe demandar ó defenderse con fidelidad y justicia y no calumniosamente.

Los artículos de que consta este juramento se contienen en los siguientes versos:

Illud juretur, quod Lis sibi justa videtur;

Nil promittetur, ut falsa sententia detur;

Et si quaeretur verum, non inficietur;

Ut Lis tardetur, dilatio nulla petetur.

Traducidos al castellano dicen así:

Jure que el pleito le parece justo,

Que para conseguir un fallo injusto

Nada prometerá: que en ningún caso

Negaré la verdad; ni dilaciones

Pedirá, con la mente

De retardar el pleito injustamente.

¿Quiénes pueden jurar de calumnia? Pueden jurar de calumnia todos aquellos que tienen facultad de comparecer en juicio activa ó pasivamente.

¿Qué es calumnia? Calumnia es: una petición ó respuesta injusta ó falaz; pues la falacia es un indicio de falsedad con que alguno calumnia á otro injustamente.

Calumniador. Calumniador, es aquel que á sabiendas culpa á otro de un delito falso.

NOTAS.—1.^o En la causa espiritual no se jura de calumnia (1); lo cual sin embargo está corregido por Bonifacio VIII en el cap. 1.^o, § fin. de *juram. calumn. in* 6. Así que en el día se jura de calumnia en todas las causas. Conviene en esto nuestro derecho municipal *en el usaf. y Const. 1. de juram. calum.* Véase también el tít. del *cod. de jurejur. prop. calum.*

2.^o El juramento de calumnia se presta presentada la demanda y concedida dilación, ó por lo menos contestada aquella (zz).

(1) Cap. 2, de *juram. calum.*

(zz) En el día no se presta el juramento de calumnia en ningún juicio civil.

DE LAS DILACIONES Ó TÉRMINOS QUE HAN DE DARSE EN EL JUICIO.

Dilacion. Dilacion es: un intervalo justo de tiempo que se concede á los litigantes para ejercer mas cómodamente algun acto judicial.

Especies de dilaciones. De las dilaciones unas son *citatorias*, que se dan á los reos para comparecer en juicio, y segun práctica de la Curia se hacen por auto ó de oficio; otras son *deliberatorias* que antiguamente se daban á los reos citados para que entre tanto pudiesen deliberar si les convenia litigar ó mas bien desistir del pleito; pero hoy no están en uso, porque como en el auto ó carta citatoria esté ya inserta la peticion del actor, y esta contiene además los motivos ó fundamentos de la accion intentada ó entablada; por eso visto el auto citatorio puede el reo deliberar, y debe contentarse con la dilacion citatoria. Otras son *probatorias*, de las cuales tratamos ahora, y son las que se conceden á los actores para probar su intencion y á los reos para repelerla.

¿Quiénes pueden conceder estas dilaciones? La concesion de estas dilaciones corresponde al juez, quien atendidas las circunstancias del negocio, lugar, tiempo y personas, concede una ó muchas, mas breve ó mas larga (1). Puede no sólo conceder la primera, sino tambien con causa, segunda y tercera dilacion, y á veces cuarta, la que se llama *juratoria*, porque debe preceder á ella juramento de que no se pide con ánimo de diferir sino de manifestar su justicia. Véase sobre esto la *aut. at qui semel de prob. cap. 15 y 55, x de testib.*

NOTA.—En otro tiempo por las constituciones de Cataluña, de que trata con estension Peguera (2), se señalaban ó daban ciertos dias tanto al actor como al reo para probar; pero hoy todas estas dilaciones son arbitrarias, esto es, penden del arbitrio del juez que las concede segun le parece justo (3) (*)(a).

(1) Cap. 1, de dilat. L. 1, cod. del mismo tit. L. 7, ff. de feriis.

(2) Peguera in praxi rub. 4.

(3) Cap. 7, de la Real pragm. vulgarmente llamada la nueva Planta de Felipe V, año de 1716.

(*) En el dia estando uniformada la práctica de todos los tribunales de la Nacion en cuanto á la sustanciacion de los juicios, no se puede conceder mas que una sola dilacion que puede prorogarse hasta 80 dias.

(a) Por la última ley de enjuiciamiento civil se establece una sola dilacion que puede llegar hasta sesenta dias cuando la prueba hubiere de hacerse en la península, islas adyacentes ó posesiones españolas de África; y si hubiere de ejecutarse en otros lugares mas distantes se concede un término que puede variar de cuatro meses á un año segun los parajes.

DE LAS POSICIONES Ó PREGUNTAS Y RESPUESTAS QUE SE HACEN DESPUES DE CONTESTADA LA DEMANDA.

A veces se presentan por el actor ó reo artículos ó posiciones sobre las cuales se pide que el contrario responda personalmente; pues de este modo si confiesa se releva el otro del cargo de probar, por cuanto la confesion de parte se llama *prueba probada* y es á modo de sentencia (1). El juez puede compeler á la parte para que responda á las posiciones (2), siempre que contengan el mero hecho, y del cual pueda tener ella noticia; pero antes que responda personalmente está obligado á prestar juramento de decir la verdad; y despues responderá á las posiciones con las palabras *creo* ó *no creo*, segun la costumbre. De estas y otras cosas relativas á la materia trata Peguera (1) (b).

¿Qué es confesion? Confesion es una aseveracion clara y cierta de aquello que se pretende averiguar en juicio, hecha ante un juez legitimo; pues si uno declarase ante uno que sea ilegítimo, ú oscuramente, ó bien de lo que no es preguntado, para nada aprovecharia la confesion (4); aunque valdria como confesion estrajudicial (5).

¿Qué se requiere para que perjudique la confesion? Muchas son las cosas necesarias para que perjudique á uno la confesion, y todas ellas se contienen en los dos versos siguientes:

Major, sponte, sciens, contra se, ubi jus sit, et hostis;
Nec natura, rei que favor, non jusve repugnet.

Explicacion de los versos. Esto es; el confitente debe ser mayor; ha de confesar espontáneamente y no obligado; á sabiendas, es decir que tenga noticia de la cosa de que es preguntado. Contra si; pues la confesion hecha en favor suyo no prueba. *Ubi jus*, esto es, en derecho ó ante el juez. *Et hostis* quiere decir que ha de hacer la confesion á presencia de su contrario (*). *Nec natura, etc.*, esto es, que no sea contra la naturaleza, contra derecho ó causa favorable, etc. (6).

(1) L. 1, ff. de confes. L. un. cod. del mismo título.

(2) Cap. 1 y 2, de confess. in 6.

(3) Peguera in prax. rub. 13, n. 15 y sig.

(b) En el día se responde por las palabras *confieso* ó *niego*.

(4) Cap. 4, de jud.

(5) Engel al tit. de confes. n. 14.

(*) El contrario ha de ser presente en juicio, pero no en el acto en que se responde á sus posiciones.

(6) Glos. á la L. in cod. de confess.

DE LAS PRUEBAS.

Prueba. PRUEBA, es la manifestacion de una cosa dudosa por argumentos ó testimonios legítimos. En efecto, la prueba debe hacerse de lo dudoso, pues lo que no lo es, no necesita de probanza; esta se ejecuta á veces con razones ó argumentos, y otras con testimonios legítimos, presentados al juez que debe conocer y sentenciar.

Especies de pruebas. Hay cinco especies de prueba: á veces se hace por testigos, otras por instrumentos, otras por presuncion, algunas por tormento (*); y últimamente por confesion del contrario, que constituye plena probanza, pues no hay otra mejor en el juicio que la confesion de la parte contraria, excepto los casos arriba espresados.

¿A quiénes corresponde el cargo de probar? Regularmente incumbe el cargo de probar al actor, segun aquella regla cierta de derecho: *no probando el actor debe ser absuelto el reo* (1). Además el cargo de probar corresponde siempre á aquel que afirma algo, pues la negacion como tal no puede probarse (2); pero si aquel que afirma tiene en su favor la presuncion de derecho, entonces incumbe el cargo de probar á su contrario (3). Dije que la *negacion no puede probarse como tal*, esto es, en calidad de negacion, porque si esta incluyese tácita ó indirectamente alguna afirmacion, se habrá de probar esta; v. g. si digo que Juan no pudo haber testado, afirmo tácitamente que tenia algun impedimento, lo cual debo probar (4).

NOTA.—La prueba debe hacerse despues de contestado el pleito y dadas las dilaciones, porque estas se conceden para el efecto de hacer la probanza (5).

- (*) Esta especie de prueba está abolida.
- (1) L. 4, cod. del mismo tit.
- (2) L. 8 y 33 Cod. de prob.
- (3) L. 2, cod. de prob. cap. 2, rest. spol. in 6.
- (4) L. 5, ff. de probat.
- (5) Tit. de las Decret. ut lit. non contest.

DE LOS TESTIGOS.

Obligacion del que presenta testigos y citar, pues el que se presenta espontáneamente es tenido por sospechoso (1) (c). Por su parte el testigo citado debe prestar juramento de decir verdad, sin mezclar impostura ó falsedad alguna, con respecto á entrambos litigantes, sin odio, amor ó temor, sin que á ello le muevan ruegos, precio, lucro ó daño; en suma, que nada espere por su dicho ó testimonio (2) (*).

¿Quiénes pueden ser testigos? Pueden ser testigos todos los que no tienen ningún impedimento de derecho.

¿Quiénes no pueden? Tienen este impedimento, 1.º y principalmente el *impúber*, porque este no puede prestar juramento (3), así en causas civiles como criminales, contratos como en últimas voluntades (4) (*). El *púber* puede declarar en causas civiles, y ser testigo en contratos y últimas voluntades; mas para declarar ó ser testigo en las causas criminales, necesita ser mayor de veinte años, pues por la gravedad de la materia se requiere mayor conocimiento y deliberacion; no obstante en algunos casos bien puede atestiguar, y ser interrogado, con tal que tenga malicia ó sea capaz de dolo (5). 2.º El siervo mientras permanezca en la esclavitud. 3.º El patrono contra el siervo. 4.º El encarcelado. 5.º El infame. 6.º El condenado por perjurio, pues él que una vez fué malo siempre se reputa ó presume tal. 7.º El hereje, porque no cree la fé católica (d). 8.º El padre por el hijo, y al contrario, por la presunta parcialidad nacida del afecto, excepto en las causas espresas en derecho. 9.º El criado por la sospecha, excepto en causa de homicidio, ó hurto cometido en la casa del señor. 10.º Los ejecutores ó administradores de negocios, como tutores, curadores, procuradores y

(1) Peguera in prax. rub. 18 n. 5.

(c) En la actualidad no se citan sino los que no quieren presentarse voluntariamente.

(2) L. 9, cod. de test. cap. 5, des. mis. tit. usat. quoniam 4. tit. de testimón.

(*) Á esto se llama las generalidades de la ley.

(3) Can. 14 y 15 caus. 22, quest. 5, L. 5, ff. de in lit. jur.

(4) L. 5 § 5 y 19 ff. de test. § 6, Inst. de testam.

(*) Sin embargo en las causas criminales se examina algunas veces á las impúberes, sobre todo en delitos graves, sin la circunstancia del juramento, sólo para instruir el ánimo del juez.

(5) L. 20, ff. de testib.

(d) En el día ha cesado este impedimento.

otros, tambien por la sospecha. 11.º El abogado en la misma causa que defiende para evitar la nota de testigo interesado ó sobornado. 12.º El cómplice del mismo delito (1). 13.º Las mujeres segun el derecho civil pueden ser testigos en las causas tanto civiles como criminales (2), excepto en el testamento (3); pero segun el derecho canónico sea lo que quiera de las causas civiles ó de poca importancia, en las que se duda si pueden ser testigos, lo cierto es que no pueden serlo en las criminales ó arduas (4) (e). Por regla general téngase entendido que pueden ser testigos todos aquellos á quienes no se lo prohíbe la ley (5).

NOTA.—Hay dos cosas especiales por derecho de Cataluña. 1.ª Que ninguno, sea varon ó hembra, puede ser testigo si no ha cumplido catorce años (6). 2.ª Que sobre un artículo en causas civiles no pueden recibirse mas que diez testigos (7) (f).

NOTA.—Siguiendo el órden propuesto correspondia tratar aqui de los instrumentos; pero como ya se habló de ellos en la introduccion de esta obra, pasaremos á la sentencia.

DE LAS SENTENCIAS.

Sentencia. Sentencia es: *un precepto de cualquier juez que no sea contrario á la naturaleza, al derecho, ni á las buenas costumbres*, porque el juez debe pronunciarla en conformidad con lo dicho, pues de lo contrario seria nula (8).

Especies de sentencias. Hay dos especies de sentencia, á saber, *interlocutoria* y *definitiva*. Interlocutoria es la que se da sobre algun incidente ó cuestion accesoria, como si se hubiere acabado un término ó di-

(1) Leg. 3, 9, 10, 15, 25, ff. de testib. leg. 21, cod. de heretic. adde us. Pater. 9. tit. de testimon.

(2) Leg. 18. ff. de testib.

(3) § 6. Instit. de testam.

(4) Cap. 3, de test. cap. 2, de jud. in 6 Can. ex eo 2, caus. 15 q. 3. can. mulier. 17 caus. 33 q. 5. cap. forus 10 de verb. sign.

(e) Las mujeres pueden ser testigos en toda especie de causas.

(5) Leg. 1. ff. de testibus.

(6) Usat. nullus homo lib. 3, tit. 15 de testimon.

(7) Const. 1. dich. tit. de testimonis.

(f) En el dia se admiten hasta treinta.

(8) Tit. de la Inst. de off. jud.

lacion; si se ha de dar ó no traslado, etc. Definitiva es aquella que pone fin al litigio absolviendo ó condenando; pues la definitiva decide el principal negocio; y se pronuncia despues de contestado el pleito. El juez que la pronuncia no puede revocarla, porque bien ó mal ya desempeñó su oficio: no así la sentencia interlocutoria que puede mudarse á arbitrio del juez (1).

¿Qué se requiere para su formalidad? Para formalidad de cualquiera sentencia son necesarios diversos requisitos, algunos de los cuales pertenecen á la solemnidad de ella, y otros á su justicia. Los del primer género son: 1.º Que se dé por escrito (2), escepto en cierto caso (3). 2.º Que se pronuncie por el juez no en pié sino sentado *pro tribunali*, y de dia, no de noche (4). 3.º Que se dé en el lugar acostumbrado del juicio, y á presencia de las partes, á no ser que se ausenten por rebeldía (5) (g). 4.º Que se expresen los motivos, ó no (6); y otras formalidades semejantes, en las cuales se ha de atender al estilo del tribunal y á la costumbre de aquel distrito donde se diere, mas bien que al derecho escrito. Los requisitos del segundo género son: 1.º Que la sentencia sea conforme al libelo (7). 2.º Que sea cierta (8). 3.º Que no se pronuncie bajo condicion, entendiéndose tambien que ha de contener necesariamente absolucion ó condena (9). 4.º Que no sea contra las leyes (10).

NOTA. — Además de lo dicho debe publicarse, pues de lo contrario no produciria efecto alguno (11).

- (1) L. 35, ff. de re jud. L. 2, cod. de sent. ex peric. recit. Can. 6 caus. 6 q. 4 cap. 9 de off. jud. deleg. L. 14, ff. de re jud.
- (2) L. 1 y 5, cod. de sent. ex peric. recit.
- (3) Cap. fin. x de sent. in 6.
- (4) Dho. cap. fin. y cap. 24 de off. jud. deleg.
- (5) Tit. Cod. quomod. et quand. jud.
- (g) En el dia no es necesario que estén presentes, basta que estén citadas para sentencia.
- (6) Cap. 16, de re jud. can. q. dis. 21.
- (7) L. fin. cod. de fidei comm. libert. L. 18, ff. com. divis. cap. 24 de accus. clem. 2. de verb. sign.
- (8) § 22. Inst. de action. tit. cod. de sent. qua sine certà quant.
- (9) L. 1. § 3 ff. quando opell. canc. 29 caus. 2 y 6.
- (10) Tit. Inst. de off. jud. cap. 1, de sent.
- (11) Tit. Cod. de sent. ex peric. recit.

DE LAS APELACIONES QUE SE INTERPONE CUANDO ALGUNA DE LAS

PARTES SE SIENTE AGRAVIADA DE LA SENTENCIA.

¿Qué es apelación? **APELACION** es: *Peticion dirigida á un juez superior, para que rescinda la sentencia del juez inferior que se ha pronunciado con error ó injusticia.* En efecto, cuando uno apela invoca la potestad del juez superior contra la sentencia que dió el inferior por error ó injusticia; y mientras está pendiente la apelacion se suspende la ejecucion de ella, si se admite la primera en ambos efectos.

¿De qué sentencia y dentro de qué tiempo debe apelarse?

Se apela por derecho civil de la sentencia definitiva, y no de la interlocutoria (1); aunque por derecho canónico es apelable toda sentencia que contenga gravámen (2). El tiempo para apelar son diez dias (*) (h), que corren desde el de su pronunciamiento, y noticia (3), con lo que concuerda nuestro derecho principal (4).

El efecto de la apelacion es, que pendiente ella nada debe invocarse; esto es, ni hacerse nada de nuevo, ni procederse en la causa principal (5).

DE LA EJECUCION DE LA COSA JUZGADA.

Dada la sentencia debe ejecutarse, sobre lo cual indicaremos algunos pocos preceptos.

¿Qué es ejecucion de la cosa juzgada?

La ejecucion de la cosa juzgada es, *cierto acto por el que se lleva á efecto la sentencia pronunciada;* y se hace esta ejecucion por el juez ordinario ú delegado para las ejecuciones.

(1) L. 2, cod. de episc. aud. L. 7, quor. appell. non recip.

(2) Cap. 41, 13 y 39 de appell.

(*) Ahora se ha de estar á lo que prescriben las leyes de la Nov. Recop. en cuanto á los términos prefijados para interponer la apelacion.

(h) Segun la ley de enjuiciamiento civil el término para apelar son cinco dias, que corren desde el siguiente á la notificacion de la sentencia.

(3) Aut. hodie cod. de appell. cap. 15 de sent. et re jud. cap. 8, de appell. in 6.

(4) Const. 4, lib. 7, tit. 6 apelaciones.

(5) L. un. ff. nihil innov. appell. pend.

¿En qué tiempo se ha de hacer la ejecucion?

La sentencia ha de ejecutarse pasado el tiempo designado para apelar.

Efecto de la ejecucion.

El efecto de la ejecucion es dar vigor á la sentencia, la cual no tiene fuerza sino por la ejecucion de la cosa juzgada, y luego que esto se verifica se transfere el dominio al que la recibe.

Acerca del modo, órden y formalidad que se ha de observar en las ejecuciones de las sentencias, véase á Peguera in prax. *req. Aud. rub.* 29 y la famosa ley 15, ff. *re jud.* (i).

TRATADO DE LOS LAudemios, FADIGAS Y AMORTIZACIONES.

SIENDO por lo comun oscura la materia de laudemios para los principiantes, me propongo tratar de ella del modo mas breve y claro que me sea posible, á fin de que sin gran fatiga pueda cualquiera imponerse bien en ella; pero antes me ha parecido conveniente trasladar aquí la sentencia arbitral entre el Señor Rey Jaime II y el venerable obispo de Valencia, promulgada en el día 31 de octubre de 1310 que se halla en el volúmen 2.º de las Constituciones de Cataluña lib. 4, tit. 12, cap. 1, como que es el fundamento en esta ciudad de Barcelona, sus huertas y viñedos para el pago de los laudemios.

SENTENCIA ARBITRAL.

HABIÉNDOSE suscitado (á instigacion del enemigo del género humano que desde su eterna ruina trata de turbar el reposo y amortiguar de mil modos la caridad inficionando con amarga hiel la dulzura de las obras santas), una grave y peligrosa discordia por mucho tiempo agitada, sobre la cantidad del laudemio procedente de las ventas y otras enajenaciones de bienes y censales, ó posesiones que pertenecen á la Iglesia ó á dichas personas eclesiásticas en la referida ciudad, sus arrabales, huertos y viñedos susodichos; asegurando dichas personas eclesiásticas debérseles por costumbre inmemo-

(i) Hoy debe estarse á lo prevenido en la ley de enjuiciamiento civil.

El tratado de juicios de Gibert, además de no estar arreglado al procedimiento moderno, es incompleto, y sólo puede servir para adquirir una idea de los principios mas generales que rigen en esta materia.

rial la tercera parte de todo el precio de dichas ventas ó enajenaciones, cuando el enfiteuta inmediato vendia ó enajenaba, y la cuarta de dicha tercera parte, siendo inferior ó mediano el que vendia, á lo cual se oponian los vecinos de Barcelona, pretendiendo no estar obligados á dar mas que la décima parte de dicho precio, segun el privilegio ó estatuto del Señor Rey D. Pedro de feliz recordacion. Por tanto y en virtud de orden del pacífico Rey, las susodichas partes deseosas de tener paz entre sí, que es el vínculo de la caridad, y de evitar los gastos que traen consigo los litigios, á exhortacion del Reverendo prelado Pedro, por la misericordia divina Obispo Prenestino que á este fin las ha amonestado, se han convenido unánimemente en hacer el siguiente compromiso.

En nombre de nuestro Señor Jesucristo, etc.

Nos el referido Rey D. Jaime considerando propio de la Rl. benevolencia proporcionar el bien de los propios súbditos, y evitar sus peligros, como que en su paz y quietud estriba la nuestra, juntamente con el referido venerable Obispo de Valencia hemos discurrido varios medios para poder restituir la paz y concordia á las susodichas partes, hasta que á favor de la clemencia divina, despues de muchas conferencias, Nos el referido Rey D. Jaime y el Reverendo Obispo de Valencia convenidos en una sentencia, especial y unánimemente pronunciamos el siguiente compromiso por bien de la paz y concordia, bajo la pena en él contenida.

Que en las ventas y enajenaciones (sobre las cuales se acostumbró á percibir laudemio) de honores y censales de posesiones pertenecientes á la Iglesia ó á personas eclesiásticas en dicha ciudad y los arrabales a ella contiguos, inmediatamente dén y estén obligados á dar los enfiteutas que hagan las ventas ó enajenaciones de las cosas que tienen inmediatamente por la Iglesia ó eclesiásticas personas, la séptima parte de todo el precio que se perciba de ellas, por todo laudemio y nada mas. Pero donde los enfiteutas inferiores al inmediato vendieren ó enajenaren (con aquella enajenacion de que se acostumbró á percibir laudemio) los referidos honores, censales ó posesiones de dicha ciudad y arrabales, ó el derecho que en las mismas les corresponde; se dé á las personas eclesiásticas de quienes se tuvieron dichos honores, censales y posesiones, la tercera parte de la séptima de todo el precio que de dichas enajenaciones se percibiere y nada mas.

Empero cuando se hicieren las susodichas ventas y enajenaciones fuera de la mencionada ciudad y sus arrabales próximos y no inmediatamente contiguos, aquel ó aquellos que tengan inmediatamente de la Iglesia ó personas eclesiásticas dichos honores ó posesiones en las huertas ó viñedos de la misma ciudad, dén en razon de ellos á dichas personas eclesiásticas la quinta parte de todo el precio que de ellas perciban, y nada mas. Pero si las ventas ó enajenaciones se hicieren por los enfiteutas inferiores despues del inmediato en las susodichas huertas y viñedos, se dé por los mismos á las personas eclesiásticas por quien tuvierén las referidas posesiones

que se vendan ó enajenen, la tercera parte de la quinta de todo el precio que percibieren, y nada mas.

Declaramos que las huertas y viñedos se estienden hasta donde llegan los límites de las Iglesias parroquiales de dicha ciudad y sus arrabales, como tambien de la parroquia de S. Martin de Provensals, de la parroquia de Sarriá, de la de Sans, y no mas allá.

Acerca de otras huertas y viñedos que no se incluyen dentro de los límites de las Iglesias parroquiales, se haya de dar el laudemio por dichas ventas y enajenaciones segun ha sido costumbre, no obstante en modo alguno esta nuestra sentencia y declaracion.

En esta misma añadimos que en los instrumentos de enajenaciones que hayan de hacerse nuevamente, para remover toda duda, se espresé la cantidad del laudemio que debe darse á las personas eclesiásticas por dichas ventas y enajenaciones, segun nuestra sentencia y declaracion.

En ella no entendemos comprendidos los rústicos y otros que no son vecinos de la ciudad, y tienen posesiones en dichas huertas y viñedos; antes bien los excluimos y esceptuamos, declarando que dichos rústicos y otros que no son vecinos de dicha ciudad y tienen posesiones en los mencionados viñedos y huertos, paguen el laudemio segun ha sido costumbre.

Declaramos no obstante que no pueden dichos enfiteutas poner en posesion á los compradores de los bienes, censales ó posesiones que se tuvieren por la Iglesia ó eclesiásticas personas, sino dando primero la fadiga de treinta dias, dentro de los cuales sea lícito á las mencionadas personas eclesiásticas retener donde no haya enfiteuta medio, ó conceder á otro aun donde haya tal enfiteuta medio, la cosa que por ellos se tiene por el precio que dieren los que quisieren hacer tal compra; y el que contraviniere pague doble laudemio.

Queremos tambien que esta sentencia y declaracion no sólo sea estensiva á las ventas ó enajenaciones futuras, sino tambien á aquellas (de que se acostumbró á percibir laudemio) que se hubieren hecho de los mencionados honores, censales ó posesiones, así en dicha ciudad y arrabales, como en las huertas y viñedos de las mencionadas parroquias al tiempo en que se suscitó la insinuada discordia, ó antes, sobre las cuales no ha habido composicion ó convenio con las personas eclesiásticas, ni estas firmaron los instrumentos otorgados en razon de dichas enajenaciones; de tal suerte que los enfiteutas paguen y hayan de pagar el laudemio por ellas, segun el modo arriba espresado, y que las personas eclesiásticas firmen y estén obligadas á firmar las referidas enajenaciones. Ni por la presente sentencia ó declaracion intentamos causar algun perjuicio á los instrumentos convencionales en que se hubiere espresado cierta cantidad de laudemio; antes bien es nuestra voluntad que continúen en todo su vigor y fuerza.

Acerca de los *establecimientos* que se hagan de los honores y censales que se tuvieren por la Iglesia ó eclesiásticas personas, así en la ciudad y arrabales, como en las huertas y viñedos de dichas parroquias, declaramos y

pronunciamos bajo la misma pena que se dé á las personas eclesiásticas por quien se tienen los mismos honores, censales ó posesiones, la cuarta parte de aquella cantidad que el enfiteuta restablecedor reciba por la entrada.

Y pronunciamos esta declaracion ó sentencia bajo la pena contenida en el compromiso; reservándonos el derecho de que si acerca de ella se originase alguna duda ó fuese necesaria alguna declaracion ó interpretacion, podamos declarar dicha duda, sentencia ó declaracion cuando quiera que nos parezca conveniente ó nos lo pidan las partes ó alguna de ellas.

Dada y leida, etc.

¿Qué es laudemio? Laudemio es: *aquella parte del precio ó estimacion de la cosa que se transfere á otro, debida y pagadera al señor directo, segun la costumbre del país, en razon de la firma, beneplácito ó suscripcion de la enajenacion del feudo ó enfiteusis.*

Explicacion. *Aquella parte del precio ó estimacion de la cosa;* para denotar que el laudemio no sólo se debe de la enajenacion hecha por titulo oneroso, sino tambien por titulo lucrativo. *Que se transfere á otro;* pues para que se deba el laudemio y pueda exigirse, se requiere la real y efectiva entrega, no bastando la fingida tradicion que se hace por precario ó cláusula de simple constituto; porque en las cosas feudales y enfiteuticarias la actual posesion y detencion, siendo cosas de hecho, no se transfieren por un modo ficticio, como es el *constituto* (1). *Debida y pagadera al señor directo;* pues á él se debe el laudemio por razon de la firma, suscripcion ó traslacion que hace el nuevo enfiteuta. *Segun la costumbre del país;* porque sobre el pago de laudemios se ha de observar la costumbre y práctica de cada region, á falta de pactos; pues la costumbre puede aumentar ó disminuir las solemnidades del derecho comun y municipal (2).

¿Por qué se llama Laudemio? Llámase laudemio porque el señor útil ó enfiteuta antes de enajenar la cosa debe hacer saber ó denunciar la venta al señor directo (3); y haciéndolo de este modo se dice en derecho que obsequia y reconoce al señor (4). Así que el laudemio es aquella parte de dinero ó precio que se debe al señor por este reconocimiento ó con ocasion de él, ó de la denuncia que se le hace acerca de la traslacion de la cosa (5).

Géneros de bienes. Hay tres géneros de bienes: unos son *alodiales*, otros *feudales*, y otros *enfiteuticarios*.

(1) Peguera in rep. cap. item ut super præl. 5 n. 8.

(2) Canc. Var. 1, cap. 12, n. 28.

(3) L. 5, cod. de jur. emph.

(4) L. 7, cod. de evict.

(5) Font. decis. 281, n. 11. Peg. in rep. cap. item, ne super laud. præl. 5.

Alodiales. *Alodiales* son aquellos bienes que por nadie son tenidos ó poseídos, ni reconocen superior: de tal suerte que de ellos no se deben servidumbres algunas personales ó pecuniarias.

Alodio. *Alodio* es una finca ó propiedad cuyo dueño puede venderla, darla, ó transferirla á otro por cualquier otro título; y por esto se dice propiedad suya, de la cual puede disponer sin necesitar licencia de otro alguno.

Señor alodial. *Señor alodial* es lo mismo que señor supremo que no reconoce á otro en el dominio de la misma cosa.

¿Por qué se dice así? Se dice señor alodial y sus bienes alodiales del verbo latino *laudare* y la partícula *ab* ó *abs*, y quiere decir que el señor por la adquisición de ellos no debe reconocer á otro, ni denunciar la adquisición (1).

Bienes feudales y enfitentuarios. *Bienes feudales y enfitentuarios* son aquellos que uno tiene por otro, y en los que reconoce superior, no pudiendo enajenarlos sin licencia y consentimiento del señor alodial, por quien se tienen y á quien se reconoce.

NOTA.—En Cataluña puede enajenarse y obligarse el feudo sin consentimiento del señor, y vale la enajenación de tal suerte que no puede revocarse (2); pero es castigado el vasallo con algunas penas, que indica Cancer (3).

Feudatario. *Feudatario*, es aquel que recibe una cosa inmueble para prestar servicio al señor de quien la obtuvo.

Enfitenta. *Enfitenta*, es aquel que recibe una cosa inmueble bajo cierto cánón ó pensión.

Diferencia de bienes enfitentuarios en la ciudad de Barcelona y sus huertas y viñedos. Hay dos clases de bienes enfitentuarios en la ciudad de Barcelona, sus huertas y viñedos; porque unos son de alodio de la Iglesia ó eclesiástico; y otros de alodio de lego ó laical, según se ve por la sentencia arbitral que se insertó arriba (4).

Alodio eclesiástico. *Alodio eclesiástico* es aquel cuyo verdadero señor es la Iglesia, ó el lego que representa la Iglesia, ó una causa piadosa.

(1) Engel. al tit. de feud. n. 12. De estos bienes se trata en el lib. 2 de feud. tit 54.

(2) Const. de Cat. item ne super laud. quest. 2. tit. de dret emphi.

(3) Cancer Var. 1, cap. 12, n. 5 y sig.

(4) Sols. prel. 1, n. 8.

Alodio laical. Alodio *laical* es aquel cuyo verdadero señor es un lego, ó la Iglesia ó establecimiento piadoso que representa al lego.

Conocimiento de los alodios. Para conocer si el alodio es eclesiástico ó laical es preciso atender al señor directo: si este hubiere sido desde su origen de la Iglesia ó establecimiento piadoso, será el alodio eclesiástico; pero si hubiere sido lego, será el alodio laical.

NOTA.—Aunque la Iglesia suceda al lego y éste á la Iglesia despues de la publicacion de la sentencia arbitral, no muda la propiedad de naturaleza para el pago de los laudemios; porque entónces se subroga uno en lugar del otro, y el subrogado se hace de la misma naturaleza y condicion que la persona á quien sustituye. Por tanto, si la Iglesia sucede al lego despues de dicha sentencia, debe recibir el laudemio como el lego lo recibia; y de la propia suerte si sucediere el lego á la Iglesia despues de dicha sentencia, percibirá el laudemio como la misma Iglesia (1).

Número de los señores en los predios. Así por derecho comun como por el municipal de Cataluña, en cualquier predio ó finca sólo puede haber un señor, escepto en la ciudad de Barcelona, sus huertas y viñedos, donde por uso escrito pueden darse cuatro señores, esto es, un directo y tres medios (2).

Especies de predios. Hay dos especies de predios: unos son *urbanos* y otros *rústicos*. Urbanos se llaman todos los edificios hechos con el objeto de habitar; rústicos son todos aquellos que se construyen no con el fin de habitar, sino con el de guardar ó conservar frutos, segun se dijo arriba en la primera parte, cap. 1, § de las servidumbres.

¿De qué contratos se debe el laudemio? Débese el laudemio así por derecho comun como por el municipal de Cataluña, de todos los contratos de enajenaciones, y de todos los actos por los cuales se trasfiere el dominio de uno á otro; ya sea por titulo oneroso, ya por lucrativo; escepto cuando el predio feudal ó enfiteútico pasa por titulo lucrativo de padre á hijo, nieto ú otro descendiente por línea recta; pues entonces no se debe laudemio, por cuanto entre ellos no se hace enajenacion, sino que hay continuacion de dominio (3).

Titulos onerosos. Los titulos *onerosos* son la venta, la permuta, la insolutumdacion, feudo, el enfiteusis y otros semejantes, en los que se dá di-

(1) Sols. cell. 1, n. 8 y sig.

(2) Sols. præl. 2, n. 12.

(3) Peg. in rep. cap. item ne super. laud. vers. 1 desde el 73.

nero ó un equivalente para la cosa, ó se pone algun gravámen al que la adquiere.

Lucrativos. Títulos *lucrativos* son la donacion, el legado, la institucion de heredero, la sustitucion, el vínculo, el fideicomiso, la sucesion abintestato, y otros semejantes en que nada se dá por la cosa, ni resulta de ella gravámen alguno.

Los habitantes de Barcelona pagan el laudemio por título lucrativo. En la ciudad de Barcelona, sus huertas y viñedos, así los vecinos como los demás habitantes, deben pagar el laudemio de todos los contratos de enajenaciones, por los cuales se trasfiere de uno á otro el dominio por título oneroso, segun se espresa en la susodicha sentencia arbitral.

Los vecinos de dicha ciudad no pagan laudemio por título lucrativo. Los vecinos de Barcelona, así en la ciudad como en sus huertas y viñedos, no pagan laudemio por títulos lucrativos, segun privilegio concedido precisamente á dichos vecinos con este objeto (1). En el mismo estado se hallan los forasteros y villanos ó rústicos en cuanto á las posesiones que tienen dentro de la ciudad de Barcelona, si las enajenasen por título lucrativo: lo contrario sucede con respecto á las que tienen en las huertas y viñedos, aun cuando se enajenen por título lucrativo. La razon de esta diferencia se deduce principalmente de la susodicha sentencia arbitral; pues obligando espresamente á los forasteros y rústicos á que paguen laudemio de las enajenaciones hechas por ellos de las posesiones existentes en las huertas y viñedos, parece que están tácitamente excluidos ó libres de tal pago por las posesiones sitas dentro de la ciudad y enajenadas por ellos con dicho título lucrativo; pues la inclusion de uno supone la exclusion de otro; y al contrario.

¿Quiénes son vecinos ó ciudadanos? Vecinos ó ciudadanos son los que habitan ó tienen su domicilio dentro de los muros de la ciudad; y adviértase además que cualquiera forastero que estuviere en Barcelona un año y un dia se tiene por vecino (2).

¿Quiénes son los rústicos y forasteros? Rústicos y forasteros son aquellos que moran fuera los muros de la ciudad, aunque habiten en dichas huertas y viñedos; porque no pagan las cargas de la ciudad ni gozan de sus oficios y honores.

NOTAS.—1.º Por costumbre son tratados como vecinos para el pago de laudemios, los que moran en las huertas y viñedos de Barcelona.

(1) *Recognov. proc. cap. 1.*

(2) *Recognov. proc. cap. 55.*

Estension de las huertas y viñedos. Las huertas y viñedos se estienden hasta los límites de las parroquias de Barcelona, como tambien de S. Martin de Provensals, de S. Vicente de Sarriá, de S.^a Maria de Sans, y no mas allá, segun se contiene en la referida sentencia arbitral.

2.^a Aunque en dicha sentencia se hace mencion de los arrabales de la ciudad, como en el dia no los hay á causa de haber sido incluidos en ella por la construccion de las nuevas murallas, no hay por que hablar de ellos.

Cantidad que ha de pagarse por el laudemio. Por derecho comun se debe pagar por laudemio la quincuagésima parte del precio ó valor de la cosa que se trasfiere á otra persona, sea enfiteuta ó feudal, no hallándose establecida otra cosa en los feudos (1).

En la enajenacion del feudo. Si se enajenare el feudo por titulo oneroso, debe pagarse por derecho de Cataluña la tercera parte del precio (que por esto se llama tercio), ó valor de la cosa que se trasfiere (2); pero si la enajenacion se hiciere por titulo lucrativo, ha de pagarse la décima parte del precio ó de la estimacion de la cosa; esceptuando sin embargo el padre, la madre y descendientes, porque estos no pagan laudemio (3).

En la traslacion de la cosa enfiteútica. Si la cosa enfiteútica se enajenare por titulo oneroso, tambien se deberá la tercera parte del precio ó valor de la cosa, así de entrada como de censo (4); pero si fuere por titulo lucrativo, se deberá pagar el medio tercio y medio laudemio, esto es, cuatro sueldos y cuatro dineros por cada libra de todo el valor de la cosa (5).

En la traslacion de la cosa por linea recta nada se paga. Si la cosa feudal ó enfiteútica pasare por cualquier titulo lucrativo de padre á hijo, nieto ú otro descendiente, ó de hijo á padre, abuelo ú otro ascendiente por linea recta, no se debe laudemio, porque entre ellos no se hace enajenacion, sino que se continúa el dominio; pues los hijos viviendo el padre se consideran en cierto modo señores, porque segun la ficcion de derecho el padre y el hijo se reputan como una sola y la misma persona (6).

