





BASE LEGAL PARA DIGITALIZACIÓN DE LIBROS CON DERECHOS DE AUTOR



El Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador, digitalizará su acervo bibliográfico siempre y cuando sea para fines educativos y de investigación. No se permite la reproducción y distribución para la comercialización directa e indirecta del mismo

La digitalización del material bibliográfico se lo realiza de acuerdo al Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación **Art. 212 numeral 9, Literal ii** “(...) Una biblioteca o archivo podrá, además, realizar los siguientes actos (...) La reproducción electrónica y comunicación pública de obras de su colección para ser consultadas gratuita y simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios, sólo en terminales de redes de la respectiva institución o para usuarios de esa institución bajo su control, en condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones” y literal vii “La reproducción, adaptación, traducción, transformación, arreglo, distribución y comunicación de una obra protegida por derechos de autor o una prestación protegida por derechos conexos, en uno o más formatos accesibles para el uso exclusivo de personas con discapacidad”

Este material se considera un producto intelectual a favor de su autor; por tanto, la titularidad de sus derechos se encuentra protegida por el Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. La violación a dichos derechos constituye un delito que será responsabilidad del usuario.

1 to me
UNIVERSIDAD CENTRAL
Ord. auto 9511
Ord. actual
INVENTARIO
Núm. *545*





Manuel Ignacio Vena



BIBLIOTECA

Instituto Derecho Comparado

Universidad Central

Quito - Ecuador

Nº 2010836 Año 1986

Precio 22 Donación

30194129

**ILUSTRACION
DEL DERECHO REAL
DE ESPAÑA.**



**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
DEPARTAMENTO DE HISTORIA
DE ESPAÑA**

347-25
S. 159

ILUSTRACION DEL DERECHO REAL DE ESPAÑA.

ORDENADA Y ADICIONADA

POR DON JUAN SALA

CON LAS CITAS DE LEYES ARREGLADAS Á LA NOVISIMA RECOPIACION

NUEVA EDICION,

CORREGIDA SEGUN LAS REGLAS DE ORTOGRAFIA DE LA
ACADEMIA ESPAÑOLA



PARIS,
LIBRERÍA DE LECOINTE,
CALLE DE L'ÉPERON, 6.

1844
Universidad Central
INSTITUTO
de
DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador



INSTITUTO
 de
 DERECHO COMPARADO
 Quito - Ecuador
 1863
 Universidad Central
 Calle de Fernán, 5
 LIBRERÍA DE ECONOMÍA
 PARIS

PREFACION.

Los deseos de la nacion de que se publicara una Ilustracion del Derecho real de España en el idioma español, que al paso que no ofendiera el buen gusto y pericia de los concurrentes á las Universidades y demás personas doctas, pudiera dar una decente instruccion á los que, no entendiendo el latin, la necesitan para el ejercicio de su profesion ó gobierno de sus cosas, movieron nuestro ánimo á emprender el trabajo de ordenarla en la edad avanzada de setenta años, en que los hombres solemos pensar mas en descansar, que entrar en nuevas tareas. La necesidad de esta obra, por la notoria insuficiencia de las otras de su naturaleza que se han publicado hasta ahora, y nuestra vehemente inclinacion á fomentar el estudio de nuestro Derecho patrio, de que son buenos testimonios el *Vinio castigado*, las *Instituciones* y *Digesto romano-español*, nos hicieron atropellar el reparo de nuestros muchos años, hallándonos por la misericordia de Dios en una salud muy robusta y constante, que no ha llegado á flaquear, sin em-

bargo de haber sido bastante larga y penosa la tarea.

Sirvió tambien mucho para alentarnos el ver la aceptacion con que nuestras citadas obras han sido adoptadas para la pública enseñanza en las Universidades de nuestra España, y el aplauso con que han sido recibidas en varias partes de la América, de que tenemos noticias ciertas; de suerte que en muy poco tiempo se despacharon enteramente dos ediciones del *Vinio castigado*, de dos mil ejemplares cada una; y desde el año 1790 se han despachado dos de las *Instituciones*, y solo nos quedan unos pocos de la tercera edicion hecha en el año de 1805, en términos que en el año próximo de 1821 habremos de hacer la cuarta.

Hemos querido notar las leyes romanas concordantes de las nuestras españolas, porque aunque estas para tener completa fuerza no necesitan de apoyos extranjeros, ni estos pueden tener alguna para obligarnos; debemos sin embargo confesar que no deja de honrar é ilustrar nuestras decisiones el ver que tambien las establecieron los romanos en sus leyes, tan llenas por lo comun de justicia moralidad y prudencia, que han admirado y admirarán siempre á los doctos de todas las naciones.

Además de haber procurado recoger toda la buena doctrina que hemos creído del caso, se ha extendido nuestro cuidado á que el método y estilo

tuviesen la perfeccion y claridad de que son capaces nuestras cortas fuerzas, y así es que hemos empleado catorce meses útiles con un indecible trabajo, leyendo y meditando con detenido y escrupuloso cuidado las leyes y doctrina de los autores que citamos. Pero sin embargo en el inmenso piélago de especies en que hemos navegado, no será de extrañar se nos haya escapado alguna digna de mencionarse, y que la hayamos entendido mal. Lejos de enojarnos de que nos corrijan nuestros defectos, estaremos agradecidos á los correctores; porque concurrirán con nosotros en el deseo de ser útiles á la enseñanza, facilitando que salga con mas perfeccion cualquier otra edicion de esta obra, que pueda hacerse con el tiempo. Y nos ha parecido dividirla en tres libros, segun los tres objetos del Derecho, personas, cosas y acciones, como lo hizo Justiniano en sus *Instituciones*.

BREVE HISTORIA DEL DERECHO DE ESPAÑA.

1. En todas las historias es lo mas oscuro el averiguar su origen y primeros tiempos. Nace la oscuridad de que el largo trascurso de los años ha hecho desaparecer muchos monumentos y memorias que podrian ilustrarlo, y de que los autores antiguos, por la falta de imprentas y de la escrupulosidad con que ahora se notan los sucesos, han dejado de transmitirnos las noticias que echamos menos. Las varias y extraordinarias vicisitudes que padeció nuestra monarquía en sus principios, desde que la invadieron y ocuparon los cartagineses, han contribuido á la ignorancia que padecemos acerca del principio de nuestra Jurisprudencia, impidiéndonos poder recoger memorias de los tiempos de aquella revolucion y de los anteriores. Tomaron las cosas alguna consistencia y formalidad en la dominacion de los romanos, cuando expelieron á los cartagineses; pero no duró mucho, porque luego los arrollaron los godos y otros pueblos del Norte, que inundaron y se apoderaron enteramente de España. Conviene nuestros autores en que es verosímil que los romanos, á los principios

de su imperio, permitirian á los españoles vivir segun sus costumbres y usos, disponiéndolos poco á poco á que observaran las leyes romanas; pero como estas no tenian mas de españolas que su recibimiento, no nos parece contarlas como pertenecientes á nuestra legislacion, cuyo origen tomaremos de los godos, que fueron los primeros de quienes podemos decir que establecieron leyes en nuestra España para su gobierno.

2. Porque si bien en el principio de su reinado permitieron á los españoles, acostumbrados ya al uso de las leyes romanas, continuar en su observancia, al tenor del *Código Teodosiano*, ó del *Breviario*, compuesto del mismo, de los *Códigos Gregoriano* y *Hermogeniano*, y de las sentencias é Instituciones de los jurisconsultos Paulo y Cayo, que ordenó ó dispuso se ordenara el godo Aniano en el año 506, en tiempo del rey Alarico, como lata y cuidadosamente manifiesta Mesa en su *Arte de la historia legal*, lib. 1, cap. 4; empezaron ya entonces á establecerse algunas nuevas, de suerte que en aquellos tiempos algunas de las que regian eran góticas y la mayor parte romanas. El primero de los reyes godos que estableció algunas fué Eurico, que murió en el año 483, segun refiere san Isidoro, en la *Historia de los godos* y Franckenau en su *Themis*, sect. 1 de legib. Gothor. n. 5 diciendo ser la opinion general de nuestros autores, citando á muchísimos; y estas son las primeras que podremos llamar

leyes españolas. A ellas añadieron algunas otras sus sucesores, y principalmente Leovigildo. Recesvindo pasó mas adelante, pues prohibió el uso de las leyes romanas, imponiendo la pena de 30 libras al que las citara en juicio y al juez que diera sentencia segun ellas, Franckenau, *d. sect. 1, n. 3*. Y aunque es de creer que en tiempo de estos reyes y sus inmediatos se hiciese algun Código ó coleccion de las leyes que establecieron, no tenemos noticia alguna de otro mas antiguo, que el famoso que se publicó en latin á fines del siglo VII, ó principios del VIII, con el nombre de *Liber judicum*, que se celebra como fuente y origen de las leyes de nuestra España. Sobre quien fué el autor de este Código hay mucha variedad de opiniones. Unos lo atribuyen á Sisenando, otros á Chindasvindo, otros á Recesvindo, que murieron en los años de 635, 650 y 672. Y no falta quien conceda esta gloria á los reyes posteriores Wamba, Ervigio, Égica, Witiza, de los cuales el último falleció el año 711, como puede verse en Mesa, *d. lib. 1, cap. 5*, y Franckenau, *d. sect. 1, n. 7 y siguientes*, en donde tratan con extension este asunto. En vista de lo que dicen estos y otros autores, y en atencion á que este Código está lleno de leyes de Sisenando, Chindasvindo y Recesvindo, parece verosímil que estos tres reyes ó alguno de ellos cuidaron de hacer alguna coleccion, que fué el principio de este Código. Pero como en él, segun el estado en que

ha llegado á nuestras manos, se encuentran varias leyes de Wamba, Ervigio y Égica cuando reinó solo, y aun algunas despues que tomó por compañero á Witiza en el año 698, debemos confesar que con este complemento no es mas antiguo que los últimos años de Égica.

3. Este Código, que tambien se llamó *Forum judicum*, consta de doce libros divididos en títulos, que se subdividen en leyes: de las cuales se establecieron muchas en los concilios toledanos, asistiendo el rey, los magnates y los obispos, y las demás por los mismos reyes solamente; y estas son las que se llaman *leyes de los visogodos*. Algunas de ellas llevan en la inscripcion el nombre del rey que fué su autor; otras del concilio en que fueron establecidas; otras solamente se dicen *antiguas*, que se atribuyen á Eurico ó Leovigildo, ó segun otros, fueron tomadas de las leyes romanas, y otras no tienen inscripcion ninguna. De las que se establecieron en el concilio toledano IV, algunas se hallan á nombre de Sisenando y de san Isidoro arzobispo de Sevilla, al parecer porque fueron los mas principales y distinguidos que intervinieron en él. No será fácil adelantar ó mejorar estas noticias, ni hace falta alguna que no se mejoren. Reinando el santo rey Fernando III, fué vertido en lengua española en el siglo XIII y llamado *Fuero de los jueces*, cuyo nombre se ha corrompido en el de *Fuero juzgo* de que usamos; y con él le hizo

imprimir en Madrid el año 1600 Alonso de Villadiego, ilustrándolo con preciosas notas; y nuevamente en Madrid tambien en 1792 Juan Antonio Llorente, canónigo de Calahorra. El primero que lo imprimió en latin, segun fué compuesto, ha sido el célebre jurisconsulto francés Pedro Pitheo, que lo publicó en Paris año 1579 con el título de *Codex legum Visigothorum, libri XII*.

4. Muy poco despues de la publicacion de este Código, esto es, por los años de 714 experimentó grande trastorno su observancia por la invasion de los sarracenos, que con una rapidez increíble ocuparon y sujetaron á sus armas á toda España, á excepcion de las montañas de las provincias septentrionales, en que recogidos los valerosos españoles que pudieron salvarse, emprendieron poco á poco con su rey Pelayo la reconquista que continuaron sus sucesores, hasta que á fuerza de años, trabajos é innumerables victorias, lograron completarla en el año 1492, en que los celebérrimos reyes D. Fernando y Doña Isabel se apoderaron de la ciudad de Granada, que fué el último retiro de los moros. Y aunque es verosímil que estos por su poca cultura y mucha ferocidad debieron descuidar de dar otras leyes á los que sujetaron, que las pocas que se dirigian á asegurar la sujecion y exaccion de tributos, permitiéndoles en lo demás que observaran las que antes tenian propias; con todo las tinieblas que cubren este ramo de la historia,

y la ninguna falta que nos hace su averiguacion, nos mueve á no entretenernos en este particular, continuando solo la historia en lo respectivo á los que conservaron la libertad bajo la dominacion del rey Don Pelayo y sucesores.

5. Muchos de estos mandaron se observara dicho Código, pero al mismo tiempo en el siglo xi y siguiente concedieron varios fueros particulares á diferentes ciudades y villas con sus territorios, como lo fueron los de Sepúlveda, Escalona y otros; y á fines del siglo x, ó á principios del xi, se publicó, con intencion de que fuese general, el fuero llamado *Fuero viejo de Castilla*. Desde entonces hubo bastante confusion en los tribunales, gobernándose unos asuntos por los fueros, y otros por las costumbres, rescriptos y sentencias (*fazañas ó alvedrios*), y no en todas partes de una misma manera. Con efecto, Don Fernando I en el concilio de Coyanza (hoy Valencia de Don Juan cerca de Oviedo), mandó en el año 1050 que en Castilla se observase este *Fuero viejo* y en Leon el Gótico ó *Juzgo* y Leonés. Y considerando este mal estado de confusion, el rey Don Alonso IX, dicho tambien X, llamado comunmente el Sabio, procuró enmendarlo, publicando en el año 1255 otro Código que se llama *Fuero de las leyes, fuero del libro de los concejos de Castilla*, y con mas frecuencia *Fuero real*, mientras disponia se formase el famosísimo de las *Partidas*, de que luego hablaremos. Se halla impreso en el

año 1543, con glosa extensa de Alonso Diaz de Montalvo. Cómo, cuándo y en qué provincias se observaron este Código y el otro dicho *Fuero viejo de Castilla*, puede verse en el discurso preliminar que pusieron Aso y de Manuel en la edicion de dicho *Fuero viejo* que hicieron en Madrid el año de 1771. Poco despues á últimos del siglo XIII, ó principios del XIV, se publicaron en número de 252 las leyes llamadas del *Estilo*, segun se cree comunmente para declarar las del *Fuero real*. No consta si son propiamente leyes ordenadas por legítima potestad, ó por el privado ó particular trabajo de algun perito. Las imprimió el año 1608 en Madrid con un extenso comentario Cristoval de Paz. Algunas de ellas se hallan insertas en la *Nueva Recopilacion*.

6. Llegamos ya al Código ó libro de las *Partidas*, el mas célebre de los que tenemos en España, al que todos los autores dan los mayores elogios. Es á semejanza de las Pandectas romanas, como el Digesto de nuestra legislacion; pues contiene con extension todas las leyes civiles que en aquel tiempo debian observar generalmente los españoles, y además varias decisiones canónicas, y lo mas principal de los misterios de nuestra santa Religion católica, en que quiso la piadosa religiosidad de su autor emplear la *Partida* primera. El santo rey Fernando III proyectó esta grande obra para evitar confusiones y variedades, dando uniformidad ge-

neral para todos los negocios ; pero prevenido por la muerte, no pudo llegar á empezarla, y la dejó encargada á su hijo el expresado Alonso el Sabio, que, habiéndola empezado en la víspera del día de san Juan Bautista del año 1255, cuarto de su reinado, empleó en ella siete años cumplidos, como se lee en su *prólogo*. Se formó, en cuanto á la Religion y á la Iglesia, de las sentencias de los santos Padres ; y en lo demás, de usos y costumbres que parecieron útiles, y principalmente de las leyes romanas, decidiendo algunas cuestiones que atormentaban á sus intérpretes. Se conoce fueron sugetos de mucha ciencia y probidad los que trabajaron en ordenar este libro ; pero no ha quedado de ello noticia alguna segura. Aunque se formó á mitad del siglo XIII, no se publicó hasta el año 1348, como se ve en la *l. 1, tit. 28 del Ordenamiento de Alcalá*, que hoy es la *l. 3, tit. 2, lib. 3 de la Novísima Rec.*, á causa de las guerras y otros gravísimos negocios que ocuparon á España en aquellos tiempos. Consta de siete partes llamadas *Partidas*, de donde le ha venido el nombre, divididas en títulos, y estos en leyes.

7. Es tambien célebre el *Ordenamiento de Alcalá* que se publicó en el año citado 1348, y contiene 32 títulos divididos en leyes ; pero por quanto casi todas se han pasado á la *Recopilacion*, de que vamos á hablar, ó enteras ó con alguna leve correccion, no nos ha parecido hacer mayor relacion de él.

Le imprimieron en Madrid en 1774, ilustrado con notas, Aso y de Manuel. Otro Código con el título de *Ordenamiento real* se publicó en tiempos de los reyes Don Fernando y Doña Isabel, y es una compilación alfabética de varias leyes, ya dispersas, ya contenidas en el Fuero real, Leyes de estilo y Ordenamiento de Alcalá, dividida en ocho libros y dispuesta por Alonso Montalvo, quien añadió igualmente sus glosas y repertorio. Es de creer emprendiese esta obra por comisión de los reyes católicos; pues atestiguándolo así en su prólogo, y habiéndose publicado por tres veces en vida de los mismos, á saber, en Zamora en 1485, y en Sevilla en 1492 y 1496, se le hubiera convencido de impostor ó ser falso el supuesto. Sin embargo no parece satisfizo las miras de Don Fernando y Doña Isabel, puesto que jamás le dieron su fuerza confirmatoria, y esta es la razón por que esta colección se considera de autoridad privada, y sus leyes sin mas fuerza que la que tuvieron en su original, según prueba el señor Marcos Solon de Paz en la l. 1 de Toro, n. 275. Sin embargo el título de *Ordenamiento real* y la comodidad de la obra, dividida por orden alfabético, la dió tal autoridad con el tiempo, que se creyó que la *ley de Toro* hablaba de este Ordenamiento, cuando en realidad solo habló del de Alcalá, toda vez que la dicha *ley de Toro* no hace otra cosa que renovar la observancia de lo prevenido en la l. 1, tit. 28 de dicho Ordenamiento. Diego Perez

de Salamanca, bajo los auspicios de Carlos V, publicó en 1560 sus comentarios á esta compilacion. Así lo refiere el eruditísimo Padre Burriel en su carta á Don Juan Amaya, que se halla impresa en un tomo en 4°. Lo mismo en substancia dicen Franckenau y Mesa, con la diferencia de que cuentan por la primera la citada edicion del año 1496.

8. El último Código de nuestras leyes se llama la *Recopilacion*, porque en él se han recopilado ó recogido varias antiguas, que divagaban ó no estaban insertas en los Códigos anteriores, y otras que estaban en ellos, ó enteras ó corregidas en alguna parte, segun así lo quiso Felipe II su autor, acomodándolas á lo que pedia el estado que entonces tenían las cosas. Consta de 9 libros divididos en títulos, y estos en leyes. Para ordenarlo fué nombrado el doctor Pedro Lopez de Alcocer, abogado de Valladolid, y por su muerte el doctor Escudero, del real Consejo y Cámara, y fallecido este, el licenciado Pedro Lopez de Arrieta, del mismo Consejo, que, aunque trabajó mucho como sus antecesores, murió tambien antes de poder concluir la obra que despues de sus dias perfeccionó el licenciado Bartolomé de Atienza, del propio Consejo, la cual presentó concluida al mismo Felipe II, que aprobó el Código, mandándolo imprimir y observar, como se lee en su *Pragmática de 14 de marzo de 1567*, que se halla á la frente de dicho Código, que ha sido reimpresso muchas veces, añadiendo las leyes que

posteriormente se han establecido. De esta Recopilacion se considera parte una coleccion de Autos acordados por el Consejo y aprobados por el rey, en que se sigue el mismo órden de libros, y suele ir impresa en un tomo separado. (*)

9. En esta Recopilacion se hallan tambien esparcidas, segun lo ha exigido la materia de que tratan, las famosas 83 *leyes de Toro* que ha ilustrado Antonio Gomez, con comentario muy largo y docto. Se compusieron y ordenaron bajo los auspicios de Don Fernando y Doña Isabel en las Cortes de Toledo, celebradas en el año 1502, y se llaman sin embargo *de Toro*, porque no habiendo podido publicarse en las referidas Cortes, primero por la ausencia de Don Fernando y despues por la muerte de Doña Isabel, se logró finalmente su publicacion en las Cortes que el año 1505 se celebraron en la ciudad de Toro, para jurar por reina á Doña Juana y nombrar por gobernador á Don Fernando su padre; y esta es la causa de atribuirse en la Recopilacion estas leyes á Don Fernando y Doña Juana, esto es, al primero por gobernador y administrador, y á la segunda como reina de Castilla; segun todo consta en la pragmática confirmatoria de las mismas leyes que pueden verse en sus comentadores Fernando Gomez Arias y Juan Guillen de Cervantes.

(*) En la *Novísima Recopilacion* se han incorporado todas estas colecciones y las reales órdenes hasta el año de 1806.

10. Omitimos hacer mencion de los innumerables Fueros particulares que concedieron varios reyes á diferentes ciudades y villas con sus territorios , por considerar que para la historia del Derecho general de España que escribimos traeria mas confusion que utilidad. De muchos de ellos hablan Aso y de Manuel en la instruccion que pusieron á la frente de sus *Instituciones*.

11. La misma necesidad que obligó á Justiniano, despues de haber ordenado el *Cuerpo del Derecho romano* , á establecer nuevas leyes á que llamó *Novelas* , ha precisado y precisará siempre á nuestros reyes á hacer lo mismo ; porque la naturaleza , en todo tiempo fértil en producir nuevos casos y necesidades , no puede dejar de exigir nuevas constituciones que nos sirvan de luz y remedio en este particular , las cuales , por mas modernas , corrigen las leyes mas antiguas en cuanto les son contrarias.

12. La citada l. 3, tit. 2, lib. 3 de la *Nov. Rec.* nos pone el órden que debemos seguir en la observancia de nuestras leyes , diciendo que primero hemos de seguir las leyes de la *Recopilacion* y las que se han establecido despues de ellas , con la advertencia que las mas antiguas ceden á las mas recientes que les son contrarias ; (*) y en segundo lugar las del *Fuero real* y *Fueros municipales* ; y últimamente las de las *Siete Partidas*. Y advierte

(*) L. 8, C. de legib.

la misma ley que las de los Fueros tan solamente se deben guardar en cuanto esten en uso, cuya limitacion tiene lugar en las de los *Fueros municipales*, pero no en las del *Fuero real*, como prueba Don Juan Hilarion Pastor en su *Disertacion historico-legal sobre sucesiones de monasterios*, disc. 4, n. 153 y siguientes, y lo convence la *cédula de 15 de julio de 1788* que copia Febrero en su *Libreria de Escribanos*, tomo 1, capit. 6, § único, núm. 20. Y manda tambien dicha l. 3 que deben ser guardadas las leyes de la *Recopilacion y Partidas*, aunque no estuvieren en uso. Se reprueba pues el uso contrario á estas leyes: lo que entendemos del que se observaba al tiempo de la publicacion de d. l. 3; pero no del de las *legítimas costumbres* que se han introducido despues, como lo explica Mesa en dicha *Arte*, lib. 2, cap. 1, núm. 31 y 32.

13. Creemos bastar esta breve relacion para nuestro instituto, dirigido mas á manifestar el Derecho constituido que el constituyente. Quien la quiera mas extensa podrá verla en Franckenau, Mesa, Aso y de Manuel y otros varios.

ILUSTRACION

DEL

DERECHO REAL DE ESPAÑA.

LIBRO PRIMERO.

TITULO I.

DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO.

Tít. 1 y 2, P. 1; y Tít. 1, P. 3 (1).

1. Qué cosa sea justicia.
2. Varias significaciones de la palabra *derecho* y sus preceptos.
- 3, 4, 5 y 6. Division del derecho natural, de gentes y civil.
- 7, 8 y 9. De la ley en general y de los privilegios.
- 10, 11 y 12. De la costumbre.

1. Justicia, segun la *ley 1, título 1, Partida 3*, es *raigada virtud, que dura siempre en las voluntades de los omes justos, é da é comparte á cada uno su derecho igualmente*. Esta definicion está tomada de la que puso el emperador Justiniano (2), á la cual es conforme. Por ella se ve que el objeto de la justicia es el derecho de cada uno; y el fin, que á cualquiera se le dé el suyo. Esta definicion lo es de la justicia, en cuanto es hábito ó virtud del entendimiento; pero si la consideramos con respecto á sus actos, consiste en dar á cada uno lo que es suyo, de suerte que la tendrán aquellos, y no otros, en que esto suceda, sin atender á que nazcan ó no de hábito virtuoso. Será pues acto de justicia la sentencia en que me da lo que es mio un juez inclinado y acostumbrado á dar á unos lo que es de otros. Dividen los autores la justicia en distributiva y conmutativa.

(1) Tít. 1, lib. 1, Inst.— (2) Tít. 1, Princ. Inst. de just. et jur.

Esta es la que da á cada uno lo que es suyo, ó se le debe por razon de contrato ú otra causa legítima obligatoria. Distributiva la que distribuye y da premios, honores, oficios, cargas ó penas, segun los méritos, prendas, bienes ó delitos de cada uno. Esta ejerce Dios con nosotros cuando morimos.

2. La palabra *derecho* se puede tomar de varias maneras: ó por lo mismo que ley ó precepto, como cuando decimos, así lo manda el derecho natural, de gentes, civil, canónico; ó por el objeto ó cosa mandada por las leyes, y en este sentido se toma en la definicion que acabamos de dar. En la primera significacion se uniforma con la voz *justicia*, y segun ella dice la ley 3, tit. 1, P. 3: *Los mandamientos de la justicia é del derecho son tres. El primero es, que ome viva honestamente quanto en sí. El segundo, que non faga mal, nin daño á otro. El tercero, que dé su derecho á cada uno* (1).