Ni de hermano á hermano, etc. Ni se debe laudemio cuando el feudo ó enfiteusis pasa de hermano á hermano por juicio del padre testador, á

(1) L. 3, Cod. de jur. emph.

(2) Const. 2, tit. de dret emph.

(3) Dicha Const. 2.

(4) Sols. cell. 9, n. 10.

(5) Canc. var. 1, cap. 11, n. 72.

(6) Sols. cell. 1. n. 72.

saber por sustitucion ó fideicomiso; pues entonces sucede á su padre, y no al hermano (1).

¿Qué son medio tercio y medio laudemio? El medio tercio es la mitad del tercio directo, á saber, tres sueldos y cuatro dineros por libra; y medio laudemio es la mitad del laudemio directo, esto es, un sueldo por libra.

¿Qué se paga en Barcelona de los alodios de la Iglesia? En la ciudad de Barcelona se paga por laudemio, de los alodios de la Iglesia que se venden ó enajenan por otro título oneroso, la séptima parte del precio ó valor de la cosa si fueren los predios urbanos, y la quinta parte si fueren rústicos, aunque la enajenacion se haga por forasteros, porque estos gozan del privilegio de los vecinos en la ciudad de Barcelona, y son tratados como tales en fuerza de la sentencia arbitral inserta arriba. Esto debe entenderse si sólo hubiere dueño ó señor directo, porque si hubiere señores medios, sean uno ó muchos, se paga al mismo directo el tercio del séptimo, ó sólo el tercio del quinto, segun se verá mas abajo en la division de los laudemios.

¿Qué se paga en las huertas y viñedos? En las huertas y viñedos por los referidos alodios de la Iglesia se ha de pagar la quinta parte de todo el precio ó valor de la cosa, si sólo hubiere señor directo; y el tercio del quinto si hubiere medios, sean uno ó muchos. Esto debe entenderse tanto de los predios urbanos como de los rústicos, con tal que la enajenacion se haga por vecinos de Barcelona; pues en territorio designado rigorosamente, esto es, las huertas y viñedos, son escludidos los forasteros por la susodicha sentencia; y así recurriendo á la antiquísima costumbre general que habia en Cataluña y principalmente en la ciudad de Barcelona, sus huertas y viñedos, los forasteros deben pagar un simple tercio.

No hay diferencia alguna entre predios rústicos y urbanos en las huertas y viñedos. La razon de no hacerse diferencia entre predios urbanos y rústicos en las huertas y viñedos, consiste en que regularmente los predios urbanos se construyen en dichas huertas y viñedos entre varios predios rústicos, y para su ornato, debiendo por tanto ceder á estos; pero si los predios urbanos no tuvieren conexion con los rústicos, entonces se pagará el séptimo, alterándose la cláusula de quinto en la de séptimo, y al contrario (2).

¿Qué ha de pagarse de los establecimientos de cosa de la Iglesia de Barcelona? De los establecimientos de predios sitios en la ciudad de Barcelona que son de alodio de la Iglesia, se ha de pagar la cuarta parte de entrada solamente y no de censo con dominio, ya sea el predio rústico, ya urbano, aun-

(1) Sols. quest. 1, n. 8.

(2) Sols. cell. 1, n. 44.

(4) Sols. cell. 1, n. 10.

(5) Caus. var. 1, cell. 1, n. 72.

(6) Sols. cell. 1, n. 72.

que el establecimiento haya sido hecho por forasteros; porque estos, como se ha dicho, gozan en la ciudad de Barcelona del privilegio de vecinos, segun el tenor de la mencionada sentencia arbitral: entendiéndose esto si sólo hubiere señor directo; pues habiendo medios, sean muchos ó uno solo, se pagará al mismo directo una cuarta parte de la cuarta solamente.

¿Qué se ha de pagar en las huertas y viñedos? En las huertas y viñedos se ha de pagar tambien la cuarta parte de entrada solamente (y no de censo con dominio), cuando sólo existe un señor directo eclesiástico, y una cuarta parte, cuando hay otros medios sean muchos ó uno, asi de los predios rústicos como urbanos, con tal que el establecimiento se haga por vecinos de Barcelona; pero si se hiciere por forasteros, se pagará, en fuerza de dicha antiquísima costumbre, un simple tercio asi de entrada como de censo, por cuanto se escluyen los rústicos, segun la referida sentencia.

Números de los señores de Barcelona en las huertas y viñedos. Tres pueden ser los señores medios así en la ciudad de Barcelona como en sus huertas y viñedos, en cuanto á la dominacion ó mera percepcion, y del censo que se impone en nuda percepcion despues del directo, ó por otro despues del complemento de los señores, se debe laudemio, segun el espíritu de la *constitucion 5.^a, titulo de Dret emphiteutich* (*).

Pena del vendedor que entrega la posesion antes de la fadiga. Si el vendedor pusiere al comprador en posesion de la cosa que se tiene por la Iglesia ó personas eclesiásticas en la ciudad, huertas y viñedos antes de dar la fadiga de los treinta dias (dentro de los cuales puede el señor alodial retenerla para sí no habiendo enfiteuta medio, ó concederla á otro, segun se verá mas adelante en el tratado de las fadigas), incurre en la pena de doble laudemio segun la espresada sentencia arbitral.

¿Qué han de pagar los rústicos por laudemio de título lucrativo en las huertas y viñedos? Los rústicos deben pagar de los predios de la Iglesia que adquieren por título lucrativo en las huertas y viñedos, el medio tercio y el medio laudemio, porque segun se ha dicho, son espresamente escluidos en territorio designado estrictamente, esto es, en las huertas y viñedos, y no gozan del privilegio de vecinos para no pagar laudemio en dicho lugar de títulos lucrativos; y así permaneciendo forasteros segun la antigua costumbre, deben pagar medio tercio y medio laudemio (1).

(*) Aunque Vives en su traduccion de las constituciones de Cataluña impugna esta opinion de Gibert, la práctica está en favor de este, y la apoyan otras razones legales que seria largo referir aqui.

(1) Ripoll. Var. cap. 7 n. 434 y sig. Sols. cell. 1, n. 2 y 6.

¿Qué se paga de los alodios de legos de Barcelona y en las huertas y viñedos?

De los alodios de personas legas, los cuales se venden, dan en eufiteusis ó se enajenan por otro titulo oneroso, así por los vecinos como por los forasteros; ó bien de los predios urbanos ó rústicos, sitios en la ciudad de Barcelona y sus huertas y viñedos; se ha de pagar por laudemio la décima parte del precio ó valor, y nada mas. En tanto es esto cierto, que los legos así dentro de la ciudad como de las huertas y viñedos de la misma, no pueden percibir sino el diezmo, ni pactar ó estipular de nuevo acerca del pago de laudemio mas ni menos que la décima parte, porque se lo prohibe el privilegio Real trasladado por Solsona (1).

Los vecinos nada pagan por titulo lucrativo.

Los vecinos, así en la ciudad como en las huertas y viñedos, no deben pagar laudemio de las cosas adquiridas por titulo lucrativo, en fuerza de dicho privilegio del Sr. Rey D. Pedro II; pero los forasteros y rústicos, á los cuales no se estiende dicho privilegio, antes bien son escluidos por la sentencia arbitral, en las huertas y viñedos, deben pagar laudemio de los predios de los legos que adquieren en las mismas huertas y viñedos (2).

¿Cuándo puede el lego percibir mas del diezmo por laudemio?

Aunque el lego no puede percibir mas del diezmo en la ciudad, huertas y viñedos, segun el referido privilegio; sin embargo á veces llega el caso en que le es permitido percibir mas de dicho diezmo, á saber: cuando por el forastero ó rústico se vende ó enajena algun predio sito en dichas huertas y viñedos, que pertenece á la Iglesia con dominio directo, y á un lego por dominio medio; en cuyo caso el tercio que ha de pagarse, se dividirá igualmente entre el señor directo y el medio.

¿Quiénes deben pagar el laudemio?

Así por derecho comun como por el municipal de Cataluña, el comprador ó adquirente regularmente debe pagar el laudemio, á no ser que se haya pactado otra cosa, ó que hubiere costumbre en contrario; pues en el pago de laudemios se ha de juzgar primeramente segun los pactos, despues segun la costumbre del pais, y últimamente segun el derecho escrito (1). Pero habiendo en la ciudad de Barcelona, sus huertas y viñedos un privilegio, esto es, la sentencia arbitral, por la que está establecido que el vendedor ó enajenador debe pagar el laudemio; es claro que omitidos el derecho comun y el municipal, sólo se ha de atender á este privilegio local en los contratos onerosos; pues acerca de los lucrativos se paga en todas partes el laudemio por el adquirente.

(1) Sols. cell. 2, n. 2 y sig. y cell. 4.

(2) Sols. cell. 7, n. 30 y sig.

(3) Canc. Var. 1, cap. 11, n. 77.

¿Qué se observa en las ventas á carta de gracia?

Aunque en las ventas celebradas con pacto de retrovender se deba el laudemio íntegro, no siendo la retroventa una segunda venta, sino una mudanza ó conversion de la primera en un pacto para disolverla, habiendo quedado desde el principio perfeccionada en todo punto; por costumbre de Barcelona y otras partes por la venta con dicho pacto se paga medio laudemio, y por la retroventa otro medio (1).

NOTAS.—1.^a Si la venta no hubiere sido hecha desde el principio con dicho pacto de retrovender, sino pasado algun tiempo, en tal caso se deberá por la retroventa otro laudemio, porque este pago no se hace en consideracion de la primera venta, ó del pacto convenido en ella, sino en fuerza de un pacto nuevamente celebrado; por lo cual se ha de reputar por un nuevo contrato.

2.^a Si el dicho pacto de retroventa puesto para redimir la cosa dentro de cierto tiempo, se prorogase á otro, se debe el laudemio por la retroventa hecha pasado el primer tiempo; porque este pago no se hace en fuerza de la primera venta, sino del segundo pacto; y por tanto debe tambien reputarse por un nuevo contrato.

No se debe laudemio por la enajenacion necesaria.

Por la enajenacion necesaria no se debe laudemio, v. g. si dos tuviesen en comun una cosa, la cual en tal caso es indivisible. Supongamos que haya de venderse en pública subasta ó adjudicarse á uno de ellos: si alguno de los dos comprare la otra parte en la subasta, no está obligado á pagar laudemio por ella, porque ha sido vendida y comprada por necesidad; lo cual ha de entenderse cuando la enajenacion es necesaria de parte del comprador, ó de aquel á quien se transfiere la posesion por título. Se amplia tambien esta enajenacion necesaria, cuando el acreedor recobra la cosa vendida por pacto antecedente, á causa de que el vendedor ó poseedor deja de pagar ó cumplir lo que prometió y es debido. Además se amplia cuando uno trata de vender en beneficio de la Iglesia, de la libertad, de los edificios que se construyen para adorno de la ciudad, ó bien de la paz, ó por causa de otra utilidad pública. Sin embargo si la venta fuere hecha por un juez á instancia de algun acreedor, aunque esta enajenacion pueda decirse necesaria, no obstante se debe por costumbre el laudemio, por no considerarse simplemente necesaria, sino que se hace por débitos que voluntariamente contrajo el enfitentea (2).

No se debe laudemio de la enajenacion prohibida.

Por la enajenacion hecha de las cosas enfitéuticas, y prohibida por el testador ó la ley, no se debe laudemio, porque tales condiciones impiden el contrato de enaje-

(1) Canc. Var. 1, cap. 11, n. 78.

(2) Canc. Var. 1, cap. 11, n. 81 y 91. Ripoll, Var. cap. 7, n. 274.

nacion y de traslacion de dominio; y así por la nulidad que lleva en sí tal enajenacion, no se debe laudemio alguno (1). Pero si tuviere efecto por espacio de mucho tiempo, y despues se anulare la venta, no habrá lugar á repetir lo pagado (2).

De la venta de censo se debe laudemio. Si se vendiere un censo impuesto sobre cosa enfitéutica, se debe laudemio no sólo al señor directo, sino tambien á los medios que haya superiores al vendedor; pero no á los que sean inferiores á este por repugnarlo el derecho (3): de donde resulta, que si vendiese un censo el inmediato al señor directo, percibirá éste el laudemio entero.

¿Cuándo no se debe el laudemio en la venta condicional? Si la venta se hubiere hecho bajo de condicion, v. g. si no se presentare otra mas ventajosa mientras está pendiente la primera, no se debe laudemio; pues antes de existir la condicion no hay contrato.

Si el señor compra no debe laudemio. Si el señor comprare ó hubiere usado de la fadiga reteniendo para sí, no se le debe laudemio por cesar todas las razones en virtud de las cuales tiene derecho de percibirle; pues entonces no hay firma ni aprobacion de nuevo enfitéuta; ni el vendedor le pone en posesion, ni el señor recibe contra su voluntad un nuevo deudor (4).

¿Qué sucede en la permuta? Aunque la permuta es un contrato oneroso, por ser una especie de venta (5), sin embargo no se paga laudemio como de otros contratos onerosos; pues sólo se debe al señor directo la cuarta parte del justo valor ó estimacion de la cosa; pero en la ciudad de Barcelona, sus huertas y viñedos se observa la cláusula del séptimo y del quinto respectivamente en los alodios de la Iglesia, y de la décima en los alodios de legos, como en otros contratos onerosos (6).

De la donacion vitalicia se debe laudemio y cuánto. De la donacion hecha en favor de alguno para toda su vida se debe laudemio, si aquel á quien se donó viviese largo tiempo, y así debe esperarse hasta su muerte para saber si vivió poco ó mucho tiempo (7).

(1) Canc. Var. 1, cap. 2, n. 119 y cap. 11, n. 89. Peg. in rep. cap. item ne super laud. vers. 1, n. 92.

(2) Font. de pact. cl. 4, glos. 9, part. 5, n. 129 y sig.

(3) Sols. cell. n. 21.

(4) Peg. in rep. cap. item vers. 1, n. 115 y 118.

(5) Canc. Var. 1, cap. 11, n. 76.

(6) Sols. Cell. 8, n. 11 y sig. edicion del año 1576, y el tit. consuet. aut. n. 12 fol. 16.

(7) Canc. Var. 1, cap. 11, n. 79 y 83.

¿Qué se observa en cuanto á la licencia de luir ó redimir el censo?

De la licencia ó facultad de redimir el censo ó parte de él, no se debe laudemio al tiempo de la concesion de dicha facultad, sino en caso de verificarse la redencion; no obstante por costumbre algunos señores de Barcelona pretenden exigirle al tiempo de la concesion, aunque defiende acérrimamente lo contrario *Solsona* (1). Algunos exigen tambien la mitad al tiempo de la concesion de la licencia, y la otra mitad al tiempo de la redencion.

¿Qué se observa en cuanto á la cuarta precaria?

En Cataluña por la cuarta precaria, ó renovacion de la investidura que hace el señor al enfiteuta por falta de títulos, sólo se dan por costumbre inconcusa al señor directo nueve sueldos por derecho de pluma ó firma (2). Sin embargo el señor no está obligado á hacer nueva investidura hasta que se le entreguen los laudemios debidos de las enajenaciones, pues por aquella renovacion de título parece que aprueba los contratos pasados, y se entiende que con su silencio remite ó condona los laudemios.

Del reconocimiento de la venta.

Por costumbre del principado de Cataluña no se debe laudemio del reconocimiento de venta hecha por otro, si aquel se verificare dentro del año; pero se deberá pasando este. La razon de esta diferencia es que en el primer caso se considera un solo contrato y se cree al que dice haber comprado en nombre de otro, siendo por consiguiente una venta; pero en el segundo hay dos, y por consiguiente dos enajenaciones (3).

De la cosa dada en dote.

Si la cosa feudal ó enfiteútica se diere en dote estimada, se debe el laudemio, porque la estimacion hace que la finca sea vendible; á no ser que la estimacion se haga con el objeto de saber el valor al tiempo de la restitucion, ó para que la mujer pueda elegir si quiere pedir la cosa ó mas bien la estimacion disuelto el matrimonio (4).

De la transaccion.

Si alguno por transaccion transfiere á otro la cosa feudal ó enfiteútica, se debe al señor el laudemio, porque no puede hacer esto sin consentimiento del mismo; pero si retuviere la cosa feudal ó enfiteútica que antes poseia, dando algo á su contrario. ó bien haciendo alguna cosa en su favor, no se debe el laudemio, porque entonces la transaccion no produce traslacion de dominio; y así es permitida sin consentimiento del señor (5).

(1) Sols. Cell. 9, n. 51.

(2) Sols. Cell. 11, n. 1 y 2.

(3) Canc. part. 4, cap. n. 68.

(4) Peg. in rep. cap. item ver. 4, n. 81 y 109. Canc. Var. 4, cap. 9, n. 121 y sig.

(5) Canc. part. 4, cap. 11, n. 74.

Del arrendamiento. Del arrendamiento hecho por corto tiempo no se debe laudemio, y al contrario si se hiciere por largo tiempo; pues en este caso se tiene por enajenación. En la ciudad de Barcelona, sus huertas y viñedos, por cierta costumbre se reputa largo tiempo el que pasa de cinco años; pero fuera de dicha ciudad, sus huertas y viñedos, en algunos lugares se tiene por largo el que pasa de diez años (1).

De la division. De la division de las cosas que no pueden dividirse cómodamente, aunque intervenga dinero, no se debe laudemio; y al contrario si pudiere hacerse una division cómoda, pues entonces se debe el laudemio del dinero que interviene, por cuanto en este caso no hay necesidad de él; y si en el primero, además de que en el segundo caso se tiene por venta, segun el derecho comun. En la ciudad de Barcelona es lícito á cualquiera dividir la cosa dejada por el difunto, aunque intervenga dinero, sin espónerse á pagar el laudemio (2).

De la restitucion. De la restitucion hecha por el heredero gravado en vida del fideicomisario, se debe laudemio, no respecto de la herencia, sino considerando el tiempo que puede vivir el que restituye; segun la disposicion de la ley *computationi* (3).

De la posesion. La mujer no debe laudemio de la posesion que toma pro tenuta. de los bienes del marido para conservar la tenuta, por- que posee como acreedora.

El laudemio se debe al usufructuario. Debe pagarse el laudemio al usufructuario y no al propietario; pues aunque el laudemio se deba por la cosa, sin embargo es fruto del mismo dominio directo (4).

Lo paga el propietario. El laudemio ha de pagarse por el propietario y no por el usufructuario testamentario; porque haciéndose en un solo acto la enajenacion de la propiedad, y debiéndose el usufructo y el laudemio de la propiedad enajenada, por ser una carga real; es claro que mas bien le debè el propietario como mas principal y teniendo mejor título, que el usufructuario; á menos que haya costumbre en contrario, pues entonces se ha de estar á ella.

(1) Sols. prel. 4, n. 27.

(2) Recogn. proc. cap. 70. Sols. Cell. 1, n. 42.

(3) L. 68, ff. ad leg. falc.

(4) Font. decis. 205, n. 12.

(1) Sols. Cell. 9, n. 37.
(2) Sols. Cell. 11, n. 1 y 2.
(3) Canc. part. 1, cap. n. 68.
(4) Reg. in rep. cap. item con. l. n. 87 y 100. Canc. Var. 4, cap. 9, n. 121 y 122.
(5) Canc. part. 1, cap. 11, n. 74.

El laudemio se debe despues de la entrega de la cosa.

Para que se deba el laudemio es preciso que preceda real y efectiva entrega; y así si la cosa no hubiese sido entregada pueden las partes revocar el contrato, y apartarse de él sin esponerse á pagar el laudemio (1). Pero si habiéndose verificado la entrega rescindieren el contrato, entonces se debe doble laudemio, uno por la venta en que se trasladó el dominio al comprador por el vendedor, y otro de la rescision ó retrato, en el cual el comprador trasfiere nuevamente el dominio al vendedor.

Se debe el laudemio al tiempo de la cosa.

Débase el laudemio al tiempo de la traslacion de la cosa enajenada, porque entonces recibe el contrato su perfeccion, y no debe atenderse al tiempo de la celebracion de él, sino al de la entrega del dinero y de la cosa, por ejemplo: si yo vendiere á otro una cosa feudal ó enfitéutica al tiempo en que era señor directo Andrés sin entregarla por entonces, y despues el mismo Andrés dejase de ser señor directo, sucediéndole Diego al tiempo en que yo hiciera la entrega al comprador, se debe el laudemio á dicho Diego, por cuanto éste es señor directo al tiempo de la tradicion de la cosa, que es cuando la venta recibe su perfeccion (2).

El señor no puede obligar á que se haga la entrega de la cosa.

El señor no puede obligar á las partes á que se haga la entrega real de la cosa feudal ó enfitéutica; pues aunque se haya celebrado el contrato sin consentimiento del mismo, ningun perjuicio se le sigue, ni se vulnera su derecho, á no ser que la cosa feudal ó enfitéutica se entregue al nuevo adquirente, en cuyo caso se sigue al señor el perjuicio de recibir un nuevo enfiteuta por la mudanza de persona, y recibe contra su voluntad un nuevo deudor, lo que es contra el derecho comun (3).

Debe tenerse mucha precaucion en Barcelona sobre el convenio de pagar el laudemio.

El escribano debe tener gran precaucion de que las partes no pacten en el contrato de venta celebrado en Barcelona, sus huertas y viñedos, que el comprador pague el laudemio; pues entonces se deberá al señor laudemio del laudemio, y por este pacto el mismo laudemio se hace parte del precio (4).

Laudemio de hipoteca especial.

De la hipoteca especial ú obligacion que se hace de las cosas feudales ó enfitéuticas, si realmente y de hecho se entrega la posesion se debe laudemio al señor directo; pues entonces siendo

(1) Canc. par. 1, cap. 12, n. 22.

(2) Canc. Var. 1, cap. 12, n. 79.

(3) Peguera in rep. cap. item vers. 1, n. 98.

(4) Sols. cell. 10. n. 44.

una especie de enajenacion se necesitaria el consentimiento del señor, porque cuando se prohíbe algo, todas las cosas que conducen á esto se entienden prohibidas, cuyo laudemio en los feudos es la vigésima parte de la cantidad por la que se hipoteca la cosa y en el enfiteusis es la tercera parte de la cantidad. No obstante en la ciudad de Barcelona, sus huertas y viñedos, se observa otra cosa; y sucediendo rara vez que se pague el laudemio de hipoteca especial, pues siempre suele entregarse la posesion por cláusulas fingidas ó de simple constituto, en cuyo caso no se debe laudemio alguno; omito decir mas, y el que quiera imponerse á fondo en esta materia puede recurrir á Solsona (1).

Prescripcion de laudemio. El laudemio se prescribe por espacio de treinta años; y esta prescripcion contra el señor empieza á correr desde el tiempo en que el mismo tuvo noticia de que se le debia el laudemio, esto es, que viere enajenado en favor de otro el feudo ó enfiteusis. Pero contra el fisco no se prescribe el laudemio en Cataluña sino pasados cuarenta años, aunque el fisco no tuviere noticia de dicho laudemio (2).

En Cataluña tenemos sobre los laudemios la famosa constitucion 2.^a tit. de *Dret emphiteutich*, la que ilustraron con doctísimos comentarios Peguera y Villaplana, á los cuales podrá recurrirse siempre que ocurra duda acerca de pagar ó no laudemios. Véase tambien á Solsona en el libro que intituló *Lucerna laudemiorum*, á Cancer Var. 1, cap. 11 y 12, á Font. decis. 276 y sig. y decis. 387, y á Socarrats *in consuetudine Cathal. cap. cautum est, quod si fortè*: estos autores escribieron muchas cosas sobre esta materia tanto del derecho comun como del municipal escrito y consuetudinario.

DIVISION DE LOS PREDIOS ECLESIASTICOS.

Còmputo de los laudemios de las ventas hechas por los vecinos y forasteros de las propiedades sitas en la ciudad de Barcelona, que se tienen por la Iglesia ó bajo su dominio y alodio, ó por un lego que sucede á la Iglesia.

Si el señor alodial fuere solo recibirá el séptimo, esto es, dos sueldos diez dineros y dos séptimas partes de dinero por cada libra. 2 $\frac{2}{7}$ 10 $\frac{2}{7}$ ds.

(1) Sols. cell. 8.

(2) Cap. 42, Curiar. año 1599. Canc. Var. 1, cap. 12, n. 10 y sig.

Si hubiere un señor medio sólo recibe el alodial un tercio del séptimo, esto es, once dineros y tres séptimas partes de dinero. 11 3/7
 Y el señor medio, diez y ocho dineros. 1 6

Si hubiere dos señores medios, recibe el alodial lo mismo que cuando no hay mas que uno.

El medio inmediato alodial, seis dineros. 6

Y el otro señor medio superior al útil, un sueldo. 1 6

Si hubiere tres Sres. medios, el alodial recibe lo mismo que se dijo arriba.

Y cualquiera de los medios, sin diferencia, seis dineros, y entre todos son. 1 6

NOTA. — Aunque segun se ha dicho arriba el séptimo son dos sueldos diez dineros dos séptimos, y el tercio del séptimo once dineros tres séptimos; sin embargo la costumbre es, que cuando está solo el señor alodial recibe únicamente dos sueldos y seis dineros, y si hubiere señores medios, recibe por el tercio de dicho séptimo once dineros por libra, ya sea uno el señor medio ó muchos; y en cuanto á los señores medios nada se varia.

Division de los laudemios eclesiásticos por las ventas en las huertas y viñedos.

Cómputo de los laudemios eclesiásticos de las ventas hechas por los vecinos de las propiedades rústicas, sitas en la ciudad de Barcelona, sus huertas y viñedos, y por los forasteros de las sitas dentro de la misma ciudad.

Si fuere solo el señor alodial recibe el quinto, esto es, cuatro sueldos por libra. 4 6

Si hubiere un señor medio, sólo recibe el alodial el tercio del quinto, esto es, diez y seis dineros. 1 6 4

Y el medio, diez y ocho dineros. 1 6 6

Si hubiere dos medios, el alodial recibe tambien el tercio del quinto.

El medio inmediato alodial, seis dineros. 6

Y el otro medio que sea superior al útil, un sueldo. 1 6

Si hubiere tres señores medios, el alodial recibe lo mismo que arriba, esto es, diez y seis dineros.

Y cada uno de los medios, seis dineros. 1 6 6

Division de los laudemios eclesiásticos por los establecimientos.

Cómputo de los laudemios eclesiásticos por entrada de los establecimientos hechos por los vecinos de las propiedades urbanas ó rústicas, sitas en la ciudad de Barcelona y sus huertas y viñedos, y por los forasteros de las sitas dentro de la misma ciudad.

la misma ciudad.

Si el Sr. alodial fuere solo, recibe el cuarto, esto es, cinco sueldos por libra. 5 ₧
 Si hubiere un medio, sólo recibe el alodial un cuarto del cuarto, esto es, quince dineros. 1 ₧ 3
 Y el medio, diez y ocho dineros. 1 ₧ 6
 Si hubiere dos señores medios, el alodial recibe tambien el cuarto del cuarto, esto es, quince dineros.
 El medio inmediato al alodial, seis dineros. 6
 Y el otro medio que sea superior á útil, un sueldo. 1 ₧
 Si hubiere tres señores medios, el alodial recibe lo mismo que arriba, esto es, quince dineros.
 Y cada uno de los medios seis dineros. 1 ₧ 6

De lo dicho se infiere que es mas útil al vendedor ó establecedor que en los predios de la Iglesia además del señor alodial exista algun señor medio; pues en este caso sólo debe pagar de laudemio por la cláusula del séptimo dos sueldos cinco dineros; por la del quinto 2 ₧ 10 ds.; y por la cuarta parte del establecimiento 2 ₧ 9 ds. que han de repartirse del modo dicho entre los espresados señores respectivamente. Así que ceden en favor del vendedor ó establecedor (á cuyo cargo está el pago del laudemio segun la susodicha sentencia arbitral en la ciudad de Barcelona, sus huertas y viñedos) 5 ds. y parte de 1 d. de la cláusula del séptimo; 1 ₧ 2 ds. de la cláusula del quinto; y 2 ₧ 3 ds. de la del cuarto. Si el alodial fuere solo, entonces recibe íntegro el séptimo, quinto ó cuarto respectivamente.

DIVISION DE LOS PREDIOS DE LEGOS.

Division de los *Cómputo de los laudemios de las ventas y establecimientos,*
 laudemios de legos. *así por los vecinos como forasteros de las propiedades urba-*
nas ó rústicas que son de alodio laical, sitas en la ciudad de Barcelona, sus
huertas y viñedos.

Si el señor alodial fuere solo recibe el diezmo, esto es, dos sueldos por libra. 2 ₧
 Si hubiere un señor medio sólo recibe el alodial cuarto del diezmo, esto es, seis dineros. 6
 Y el medio, diez y ocho dineros. 2 ₧ 6
 Si hubiere dos señores medios, recibe el alodial lo mismo que cuando no hay sino uno, esto es, seis dineros.

El medio inmediato al alodial, seis dineros. . . . 6

Y el otro medio que existe sobre el útil, un sueldo. . . . 1 §

Si hubiere tres señores medios el alodial recibe lo mismo, esto es, seis dineros.

Y cada uno de los medios, sin diferencia, seis dineros, que hacen entre todo. . . . 1 § 6

DE LA FADIGA.

Teniendo el señor directo, así por derecho comun como municipal en la cosa feudal ó enfiteútica el derecho de retencion ó prelación, que se llama vulgarmente fadiga, exige el orden que tratemos aquí de las fadigas.

¿Qué es fadiga? FADIGA ES: el derecho de preferencia ó de retencion de la cosa feudal ó enfiteútica enajenada, por el mismo precio que compete al señor directo.

Especies de fadiga. Hay dos especies de fadiga, á saber, *legal* y *convencional*. Fadiga *legal*, es la que corresponde por la ley. *Convencional*, es la que dimana de pacto ó condicion establecida entre las partes, esto es, cuando uno vende alguna cosa inmueble con el pacto de que dentro de cierto tiempo, ó cuando quisiere el vendedor, pueda recuperar la cosa vendida; ó cuando las partes han convenido en la carta de gracia que se vendiere el derecho de luir, el comprador sea preferido á todos, de cuya fadiga no tratamos aquí sino de la *legal*.

¿A quiénes compete en la ciudad de Barcelona, sus huertas y viñedos si hubiere un solo señor? Si fuere uno solo el señor directo, ya sea eclesiástico ó lego, corresponde la fadiga ó el derecho de preferencia, así para el propio uso como para el ajeno, á saber, concediéndosela á otro, segun se espresa en la sentencia arbitral inserta arriba vers. *declarantes nihilominus*; pues cuando el dominio útil que tiene el enfiteuta se separa del directo con voluntad del superior, justo es que el señor adquiriera la fadiga, y sea preferido á otros cualesquiera (1); y en caso de que él retenga la cosa se consolide el dominio útil con el directo, volviendo la cosa á su primera forma (2).

(1) Sols. quest. 5, n. 18 y 24.

(2) Sols. quest. 5, n. 20 y 25.

Si hubiere dos señores.

Si hubiere dos señores, esto es, uno directo y otro medio, entonces este puede usar de la fadiga para su uso solamente, esto es, retenerla para sí y no concederla á otro, en cuyo caso no puede el señor directo desecharle como enfiteuta, porque no es lícito desaprobár al que una vez fué admitido (1). Pero si dicho señor medio no usase de la fadiga, entonces el directo puede conceder á otro la cosa y no retenerla para sí, á fin de evitar la imposibilidad de derecho, esto es, que una propia persona sea en la misma cosa superior é inferior, señor y vasallo, ó bien señor y enfiteuta, lo cual no puede hacerse de modo alguno; porque lo que naturalmente está prohibido no puede permitirse por el arte, ó confirmarse por la ley (2).

Si hubiere tres ó cuatro señores.

Si hubiere tres ó cuatro señores, esto es, uno directo y los demás medios, entonces el señor medio ínfimo que exista inmediato al enfiteuta enajenador, puede usar de la fadiga sólo para retener la cosa para su uso, y debe ser preferido á todos los otros; porque segun dijimos, es propio de la naturaleza y calidad de la cosa feudal ó enfiteútica que esta por el derecho de retencion ó redencion vuelva á su primitiva naturaleza (3). Pero si dicho señor medio no usare de la fadiga, entonces el alodial ó directo puede conceder á quien quisiere la cosa por razon de fadiga, no obstante que haya otros señores inferiores á él, porque estos no pueden usar de la fadiga reteniendo para sí en razon de incongruencia é imposibilidad, y para evitar el círculo ó rodeo de que se hizo mencion arriba; ni tampoco pueden conceder á otro la cosa; porque este derecho se reserva al superior de quien todos tienen causa; lo cual está recibido por usos ó costumbres escritas de Barcelona, que se hallan en el vol. 2 de las constituciones de Cataluña, despues de dicha sentencia arbitral.

¿Qué deberá observarse en los establecimientos?

En los establecimientos y subenfiteuticaciones se observa, que los señores medios inferiores al directo ó alodial y superiores al establecedor, no pueden usar de la fadiga para que no se verifique la espresada imposibilidad de derecho ni haya el círculo ó rodeo mencionado, ni pueden cederla á otro; porque esto está reservado al señor directo, quien aunque no puede usar por sí en razon de dicha causa é incongruencia, sin embargo tiene el derecho de ceder ó conceder á otro la fadiga (4).

¿Dentro de qué

Por derecho de Cataluña el señor puede usar de la fa-

(1) Sols. quest. 4, n. 6 y 12.

(2) Sols. quest. 4, n. 6, cum seqq.

(3) Sols. d. q. 4, n. 4, cum seqq.

(4) Sols. quest 4, n. 17.

tiempo competente diga dentro de treinta dias, aunque por derecho comun fadiga? se conceden dos meses al señor directo (1), segun está espreso en la sentencia arbitral inserta arriba, *Nisi prius data fatica triginta dierum, infra quos sit licitum retinere*. Dichos treinta dias empiezan á correr desde aquel en que tenga noticia el señor por la presencia del instrumento de enajenacion, y no desde el dia en que se supiere haberse celebrado el contrato de ella; pues antes no conocia los pactos y convenios hechos en el instrumento, ni podia saber si le quedaban salvos todos sus derechos dominicales, ó le convenia *fadigar*; además de que antes de la presentacion del instrumento pueden los contratantes, aun contra la voluntad del señor, separarse del contrato ó revocarle con mútuo consentimiento permaneciendo íntegra la cosa sin esponerse á pagar el laudemio ó incurrir en pena (2).

NOTA. — Si el señor hubiere usado de la fadiga, está obligado á pagar el precio ó á depositarle juntamente con los gastos dentro de treinta dias.

¿En qué contratos tiene lugar la fadiga? Tiene lugar la fadiga en todas las enajenaciones en que puede el señor dar ó hacer, sin perjuicio del enfiteuta ó vasallo, aquello que por el otro, á quien se ha de trasladar el dominio útil, se haya de dar ó hacer, como en la venta de la cosa feudal ó enfiteútica, en las concesiones á enfiteusis, en las transacciones, si se diere la cosa por causa de transaccion, recibiendo dinero de contado y no al contrario; y finalmente en los contratos innominados, si la cosa debe darse por cierto dinero (3).

¿En qué cosas no tiene lugar? No tiene lugar la fadiga en aquellos contratos en que el señor no puede dar ó hacer, sin incomodidad del vasallo ó enfiteuta, aquello que por el otro, á quien se ha de trasladar el dominio útil, se haya de dar ó hacer, como en la permuta, division, donacion y otros semejantes (4).

¿En qué casos se priva el señor de la fadiga? Se priva el señor de la fadiga en trece casos. 1.º Si prestare su consentimiento tácito ó espreso para la enajenacion de la cosa. 2.º Si pidiere el laudemio al enfiteuta; pues entonces parece que aprueba tácitamente el contrato, y que admite al nuevo enfiteuta, con lo cual renuncia por consiguiente á la fadiga. 3.º Si recibiere del enfiteuta el laudemio debido por la enajenacion, por la razon

(1) L. fin. Cod. de jur. emph. cap. fin. de locat. et conduc. Const. de Cataluña. Item ne super. laud. que es la 2, del tit. de dret emph.

(2) Canc. part. 1, cap. 11, n. 58.

(3) Mieres sobre dicha constitucion item ne super laud. dicho número 49.