3. En dicha primera significacion se divide el derecho de varios modos. Primero, en natural, de gentes y civil, l. 2, tit. 1, P. 1 (2). En esta division tomada latamente, bajo el nombre *civil* se entiende tambien el canónico que han establecido los hombres; pero aquí solo hablamos del civil en especie. La misma ley 2 dice ser el derecho natural *el que han en sí los omes naturalmente, é aun las otras animalias que han sentido*; y en seguida pone por exemplo el ayuntarse el macho con la hembra, y la crianza de los hijos por los padres, siguiendo en un todo á Justiniano (3). Pero advertimos, como los intérpretes del Derecho romano, no deber entenderse esto con propiedad; porque los brutos por incapaces de razon, lo son tambien de derecho. Y esto mismo reconoce Gregorio Lopez en la glosa 1 de dicha ley 2 quando trae otra definicion del derecho na-

(1) § 3, Inst. lib. 1, tit. 1. — (2) § 3, eod. in fine. — (3) Princ. Inst. lib. 1, tit. 2.

tural; segun la racionalidad, diciendo ser *una razon de la naturaleza humana esculpida en la criatura, para hacer lo bueno, y evitar lo malo.*

4. Dice tambien dicha ley 2 ser el derecho de gentes *un derecho comunal de todas las gentes, el cual conviene á los omes, é non á las otras animalias.* No hallamos expresa en nuestro Derecho la subdivision del derecho de gentes en primario y secundario que indicó claramente el emperador Justiniano (1), y hacen los intérpretes del Derecho romano, diciendo ser primario el que dimana de sola la razon que Dios estampó en nuestras mentes, sin necesidad alguna de racionio ni reflexion, como es dar culto á Dios, reverenciar á los padres, etc., y á este quiso referirse Gregorio Lopez en su citada definicion del derecho natural; porque hablando con propiedad, este y no otro es el derecho natural y el de gentes primario.

5. El derecho de gentes secundario, dicen los doctores ser aquel que dimana tambien de la razon natural, pero auxiliada de reflexiones y argumentos que han hecho conocer al hombre su utilidad y necesidad; y á él deben su origen casi todos los contratos y la division de los dominios, etc. Y á este derecho, por dimanante de la razon natural, que ha precisado á los hombres á introducirlo, se le da tambien algunas veces el nombre de natural, *l. 31, tit. 18, P. 3* y en su glos. 1 Gregor. Lop. (2). Y se entiende siempre que se dice simplemente derecho de gentes.

6. El derecho civil finalmente es el que han establecido los hombres por su mera voluntad, que siempre deben dirigirla á lo justo y conforme á la voluntad de Dios; y con este respecto dicen la ley 4, *tit. 1, P. 1* y la ley 1, *tit. 2, lib. 3 de la Nov. Rec.* que los mandamientos de la ley deben ser leales é cumplidos, segun

(1) §§ 1 et 2, Inst. lib. 1, tit. 2.—(2) § 11, Inst. lib. 11, tit. 1.

Dios é segun justicia. En nuestra España solo el rey puede hacer leyes, *l. 12, tit. 1, P. 1; l. 2, tit. 1, P. 2; l. 3, tit. 2, lib. 3 de la Nov. Rec.*; y solo él ó la antigua costumbre pueden declarar ó interpretar las que apareciesen dudosas, *l. 14, d. tit. 1, P. 1; l. 4, tit. 33, P. 7.*

7. El derecho se divide en segundo lugar, ó por decirlo mejor, el derecho civil se subdivide en escrito ó no escrito, *l. 4, tit. 1, P. 1*, junta con la *4, tit. 2, P. 1 (1)*. Entendemos por escrito el expresamente establecido, que con un solo nombre llamamos *ley*, y por no escrito la costumbre legítima. La ley, segun Ciceron en el *lib. 1 de legib. cap. 6*, se dice así á *legendo*, en cuanto esta voz latina significa escoger, porque ella escoge mandando lo honesto y prohibiendo lo contrario; pero Varron y otros juzgan se deriva de la voz *leer*, por cuanto se leía al pueblo para que la supiese. Y añade el mismo Ciceron que frecuentísimamente se llama ley la que por escrito manda lo que quiere. Al tenor de la doctrina de Ciceron se acomodó enteramente la *ley 4, d. tit. 1, P. 1*, en que la ley se define así: *Leyenda en que yace enseñanza é castigo, é escrito, que liga é apremia la vida del ome que no faga mal, é muestra é enseña el bien que el ome debe facer é usar.* Gregorio Lopez en la glosa 1 de esta ley se inclina á que segun esta definicion, pertenece á la substancia de la ley el estar escrita, refiriendo la opinion contraria de los autores en cuanto al Derecho romano. Dicen las leyes respecto á solos los negocios futuros ó venideros, *l. 15, tit. 14, P. 3 (2)*, sino es que se refieran expresamente á los ya pasados, como sucede en la *6 y 8, tit. 15, lib. 10 de la Nov. Rec.* y otras (3). Se constituyen sobre cosas que suceden á menudo (4), y las que acontecen raras veces se gobiernan por las esta-

(1) § 3, Inst. lib. 1, tit. 2. — (2) L. 7, C. de legib. — (3) D. l. 7. — (4) L. 3, cum aliquot seqq. de legib.

blecidas en casos semejantes, *regla 36, P. 7*. Saber las leyes no consiste solo en aprenderlas de memoria, sino en entender su verdadero sentido, *l. 13, tít. 1, P. 1 (1)*. El efecto de la ley, dice *la 1, tít. 2, lib. 3 de la Nov. Rec.* es mandar, vedar, punir y castigar; pero parece claro que donde se lee *punir*, debe leerse *permitir* (2). Obliga la ley luego que se publica, si no es que exprese ella misma el tiempo en que debe empezar á obligar; lo que sucede algunas veces.

8. La ley regularmente obra generalmente en todos los súbditos del legislador, obligándoles á su observancia, *l. 16, d. tít. 1, P. 1*. Digo regularmente, porque hay algunas leyes especiales, que solo dicen respecto á personas ó cuerpos particulares; las cuales se llaman *privilegios*, y tienen la misma fuerza para obligar, que las leyes generales, *l. 28, tít. 18, P. 3*. Se dividen los privilegios en reales y personales. Estos se acaban con la persona á quien se concedieron, sin pasar á sus herederos, si no es que se dijera otra cosa en su concecion, *regla 27, Part. 7 (3)*. Y los reales son perpetuos: tales se presumen los concedidos á ciertas iglesias, ciudades ú otros lugares, Gregor. Lop. en la *glos. 1 de d. reg. 27*, y en la *glos. 3, l. 9, tít. 7, P. 5*.

9. Aunque los privilegios tienen fuerza de obligar, como hemos dicho, hay algunos que las mismas leyes mandan que no se cumplan, como son los que se concedieren contra la pública utilidad, ó contra el derecho de gentes en perjuicio de tercero, *l. 30 y siguientes, tít. 18, P. 3; ley 4, tít. 9, lib. 4 de la Nov. Rec.* La razon es porque semejantes privilegios ó cartas se entienden y dicen obrepticios ó subrepticios, esto es, concedidos al abrigo de expresa mentira, ó de haberse ocultado la verdad; y entonces la voluntad del rey es

(1) L. 17, C. de legib. — (2) D. l. 7, l. 9, Q. C. de legib.

— (3) L. 68, l. 196 de div. reg. jur.

que no valgan, *l. 36, d. tít. 18, P. 3 (1)*; y á este fin quiere se le represente siempre que ocurra caso de esta naturaleza, *d. ley 4*. Y generalmente de cualquier carta del rey de esta especie manda la *l. 4, tít. 4, lib. 3, Nov. Rec.* que sea obedecida y no cumplida, aunque contenga las expresiones mas anchas y derogatorias de todas especies de ellas y aun de estas mismas. Pero si que vale la concesion de moratoria, por la que se les alarga á los deudores el plazo de las deudas que deben satisfacer, con tal que den fiador de que las pagarán en el término señalado en la moratoria, *l. 33, d. tít. 18, P. 3 (2)*, cuyos fiadores deben ser á satisfaccion de los acreedores, *ley 1, tít. 33, lib. 11, Nov. Rec.*

10. Costumbre es derecho ó fuero que non es escripto : el qual han usado los omes luengo tiempo, ayudándose de él en las cosas é en las razones sobre que lo usaron, como se dice en la *ley 4, tít. 2, P. 1*. Para que se entienda legítimamente introducida, requiere la *ley 5 del mismo título* el uso del pueblo ó mayor parte de él, por 10 ó 20 años, sabiéndola el señor de la tierra, é no lo contradiciendo, é teniéndolo por bien. Y añade que debe ser tenida é guardada por costumbre, si en este tiempo mismo fueren dados concejeramente dos juicios por ella. Pero Gregorio Lopez en la *glosa 4 de esta ley* dice absolutamente que bastan 10 años, dando la sólida razon que, por estar el pueblo siempre presente, no se debe cuidar de los 20 años que se dan en la prescripcion contra los ausentes; de suerte que, segun este insigne autor, se puso incautamente lo de 20 al parecer, siguiendo inadvertidamente la constante doctrina ordinaria de las prescripciones.

11. El mismo en las *glosas 7 y 8* examina latamente lo que dice la ley en cuanto á requerir dos juicios ó

(1) L. 7, C. de div. rescrip. l. pen. et l. ult. C. si cont. jus v. ult.

(2) L. 2, l. 4, C. de precib. Imper. offer.

sentencias; y resuelve ser solamente necesarias, cuando se requiere probar la costumbre por actos judiciales: de manera que la ley manifiesta un modo de probar sin excluir otros. Y el computar el número de los actos necesarios lo remite al arbitrio de jueces, expresando circunstancias para regularlo. Nos parecen muy sólidas y juiciosas estas tres glosas.

12. La costumbre legítima tiene fuerza de ley, y de consiguiente tiene sus efectos, no solo cuando no hay ley en contrario, sino tambien para derogar la anterior que fuere contraria; y para interpretar la dudosa que debe observarse segun la interpretó la costumbre, *l. 6, d. tít. 2, P. 1 (1)*. Y de ahí viene decirse que hay costumbre fuera de la ley, contra la ley y segun la ley. Pero debe advertirse que se ha de introducir con derecho, razon, y sin que sea contra la ley de Dios, ni contra señorío, esto es, contra la suprema jurisdiccion del rey, ni contra derecho natural, ni contra pro comunal de toda la tierra ó lugar do se hace; pues de otra suerte no seria buena costumbre, mas dañoamiento de los que la usaren, é de toda justicia, *d. l. 5, tít. 2, P. 1*, ó segun solemos decir, corruptela. Todas las *leyes del tít. 4, lib. 7, Nov. Rec.* manifiestan la benigna voluntad con que desea y manda el rey que se guarden á los pueblos los usos y costumbres que tuviesen de elegirse y nombrarse oficiales para su gobierno, manifestando con ello que nada tiene de perjudicial al público.

13. Sentados estos preliminares, y adoptando la division de los objetos del derecho en personas, cosas y acciones que hizo Justiniano en sus *Instituciones*, y método en tratar de cada uno de ellos, empezamos por el primero en el título siguiente.

(1) L. 37, l. 38 de legib.

TÍTULO II.

DEL ESTADO DE LOS HOMBRES, Y DERECHO QUE EN SU
RAZON CORRESPONDE (1).

Títulos 21, 22 y 23, Partida 4.

1. Qué cosa sea estado de los hombres, y su division.
- 2, 3 y 4. Varias divisiones de los hombres, segun el estado natural.
- 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11. Division de los hombres, segun el estado civil, en libres y siervos; y qué sea servidumbre, y qué, libertad.
- 12, 13 y 14. Division de hombres libres en nobles y plebeyos; y de los privilegios de los nobles.
- 15, 16, 17, 18. Division de hombres en eclesiásticos y seculares.
19. Division de hombres en vecinos y no vecinos.

1. Estado de los hombres no es otra cosa que *condicion ó manera, en que los omes viven ó están*, l. 1, *tít. 23, P. 4*. Esta condicion viene, ó de la misma naturaleza, ó de la voluntad de los hombres; y por eso el estado de los hombres se divide en natural y civil.

2. Segun el natural estado de los hombres, unos son nacidos, otros por nacer ó concebidos en el vientre de sus madres. Estos, cuando se trata de su bien ó comodidad, se consideran nacidos, l. 3, *d. tít. 23, P. 4* (2), con tal que despues nazcan vivos; pues si nacieren muertos, se reputan no nacidos, l. 8, *tít. 33, P. 7* (3). Y es menester advertir que para tenerse por nacido vivo, en cuanto á los efectos del derecho, requiere la *ley 2, tít. 5, lib. 10 de la Nov. Recop.* que nazca todo vivo y haya vivido 24 horas, y sido bautizado, y además nacido en tiempo en que pueda natu-

(1) Tít. 3. lib. 1, Inst. — (2) L. 7 de stat. hom.