(4) Sols. quest. 3.

susodicha. 4.º Si pactare que se le haya de pagar el laudemio por la enajenacion hecha ó que ha de hacerse; pues tambien parece que aprueba tácitamente ó que ha de aprobar el contrato. 5.º Si recibiere caucion del laudemio; pues en tal caso parece que se renuncia la fadiga. 6.º Si el señor interviniere en la venta y la contratase juntamente con el vendedor; pues por tal acto manifiesta no querer usar de la fadiga y renunciar á ella. 7.º Si por el vendedor prometiendole obligarse á la eviccion, por la razon que acaba de decirse; lo que debe entenderse en aquellos lugares donde el tiempo para usar de la fadiga empieza á correr desde el dia de la noticia, y no de la presentacion del instrumento, como en la ciudad de Barcelona, sus huertas y viñedos. Sin embargo no aprobamos esta diferencia, siendo cierto que tanto en uno como en otro caso milita la misma razon, porque el señor hace el mismo acto contrario á su derecho, y donde hay la misma razon debe regir la misma disposicion de derecho. ¿Qué importa, pues, que los treinta dias empiecen á correr desde el dia de la noticia del contrato ó de la presentacion del instrumento, cuando el señor, en el primer caso interviene en la enajenacion convenida, y en el segundo en la consumada ó concluida? 8.º Si el enfiteuta hiciere la venta con el pacto de si el señor la aprobare ó prestare su consentimiento: la razon es porque en tal caso la venta es imperfecta, y de esta no se debe fadiga, siendo así que la perfeccion ó complemento del contrato depende del señor, quien si aprobare y consintiere renuncia la fadiga; y por tanto apruebe ó no, se le priva de ella; aunque Solsona reprueba este pacto como una cautela muy arriesgada y sospechosa de fraude, en razon de que por ella es excluido el señor del derecho que le es debido; siguiéndose por consiguiente que se enajenaria la cosa enfiteutica y se privaria al señor de la fadiga sin culpa ni hecho suyo. 9.º Si la enajenacion fuere denunciada al señor, y este recibiere el censo del nuevo adquisidor; pues de la ciencia y paciencia se induce el consentimiento. 10.º Si el señor llamare al enfiteuta para cabrear, y le fuere presentado el mandato, pues de esto se infiere que aprueba el nuevo enfiteuta, y que renunció á su derecho. 11.º Si permitiere que se subaste la cosa que tiene bajo su dominio, y que en la subasta sea entregada á otro; pues la noticia y el silencio sin contradiccion inducen consentimiento. 12.º Si dentro de los treinta dias que se conceden para deliberar si quiere ó no usar de la fadiga, despues de la presentacion del instrumento, no pagare ni depositare el precio (1). 13.º Si aprobare el contrato en que interviene fadiga condicional, á saber, que el comprador sea preferido á cualquiera en el derecho de luir; que el establecedor tenga fadiga de retencion para su uso, lo cual sucede cuando se impone censo en nula percepcion; pues en uno y otro caso parece que el señor renunció á su derecho, esto es, á la fadiga, á no haber protestado que no queria aprobar el contrato con dichos pactos; pues entonces mediante la

(1) Mieres sobre dicha const. item ne super laud. dicho n. 48.

protesta no se perjudicaria, por cuanto no era su ánimo aprobar las enajenaciones hechas con aquellos. De estas y otras cosas trata Solsona (1).

NOTAS. — 1.^a Así en la ciudad de Barcelona como en sus huertas y viñedos, los señores no pueden usar de la fadiga ni reteniendo para sí ni concediendo á otro antes de la presentacion del instrumento (2).

2.^a Si hubiere muchos señores directos alodiales en la cosa, esto es, que comunmente y proindiviso la posean por partes iguales ó desiguales (en cuyo caso, todos ellos no forman sino un cuerpo, y se reputan como una sola persona), y dos de ellos concedieren la fadiga á uno, y el tercero á otro, será preferido aquel á quien se la concedieron los dos, porque la mayor parte prevalece, á no ser que aquel sólo quiera la fadiga para su propio uso (3).

3.^a Cuando con una sola compra y un solo precio se compran varias cosas que son de diverso alodio, el señor de una sola de ellas no puede retenerla para sí ni concederla á otro por derecho de fadiga; pues no es de presumir que el comprador comprase el todo para tener sólo una parte, ni seria justo que un señor usase de la fadiga reteniendo la parte mejor dejando tal vez para el comprador la finca menos útil, cuando por el contrario suele con frecuencia comprarse una finca inútil á trueque de lograr otra útil á que está contigua ó anexa. Pero si todos los señores quisieren usar de la fadiga, á saber, cada uno de la cosa que tiene, de suerte que entre ellos se convengan en el precio, restituyendo íntegro el comprador, no hay duda que pueden hacerlo (4).

4.^a Despues de la presentacion del instrumento no pueden las partes separarse del contrato sin esponerse al pago del laudemio y al peligro de la fadiga; porque la cosa deja de ser íntegra, y ya el señor adquirió derecho al laudemio y á la fadiga, derecho de retener.

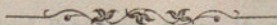
Otras muchas cosas acerca de este derecho de preferencia ó fadiga, especialmente segun nuestro derecho municipal, pueden verse en *Cancer Var. 1. cap. 11, desde el n. 45, en Peguera y Villaplana in repet. cap. Item ne super laud. vers 6; en Socarrats in consuetudin. Cathal., Solsona quest. 3 y 4.*

(1) Sols. quest. 5, pass. per tot.

(2) Recogn. procer. cap. 80.

(3) Canc. d. par. 1, cap. 11, n. 57.

(4) Canc. d. par. 1, cap. 11, n. 57.



(1) *Contada tom. 5, dechs 224, n. 2.*
(2) *Comes m. Not. cap. 20, § 10, n. 11 y 12.*
(3) *Comes m. Not. cap. 20, § 10, n. 11 y 12.*

DE LA AMORTIZACION.

Siempre que la cosa feudal ó enfiteútica pasa á la Iglesia ó á otra mano muerta, y esta la retiene con beneplácito del señor, se compensan los laudemios por medio de la amortizacion á fin de no perjudicar el derecho: por tanto es preciso decir algo de ella.

¿Qué es amortizacion? **AMORTIZACION**, es una suspension hecha legitimamente del dominio directo ó feudal de una cosa inmueble trasferida á una mano muerta, mediante una justa compensacion, pues la amortizacion fué inventada á fin de que los señores no fuesen defraudados de los laudemios que habian de percibir si la cosa permaneciese en manos de los seglares (la cual muda frecuentemente), y así se compensan por medio de la amortizacion que se sustituye en lugar de los laudemios.

¿Quiénes deben amortizar? Debe amortizar la mano muerta cuando adquiere la cosa inmueble que tiene alguna persona bajo su dominio y alodio. Llámanse manos muertas, la Iglesia, el monasterio, el beneficio, la cofradía, el albaceazgo, la universidad, el colegio y establecimientos semejantes que no pueden enajenar (1).

¿Qué es mano muerta? Mano muerta es aquella que carece de la facultad libre y espontánea de disponer de sus cosas, sino con facultad y licencia del superior.

¿Qué cosas deben amortizarse? Deben amortizarse todas las cosas inmuebles que pasan á manos muertas, y están bajo dominio de alguna persona; pero no las muebles, pues sobre estas no se permite el dominio directo, y por consiguiente ni la amortizacion. Tambien se amortiza el censo ó rédito anual si es irredimible y viene á parar en mano muerta; pero no si fuese redimible. La razon de esta diferencia es que en tal caso permanece enajenable por ser redimible; de aquí es que el irredimible no puede sin gran dificultad trasferirse á otro, y por eso debe amortizarse, á fin de que se compensen los laudemios que han de pagarse al señor como si permaneciese la cosa en mano hábil y capaz (2).

(1) Cortiada tom. 5, decis. 284, n. 2.

(2) Comes art. Not. cap. 20, § 10, n. 14 y sig.

¿Dentro de qué tiempo ha de amortizarse?

Debe amortizarse dentro de un año que ha de contarse desde el día de la adquisición de la cosa, procediendo sin embargo el consentimiento del señor; y de lo contrario se ha de trasladar después del año á mano hábil y capaz (1).

¿Cómo ha de hacerse la amortización?

En cuanto al modo de hacerse la amortización debe advertirse, que si la cosa fuere de corto valor (en cuyo caso suele haber mayor proporción de venderla), aquello que se debe por laudemio según justo precio, se divide en treinta partes y se aumenta el censo anual en una de aquellas partes; pero si fuere de gran valor (en cuyo caso suele tardarse en venderse), entonces aquello que se debe por laudemio se divide en cuarenta partes y se aumenta el censo por cada año del modo espresado (2).

Efectos de la amortización.

El efecto de la amortización es, que mientras la cosa amortizada permanece en poder de la mano muerta, está suspenso el dominio directo y sus efectos; pero si volviere ó se trasladare á mano hábil, revive el dominio directo, y recupera el señor los laudemios y demás derechos, cesando todas las razones por las que estaba privado de ellos.

NOTAS. — 1.^a Si la cosa enfiteútica se vendiere á mano muerta con carta de gracia de redimir, no está obligada dicha mano á amortizar; porque en tal caso no ha adquirido el dominio irrevocablemente sino revocablemente y por cierto tiempo, siendo así que devolviendo el vendedor el precio, la mano muerta está obligada á firmarle la retroventa, y por consiguiente no se sigue perjuicio alguno al señor directo en la percepción de los laudemios (3).

2.^a Cuando la cosa enfiteútica pasa de una mano muerta á otra, por título oneroso ó lucrativo, no está obligada esta á amortizar de nuevo, por cuanto al señor directo no se le hace perjuicio alguno, siendo así que no se muda la naturaleza ni calidad de la cosa enajenada ó de la persona (4). Algunos fundados en esta razón dicen que en tal caso ni aun debe pagarse laudemio, porque parecería que el señor era compensado muchas veces; y en efecto tendría fuerza este argumento si se diese la compensación así por las enajenaciones que pueden hacerse en lo sucesivo, como por las que realmente ó en el acto se hagan, lo cual no es así; pues la compensación sólo se admite por las que pueden hacerse en lo sucesivo, y no por las que actualmente ó en el intermedio se hacen.

3.^a Fuera de la ciudad de Barcelona, sus huertas y viñedos, si la cosa feudal ó enfiteútica pasare á alguna mano muerta por título oneroso, suelen pa-

(1) Const. item ne super laud. Cancr. Var. 1, cap. 11, n. 61.

(2) Comes Art. Not. dicho cap. 20, § 10, 21 y sig.

(3) Comes Art. Not. cap. 20, § 10, n. 10.

(4) Comes Art. Not. cap. 20, § 10, n. 12.

garse dos laudemios, uno por la amortizacion, y otro por la adquisicion, como asegura *Ripoll* (1); pero dudo que se verifique así en la práctica.

4.ª Si la cosa feudal ó enfitéutica pasare á mano muerta para fundacion, construccion, reparacion ó aumento de las iglesias ó monasterios, no puede obligársele á trasferirla á mano hábil y capaz, como tampoco á amortizar (2), lo cual se funda ó en privilegio de la Iglesia ó en presuncion de que pasó á ella por cierta necesidad.

5.ª Si el señor recibiere de la Iglesia la pension anual pasado un año, se presume que aprueba la adquisicion, y que condona ó remite el derecho que tenia de obligar á la mano muerta á que trasfera la cosa á mano capaz, y sólo puede obligarla á que amortice; porque el derecho de superioridad no se prescribe, aunque la capacidad de poseer se prescriba en el espacio de cuarenta años.

6.ª El señor directo que firma el instrumento de adquisicion por razon de dominio, no puede obligar á la mano muerta á que deponga la cosa y la trasfera á mano hábil, presumiéndose que por tal suscripcion aprobó todo aquello que contiene la escritura, porque el que firma ó suscribe se entiende que ratifica aquel instrumento que firmó, y por tanto parece haber renunciado el derecho que le correspondia para hacer que la cosa se trasferiese á mano hábil y capaz.

Otras muchas cosas pudieran decirse sobre esta materia; pero para nuestro propósito basta con lo que se ha espuesto, y así omito lo demás. El que quiera instruirse mas á fondo vea á *Pech. tratado de amortizacion*, y otros autores que tratan de propósito esta materia.

(1) *Ripoll Var. cap. 7, n. 445.*

(2) *Cort. decis. 284, 25 y 58.*

FIN DEL ARTE DE NOTARÍA DE GIBERT.

(1) *Const. Item no super laud. Cancr. Var. 1, cap. 11, n. 81.*
(2) *Comes Art. Not. dicho cap. 20 § 10, 21 y 22.*
(3) *Comes Art. Not. cap. 20 § 10, n. 10.*
(4) *Comes Art. Not. cap. 20 § 10, n. 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100.*

TRATADO DE LAUDEMIOS.

TRATADO

CAPITULO PRIMERO

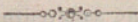
DE

DE LOS LAUDEMIOS.

LAUDEMIOS,

DE LA FADIGA, Y DE LA AMORTIZACION,

QUE PARA SERVIR DE TEXTO EN LAS CÁTEDRAS
DE NOTARÍA ESTABLECIDAS POR EL COLEGIO DE NOTARIOS
PÚBLICOS REALES COLEGIADOS DE NÚMERO DE BARCELONA Y DE SU REAL
AUDIENCIA DE EL AÑO 1795, REDACTARON EN LATIN LOS INDIVIDUOS DEL PROPIO COLEGIO
ENCARGADOS DE LAS CÁTEDRAS, Y FUE ADOPTADO EN ELLAS POR LOS PROFESORES
QUE TUVIERON Á SU CARGO ESTA ASIGNATURA HASTA LA ESTINCION
DE DICHAS CÁTEDRAS EN 1844.



Alodio eclesiástico es aquel señor directo es una Iglesia ó causa pia
ó cualquier otro que sucedió á la Iglesia ó causa pia en dicho dominio
después de la sentencia arbitral hecha por el Rey y el venerable Obispo

TRATADO DE LAUDEMIOS.

Alodio laical es aquel señor directo es un laico ó una
Iglesia ó causa pia que sucedió á un laico después de dicha sentencia
arbitral, ó cualquier otro que sucedió á un laico ó causa pia en dicho dominio
después de la sentencia arbitral hecha por el Rey y el venerable Obispo

CAPÍTULO PRIMERO.

DE LOS LAUDEMIOS.

Todos los bienes ó se adquieren por contrato ó título lucrativo ó oneroso.
Contrato lucrativo es el cual no interviene dinero, ni se da una
cosa por otra, ni de él resulta carga. § I.

Cómo se dividen los bienes.

Los bienes ó son alodiales y francos, ó bien feudales ó enfiteuticarios.

Alodiales ó francos son los bienes propios de cada uno que no se tienen
en alodio ó dominio de otro, y de ellos puede disponerse sin que se necesi-
tate la licencia de persona alguna.

Feudales ó enfiteuticarios son aquellos que uno tiene por otro ó en do-
minio de otro, y como en ellos reconoce superior no puede enajenarlos sin
licencia y consentimiento del señor en cuyo dominio los tiene: llámanse
feudales los que proceden del contrato de feudo, y *enfiteuticarios* los que
proviene de enfiteusis.

Si se construye un edificio en un solar alodial también será alodial, y si
se construye en un solar enfiteutico será enfiteuticario, porque el contenido
sigue la naturaleza del continente, y el edificio siempre es un accesorio del
suelo.

§ II.

De cuántas maneras es el Alodio.

Estos bienes enfiteuticarios en la ciudad de Barcelona, su huerto y viñedo
son de dos maneras, porque unos son de alodio eclesiástico y otros de alo-
dio laical.

Alodio eclesiástico es aquel cuyo señor directo es una Iglesia ó causa pia ó cualquier otro que sucedió á la Iglesia ó causa pia en dicho dominio despues de la sentencia arbitral hecha por el Rey y el venerable Obispo de Valencia entre el clero y los ciudadanos de Barcelona, promulgada en el año 1310.

Dominio ó alodio laical es aquel cuyo señor directo es un laico ó una Iglesia ó pia causa que sucedió á un laico despues de dicha sentencia arbitral.

CAPITUL PRIMERO § III.

Cómo se adquieren los bienes.

Todos los bienes ó se adquieren por contrato ó título lucrativo ú oneroso.

Contrato lucrativo es aquel en el cual no interviene dinero, ni se da una cosa por otra, ni de él resulta carga alguna al adquirente.

Contrato oneroso es aquel en el cual interviene dinero, ó se da una cosa por otra ó resulta de él alguna carga al adquirente.

Una donacion con reserva para testar es contrato lucrativo, porque lo reservado no viene comprendido en la donacion. La institucion de heredero es tambien título lucrativo.

Debe asimismo saberse que en la ciudad, huerto y viñedo de Barcelona hay predios urbanos y rústicos.

Predios urbanos son todos los edificios hechos para habitar, ya estén sitios en la ciudad, ya fuera de ella, porque no el lugar sino la materia y el objeto hacen el predio urbano.

Predios rústicos son los terrenos sin edificios, ó los edificios ya sean situados en la ciudad ya fuera de ella que no están hechos para habitar sino para recoger los frutos ó para otra cosa semejante.

§ IV.

Hasta dónde se estienden el huerto y viñedo de Barcelona.

El huerto y viñedo de Barcelona se estienden hasta donde llegan los límites de las Iglesias parroquiales de esta ciudad, como tambien de S. Martin de Provensals, de S. Vicente de Sarriá y de Sta. María de Sans (j).

(j) La villa de Gracia forma parte del huerto y viñedo, porque antes de haber sido declarada poblacion independiente pertenecia á la ciudad de Barcelona y á una de sus parroquias.

§ V.

Cuántos señores puede haber en cada finca.

En la ciudad, huerto y viñedo de Barcelona puede haber en cada finca ó propiedad cuatro señores sucesivamente uno despues de otro sobre el enfiteuta, á saber el señor alodial ó directo y tres señores medianos, todos los cuales en caso de enajenacion deben cobrar una parte de laudemio como mas abajo se dirá. El señor útil se llama *enfiteuta*.

Puede muy bien haber muchos señores en cada Señoría comunmente y por indiviso; así como puede haber muchos enfiteutas: no obstante en los feudos no puede haber muchos vasallos comunmente y por indiviso, porque en el feudo el dominio útil debe estar en manos de una sola persona.

§ VI.

Qué es Laudemio.

Laudemio es aquella parte del precio ó estimacion de la cosa que se debe al señor por razon de la firma ó aprobacion que pone en la enajenacion de la cosa feudal ó enfiteutica, ó por la investidura ó renovacion que ha de hacer el señor al nuevo vasallo. Dicese *del precio ó estimacion* porque en los contratos que no tienen precio es parte de la estimacion. Antiguamente se le llamó *foriscapio*. El nombre de laudemio es derivado de *laudare*, esto es *aprobar*.

§ VII.

De qué contratos debe pagarse laudemio y de cuáles no.

Se debe laudemio de todo contrato de enajenacion y de cualquier acto translativo de dominio de fincas feudales ó enfiteuticarias, ya sea por título oneroso ya lucrativo, aunque sea testamento ó muerte abintestato.

Con todo, si por contrato ó título lucrativo pasa el dominio á una persona ascendiente ó descendiente por linea recta, no se debe laudemio porque entre ellos no hay enajenacion sino continuacion de dominio, pues por la ficcion del derecho civil los padres y los hijos se reputan como una misma persona.

Pero no será así si la enajenacion se hace por título oneroso, porque entonces aunque sea entre ascendientes y descendientes se debe laudemio.

No obstante en la ciudad de Barcelona de ningun contrato lucrativo se paga laudemio, ni en el huerto y viñedo si el que adquiere es ciudadano, en virtud del privilegio concedido á la ciudad y ciudadanos de Barcelona en el año 1282 en el capítulo *Recognoverunt Proceres*.

Los ciudadanos de Barcelona son aquellos que habitan dentro las murallas de la ciudad, ó los que pagan las cargas de la ciudad segun Francisco Solsona.

Pero si un forense sucede por título lucrativo en un predio existente en el huerto y viñedo de Barcelona debe pagar laudemio, como mas abajo se dirá.

Forenses se entienden aquí todos aquellos que no habitan en la ciudad de Barcelona ó en sus arrabales próximos ó inmediatamente contiguos, ó los que no pagan las cargas de la ciudad, segun el mismo Francisco Solsona.

El forense que ha residido en la ciudad por un año y un dia es considerado como ciudadano.

Del establecimiento ó enfiteuticacion de los predios existentes dentro de la ciudad, huerto y viñedo de Barcelona, se debe laudemio solamente de la entrada, á no ser que se imponga el censo en nuda percepcion, porque entonces tambien se paga laudemio del capital del censo segun el sentido de la Const. 5.^a *De dret enfiteutich* (1); pero no se debe laudemio de la venta y absolucion del censo, mas si de la facultad de redimirlo. Fuera de la ciudad, huerto y viñedo de Barcelona siempre debe pagarse laudemio no

(1) D. Pedro Nolasco Vives en su Traducción al castellano de los Usages y Constituciones de Cataluña, interpretando la Const. 5.^a *de dret enfiteutich* por su letra material, sostiene que en la ciudad, huerto y viñedo de Barcelona, aunque se imponga el censo en nuda percepcion debe pagarse laudemio. No nos detendremos á impugnar la opinion del Sr. Vives con razones jurídicas y haciendo un análisis de las cláusulas de dicha Constitucion para indagar su verdadero sentido, pues aunque seria tarea sumamente fácil, tendríamos que entrar en detalles muy estensos, mas propios de una obra original que de una simple anotacion de trabajos ajenos; haremos únicamente dos observaciones para demostrar que la opinion del Sr. Vives no puede adquirir autoridad en el foro: 1.^a que interpretando los autores de Notaría la Constitucion 5.^a *de dret enfiteutich* por su espíritu, y el Sr. Vives por su letra, la interpretacion de los primeros es mas legal, siendo como es una regla de derecho que las leyes deben interpretarse por su sentido, mas bien que por su letra: *interpretare leges non est verba earum tenere, sed vim et potestatem*; 2.^a que antes de escribir el Sr. Vives su obra todos los autores estaban acordes en que la imposicion de un censo en nuda percepcion pagaba laudemio por su capital al tres por ciento, aunque fuese en la ciudad, huerto y viñedo de Barcelona, y por una costumbre inmemorial nunca interrumpida se habia interpretado en este sentido la Constitucion 5.^a *de dret enfiteutich*; el Sr. Vives fué el primero que escribió en contra, y hasta ahora ha sido el único; de consiguiente la opinion de un solo individuo, por distinguido que sea, no puede prevalecer contra una interpretacion admitida por la costumbre, y por una costumbre de siglos. Débese pues estar á lo que dice el *Tratado* que anotamos, redactado por los cuatro Profesores de Notaría de la antigua Escuela de Barcelona, cuyas doctrinas, que subsistieron inalterables desde 1795 hasta 1844, son la expresion viva de la verdadera jurisprudencia catalana.

solamente de la entrada, sino tambien del capital del censo nuevamente impuesto.

Cuando en una venta á mas del precio se encarga el comprador de algun censal, se debe laudemio del capital de dicho censal, el cual forma parte del precio de la venta. Así como si en un establecimiento se encarga el adquirente de algun censal, paga laudemio de su capital, el cual forma parte de la entrada.

No se paga empero en una venta laudemio del capital de los censos que gravitan sobre la finca vendida, y lo mismo diremos de todos los demás contratos de enajenacion.

De una venta condicional no se paga laudemio hasta que se verifica la condicion.

Del reconocimiento que una persona hace de haber comprado un predio en nombre de otra, cuyo contrato en Cataluña es llamado vulgarmente *agnicion de buena fé*, no se debe laudemio si se verifica dentro del año de la compra; pero si se efectúa despues del año se ha de pagar laudemio.

No se ha de pagar laudemio de la posesion que la viuda por razon del derecho de tenuta toma de los bienes de su marido.

De la donacion de fundo dotal no se paga laudemio; pero si el fundo fuese justipreciado se habrá de pagar laudemio por considerarse comprado por el marido.

De la rescision de un contrato no se debe laudemio si no se habia entregado la posesion de la cosa; pero si el contrato fué consumado se deberán dos laudemios.

Cuando se vende un censo ya constituido sobre una finca enfiteútica se paga laudemio á los señores superiores del que vende el censo; pero no á los inferiores.

Por la carta precaria que hace el señor al enfiteuta por falta de títulos no se paga laudemio.

En las transacciones se paga laudemio si se verifica transmision de dominio de alguna finca enfiteútica.

Si se da en prenda ú obliga especialmente una cosa se debe laudemio al señor cuando se entrega la posesion corporal de la cosa especialmente obligada.

Se debe laudemio de toda enajenacion perpétua ó para largo tiempo, á saber diez años; pero en la ciudad, huerto y viñedo de Barcelona el largo tiempo es siete ó cinco años por costumbre (m).

No puede hacerse ningun arrendamiento por largo tiempo reteniéndose el arrendador espresamente el útil dominio con el fin de no pagar laudemio, porque seria en fraude de los señores alodiales.

Cuando el señor alodial usa de la fadiga reteniéndose la cosa enfiteútica no

(m) La ley hipotecaria ha venido á modificar los limites del largo y del corto tiempo. Es largo tiempo segun la nueva ley el que escede de seis años.

se debe laudemio, porque cesan las causas por las que el laudemio se paga.

No se debe laudemio de un contrato nulo porque se juzga que el tal contrato no ha sido celebrado; pero si el contrato se anula después de la paga del laudemio no se recobra lo pagado.

Se debe laudemio de la enajenación hecha con pacto de retrovendendo; pero por costumbre se paga la mitad del que correspondería si la venta fuese perpétua.

Acerca de si se debe laudemio de la enajenación necesaria, véase *Cancer* parte 1.^a cap. 11 núm. 81 y 91. Considérase como enajenación necesaria la división de bienes (n).

§ VIII.

Cuál de los contrayentes debe pagar el laudemio.

El comprador ó adquirente debe pagar el laudemio, pero en la ciudad, huerto y viñedo de Barcelona se observa lo contrario en los contratos onerosos, porque el que vende ó enajena debe pagar el laudemio en virtud de la sentencia arbitral y del privilegio *Recognoverunt Proceres*; pero en los títulos lucrativos en todas partes debe pagarse el laudemio por el adquirente en caso que se deba.

Cuando en la ciudad, huerto y viñedo de Barcelona se pacta en algún contrato oneroso que el adquirente deba pagar el laudemio, puede exigirse por los señores laudemio de laudemio.

Si entre los que deben cobrar el laudemio hay propietario y usufructuario, se paga el laudemio al usufructuario. Al revés si entre los que lo han de pagar hay propietario y usufructuario, lo paga el propietario.

§ IX.

Qué es lo que debe pagarse por laudemio en los contratos lucrativos.

Ya hemos dicho que en la ciudad, huerto y viñedo de Barcelona no se debe laudemio de los contratos lucrativos celebrados entre los ciudadanos.

(n) No se debe laudemio de la enajenación necesaria, y en Cataluña tenemos una Constitución expresa, el cap. 70 del *Recognoverunt proceres*, que dispone que los coherederos pueden dividir entre sí la cosa común de cualquier modo que quieran sin pagar laudemio. Estas palabras del capítulo « de cualquier modo que quieran » se han interpretado en toda su latitud, es decir, aunque intervenga precio, y aunque para verificar la división tenga que procederse á la venta de la finca por no ser cómodamente divisible.

Las ventas judiciales que se verifican en virtud de sentencia para pago de deudas no entran en la categoría de enajenaciones necesarias para eximirse del pago de laudemio.

Pero si un forense sucede por título lucrativo en una finca de alodio eclesiástico existente en el huerto y viñedo, debe pagar medio laudemio y medio tercio: medio tercio es la mitad del directo tercio, á saber tres sueldos y cuatro dineros por libra, y medio laudemio es un sueldo por libra, de manera que el medio tercio y medio laudemio juntos son cuatro sueldos cuatro dineros por libra. Pero si el forense sucede por título lucrativo en una finca sita en el huerto y viñedo de alodio laical, debe pagar medio laudemio, que es un sueldo por libra del valor de la finca.

Fuera de la ciudad, huerto y viñedo de Barcelona de los contratos lucrativos siempre se paga por el adquirente medio tercio y medio laudemio.

§ X.

Qué es lo que debe pagarse por laudemio en los contratos onerosos.

De la venta de las fincas sitas en la ciudad de Barcelona y sus arrabales próximos é inmediatamente contiguos, si son de alodio eclesiástico y urbanas, por cualquiera que se vendan siempre debe pagarse el séptimo, esto es dos sueldos diez dineros una pugesia y una séptima parte de pugesia por libra; pero si son rústicas se paga el quinto que es cuatro sueldos por libra.

Mas si dichos predios eclesiásticos están sitos fuera de la ciudad y arrabales de Barcelona, pero en el huerto y viñedo, y se enajenan por ciudadanos por título oneroso, entonces se paga tambien el quinto si son rústicos, y el séptimo si son urbanos. Mas si se enajenan por forenses deben pagar el directo tercio, que es seis sueldos ocho dineros por libra.

Pero del alodio laical existente en la ciudad de Barcelona ó en el huerto y viñedo, tanto si se vende por ciudadanos como por forenses (entre los cuales no se hace diferencia), se paga por laudemio el décimo que es dos sueldos por libra, y esto es lo que en Barcelona se llama propiamente laudemio.

Mas si por título oneroso se enajenan fincas sitas fuera de la ciudad de Barcelona y del huerto y viñedo, ya sean urbanas, ya rústicas, ya de alodio eclesiástico, ya laical, siempre debe pagarse el directo tercio que es seis sueldos ocho dineros por libra (ñ).

Del establecimiento ó enfitenticacion de predios de alodio eclesiástico, ya sean urbanos, ya rústicos, existentes en la ciudad y arrabales de Barcelona,

(ñ) Por una sentencia que hace pocos años dictó el Tribunal Supremo de Justicia en méritos de un pleito seguido en el Juzgado de Arenys de Mar se declaró que los laudemios en Cataluña, fuera de la ciudad, huerto y viñedo de Barcelona, debían pagarse á razon de dos por ciento.

debe pagarse la 4.^a parte de la entrada que es cinco sueldos por libra. Si los tales predios de alodio eclesiástico están en el huerto y viñedo de Barcelona, y el establecimiento se hace por ciudadanos, también se paga el laudemio del modo dicho, esto es la cuarta parte de la entrada, pero si se hace por forenses se debe la tercera parte de la entrada.

Cuando los alodios son laicales y están situados en la ciudad de Barcelona ó en el huerto y viñedo, tanto si el establecimiento se hace por ciudadanos como por forenses, si el predio es urbano como si es rústico, siempre debe pagarse la décima parte de la entrada, que es dos sueldos por libra.

Pero si el establecimiento es de fincas sitas fuera de la ciudad, huerto y viñedo de Barcelona se paga el laudemio como de las demás enajenaciones, esto es el tercio tanto de la entrada como de la imposición del nuevo censo que se capitaliza á razón de tres por ciento.

Cuando en la ciudad, huerto y viñedo se ha de pagar laudemio del capital del censo por imponerse en nuda percepción, este laudemio no se cuenta como el de la entrada; sino á tenor de lo explicado para los contratos de venta.

De la especial hipoteca cuya posesion corporal está entregada, se debe la mitad del laudemio que se debería pagar por la enajenacion perpétua de la misma.

De las ventas á carta de gracia es costumbre en Barcelona pagar la mitad del laudemio, y se paga la otra mitad cuando se hace la retroventa. Si no se hace retroventa, antes bien se vende perpétuamente el derecho de redimir al poseedor de la cosa, se paga el laudemio íntegro del precio de esta venta perpétua, y se satisface la mitad del laudemio que faltaba del precio de la venta á carta de gracia.

NOTA.—En las fincas que se tienen por la Iglesia y un laico comunmente y por indiviso, cada uno recibe su mitad, es decir que si se vende por cien libras cobra cada uno por cincuenta libras el laudemio segun la cláusula que le corresponde.

OTRA.—Cuando algun señor mediano vende su dominio ó censo, de la misma manera se ha de pagar el laudemio á los señores que existen sobre el que vende como en las ventas de fincas, advirtiéndose que los señores medianos inferiores al vendedor ó al que enajena no pueden cobrar nada por razón de laudemio.

§ XI.

Cómo se dividen los laudemios.

Resta ahora ver cómo se dividen los laudemios si en la cosa enfiteútica hay dos ó mas señores, lo que sucede solamente en la ciudad, huerto y viñedo de Barcelona, porque fuera de ella no puede haber sino un señor.

Por lo tanto si de la enajenacion se debe el séptimo ó quinto por el laudemio, y en la cosa enajenada hay dos señores, esto es, alodial y un mediano, el alodial cobra la tercera parte del séptimo ó quinto, que es á saber, la tercera parte del séptimo, once dineros una pugesia y cinco séptimas partes de pugesia por libra, y del quinto es un sueldo cuatro dineros por libra; y el señor mediano cobra un sueldo seis dineros por libra. En el séptimo el enfiteuta gana cinco dineros por libra, y en el quinto un sueldo dos dineros por libra. Pero si en dicha cosa enfiteútica hay tres señores, esto es el alodial y dos medianos, entonces el alodial cobra tambien la tercera parte y los medianos reciben entre los dos un sueldo seis dineros por libra, es decir el mas cercano al enfiteuta un sueldo, y el otro seis dineros. Y finalmente si hay cuatro señores, esto es el directo y tres medianos, el directo tambien recibe la tercera parte, y los medianos un sueldo seis dineros por libra que se dividen entre ellos igualmente, á saber, seis dineros cada uno.

Del contrato de establecimiento de predios eclesiásticos si en la cosa enfiteútica establecida hay dos ó mas señores, el alodial debe cobrar la cuarta parte de la cuarta parte de la entrada, esto es un sueldo y tres dineros por libra, y los medianos deben cobrar un sueldo seis dineros por libra, que se dividen entre ellos respectivamente como se ha dicho en las demás enajenaciones. El enfiteuta gana dos sueldos tres dineros por libra.

Si de la enajenacion se debe el décimo y en la cosa enajenada hay dos ó mas señores, el alodial cobra seis dineros por libra, y los medianos cobran entre todos un sueldo seis dineros, que se dividen respectivamente como se ha dicho en las demás enajenaciones. El enfiteuta nada gana.

El medio laudemio debido de una especial obligacion cuya posesion se ha entregado se divide de este modo, á saber, que si en dicha cosa enfiteútica hay dos señores, el primero recibe la cuarta parte de dicha mitad y el otro el residuo: si hay tres, el tercero tiene la mitad y los otros dos la otra mitad que se divide igualmente entre ellos; y si hay cuatro se dividen el laudemio igualmente entre sí.

De la misma manera se ha de dividir el medio laudemio debido por los forenses de un contrato lucrativo en los alodios laicales sitos en el huerto y viñedo de Barcelona.

El medio tercio y el medio laudemio de título lucrativo y el directo tercio de título oneroso debido por los forenses de los alodios eclesiásticos sitos en el huerto y viñedo de Barcelona, se divide igualmente entre los señores.

El directo tercio es.	6 sueldos 8 dineros por libra.
El medio tercio.	3 sueldos 4 dineros.
El décimo.	2 sueldos.
El medio laudemio.	1 sueldo.
El séptimo.	2 sueldos 10 dineros 1 pugesia $\frac{1}{7}$
El tercio del séptimo.	11 dineros 1 pugesia $\frac{1}{7}$

- El quinto. 4 sueldos.
- El tercio del quinto. 1 sueldo 4 dineros.
- La cuarta parte de la entrada. 5 sueldos.
- La cuarta parte de la cuarta parte 1 sueldo 3 dineros.

§ XII.

De la division del Morobatin.

Si el señor alodial es solo, cobra nueve sueldos que es el valor de un morobatin: si son dos, el alodial cobra dos sueldos tres dineros, y el mediano seis sueldos nueve dineros: si son tres, el alodial seis dineros y medio, el segundo un sueldo seis dineros, y el tercero ó de cors á cors seis sueldos once dineros y medio: si son cuatro, el alodial seis dineros y medio, el segundo seis dineros, el tercero un sueldo, y el cuarto ó de cors á cors seis sueldos once dineros y medio.

NOTA.—La carta precaria se ha de firmar por el señor de cors á cors que es el inmediato al enfiteuta, á no ser que sea en nuda percepcion, que en este caso la ha de firmar el señor alodial ó directo mientras tenga la libre administracion, pues si fuese señor usufructuario finido el usufruto cesaria el precario, porque *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*.

OTRA.—El laudemio se ha de pagar al beneficiado que existe al tiempo de la venta ó á su heredero. Si despues de hecha la venta (no estando aun firmado el instrumento por razon de dominio) dicho beneficiado muriese, el sucesor en el beneficio sólo debe cobrar por la firma nueve sueldos, á escepcion del caso en que hubiese descubierto el laudemio el nuevo beneficiado, pues si así fuese por costumbre fundada en la equidad se le da el laudemio.

OTRA.—Los laudemios pueden pedirse por accion hipotecaria, pues por ellos tiene el señor hipoteca tácita (o).

Cláusula de laudemio de la Rodalia de la casa Corbera.

Salvo el laudemio etc. cuyo laudemio etc. (*Insértese toda la cláusula del séptimo, y despues se dice*) Y se ha saber que de la tercera parte del séptimo correspondiente por laudemio á dicha prepositura de los meses de febrero y agosto, deben percibir dichos herederos y sucesores del referido T. de Corbera la mitad, á mas del laudemio que por su dominio les compete; menos en el establecimiento y su entrada.

(o) En el dia no existe la hipoteca tácita, pero como se ha dispuesto por el Gobierno que en todo contrato que devengue laudemio, el Notario lo salve en la escritura y el Registrador inscriba esta salvedad ó reserva dejando la finca grabada con el laudemio, el Señor Directo tendrá hipoteca legal inscrita, y en su consecuencia, podrá pedir el laudemio con la accion hipotecaria.

§ XIII.

De la prescripción de los laudemios.

El laudemio prescribe despues de treinta años, cuya prescripción contra el señor empieza á correr desde el tiempo en que supo que se le debia dicho laudemio porque vió que la cosa feudal ó enfiteuticaria estaba enajenada á otra persona. Pero contra el fisco por derecho de Cataluña el laudemio prescribe despues de cuarenta años, aunque el fisco no tuviese noticia alguna de dicho laudemio.

CAPÍTULO II.

DE LA FADIGA.

Fadiga es el derecho de prelacion que compete al señor directo para retener la cosa feudal ó enfiteuticaria enajenada por el mismo precio por el cual lo fuere (p).

La fadiga es de dos maneras: 1.^a *Legal ó enfiteutica*, que es el derecho propio y casi regalía del señor directo: 2.^a *Convencional*, que proviene del convenio de las partes.

La fadiga legal compete en todos los contratos en que el señor puede hacer lo mismo que debia hacer aquel al cual se habia transferido la cosa.

Corresponde la fadiga legal á cualquier señor directo por derecho comun dentro dos meses, y por derecho municipal dentro treinta dias de la denuncia, que debe hacerse al señor por la presentacion del instrumento, de manera que presentado este, las partes no pueden apartarse del contrato.

El señor en Cataluña puede usar de fadiga de dos maneras, esto es, reteniendo la finca para sí, ó concediéndola á otro. En el obispado de Gerona no se usa de fadiga sino reteniendo para sí, que es conforme al derecho comun.

Si el señor usa de fadiga reteniéndose para sí, debe dentro el referido tiempo pagar el precio, ó depositarlo en caso de recusacion junto con los gastos.

Si usa concediendo á otro, este debe hacer tres cosas. Primero, requerir

(p) Es el derecho de retracto de Castilla. En Cataluña la fadiga está establecida únicamente en favor del Señor Directo: el útil no puede usarla cuando el directo vende su dominio.

por escritura pública al vendedor para que le haga igual escritura de venta en virtud de dicha fadiga, y al comprador para que reciba el precio y los gastos. Segundo, si el comprador rehusa recibir el precio y los gastos, debe depositarlos á suelta del Notario, ó del Juez en caso que el juicio estuviere empezado. Tercero, citar al vendedor ante el Juez, y pedir que sea condenado á firmarle escritura de venta.

No puede usarse del derecho de prelación ó fadiga antes de la presentación del instrumento, á no ser que el señor sepa que la cosa está entregada al nuevo adquirente.

En el contrato de establecimiento el señor no puede retenerse para sí, sino solamente conceder á otro. Si en la finca enfiteútica á mas del señor directo hay medianos con dominio y se enajena la finca, el último de los señores puede usar de fadiga reteniéndose la finca, y si no usa de ella puede el señor directo durante otros treinta dias usar concediendo á otro. En el establecimiento ningun señor mediano puede retenerse para sí, ni conceder á otro, y por consiguiente no puede usar de fadiga.

La fadiga no tiene lugar 1.º en la venta hecha con condicion si el señor la aprueba, porque no está perfeccionada pendiente la condicion, y su perfeccion se confiere á la persona del señor: 2.º en la donacion, permutacion, division, revendicion y en todo contrato en que el señor no puede hacer lo mismo que debia hacer aquel al cual se habia transferido la cosa; ni en la transaccion si la cosa se da sin intervencion de dinero, pero si sí se diese mediante dinero.

Queda privado el señor de la fadiga:

- 1.º Si pidiere el laudemio al enfiteuta que debe pagarlo aunque la petición fuese estrajudicial.
- 2.º Si cobrare el laudemio debido por aquella enajenacion aunque fuese sólo una pequeña parte dentro el tiempo de la fadiga.
- 3.º Si se conviene con el enfiteuta sobre el pago del laudemio.
- 4.º Si exigió alguna seguridad por el laudemio.
- 5.º Si antes ó despues de la venta dijere en presencia del enfiteuta que no quiere usar de fadiga, aunque despues se arrepienta.
- 6.º Si habiéndosele presentado el instrumento de enajenacion no depositare dentro treinta dias el precio y los gastos.
- 7.º Cuando vendidas una ó muchas cosas el señor no quiere sino una parte de la cosa vendida, teniendo derecho y facultad de fadigarla toda.
- 8.º Si el señor interviniere en la venta, ó la hubiere concertado junto con el vendedor.
- 9.º Si se hubiese obligado de eviccion por el vendedor.
10. Si recibiese el censo del nuevo adquirente.
11. Si llamare al enfiteuta para cabrear.
12. Si permitiere que se subaste la cosa que se tiene bajo su dominio y que en el remate se libre á otro la hasta fiscal.

13. Si aprobase un contrato en el cual hubiese fadiga convencional, á no ser que espresamente protestase de ella.

Si en una sola escritura se venden muchas cosas que se tienen por distintos señores, uno de ellos no puede usar de fadiga sobre la cosa en que tiene dominio si no convienen todos en usarla.

CAPÍTULO III.

DE LA AMORTIZACION.

Amortizacion es la indemnidad ó compensacion de los laudemios que el señor verosíblemente habia de percibir si la cosa estuviese en manos de los particulares que á menudo la transfieren de uno á otro. Por lo tanto la amortizacion tiene lugar siempre que alguna mano muerta adquiere la cosa feudal ó enfitenticaria.

Se llama *amortizacion*, esto es translacion á mano muerta, segun por la etimologia del vocablo lo infiere Pedro Belluga, quien afirma que esta materia es poco conocida de los juristas, y pasada por alto por parte de los jurisperitos.

La amortizacion fué inventada por el derecho del Digesto y por el municipal, pero no por el antiguo. La causa de su invencion fué porque las cosas enfiténticas ó feudales en muchos lugares por costumbre están arreglados á la manera de los patrimonios alodiales, de manera que en nuestros tiempos las adquieren y justamente pueden adquirirlas las iglesias y manos muertas, las cuales dentro de un año están obligadas regularmente á transferir la cosa á persona hábil, ó á lo menos queriéndolo el señor á amortizar.

Las manos muertas son las iglesias, beneficios, comunidades, colegios, universidades, confraternidades ó cofradías, monasterios, albaceazgos, hospitales y cualesquiera cuerpos tanto eclesiásticos como seculares que no pueden enajenar sin solemnidades.

El Hospital general de Barcelona por privilegio Real puede retener sin amortizacion.

Dicho Hospital enajena sin solemnidades, y de consiguiente no debe ser considerado como mano muerta.

Las solemnidades que se requieren en la amortizacion pertenecientes á la Iglesia son la eleccion de peritos, su relacion jurada, la autoridad del Obispo, y el consentimiento del Cabildo si le pertenece.

Los peritos deben ser vecinos, ó de las cercanías del lugar.

La compensacion que se ha de hacer al señor directo es esta, á saber, que

por cada amortizacion suele darse un laudemio de treinta en treinta años, ó mas tarde ó mas frecuentemente, habida razon del tiempo dentro del cual podria regularmente enajenarse la cosa que se amortiza, porque las cosas que son de mayor valor no suelen venderse tan á menudo como las que son de menos valor, y así en aquellas puede el tiempo alargarse, y en estas abreviarse. Cuando se ha convenido acerca del tiempo, supóngase que se ha calculado de treinta años, y que el laudemio de treinta en treinta años es seis libras, debe dividirse en treinta pagas, y satisfacerse cada año al señor directo cuatro sueldos, que al cabo de treinta años hacen seis libras, á mas del censo ó agrario antiguo. Si fuere concordado de cuarenta en cuarenta años, entonces á mas del censo antiguo se pagan al señor tres sueldos anuales, que al cabo de los cuarenta años hacen las seis libras, y así segun el mayor ó menor tiempo puede compensarse al señor, y así lo dice Solsona.

El laudemio se cuenta de esta manera, á saber que deduciendo el censo antiguo y el dominio directo, ó por este la tercera parte del valor de la cosa de que se trata (¶), se hacen fuera de Barcelona y de su huerto y viñedo tres partes de lo que resta que es el valor del dominio útil, y una parte de estas tres es el laudemio, que se divide en las treinta ó cuarenta partes, y cada año se paga al señor una parte de estas por el censo de la amortizacion á mas del censo antiguo mientras la cosa está en poder de la mano muerta. De un modo análogo se procede en Barcelona, arreglándose á lo que corresponde pagar por laudemio.

NOTA.—Las manos muertas pueden impetrar un privilegio Real para pasar de inhábiles á hábiles y capaces, segun lo notado por los antiguos, Oliva en su comentario al usage *alium namque de jure fisci*, cap. VI núm. 10, 12, 14, 15 y 16, y entonces pueden sólo ser compelidas á amortizar.

La amortizacion tiene lugar y es necesaria en todos los casos en que está prohibida la translacion de una cosa enfitéutica ó feudal á favor de la Iglesia. Así lo sienta Pedro Belluga.

Pero están obligadas las manos muertas, cualesquiera que sean, á evacuar las cosas feudales (ó enfitéuticas por interpretacion antigua) dentro de un año y á enajenarlas á persona hábil y capaz, segun la Constitucion de Cataluña 2.^a, tit. *de dret emphitéutich*.

Es necesaria siempre por parte del que adquiere porque regularmente las manos muertas no pueden poseer las cosas feudales ó enfitéuticas mas de un año sin consentimiento del señor, y así están obligadas á transferirlas á otra persona: vide Solsona.

(¶) Hace mas de medio siglo que el dominio directo no se estima en la tercera parte del valor de la finca. En el dia no se le da mucha estimacion. La costumbre actual es que si un censo en nuda percepcion ó sin dominio se valora y se compra al cinco por ciento, un censo con dominio se estima y se adquiere al cuatro y medio por ciento: si el primero se compra al cuatro y medio, el segundo al cuatro, haciéndose un medio por ciento de diferencia por el valor del dominio directo.

He dicho regularmente, porque de derecho comun hay algunos casos en que las manos muertas no están obligadas á enajenar á persona hábil, á saber:

1.º Cuando no adquieren para aumentar la renta de la Iglesia, sino para fundar iglesias parroquiales ó repararlas, pero no para superfluidad sino por necesidad. 2.º Cuando adquieren para fundar ó aumentar escuelas, que gozan del mismo privilegio que las iglesias. 3.º Cuando adquieren á favor del General de Cataluña, que fué inventado de tiempo antiguo para defender las iglesias, los eclesiásticos y toda la República. Pero en estos tres casos es neesaria la amortizacion por parte del señor como por parte del adquirente.

Tampoco puede el señor obligar á la mano muerta á pasar la finca á mano hábil si firma por razon de dominio el instrumento de adquisicion, y si cobra de la misma el censo despues del año.

Si una mano muerta adquiere una finca á carta de gracia no está obligada á pasarla á mano hábil ni á amortizar.

La amortizacion se divide en cinco capitulos: 1.º *proemio*; 2.º *consentimiento del señor*; 3.º *la pension*; 4.º *el juramento*; 5.º *la aceptacion*.

De sustancia de la amortizacion son dos cosas: 1.º *el consentimiento del señor*; 2.º *la pension*.

El efecto de la amortizacion es que mientras la cosa amortizada permanece en poder de la mano muerta se suspende el dominio directo y sus efectos, pero luego que la cosa vuelve á mano hábil revive el dominio directo con sus derechos como antes, en nada obstante la amortizacion, y cesa el censo que por esta se habia añadido (r).

(r) Los Señores medianos tambien pueden exigir el derecho de amortizacion cuando la finca pasa á mano muerta, porque tambien son perjudicados en los laudemios.

Este capitulo en el dia no tiene importancia por haberse privado á las manos muertas de poseer bienes raíces, y haberse puesto en venta todos los que poseian en virtud de las leyes de desamortizacion.



COMPENDIO
COMPENDIO

DE LA

PRESCRIPCION CATALANA,

POR

EL DR. D. FÉLIX MARÍA FALGUERA.

NOTA. En la obra de Gibert se hallan de menos algunos tratados importantes, como el de las cosas, de los derechos reales, en particular del dominio y modos de adquirirlo, y de la prescripcion. Á excepcion del último, todos los demás siguen las reglas del derecho romano, sin que la legislacion de Cataluña haya introducido en ellos novedades esenciales, de consiguiente pueden verse en Heineccio, Vinnio, ú otros autores de derecho romano. Mas como la prescripcion catalana es tan especial, que no guarda analogía con la romana, ni con la española, he creído del caso dar un compendio de ella á fin de suplir el vacío de la obra de Gibert, y aunque por lo general he procurado ser conciso para corresponder al carácter puramente elemental de la obra á que se destina este apéndice, he dado mayor estension á la prescripcion de los censos, censales y pactos de retro por la importancia que tienen en el día estas materias.

COMPENDIO

DE LA

PRESCRIPCION CATALANA

POR

EL DR. D. FELIX MARIA VALGUERRA.

CATALA. En la obra de Ebert se hallan de menor algunos títulos importantes, como el de las cosas, de los derechos reales, en particular del dominio y modos de adquirirlo, y de la prescripción. A excepción del último, todos los demás siguen las reglas del derecho romano, así que la legislación de Cataluña haya introducido en ellas novedades esenciales, las cuales algunas veces se ve en el mismo. Tanto a otros autores, como al derecho romano, las como la legislación catalana es tan especial, que no guarda relación con la misma, ni con la misma, he creído del caso dar un compendio de ella a fin de que se vea en la obra de Ebert, y siempre por lo general, he procurado ser conciso para correspondiente al carácter de esta obra, y siempre de la obra a que se refiere este compendio, he dado mayor extensión a la prescripción de los bienes, cosas y acciones y partes de este por la importancia que tienen en ella estas materias.

COMPENDIO

DE LA

PRESCRIPCIÓN CATALANA,

POR

EL DR. D. FÉLIX MARÍA FALGUERA.

Requisitos de la prescripción por derecho romano. Cincos son los requisitos necesarios para la prescripción por derecho romano: *buena fé, justo título, capacidad de la cosa, posesion continua y tiempo señalado por la ley.*

Buena fé, esto es la creencia en que está el que prescribe de que posee la cosa como dueño. Justo título, es decir un título hábil para trasferir el dominio. Capacidad de la cosa, á saber, que no sea de aquellas que no pueden prescribir. Posesion continua, esto es civil y no interrumpida. La posesion puede interrumpirse natural y civilmente: naturalmente cuando uno queda de hecho privado de ella, aunque sea por un acto de violencia: civilmente cuando se emplaza en juicio al poseedor disputándole la posesion, en cuyo caso si pierde el pleito se considera interrumpida la posesion desde la contestacion á la demanda.

Diferencia en los requisitos de la prescripcion por derecho de Cataluña. El derecho de Cataluña ha introducido una novedad en los requisitos de la prescripcion, que consiste en no exigir la buena fé. Segun el Usage *Omnes causæ* puede prescribirse hasta con mala fé. *Omnes causæ*, dice, *sive bonæ sive malæ*. La interpretacion general de las palabras *sive bonæ, sive malæ* ha sido de que se puede prescribir, ya de buena, ya de mala fé, y así lo ha sancionado el Tribunal Supremo de Justicia en muchísimas sentencias.

Definiciones de la prescripcion.

Prescripcion es la adquisicion del dominio de una cosa por la continuacion de la posesion durante el tiempo señalado por la ley.

Esta definicion comprende únicamente la prescripcion del dominio; mas debe tomarse en cuenta que por la prescripcion no sólo se adquiere el dominio, sino que el deudor se liberta de una carga ú obligacion, siempre que la carga no haya sido satisfecha ó la obligacion no haya sido cumplida durante el tiempo señalado por la ley. Esto ha producido la division de la prescripcion en *adquisitiva* y *estintiva*, y segun otros en *prescripcion de dominio* y *prescripcion de accion*: la primera es la que hemos definido en el apartado anterior; la segunda es la *pérdida de una accion por haber dejado de ejercitarla aquel á quien compete durante el tiempo señalado por la ley*, y á esta especie pertenece la prescripcion de los derechos y acciones, ó con mas exactitud de créditos y deudas.

La prescripcion considerada en general de manera que abrace ambas especies será un modo de adquirir el dominio de una cosa ó de libertarse de una carga ú obligacion mediante el trascurso de cierto tiempo y bajo las demás condiciones señaladas por la ley.

Requisitos de la prescripcion del dominio ó adquisitiva.

Los requisitos de la prescripcion del dominio ó adquisitiva en Cataluña son: 1.º *justo título*: 2.º *capacidad en la cosa*: 3.º *posesion continua*: 4.º *tiempo señalado por la ley*. Colocamos el justo título entre los requisitos de la prescripcion del dominio en Cataluña, porque si bien el usage *Omnes causæ* no exige la buena fé, nada dice del título, y no es consecuencia necesaria de la falta de buena fé la carencia de título, porque puede haber buena y mala fé con justo título; por consiguiente la prescripcion ordinaria necesitará justo título en Cataluña. Otra cosa seria si la prescripcion fuese inmemorial, es decir de tiempo que no hubiese memoria de hombres en contrario, porque esta no necesita título, y por sí sola sirve de título, produce la presuncion *juris et de jure*, y únicamente requiere la posesion continua por tiempo inmemorial. *Cancer Var. resol. parte 2.º cap. 1.º n.º 236 y 237.*

Téngase presente el artículo 35 de la ley hipotecaria reformada, que dispone que la prescripcion que requiera justo título no perjudicará á tercero si el título no se hallare inscrito en el registro, y que la que no requiera justo título no perjudicará á tercero si no se halla inscrita la posesion que ha de producirla. El término de la prescripcion principiará á correr en uno y otro caso desde la fecha de la inscripcion.

Requisitos de la prescripcion estintiva.

La prescripcion de acciones ó sea la estintiva no necesita mas requisito que el trascurso del tiempo señalado por la ley.

Requisitos de la prescripción de derechos reales. Si es necesaria la cuasiposesion.

Esta division y las reglas que sobre ella acabamos de dar dejan pendiente una gran duda acerca de los derechos reales distintos del dominio. Es evidente que el dominio pertenece á la prescripcion adquisitiva, y que las obligaciones, ó sea los derechos y acciones personales son objeto de la estintiva, porque no existiendo en ellos el hecho de la posesion, no puede figurar entre los requisitos de la prescripcion de esta clase de derechos. Una deuda, un crédito meramente personal prescribe con el solo trascurso del tiempo señalado por la ley. Pero los derechos reales ¿de qué clase de prescripcion han de ser objeto? Hay una tendencia á conducirlos hácia la estintiva, sin considerar que el elemento de la posesion, ó mejor casiposesion existe en ellos, y que si no se tomase en cuenta este elemento para la prescripcion de los derechos reales se causarian verdaderas injusticias, porque la prescripcion á favor de uno que no posee contra el que casi posee no merece el nombre de prescripcion sino de violencia y usurpacion. En los derechos reales no se verifica una simple estincion, sino tambien una adquisicion, porque no es posible que uno pierda el derecho sin que otro lo adquiera, aunque á veces el derecho desaparezca en el acto ó pierda el nombre en virtud de la consolidacion. Es pues mas conforme con los principios de justicia, en todos los derechos que se pueden casi poseer, como son los reales, exigir por punto general esta casiposesion como elemento de la prescripcion, y no admitir que pueda prescribir el que no posee, y que se pueda prescribir contra el que posee ó casi posee, y esta es la jurisprudencia que ha prevalecido en Cataluña, sobre todo en los derechos reales en que la casiposesion del uno y la no posesion del otro se pueden demostrar por actos ostensibles, como se espondrá mas adelante. Hay además ley espresa en favor de esta doctrina, y es la Constitucion 5.^a tit. 2.^o lib. 7, de la cual se desprende bien claramente que para prescribir los derechos incorporales se necesita la casiposesion. En rigor pues los derechos reales pertenecen á la prescripcion adquisitiva, y necesitan para que esta se verifique: 1.^o justo título: 2.^o casiposesion continua: 3.^o tiempo señalado por la ley. En algunos casos se puede prescindir del justo título, pero nunca de ambas cosas, es decir del título y de la casiposesion. *Cancer, Var. resol. pars 3.^o cap. 4.^o núm. 158*, sigue esta opinion decididamente, diciendo que así como la prescripcion en las cosas corporales no procede sin la posesion, así tampoco en las incorporales sin la casiposesion, y en el núm. 161 añade que procede únicamente la prescripcion de las cosas incorporales sin la ciencia y paciencia del dueño de ellas, esto es sin la cuasiposesion civil, cuando el que prescribe tiene título.

Se exceptúa de la regla que se acaba de sentar el derecho de hipoteca, pues no entregándose ésta al acreedor y quedando en poder del deudor, no puede entrar la posesion como elemento en la prescripcion de este derecho.

Fundamentos de la prescripcion, en especial de la adquisitiva. Los fundamentos de la prescripcion en general, pero que se aplican con mas propiedad á la adquisitiva, son los siguientes:

1.º La necesidad de que el dominio de las cosas no esté incierto por mucho tiempo y casi siempre. Este fundamento sacado de la ley 1.ª del Digesto *De usurpationibus et usucapionibus* es la base de la opinion tan generalizada de que la prescripcion no puede renunciarse, porque ha sido introducida por el bien público.

2.º La disminucion de los pleitos. Ley 3.ª Dig. *Pro suo*.

3.º La conveniencia de evitar que el deudor por mala fé pueda diferir indefinidamente el intentar su accion á fin de aumentar la dificultad de la defensa.

4.º La presuncion de abandono de la cosa.

5.º El castigo de la negligencia.

Fundamentos de la prescripcion estintiva. Mas no todos estos fundamentos son aplicables á la prescripcion estintiva, la cual sólo reconoce los que siguen:

1.º La disminucion de los pleytos.

2.º El castigo de la negligencia.

3.º La presuncion de pago, condonacion ó renuncia, es decir la estincion presunta del derecho.

De suerte que la prescripcion estintiva pertenece al interés privado, y no es de derecho público como la adquisitiva, por cuya razon no puede decirse en rigor que sea irrenunciable.

Tiempo de la prescripcion en Cataluña. El tiempo señalado por la ley para prescribir en Cataluña es segun los casos el siguiente:

Prescripcion de los muebles. Los bienes muebles prescriben á los tres años.

Prescripcion de los inmuebles y de los derechos y acciones en general. Los inmuebles y toda clase de derechos y acciones, reales y personales, ordinarias y ejecutivas, prescriben por 30 años, que es el tiempo ordinario de la prescripcion catalana, y ha substituido al de diez años entre presentes y veinte entre ausentes que los romanos habian establecido. *Usage Omnes causæ* tit. 2, lib. 7. Cap. 44 del *Recognoverunt proceres*.

Prescripcion de la accion ejecutiva, y de la que asiste al que ha recibido lesion enorme en un contrato para pedir su rescision. Ninguna duda cabe de que la accion ejecutiva está comprendida en esta prescripcion de 30 años, porque el *Usage Omnes causæ* abraza toda clase de acciones que no tengan ley espresa que las esceptúe; y no hay ley alguna en Cataluña que hable espresamente de la pres-

eripcion de la accion ejecutiva; porque Cancer y otros autores catalanes dicen que la cláusula guarentigia (que era en aquel tiempo la que daba fuerza ejecutiva á las escrituras públicas, ya que sin ella no la tenían) prescribe á los 30 años; y últimamente porque tal ha sido la práctica constante de Cataluña y la jurisprudencia admitida por su Real Audiencia. Hace algunos años, no muchos, que la Audiencia del territorio ha declarado en varios pleitos ejecutivos que la accion ejecutiva habia prescrito por haber transcurrido mas de diez años, pero hay error de derecho en estas declaraciones, pues se ha aplicado al efecto la ley 63 de Toro, 5.º tit. 8 lib 11 de la Nov. Recop. que es anterior al Decreto de Nueva planta, y conocidas son las innumerables sentencias en que el Tribunal Supremo de Justicia ha declarado que las leyes recopiladas anteriores al Decreto de Nueva planta no tienen aplicacion en este territorio. Recientemente se han confirmado estas declaraciones por otra sentencia del mismo Tribunal Supremo de fecha 8 Abril de este año, en la cual se ha rechazado en un pleito de Cataluña la cita de una ley del Fuero Real, y existe otra muy terminante de 15 de Enero de 1867, que rechazó tambien la cita de la ley 1.º tit. 1.º lib. 10 de la Nov. Recop. diciendo que como anterior al Decreto de Nueva planta no tiene fuerza en Cataluña. De manera que puede fundadamente presumirse que si las sentencias en que se declara prescrita en Cataluña la accion ejecutiva á los diez años, pudiesen ser objeto de casacion, serian casadas por el Tribunal Supremo, así como en un pleito en que se pretendia aplicar la ley 2.º título 1.º lib. 10 de la Nov. Recop. que señala el tiempo de cuatro años para la prescripcion del derecho de pedir la rescision de un contrato por lesion enorme, declaró con sentencia de 11 Junio de 1873, que no era este, sino el de 30 años establecido en Cataluña para toda clase de prescripciones segun el Usage *Omnes cause*; mas como los fallos de que tratamos recaen en juicios ejecutivos, necesariamente deben formar estado, siendo de sentir que con ellos se altere nuestro derecho municipal.

Y es digno de notarse que en ciertos casos en los fallos de nuestro Tribunal Superior á que hacemos referencia se ha aplicado con error hasta la misma ley 63 de Toro en que se apoyan, pues se han declarado prescritas á los diez años acciones ejecutivas que se habian interpuesto en el escrito de demanda con el carácter de reales ó mixtas por tener hipoteca, y en este caso segun dicha ley recopilada no prescriben hasta 30 años. Exáminese con detencion esta ley y se verá que tiene tres partes: en la primera declara prescriptible á los diez años la accion ejecutiva cuando es personal: en la segunda declara prescriptible la accion personal ordinaria á los 20 años; y en la tercera declara prescriptible á los 30 toda accion hipotecaria, real ó mixta, y en esta parte no hace distincion entre ordinaria y ejecutiva, lo cual significa que las comprende á todas. En las acciones personales señala un término distinto para la prescripcion segun sean ejecutivas ú ordinarias: en las reales y mixtas fija un solo término sin hacer distincion; luego ten-

dremos que, segun las reglas *inclusio unius est exclusio alterius* y *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, una accion ejecutiva para estar comprendida en la primera parte de la ley y ser prescriptible á los diez años ha de ser simplemente personal, que es la condicion que exige dicha primera parte con las claras y terminantes palabras «el derecho de ejecutar *por accion personal*:» si la accion ejecutiva se interpone como real ó mixta por tener hipoteca estará comprendida en la última parte de la ley, que dispone prescriban á los 30 años las acciones hipotecarias, reales ó mixtas sin hacer distincion entre ordinarias y ejecutivas. Para declarar prescritas á los diez años las acciones reales y mixtas de carácter ejecutivo es necesario torcer la letra de la ley, estendiendo la primera parte sin razon ninguna á las acciones ejecutivas de carácter real ó mixto, que están visiblemente escluidas de ella, y restringiendo la última parte á las acciones de que deba conocerse en juicio ordinario, siendo así que la ley no hace tal restriccion, ni distingue entre juicios ordinarios y ejecutivos, y no distinguiendo los comprende á todos. Esto seria violentar el texto de la ley, y por mas que algun autor de nota lo haya creido así, su opinion no puede ser admitida por los jurisconsultos ni por los Tribunales, porque ante la letra clara de una ley carecen de fuerza las opiniones que conspiran á tergiversarla. Lo que resulta de una manera patente despues de un exámen severo y meditado de la ley 5.^a tít. 8 lib. 11 de la Nov. Recop. en cuanto á la prescripcion de las acciones por derecho español, es lo siguiente:

Acciones personales de carácter ejecutivo.	10 años.
Acciones personales de carácter ordinario.	20 »
Acciones reales y mixtas sin distincion entre ordinarias ó ejecutivas.	30 »

Sólo de paso hemos hablado de una ley, que no es aplicable á los pleitos de Cataluña, para combatir la falsa interpretacion que á veces se le da.

De la accion hipotecaria. El derecho de hipoteca prescribe en Cataluña á los 30 años segun la regla general del usage *Omnes causæ*. Es verdad que por el cap. 44 del *Recoynoverunt proceres*, siguiendo una disposicion romana, se establece la prescripcion de cuarenta años para la accion hipotecaria contra el deudor que posee la cosa hipotecada y sus herederos; pero esta disposicion, que produce la irregularidad de dejar subsistente la accion hipotecaria despues de estinguida la personal á la que aquella sirve de garantía, ha sido derogada por la ley hipotecaria, cuyos autores, con mejor acuerdo, han partido del principio de que siendo la hipoteca accesoria de una accion personal, perdiendo esta su fuerza no debe conservarla la accion hipotecaria, pues que estinguido el crédito no puede menos de considerarse estinguida su garantía. (Véase la Esposicion de motivos de la ley hipotecaria). Este principio es mas conforme con la regla de derecho *sublato principali, corrui accessarium*. Y aunque el art. 134 de la ley hipote-

caria fije el tiempo de 20 años para la prescripcion de la accion hipotecaria, este tiempo debe entenderse para las provincias que se rigen por el derecho español, como lo aclara la Esposicion de motivos al decir que «la Comision propone el término de 20 años *por ser este el señalado para la prescripcion de las acciones personales* á que está adherida la hipoteca.» de donde se sigue que donde no esté señalado el término de 20 años para la prescripcion de las acciones personales, no prescribirá la hipotecaria á los 20 años, sino en el mismo tiempo por el cual prescriba la accion personal á la cual esté adherida. Y como en Cataluña las acciones personales prescriben á los 30 años, este será el tiempo de prescripcion de la accion hipotecaria, otraménte tendríamos que en una deuda con hipoteca, durante 20 años subsistiría la hipoteca, y en los diez siguientes existiría la deuda como personal y se habria estinguido la hipoteca, contra el principio sentado en la Esposicion de motivos de la ley hipotecaria de que la hipoteca como accesoria á la obligacion personal debe vivir y morir con ella.

De los derechos y acciones contra la Iglesia, y de las servidumbres discontinuas.

Como la prescripcion de 30 años ha reemplazado en Cataluña á la ordinaria romana de diez y veinte años, segun el *Recognoverunt proceres* cap. 44, no se entienden escluidas las prescripciones que por derecho romano requieren mas ó menos tiempo. Cancer *Var. resol.* pars 1.^a cap. 15 núms 2 et 3. Así es que contra la Iglesia no corre otra prescripcion que la de 40 años con arreglo á la Auténtica *Quas acciones*, Cod. *De sacrosanctis ecclesiis*. Por la misma razon las servidumbres discontinuas prescriben por tiempo inmemorial.

De los laudemios.

Los laudemios prescriben á los 30 años; pero contra el Estado sólo á 40. Const. 9. tit. 1.^o lib. 7.^o vol. 1.^o

De las cosas del Real Patrimonio.

Las cosas del Real Patrimonio prescriben por 80 años, aunque el poseedor no muestre título alguno. Const. 2. título 1.^o lib. 7.^o vol. 1.^o

De los créditos de los Abogados, Escribanos, Notarios y Procuradores, artistas y artesanos, ó sea de las artes liberales y mecánicas.

Los créditos de los Abogados, Escribanos, Notarios y Procuradores y de todos los artistas y artesanos por razon de sus oficios, es decir de todas las artes liberales y mecánicas, menos los de los farmacéuticos, prescriben á los tres años. Const. 1, 4 y 8 tit. 1.^o lib. 7.^o vol. 1.^o

De los créditos de los Farmacéuticos.

Los de los Farmacéuticos prescriben á los dos años. Const. 7, tit. 1.^o lib. 7.^o vol. 1.^o

De los salarios de los criados. Los de los criados de ambos sexos prescriben al finir un año desde que el sirviente dejó la casa de su amo. Despues del año no se pueden reclamar, si no se presenta documento en que conste el salario debido. Const. 3.^a tít 1.^o lib. 7.^o vol. 1.^o Muerto el Señor, el criado no puede pedir salario alguno sin que pruebe el convenio que medió respecto al mismo. Const. 1.^a del mismo título.

De las cosas sujetas á vínculos y fideicomisos perpétuos. En las cosas procedentes de vínculos y fideicomisos perpétuos, cuando existian, no tenia lugar la prescripcion. Corria, es verdad, la prescripcion de 30 años contra cada poseedor, y finidos estos no podia revindicar las cosas vinculares enajenadas; pero su sucesor volvía á empezar la prescripcion, y tenia otros 30 años para reclamar, y así consecutivamente, porque como en un vínculo ó fideicomiso perpétuo el poseedor no sucede al que le antecedió, sino al fundador del vínculo, no puede perjudicarlé la negligencia de su antecesor.

De las pensiones de censos y censales. Las pensiones de los censos y censales prescriben en Cataluña á los 30 años, y á los 40 si el acreedor es una Corporacion ó persona eclesiástica que perciba aquel rédito por razon de su cargo eclesiástico.

De los capitales de censos y censales. Los capitales de los censos y censales por costumbre inmemorial de Cataluña y jurisprudencia secular admitida en este territorio, hasta hace muy pocos años en que esto se ha querido poner en tela de juicio, no prescriben por ningun espacio de tiempo. Para la debida claridad, ya que los intereses particulares han suscitado una cuestion que nunca habia existido, distinguiremos entre censos y censales, y respecto á los censos entre los que se pagan en reconocimiento del dominio directo, y los censos en nuda percepcion.

Censos enfitéuticos con dominio directo. Los censos con dominio directo nunca prescriben, y esta es doctrina general en el mediodía de Europa, y los autores franceses antiguos y modernos la defienden como indubitada. El fundamento de esta doctrina consiste en que el dominio directo es imprescriptible, porque el Señor directo posee civilmente la cosa concedida en enfitéusis, y conservando la posesion civil no puede perder su derecho; y como el censo se considera accesorio del dominio y estipulado en reconocimiento del mismo, no prescribíb tampoco porque no prescribiendo lo principal no puede prescribir lo accesorio. Añádase á esto que nadie puede prescribir contra su título, ni cambiarse á sí mismo la causa y principio de la posesion; de consiguiente el que posee en virtud de un contrato de enfitéusis no puede prescribir á su favor el dominio directo y el censo á él anexo, que en el contrato que le sirve de título quedó reservado á favor

de otra persona. La ley 7 Cod. *De præscript. triginta vel quadraginta annor.* ya dijo que el enfiteuta por ningun espacio de tiempo puede prescribir el dominio, *cum in eodem statu semper manere datas jure emphyteutico res oporteat.* Cancer, *Var. resol.* part. 3.^a cap. 4 n. 202, dice que el dominio útil se reputa respecto al directo como una especie de servidumbre, porque así como la servidumbre limita el dominio del predio sirviente, el dominio directo limita el del Señor útil. Y como el censo sigue al dominio directo á la manera de derecho accesorio, lo que se dice del dominio directo debe decirse del censo que se paga en reconocimiento del mismo. Los autores franceses están conformes con esta doctrina. Véase Pothier, tomo 10, Tratado de la prescripcion, 1.^a parte, cap. 3.^o § 1.^o n.^{os} 133 y 134; Le Roux de Bretagne, *Nouveau traité de la prescription* chap. 7 art. 2 n. 429, etc. En igual sentido se espresan los autores catalanes. Véanse Cancer, *Var. resol.* parte 3.^a capítulo 4 n.^{os} 175 á 182, y Fontanella, *De pactis nuptialibus* cláusula 4.^a glos. 18 parte 1.^a n. 136, 137, 138 y 139. Fontanella dice que esto se observa inconcusamente en Cataluña, y que en este sentido ha visto proferir *sexcentas sententias et ultra.*

Para que prescriba el dominio directo y el censo que por él se presta es necesario que ocurra un acto positivo de interversion de la posesion, desde el cual empieza el enfiteuta á poseer por derecho pleno. Por esto dice Jaime de Monjuich n. 7, que para que el enfiteuta pueda prescribir el censo se necesita una interversion de la posesion, por ejemplo que el Señor hubiese pedido el censo y el enfiteuta se negase á prestarlo pretendiendo que no estaba obligado á ello y que poseia la finca como alodial y no sujeta al dominio de nadie, y si desde el tiempo en que existió esta denegacion hubiese transcurrido el ordinario de la prescripcion sin que el Señor directo hubiese reclamado sus derechos judicialmente, el enfiteuta habria prescrito el censo en su totalidad y el dominio directo. Lo mismo dice Cancer en el lugar citado, y en el n.^o 185 añade que si uno compra la cosa enfiteutica de buena fé como libre sabiendo el Señor la enajenacion, y la posee el nuevo adquirente por 30 ó 40 años sin que el Señor cobrè el censo, habrà prescrito el censo y dominio.

Como el censo puede separarse del dominio directo por medio de una enajenacion que el Señor directo haga á otra persona, ya del simple dominio, ya del derecho de cobrar el censo, podria dudarse si este censo enfiteutico separado del dominio directo prescribirá por el solo transcurso de los 30 años sin haberse exigido. Aun en este caso, convienen los autores, incluso los franceses, en que se considera como accesorio del dominio directo y que es imprescriptible.

Pero el censo con dominio directo, si bien no puede prescribir en su totalidad, puede prescribir en parte si durante el tiempo de la prescripcion se ha pagado en mas ó menos cantidad de la estipulada en el contrato enfiteutico.

Censos con dominio mediano.

Lo que se ha dicho del censo con dominio directo es aplicable á los censos con dominio mediano de la ciudad de Barcelona, porque el dominio mediano es una desmembracion del directo y una parte de él.

Censos enfiteúticos en nuda percepcion.

Dejando pues fuera de cuestion los censos con dominio, vamos á tratar de la prescripcion de los censos sin dominio, que en Castilla se llaman *reservativos* y en Cataluña en *nuda percepcion*, aunque en rigor no puede decirse que sean iguales los censos reservativos de Castilla á los censos en nuda percepcion de Cataluña, porque los primeros se crean por medio de una venta y los segundos por medio de un enfiteusis, de manera que el censo en nuda percepcion en Cataluña es un verdadero censo enfiteútico, y por esto aunque se demostrase que son prescriptibles los censos reservativos, no se seguiria de ello que lo son los censos en nuda percepcion. Esta diferencia la ha notado muy bien Cacer Var. *resol.* pars 3.^a cap. 4.^o n.^o 193 á 200.

Antigüedad de la disputa sobre la prescripcion de los censos sin dominio: fundamentos de una y otra opinion.