(3) L. 129 de verb. sign.

ralmente vivir : cuyo tiempo explica la *ley 4, tít. 23, P. 4*. Los que nacen con miembros multiplicados ó menguados, como con una ó tres manos ó piés, son contados por hombres, *l. 5, d. tít. 23, P. 4* (1). Pero no los que nacen sin figura de hombre, como si tuviesen cabeza, ú otros miembros de bestia, *d. l. 5, d. l. 8* (2).

3. En segundo lugar hay tambien diferencia segun el estado natural de los hombres entre varones y hembras, las cuales tambien se entienden bajo la palabra *hombre*, á excepcion de aquellos asuntos ó negocios en que las leyes las excluyen; *l. 6, d. tít. 33, P. 7* (3). Aunque por lo comun y en caso de duda tienen el mismo derecho las hembras que los varones, con todo por cuanto las leyes se acomodan á lo que regularmente sucede, y por lo regular los varones exceden en prudencia y constancia de ánimo á las hembras, y estas tienen la naturaleza mas flaca, hay un axioma que dice : *Los varones por razon de la dignidad, y las hembras en cuanto aquellas cosas en que excusa la fragilidad del sexo, son de mejor condicion*. De ahí viene que solo los hombres son capaces de los oficios públicos, argumento de la *l. 4, tít. 4, P. 3* (4), y que á las hembras no les daña el no saber las leyes, *l. 31, tít. 14, P. 5* (5), y otras diferencias que se observan en el derecho entre varones y hembras, y se notarán en los lugares oportunos.

4. Tambien se diferencian los hombres segun este estado por razon de la edad, en que unos son mayores de 25 años y otros menores, y entre ellos hay la notabilísima diferencia de competir á estos, cuando recibieron perjuicio, la restitucion *in integrum*, de la que hablaremos en su lugar y no á aquellos. De los meno-

(1) L. 14 de stat. hom. — (2) D. l. 14

(3) L. 152 de verb. signific. — (4) L. 2 de div. reg. jur.

(5) Lib. 9 de jur. et fact. ignor.

tes los que han cumplido 14 años, se llaman púberes, y los otros impúberes. En las leyes romanas son muy frecuentes estos nombres, como tambien que las hembras se hacen púberes al cumplir los 12 años, y los varones cuando cumplen los 14. En las nuestras no se encuentran semejantes expresiones; pero sí establecidos los mismos efectos de esta diversidad que sentaron las romanas, como son, que las hembras en dicha edad de 12 años, y los varones en la de 14, y no antes, se pueden casar, *l. 6, tit. 1, P. 4*; salen de la tutela, *l. 21, tit. 16, P. 6 (1)*; y pueden hacer testamento, *l. 13, tit. 1, P. 6 (2)*. Los que no han cumplido 7 años se llaman infantes, *l. 1, tit. 7, P. 2*; *l. 4, tit. 16, P. 4 (3)*; y las leyes de los romanos, haciendo uso de los nombres infancia y pubertad, llaman *infantiae proximos* á los que están mas cerca de la infancia que de la pubertad, y á los otros *pubertati proximos*. Y en esto sucede lo mismo que acabamos de decir, de los púberes é impúberes, es decir que, aunque no se hallen estas expresiones en nuestras leyes, sino con relacion á las romanas, se observan los mismos efectos que admitieron estas, cual es entre otros, que los próximos á la pubertad, esto es, segun la expresion de nuestras leyes, los que han cumplido 10 años y medio se reputan capaces de dolo, y por ello deben sufrir algunos castigos, y no los próximos á la infancia, *l. 9, tit. 1, P. 7*; *l. 17, tit. 14, P. 7 y otras (4)*.

5. Segun el estado civil se dividen los hombres en libres, siervos ó esclavos, y aforrados: así lo dice el principio del *tit. 23, P. 4*, añadiendo ser aforrados los que en latin llaman libertos. En los mismos términos se explicó Justiniano en el *princ. de sus Inst. lib. 1, tit.*

(1) Princ. Inst. quib. mod. tut. fin. — (2) L. 5 qui test. fac. pos. — (3) L. 14 de sponsal. — (4) § 18, Inst. de obl. que ex del. nasc.

5. Pero debemos advertir que para la mayor claridad de esta division trimembre, se pueden partir en dos binembres, diciendo que los hombres, unos son libres, y otros siervos ó esclavos; y los libres unos que no han sido siervos, y otros que lo han sido. Las leyes romanas llaman á los primeros *ingenuos* (1), y á estos *libertinos* ó *libertos* (2); pero las nuestras no tienen nombre especial para significar aquellos, y á estos les apellidan *aforrados* ó *forrados*, y al manumitir de los romanos, *aforrar*, l. 11, tít. 22, P. 4 y otras. Sea pues esta la primera subdivision de los hombres libres.

6. Servidumbre, de la que toman nombre los siervos, es *postura é establecimiento que hicieron antiguamente las gentes, por la cual los omes, que eran naturalmente libres, se facen siervos, é se meten á señorío de otro contra razon de natura*, segun la ley 1, tít. 21, P. 4 (3), la cual expresa tambien ser de tres maneras los siervos. La I, los que cogen en la guerra, siendo enemigos de la fe; la II, los que nacen de las siervas; la III, cuando un hombre, siendo mayor de 20 años, se deja vender (4). Y si bien es verdad que en el dia son ya rarísimos en España los siervos, y que se acabarán presto del todo si dura la paz que tenemos con los mahometanos, con todo nos ha parecido notar ligeramente lo que de ellos establecen nuestras leyes.

7. Aunque los que nacen de ambos padres libres, siguen la condicion del padre en cuanto á los honores y fueros del siglo, con todo, cuando uno de los dos no lo es, siguen la de la madre en cuanto á la libertad ó servidumbre. Los hijos pues de la madre libre lo serán tambien, aunque el padre sea siervo. Y basta para esto que lo sea, ó al tiempo de parir, ó que lo hubiese sido

(1) Princ. Inst. de ingen. — (2) Princ. Inst. de libert.

(3) § 2, Inst. de jur. person. — (4) § 4 de jur. person.

algun instante mientras llevase al hijo en el vientre, *l. 2, tit. 21, P. 4* (1).

8. Los amos ó señores pueden hacer de sus siervos lo que quisieren. Pero con todo esto, no los deben matar ni lastimar, porque sin mandamiento del juez no los deben herir de manera que sea contra la razon natural. Y los siervos que fuesen así maltratados pueden quejarse al juez, que debe examinar si es verdad, y siéndolo, vender los siervos y dar el precio á su señor, sin que puedan jamás volver á su dominio, *l. 6, d. tit. 21* (2). Mas cuanto adquiere ó gana el siervo es para su señor, *l. 7, d. tit. 21* (3).

9. Judío, ni moro, ni hereje, ni otro ninguno, que no sea de nuestra ley, no puede haber cristiano ninguno por siervo. Y si cualquier de estos tuviese siervo que no fuese de nuestra ley, si aquel siervo se tornare cristiano, se hace libre por ello luego que se hace bautizar y recibe nuestra fe, sin que recobre derecho en el su antiguo señor, aun en el caso que él tambien se tornase cristiano, *l. 8, d. tit. 21, P. 4*.

10. El título 22 de la *P. 4* trata de la libertad, y su ley 1 dice que es *poderío que ha todo ome naturalmente de facer lo que quiere, solo que fuerza ó derecho de ley ó de fuero non gelo embargue* (4). De los que siempre lo han tenido llamados por los romanos ingenuos, como dijimos, unos están bajo la patria potestad, otros en tutela ó curaduría, y otros del todo independientes de algun otro; de todos los cuales luego trataremos, despues de haber hablado de los aforrados que antes fueron siervos, y de otras divisiones de los hombres libres. Aforrar, á lo que llaman *manumittere* las leyes romanas, es *dar libertad á los siervos*. Lo puede hacer

(1) Princ. Inst. de ingen. — (2) § 2, Inst. de his qui sui vel. al. juris sunt. — (3) 3, Inst. per quas pers. eniq. acq. — (4) § 1, Inst. de iur. pers.

su señor en la iglesia, ó delante del juez, ó en otra parte, ó en testamento, ó sin testamento, ó por carta, *l. 1, d. tit. 22 (1)*.

11. Hay tambien varios casos en que los siervos se hacen forros ó libres sin aforramiento de sus señores, ó por alguna accion gloriosa que hicieron (2), ó en castigo de maldad de sus amos. Se refieren en las *leyes 2, 3, 4, 5 y 6 del mismo tit. 22*. No los expresamos aquí, por considerar ser poco menos que imposible que sucedan en España. En la *l. 7* se establece que aquel siervo, que con buena fe se trata como libre por 10 años en el lugar donde more el señor, ó 20 en otro, ó sin buena fe por 30, sea libre. Y en las cuatro siguientes y últimas del *título* se trata de los derechos que el señor que aforró, llamado en las leyes romanas *patronus*, tiene en la persona y bienes del aforrado.

12. La segunda subdivision de los hombres libres es en nobles y plebeyos. En ella tomamos lata y generalmente la palabra *nobles*, para que comprenda á los nobles en especie, caballeros é hidalgos, sin entretenernos en explicar con separacion estos tres géneros de nobleza y sus diferencias, por ser de poco momento y estar en el dia casi enteramente confundidas. Quien quisiere las puede ver en García Ojalora y otros que han escrito *ex profeso* de este asunto. Solo pues diremos que la nobleza, tomada así generalmente, es *calidad de distincion que, por razon de su estado, eleva al hombre á una clase superior á la regular ú ordinaria de los otros hombres*. Unos la tienen de inmemorial, sin que se sepa cómo y cuándo la obtuvieron sus predecesores, y esta es la mejor, *l. 2, tit. 21, P. 2 al fin*. Otros porque han justificado posesion de 20 años en sí, sus padres y abuelos, al tenor de la famosa *ley de Córdoba*,

(1) § 1, Inst. de libertin. — (2) Tit. C. pro quib. caus. serv. pro præm. liber. acq.

que es la 4, *tít. 27, lib. 11 de la Nov. Rec.* Y otros por declaracion ó privilegio que el rey les ha otorgado.

13. Los privilegios ó exenciones que gozan los nobles á diferencia de los plebeyos, son varios. Los principales se reducen á cinco : I. Franqueza de los pechos ó tributos plebeyos, *l. 3, tít. 2, lib. 6, Nov. Rec.* aun con respecto á los bienes que compraren de pecheros, *l. 1 y 3, tít. 18, d. lib. 6.* Pero sí deben pagar y contribuir en el reparo de muros, cercas, fuentes y puentes, *l. 50, d. tít. 18.* Y de la misma exencion gozan tambien las viudas de los nobles, mientras lo fueren, ó no estuvieren casadas despues con un pechero, y lo mismo las nobles viudas de pecheros, *l. 7, tít. 20, d. lib. 11 (1);* de suerte que al paso que las viudas, mientras lo son, conservan la condicion de nobleza y prerogativas de sus difuntos maridos, recobran su nativa nobleza que perdieron por haberse casado con plebeyo. Con efecto siempre hemos visto que las de los maestros boticarios y de otra profesion han ejercido por medio de criados peritos la facultad ú oficio de sus maridos, cuya costumbre se halla aprobada en los estatutos de diferentes oficios. Pero nuevamente por cédula de 19 de mayo de 1790, *que es la ley 13, tít. 23, lib. 8 de la Nov. Rec.,* ha declarado y mandado el rey que puedan mantenerse en el ejercicio y gobierno de sus tiendas y obradores aquellas mujeres que, muerto su primer marido, que como maestro las gobernaba, se casaren con otro que no lo fuere, derogando todos los estatutos contrarios. Y la gozan asimismo los graduados de doctor, maestro ó licenciado en las Universidades de Salamanca y Valladolid, y colegiales graduados en el colegio de la Universidad de Bolonia, *l. 14, tít. 18, lib. 6, Nov. Rec.;* lo que se extendió á los doctores maestros y licenciados en Teología, Cánones y Medi-

(1) L. viii de senator.

cina de la Universidad de Alcalá de Henares, l. 15, d. tít. 18. II. No pueden ser encarcelados por deudas que deban, salvo si no fueren arrendadores ó cogedores de pechos reales, l. 2 y 15, tít. 2, lib. 6, Nov. Rec. Ni pueden ser prendadas por deudas las cosas de su morada, ni los caballos, ni las mulas, ni las armas de su cuerpo, sin que puedan renunciar estas preeminencias, bajo la pena de diez mil maravedís contra el escribano que en sus obligaciones pusiere estas nulas renunciaciones, l. 13, d. tít. 2, lib. 6 de la Nov. Rec. Este privilegio no tiene lugar, si la deuda viniese de delito ó cuasi delito, porque entonces pueden ser encarcelados, l. 10, d. tít. 2, bien que deberán estar presos en cárcel apartada de la que tienen los pecheros, l. 11, d. tít. 2. III. Ni pueden ser puestos á tormento, l. 2, tít. 30, P. 7; l. 2 y 13, d. tít. 2, lib. 6 de la Nov. Rec. IV. No se les puede condenar á que se desdigan de haber injuriado á otro; pero han de sufrir en su lugar otras penas, l. 1, tít. 25, lib. 12 de la Nov. Rec., como veremos en el lib. 2, tít. 20, n. 16. V. Pueden usar de pistolas de arzon, cuando vayan montados en caballo y en traje decente interior segun la pragmática del año 1761, que es la ley 19, tít. 19, lib. 12, Nov. Rec.

14. Plebeyos ó pecheros son todos los que no son nobles, y suelen decirse *del estado llano*. No gozan de los privilegios que acabamos de referir; pero por lo mucho que trabajan, y lo fuertes y robustos que les hace el trabajo, son el nervio del estado.

15. La tercera subdivision de hombres libres es en eclesiásticos ó clérigos, y legos, l. 2, tít. 23, P. 4. Y de los primeros unos son regulares ó religiosos, y otros seculares. Regulares dice la ley 1, tít. 7, P. 1 son aquellos que dejan todas las cosas del siglo, é toman alguna regla de religion para servir á Dios, prometiéndola de guardar. Seculares por lo contrario son los que no han profesado religion alguna de las aprobadas, y son

llamados por lo comun simplemente *clérigos*. Y adviértase que tambien y con frecuencia por esta voz *seglar* ó *secular* se significa al lego ó no eclesiástico.

16. Dejamos para los canonistas el tratar de los diferentes grados de eclesiásticos que constituyen su gerarquía, y de sus prerogativas y privilegios espirituales ó canónicos; contentándonos con referir los que dicen respecto al gobierno civil en la manera siguiente. 1. Son francos ellos y las iglesias, monasterios y prelados de pagar el derecho de alcabala por razon de las ventas de sus bienes ó trueques por lo que á ellos toca, *l. 8, tit. 9, lib. 1 de la Nov. Rec.*; mas no en lo que vendieren por via de mercaduría, trato y negociacion, *l. 8, d. tit. 9*. Pero no alcanza esta exencion de alcabala ú otros pechos á los clérigos de corona y menores órdenes, si no es que tuvieren beneficio eclesiástico, *l. 7, tit. 10, lib. 1 de la Nov. Rec.*, los cuales, segun esta misma ley, han de ser habidos por legos, á excepcion del privilegio del fuero de que gozan aquellos que tienen las circunstancias que exigió el concilio de Trento, adoptadas en la *ley 6, d. tit. 10*. Y ninguno de aquellos, á quien competa este privilegio, puede por el tiempo que pudiere gozar de él, tener los oficios de juzgado, regimiento ú otros públicos, ahora sean casados ó solteros; sin que valga la dispensacion que hubiere obtenido, que deberá considerarse por obrepticia, y ser obedecida y no cumplida; y lo mismo deberá decirse de los clérigos de menores que hubieren reclamado á los jueces seglares, aunque no obtengan sentencia ni llegue el negocio á ella. Por lo contrario podrán tener dichos oficios los que no pueden gozar del privilegio del fuero en las causas criminales, segun así lo dispone todo la *ley 8, tit. 10, lib. 1, Nov. Rec.*

17. II. Son exentos de las cargas personales, *l. 15, tit. 6, P. 1*, que cuenta entre ellas la de dar alojamiento, la de construccion ó reparacion de muros de ciudades

ó villas, ó llevar para ello cal ó arena; y exime también á sus criados que moran en sus casas. Pero en atencion á que en *esta ley* se dice estar exentos de hacerlo por sí mismos, juzga Greg. Lop. en su glos. 5 que deberán contribuir en dinero, puesto que la *l. 54 del mismo título* expresa estar tenidos á la construccion y reparo de puentes y caminos; bien que á esto no les pueda apremiar el juez lego, sino el eclesiástico. Y la 6, *tít. 9, lib. 1 de la Nov. Rec.* dice en términos generales que deben contribuir y ayudar, saltando Bienes del concejo, en los pechos que son para bien comun de todos, poniendo por ejemplo el de muro, calzada, carrera, fuente ó puente, y la *siguiente 7* pone otro ejemplo en la guarda de pan y viñas. Y si el clérigo no quisiere pagar el tanto proporcional á sus bienes, que se le ha repartido para estos gastos, relativos á cosas que le son útiles, dice Azevedo en dichas *leyes 6 y 7* citando á otros, que puede el juez lego exigirlo ó cobrarlo de los mismos bienes, apoyándolo con una decision de la Chancillería de Valladolid y otra de la de Granada. En caso de necesidad cesan las exenciones, como lo prueba el mismo Azev. en el *coment. de dd. ll.* que es muy digno de leerse (1).

18. De las cargas patrimoniales no hallamos ley alguna que hable expresamente. Pero por quanto *d. l. 6 y la 1 del mismo tít. 9* dicen que están exentos de todo tributo los clérigos, iglesias y monasterios, á excepcion de los expresados en *d. l. 6* que hemos acabado de manifestar, vemos se les considera exentos de todos los demás ordinarios. Y respecto á que esta exencion era muy gravosa para los legos, se celebró *concordato* entre el rey y el sumo pontífice en el año 1737, en el que se determinó que los bienes que adquirieran las iglesias y demás manos muertas eclesiásticas desde

(1) L. 1, C. ut nemin. lic. in empt.

entonces en adelante, estuviesen sujetos á las mismas cargas que cuando los poseian los legos, á excepcion de los destinados á alguna primera fundacion. Pero los de los eclesiásticos particulares conservaron su exencion : la que les da la *ley 3, tít. 18, lib. 6 de la Nov. Rec.* aun en los que compraren de los pecheros.

19. La cuarta subdivision de hombres libres es en vecinos ó moradores, y no vecinos ó transeuntes. *Vecino*, tomada latamente esta voz, significa el que habitó en algun lugar, tenido y reputado por tal, segun la comun estimacion del pueblo, y en este sentido llena la circunstancia de vecino requerida en los testamentos nuncupativos ó abiertos, segun Azevedo en la *ley 1, tít. 5, lib. 7 de la Nov. Rec.* Y á esta clase pertenecen los estudiantes, menestrales y mozos de soldada, respecto de la ciudad en que cursan, aprenden sus oficios ó la ganan. Pero si se toma propia y estrechamente, aquel se dice vecino *que tiene establecido en algun lugar su domicilio ó habitacion con ánimo de permanecer en él.* Este ánimo se presume y reputa probado por el transcurso de 10 años, *l. 2, tít. 24, P. 4; l. 6, tít. 4, lib. 7 de la Nov. Rec. y arg. de la ley 32, tít. 2, P. 3, vers. La setena*, en cuya glosa 12 dice Gregor. Lop. que tambien se prueba este ánimo, que constituye domicilio, sin el transcurso de los 10 años, por hechos que lo manifiestan, poniendo por ejemplo, si uno vende sus posesiones en el lugar A y compra otras en el B, donde transfiere su habitacion. Y mas claramente si fuere recibido en vecino por el comun de algun lugar, dando fiadores de que permanecerá en él 10 años, y sujetándose á las cargas y tributos vecinales, Azev. en *d. l. 1.* Que estos los deben llevar solamente los vecinos, el mismo nombre lo dice, y de consiguiente, que en esto se diferencian de los transeuntes. Y tambien se diferencian en lo honorífico; porque á ellos solos, y no á estos deben darse los oficios de concejo de las

ciudades, villas ó lugares, así como regimientos, escribanías, mayordomías y fieldades, con tal que sean naturales de estos reinos, *l. 6, tít. 4; l. 1, tít. 5, lib. 7 de la Nov. Rec.* Transeuntes son los que viven ó se hallan en algun lugar sin ser vecinos de él.

20. La quinta subdivision de hombres libres es en naturales de nuestros reinos y extranjeros. Natural, segun la *ley 7, tít. 14, lib. 1, Nov. Rec.*, es *aquel que fuere nacido en estos reinos, y hijo de padres que ambos á dos, ó á lo menos el padre, sea asimismo nacido en estos reinos, ó haya contraido domicilio en ellos, y de mas haya vivido por tiempo de 10 años.* Y añade la misma *ley* serlo tambien *aquel cuyo padre nació en estos reinos, y le tuvo fuera de ellos estando ausente por servicio del rey, ó su mandato, ó de paso, sin contraer domicilio fuera, y que esto se entienda tambien en los hijos ilegítimos naturales; pero que en los espúreos han de concurrir en su madre las circunstancias referidas.* Extranjero por lo contrario es *aquel á quien falta alguna de dichas circunstancias.* Solo los naturales pueden tener en España beneficios eclesiásticos ó pensiones sobre ellos, *l. 1, tít. 23, y 7, tít. 14, lib. 1 de la Nov. Rec.* y oficios de alcaldías y regimientos en la ciudades, villas ó lugares, ú oficios ó cargos que toquen á la gobernacion de ellos, *l. 2 y 3, tít. 4 y 5, lib. 7, Nov. Rec.* Y adviértase últimamente que la palabra *naturaleza* no significa siempre en las leyes de las Partidas lo mismo que en la citada *l. 7, tít. 14, lib. 1, Nov. Rec.*, sí que tambien lo mismo que vecindad, como lo convence la *ley 2, tít. 24, P. 4.*

TITULO III.

DEL PODER QUE TIENEN LOS PADRES SOBRE SUS HIJOS.

Títulos 17 y 18, Part. 4 (1).

1, 2. Qué cosa sea patria potestad y modos de constituirse.

3 y 4. De los peculios de los hijos.

5 y siguientes. Modos de salir los hijos de la patria potestad.

1. Dijimos en el núm. 10 del título antecedente subdividirse también los hombres libres, en que unos están en la patria potestad, otros en la tutela, otros en curaduría, y otros independientes de todos. Empezamos á tratar de ellos por los primeros. *Patria potestas* en latín, dice l. 1, tít. 17, P. 4, tanto quiere decir en romance, como *poder que han los padres sobre los hijos*. Añade que lo han los padres sobre sus hijos, é sobre sus nietos, é sobre todos los otros de su linage, que descienden de ellos por línea recta, que son nacidos de casamiento derecho. Pero se ha de advertir estar derogada esta ley en cuanto habla de nietos é inferiores descendientes por la ley 3, tít. 5, lib. 10, Nov. Rec. que establece sea habido por emancipado en todas cosas para siempre el hijo é hija casado y velado; pues según ella no estando el tal hijo en poder de su padre, no pueden estarlo tampoco los que descienden de mismo hijo. Lo literal de dicha ley nos hace creer contra Antonio Torres y Martin Galindo ser necesarias las velaciones de las nupcias, para que tengan fuerza de emancipación.

2. Este poder ó poderío que han los padres sobre los hijos, es solamente sobre los legítimos, l. 2, d. tít. 17, P. 4; y según la l. 4 del mismo tít. se constituye de

(1) Tít. 9, lib. 1 Inst.

cuatro maneras. I. Por el matrimonio que es fecha segun manda la santa Iglesia. II. Si hubiere contienda entre algunos, si eran padre é hijo, y fuese dado juicio acabado que lo eran. III. Si el hijo emancipado por el padre hiciese algun yerro contra el padre, que hubiese de volver á su poder. IV. Por adopcion, que quiere decir tanto como por fijamiento. La II hablando con rigor, mas es modo de probar este poder que de constituirle. No menciona *esta ley* á la legitimacion, sin duda porque la quiso incluir en la I. Y adviértase en explicacion de la III que el yerro del hijo contra el padre ha de ser deshonorándolo de palabras ó de hecho, *l. 19, tít. 18, P. 4*. Pasemos ahora á ver sus efectos, y despues los modos de acabarse.

3. Las leyes antiguas de los romanos mandaban que todo el peculio de los hijos retenidos en el poder de su padre, esto es, todos los bienes que estos hijos tenian y manejaban como suyos, fuesen de sus padres. Pero despues distinguieron varias especies de peculio, estableciendo lo que debia observarse en cada una de ellas, y á este nuevo aspecto se han acomodado las nuestras, y con respecto á ellas decimos que el peculio, el cual no es otra cosa que *pequeño patrimonio que tiene ó maneja el hijo ó el esclavo, separado de los bienes que gobierna el padre ó señor*, es en la persona del hijo de tres especies, profecticio, adventicio y castrense, ó cuasi castrense, *l. 5, tít. 17, P. 4*. Y si quisiéramos dividir el cuasi castrense del castrense, como lo hacen comunmente, y es así, aunque son los mismos sus efectos, diremos que son cuatro.