Como este Tratado de la prescripcion se limita al derecho catalan, hemos de referirnos á los censos en nuda percepcion; mas aun así, no es posible prescindir de lo que se ha dicho en otras partes sobre la prescripcion de los censos sin dominio. Esta cuestion no puede abordarse ligeramente, y desde tiempos muy remotos han estado discordes en su resolucion Jurisconsultos muy eminentes. No ha sido pues del todo exacto el Sr. Alonso Martinez cuando, tocando incidentalmente una cuestion tan delicada en su contestacion al discurso de recepcion del Escmo. Sr. D. Cirilo Alvarez Martinez en la Academia de Ciencias morales y politicas en 13 de Junio último, ha dicho, como para poner fuera de la ley á los que profesan la opinion contraria, que la doctrina de la prescripcion de los censos estaba fundada en los eternós principios del derecho. Esta frase de efecto, que pasa irrefutada en un discurso académico, seria combatida en una discusion forense como conteniendo una peticion de principio, ó haciendo sustitucion del objeto de la cuestion. Precisamente esto es lo que se está disputando, *quien está dentro de los principios de derecho*, porque tanto los defensores como los adversarios de la prescripcion de los censos sin dominio directo sostienen que la opinion que defienden está fundada en aquellos principios. Ya muchos siglos atrás iniciaron esta disputa dos notables jurisconsultos, Bulgaro y Martin, diciendo el primero que desde el dia en que deja de pagarse la pension corre la prescripcion de todos los años y por consiguiente la del derecho de cobrarlas en lo sucesivo, y el segundo que cada año empieza su prescripcion respectiva, es decir la del derecho de cobrar la pension de aquel año, y así si dejaron de pagarse las pensiones por treinta años ó por el tiempo señalado para la prescripcion en cada país, han pres-

crito todas las anualidades que esceden del tiempo fijado por la ley, pero no las que no llegan al mismo, ni las futuras. Cada una de estas opiniones ha tenido sus defensores, y ambas cuentan con razones de derecho en que fundarse. La de Bulgaro reconoce por fundamento la presuncion de que el que por tantos años ha dejado de cobrar las pensiones ha abandonado por completo su derecho y por lo mismo debe dársele por decaido en él, ya por la presuncion de haberlo renunciado, ya como castigo á su negligencia, que son los fundamentos principales de la prescripcion. Pero en contra de esto dicen los que siguen la opinion de Martin, que el que deja de cobrar las pensiones de un censo durante 30 años, se presume que ha abandonado el derecho de cobrar aquellas pensiones que por tanto tiempo ha dejado de exigir, pero no las futuras, ni el derecho al percibo del censo para lo venidero, porque la presuncion no debe llevarse mas allá del objeto sobre que recae, y por consiguiente no puede extenderse á mas que á la renuncia de la pension ó pensiones cuyo cobro se ha descuidado por 30 ó mas años; y en efecto si estudiamos á fondo el carácter humano nos convenceremos de que ninguno de los que descuidan por mas de 30 años el cobro de pensiones entiende renunciar el capital ni darlo por perdido, y que el acreedor censualista omiso, á pesar de la desidia en el cobro de las pensiones pasadas, conserva el ánimo de exigir las futuras, mucho mas cuando á veces esta omision reconoce por causa un sentimiento de compasion hácia la persona de un deudor desgraciado: no debe pues llevarse la presuncion mas adelante de lo que la razon nos dice que acontece en la generalidad de las personas que se encuentran en este caso. Y estas razones adquieren mas fuerza si consideramos que la prescripcion es odiosa, y que no debe dársele una interpretacion estensiva, sino mas bien restrictiva. Lo mismo habrá que decir si nos referimos al otro fundamento de la prescripcion, el castigo de la negligencia. El que ha sido negligente en cobrar las pensiones de un censo es justo que sufra el castigo de su negligencia perdiendo aquellas pensiones que ha sido negligente en cobrar. Pero si además de perder las pasadas se le priva de cobrar las futuras, se le condena á la pérdida del capital, siendo así que la negligencia en el cobro no ha recaido sobre el capital, sino sobre las pensiones, y por lo tanto el castigo va mas allá de la cosa sobre que ha recaido la falta.

Hay otras razones todavía en apoyo de la opinion de Martin. Nadie puede prescribir contra su título; de consiguiente el que posee una cosa en virtud de un título de concesion á censo, no puede adquirir por prescripcion la libertad de este censo para lo futuro tan sólo porque el perceptor haya dejado de cobrar cierto número de pensiones, pues adquiriendo la libertad completa prescribiria contra su título, y aun contra lo que constituye la esencia del título, lo cual no se admite jamás.

Por fin, segun los principios sentados arriba, siendo el censo un derecho real, necesita para la prescripcion, además del tiempo marcado por la ley,

el requisito de la cuasiposesion por parte del que ha de adquirir la libertad del censo, y esta cuasiposesion no puede consistir meramente en el hecho de dejar de pagar las pensiones porque el acreedor sea omiso en cobrarlas, pues el título que conserva en su poder el poseedor de la finca, y en el cual consta su obligacion de pagar el censo, se opone á que posea con el ánimo de tener la libertad de este gravámen. Para que el dueño de la finca adquiera la casiposesion de la libertad del censo se necesita que haya mediado un acto de aquellos que se denominan *interversion de la posesion* y que desde este acto hayan pasado 30 años sin intentar demanda el perceptor del censo; por ejemplo, que el acreedor hubiese pedido el censo, y el poseedor de la finca se hubiese negado á prestarlo pretendiendo que la finca no venia obligada á ello, y que desde que tuvo lugar esta denegacion hubiesen transcurrido 30 años sin que el acreedor hubiese reclamado su derecho en juicio: en este caso el censo ha prescrito enteramente para lo futuro. Declarar la prescripcion del capital de un censo sin que exista esta *interversion* y sólo por la falta de pago de 30 pensiones vencidas, seria reconocer la prescripcion de un derecho real sin la casiposesion por parte del que prescribe, lo cual, en derecho catalan por lo menos, no está admitido por la opinion ni por la costumbre.

Lejos pues de ser la opinion de Bulgaro la que puede invocar exclusivamente á su favor los eternos principios del derecho, creemos que con mas razon puede apoyarse en ellos la de su adversario Martin.

Falta ver en este conflicto de opiniones, cuál se ha seguido desde tiempo inmemorial en Cataluña.

Jurisprudencia francesa sobre la prescripcion de los censos sin dominio directo, favorable á la prescripcion.

Ante todo diremos que en Francia ha prevalecido la opinion de Bulgaro favorable á la prescripcion del capital y de las pensiones futuras; pero no hemos de ir á buscar nuestra jurisprudencia en tierras extranjeras.

Jurisprudencia de Castilla sobre la prescripcion de los censos reservados indecisa.

En Castilla, si es cierto lo que indica el Sr. Alonso Martinez en la corta excursion que sobre este punto hizo en su discurso de contestacion al del Sr. Alvarez, la opinion de Martin era la dominante, pues leemos en aquel discurso que en oposicion á las opiniones entonces dominantes sentó el señor Alvarez una doctrina nueva, lo cual prueba, contra la intencion que revela esta frase, que la verdadera jurisprudencia de Castilla estaba contra la prescripcion de las pensiones futuras en el censo reservativo, y que se ha tratado de perturbarla; y como despues de establecida en un país cierta jurisprudencia, no está al arbitrio de nadie el alterarla, ni aun del Tribunal Supremo, cuya mision es de uniformar la jurisprudencia, y no de variar la establecida, derecho propio del poder legislativo, tendre-

mos que la verdadera jurisprudencia de Castilla es contraria á la prescrip-
cion de las pensiones futuras del censo. De paso nos permitiremos observar
que no es cierto por ahora que la doctrina de la prescriptibilidad de los
censos haya recibido la consagracion del Tribunal Supremo de Justicia,
como en dicho discurso se supone, pues existen sentencias en sentido con-
trario (1) y por lo tanto no puede decirse que tengamos jurisprudencia es-
tablecida por el Supremo Tribunal, ni se ha pronunciado todavia la última
palabra sobre una cuestion, que, digan lo que quieran los modernos Bul-
garistas, quedará abierta á un perpétuo palenque entre estos y los Marti-
nistas hasta la fin del mundo.

Bueno es advertir además que la cuestion de la prescripcion de los censos
reservativos de Castilla no es de gran influencia en Cataluña para la deci-
sion de la que se refiere á los censos en nuda percepcion, porque siendo
muy diferentes estas clases de censos, como observa Cancr, pueden ser
prescriptibles los primeros, sin que por esto deban serlo los segundos.

Jurisprudencia de Cataluña sobre la prescripcion de los censos en nuda percepcion, contraria á la prescripcion de las pensiones futuras

En Cataluña, á la cual debemos concretar este tratado de prescripcion, se ha seguido siempre la opinion de Martin, contraria á la prescripcion de las pensiones futuras, no obstante que los tratadistas catalanes omiten por lo general este punto, y que Cancr, *Var. resol.* pars 1.^a cap. 15 n. 40, adopta la opinion de Bulgaro, afirmando que la sigue tambien la Audiencia de Cataluña. Pero nótese que cuando Cancr sienta esta doctrina no se refiere especialmente á los censos en nuda percepcion, sino á las prestaciones anuales en general, y que en la parte 3.^a capítulo 4 n.^o 193 á 200 hablando de los censos en nuda percepcion de Cataluña opina que aunque dejen de pagarse por 30 ó 40 años no prescriben totalmente para lo futuro si no se ha verificado alguna interversion en la posesion, porque le parecen distintos de los reservativos, de Castilla (que en su opinion prescriben para lo futuro como simples prestaciones anuales) en cuanto los censos en nuda percepcion catalanes se constituyen por medio de un contrato enfiteútico como los censos con dominio, y si no llevan anexo el dominio, revisten un carácter muy parecido á él y pueden imponerse con derechos de firma y fadiga. Añade Cancr que la Audiencia falló en el año 1606 segun su opinion. La doctrina de Cancr, que tiene su apoyo en la razon de la ley 6 Cod. *De prescriptione 30 vel 40 annorum,—cum in eodem*

(1) Por una sentencia de 9 Junio de 1866 el Tribunal Supremo mandó pagar un censo que el demandado decia no haber pagado durante cincuenta años y por tanto oponia la prescripcion. «Considerando, dice la sentencia, que no reuniendo la prescripcion todos los requisitos necesarios en el presente caso no se ha infringido la ley 63 de Toro.» Los requisitos necesarios no podian ser otros que el ánimo de poseer la finca como libre del gravámen del censo, es decir una interversion en la posesion, y de este modo venimos á parar á la opinion de Martin: «no hay prescripcion sin interversion.»

statu semper manere datas jure emphiteutico res oporteat — ha sido seguida inconcusamente desde que él escribió hace mas de dos siglos, y sólo de pocos años á esta parte el interés particular ha querido ponerla en duda. Los censos en nuda percepcion, que son verdaderos censos enfiteuticos, nunca se han considerado prescriptibles para lo futuro á no mediara una intervension de la posesion, y está tan arraigada en el país esta costumbre, que si se preguntase á la persona mas ruda, por ejemplo á un labrador, á una mujer, qué sucederá si uno deja de pagar durante medio siglo la pensión de un censo, la contestacion seria que tendrán que pagarse 29 pensiones, y 39 si el acreedor fuere eclesiástico. Tal es la verdadera jurisprudencia práctica catalana conocida de todo el país, que sólo pudiera variarse por una disposicion legislativa, y que aun esperamos ver confirmada por el Tribunal Supremo de la Nacion. Hasta ahora no puede decirse que haya sido desestimada, pues casi todas las sentencias de casacion dictadas sobre prescripcion de censos han recaido en pleitos de Castilla ó de provincias que se rigen por sus leyes, y la mayor parte se refieren á censos que nunca se habian pagado, y á pesar de esto no hay entera conformidad, porque en algunas se ha declarado contra la prescripcion.

Prescripcion del capital de los censales.

En cuanto á la prescripcion del capital de los censales por falta de pago de sus pensiones, la resolucion se presenta mucho mas dificil. El censal es un derecho esencialmente personal, ni siquiera necesita estar asegurado con la hipoteca de bienes inmuebles, y si lo está, la hipoteca no figura en él sino como un derecho accesorio. No pueden por lo tanto aplicarse á la prescripcion de los censales las reglas de la prescripcion de derechos reales, ni cabe considerar como un requisito para la prescripcion la posesion ó la casiposesion del derecho, y con arreglo á los principios que dejamos sentados debiera bastar la negligencia del acreedor. Por otra parte los autores catalanes, que guardan silencio sobre la prescripcion de los censos en nuda percepcion, ó se pronuncian en contra de su prescripcion completa, están discordes respecto á la de los censales, en caso de dejar de pagarse sus pensiones. Cacer y Fontanella se deciden á favor de la prescripcion del capital. Véase Cacer *Var. resol.* pars 1.^a cap. 15 núm.^s 40 y 41, y Fontanella *De pactis nuptialibus* cláusula 4.^a glosa 18 pars 5.^a núm.^s 15 á 19. Mieres y Ripoll están en contra. El primero de éstos hablando de la prescripcion de los censales dice «que tiene lugar sólo contra las pensiones contando la prescripcion del día del vencimiento de cada una; pero no corre la prescripcion contra la propiedad (es decir el capital), á no ser que se interviera la posesion.» Ripoll *Var. resol.* cap. 14 n. 254 dice que no corre la prescripcion contra el capital del censal, mientras hay lugar á su exaccion y mientras no se interrumpe la posesion. Vives en su *Traduccion de las Constituciones de Cataluña* nota 9 á la Const. 5 tit. 11 lib. 7 vol. 1.^o trata de conciliar las opinio-

nes contradictorias de los autores catalanes segun el parecer de varios jurisconsultos, diciendo que si se tratase de un censal antiguo del cual no hubiese noticia que se hubiesen pagado jamás las pensiones y concurriesen de otra parte algunas circunstancias particulares, como la de accionar el actor en virtud de una segunda copia, hallándose la primera en poder del supuesto deudor censalista, ó algunas otras circunstancias que manifestasen que es muy probable haberse verificado la quitacion, entonces podrá ser procedente el que se declare la prescripcion, porque en concurso de estas circunstancias el deudor, á mas de las doctrinas que citan Fontanella y Tristany, tiene la presuncion de haber redimido el censal. Si empero no hay sino la simple negativa de haber pagado por el decurso de 30 ó 40 años sin otra circunstancia, entonces no debe admitirse la prescripcion, á no ser que pruebe haber discurrido 30 ó 40 años desde el dia en que habiéndose pedido una pension se resistió al pago, ó alguna otra circunstancia de las indicadas. En efecto la distincion que hace Vives es la que han hecho de tiempo inmemorial los Abogados catalanes, y además de ser muy racional y justa, ha sido seguida, por lo menos desde mediados del siglo pasado, de manera que forma la verdadera jurisprudencia práctica de Cataluña en materia de prescripcion de censales.

En la diócesis de Gerona ocurrió sobre este asunto una cosa singular. Observábase tambien en dicha diócesis por costumbre antiquísima la opinion contraria á la prescripcion del capital y pensiones futuras de un censal por el solo trascurso de 30 ó 40 años sin haberse satisfecho sus pensiones; pero el Rey D. Fernando II á 9 Noviembre de 1512 espidió una Pragmática revocando aquella costumbre, suponiéndola contraria al Usage *Omnnes cause*. El Cabildo eclesiástico y el Clero de Gerona reclamaron contra esta Pragmática, alegando que no podia dictarse en perjuicio suyo, y el Rey en 18 Junio 1513 suspendió sus efectos hasta que se decidiese el pleito que sobre la validez de la costumbre debia promover el clero de Gerona ante la Audiencia. En este pleito se declaró que la Real Pragmática no podia comprender los negocios de interés de la Iglesia y de los Clérigos, y desde entonces los censales han prescrito en la Diócesis de Gerona contra los laicos y no contra los eclesiásticos.

En el resto del territorio catalan la opinion ha estado siempre decidida en contra de la prescripcion del capital del censal por el solo trascurso de los 30 ó 40 años sin haberse pagado las pensiones, habiéndose seguido inconcusamente desde tiempo inmemorial la costumbre de no prescribir mas que las pensiones pasadas, hasta que algunos años hace el interés particular ha suscitado sobre esto pleitos que cuarenta ó cincuenta años atrás nadie se hubiera atrevido á intentar.

Si buscamos la razon porque en este punto nuestros antecesores se separaron de los principios de derecho, que abogan por la prescripcion del capital, acaso la encontraremos en el predominio que ejerce entre los catalanes

el resultado práctico, para la decision de todas las cuestiones, sobre los principios teóricos. Los jurisconsultos de este país resuelven las dudas legales teniendo mas bien fijo en su mente el efecto moral y material que ha de producir la resolucion en uno ú otro sentido, que las prescripciones de las reglas abstractas de la ciencia; y siguiendo estas tendencias naturales en el pueblo catalan, nuestros antecesores creyeron seguramente que la prescripcion del capital de un censal por el solo transcurso de 30 ó 40 años sin haber pagado sus pensiones envolvía una iniquidad, por mas que estoviese conforme con los principios de derecho; observaron que muchas veces el dejar pasar 30 años sin cobrar las pensiones de un censal no arguye siquiera negligencia; porque puede ser efecto de enfermedades, de desgracias de familia, de largas ausencias, de guerras prolongadas, de la delacion de la herencia á un menor, á un impúber, á una mujer, del descuido de los tutores y curadores que olvidan reconocer los papeles de la familia y enterarse de sus derechos, y que en estos casos, que son frecuentes, parece bastante pena la pérdida de las pensiones que dejaron de cobrarse por mas de 30 años, y el estender esta pena hasta la pérdida del capital seria dar una amplitud indebida, exagerada é inicua á los fundamentos de la prescripcion; recordaron que esta fué una invencion del derecho civil restrictiva del natural, y que considerada como odiosa, — *iniquum præsidium*— en la aplicacion de sus preceptos debe preferirse la interpretacion restrictiva; que ha de evitarse el escesivo rigor del derecho cuando puede conducir á una gran injusticia — *summum jus, summa injuria*;— que la pérdida de un capital, que puede ser cuantioso, no debe decretarse sin motivos gravísimos, porque es un ataque á la propiedad, y no parece suficiente motivo el haber sido el acreedor descuidado en el cobro de los intereses de este capital; que en Cataluña los censales constituyen una gran parte de la propiedad y que se la hería de muerte destruyendo todos estos capitales en detall bajo el pretesto de la prescripcion; que no en vano se llama jurisprudencia la ciencia destinada á estudiar, interpretar y aplicar las leyes, porque la aplicacion de los principios legales requiere suma discrecion y prudencia á fin de no convertir en perjuicio de los hombres aquello que ha sido introducido para su bien; y por fin que hasta las mismas leyes recomiendan que en su formacion é interpretacion se tenga siempre presente la equidad. Todo esto tuvieron presente los antiguos catalanes, y arredrándose ante los resultados de la aplicacion de los principios de derecho á la prescripcion de los censales, deseando evitar el mal que á la propiedad se ocasionaria con la pérdida de capitales considerables, prefirieron al riguroso derecho, al *summum jus*, la equidad tan sábiamente recomendada en la ley 8 Cod. *De pactis conventis* — *quoniam conditores legum æquitatis convenit esse fautores*. Esta es en nuestro sentir la causa de la jurisprudencia arraigada en Cataluña en contra de la prescripcion del capital de los censales por falta de pago de sus pensiones. El buen sentido prác-

tico y el amor á la propiedad innato en los catalanes les hicieron preferir la equidad al rigor del derecho. Puede tambien haber contribuido á ello la similitud del censal con el censo en nuda percepcion, por ser innegable que, aunque el primero sea un derecho personal y el segundo real, se parecen en sus efectos, y por lo mismo quiso aplicarse á los censales la jurisprudencia que sobre prescripciones regia respecto á los censos en nuda percepcion.

Lo que hemos dicho hasta ahora se refiere únicamente á la prescripcion ordinaria, que es la de 30 años contra los laicos y de 40 contra las Comunidades y personas eclesiásticas. Puede ahora preguntarse: ¿tendrá lugar la misma regla en la prescripcion inmemorial? mas claro, ¿cuando las pensiones de un censal han dejado de pagarse por tiempo inmemorial, su capital tampoco habrá prescrito? Fontanella se dirige esta pregunta cuando habla de la costumbre que habia en la diócesis de Gerona en contra de la prescripcion del capital por falta de pago de las pensiones, y contesta que la prescripcion centenaria ó inmemorial no queda escludida, á no ser que pudiese probarse que la costumbre antigua no sólo escluia la prescripcion ordinaria, sino tambien la inmemorial, lo cual cree Fontanella que no es así. Véase Fontanella *De pactis nuptialibus* cláusula 4.^a glosa 18 pars 5.^a n.^s 69, 70, 71 y 72. Tristany dice que no queda escludida la centenaria ó inmemorial. Esta es tambien nuestra opinion, porque cuando uno deja de cobrar durante un siglo ó por tiempo en que no hay memoria de hombres en contrario las pensiones de un censal, parece haber demostrado bastante el ánimo del abandono completo de aquel derecho, ó hay lugar á creer que el censal ha sido redimido; por consiguiente esta prescripcion ha de arrastrar consigo la pérdida del capital.

Reglas de la prescripcion de los censales segun la jurisprudencia catalana.

Resumiendo la doctrina verdadera y genuina de la prescripcion de los censales en Cataluña, segun la interpretacion conciliadora de Vives y la costumbre que hemos visto observada desde nuestros primeros años de práctica notarial, que alcanzan á medio siglo, podemos reducir las á las siguientes reglas:

1.^a Por punto general el transcurso de 30 ó de 40 años sin haberse cobrado las pensiones de un censal no ocasiona la pérdida del capital, ni de las pensiones futuras, ni de las 29 ó 39 que no han prescrito, sino sólo de las que alcanzan ó esceden del término de la prescripcion. O en otros términos: la prescripcion ordinaria de los censales en Cataluña por falta de pago de las pensiones no afecta sino á las pensiones prescritas, dejando salvo el de las no prescritas y de las futuras, y en su consecuencia el del capital en su caso y lugar.

2.^a Prescribirá no obstante el capital y todas las pensiones pasadas y futuras en los casos siguientes: 1.^o cuando se hubiese verificado una especie

de interversion en la posesion, á saber cuando el perceptor del censal pidiere una pension, aquel á quien la pida se denegare á satisfacerla, poniendo en duda el derecho del perceptor, y desde este hecho hubiese transcurrido el término de la prescripcion sin haberse intentado demanda judicial: 2.º si se tratase de un censal antiguo del cual no hubiese noticia que se hubiesen pagado jamás las pensiones: 3.º si concurriesen algunas circunstancias que indujesen vehementes indicios de haberse verificado la redencion del censal: 4.º si la prescripcion fuese de tiempo inmemorial.

Prescripcion del pacto de redimir en las ventas á carta de gracia ó con pacto de retro. Dos especies de ventas de esta clase.

Falta dilucidar otra cuestion, para nosotros muy clara, entre los que no conocen nuestro territorio muy debata, la de la prescripcion del derecho de redimir en las ventas con pacto de retro. Tampoco es nueva esta controversia; desde muy antiguo se ha disputado si el derecho de redimir en esta clase de ventas es ó no prescriptible, optando unos juriconsultos por la afirmativa y otros por la negativa. Y unos y otros tienen razon, porque no se ha tenido en cuenta que hay dos especies de ventas con pacto de retro, y que en las unas el derecho de redimir es prescriptible y en las otras no lo es, ó con mas exactitud no lo es sin que haya adquirido la cuasiposesion el que prescribe y la haya perdido aquel contra quien se intenta prescribir.

Primera especie de ventas con pacto de retro: Francia, Castilla.

Examinemos estas dos especies de ventas. Una de ellas, la mas conocida y la mas vulgarizada, consiste en vender una finca por todo su valor, pero con el pacto de que siempre que el vendedor restituya el precio al comprador, éste deba re-trovenderle la finca. Por lo regular se señala un tiempo para usar de esta facultad, por ejemplo diez, veinte, treinta ó cuarenta años, pasados los cuales sin hacer uso del derecho de recuperar, no puede el vendedor utilizarlo en lo sucesivo. En esta especie de ventas con pacto de retro, el pacto de redimir no es de esencia, porque satisfecho como está por el comprador todo el valor de la finca podria muy bien otorgarse la venta por el mismo precio que en ella figura y sin el pacto de redimir: este pacto se considera accidental, como la generalidad de los pactos que se estipulan en las escrituras de venta. El derecho de redimir en semejante especie de contratos no tiene valor alguno, y rigurosamente hablando es un derecho personal que puede ejercer el vendedor y sus herederos contra el comprador y los suyos, pues no se concibe un derecho real sin valor efectivo. Por la misma razon no se presta á su trasmision en favor de un tercero, y menos por título de venta, pues no podria estipularse un precio por un derecho que carece de valor. De esta manera acostumbran verificarse las ventas con pacto de retro en Francia, en Castilla y en otras provincias de España, fuera de Cata-

luña. En los países en donde está en práctica este sistema, el pacto de redimir prescribe pasado el tiempo de la prescripción ordinaria, si no se ha señalado un tiempo determinado en la escritura. La razón es evidente: se trata de un derecho personal y no puede por lo mismo exigirse la cuasiposesión por parte del prescribente: los derechos personales son objeto de la prescripción estintiva y prescriben con el solo transcurso del tiempo ordinario de la prescripción si no se ha hecho uso de ellos. Además dicen los autores franceses que el artículo 2240 del Código civil, que declara que nadie puede prescribir contra su título, debe entenderse con esta distinción, á saber, que no puede prescribirse contra lo que es de esencia del título, pero sí contra lo que no es mas que accidental. Véanse Pothier, Troplong, Le Roux de Bretagne y otros. Las facultades, añaden, son imprescriptibles cuando proceden de la naturaleza ó de la esencia del contrato. Y como la facultad de redimir una finca vendida con pacto de retro en Francia no es de la esencia del contrato, porque vendida la finca por todo su valor constituye un pacto puramente accidental, que podria omitirse dejando subsistente la venta con el mismo precio convenido y con todo lo demás en ella estipulado, es de ahí que en aquella nacion puede prescribir la facultad de redimir, y prescribe efectivamente si no se hace uso de ella dentro del término de 30 años. Por fin, cuando la finca ha sido vendida con pacto de retro por todo su valor, la prescripción de la facultad de redimir no ocasiona al vendedor la pérdida de un céntimo, tan sólo le priva del derecho de convertir una cantidad de dinero en especie; pero no produciéndole una pérdida material, no le causa daño, porque sus capitales no disminuyen: bajo este concepto la prescripción no es contraria á la equidad, ni á los principios de justicia.

Adviértase que aunque hemos dicho que vendida la finca por todo su valor el derecho de redimir no puede considerarse mas que como personal, en Francia algunos autores, entre ellos Pothier, lo dan como real, porque dicen que puede ejercerse contra cualquier poseedor; pero esto no obsta para su prescripción, porque en aquella nacion los derechos reales se conceptúan capaces de la prescripción estintiva (doctrina no admitida en Cataluña), y de consiguiente pueden prescribir por el solo transcurso del tiempo sin que se haya hecho uso de ellos.

En Castilla no es admisible la opinion de los autores franceses que consideran el pacto de redimir como derecho real, porque existe una ley, la 42 tit. 5.º Part.ª 5.ª, que lo califica de personal, puesto que lo concede al vendedor y á sus herederos contra el comprador y los suyos, y no contra terceros. Es evidente que semejante derecho debe prescribir por el solo transcurso del tiempo señalado por la ley para la prescripción de las acciones personales, y así lo ha declarado el Tribunal Supremo en varias sentencias.

Segunda especie de ventas con pacto de retro: Cataluña.

La otra especie de ventas con pacto de retro, rara en Castilla, rarísima en Francia, en Alemania y en el resto de Europa, y vulgar en Cataluña, que la ha convertido en un elemento de crédito territorial y de mutua especulación, consiste en vender la finca por la mitad ó mas de su justo valor, pero nunca por su valor total, quedando en poder del vendedor la facultad de redimirla, que representa la parte de valor que ha dejado de cobrar del comprador de la finca. En este caso el derecho de redimir es un verdadero derecho real, de valor considerable, muchas veces igual al que tiene la finca en poder del comprador, porque si una casa de valor 8000 pesetas se vende á carta de gracia, que es el nombre que se da en Cataluña al pacto de retro, por precio de 4000 pesetas, mitad de su justo valor, el derecho de redimir valdrá otras 4000 pesetas. Verificado el contrato, el vendedor se encuentra en la cuasiposesion del derecho de redimir, y el comprador en la posesion de la finca, pero con el dominio limitado por aquel derecho, así como el dueño útil lo tiene limitado por el dominio directo y el dueño de un predio sirviente lo tiene limitado por la servidumbre que presta al predio dominante. La finca circula pasando de uno á otro comprador por el mismo precio por el que fue vendida á carta de gracia, y el derecho de redimir circula tambien enajenándose por su propio valor, á semejanza del dominio directo, y muchas veces despues de cierto tiempo, quizás despues de un siglo, vuelve á reunirse el derecho de redimir con la propiedad de la finca, (como se consolida el dominio directo con el útil), ó porque el que tiene el derecho de redimir hace uso de él y recupera la finca, ó porque el dueño de ésta compra el derecho de redimir, ó porque el uno sucede al otro por testamento ó abintestato. Este cúmulo de analogías han hecho que en Cataluña se aplicasen al derecho de redimir una finca vendida con pacto de retro las mismas reglas que al dominio directo, valiéndonos del principio: *ubi eadem est ratio, eadem oportet esse juris dispositio*, pues tal como se ha organizado en este territorio el pacto de retro la relacion es idéntica. Por medio del enfiteusis se hace una division del dominio en dos partes, creándose un derecho real llamado dominio directo, que tiene su valor, que circula, y que representa un trozo arrancado de la propiedad; por medio de la venta á carta de gracia catalana tambien se divide la propiedad, segregándose de ella un derecho real que, aunque no se le dé el nombre preciso de dominio, representa tambien una parte de la propiedad y á veces una parte considerable, porque tiene su valor y circula, y en sus efectos viene á ser lo mismo que si se hubiese separado un pedazo material de la finca reteniéndose el vendedor y pudiéndose enajenar libremente. En vista de esta igualdad de condiciones los antiguos catalanes arguyeron de esta manera: supuesto que el enfiteusis puede ser temporal ó perpetuo, en la venta á carta de gracia el derecho de redimir puede reservarse tambien por tiempo determinado ó perpetuamente: supuesto que en Cataluña el enfiteusis temporal no está muy

en uso, porque á escepcion de los que se denominan á primeras cepas, todos los demás se hacen perpetuos, así tambien el derecho de redimir temporal debe ser rarísimo, mucho mas cuando ofrece el inconveniente de que vendida la finca por menos de su justo valor el contrato seria lesivo para el vendedor sino se pusiese el pacto de que trascurrido el tiempo señalado sin redimir la finca, el comprador deba satisfacer al vendedor lo que mas valga la cosa vendida, razon por la cual casi todas las ventas á carta de gracia se hacen perpetuas, ó como decian muy bien los antiguos formularistas « *vendo vobis T. presenti, et vestris et quibus volueritis perpetuo instrumento tamen gratia quandocumque redimendi mediante, seu pacto de retrovendendo interveniente,* » que es lo mismo que decir «vendo á T. y á sus sucesores á carta de gracia con el pacto de redimir perpetuamente y en cualquier tiempo.» En efecto, admitida la perpetuidad del dominio directo, era necesario admitir la perpetuidad del derecho de redimir en las ventas á carta de gracia catalana, por ser una desmembracion de la propiedad constituida en iguales condiciones. Y siguiendo el argumento de nuestros antecesores, diremos: dados todos los precedentes que se acaban de sentar, ya que el dominio directo es imprescriptible, debe serlo por necesidad el derecho de redimir en el pacto de retro catalan: ó con mas exactitud, porque no es cierto que el dominio directo ni el derecho de redimir sean absolutamente imprescriptibles: ya que el dominio directo es imprescriptible si no entra la cuasiposesion como elemento de la prescripcion, tampoco será prescriptible el derecho de redimir sino con las mismas circunstancias. Porque es necesario tener en cuenta que no es cierto que la escuela catalana sostenga que el derecho de redimir sea imprescriptible en todo caso, como no lo es tampoco hablando en absoluto el dominio directo: reconocemos la certeza de los principios sentados en los Considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo de justicia de 30 Diciembre de 1867, y no negamos que las leyes sobre prescripcion, en especial las que se refieren á la prescripcion del dominio y derechos reales, son de derecho público, como dictadas en interés general y social y para asegurar el dominio y la propiedad, que siempre se hallarian en incierto no poniéndose un término á las reclamaciones; que conforme el derecho catalan con los principios anunciados sobre la prescripcion dispone por el Usage *Omnes causæ* que todas las acciones son prescriptibles y se estinguen no ejercitándose en el término de 30 años; que estas disposiciones no pueden derogarse por convenios particulares, y que serian ineficaces los pactos que á ellas se opusiesen; que ninguna ley coetánea ni posterior ha escluido del precepto general del Usage *Omnes causæ* los pactos de retroventa. Todo esto es cierto, y no lo niegan los autores catalanes, ni la jurisprudencia de este territorio lo rechaza: la verdadera cuestion no está en si es prescriptible el derecho de redimir en las ventas con pacto de retro, sino en los requisitos que son necesarios para su prescripcion. El Usage *Omnes causæ* dispone que todas las acciones son prescriptibles, pero no determina

los requisitos que se necesitan para la prescripcion , y así como para la del dominio es necesaria la posesion por parte del que prescribe , es consecuente, y lo confirma la Constitucion 5.ª tit. 2.º lib. 7, que para la de los derechos reales será necesaria la cuasiposesion, doctrina que, derivada de dicha Constitucion, ha sido seguida siempre en Cataluña , y por esto los derechos reales no se consideran capaces de la prescripcion estintiva , sino sólo de la adquisitiva. De aquí es que así como el dominio directo nunca prescribe mientras no se verifique un acto que pueda considerarse como una intervencion de la posesion ; así tampoco prescribirá el derecho de redimir en las ventas con pacto de retro, mientras no ocurra un acto de intervencion de la posesion , es decir mientras el dueño de la finca no haya empezado á poseerla como libre del derecho de redimir. Por ejemplo, si queriendo usar del derecho de redimir el que lo tiene ó pretende tenerlo , se resiste á ello el poseedor de la finca , desde entonces se verifica una intervencion de la posesion, porque el dueño de la finca ha demostrado el ánimo de poseerla libre de la carga de la restitution : si desde este hecho pasan 30 años sin que el que tiene ó pretende tener el derecho de redimir intente una demanda judicial , el derecho de redimir habrá prescrito. Esto no se opone al Usage *Omnes causæ*, ni á los principios generales de la prescripcion, porque no escluye la prescripcion del derecho de redimir cuando concurren los requisitos necesarios para ella. El dominio está indudablemente comprendido en el Usage *Omnes causæ*, y por lo tanto el dominio de una finca prescribirá á los 30 años ; pero mientras el verdadero dueño conserve la posesion no prescribirá nunca , porque falta una de las condiciones necesarias para la prescripcion. ¿Habrá álguien que sostenga que el que no posee una cosa corporal pueda prescribir el dominio de ella contra el dueño que la posee y tiene legitimo titulo ? Semejante proposicion se consideraria absurda y aun contraria al derecho natural , y el mas inepto comprenderá que en el caso propuesto no habria prescripcion, sino una usurpacion ó un verdadero robo. Sin embargo tan contrario á la ley natural se presenta que el dueño de una finca adquirida con pacto de retro, que no la posee como libre del derecho de redimir, pueda adquirir este derecho por prescripcion contra el que tiene el título y la cuasiposesion del mismo, sea cual fuere el tiempo trascurrido desde la otorgacion de la venta : tampoco á esto se puede llamar prescripcion, sino usurpacion y robo manifiesto. Y lo es mas , porque en Cataluña se trata de un derecho valioso, se trata de quitar un capital á uno para darlo á otro, y así como en Castilla hemos dicho que la prescripcion del derecho de redimir no le hace perder al vendedor un céntimo, en Cataluña le arrebatara un capital de mas ó menos cuantía, que puede valer tanto como la finca, y aun mas , segun veremos luego , y de consiguiente cuando se concede al que no posee contra el que posee pugna con la equidad, con los eternos principios de justicia y con los sagrados é inviolables de la ley natural.

Si acudimos á las reglas sentadas por los autores franceses sobre la prescripcion de las facultades emanadas de los contratos y sobre la inteligencia del principio de que nadie puede prescribir contra su título, adquiriremos una plena conviccion de que si segun aquellas reglas el derecho de redimir en las ventas con pacto de retro otorgadas en Francia es prescriptible, no puede serlo en las que se otorguen en Cataluña, salvo siempre el caso de intervencion de la posesion. En efecto, dicen Pothier, Troplong, Le Roux y otros: «No puede prescribirse contra lo que que es de esencia del título, pero sí contra lo que no es mas que accidental.» Aplicando esta regla á las facultades emanadas de los contratos, añaden: «Las facultades son imprescriptibles cuando proceden de la naturaleza ó de la esencia del contrato, y prescriben cuando proceden de una cláusula accidental.» Y siguiendo estos principios, convienen en que en Francia es prescriptible el pacto de retro porque no constituye la esencia del contrato, sino que emana de una cláusula puramente accidental. Este razonamiento es perfectamente lógico, porque una finca que se vende por todo su valor puede venderse así con pacto de retro como sin él, y de consiguiente si se pone este pacto será una cláusula accidental del contrato, que podria muy bien omitirse dejando subsistente todo lo demás. Pero en Cataluña, en donde las ventas á carta de gracia se hacen por un precio inferior á su justa estimacion, á veces por las dos terceras partes, y hasta por la mitad, el pacto de retro es de esencia del contrato, pues el vendedor deja de cobrar una parte del precio de la cosa porque se reserva la facultad de redimirla, y estas dos circunstancias están tan íntimamente ligadas entre sí que la una no puede subsistir sin la otra, ya que el vendedor no consentiria en la rebaja del precio si no se reservase la facultad de redimir, y el comprador no admitiria la facultad de redimir si no se le bajase el precio. Resulta pues que lo uno se hace por lo otro y sólo en combinacion con lo otro, y que el pacto de retro viene á ser una cláusula integrante y complementaria de la reduccion del precio, porque si se redujese el precio á las dos terceras partes ó á la mitad, sin la facultad de redimir, el contrato seria lesivo é inadmisibile por parte del vendedor, y por esto semejantes contratos no son realizables sin el pacto de retro, que en su consecuencia no puede considerarse accidental y suprimible, sino que constituye una cláusula de esencia de estos contratos especiales ó *sui generis*, de que tanto partido ha sabido sacar Cataluña para sus transacciones sobre la propiedad. Troplong, *Le droit civil expliqué: De la prescription*, esplana bien esta idea con las siguientes palabras: «Cuando la facultad convencional es de la naturaleza ó de la esencia del contrato, ó que la cláusula constituye una parte inherente é indivisible del mismo contrato, cuando es uno de sus elementos, no tiene lugar la prescripcion.» Estas frases de Troplong parecen escritas á propósito para las ventas á carta de gracia catalanas: en ellas la facultad de redimir constituye una parte inherente é indivisible del mismo contrato y es uno de sus elementos, atendiendo á que

entra el otro elemento de la rebaja convenida en el precio, elementos que se completan y que el uno no puede existir sin el otro. «Todas las escepciones á la regla de que uno no puede prescribir contra su título; continúa Troplong, se explican por la observacion de que cuando la prescripcion no cambia la sustancia y la calidad del título, sino tan sólo modifica lo que existe de accidental en él, entonces produce su legitimo efecto. Pero lo que está inherente á la esencia del título no puede ser alterado por la prescripcion.» Es evidente que en Cataluña la prescripcion por el mero trascurso del tiempo admitida en la facultad de redimir una finca, cambiaria la sustancia y la calidad del título, porque convertiria al comprador de propietario de parte del capital ó valor en que fue estimada la finca, en propietario de la totalidad, y afecta sin duda alguna á la sustancia del título la mayor ó menor parte de la propiedad que uno ha tratado de adquirir y que ha pagado. No hay que olvidar jamás que el derecho de redimir en nuestro territorio es una porcion de la propiedad, que idealmente ya que no materialmente reserva el vendedor en su poder, y que el comprador deja de pagar, de suerte que el que compra la finca no adquiere toda su propiedad, sino una parte de ella. Todo cuanto hemos dicho se entiende siempre salvo el caso de interversion, porque cuando esta existe se puede prescribir contra lo que es de esencia del título. Por esto prescribe el dominio directo cuando ha mediado un acto de interversion de la posesion y despues han trascurrido 30 años.