4. Peculio profecticio es *el que ganan los hijos con los bienes de los padres, ó por razon de sus padres que los tienen en su poder*; y es en todo de los mismos padres. Adventicio se llama *el que gana el hijo por obra de sus manos, ó le viene por donacion, legado ó herencia de su madre, ó de qualquier otro, ó si hallase*

tesoro ó alguna otra cosa. Y de este es la propiedad del hijo, y el usufructo del padre, que debe guardarle y defenderle toda su vida, tanto en juicio, como fuera de él, *d. l. 5 (1).* Y si emancipa al hijo, va á este la mitad del usufructo, y el padre se queda con la otra, si no la remite, *l. 15, tít. 18, P. 4 (2).* Castrense es *el que gana el hijo por razon de la guerra*, ó como suele decirse, de la milicia armada; y cuasi castrense, *el que gana el hijo por razon de la milicia togada*, esto es, por servir á la república de juez, abogado, catedrático y otros oficios semejantes. Estos dos son enteramente del mismo hijo que puede hacer de ellos lo que quisiere, sin tener derecho alguno en ellos los padres ni otro pariente, *l. 6, lib. 7, d. tít. 17, P. 4 (3).* Y adviértase que toda donacion que hace el rey es peculio cuasi castrense del donatario, *d. l. 7 al fin (4).*

5. Veamos ahora los modos de acabarse ó desatarse la patria potestad, que son los cuatro referidos en el *princ. del tít. 18, P. 4.* I muerte natural (5), II destierro para siempre, al que llamaron en latin *mors civilis* (6), III dignidad á que subiere el hijo (7), IV emancipacion, cuando el padre saca á su hijo de su poder á placer de él (8). Y á estas cuatro añade otro la *ley 6 de d. tít. 18* diciendo que por el pecado de incesto pierde el padre el poder que ha sobre sus hijos. Y otro la *ley 4, tít. 20, P. 4* cuando el padre desamparando á su hijo le echa á las puertas de la iglesia, hospital ú otros lugares de misericordia, de donde la piedad de otro le recoge. En cuanto al I la *ley I de d. tít. 18* distingue, como las romanas, entre la muerte del padre y del abuelo, por motivo de que en aquel

(1) § 1, Inst. lib. 2, tít. 9. — (2) D. § 2, Inst. d. lib. 2, tít. 9. — (3) Princ. Inst. lib. 2, tít. 12. — (4) L. 7, C. de bon. quæ liber. — (5) Princ. Inst. lib. 1, tít. 12. — (6) § 3, eod. — (7) § 4, eod. — (8) § 6, eod.

tiempo los hijos no salían de la potestad de sus padres, por casarse; pero como en el día salen en virtud de la *ley 3, tít. 5, lib. 10, Nov. Rec.*, como dijimos arriba al n. 1, no se debe ahora hacer mención, por no ser del caso, de la muerte del abuelo, sí solo de la del padre, por la que se acaba siempre la patria potestad. Solo en el caso de no haber sido veladas las nupcias podría tener lugar la citada distinción de la *ley 1.*

6. Del II modo pone dos especies la *ley 2 de d. tít. 18, P. 4*, de las cuales la una, que es la más pesada, la compara á la servidumbre de la pena de los romanos, y la otra, á la que estos decían *deportación*, que también entre ellos eran modos de extinguir la patria potestad (1). Por uno y otro se toman los bienes al desterrado. Pero si á alguno se le destierra á que vaya á vivir á algún lugar para siempre ó para cierto tiempo, sin quitarle sus bienes, este castigo, al que los romanos llamaban *relegación*, no extingue la patria potestad, *l. 3, d. tít. 18, P. 4* (2). De los encartados, esto es, los pregonados, de no poder entrar en la ciudad ó villa en que eran moradores ó en la tierra de donde son, dice la *ley 4 de d. tít. 18* que se comparan á los deportados, si se les toman los bienes, y á los relegados, si no se les toman.

7. Por lo que respecta al modo III se señalan en la *ley 7 y las siete siguientes de d. tít. 18* doce dignidades que libran al hijo de la patria potestad, con relación al señalamiento que hizo Justiniano en la *novela 81*. De ellas solo conocemos ahora la de obispo y tesorero general del rey, porque las demás están enteramente transformadas en otras nuevas que tenemos, las cuales no pueden decirse las mismas, por lo mucho que discrepan entre sí. Diremos pues atendiendo al espíritu de dichas ocho leyes, que librarán en el día aquellas

1. § 1 et 3, Inst. lib. 1, tít. 12. — (2) § 2, eod.

dignidades que constituyen al hombre jefe real p^{ri}vativo de algun distrito ó cuerpo distinguido.

8. La emancipacion, IV modo de extinguir la patria potestad, es *acto por el cual saca al padre por su voluntad de su poder al hijo que lo consiente*, l. 15, d. tít. 18, P. 4. Se hace la emancipacion presentándose el padre con el hijo ante el juez ordinario (1), y así ambos presentes, debe decir el padre que saca al hijo de su poder, y el hijo consentirlo, d. l. 15. Y si el padre quisiese emancipar á un hijo suyo infante ó ausente, podrá hacerlo con licencia del rey, pero no de otra suerte; y si el ausente es mayor de siete años, es menester que cuando venga lo ortogue ante el juez, l. 16, tít. 18, P. 4. Pero adviértase que ahora está mandado por la ley 4, tít. 5, lib. 10 de la Nov. Rec. para evitar fraudes y perjuicios, que los jueces ordinarios no declaren ni puedan declarar emancipaciones, sin que primero den cuenta al Consejo con los instrumentos de la justificacion y causas de ellas, y que de otra suerte se darán desde luego por nulas.

9. Por lo regular ni el padre puede ser precisado á emancipar á su hijo (2), ni el hijo á ser emancipado, sin que los dos hayan convenido, l. 17, d. tít. 18, P. 4. Pero hay cuatro casos referidos en la ley 18 del mismo título 18 en los cuales puede el padre ser obligado á emancipar. I Cuando el padre castiga al hijo muy cruelmente, sin aquella piedad que debe haber (3). II Cuando prostituye á sus hijas (4). III Cuando admite lo que le dejan en testamento bajo la condicion de emancipar á su hijo (5). IV Si habiendo adoptado á su entenado ó hijastro menor de 14 años, y este salido de esta edad, acudiese descontento de su padraastro al juez para que le mandara emancipar (6).

(1) § 6, Inst. lib. 1, tít. 12. — (2) § 10, eod. — (3) L. ult. si á parent. quis man. — (4) L. 4 C. de Episcop. aud. — (5) L. 62 de cond. et demoust. — (6) L. 32 de adop.

TITULO IV.

DE LOS DESPOSORIOS Y MATRIMONIO.

Partida 4, títulos 1 y 2; y título 2, lib. 10 de la Nov. Rec. (1).

1. Razon del método.
2. Qué cosa sean esponsales.
- 3, 4, 5, 6, 7 y 8. Se refieren varias órdenes reales sobre esponsales.
- 9 y hasta el 17. Del matrimonio y cuanto pertenece á su valor.
17. Del divorcio.
- 18 hasta el 27. De los bienes gananciales.
27. Cosas que no pueden hacer las mujeres sin licencia de sus maridos ó del juez.
28. Administracion de los bienes en los casados que entran en los 18 años.
- 29 y 30. Privilegios de los recién casados.

1. Siendo el matrimonio la causa natural y principal de la patria potestad, nos ha parecido ser este lugar mas á propósito para tratar de él. Y por cuanto le suelen preceder los desposorios, hablar antes muy ligeramente de ellos; porque mas son objeto del Derecho canónico, por cuyas reglas se deciden sus causas en los tribunales eclesiásticos, como lo expresa la ley 7, *tít. 1, P. 4*. Y por ello podrían acudir á los autores canonistas los que desearan mas extension. Sin embargo, hemos creído que el tener un título en la Partida 4 y las varias órdenes reales que nuevamente se han publicado para matener el buen orden, paz y tranquilidad pública y de las familias, exigen que no omitamos su memoria en esta ilustracion.

2. Desposorios ó esponsales, con cuyo nombre canónico los solemos llamar, son *prometimientos que hacen los hombres por palabras cuando quieren casarse*. Así lo

(1) Tit. 10, lib. 1, Inst. tit. 1 et 2, lib. 24.

expresa la *l. 1, tít. 1, P. 4*. Pero debe tenerse presente que lo mismo será, si el consentimiento se manifiesta sin palabras, con señales claras que excluyen toda duda, como es preciso suceda en los mudos, *l. 5, tít. 2, P. 4*. Como por los esponsales se obliga el varón á la mujer, y esta al varón, es preciso que el prometimiento sea mutuo entre los dos con recíproca aceptación (1). Y el que no quiere cumplirles, puede ser obligado á que les cumpla, á pedimento del otro, por el tribunal eclesiástico, *l. 7, d. tít. 1*, á no ser que tenga alguna justa causa para no querer: de las cuales se refieren nueve en la *ley 8 de d. tít. 1*, bien que la séptima no tiene lugar ahora, en que los esponsales de presente ya no constituyen matrimonio, como le constituían en el tiempo en que se formaron las leyes de las Partidas, que por este motivo se entretienen bastante en explicar la diferencia entre esponsales de futuro y de presente, que en el día no están, ó por mejor decir, ya no los hay de presente. Para contraer esponsales basta la edad de siete años, *l. 6, d. tít. 1*.

3. Para cortar los perjuicios que, de llevarse á efecto cualesquiera esponsales, se seguían al honor de las familias y reverencia debida á los padres, con alteración de la pública tranquilidad, se han publicado varias pragmáticas y cédulas. Por *pragmática de 23 de marzo de 1776, que es la ley 9, tít. 2, lib. 10, Nov. Rec.* se manda: 1. Que en adelante los hijos é hijas de familias menores de 25 años, deban para celebrar el contrato de esponsales, pedir y obtener el consejo y consentimiento de su padre, y en su defecto de la madre; y á falta de ambos, de los abuelos por ambas líneas; y no teniéndolos, de los dos parientes mas cercanos, que se hallen en la mayor edad, y no sean interesados ó aspirantes al tal matrimonio; y no habién-

(1) L. 1 de sponsal.

dolos capaces de darle, de los tutores ó curadores : con el bien entendido que , prestando los expresados parientes , tutores ó curadores su consentimiento, deberán ejecutarlo con aprobacion del juez real, ó interviniendo su autoridad, si no fuere interesado ; y siéndolo , se devolverá esta autoridad al corregidor ó alcalde mayor realengo mas cercano. II Que esta obligacion comprende desde las mas altas clases del estado, sin excepcion alguna , hasta las mas comunes del pueblo. III Que los mayores de 25 años cumplen con pedir el consentimiento paterno , para colocarse en estado de matrimonio, que en aquella edad ya no admite dilacion. Pero debe advertirse que en este particular se expidió otra *cédula en 31 de mayo de 1783* en que por punto general se manda que tambien los mayores de 25 años tienen obligacion de obtener el consentimiento paterno. IV Que contra el irracional disenso de los *padres* , abuelos , parientes , tutores ó curadores , en los casos y forma que queda explicada , debe haber y admitirse libremente recurso sumario á la justicia real ordinaria, que se haya de terminar y resolver en el preciso término de ocho dias , y por recurso en el Consejo , Chancillería ó Audiencia del respectivo territorio en el perentorio de 30 dias ; y de esta declaracion no ha de haber revista , alzada ni otro recurso , ahora confirme ó revoque la providencia del inferior.

4. V Que solo puede darse certificacion del auto favorable ó adverso, pero no de las objeciones ó excepciones que propusieren las partes , con perpetua privacion de oficio á los jueces y escribanos , que mandasen dar ó dieren copia simple ó certificada de los procesos formados sobre suplir el irracional disenso de los padres. VI Que se conserve en los Infantes y Grandes la costumbre y obligacion de dar cuenta á S. M. de los contratos matrimoniales que intenten celebrar

ellos ó sus hijos é inmediatos sucesores, para obtener la real aprobacion. VII Que los de las familias llamadas á la sucesion de las grandezas, aunque sea en grados distantes, y las de los títulos hayan de pedir el real permiso en la Cámara, al modo que se piden las cartas de sucesion en los títulos. Y adviértase que tanto en este caso como en el antecedente, es tambien necesario el consentimiento paterno. De las penas en que incurren los que se casan despreciando y atropellando lo expuesto hasta aquí, expresadas en la misma pragmática, hablaremos despues, tratando del matrimonio y sus efectos.

5. Además de esta famosa pragmática han salido diferentes cédulas y circulares sobre el mismo asunto, añadiendo algunas particularidades. En 31 de octubre de 1783, *que es la ley 11, d. título 2, una circular*, por la que se manda: Que ningun alumno de colegios que esten bajo la real inmediata proteccion, pueda ligarse para contraer matrimonio sin licencia de S. M., cuya real resolucion fué extendida por *circular de 31 de agosto de 1784, que es la ley 18 de dicho tit.* á los colegios de mujeres que estan bajo la misma real proteccion, y á los individuos de uno y otro sexo que esten en Universidades, seminarios, colegios ó casas de enseñanza, erigidos con autoridad pública. Y tratándose de si convendria delegar la facultad de conceder la licencia que exigen dichas circular y cédula, se expidió otra cédula en 28 de octubre del mismo año 1784, *que es la ley 13, d. tit.* en que se manda: Que los alumnos de las Universidades, seminarios conciliares y demás colegios no pueden pasar á contraer esponsales, sin que además del asenso paterno prevenido en la citada pragmática del año 1776 tengan licencia, los de los seminarios conciliares de los muy reverendos arzobispos y reverendos obispos; los de las Universidades de los ministros del Consejo encargados de su direccion,

á quienes deban remitir las súplicas ó pretensiones por mano de los rectores de las mismas, con informes de estos ; y los de los demás colegios ó casas de enseñanza de los ministros protectores, si los tuviesen, ó del señor gobernador del Consejo ; delegando para este caso S. M. en todos los referidos su real autoridad ; reservándose las licencias de los colegios militares, seminarios de nobles, y otras fundaciones semejantes del efectivo patronato y de la inmediata real proteccion , tanto de varones , como de mujeres.

6. Otra *cédula* expidió el Consejo, que solo es exhortatoria, en 17 de junio de dicho año 1784, *que es la ley 14, d. tit.* : en ella se exhorta, ruega y encarga á todos los prelados procuren que en sus diócesis y territorios se establezca el método que se practica y observa en el archiprestazgo de Ager en Cataluña, como el que mas se acerca al cabal y exacto cumplimiento de la citada *pragmática del año 1776* y demás reales órdenes que tratan de este asunto y disposiciones canónicas. En la misma se inserta la doctrina y método que dicho archipreste habia fijado, y mandado observar y enseñar públicamente á los fieles de su territorio, reducida á decir : « Que faltan los hijos de familia que » sin el consejo y bendicion de sus padres tratan de » contraer matrimonio, y que estando en pecado mortal, no se les puede admitir á la participacion de los » santos sacramentos, y por ello se los debe dilatar, » hasta haber practicado esta diligencia : Que cuando » se tenia noticia de que el hijo pidió al padre y » obtuvo su consentimiento, se expresaba esta circunstancia en la publicacion de las moniciones, que por » ningun caso se dispensaba en los matrimonios de » esta naturaleza, y tambien se añadia en la partida » que se escribia en los cinco libros, despues de haberse celebrado el matrimonio, siendo cargo de la » visita de dichos libros la omision de ella. »



7. En 23 de octubre del año 1785, *que es la ley 16, d. tit.* se expidió otra *cédula* en que se manda observar: Que los depósitos por opresion, y para explorar la libertad, se expidan por el juez que respectivamente deba conocer segun el recurso; pues si este fuere sobre ser ó no racional el disenso, conocerá el juez real y decretará cuando sea necesario el depósito; y si fuere sobre esponsales, despues de evacuado el juicio instructivo sobre el disenso ante la justicia secular, conocerá el eclesiástico impartiendo para la ejecucion el auxilio del brazo se^glar.

8. *Por otra de 18 de setiembre de 1788, que es la ley 17, d. tit.*, se manda por punto general: Que solo los hijos de familia son los que pueden pedir el consentimiento á sus padres, abuelos, tutores, ó personas de quienes dependan, para contraer matrimonio: Y asimismo, que no se deben admitir en los tribunales eclesiásticos demandas de esponsales celebrados sin el consentimiento paterno contra lo mandado por las citadas pragmáticas y *cédulas*, no debiéndose admitir tampoco por via de impedimento, careciendo de la principal circunstancia, sin la cual no pueden habilitarse para *partir* en juicio, por ninguno de los dos conceptos

9. Y últimamente se publicó en Madrid en 28 de abril de 1803, *que es la ley 18, tit. 2, lib. 10 de la Nov. Rec.*, la siguiente pragmática sancion: El rey se ha servido expedir con fecha 10 de este mes el decreto siguiente: Con presencia de las consultas que me han hecho mis Consejos de Castilla é Indias sobre la pragmática de matrimonios de 23 de marzo de 1776, órdenes y resoluciones posteriores, y varios informes que he tenido á bien tomar, mando que ni los hijos de familia menores de 25 años, ni las hijas menores de 23, á cualquiera clase del estado que pertenezcan, puedan contraer matrimonio sin licencia de su padre, quien

en caso de resistir el que sus hijos ó hijas intentaren, no estará obligado á dar la razon, ni explicar la causa de su resistencia ó disenso. Los hijos que hayan cumplido 25 años, y las hijas que hayan cumplido 23, podrán casarse á su arbitrio sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento de su padre : en defecto de este tendrá la misma autoridad la madre ; pero en este caso los hijos y las hijas adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio un año antes ; esto es, los varones á los 24, y las hembras á los 22, todos cumplidos : á falta de padre y madre tendrá la misma autoridad el abuelo paterno , y el materno á falta de este ; pero los menores adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio dos años antes que los que tengan padre ; esto es, los varones á los 23, y las hembras á los 21, todos cumplidos : á falta de los padres y abuelos paterno y materno, sucederán los tutores en la autoridad de resistir los matrimonios de los menores ; y á falta de los tutores, el juez del domicilio, todos sin obligacion de explicar la causa ; pero en este caso adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio los varones á los 22 años, y las hembras á los 20, todos cumplidos. Para los matrimonios de las personas que deben pedirme licencia, ó solicitarla de la Cámara, gobernador del Consejo ó sus respectivos jefes, es necesario que los menores segun las edades señaladas obtengan esta despues de la de sus padres, abuelos ó tutores, solicitándola con la expresion de la causa que estos han tenido para prestarla ; y la misma licencia deberán obtener los que sean mayores de dichas edades, haciendo expresion, cuando lo soliciten, de las circunstancias de la persona con quien intenten enlazarse. Aunque los padres, madres, abuelos y tutores no tengan que dar razon á los menores de las edades señaladas, de las causas que hayan tenido para negarse á consentir en los matrimonios que intentasen, si fueren de la clase que deben solicitar mi

real permiso, podrán los interesados recurrir á mí, así como á la Cámara, gobernador del Consejo, y jefes respectivos los que tengan esta obligacion, para que por medio de los informes que tuviere yo á bien tomar, ó la Cámara, gobernador del Consejo, ó jefes creyesen convenientes en sus casos, se conceda ó niegue el permiso ó habilitacion correspondiente, para que estos matrimonios puedan tener ó no efecto. En las demás clases del estado ha de haber el mismo recurso á los presidentes de Chancillerias y Audiencias y al regente de la de Asturias, los cuales procederán en los mismos términos. Los vicarios eclesiásticos que autorizaren matrimonio, para el que no estuvieren habilitados los contrayentes, segun los requisitos que van expresados, serán expatriados y ocupadas todas sus temporalidades, y en la misma pena de expatriacion y en la de confiscacion de bienes incurrirán los contrayentes. En ningún tribunal eclesiástico ni secular de mis dominios se admitirán demandas de esponsales, sino es que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por sí mismas segun los expresados requisitos, y prometidos por escritura pública, y en este caso se procederá en ellas, no como asuntos criminales ó mixtos, sino como puramente civiles. Los infantes y demás personas reales en ningún tiempo tendrán ni podrán adquirir la libertad de casarse á su arbitrio sin licencia mia ó de los reyes mis sucesores, que se les concederá ó negará en los casos que ocurran con las leyes y condiciones que convengan á las circunstancias. Todos los matrimonios que á la publicacion de esta mi real determinacion no estuvieren contraidos, se arreglarán á ella sin glosas, interpretaciones ni comentarios, y no á otra ley ni pragmática anterior (1).

10. Basta de esponsales, y pasemos á tratar del

(1) Véase la nota 6, d. tit. 2.

matrimonio, del cual pone una definicion la *ley 1, tit. 2, P. 4*, que nos ha parecido copiar aquí, aunque la consideramos pesada y fastidiosa. Es, dice, *ayuntamiento de marido é de muger, fecho con tal intencion de vivir siempre en uno é de non se departir; guardando lealtad cada uno de ellos al otro, é no se ayuntando el varon á otra muger, nin ella á otro varon, viviendo ambos á dos*. Todo el mundo considera el matrimonio como á contrato; pero además los católicos le consideramos tambien como á sacramento; y observamos con reverencia los efectos que por esta razon le corresponden. Por esto diremos algo de ellos aquí, aunque este asunto pertenece directamente al Derecho canónico, cuyos autores podrán ver los que quieran mayor extension. Y debemos advertir que algunos de estos efectos los podemos tambien considerar civiles en cuanto los aprueban expresamente nuestras leyes, que jamás se apartan de la religion católica.

11. Como el matrimonio es contrato, es necesario el mutuo consentimiento de sus contrayentes, varon y hembra, con la intencion de vivir juntos, y demás que expresa su definicion que hemos dado. De allí es que no pueden contraerle los que no pueden prestar verdadero consentimiento, como los mentecatos ó locos, si no es que teniendo estos intervalos de buena razon, quisieren contraerlo en uno de ellos, *l. 6, tit. 2, P. 4*. Y aunque este consentimiento suele manifestarse por palabras, se puede tambien manifestar suficientemente por señales, y de este modo pueden casarse los mudos, *l. 5, d. tit. 2*. Y por cuanto el error es contrario del consentimiento, faltará este, y por ello el matrimonio, si uno de los contrayentes errase en la persona del otro, pero no si errara en la calidad ó fortuna del otro, y no

en la persona, *l. 10, tit. 2*. Y adviértase ser tan necesario el consentimiento y que sea libre, que si se le sacase á alguno de los que contraen, con miedo ó fuerza que cae en varon constante, seria nulo el matrimonio, *l. 15 de d. tit. 2*, que pone varios ejemplos (1), aunque los demás contratos valen, bien que puede pedirse que se rescindan, *l. 56, tit. 5, P. 5*, y en su glosa 1, Greg. Lop. Y en proteccion de este libre consentimiento manda la *ley 2, tit. 2, lib. 10 de la Nov. Rec.* que si acaeciere que por importunidad diese el rey carta ó mandamiento, para que una mujer haya de casar con alguno contra su voluntad y sin su consentimiento, no valga. Y la siguiente 3 del mismo título : Que ningun Grande, ni personas que tengan vasallos, apremien á ninguna dueña, ni doncella á que se case contra su voluntad con ninguna persona, ni asimismo apremien á los padres y madres de las tales mujeres, para que se hagan los tales casamientos.

12. Ha de tener el varon 14 años y la mujer 12 para que puedan celebrar válidamente este contrato, á no ser que estuviesen tan cercanos á esta edad, que tuvieran proporcion para juntarse carnalmente, porque la sabiduría y poder para harcelo suple la mengua de edad, *l. 6, tit. 1, P. 4*, y como suele decirse, la malicia suple la edad. Y asimismo no ha de ocurrir alguno de aquellos impedimentos que los teólogos llaman dirimientes, los cuales se refieren en la *ley 13 y siguientes de d. tit. 2, P. 4*. A estos pertenecen el error y la fuerza de que acabamos de hablar. Por lo que toca á los restantes, trataremos con alguna extension del que nace de la cognacion ó parentesco, digno de que todos lo sepan, por ser de uso muy frecuente, al paso que el de los demás es rarísimo, y casi toda su

(1) *L. 14, C. de rit. nupt.*

constitucion y origen es canónica ; y por ello los notaremos aquí brevísimamente, remitiendo á los que deseen mas extension á los teólogos que , para facilitar su memoria, los comprenden en aquellos versos latinos :

Error, conditio , vobum , cognatio , crimen ,
Cultus disparitas , vis , ordo , ligamen , honestas ,
Si sis affinis , si forte coire nequibis ,
Si Parochi , et duplicis desit presentia testis ,
Raptave sit mulier , nec parti reddita tutae .

El parentesco ó consanguinidad es *atenencia ó ali-*
gamiento de personas departidas, que descienden de una
raiz, segun la l. 1, tit. 6, P. 4, que explica esta defi-
nición. Si se habla con rigor solo son dos sus especies ;
pero por varias razones y respetos se extienden tam-
bien á las que llamamos meramente civil y á la espi-
ritual, y así son cuatro los parentescos , á saber , me-
ramente natural, meramente civil, mezclado de natural
y civil, y espiritual. Meramente natural es el que nace
de ilícito ayuntamiento , al que pertenecen todos los
que han nacido fuera de legítimo matrimonio. Me-
ramente civil, el que se contrae por la adopcion. Mez-
clado, el que viene de legítimo matrimonio, porque
concurren en él la naturaleza y la aprobacion de la
ley. Y espiritual, el que se contrae por el bautismo o
confirmacion.

13. En el parentesco hay líneas y grados, cuya no-
ticia es necesaria para regular los casamientos y las
sucesiones. Línea es *ayuntamiento ordenado de per-*
sonas, que se tienen unas de otras como cadena, des-
cendiendo de una raiz. O es recta entre personas que
una viene de otra, y se subdivide en de ascendientes
que sube, en la que están el padre, abuelo, bisabuelo,
y dende arriba ; ó de descendientes en que se baja , co-
mo hijo, nieto, biznieto, y de allí abajo. Y la otra de
traveso ó transversal, que tambien se llama latera

ó colateral. Esta empieza en los hermanos, y sigue por grados entre los hijos ó descendientes de uno de ellos respecto de los descendientes del otro. Se llama de travieso, porque de los que están en ella, no desciende uno de otro, aunque todos nacen de una misma raíz ó tronco, *l. 2, d. tit. 6*. Le llamamos tronco por la semejanza con el de los árboles, pues así como de este nacen todas las ramas de los árboles, sucede lo mismo en el parentesco; y de allí es que llamamos también árbol de parentesco al tronco de que tratamos, con sus ramas.