La diferencia entre las dos clases de venta de que hemos hablado, y la circunstancia de ser el pacto de retro accidental en unas, esencial en otras, se revela por el nombre y la fórmula de cada una de estas dos especies de contratos. En las ventas con pacto de retro del sistema castellano y francés, la escritura se estiende como las perpetuas de su clase omitiendo la espression de perpetua, y la facultad de redimir se pone por pacto, razon por la cual al contrato se le denomina venta con pacto de retro; de manera que con el nombre y con la fórmula se proclama muy alto que la facultad de redimir no es mas que un pacto, y no hay que recordar á los jurisconsultos que los pactos en una venta son cláusulas meramente accidentales y que pueden muy bien omitirse sin alterar la sustancia del contrato. En las ventas del sistema catalan la palabra pacto no aparece en ninguna parte, ni en el nombre del contrato ni en su fórmula. El contrato se denomina venta á carta de gracia, que es lo mismo que decir que el comprador posee por gracia del vendedor, que está á merced del mismo, que tiene un dominio precario, que depende de la voluntad del vendedor el revocarlo, y la escritura se estiende como las demás ventas, diciendo en lugar de «vende perpetuamente» «vende á carta de gracia,» y algunos dicen «vende á carta de gracia con derecho de redimir perpetuo,» pero no se pone pacto alguno en la escritura para reservar al vendedor la facultad de redimir. En las escrituras de este sistema no figura por consiguiente la facultad de redimir como

un pacto, sino que está unida al verbo *vende*, formando un todo con él, para indicar que no es de accidente, sino de sustancia del contrato. Esta circunstancia descubre que las ventas con pacto de retro de Francia y Castilla y las ventas á carta de gracia de Cataluña son dos contratos radicalmente distintos, y que no pueden aplicárseles las mismas reglas.

Hay otra razon en favor de la imprescriptibilidad del derecho de redimir catalan (salvo el caso de interversion de la posesion), que, aunque no tan vulgarizada, es tan fuerte como las aducidas hasta aquí. Son muchos los autores, antiguos y modernos, que sostienen que cuando la venta con pacto de redimir se hace por un precio módico es asimilable á un contrato de prenda con pacto de anticresis, y produce todas sus consecuencias, menos la de eximirse del pago de laudemio, y en su consecuencia conceptúan en este caso imprescriptible el derecho de redimir, como lo es el de recobrar la prenda pagando la deuda en el contrato pignoraticio. El autor que espone con mas claridad esta doctrina es Mantica, *De tacitis et ambiguis conventionibus* lib. 4. tit. 31 núm.^s 40, 42 y principio del 43. Segun él, cuando la venta á carta de gracia se hace por el precio justo de la cosa, el derecho de redimir prescribe á los 30 años; pero si se verifica por mucho menor precio el contrato se considera feneraticio, y siempre que por cualquier conjetura el contrato de carta de gracia pueda considerarse como pignoraticio, no prescribe por tiempo alguno el derecho de redimir, porque las cosas dadas en prenda pueden redimirse siempre devolviendo la cantidad recibida, y contra esta facultad no puede oponerse ninguna clase de prescripcion. De una manera semejante se espresa Cristiano Godofredo en su excelente Tratado de los predios que publicó con el titulo de *Jus Georgicum sive Tractatus de prediis* lib. 1.^o cap. 41. Dice en el n.^o 31, que se tiene por infalible que el contrato de venta con pacto de retrovender y un precio módico se considera contrato pignoraticio. En los núm.^s 29, 30, 31 y 32 confirma la doctrina de Mantica. Antes de esto, en los números anteriores, habia sentado que el pacto de redimir con la circunstancia de poderlo verificar en cualquier tiempo es prescriptible, porque el derecho de redimir se pide en virtud de accion personal resultante del pacto, que es accesorio de la venta, y por lo tanto se usa en la demanda la accion *venditi*, y que una accion personal no puede ser imprescriptible. Como esto lo dice antes de hablar de las ventas con pacto de retro hechas por un precio módico, se deja entender que las primeras, á las cuales aplica las leyes de la prescripcion estintiva, las supone hechas por el justo valor de la finca; de lo cual se deduce que este autor ha distinguido perfectamente las dos especies de ventas á carta de gracia, es decir las que se verifican por todo el valor de la cosa y las que se hacen por menos: en cuanto á las primeras considera el pacto de retro como accesorio y accidental en el contrato, produciendo un derecho puramente personal y por lo tanto prescriptible con el solo trascurso del tiempo;

y respecto á las segundas las califica de contrato pignoraticio y sigue la doctrina de Mantica contraria á la prescriptibilidad.

Estas doctrinas tienen una aplicacion tan perfecta al contrato de retro catalan, que el buen instinto del pueblo se las ha aplicado sin titubear. En Cataluña las ventas á carta de gracia se han convertido en un elemento de crédito territorial. Cuando un propietario necesita dinero sobre una finca, si la cantidad que pide no es muy crecida la encuentra fácilmente hipotecando una finca; pero si es muy considerable, hay muchos prestamistas que para asegurar su crédito exigen que se les venda á carta de gracia el inmueble que debería hipotecarse, de modo que en el fondo la carta de gracia encubre un préstamo hipotecario, sólo que la hipoteca se convierte en prenda entregándose al acreedor, y se le traspasa su dominio á fin de ocultar el pacto anticrético que encierran estos contratos, que consiste en que el acreedor pueda hacer suyos los frutos de la cosa dada en prenda, sin que deban computarse en estincion del capital. Este pacto de anticresis es permitido por derecho civil; pero como no lo es por derecho canónico, sino en algun caso especial que refiere Antonino Tessauro *Decision* 78, y en Cataluña el derecho canónico debè ser preferido al romano, los antiguos catalanes para eludir las disposiciones del derecho canónico dieron al contrato de anticresis la forma de una venta con pacto de retro. Podemos decir pues que el contrato de retro catalan es una venta bastarda, y que en el fondo encubre un contrato de prenda con pacto de anticresis; se presta una cantidad asegurada sobre una finca, que en lugar de hipotecarse se entrega en prenda, cobrando el acreedor los réditos de la cosa en substitution del interés del dinero. Esta idea está tan encarnada en el pueblo, que en el territorio de Cataluña las ventas á carta de gracia no se conocen por otro nombre entre el vulgo que por *empenyaments*, traduccion catalana del latin *impignoratío* «dar en prenda.» No es posible persuadir á un labrador cuando vende á carta de gracia que se desprende del dominio de la finca, ni al comprador darle á entender que es dueño de ella, al contrario si se le pregunta si aquella finca es suya, responde: «nó, la tengo *empeñada*» (*dada en prenda*), y considera dueño todavía al vendedor. El lenguaje de los pueblos, dice con razon don Clemente Fernandez Elias en su *Filosofía del derecho*, explica á veces ciertas ideas con una precision, con una fuerza tales, que sorprende y admira. El pueblo catalan no ha visto en este contrato la forma que le han dado los jurisconsultos para eludir las leyes; pero ha comprendido perfectamente lo que viene á ser en el fondo, y lo ha espresado de una manera gráfica con el nombre que le ha dado. Hasta en los tratos que preceden á la formacion de la escritura se descubre la naturaleza íntima de este contrato, porque se calcula el precio que se dará por él segun lo que quiere el sedicente comprador que le produzca de interés el dinero que entrega.

Por fin hay otra observacion que hacer, que sorprenderá á algunos, no

por cierto á los Notarios, ni á los juriscultos catalanes que cuenten con alguna práctica en el asunto, y esta observacion al paso que acabará de descubrir la verdadera naturaleza del pacto de retro catalán, aumentará la conviccion de que es imposible que prescriba, si la posesion no se intervierte, á no barrenar todos los cimientos en que descansa el derecho de propiedad. El aumento ó disminucion del valor intrinseco de la finca cede en beneficio del vendedor y no del comprador, de manera que todo lo que la finca gana ó pierde aumenta ó disminuye el precio del derecho de redimir. Conviene fijarse mucho en esta observacion, la cual prueba que el vendedor no ha enajenado mas que una porcion limitada de su derecho de propiedad, y que todo el resto lo ha reservado para sí. Así es que el precio de la posesion de la finca es fijo, y esta se enajena siempre por el mismo precio, porque el comprador no ha adquirido mas derecho á la propiedad que lo que representa aquel precio, ó en el lenguaje del vulgo no ha puesto mas dinero sobre aquella finca que la cantidad que ha dado, única que la finca le garantiza; pero el valor del derecho de redimir es variable, pues representa el resto de la justa estimacion de la cosa, y por lo tanto si esta desmerece puede sufrir una disminucion el valor del derecho de redimir, al paso que si aumenta con el transcurso del tiempo, que es lo mas comun (no siendo á consecuencia de mejoras hechas por el comprador, que le serán abonables si son necesarias ó útiles), el derecho de redimir acrece en valor, pudiendo suceder que en una finca que se ha vendido á carta de gracia por la mitad ó los dos tercios de su valor, el derecho de redimir llegue á valer con el tiempo cinco ó seis ú ocho veces mas que la cantidad que se dió como precio de la venta á carta de gracia. Véase cuán injusto seria que por el solo transcurso de 30 años sin haber ejercitado una facultad que no tiene tiempo limitado para su ejercicio, se hiciese perder al que está en cuasiposesion de la mayor parte del derecho de propiedad todo el capital que este derecho representa, en beneficio del que tiene la menor parte, que se encontraria de repente sin saberlo ni quererlo aumentada su propiedad en un quintuplo ó séxtuplo de lo que pagó y tuvo intencion de adquirir. Porque, no hay que dudarlo: en Cataluña el que adquiere una finca con pacto de retro no se considera partícipe de su propiedad sino por el capital que ha dado por ella, como si hubiese colocado este capital con garantía de la finca cobrando por interés todos sus réditos: si despues de cincuenta, ochenta ó cien años se le priva de la finca, que entonces puede tener un valor considerable, devolviéndole el pequeño capital que dió, no puede llamarse á engaño: todo ese exceso de valor no era suyo, pertenecia á otra persona, á su co-propietario, el poseedor del derecho de redimir, que en tanto es co-propietario en cuanto ceden á su favor ó en su perjuicio los aumentos ó disminuciones del valor de la cosa, lo cual no puede acontecer sino con el que tiene parte en la propiedad, el comprador ó sus sucesores si reciben la cantidad que consta satisfecha como precio de la compra, si se les indemniza, segun acostumbra hacerse y se

pacta en las escrituras, de todos los gastos pagados por el contrato de venta, si se les abonan todas las mejoras necesarias y útiles, no han sufrido ningun perjuicio: han colocado un capital á rédito; á medida que ha aumentado el valor de la finca, mas pingües han sido esos réditos, y percibiendo el capital integro, despues que durante cincuenta ó ciento ó mas años les ha producido el interés de doce, ó quince, ó veinte ó treinta por ciento, pueden darse por muy satisfechos, porque han realizado un buen negocio, y no seria justo que ambicionasen todavía el capital de su compañero en la propiedad. La prescripcion del derecho de redimir sin el requisito de la posesion convertiria el contrato en leonino, pues el comprador tendria todas las ventajas y el vendedor recibiria todo el perjuicio, y cuando esto sucediese este contrato dejaria de verificarse, á lo menos con las condiciones con que ahora se verifica, porque la causa de su propagacion está en los beneficios que proporciona á ambas partes.

Los autores catalanes sostienen, al igual que Godofredo y Mantica, la imprescriptibilidad del pacto de redimir cuando se hace por un precio módico, en cuyo caso se le asimila á una impignoracion. Cancer, *Var. resol.* pars 1.^a cap. 13 n. 34, dice que cuando concurren tres cosas, el pacto de retrovender, la modicidad del precio y la costumbre de dar dinero á interés, el contrato se considera feneraticio y pignoraticio, y en este caso al comprador no puede aprovecharle ninguna clase de prescripcion. Segun Fontanella el pacto de retro con mucha modicidad en el precio se considera feneraticio, y por lo tanto usurario y nulo; mas para ser considerado nulo, es necesario que el precio sea menos de la mitad del justo valor: así lo dice Cancer *Var. resol.* pars 1.^a cap. 13, n.^s 40 y siguientes, Comes *Viridarium artis Notariæ* cap. 20 *De emptione et venditione* n.^s 30, 31 y 32, y lo ha establecido una costumbre secular. Si el precio llega ó escede de la mitad, el contrato se reputa feneraticio, como lo indica su nombre vulgar, pero es válido, porque no se considera lesivo. Esta jurisprudencia ha prevalecido en Cataluña.

Y será tan fuera de razon cuando la vemos aprobada por el célebre comentador de las Partidas para las ventas con pacto de retro de Castilla siempre que se hagan por un precio módico. Dice efectivamente Gregorio Lopez en la nota 1.^a á la ley 42 tit. 3 Part.^a 5.^a que la facultad de redimir en las ventas con pacto de retro es prescriptible, pero exceptúa entre otros casos cuando al pacto de redimir va unida una considerable lesion en el precio (que es lo mismo que decir, cuando el precio dista mucho del justo valor de la cosa), porque entonces, segun opinion muy generalizada, el contrato se presume usurario (1) si va unido al mismo el pacto de redimir perpetuo, y en este caso tendrá efecto el pacto aun despues de pasados 30 años. Hé aquí la misma doctrina de Mantica, de Godofredo, de Cancer y de

(1) Equivale al adjetivo *feneraticio* de Mantica, que quiere decir dejar dinero á interés.

Fontanella sostenida por el ilustre intérprete del Código Alfonsino, autoridad nada sospechosa para los que quisieren examinar esta cuestion bajo el prisma del derecho español. En todos los países, bajo el influjo de todos los derechos, la modicidad del precio en las ventas con pacto de retro cambia la naturaleza y la esencia de este contrato, y lo hace imprescriptible segun la opinion de los jurisconsultos mas eminentes.

Pacto de retro entre los romanos, personal como en Castilla. Las ventas á carta de gracia del sistema catalan, ó sea con un precio módico [no fueron conocidas de los romanos. La ley 2 Cod. *De pactis inter empt. et vendit.* admite el pacto de retrovendendo, pero no como derecho real, sino personal. Dedúcese de esto que entre los romanos las ventas á carta de gracia se hacian por el total valor del inmueble vendido, por cuya razon no consideraban la facultad de redimir como derecho real, y para pedirla daban al vendedor ó su heredero la accion personal *ex vendito* contra el comprador ó su heredero. Véase dicha ley 2 Cod. Paulo de Castro fué el primero que dijo que el derecho de redimir una finca vendida con pacto de retro era un derecho real que podia ejercerse contra tercero.

Circunstancias especiales de la carta de gracia catalana. Los autores catalanes reconocen en las ventas á carta de gracia de este territorio las circunstancias siguientes: la modicidad de precio: la perpetuidad del derecho de redimir, escepto en los casos raros en que las partes señalan un tiempo fijo para usar de este derecho: la naturaleza real de la accion destinada á pedir la retroventa: la asimilacion del contrato al de prenda con pacto de anticresis: la imprescriptibilidad del derecho de redimir, salvo el caso de intervension de la posesion.

En cuanto al nombre que puede darse á la accion real con la cual el comprador ó sus sucesores universales ó singulares reclaman que el poseedor de la finca vendida sea condenado á firmarles retroventa de la misma, mediante el cobro del precio de la carta de gracia, gastos y mejoras, no es fácil precizarlo: los romanos no conocieron sino los pactos de retro personales, que segun la ley 2 Cod. *De pactis inter empt. et vendit.* se hacian efectivos con la accion *ex vendito*; de consiguiente no pudieron señalar nombre á una accion real que no conocian. Cancer *Var. resol.* pars 1.^a cap. 13 núm. 103 dice que el vendedor puede accionar contra un tercero con la accion reivindicatoria útil, y cita la ley *Si cum venderet*, Dig. *De pignor. action.*, la cual en rigor no es aplicable al caso, porque habla del acreedor que vende la prenda. Sin embargo la opinion de Cancer viene en apoyo de la doctrina vulgar, que ha asimilado siempre este contrato al de prenda con pacto de anticresis, y confirma la idea de que el vendedor conserva un semi-dominio en la cosa, pues de otra suerte no podria concedérsele la accion reivindicatoria. Fontanella la califica de accion útil *in rem*, ó *in rem scripta*. Sea como quiera, el nom-

bre de la accion no es lo que mas interesa, sabiendo que es real y que puede ejercitarse contra tercero.

Resúmen de la doctrina de los autores catalanes en punto de la prescripcion del derecho de redimir, sacada de sus obras.

Respecto á la imprescriptibilidad de la facultad de redimir, no habiendo intervencion, todos los autores catalanes están acordes.

Cortia da, *Decision* 149, dice que segun la opinion de muchos el pacto de redimir perpetuo, ó bien concebido simplemente sin preficcion de tiempo prescribe por 30 años, y así se observa en Roma, en el reino de Francia y en Portugal; pero que en Cataluña se observa lo contrario, esto es que el pacto de redimir perpetuo ó concebido simplemente no prescribe nunca, ni por tiempo inmemorial, ni por mil años, y que esta opinion ha seguido la Audiencia de Cataluña, y tambien las de Aragon (1) y del reino de Sicilia (2). Añade Cortia da que el pacto de retrovender se cuenta entre las cosas inmuebles, y puede ejercerse contra tercero, y que el derecho de redimir puede cederse, venderse, donarse y enajenarse por cualquier titulo.

Ripoll, *Var. resol.* cap. 11 núm.^s 224, 227, 238, 239 y 240, dice que el pacto de retrovender disminuye el valor de la cosa, y se reputa como una carga de ella, por lo cual es considerado como una parte de la cosa vendida (*unde pactum illud dicitur esse pars rei*), que el derecho de redimir se cede y traspasa á otros, y que no prescribe, porque cuando las leyes no prohiben tal ó cual modo de convenir, los contrayentes pueden hacer sus contratos del modo que quieran, y como no hay ley alguna que prohiba reservarse la facultad de redimir perpetuamente, pueden los otorgantes hacer este contrato con la condicion de redimir siempre que quieran, y es permitido este pacto porque no hay ley alguna que lo prohiba.

Cancer, *Var. resol.* pars 1.^a cap. 13 n.^s 51, 52 y 54, sostiene que el pacto de retrovender ilimitado no prescribe, porque el derecho de ofrecer es imprescriptible, y dice que las Audiencias de Cataluña y de Aragon admiten

(1) No es Cortia da el único que dice que en Aragon el derecho de redimir se ejerce contra tercero y es imprescriptible. Lo sientan como indubitado los tratadistas aragoneses, entre los cuales citaremos á Assin, Casana y Sesse, afirmando que es un derecho consuetudinario del reino de Aragon. No hay que extrañar sin embargo que el Tribunal Supremo con sentencia de 17 Noviembre 1865 hubiese fallado á favor de la prescripcion en un pleito de Aragon en que el recurrente invocaba el principio de derecho aragonés segun el cual la facultad de hacer uso de la carta de gracia es perpetua mientras no se establezca pacto en contrario, y la jurisprudencia constante conforme con este principio establecida por los Tribunales de Aragon. El Tribunal se fundó en que esta costumbre y esta jurisprudencia, sin embargo de que se habian alegado, no estaban probadas en los autos; y es cierto segun los principios de derecho que la costumbre debe probarse, y como los aragoneses se apoyan en un derecho consuetudinario, debia realmente haberse hecho en autos la prueba de esta costumbre.

(2) En Sicilia se dictó antiguamente una ley para que no prescribiese nunca el pacto de retro.

esta opinion, y en la parte 3.^a cap. 7 n. 206 añade: «el pacto de retrovender por el mismo precio en Cataluña no prescribe ni aun por mil años, ya se haga simplemente, ya con la cláusula *en cualquier tiempo que quiera*, y esta es la jurisprudencia que se observa (*et hoc jure utimur.*)» Cancer admite la prescripcion del derecho de redimir cuando ha habido interversion de la posesion, mas para que esta se considere intervertida exige, no sólo que el poseedor de la finca la haya comprado de buena fé como libre de todo derecho de redimir, sino tambien que el cuasiposeedor de este derecho haya sabido que la enajenacion de la finca se hizo puramente y sin mencionarle el pacto de retro, y haya guardado silencio por 30 años. Esta opinion de Cancer era admitida en su tiempo por la Audiencia de Barcelona, y para que se vea mas clara esta manera de entender la interversion de la posesion, copiaremos el caso que refiere dicho autor en la tercera parte de su obra cap. 4 n.^{os} 188, 189 y 190, hablando de un pleito que él defendió y ganó. «Hace pocos dias en un pleito que se seguía en la Audiencia, Relator don Miguel Salvá y de Valseca, opiné que un comprador de buena fé que durante cincuenta años habia poseído un fundo que le vendió puramente una persona que lo poseía á carta de gracia no habia prescrito contra el que tenia el derecho de recuperar, el cual ignoraba dicha enajenacion, y que el que habia vendido la finca con el pacto de retro podia recobrarla del poseedor por medio de la reivindicacion útil en virtud de dicha carta de gracia, y no se le podia oponer la prescripcion, puesto que no era posible imputársele negligencia, porque el derecho de redimir que casi poseía civilmente no se le habia intervertido ya que ignoraba la venta, y aunque la hubiese sabido por noticias recibidas, no habiendo visto la escritura, podia creer que el poseedor habia vendido la cosa con el mismo derecho con que la tenia, esto es sujeta á la carta de gracia; lo cual procede con mayoría de razon cuando no ha habido negligencia por parte del vendedor á carta de gracia, porque no debia recibir del poseedor prestacion alguna. Y en este sentido se falló en 21 Febrero de 1602 en dicho pleito que seguía entre los consortes Comes contra Margarita Ponsá, Actuario Serra Notario, y la sentencia fué confirmada en la instancia de suplicacion á 17 Febrero de 1605 por relacion de don José Dalmau. Y los Magistrados (segun por ellos supe) hubieran fallado en sentido contrario si la persona que habia concedido la finca á carta de gracia hubiese sabido que la enajenacion posterior habia sido hecha puramente y sin mencionar el pacto de retro y hubiese guardado silencio por treinta años. Esto es lo mismo que sucederia si un usufructuario vendiese como propia la finca que usufructúa: el tercero, aun comprando de buena fé, no adquiriria el dominio por prescripcion, á no ser que el propietario supiese la venta y no cuidase de impugnarla durante el tiempo de 30 años.» El raciocinio de Cancer, que aceptó la Audiencia de Cataluña, no está destituido de fundamento: se apoya, 1.^o en que para adquirir por prescripcion no basta que posea ó casi posea el que prescribe, es preciso

que deje de poseer ó cuasi poseer aquel contra quien se prescribe, otramente la interversion no es completa, y no cabe prescripcion contra el que cuasi posee el derecho de redimir, mientras él no practique algun acto ó incurra en algun descuido que se pueda tomar como abandono de su posesion, segun el principio *possidenti non currit prescriptio*, y el axioma juridico *jus meum sine facto meo à me auferri non potest*, que se infringiria admitiendo dicha prescripcion: 2.º en que la pérdida del derecho prescrito es el castigo de la negligencia del que ha dejado de reclamarlo oportunamente, y en el derecho de redimir, que puede usarse en cualquier tiempo, no cabe culpar de negligente al que no usa de él, ni entabla reclamacion alguna, cuando ignora que el poseedor de la finca la haya adquirido como libre de aquel gravámen. La comparacion que establece Caceres entre el que ha comprado una finca de buena fé al usufructuario creyéndole propietario y el que la ha comprado al que la poseia á carta de gracia creyendo que la tenia libre, es exacta é ilustra mucho estas cuestiones de prescripcion de derechos reales, que estudiadas á medias son causa de muchos errores, y de que bajo el nombre de prescripcion se verifique á veces una usurpacion de propiedad.

Pero ningun autor ha tratado esta materia con la estension y lucidez que nuestro Fontanella, que le dedicó 22 páginas en foleo, ocupándose exclusivamente del pacto de retro en doce decisiones consecutivas, desde la 75 á la 86 y en el n.º 2 de la 194. Empieza diciendo que la facultad de redimir en otras partes se considera prescriptible segun la comun opinion de los Doctores y la decision de casi todos los Tribunales; pero que en Cataluña la Audiencia nunca ha admitido esta opinion, y ha concedido al vendedor la facultad de redimir perpetuamente la cosa si no se le ha limitado en el contrato, «lo cual, sigue diciendo, puedo atestiguar sin género alguno de duda, porque lo he visto observar así mil veces (*quod nos attestari possumus sine dubio, qui nullies id observari vidimus*).»

Segun este autor el pacto de redimir es imprescriptible aunque no se diga que el vendedor se lo reserva para siempre, sino que se haga la venta á carta de gracia sin ninguna espresion que indique perpetuidad, porque siempre se supone que los contrayentes contratan segun la costumbre del pais, y la de Cataluña es de que las ventas á carta de gracia sean por regla general perpetuas. De consiguiente sólo serán temporales cuando se prefije tiempo en la escritura.

Fontanella toma á su cargo la defensa de la jurisprudencia adoptada en este particular por la Audiencia de Cataluña, y lo hace con las siguientes razones:

1.ª Que el derecho que el vendedor tiene de redimir la cosa vendida con pacto de retro, no es un derecho adquirido sino reservado, y que si bien son susceptibles de prescripcion todos los derechos que uno adquiere por medio de un contrato, los derechos reservados no se pierden nunca (1)

(1) Entiéndase mientras se conserve la cuasiposesion.

porque son una parte de la propiedad que uno retiene en su poder cuando traspasa la cosa á otro, y no puede decirse que por el trascurso del tiempo (1) haya de perder este derecho que se reservó y adquirirlo el otro contrayente, á quien no se le cedió ni puramente, ni á dia, ni á condicion, ni la esperanza siquiera (2). Cuando alguno por medio de un contrato adquiere una facultad en bienes ajenos, puede esta facultad si deja de usarse por cierto tiempo estar sujeta á la prescripcion; pero cuando no adquiere una facultad en bienes ajenos, sino que se reserva una en bienes propios, entonces restringe el dominio que tenia en su cosa propia á esta sola facultad que se retiene, concediendo el resto del dominio al otro contrayente, y como las enajenaciones dependen de la voluntad de las partes y no se enajena del dominio mas que lo que se ha querido enajenar, es consecuente que el derecho que el vendedor se ha reservado y que no ha querido enajenar (3) quede perpetuamente en su poder, y en su virtud nunca prescriba (4).

Fijese mucho la atencion en este razonamiento de Fontanella, que aplicado á la reserva de un derecho real, como el derecho de redimir en Cataluña, es perfectamente concluyente. Entre el gran número de autores que hemos examinado, nacionales y extranjeros, antiguos y modernos, sobre esta materia de prescripcion, ninguno hemos visto que tratase con tanta lucidez la parte referente á los derechos reales reservados sobre bienes propios como este doctísimo Jurisconsulto, honra de nuestro país.

Barbosa dice lo mismo que Fontanella mas brevemente y en otros términos. « Cuando la facultad proveniente de un contrato se dirige á adquirir algun derecho nuevo está sujeta á la prescripcion; pero cuando no tiene por objeto adquirir algun derecho nuevo, sino conservar algun derecho que ya se tenia, esta facultad no puede prescribir en tiempo alguno. » Nosotros añadiremos, que en el primer caso se trata de *lucro captando*, y en el segundo de *damno vitando*, y no es lo mismo dejar de percibir un lucro que se esperaba, que experimentar un daño ó sufrir una pérdida en cosa propia: esto último no pueden permitirlo las leyes cuando no hay culpa por parte de aquel contra quien recaeria el perjuicio. *Nemo privandus est jure suo sine culpa sua.*

Prosigamos resumiendo las razones que da Fontanella en apoyo de la jurisprudencia de nuestros Tribunales en punto á la prescripcion del pacto de retro.

2.ª Que la ley 2.ª Cod. de *pactis inter empt. et vendit.* dice que el pacto de retrovendo puede ponerse en las ventas de dos modos, á saber, que

(1) Si no se pierde la posesion.

(2) Es lo mismo que si en un contrato de enajenacion se reservase el vendedor para si una porcion material de la cosa: no la perderia jamás, aunque pasasen mil años mientras conservase la posesion.

(3) Podemos añadir: y cuyo precio no ha cobrado.

(4) Mientras lo quasi posea.

sea permitido redimir en cualquier tiempo (*quandocumque*) ó dentro un tiempo determinado, y en este texto las palabras en cualquier tiempo (*quandocumque*) no pueden restringirse á treinta ó cuarenta años, porque no pueden indicar una facultad temporal cuando se ponen en contraposicion de las otras «ó dentro un tiempo determinado,» y lo que se pone en contraposicion de lo temporal ha de ser perpetuo. La mente del legislador fué claramente distinguir dos casos, uno cuando el vendedor se reserva perpetuamente la facultad de redimir, y el otro cuando la limita á cierto término: si no fuese así, si el primer miembro indicase tambien temporalidad estaria comprendido en el segundo, y la distincion seria ilusoria.

3.^a Que el derecho de redimir es una parte del precio ó valor de la cosa.

4.^a Que la facultad de redimir no se retiene gratis, pues suele valer la tercera ó la cuarta parte del precio, y por esta parte menos se vende la cosa. ¿Y seria justo que despues que yo con mi dinero (ó cobrando menos, que es lo mismo) haya obtenido esta facultad para todo tiempo, sin cuya condicion no hubiera vendido la cosa, se me restrinja el tiempo por otra persona fundada en esas ó esotras razones? Ninguna puede haber para que cuando yo he reservado á mi favor perpetuamente y siempre que quiera el derecho de recobrar la cosa restituyendo el precio, venga otro y pretenda restringir este derecho á cierto tiempo contra mí y en favor de otra persona. Esto seria convertir en mi daño, haciéndome perder una parte de precio que dejé de cobrar, el pacto que puse á mi favor, y se faltaria á la regla: *quod in favorem unius introductum est non debet in illius odium retorqueri*.

Así defiende Fontanella su opinion, que es la de la Audiencia del territorio, en la prescripcion de los pactos de retro, y al terminar dice con marcada satisfaccion, que entre nosotros no se cambia fácilmente lo que ha tenido una interpretacion cierta, y que nos va bien con esta doctrina.

Advierte, no obstante, Fontanella que el pacto de retrovendiendo prescribe cuando no ha sido puesto en el mismo contrato de venta, sino despues de un intervalo. Será, sin duda, porque en este caso la venta se habrá hecho por todo el valor de la cosa, y el pacto de redimir estipulado en un contrato posterior no puede considerarse esencial del contrato de venta, sino accidental, y no concederá al vendedor un derecho real, sino personal.

Dice asimismo Fontanella que la Audiencia de Cataluña no admite la prescripcion del derecho de redimir, ni aun á favor de un tercero que compró la finca de buena fé ignorando la existencia de aquel derecho, y no habiéndosele manifestado en la escritura que el vendedor poseia la finca con pacto de retro, y cita dos sentencias de la Audiencia en este sentido. Esto no puede entenderse de otra manera, aunque Fontanella no lo espese, sino del modo que lo dice Cancer, esto es, con tal que el que conserva el derecho de redimir no tenga noticia de que se ha verificado una venta de la finca como libre de aquel derecho, pues si el poseedor del derecho de redimir sabe que la finca ha sido vendida sin hacer mencion de este gravá-

MAU

men y deja pasar 30 años, se ha intervertido la posesion y la prescripcion produce su efecto.

Vives en la nota 1.^a al tit. 19, libro 4.^o del volúmen 1.^o de las Constituciones de Cataluña, dice que el pacto de retrovender una finca vendida á carta de gracia nunca prescribe, que puede usarse de este derecho despues de ciento ó doscientos años, que lo afirman en Cataluña generalmente todos los autores y así se observa constantemente. Añade Vives: «el ser imprescriptible este derecho se funda principalmente en que el que vende á carta de gracia por lo regular da la finca por algo menos de su valor, y en razon de este menor precio se retiene, digámoslo así, parte del dominio de la cosa, y la finca queda con un gravámen ó especie de servidumbre, la que no puede prescribirse sino á contar desde el día en que hubiese contradiccion.» Vives cita una sentencia de la Audiencia en favor de esta imprescriptibilidad, siendo de notar que la venta á carta de gracia cuya facultad de redimir se declaró subsistente, contaba 160 años de fecha.

Pero luego impugna fuertemente el mismo autor la jurisprudencia que se ha establecido en Cataluña sobre esta materia, no con razones jurídicas, sino económicas, diciendo que causa males á los particulares y al público. No podemos dejar sin contestacion las razones en que funda su censura el jurisconsulto Vives, porque son muy frívolas, y dejándolas sin respuesta pareceria que se les concede algun valor.

1.^a «Que cuando despues de ciento ó doscientos años se presenta el sucesor del vendedor para hacer uso de su derecho ocurren dificultades para probar la sucesion.»—Si el Sr. Vives á la ciencia y esperiencia de un Abogado, hubiese reunido la esperiencia y práctica especial de un Notario, no hubiera dado esta razon, porque sabia que no es verdadera. La dificultad de probar la sucesion no ocurre en un caso entre ciento: esto lo saben bien los que ejercen la profesion notarial. En Cataluña generalmente las familias conservan los documentos antiguos, sobre todo los que se refieren á la sucesion. Glosando el argumento de Vives tambien podria decirse: cuando uno vende una finca que compró su séptimo abuelo cuatrocientos años atrás, cosa muy frecuente en Cataluña, hay dificultad en probar la sucesion; luego esta clase de ventas causan males. Por fin desde la promulgacion de la ley hipotecaria ha cesado este inconveniente, porque en lo sucesivo ya no habrá dificultad en probar la sucesion, que se hallará inscrita en los libros del registro.

2.^a «Podria suceder que uno de los sucesores del comprador á carta de gracia ó él mismo hubiese comprado el derecho de redimir y que con el decurso de los años se hubiesen perdido las escrituras, y no pudiéndolo averiguar el poseedor por haber discurrido tantos años, tendria que dejar la finca.»—El evento que se supone es puramente accidental, y tan poco comun que por ser un caso escepcional y raro no puede tomarse en cuenta para la formacion de las leyes. Además, desde la ley hipotecaria será com-

pletamente imposible el que ocurra, porque aunque el poseedor hubiese perdido la escritura de compra del derecho de redimir, constaria inscrita en el registro, y esto seria bastante para rechazar la pretension del vendedor.

3.^a «No hay igualdad en este contrato, porque el que vende á carta de gracia no redime la finca si el valor de esta disminuye, y al contrario la reivindica si va en aumento. Convendria pues fijar un término dentro el cual debiese usarse del derecho de redimir, que podria ser á lo mas el de treinta años, que en Cataluña es el término de la prescripcion.»—Con menos palabras hubiera dicho Vives: «convendria que el derecho de redimir se declarara prescriptible.» Funda su opinion en que no hay igualdad en este contrato. Y con la medida que propone dicho autor, es decir declarando el pacto de retro prescriptible á los 30 años, ¿se estableceria esa igualdad? Al contrario: entonces se crearia una desigualdad mas irritante, porque seria en perjuicio de uno de los contrayentes, cuando la actual no perjudica á nadie. Que lo que propone Vives da origen á una desigualdad inícuca es evidente. Supongamos que A ha vendido á B una finca á carta de gracia, cuyo valor real es de 20,000 pesetas, pero que ha sido vendida á carta de gracia por precio de 12,000: transcurren 30 años sin que A haya podido devolver las 12,000 pesetas y en su consecuencia ha prescrito su derecho para redimir la finca: el resultado es que A ha perdido 8,000 pesetas, lucrándolas B: uno de los contrayentes pues recibe un daño considerable, experimenta en su patrimonio una disminucion de 8,000 pesetas sin que su voluntad haya contribuido á ello. Y si recordamos que el derecho de redimir puede aumentar con el tiempo, porque cede en su favor el aumento de valor de la finca, tendremos que este perjuicio podrá ser mucho mayor, porque en vez de 8,000 pesetas puede elevarse á 12,000, á 15,000, á 20,000, ó á mas todavía. Conociendo el autor á quien contestamos esta iniquidad y queriendo salvarla, propone que cuando la finca estuviese vendida por menos de su valor, si transcurriese el tiempo de la prescripcion sin haberla reivindicado, se obligase al que está en posesion del derecho de redimir á venderlo, dando la preferencia para su adquisicion al que posee la finca á carta de gracia. El pensamiento no es digno de un jurisconsulto tan entendido. Una disposicion legal con la que despues de cierto tiempo de efectuado un contrato se obliga á los contrayentes á verificar otro, ó por lo menos al uno de ellos á vender contra su voluntad es injusta. La venta forzosa no puede ordenarla la ley sino por causa de utilidad pública, y en el caso propuesto no tendría otro objeto que la utilidad particular. Por otra parte en la mayoría de los casos, este remedio no produciria los resultados que su autor se propuso. Pocas veces el poseedor de la finca accederia á la compra del derecho de redimir. Téngase presente que los poseedores á carta de gracia están siempre muy dispuestos á apoderarse del derecho de redimir gratis por este sistema al que jurídicamente se llama prescripcion, y que en el terreno positivo es una verdadera usurpacion; pero no se en-

contrarian siempre en iguales disposiciones para comprarlo por su justo valor. En este caso, dirá el señor Vives, el derecho de redimir se vende á un tercero. ¿Y qué se habrá adelantado con obligar al poseedor del derecho de redimir á enajenarlo á favor de un tercero, si con esto no se obtiene la consolidacion? Las cosas quedan en el mismo estado, el derecho de redimir no ha hecho mas que cambiar de mano, y separado de la finca sigue amenazando á esta con una redencion indefinida.

Demostrado, como está, que el sistema que propone el señor Vives es injusto, impracticable é ilusorio, no podemos dejar de insistir en que la venta á carta de gracia, tal como en el día se practica en Cataluña, no establece desigualdad entre los contrayentes, como aquel autor supone. «A últimos del siglo pasado y primeros del corriente, dice, se reivindicaron una porcion de fincas vendidas ciento y doscientos años atrás por el precio de cien pesos, las cuales valian al tiempo de reivindicarse mil ó tal vez dos mil pesos, lo que no dejó de desquiciar la fortuna de algunos.» Estudiemos esta objecion á la luz de los buenos principios, y se encontrará la falacia que en ella va envuelta. ¿Qué desgracia le acontece al poseedor de la finca cuando se le redime esta despues de ciento ó doscientos años? Segun el derecho de Cataluña se le devuelve el precio que dió por ella, se le restituyen todos los gastos que satisfizo por la escritura, laudemios, derechos de registro y del impuesto por traslaciones de dominio y se le abonan todas las mejoras necesarias y útiles. ¿Recibe con esto ningun perjuicio? Se encuentra reembolsado de cuanto dinero gastó, y entre tanto se ha utilizado de todos los réditos de la finca, tanto de los correspondientes al capital que invirtió, como al exceso de valor de la finca que dejó de pagar, y á los aumentos que esta recibe con el trascurso del tiempo, de suerte que el dinero invertido le ha redituado durante ciento ó doscientos años el 9, el 10, el 12, el 15 y á veces mas por ciento. ¿Qué mas quiere? ¿No está satisfecha su ambicion? ¿Anhela tambien quedarse con la parte de finca que no ha pagado, y esto sin abonar su valor? ¿No fuera semejante modo de proceder hacerse rico con detrimento de otro? El poseedor de una finca á carta de gracia ha de tener siempre fija en su mente la idea de que está percibiendo los réditos de una parte de capital que no es suyo, que en la finca no tiene un derecho completo, sino limitado al capital que invirtió en ella, y que á cada momento está espuesto á que le devuelvan este capital y en consecuencia se vea obligado á restituir la finca: tales son las condiciones del contrato, y no pueden ser otras si se parte del principio que el comprador no paga todo el valor de la cosa. Cuando se redime una finca en Cataluña se da á cada uno lo que es suyo: al comprador se le restituye todo lo que ha desembolsado: el vendedor recobra la finca, pero restituyendo lo que recibió por ella y todas las mejoras hechas por el comprador, por consiguiente restando esto, lo que le queda es la plus valencia de la finca, que nunca ha enajenado y siempre ha sido suya. ¿Dónde está aquí la desigualdad?

Cada cual percibe lo que es suyo: es la justicia verdadera. ¿Siente el poseedor de la finca verse en un momento privado de los pingües réditos que cobraba por un pequeño capital? ¿siente haber de restituir lo ajeno? Esta clase de sentimientos no debe acogerlos el legislador. El sentimiento por el deber de restituir lo que no es propio no es un sentimiento legítimo. También puede sentir la persona á quien por mucho tiempo se ha dejado disfrutar de un objeto precioso que no le pertenece, el tenerlo que devolver á su legítimo dueño, y no por esto se pedirá que las leyes favorezcan su ilegal resistencia á desposeerse de lo que no es suyo. Si el valor de la finca despues de vendida á carta de gracia va en aumento por la sola accion del tiempo, este aumento no pertenece al comprador, porque no ha satisfecho el valor total de la finca, sino una cantidad fija, única á la cual se estiende su derecho: este aumento pertenece al que quasi posee el derecho de redimir, y para el comprador representa un capital ajeno, que segun los sagrados principios de justicia debe restituir, cuando venga el caso, á aquel á quien pertenece. En esos contratos que cita Vives, con que á últimos del siglo pasado ó primeros del corriente se reivindicaron fincas vendidas ciento y doscientos años atrás por el precio de cien pesos, y que entonces valian mil ó dos mil, no se ocasionó ningun perjuicio al posesor de la finca. Si estos mil ó dos mil pesos que valia la finca provenian de mejoras hechas por el poseedor ó sus causantes debieron serle abonados; si dimanaban de la accion del tiempo no eran suyos, no acreditaba sobre la finca sino cien pesos, y habiéndolos cobrado no recibió ningun perjuicio por devolver los 900 ó 1,900 á aquel á quien pertenecian, y aun debió quedar satisfecho por habersele permitido disfrutar durante ciento ó doscientos años de una crecida renta correspondiente á un capital que no habia desembolsado. Decir que esto desquicia la fortuna de algunos, como dice Vives, es lo mismo que decir que se desquicia la fortuna del enfiteuta en un enfiteusis temporal cuando ha de restituir la finca al que se la concedió, lo que puede suceder tambien al cabo de ciento ó doscientos años si el contrato se hizo por este espacio de tiempo. El que posee una cosa que no es toda suya, como acontece con el comprador á carta de gracia, ya que otro conserva en ella una parte del capital, no debe contar mas que con la parte de interés que en ella tiene, y no debe ambicionar el capital ajeno. No hay por consiguiente desigualdad en este contrato cuando se fija la atencion en la parte de capital que cada uno de los contrayentes representa en la finca: al disolverse la venta en virtud de la condicion resolutoria que entraña, cada cual recibe lo suyo, vuelven las cosas al estado que tenian antes de verificarse el contrato, y los principios de justicia son rigurosamente observados. No es posible cumplir con mas exactitud de lo que se verifica en la retroventa catalana los principios fundamentales de toda legislacion civil: *neminem ledere: suum cuique tribuere.*

4.^a «Es perjudicial al público, porque el que tiene comprada una finca

á carta de gracia, temeroso de que se le revindique, no hace mejoras en ella, ó si las hace es un semillero de pleitos sobre estas mejoras.» — Si el jurisconsulto Vives, cuyos conocimientos jurídicos en la region de la teoría somos los primeros en reconocer, hubiese tenido ocasion de estudiar este contrato en el terreno práctico de una manera tan detallada como la tienen los Notarios, obligados á autorizar en todo el decurso de su vida la numerosa série de escrituras á que dan lugar las ventas á carta de gracia, no hubiera sentado una proposicion, que es á todas luces equivocada. ¡Que el que tiene comprada una finca á carta de gracia no hace mejoras en ella! Los Notarios saben que sucede precisamente todo lo contrario. La mayor parte de los compradores con pacto de retro se apresuran á hacer mejoras para dificultar la revindicacion, porque cuanto mas vale la finca mas difícil es que se revindique, y gracias á ese ardid un gran número de fincas vendidas á carta de gracia han quedado, quedan y quedarán perpetuamente sin revindicar. En cuanto al semillero de pleitos sobre el abono de las mejoras hay un poco de exageracion, pues en la mayoría de los casos constan por cartas de pago y se verifica el abono de conformidad de los interesados. Y si algunos pleitos hay sobre este particular, tambien los hay sobre pago de legítimas, sobre division de herencias, sobre validez de donaciones, y no se han de abolir por ello todas estas instituciones jurídicas.

Nada queda pues de real y digno de consideracion en el capítulo de cargos que dirige el jurisconsulto Vives contra la perpetuidad del pacto de redimir en las ventas á carta de gracia catalanas. No reneguemos de nuestra jurisprudencia, que es útil y provechosa, al par que justa, y reconocamos con el ilustre Fontanella que con ella nos va bien.

Jurisprudencia de la Audiencia de Cataluña sobre la prescripcion del derecho de redimir.

Hecha esta excursion por el campo de nuestros tratadistas, es preciso examinar qué jurisprudencia ha observado en sus fallos el Tribunal Superior de este territorio, circunstancia á que atiende el Supremo para dictar sus sentencias en punto á infraccion de doctrina. El sentido en que ha fallado siempre la Audiencia de Barcelona está visto por el resumen que hemos hecho de las obras de los autores catalanes, en especial por las de Cancr, Fontanella y Vives. Todos están conformes en que nuestro Tribunal Superior ha fallado siempre por la imprescriptibilidad del pacto de retro no habiendo interversion de la posesion, y que para esta interversion exige no solamente la ignorancia de este pacto por parte de un comprador que hubiese adquirido la cosa de buena fé como libre, sino tambien el conocimiento de esta venta por parte del cuasi poseedor del derecho de redimir, la noticia de que se efectuó sin hacer mencion del pacto de retro, y su silencio por el espacio de 30 años: todos citan fallos de la Audiencia en favor de la imprescriptibilidad, y Fontanella, que por tantos años ejerció la Abogacía en nuestro Tribunal Superior, afirma resueltamente que

puede atestiguarlo sin género alguno de duda, porque lo ha visto observar así mil veces. Tenemos pues tres testigos caracterizados que nos dan razon de la jurisprudencia observada por la Audiencia de Cataluña de mas de dos siglos á esta parte, y si no se consideran bastantes sus opiniones jurídicas para decidir la del Tribunal Supremo en los recursos de casacion que con este motivo se entablen, á lo menos no podrá este rechazar el testimonio de sus dichos cuando deponen sobre hechos atestiguando, una jurisprudencia que han observado, y que todos refieren en la misma conformidad. Fontanella hace mas: destina una porción de páginas á defender, no dice su opinion, sino la opinion de la Audiencia de Cataluña. Por consiguiente la jurisprudencia constante de nuestro Tribunal Superior en favor de la imprescriptibilidad del pacto de retro, salvo el caso de intervencion, está bien justificada por la asercion unánime de los autores catalanes antiguos y modernos.

Si existe jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la prescripcion del pacto de retro catalan. Errores difundidos en Cataluña sobre el particular.

¿ El Tribunal Supremo ha reconocido ó desairado nuestra jurisprudencia? Si hubiésemos de creer á algunos, bastantes por cierto, que presumen encontrar el sentido de las sentencias de casacion por la simple lectura de sus Considerandos, la jurisprudencia de Cataluña habria sido destruida por los fallos del Tribunal Supremo. Nosotros no participamos de esta opinion. Para comprender el espíritu de una sentencia de este Tribunal no basta leer los Considerandos; es preciso enterarse minuciosamente de todo su contenido, hacerse cargo de los hechos, comparar su resultancia con los fundamentos del fallo, y de esta manera puede apreciarse mejor la verdadera jurisprudencia, si es que el Tribunal ha querido fundar alguna, porque hay que precaverse tambien del error en que muchos incurren, creyendo que todas las sentencias del Tribunal Supremo son útiles para buscar en ellas reglas de jurisprudencia. A la propagacion de estos errores contribuyen en gran parte las obras destinadas á esponer la jurisprudencia fundada por dicho Tribunal, que escritas bajo este pié forzado, obligan á sus autores á encontrar jurisprudencia en algunos puntos en que no ha sido formada todavía: así vemos en la obra del Sr. Ortiz de Zúñiga, *Jurisprudencia civil de España*, reglas de jurisprudencia basadas en una sola sentencia del Tribunal Supremo, reglas ficticias, que mañana caerán con la publicacion de nuevos fallos, que aclararán la mente del Tribunal, imposible de apreciar por medio de un fallo aislado. Procediendo con las precauciones necesarias para no caer en los errores que acabamos de indicar, hemos examinado las sentencias de casacion proferidas sobre prescripcion de los pactos de retro en Cataluña, y no hemos encontrado motivo alguno para creer que nuestra jurisprudencia resulte alterada por las declaraciones del Tribunal Supremo. Descartando las sentencias que se refieren á Castilla y á las demás provincias que se rigen por sus leyes, á las cuales el Supremo Tribunal ha apli-

cado con mucho acierto la ley de Partida que califica el pacto de retro de personal y en su consecuencia prescriptible, no encontramos respecto á Cataluña sino una sentencia, la de 12 diciembre de 1865, que parezca contrariar directamente la jurisprudencia catalana, y aun habiéndose invocado esta sentencia en un recurso posterior, tambien referente á Cataluña, para sostener la prescriptibilidad de dicho pacto, el Tribunal Supremo desestimó este fundamento, diciendo que el fallo citado hablaba de un caso muy diverso del comprendido en los autos y falló á favor de la imprescriptibilidad. Esto demostrará el mérito que puede hacerse de un simple fallo: el que parecia contrariar la jurisprudencia catalana ha sido ya desvirtuado por otro posterior en sentido contrario.

El de 30 diciembre de 1867, que ha causado tanta alarma en Cataluña creyendo que echaba por tierra toda nuestra jurisprudencia en punto á la prescripción de los pactos de retro, bien analizado resulta favorecerla. ¿Qué dicen los Considerandos de este fallo, que tanta escitacion han producido entre los jurisconsultos y propietarios catalanes? Nada mas que una série de verdades palmarias, que son reconocidas en Cataluña y no pueden menos de serlo. Que las leyes sobre prescripcion son de derecho público, como dictadas en interés general y social y para asegurar el dominio y la propiedad; que conforme el derecho de Cataluña con los principios enunciados sobre la prescripción dispone por el Usage *Omnes causæ* que todas las acciones son prescriptibles y se estinguen no ejercitándose en el término de 30 años; que estas disposiciones no pueden derogarse por convenios particulares y que serian ineficaces los pactos que á ellas se opusiesen; que ninguna ley coetánea ni posterior ha escludido del precepto general del Usage *Omnes causæ* los pactos de retroventa. Todo esto dicen los Considerandos, y todo esto es indudable. ¿Qué resulta de ello? Que el pacto de retroventa en Cataluña puede prescribir, y tambien es cierto. Es verdad que los autores catalanes sientan en principio que es imprescriptible, pero luego añaden «si no ha habido una interversion en la posesion,» y es igual decir «el derecho de redimir es imprescriptible salvo el caso de interversion en la posesion» que «el derecho de redimir es prescriptible siempre que haya interversion en la posesion,» y aun la segunda locucion es mas exacta, porque no es imprescriptible aquello que dadas ciertas condiciones puede prescribir. Así pues por haber sentado el Tribunal Supremo el principio de que el pacto de retro puede prescribir en Cataluña no ha contrariado nuestra jurisprudencia: es diferente que hubiese dicho que prescribire por el solo trascurso del tiempo, que es objeto de la prescripción estintiva, que no necesita el elemento de la posesion; pero lejos de esto en aquella sentencia se ocupa el Tribunal Supremo en inquirir el carácter con que poseia la finca la persona contra la cual pretendia ejercerse el derecho de redimir, y habiendo encontrado que la poseia como libre de este gravámen desde mas de 30 años, declaró prescrito el mencionado derecho. Así dice uno de los

Considerandos: «Que el predio objeto del pleito, aunque vendido en un principio con el pacto de retro y reconociéndose este derecho y gravámen durante varias luiciones, *se vendió ya libre de aquella carga* y en pública subasta en 12 de diciembre de 1812 por los albaceas testamentarios de don Salvador Borell y Bausili que lo poseyó á D. José Sansalvador causante de los demandados, *trasmitiendole su pleno y absoluto dominio*; y que *por no habérseles inquietado ni deducirse contra ellos desde aquella fecha reclamacion alguna en razon del espresado pacto hasta que Jacinto Farrés produjo su primera demanda* (fué en 1862) no puede negarse, ni se ha negado que concurren en este caso *las condiciones* que el derecho exige como necesarias para la prescripcion.» El Tribunal pues no se fijó en el mero trascurso del tiempo para declarar la prescripcion, sino que tomó en cuenta el elemento de la posesion, y observando que la finca habia sido vendida como libre del derecho de redimir al demandado ó á su causante, y que desde aquella fecha no se le habia inquietado ni deducido demanda contra él dejando trascurrir 50 años, creyó intervertida la posesion y declaró prescrito el derecho de redimir por concurrir *las condiciones* que el derecho exige como necesarias para la prescripcion. Estas condiciones son, segun se deduce de dicho Considerando, la posesion de la finca como libre; luego mientras el Tribunal Supremo exija como condicion precisa para la prescripcion del pacto de retro un cambio en la posesion no se separa de la jurisprudencia catalana. Es verdad que faltaba inquirir si el poseedor del derecho de redimir habia tenido conocimiento de que en la venta que los albaceas testamentarios de D. Salvador Borell hicieron en 1812 se hubiese supuesto la finca libre de la carga del pacto de retro; pero aun cuando en esto hubiese habido algun error, como se refiere á la apreciacion de un hecho, no influye en la declaracion del derecho. Basta que el Tribunal Supremo haya exigido para declarar la prescripcion de un derecho de redimir que hubiese intervencion en la posesion, y que por creer que existia haya declarado el derecho prescrito, para que su jurisprudencia esté conforme con la que desde siglos tiene establecida la Audiencia de este territorio. Y nótese para mayor corroboracion de lo que estamos diciendo, que el Tribunal Supremo no contó el tiempo de la prescripcion desde la fecha de la venta á carta de gracia, como hubiera debido verificarlo si hubiese considerado que el pacto de retro producía accion personal y que era objeto de la prescripcion estintiva, sino desde el dia en que la finca fué vendida á un tercero como libre de aquel gravámen, lo cual prueba que ha comprendido la naturaleza real del derecho de redimir en este territorio; y que ha considerado que si bien es prescriptible, sólo puede ser objeto de la prescripcion adquisitiva, y por consiguiente para que esta se verifique ha de acreditarse en los autos que ha habido intervencion en la posesion. Por lo mismo consideramos favorable á nuestro derecho la sentencia de 30 diciembre de 1867, que tan mal apreciada ha sido en las provincias catalanas, y no tendríamos reparo en

citarla como fundamento de un recurso de casacion en apoyo de nuestra jurisprudencia.

Las demás sentencias dictadas en esta materia sobre pleitos de Cataluña ó son indiferentes ó confirmatorias del derecho catalan. La de 3 diciembre de 1864 se refiere á una carta de gracia catalana en que se habia fijado para redimir el término de cinco años y se intentaba usar del derecho de redencion pasados estos: el Tribunal Supremo dijo muy acertadamente que pasado el término estipulado no podia redimirse, porque estaba la ley del pacto. En la de 20 enero 1865, á pesar de haber sido otorgada la venta á carta de gracia hacia cerca de un siglo, no se dió lugar á la accion del que demandaba la retrocesion de la finca, no por suponer el derecho prescrito, sino por no haber el demandante producido la escritura de venta á carta de gracia, y por tanto no haber probado su derecho, ni la trasmision del mismo desde el primitivo vendedor hasta el demandante.

La de 15 enero de 1867 es completamente favorable á la jurisprudencia catalana. Se habia hecho una venta á carta de gracia con el pacto de redimir dentro el término de once años, durante cuyo tiempo la venta seria á carta de gracia, pero que pasado el mismo quedaria en la clase de perpetua, con la condicion de que en tal caso el comprador deberia pagar 150 libras como aumento del precio. Habian pasado, despues de los once años, mas de 30, y pretendiendo el comprador que la venta ya estaba convertida en perpetua, y el vendedor que aun conservaba la facultad de redimir, de la cual queria usar, la Audiencia falló á favor del vendedor, condenando al comprador á firmarle la retroventa, y el Tribunal Supremo no dió lugar al recurso de casacion, fundándose en que el comprador no habia satisfecho al vendedor las 150 libras de aumento de precio, cuyo pago se habia puesto como condicion en la escritura de carta de gracia para que la venta se convirtiese en perpetua, y que faltando la condicion subsistia la facultad de redimir; y en cuanto á la prescripcion, que oponia el comprador, fundado en el *Usage Omnes cause*, por haber pasado mas de 30 años despues de los once fijados como plazo para redimir, invocando al efecto la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo en sentencias de 3 de diciembre de 1864, 17 de marzo, 17 de noviembre y 12 de diciembre de 1865, declarando sujetas las cartas de gracia á la prescripcion comun ú ordinaria de 30 años, sin que valga siquiera el pacto en contrario, dijo el Tribunal Supremo que la prescripcion no puede apoyarse en la invocada jurisprudencia de las sentencias que se citan, sin mas que tener presente que las mas se concretan á la legislacion castellana, y las otras hablan de casos muy diversos del comprendido en aquellos autos. En este caso, en que no habia intervencion en la posesion, el Tribunal Supremo declaró subsistente el derecho de redimir á pesar de haber pasado mas de 30 años desde que hubo finido el plazo señalado para la redencion; de consiguiente falló á favor de la imprescriptibilidad, y desatendió la cita de la sentencia de 12 diciembre de

1865 dictada en sentido contrario. Tenemos pues una sentencia al parecer contraria á la jurisprudencia catalana, la de 12 diciembre de 1865, y dos evidentemente favorables, con la circunstancia de que estas son posteriores, y por lo mismo lejos de poderse decir que en la prescripción del pacto de retro ha sido desairada la jurisprudencia catalana por el Tribunal Supremo de Justicia, debemos congratularnos del apoyo que va recibiendo por parte de los distinguidos Magistrados que componen aquel elevado Cuerpo, y que es de esperar acrezca mientras la doctrina catalana encuentre dignos defensores, porque en ninguna clase de asuntos influye tanto la defensa del Abogado como en las cuestiones que se ventilan en el primer Tribunal de la Nación.

Reglas de la prescripción del derecho de redimir en las ventas á carta de gracia de Cataluña.

Tratemos ahora de formular las reglas por las cuales se rige la prescripción del pacto de retro en Cataluña, y que emanan de lo que se ha dicho hasta aquí. Hay una regla fundamental que es la siguiente.

Regla fundamental.—El derecho de redimir en las ventas á carta de gracia no puede ser objeto de la prescripción extintiva, sino de la adquisitiva como derecho real, y de consiguiente es imprescriptible á no mediar una interversion en la posesion.

El fundamento de esta regla es la Constitucion 5.^a, tit. 2.^o, lib. 7 y la doctrina de los autores y jurisprudencia de los Tribunales de Cataluña en consonancia con ella, de que para la prescripción de los derechos reales es necesaria la cuasiposesion.

Aplicando esta regla á los casos prácticos que pueden ocurrir, podemos formular las siguientes reglas de aplicacion:

1.^a El derecho de redimir una finca vendida á carta de gracia no puede prescribir jamás á favor del mismo que la ha adquirido, porque á éste le obstará siempre el título, que reservando á otro el derecho de redimir, le escluye á él de la cuasiposesion de este derecho, y porque nadie puede prescribir contra su título, sobre todo contra lo que es de esencia del mismo.

2.^a Así como el derecho de redimir no puede prescribir jamás á favor del mismo que ha adquirido la finca á carta de gracia, tampoco puede prescribir á favor de sus herederos *in infinitum*, porque los herederos suceden en los derechos y obligaciones del difunto; á no ser que se tratase de una adquisicion antigua, cuyo título se hubiese extraviado, y queriendo el vendedor ó sus sucesores usar del derecho de redimir, el poseedor de la finca se resistiese suponiendo que ésta no se halla sujeta á tal gravámen, y despues de este hecho el vendedor ó su sucesor dejasen transcurrir 30 años sin interponer demanda judicial, en cuyo caso habria prescrito por haberse intervertido la posesion.

3.^a Tampoco prescribirá el derecho de redimir á favor de un sucesor por título singular á quien se le ha declarado el gravámen en su título de adquisicion, porque le obstará el título, segun lo espuesto en la regla 1.^a

4.ª El sucesor por título singular á quien no se ha declarado el pacto de retro, aunque no tenga conocimiento de él y por lo mismo posea de buena fe la finca como libre de este gravámen, no quedará verdaderamente libre del mismo por prescripción sino en el caso de que por un acto ó por negligencia de aquel á quien compete el derecho de redimir se hubiere verificado una interversion en la posesion. Esta interversion tiene lugar cuando el que cuasiposee el derecho de redimir queriendo usar del mismo y anunciándolo extrajudicialmente al poseedor de la finca, encuentra oposicion, y despues de este hecho deja transcurrir 30 años sin entablar demanda judicial, ó bien cuando llegare á noticia de aquel á quien compete el derecho de redimir que la finca ha sido transferida por título singular como libre de este gravámen, y desde que tuvo conocimiento de este hecho ha dejado pasar 30 años sin reclamar en juicio.

Si no ha ocurrido algun hecho por parte de aquel á quien corresponde el derecho de redimir que produzca la interversion de la posesion, nunca tendrá lugar la prescripción por la regla: *jus meum sine facto meo à me auferri non potest.*

Observaciones sobre la injusticia aparente de la regla 4.ª

Esta última parte de la regla 4.ª es la que parece mas dura respecto al que posee de buena fe el predio como libre de todo derecho de redimir (1); pero debe considerarse que seria muy duro tambien para el poseedor de este derecho, que teniendo la cuasiposesion civil del mismo, esto es poseyéndolo con el ánimo, lo perdiese sin culpa suya, tan sólo porque á uno de los poseedores de la finca le plugo venderla ocultando el gravámen á que estaba afecta; y por otra parte el que adquirió la finca de buena fé como libre tiene la accion de eviccion contra el vendedor que le ocultó el gravámen, siendo así que el que pierde el derecho de redimir por prescripción no tiene recurso contra nadie.

(1) Los que al estudiar esta cuestion no se conducen sino de los perjuicios que puede experimentar el poseedor de la finca, prescindiendo de los que recibe, superiores á veces, el que casi posee el derecho de redimir, preferirian seguramente que bastase para la prescripción de este derecho la posesion de la finca como libre del mismo por el tiempo de 30 años en virtud de título singular en que no se hiciese mencion del pacto de retro, aunque aquel á quien compete el derecho de redimir no tuviese noticia de la omision en que se incurrió en el título. Esta jurisprudencia estaria mas conforme con la que rige en Francia para la prescripción adquisitiva en general, y entonces las tres primeras reglas que hemos formulado serian las mismas, pero la cuarta espermentaria la modificacion siguiente.

El derecho de redimir prescribe por 50 años á favor de un sucesor por título singular á quien no se ha declarado el pacto de retro, ni tenia conocimiento de él; pero el poseedor debe presentar el título para probar como no se le declaró el pacto de retro. Si no se presenta título sólo prescribirá por tiempo inmemorial, y aun en este caso si la parte contraria presenta el título con el cual adquirió el actual poseedor ó aquel de quien es heredero y resulta que se declara en él el pacto de retro, escluirá la prescripción.

Estos principios estarian arreglados á los que rigen en Francia para la prescripción adquisitiva; pero no lo están á los que rigen en Cataluña por las razones que se dan en este tratado.

Si el derecho de redimir una finca vendida á carta de gracia hubiese de ser prescriptible en Cataluña sin que concurriese acto alguno del poseedor del derecho de redimir, sea que debiese serlo por el solo trascurso del tiempo, sea — lo que fuera mas justo — que la prescripcion no pudiese aprovechar sino al que posee la finca como libre en virtud de un título singular en que no se le hubiese declarado el pacto de retro, nunca pudiera serlo por treinta años, como quisiera el jurisconsulto Vives, no podria serlo sino por tiempo inmemorial, á ejemplo de las servidumbres discontinuas, que tambien son derechos facultativos. Pero esto necesitaria una disposicion legislativa; entretanto las reglas que hemos dado se ajustan á la jurisprudencia admitida en este territorio.

Prescripcion del derecho de redimir catalan en virtud de la ley hipotecaria una vez planteado el nuevo sistema.

Por el nuevo sistema hipotecario la prescripcion de los pactos de retro en Cataluña será mas sencilla. El sucesor singular á quien no se ha declarado el derecho de redimir, ni lo ha encontrado inscrito no necesita la prescripcion, pues está libre del derecho de redimir desde que adquirió la finca como libre de él. Pero siempre que la venta á carta de gracia esté inscrita, aunque se oculte este gravámen en una escritura de adquisicion posterior, nunca prescribirá, pues el sucesor singular puede conocerlo por el registro.

Si la prescripcion corre contra los menores, y contra los impúberes.

La prescripcion corre contra los menores, pero pueden pedir la restitucion *in integrum* hasta que hayan cumplido los 29 años. Los autores catalanes están acordes en esta doctrina, y ha sido confirmada por el Tribunal Supremo. Mas contra los impúberes no corre prescripcion alguna en Cataluña, de manera que debe descontarse siempre el tiempo de la impubertad. Cacer, *Var. resol.* pars 1.^a cap. 15 n. 68, lo espresa elegantemente con estas palabras: *Prescriptionem captam contra majorem, currere contra minorem etiam in pupillari etate, communis est conclusio; apud nos tamen durante pupillari etate contrarium servatur, quod durante pupillari etate prescriptio semper dormiat.*

Si puede renunciarse la prescripcion.

Tambien reconocen los autores catalanes que en un contrato no puede renunciarse á la prescripcion; pero debe tenerse presente que no es lo mismo renunciar á la prescripcion, que exigir que esta tenga las condiciones necesarias para verificarse.

ADICIONES A LAS NOTAS DE LA OBRA.

A la pág. 122, nota.

Al decir en la nota que termina en la pág. 122, que era de creer que si se ofrecían en lo sucesivo cuestiones relativas á los derechos de la mujer sobre sus bienes parafernales y se planteaban en debida forma, el Tribunal Supremo fallaría por la verdadera jurisprudencia de Cataluña, no tuvimos presente la sentencia de dicho Tribunal de 9 de julio de 1874, en la que está consignada la verdadera jurisprudencia catalana, reconociéndose que la mujer casada puede *disponer libremente* de sus bienes parafernales *con independencia del marido*. Hé aquí los dos Considerandos que se refieren á este punto.

«Considerando que no tiene aplicacion al actual recurso la ley 17, tit. 11 de la Part.^a 4.^a, ni la doctrina de acuerdo con la misma que se citan en el tercer motivo, puesto que versando el litigio entre catalanes sobre bienes sitos en Cataluña y existiendo en ese país leyes especiales en materia de bienes parafernales anteriores al decreto llamado de establecimiento y nueva planta de 16 de enero de 1816, en ellas deben fundar sus sentencias los Tribunales con arreglo á lo preceptuado en dicho decreto, ó sea en la ley 1.^a, tit. 9, lib. 5.^o de la Nov. Recop., y no en las de Castilla, que sólo en el último término y como supletorias tienen fuerza y valor en aquellas provincias, segun tiene declarado este Tribunal Supremo en varias decisiones;

Considerando que dichas leyes especiales autorizan á la mujer casada para administrar y *disponer libremente* de los bienes parafernales *con independencia del marido*. »

El Sr. Gutierrez no cita esta sentencia, porque escribió su obra antes de que se publicase; pero de todas maneras la decision del Tribunal Supremo que acabamos de insertar confirma nuestra doctrina y deja sin efecto la del señor Gutierrez.

Es tambien muy favorable á la jurisprudencia catalana la sentencia del Tribunal Supremo de justicia de 25 de setiembre de 1861 en la que se consigna que la licencia del marido indispensable (se refiere á Castilla) para que la mujer casada pueda obligarse ha sido establecida por la ley á favor de aquel para evitarle los perjuicios y daños que de otro modo podrian irrogársele. Como en Cataluña el marido no tiene en los bienes parafernales derecho alguno, ni dominio, ni usufructo, ni administracion, y no existe sociedad de gananciales entre marido y mujer, ningun daño ni perjuicio puede seguirse al marido de los contratos que haga la mujer sobre sus bienes parafernales, pues si los enajena el perjuicio recaerá esclusivamente sobre la mujer; de consiguiente cesa el motivo

por el cual exige la ley castellana la licencia marital, y cesando la causa debe cesar el efecto. *Cessante ratione legis, cessat etiam ipsa lex.*

A la pág. 126, nota.

A las citas que hicimos en la pág. 126, nota, para probar que el derecho de pedir la rescisión de un contrato en que se renunció á los derechos de legitima y reclamar su suplemento por haber mediado lesion enorme prescribe á los 30 años, debemos añadir la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1873 en que así se declaró.

ADICION AL TRATADO DE LA PRESCRIPCION.

Los principios generales que se observan en Cataluña en la prescripcion de los derechos reales están fundados en el derecho canónico, que en este territorio debe ser preferido al romano. Para convencerse de ello pueden consultarse las obras de derecho eclesiástico, en especial la del Cardenal Tuschi, que con el título de *Practicarum conclusionum juris* encierra un precioso repertorio por orden alfabético del derecho civil y canónico en ocho tomos en folio. Esta obra es muy útil para comprender la razon de muchas prácticas jurídicas del territorio catalan, basadas en la combinacion del derecho romano y del canónico dando á este la preferencia, que es el sistema con que estan tratadas las cuestiones en el repertorio de Tuschi.

En el tomo sexto, Conclusion 520, ns. 16 y 22, se dice que la prescripcion, como odiosa, no puede recibir una interpretacion extensiva, sino restrictiva. Y en el mismo tomo, Conclusion 523, se encuentra esplanada la doctrina que de tiempo inmemorial se ha seguido en Cataluña respecto á la prescripcion de los derechos reales, esto es de que no pueden ser objeto de la prescripcion estintiva, sino de la adquisitiva, y por lo mismo es necesario que exista la cuasiposesion á favor del que prescribe y que la haya perdido aquel contra quien se prescribe. No podemos renunciar al deseo de copiar una parte de lo que se dice en la mencionada Conclusion 523, que confirma las bases de la prescripcion de derechos reales sentadas en nuestro Compendio de la prescripcion catalana.

«Præscriptio non procedit, nisi præscribens possideat vel quasi..... Declara ut procedat quando agitur ut præscribens acquirat rem vel jus in re; secus si agatur de extinguendo jure alterius, vel de quærendo defensionem contra jus alteri competens, ut contra actionem personalem, quia hoc casu non est necesse quod præscribens possideat vel quasi ipsam actionem..... et quod exceptio contra personalem actionem præscribitur sola sine possessione..... Amplia in incorporalibus; quia habenti facultatem præcipiendi ad guardias Castri aliquos homines non currit præscriptio etiamsi per mille annos steterit non utendo tali facultate, vel quia non evenit casus vel necessitas; quia si non contradixerunt obligati non præscribunt, quia non quasi possident nisi contradicant, et præscriptio non procedit in incorporalibus sine quasi possessione..... extende in vasallo qui non præscribit servitia domini sine contradictione..... Amplia in tantum præscriptionem requirere possessionem, ut si is contra quem allegatur præscriptio possideat vel

quasi, non possit procedere præscriptio..... Et quod in incorporalibus requiratur quasi possessio cum scientia et patientia ejus contra quem præscribitur..... Præscriptio ad acquirendum non procedit sine possessione..... Limita in præscriptione obligationum personalium, quia non datur possessio vel quasi, neque bona fides, sed sufficit negligentia non petentis.»

En la Conclusion 529 se lee lo siguiente, que corrobora lo dicho en la anteriormente citada.

« Et quod in incorporalibus non detur præscriptio sine scientia et patientia ejus contra quem præscribitur, Alex. cons. 108 n. 4 lib. 2 ubi quod contradictio interruptit. Amplia quia etiam in immemorabili præscriptione requiritur scientia et patientia ejus contra quem incorporalia præscribuntur, quia sine scientia et patientia non datur quasi possessio in istis incorporalibus (*aquí cita una poreion de autores*) et hanc veriore[m] dicit apostilla ad Alex. Contrarium quod in immemorabili non requiratur scientia et patientia in incorporalibus, et sic in pedagio Alex. d. cons. 6 n. 4 ubi dicit magis communem..... Declara quia si agatur de usu vel de consuetudine non requiritur scientia et patientia, secus in præscriptione: sic videtur declarare Alex..... Declara plenius quia in immemorabili requiritur, sed præsumitur intervenisse..... Primum requisitum, quia nulla præscriptio procedit sine possessione vel quasi, nam in rebus corporalibus requiritur possessio, in incorporalibus, quæ non possunt proprie possideri, requiritur quasi possessio, et hæc quasi possessio causatur ex scientia et patientia ejus qui præten dit se quasi possidere, et seu rem incorporalem ad se spectare, si alius quis possideat actus illos exercendo, sciente et patiente primo..... et ideo contra ignorantem non potest acquiri ulla quasi possessio, quia ignorans non patitur..... Et hæc scientia et patientia debet probari ab eo qui allegat præscriptionem, non autem ille cui præjudicatur debet probare ignorantiam.»

Son dignos de notar algunos párrafos de la conclusion 536.

« Amplia ut pariter non inducatur præscriptio negativa per non usum ejus quod est in facultate faciendi, quia requiritur actus contrarius, non autem actus negativus et negligens sufficit, imo requiritur et contradictio, et quod is cui contradictum est acquieverit contradictioni, et requiritur omnino quod extrajudicium fuerit contradictum usui..... In præscriptione negativa requiritur contradictio, quia alias non datur possessio vel quasi in incorporalibus sine contradictione.»

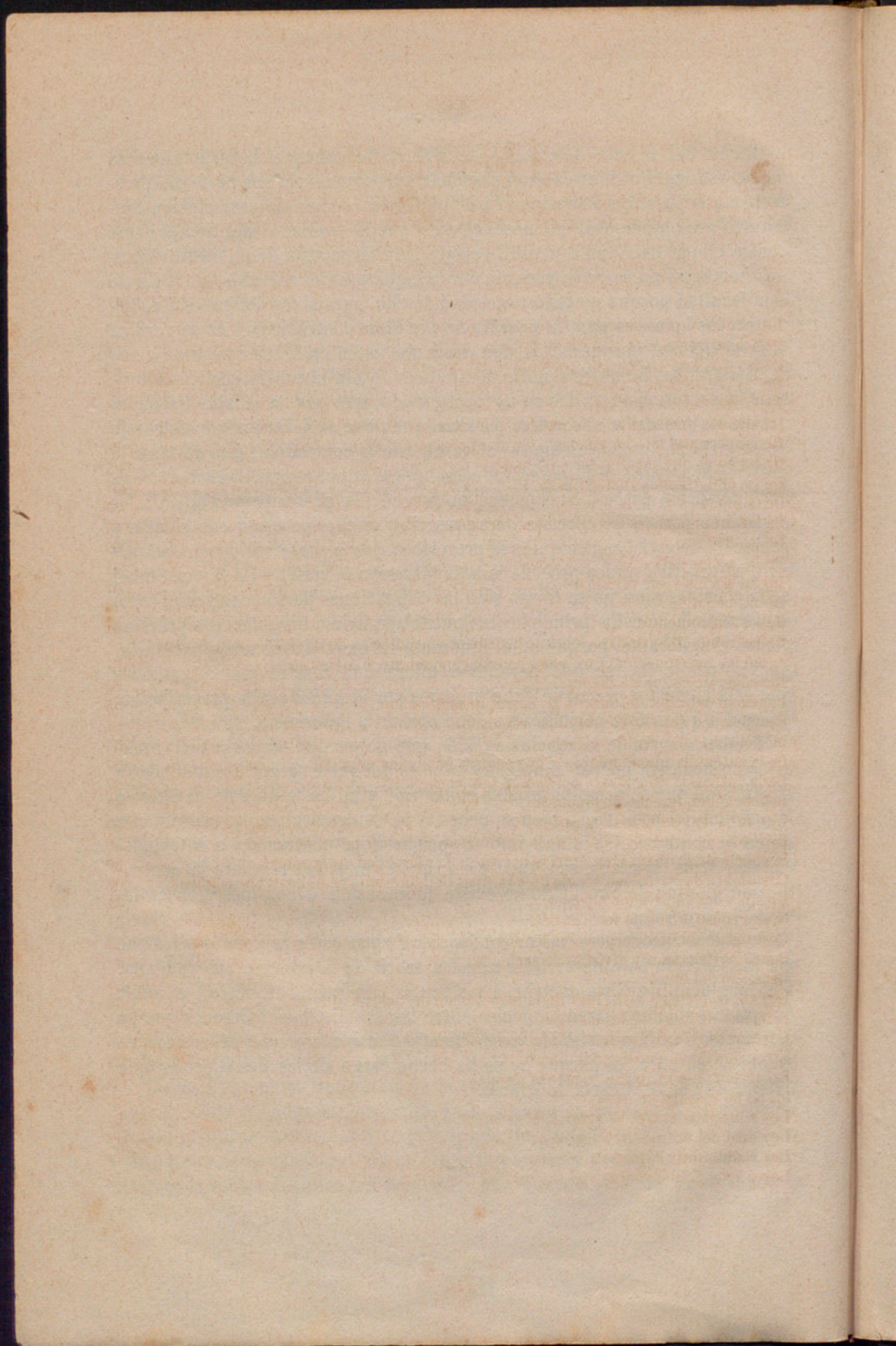
El autor cita á otros muchos en corroboracion de sus conclusiones, entre ellos á Bartolo y Baldo.

De los fragmentos transcritos de la obra de Tuschi se deduce que siempre que se trata de adquirir una cosa ó un derecho en la cosa el prescribente ha de justificar la posesion ó cuasiposesion, es decir la posesion en las cosas corporales, y la cuasiposesion en las incorporales y por consiguiente en los derechos reales distintos del dominio; que cuando se trata de reclamar la

extincion del derecho de otro, ó de defenderse contra el derecho que otro alega, esto es contra una accion personal, no es necesaria por parte del prescribente la posesion ó cuasiposesion, pues la excepcion de prescripcion contra una accion personal no necesita mas que el trascurso del tiempo; que contra el que tiene la facultad de exigir para la guardia de un castillo algunos hombres, no corre la prescripcion aunque pasare mil años sin usar de esta facultad porque no tuvo necesidad de ello, pues si los obligados á suministrar los hombres para la guardia no hicieron contradiccion no se verifica la prescripcion, porque no pueden decir que estén en la cuasiposesion de no suministrar los hombres si no lo contradicen, y sin la cuasiposesion no procede la prescripcion en las cosas incorporales; que por la misma razon el vasallo no prescribe el servicio personal que debe al Señor aunque éste deje de exigirlo por mucho tiempo si el vasallo no lo contradice; que en tanto la prescripcion requiere la posesion, como que si aquel contra el cual se alega la prescripcion posee ó cuasipossee, no procede la prescripcion; que en las cosas incorporales se necesita para prescribir la cuasiposesion con ciencia y paciencia de aquel contra quien se prescribe; que la prescripcion para adquirir ó adquisitiva nunca procede sin la posesion ó cuasi, y de la necesidad de la cuasiposesion no se libran sino las obligaciones personales; que, como consecuencia de estos principios, no puede adquirirse ninguna cuasiposesion contra el ignorante, porque en el ignorante no existe la ciencia y paciencia, pues no puede decirse que permite ó tolera una cosa el que la ignora; y que esta ciencia y paciencia debe probarse por el que alega la prescripcion, y aquel á quien ésta perjudica no debe probar la ignorancia.

Resulta además de la conclusion 536, que no puede inducirse una prescripcion negativa por el simple no uso de lo que está uno facultado para hacer, sino que se necesita un acto contrario, y no basta un acto negativo ó la omision del positivo; ó bien se necesita la contradiccion, y que aquel á quien se contradice se allane ó no se oponga á la contradiccion extrajudicial; en otros términos, que toda prescripcion negativa requiere la contradiccion, porque de otro modo no existe la posesion ó cuasiposesion en las cosas incorporales.

No puede encontrarse mayor conformidad entre estos principios y los que nos han servido para desarrollar nuestra teoría de la prescripcion catalana. Y si bien al aplicar esta doctrina á las ventas con pacto de retro, el autor de quien hablamos parece indeciso entre las dos distintas opiniones que en esta materia se han sostenido desde tiempos antiguos y que refiere largamente en su obra, es porque no se ha hecho cargo de las dos especies que existen de ventas á carta de gracia.



ÍNDICE

de lo contenido en esta obra.

	Pág.
Introduccion preparatoria á la teórica del Arte de Notaria..	1
Partes de que consta el Arte de Notaria.	8
De las diversas especies de personas y del derecho de ellas.	14
De las personas que pueden ó no contratar.	19
De la restitucion <i>in integrum</i> , y del juramento.	21
De algunas personas que no pueden contratar por estar sujetas á otra.	22
De las personas que no pueden contratar por algun defecto ó delito.	26
De las cosas que pueden ser ó no materia de los contratos..	27
De las obligaciones y su division.	31
De la hipoteca y de la prenda.	35
De las estipulaciones ú obligaciones verbales.	37
De los fiadores.	39
De las acciones.	41
De los pactos y sus divisiones.	42
De las penas.	46
De los instrumentos.	47
De las renunciias y declaraciones de beneficios y privilegios de derecho que se ponen en los instrumentos. Qué cosas podrán renunciarse y cuáles no.	51
Beneficio de cesion de bienes.	52
Beneficio del capitulo <i>Odoard. 5. Extra. de solutionibus.</i>	55
Beneficio del senado-consulta macedoniano.	54
Id. del senado-consulta veleyano.	55
De la auténtica que empieza « <i>si qua mulier</i> » (si alguna mujer).	57
De la auténtica « <i>sive à me</i> » del cod. al sen. cons. veley.	57
Beneficio del derecho de hipotecas.	58
Ley Julia de las fincas dotales.. . . .	59
Beneficio de la menor edad y de la restitucion « <i>in integrum</i> » ó por entero.	59
Beneficio de la nueva constitucion acerca de la pluralidad de deudores.	60
Costumbre de Barcelona acerca de dos ó mas deudores que se obligan « <i>in solidum</i> ».	60
Epistola del emperador Adriano.	61
Nueva constitucion de los fiadores.	61
Costumbre de Barcelona acerca de dos ó mas fiadores que se obligan « <i>in solidum</i> ».	62
Beneficio de cesion y division de acciones.. . . .	62
Beneficio del fuero.	64
Ley « <i>Si convenerit.</i> » 18. Dig. de la jurisdiccion de todos los jueces.	64
Beneficio de fuero de los clérigos.. . . .	64
Leyes <i>si duobus. 5. § emptor. 4. cod. comm. de legat. si fundum. 27. cod. de evictionibus.</i>	65
Escepcion de no entrega del dinero.	65
Escepcion de no haberse pagado la deuda.. . . .	66
Id. de no entrega de dote.	66
Ley <i>si unquam 8. cod. de revocandis donationibus</i> ; de las donaciones revocables.	66
Ley final del mismo titulo del cod.	67
Ley redhibitoria y <i>quanto minoris.</i>	67
Leyes 1. ^a y 2. ^a del código « <i>ne fidejuss. vel mand. dot. dent.</i> »	67

PARTE PRIMERA.

		Pág.
CAP. I,	TIT. 1.º De la compra y venta.	69
§	1.º De las servidumbres.	76
	De las servidumbres personales que son el usufructo, el uso, y la habitacion.	79
	De la capitis-diminucion, ó sea mudanza de estado de una persona.	81
§	2.º De los censales ó censos redimibles.	82
—	3.º De las arras.	87
—	4.º De la posesion.	88
—	5.º De la eviccion.	91
TIT.	2.º De la permuta.	92
—	3.º De la insolutumdacion.	95
—	4.º De la donacion.	97
—	5.º Del feudo.	105
—	6.º Del enfiteusis.	107
CAP.	2.º De las dotes.	115
	Del aumento de la dote.	119
TIT.	2.º De la donacion <i>propter nuptias</i>	125
—	3.º De la dádiva esponsalicia.	127
—	4.º De los esponsales.	128
—	5.º Del matrimonio.	150
CAP.	3.º De los débitos y créditos.	157
TIT.	1.º Del mútuo.	157
—	2.º Del comodato.	141
—	3.º Del precario.	145
—	4.º Del depósito.	146
—	5.º De la delegacion ó cesion de créditos.	155
CAP.	4.º De las cesiones.	157
TIT.	1.º De la cesion.	157
—	2.º De la transaccion.	161
—	3.º Del pacto de no pedir.	164
—	4.º De la aceptilacion.	165
—	5.º Estipulacion aquiliana.	166
—	6.º Del pagamento.	167
CAP.	5.º Del arrendamiento.	170
CAP.	6.º De los compromisos.	173
TIT.	1.º Del compromiso.	173
—	2.º De la paz.	179
—	3.º De la sociedad ó compañía.	180
—	4.º De la division.	185
CAP.	7.º De la adopcion y arrogacion.	188
TIT.	1.º De id.	188
—	2.º De la emancipacion.	191
—	3.º De la procuracion ó mandato.	194

PARTE SEGUNDA.

	De las últimas voluntades.	205
CAP. I,	TIT. 1.º De los testamentarios.	205
TIT.	2.º De los albaceas ó testamentarios.	220
—	3.º De los legados.	225

	PÁG.
§ De la cuarta falcidia.	228
TIT. 4.º De la desheredacion y pretericion.	229
— 5.º De la institucion de heredero.	252
— 6.º De la calidad y diferencias de herederos.	257
— 7.º De las sustituciones.	259
§ 1.º De la sustitucion vulgar.	241
§ 2.º De la sustitucion pupilar.	245
§ 3.º De la sustitucion ejemplar.	249
§ 4.º De la sustitucion brevilocua ó reciproca.	255
§ 5.º De la sustitucion compendiosa.	254
TIT. 8.º De los fideicomisos y de la sustitucion fideicomisaria.	257
§ De la cuarta trebeliánica y la legitima.	262
TIT. 9.º De los tutores.	268
§ 1.º De la legitima tutela de los agnados.	272
§ 2.º De la tutela dativa.	275
TIT. 10.º De los curadores.	277
— 11.º Del inventario.	285
— 12.º De la aceptacion y repudiacion de la herencia.	286
APÉNDICE. — De las sucesiones abintestato.	289
§ 1.º De la sucesion de los descendientes.	290
— 2.º Idem de los ascendientes.	291
— 3.º Idem de los colaterales.	292
CAP. 2.º De los codicilos.	294
CAP. 3.º De la donacion por causa de muerte.	298

PARTE TERCERA.

De los juicios.	305
Del juez.	304
Del actor y del reo.	306
De la citacion del reo.	308
De la presentacion de la demanda.	309
De la recusacion del juez.	311
De las excepciones.	312
De las fianzas que se dan en juicio.	312
De la contestacion del pleito.	315
Del juramento de calumnia.	314
De las dilaciones ó términos que han de darse en el juicio.	315
De las posiciones ó preguntas y respuestas que se hacen despues de contestada la demanda.	316
De las pruebas.	317
De los testigos.	318
De las sentencias.	319
De las apelaciones que se interponen cuando alguna de las partes se siente agraviada de la sentencia.	321
De la ejecucion de la cosa juzgada.	321
DE LOS LAUDEMIOS, FADIGAS Y AMORTIZACIONES.	322
Sentencia arbitral.	322
Division de los predios eclesiásticos.	358
Id. de los predios de legos.	340
De la fadiga.	341
De la amortizacion.	346

TRATADO DE LAudemios,

DE LA FADIGA, Y DE LA AMORTIZACION.

		PÁG.
CAP. I.	De los laudemios.— § I. Cómo se dividen los bienes.	551
§	II. De cuántas maneras es el Alodio.	551
§	III. Cómo se adquieren los bienes.	552
§	IV. Hasta dónde se estiende el huerto y viñedo de Barcelona.	552
§	V. Cuántos señores puede haber en cada finca.	555
§	VI. Qué es laudemio.	555
§	VII. De qué contratos debe pagarse laudemio y de cuáles no.	555
§	VIII. Cuál de los contrayentes debe pagar el laudemio.	556
§	IX. Qué es lo que debe pagarse por laudemio en los contratos lucrativos.	556
§	X. Qué es lo que debe pagarse por laudemio en los contratos onerosos.	557
§	XI. Cómo se dividen los laudemios.	558
§	XII. De la division del Morobatin.	560
§	XIII. De la prescripcion de los laudemios.	561
CAP. II.	De la fadiga.	561
CAP. III.	De la amortizacion.	565

COMPENDIO DE LA PRESCRIPCION CATALANA.

Requisitos de la prescripcion por derecho romano.	569
Diferencia en los requisitos de la prescripcion por derecho de Cataluña.	569
Definiciones de la prescripcion.	570
Requisitos de la prescripcion del dominio ó adquisitiva.	570
Requisitos de la prescripcion estintiva.	570
Requisitos de la prescripcion de derechos reales. Si es necesaria la cuasiposesion.	571
Fundamentos de la prescripcion, en especial de la adquisitiva.	572
Fundamentos de la prescripcion estintiva.	572
Tiempo de la prescripcion en Cataluña.	572
Prescripcion de los muebles.	572
Prescripcion de los inmuebles y de los derechos y acciones en general.	572
Prescripcion de la accion ejecutiva, y de la que asiste al que ha recibido lesion enorme en un contrato para pedir su rescision.	572

	PÁG.
De la accion hipotecaria.	374
De los derechos y acciones contra la Iglesia, y de las servidumbres discontinuas. . .	375
De los laudemios.	375
De las cosas del Real Patrimonio.	375
De los créditos de los Abogados, Escribanos, Notarios y Procuradores, artistas y artesanos, ó sea de las artes liberales y mecánicas.	375
De los créditos de los Farmacéuticos.	375
De los salarios de los criados.	376
De las cosas sujetas á vínculos y fideicomisos perpétuos.	376
De las pensiones de censos y censales.	376
De los capitales de censos y censales.	376
Censos enfitéuticos con dominio directo.	376
Censos con dominio mediano.	378
Censos enfitéuticos en nuda percepcion.	378
Antigüedad de la disputa sobre la prescripcion de los censos sin dominio: funda- mentos de una y otra opinion.	378
Jurisprudencia francesa sobre la prescripcion de los censos sin dominio directo, fa- vorable á la prescripcion.	380
Jurisprudencia de Castilla sobre la prescripcion de los censos reservativos indecisa. Jurisprudencia de Cataluña sobre la prescripcion de los censos en nuda percep- cion, contraria á la prescripcion de las pensiones futuras.	380
Prescripcion del capital de los censales.	381
Reglas de la prescripcion de los censales segun la jurisprudencia catalana.	382
Prescripcion del pacto de redimir en las ventas á carta de gracia ó con pacto de retro. Dos especies de ventas de esta clase.	386
Primera especie de ventas con pacto de retro: Francia, Castilla.	386
Segunda especie de ventas con pacto de retro: Cataluña.	388
Pacto de retro entre los romanos, personal como en Castilla.	397
Circunstancias especiales de la carta de gracia catalana.	397
Resúmen de la doctrina de los autores catalanes en punto á la prescripcion del derecho de redimir, sacada de sus obras.	398
Jurisprudencia de la Audiencia de Cataluña sobre la prescripcion del derecho de redimir.	407
Si existe jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la prescripcion del pacto de retro catalan. Errores difundidos en Cataluña sobre el particular.	408
Reglas de la prescripcion del derecho de redimir en las ventas á carta de gracia de Cataluña.	412
Observaciones sobre la injusticia aparente de la regla 4. ^a	415
Prescripcion del derecho de redimir catalan en virtud de la ley hipotecaria una vez planteado el nuevo sistema.	414
Si la prescripcion corre contra los menores, y contra los impúberes.	414
Si puede renunciarse la prescripcion.	414

ÍNDICE ALFABÉTICO.

	PÁG.		PÁG.
Accion.	41	Alodio eclesiástico.	552
Aceptilacion.	163	Alodio laical.	532
Actas.	198	Amortizacion.	546, 565
Actor.	506	Apelacion.	521
Actos requisitorios.	198	Arbitrador.	178
Adicion de herencia.	286	Arbitro.	177
Adopcion.	188	Arras.	87
Afinidad.	153	Arrendamiento.	170
Albaceas.	220	Arrogacion.	188
Alodio.	351	Aumento de dote.	119
		Macedoniano.	
		Velleyano.	
		Auténtica <i>si qua mulier</i>	
		Auténtica <i>sive à me</i>	
		del derecho de hipotecas.	
		Ley Julia.	
		de menor edad.	
		restitucion <i>in integrum</i>	
Beneficios de la ley.		de los fiadores { division.	} 51 y siguientes.
		{ orden ó escusion.	
		{ cesion.	
		del fuero.	
		de no ser recibido el dinero.	
		de no ser recibida la dote.	
		ley <i>si unquam</i>	
		ley final Cod. <i>de revocand. donat.</i>	
		ley redhibitoria.	
		ley <i>quanti minoris</i>	
		etc.,	etc.
Bienes parafernales. 118, 181, 280 nota,	415	Concesion á rédito fijo.	175
Bienes sujetos á reserva.	501	Condicion.	58
Capitis disminucion.	81	Consanguinidad.	155
Capítulos matrimoniales.	115	Contestacion del pleito.	515
Caso fortuito.	142	Contrato.	8, 552
Cauciones.	512	Cosas que no pueden ser objeto	
Censal.	82	de contrato.	27
Cesion.	157	Cosas de menores.	27
Citacion.	508	Cosas litigiosas.	29
Cláusula codicilar.	297	Cosas públicas.	29
Codicilo.	294	Cosas profanas de la iglesia.	29
Comodato.	141	Cosas sagradas.	28
Compromiso.	175	Creix.	125
Concesion á partes.	185	Cuarta falcidia.	228

	PÁG.		PÁG.
Cuarta marital.	295	Heredero.	252, 257
Cuarta trebeliánica.	262	Herederos necesarios.	257
Culpa.	142	Herederos suyos.	257
Curador.	278	Herederos voluntarios ó estraños.	257
Curaduría.	277	Herencia.	252
Dacion en pago ó insolutumda- cion.	95	Herencia de confianza.	259
Dádiva esponsalicia.	127	Hijo de familias.	14
Delegacion.	153	Hijos legítimos y naturales.	17
Demanda.	509	Hijos legítimos.	17
Depósito.	146	Hijos naturales.	17
Depósito impositivo de intereses.	149	Hijos no legítimos ni naturales.	17
Derecho de deliberar.	288	Hipoteca.	35
Desheredacion.	229	Huerto y viñedo de Barcelona.	332
Designacion.	156 nota	Imperio.	305
Division.	183	Insinuacion.	100
Dolo.	142	Insolutumdacion.	95
Donacion.	97	Institucion de heredero.	252
Donacion por causa de muerte.	298	Instrumentos.	47
Donacion <i>propter nuptias</i>	125	Invalidacion de los testamentos.	216
Donacion y heredamiento uni- versal.	115	Inventarios.	285
Dote.	115	Juez.	504
Edades.	18	Juicios.	505
Ejecucion de la sentencia.	521	Juntas de corporaciones ó socie- dades.	199
Elecciones.	199	Juramento.	21
Emancipacion.	191	Juramento de calumnia.	514
Emplazamiento.	508	Jurisdiccion.	505
Enfiteusis.	107, 535	Jurisprudencia.	504
Escribano.	1	Justicia.	505
Escritura de tercio.	50	Laudemios.	522, 531
Esponsales.	128	Legados.	255
Esponsalicio.	125	Legítima.	264
Establecimiento á primeras cepas.	112	Ley hipotecaria.	54
Estipulacion.	57	Leyes recopiladas anteriores al Decreto de Nueva planta: su valor en Cataluña.	375, 415
Estipulacion aquiliana.	166	Locacion.	170
Eviccion.	91	Mandato.	194
Excepciones.	512	Matrimonio.	150
Excusacion de los tutores y cu- radores.	274	Mayorazgo.	264
Expromision.	40	Mutuo.	157
Fadiga.	341, 561	Notaria.	1 hasta 8
Feudo.	105	Notario.—En el cuerpo de la obra se le denomina Escribano.	1 hasta 8
Fiador.	59	Obligaciones.	51
Fianza.	59	Pacto.	42
Fideicomiso.	257	Pacto de no pedir.	164
Fraudes.	44	Pagamento.	167
Fundo dotal.	50	Palabras derogatorias.	219
Guarentigia.	49	Palabras <i>ad cautelam</i> , ó de que debe hacerse mencion expresa.	220
Habilitacion.	81	Parceria.	185
Heredamiento prelativo.	126		
Heredamiento preventivo.	126		

BIBLIOTECA DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA

Parentesco.	<table border="0"> <tr> <td>(</td> <td>espiritual.</td> <td>)</td> <td></td> </tr> <tr> <td>(</td> <td>legal.</td> <td>)</td> <td></td> </tr> <tr> <td>(</td> <td>de consanguinidad.</td> <td>)</td> <td></td> </tr> <tr> <td>(</td> <td>de afinidad.</td> <td>)</td> <td></td> </tr> <tr> <td>(</td> <td>de casi afinidad.</td> <td>)</td> <td></td> </tr> </table>	(espiritual.)		(legal.)		(de consanguinidad.)		(de afinidad.)		(de casi afinidad.)		135, 135
(espiritual.)																				
(legal.)																				
(de consanguinidad.)																				
(de afinidad.)																				
(de casi afinidad.)																				
Patria potestad.	14	Requerimiento.	198																			
Paz.	179	Restitucion <i>in integrum</i>	21																			
Peculio.	24	Sentencia.	519																			
Penas contractuales.	46	Sentencia arbitral sobre laudemios																				
Permuta.	92	de Barcelona.	322																			
Persona y sus diferencias.	14	Servidumbre.	76																			
Personas que no pueden contra-		Soccida.	184																			
tar.	19, 22, 26	Sociedad.	180																			
Personas que no pueden testar.	211	Sociedad conyugal.	181																			
Personas que no pueden ser insti-		Sociedad mercantil.	184																			
tuidas herederas.	254	Solemnidades de los contratos.	49																			
Personas que no pueden presen-		Solucion.	167																			
tarse en juicio.	507	Sucesion <i>ab intestato</i>	289																			
Poder.	194	Sucesion intestada á los impúberes	248																			
Posesion.	88	Sustituciones testamentarias.	259																			
Posiciones.	516	Sustitucion vulgar.	241																			
Potestad de la madre.	25	» pupilar.	245																			
Precario.	143	» ejemplar.	249																			
Precario de propiedad.	143	» brevilocua ó recíproca.	255																			
Precario de uso.	143	» compendiosa.	254																			
Precario de posesion.	143	» fideicomisaria.	257																			
Preceptos del derecho.	504	Tenuta.	124																			
Prenda.	33	Términos.	515																			
Prescripcion.	369, 417	Términos para prueba.	513																			
Préstamo.	157	Testamentos.	203																			
Pretericion.	229	Testamento <i>inter vivos</i>	219																			
Procuracion.	194	Testamento militar.	210																			
Protesto de letra.	200	Testamento sacramental.	210																			
Protocolo.	8	Testigos.	518																			
Pruebas.	317	Transaccion.	161																			
Publicacion de testamentos cerra-		Tutela.	268, 276																			
dos.	203	Tutor testamentario.	268																			
Recusacion del Juez.	311	» legitimo.	272																			
Registro de la propiedad.	54	» dativo.	275																			
Renuncias de beneficios.	51	Uso.	81																			
Renuncia de derechos de legitima		Usufruto.	79																			
ó de su suplemento.	125, 267, 416	Venta.	69																			
Renuncia del derecho de sobrevi-		Venta con pacto de retro.	75																			
venencia.	126	Vinculaciones perpétuas.	264																			
Reo.	506	Violario.	86																			
Repudiacion de herencia.	286	Vitalicio.	86																			

FIN.



ERRATAS NOTABLES.

Pág.	Línea.	Dice.	Léase.
83	38	acostumbra á ponerse	acostumbra ponerse
86	27	<i>de percibir anual</i>	<i>de percibir una pension anual</i>
96	42	de	del
105	37	escudo	ósculo
122	46	suscripcion	inscripcion
130	nota (c)	procrear	procrear
145	nota (p)	Sos	Son
169	17	<i>volente</i>	<i>volente</i>
201	12	31	91
246	7	institucion	sustitucion
257	nota (1)	Mit.	Tit.
260	28	antecede y fideicomisarios	antecede y fiduciarios
279	pen.	primariamente á la persona y secundariamente á los bienes	primariamente á los bienes y secundariamente á la per- sona
341	19	que se	que si se
349	8	de el año	en el año
354	27	percepcion debe pagarse	percepcion no debe pagarse



UVA

Biblioteca de Ciencias Sociales

1318

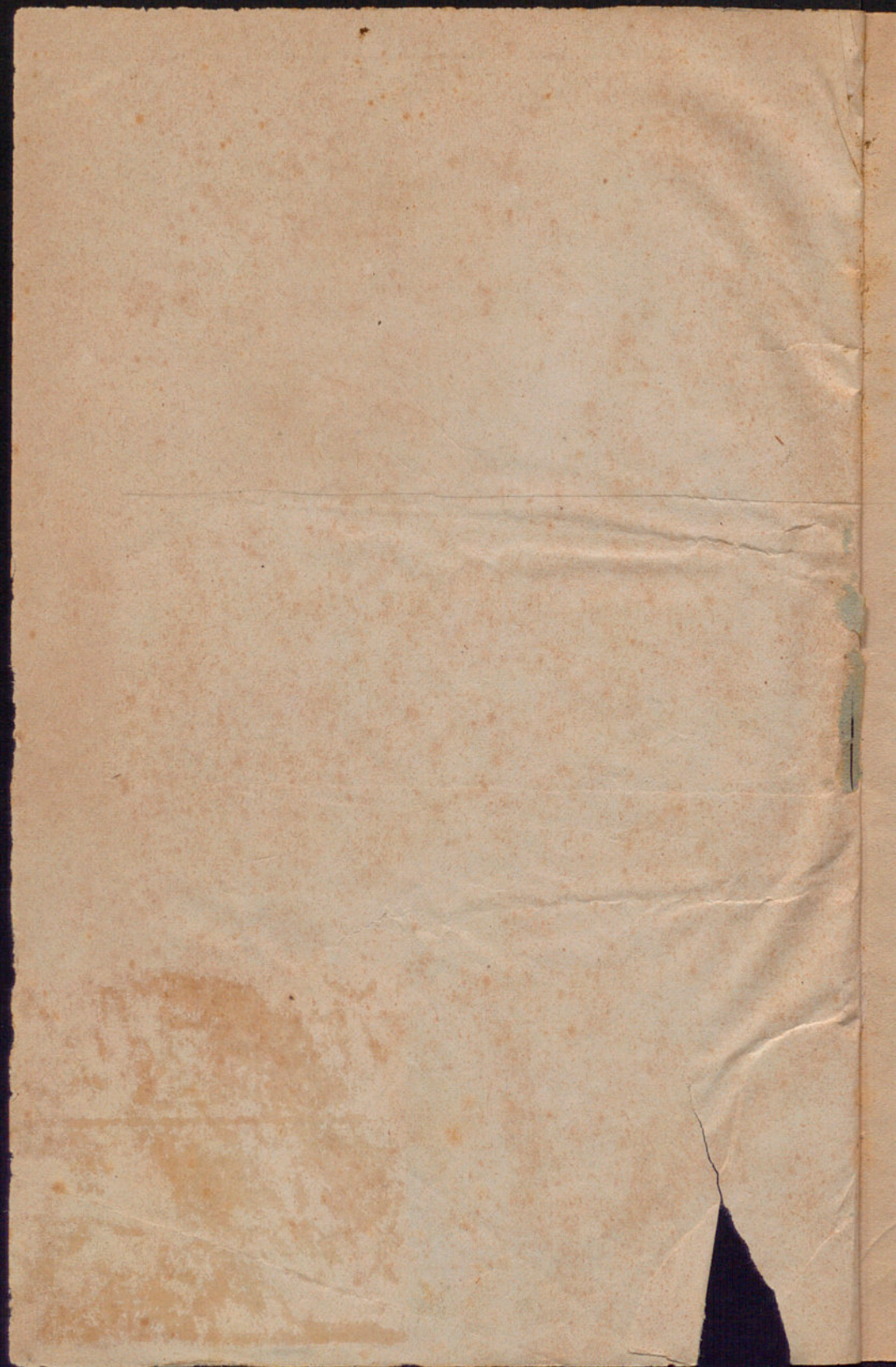
Director de Clínica Psiquiátrica

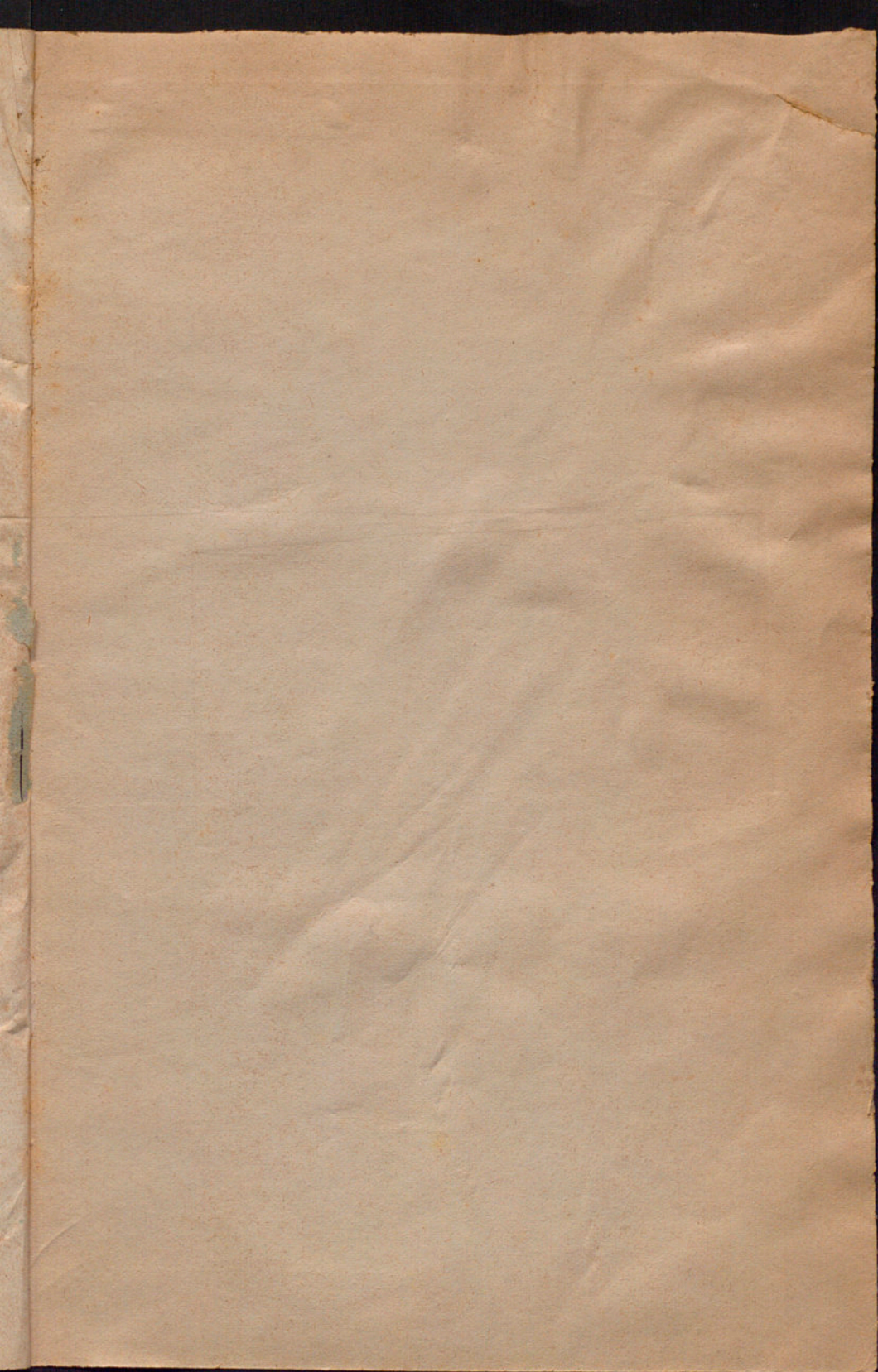
UNIVERSITAT AUTÒNOMA
DE BARCELONA
FACULTAT DE DRET

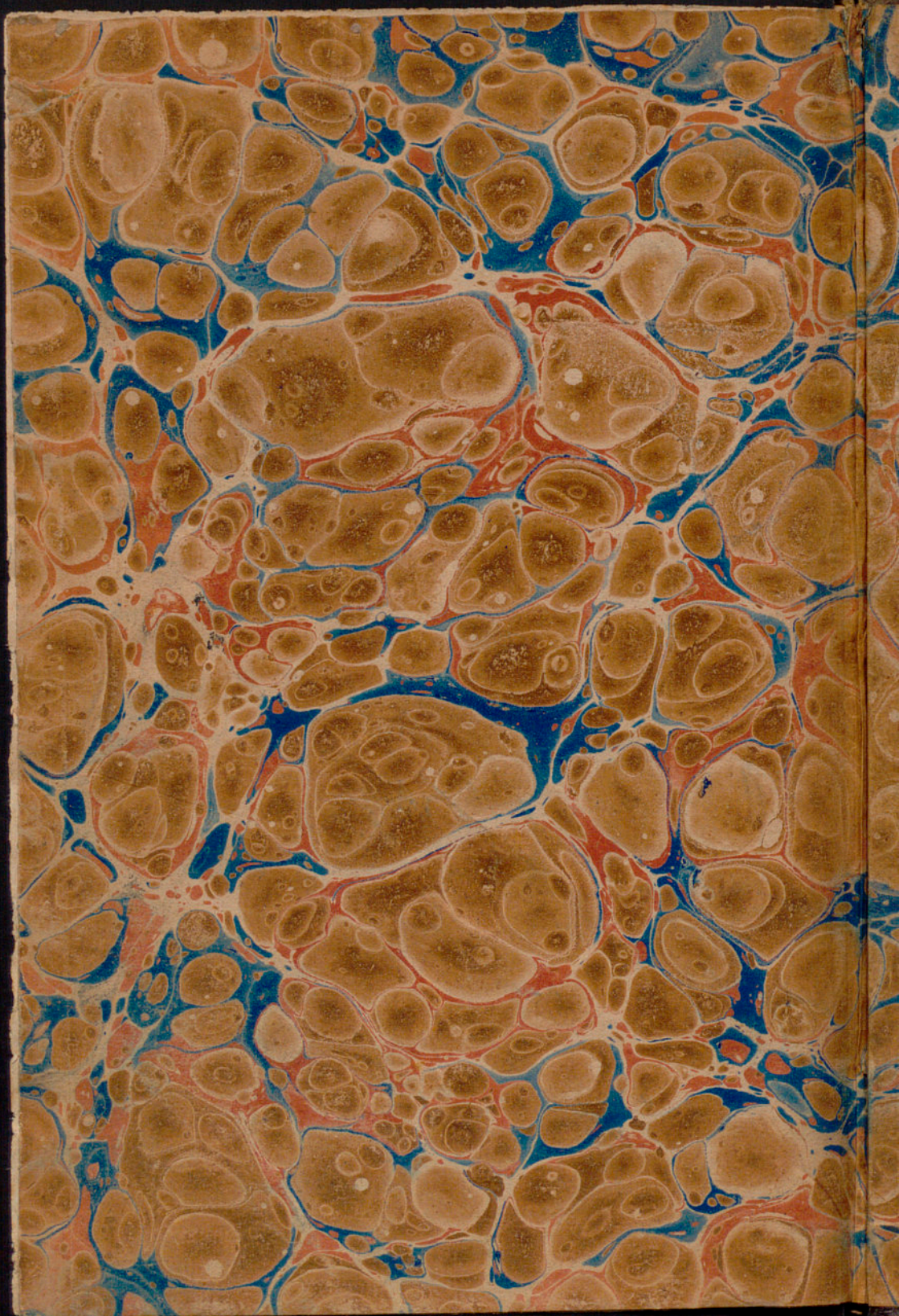
.....

.....

.....







Universitat Autònoma de Barcelona
Servei de Biblioteques



1500333833

UAB



Universitat Autònoma de Barcelona

Servei de Biblioteques

Reg. 4.184

Sig. R 347.961(46) 61b

Rel. 12500