14. Grado no es otra cosa que un escalon ó paso de distancia de un pariente á otro. En la línea recta de ascendientes ó descendientes los cuentan ó numeran de una misma manera el Derecho civil y canónico, esto es, salen en ellos los mismos grados, ó bien diciendo que son tantos estos como las generaciones, ó tantos como las personas quitando una. Así pues, Pedro dista de su abuelo dos grados, porque hay dos generaciones, la una de su abuelo que engendró á su padre, y la otra la de este; ó contando por personas, son estas tres, y quitando una quedan dos. Pero en contarlos en la línea transversal hay notabilísima diferencia entre los dos Derechos; porque según la computacion civil se sube al tronco desde el uno, y despues se baja hasta el otro; y por ello no hay primer grado en esta línea, que debe empezar necesariamente por el segundo, por no poderse verificar subida y bajada de otra manera. Los hermanos, que es de donde empieza esta línea, distan entre sí dos grados, uno de subida de uno de ellos al padre, que es el tronco comun de los dos, y el otro de bajada del mismo padre al otro hermano; y según la computacion canónica, solo se sube, y de allí es que un hermano solo dista del otro un grado. Y adviértase, para la mas completa inteligencia de esta línea lateral, que puede ser

igual ó desigual. En aquella están los que distan igualmente de su comun tronco, como dos hermanos, ó dos primos hermanos; y en la desigualdad el uno dista mas que el otro, como tío y sobrino, y entonces se sube al tronco desde el mas remoto. Si se pregunta, pues, cuántos grados distan Pedro y María, hija de su hermano Juan, responderemos que dos, porque de María á Juan se sube un grado, y de Juan á su padre que lo es tambien de Pedro, y por lo mismo comun tronco de los dos, se sube otro. Segun el Derecho civil distan tres grados, porque, despues de haber subido al tronco, se ha de bajar hasta Pedro. La computacion civil se sigue en las sucesiones, y la canónica en los casamientos, *l. 3, l. 4, d. tit. 6, P. 4.*

15. Del parentesco es una especie de imágen la cuñadez, á la que solemos llamar afinidad, de la palabra latina *affinitas*, y es *alleganza de personas que viene del ayuntamiento del varon y de la muger, l. 5, d. tit. 6.* Nace del ayuntamiento carnal del varon y la mujer, sea ó no lícito. Por él, los parientes del varon se hacen cuñados de la mujer, y los parientes de la mujer, cuñados del marido, en aquel grado en que son parientes, *d. l. 5.* Tambien produce impedimento para el matrimonio. Y asimismo le produce la cognacion civil que nace de la adopcion, en los términos que explica la *l. 7, tit. 7, P. 4;* la que llaman espiritual, que nace del bautismo y de la confirmacion; y el matrimonio rato, y los esponsales válidos. Aunque *d. l. 5* llama cuñados de la mujer á todos los parientes ó cognados del marido, y al contrario; con todo, por el uso comun de hablar, solo llamamos cuñados de la mujer á los hermanos del marido, y de este á los hermanos de la mujer: y si dos hermanos se casan con dos hermanas, los decimos concuñados.

16. En España reconociendo y respetando como a sacramento el matrimonio, seguimos las reglas de la

Iglesia en lo que pertenece á su valor; y segun ellas decimos que es impedimento para que sea válido el parentesco natural ó consanguinidad siempre sin limitacion de grados, si es en la línea recta; y por eso suele decirse que, si Adán viviese viudo, no se podria casar con ninguna mujer, por ser todas descendientes suyas. En la transversal se extiende hasta el cuarto grado inclusive, como suele decirse: lo que tambien sucede en la afinidad, si nace de ayuntamiento lícito; pero si de ilícito, solo llega al segundo. El matrimonio rato y no consumado, y los esponsales válidos, producen el impedimento llamado de pública honestidad, que en aquel llega al cuarto grado, y en estos solo al primero. Y últimamente por la cognacion espiritual hay impedimento entre el bautizante y padrino por una parte, y el bautizado y sus padres por otra; y lo mismo sucede en la Confirmacion. Véase el concilio tridentino, *ses. 24 de reform. matr. cap. 2 y siguientes.*

17. Es tambien impedimento de esta clase, ó dirimente, la condicion que se ponga contra la naturaleza ó fin del matrimonio, *l. 5, tit. 4, P. 4*, que pone los ejemplos. Las otras condiciones torpes que no son de esta naturaleza, y las imposibles de hecho, se tienen por no puestas, y no vician el matrimonio, *l. 6, d. tit. 4*. Lo es asimismo el voto solemne de castidad, esto es, el que hacen los religiosos profesando, y los clérigos ordenándose de epístola, *l. 11, l. 16, tit. 2, P. 4*. Y el delito de homicidio del cónyuge ó adulterio, en los términos que lo explican los teólogos, y se expresan en la *ley 19, d. tit. 2*. Y tambien lo es la disparidad del culto, esto es, si el uno fuese católico y el otro infiel, *l. 15, d. tit. 2, P. 4*. Y lo son tambien el rapto y la impotencia de procrear, *ll. 14 y 16, d. tit. 2*, y la clandestinidad en el modo de celebrar los matrimonios, por establecimiento del concilio de Trento en la *ses. 24 de reform. matr. cap. 1*, en donde declaró nulos los que

llamamos clandestinos, esto es, los que se contraen sin la asistencia del propio párroco, ú otro sacerdote con su licencia, ó del ordinario, y dos ó tres testigos. Y además en nuestra España, todos los bienes de los que faltando á esta regla contraen matrimonio clandestino, y los que intervienen en él, se confiscan, y á todos se impone la pena de destierro de estos reinos; y es causa de desheredacion, como todo lo establece la ley 5, *tít. 2, lib. 10 de la Nov. Rec.*

18. A esto se reduce lo que hemos tenido por oportuno notar aquí en cuanto á la constitucion del matrimonio y su valor. Hablemos ahora de paso de su dissolution ó divorcio, llamado por las leyes de las Partidas *departimiento*, y no es otra cosa que separacion entre el marido y la mujer. Esta puede ser en cuanto al vínculo matrimonial, ó solamente en cuanto á la cohabitacion, que en latin dicen *quoad thorum*. El matrimonio consumado se disuelve por la muerte de uno de los dos cónyuges, *l. 2, l. 5, tít. 10, P. 4*; pero si solo es rato y no consumado, se disuelve tambien por la profesion religiosa de cualquiera de los dos, *l. 5, tít. 10, P. 4*. El divorcio ó separacion, en cuanto á la cohabitacion de los casados, tiene lugar por la sevicia ó trato cruel del uno contra el otro, y otras causas.

19. Pasemos ahora á los efectos civiles del matrimonio, cuyo conocimiento es peculiar y privativo de los jueces seculares; y habiendo dicho antes ser uno de ellos el poder que tienen los padres sobre sus hijos, decimos ahora ser el mas famoso en España la adquisicion para ambos cónyuges por mitad de lo que ganare cada uno de ellos durante el matrimonio: la que no conocieron las leyes romanas. Este asunto ocupa todo el *título 4 del lib. 10 de la Nov. Rec.* que tiene once leyes, cuyas doctrinas, y lo que contemplamos deberse decir sobre ellas, vamos á notar. Ante todas las cosas debe tenerse presente que los bienes que han

marido y mujer, son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente, como expresamente lo dice la *ley 4 de d. tít. 4*, aprobando la costumbre que antes habia de hacerse así. Se presumen pues comunes, si no se probare lo contrario. Y por ello, para obviar dificultades y perjuicios aconsejan Gomez en la *ley 53 de Toro, n. 70*, y otros autores, que al tiempo de contraerse el matrimonio se otorgue pública escritura, por la que conste qué bienes tenia entonces cada uno de los contrayentes.

20. Como la comunión de bienes entre los cónyuges nace del matrimonio, y dura mientras este por beneficio de la ley, debe decirse que el matrimonio incluye una sociedad legal entre ellos, algo diferente de las demás sociedades regulares, como veremos. La *l. 1 de d. tít. 4* parece exigir para que exista esta sociedad la cohabitación de los cónyuges, por aquellas palabras *estando de consuno*, ó como dice la *ley 205 del Estilo*, hablando del marido, *estando en uno con su muger*. Y si esto fuese así, debería decirse que cesaba esta sociedad y comunión de bienes, por la larga separación de los cónyuges, como por ejemplo, si el marido partia á la América, y se detenía allí algún tiempo para comerciar. Pero lo contrario sientan nuestros autores Azevedo, Matienzo y García, fundados en que la *ley 5 del mismo tít. 4*, declarando las *leyes del Fuero y del Estilo*, dice *durante el matrimonio*: cuyas palabras puestas en declaración de las arriba citadas hacen ver que estas no deben tomarse con estrechez, sí que solo significan que debe permanecer entre los cónyuges la unión que abrazaron por el matrimonio. Y en el caso de que por divorcio viviesen separados los cónyuges, juzgan los mismos autores que aquel que dió causa al divorcio libra al otro de sí; pero no se libra él del otro, como sucede en la calidat ó maliciosa renunciación de la sociedad establecida por contrato. Y

hay tambien dos casos en que, durante el matrimonio, cesa esta sociedad, en les son, si la mujer hubiera renunciado á ella, *l. 9, d. tit. 4*, y si los bienes de uno de los cónyuges hubiesen sido confiscados, *l. 10 del mismo tit. 4*, en el cual dura la sociedad hasta la sentencia declaratoria de la confiscacion, quedando al cónyuge inocente entera la mitad de los bienes ganados hasta entonces. Y pierde tambien su mitad á beneficio de los herederos de su marido la mujer que, siendo viuda, viviere lujuriosamente, *l. 5, d. tit. 4*.

21. Piensan por lo comun nuestros intérpretes que en el caso de que, muerto un cónyuge, continúen sus herederos en vivir en comunion de bienes con el supérstite, se entiende tácitamente continuada esta sociedad. Pero siempre no ha parecido mejor la contraria opinion de Matienzo, por ser muy sólidas las razones en que se funda. I Que, disuelto el matrimonio, cesa la razon que la introdujo. II Que siendo esta sociedad especial, que se desvía algo de las demás sociedades regulares, es de estrecha interpretacion, y no debe ampliarse. III Que no viniendo esta sociedad de la convencion ó voluntad de las partes, como las otras, sino de la sola ley, es arriesgado extenderla presumiéndola renovada á pretexto de un tácito consentimiento. Creemos pues que en el caso de la cuestion no debe entenderse renovada ó continuada esta sociedad, sino contraida otra nueva de los bienes que ganaren los contrayentes, bastante diferente de esta, como veremos tratando del contrato de sociedad: la cual puede contraerse tácitamente, como allí diremos.

22. No son objetos de esta sociedad los bienes que tenian los cónyuges antes de contraer el matrimonio, pues quedan privativamente propios de aquel de quien eran antes, *l. 3, d. tit. 4*. Ni tampoco las herencias ni donaciones que se hicieren al marido ó á la mujer, que solo las gana para sí aquel á quien se dejaren ó

dieren, *l. 5, d. tit. 4*. Ni los bienes castrenses y oficios reales, si no es que fueren ganados á costa comunal de ambos, *d. l. 5, lib. 2, d. tit. 4*. Y lo mismo decimos de las donaciones remuneratorias, esto es, que las adquiere solo el donatario, si se le hicieron en contemplacion de servicios propios suyos; y que entra en la compañía, si fueron hechas por servicios de los dos como lo prueba Gutier. *pract. quest. 119*. García de conjug. *ac quest. n. 125* quiere que indistintamente pertenezcan á la sociedad; y al contrario que nunca, Matienzo *en d. l. 2, glos. 6.*, cuya opinion se podrá seguir en caso de duda, porque sobre ser bastante conforme á la ley, es expedita.

23. Pertenecen pues solamente á esta sociedad aquellos bienes que cualquiera de los cónyuges ha comprado ó ganado por otro título con su trabajo ó industria, *l. 1, d. tit. 4*, y los frutos y rentas de los bienes y oficios de cada uno de ellos, aunque provengan de bienes de uno solo; y de consiguiente si al marido le dejan una herencia, será esta de él solo; pero los frutos que ella produjere, de los dos, *d. l. 3 y 5, d. tit. 4*; de cuyas leyes infiere Gutierrez, Azevedo y otros, que los estipendios y salarios que gana el marido, juez, abogado ó médico, son comunes entre marido y mujer, por ser frutos civiles de estos oficios, y segun *d. l. 5* pertenecen á esta sociedad los frutos y rentas de cualesquiera oficios. Y adviértase que no solo entran en esta sociedad los frutos percibidos, sino tambien los pendientes. En los árboles y viñas es menester que aparezcan; pero en cuanto á sembrado: entran hasta las impensas hechas en barbechar para sembrar, como lo dispone la *ley 10, tit. 4, lib. 3 del Fuero real*, recibida en la práctica, segun Matienzo *en la d. l. 3, glos. 1*, y Gomez *en la 53 de Toro, n. 71*. Y asimismo pertenecerán á esta sociedad y serán de ambos los aumentos ó mejoras de los bienes de cualquiera.

de ellos que provengan de su industria ó trabajo ; pero no aquellos que hayan venido sin trabajo , por solo el beneficio del tiempo , porque estos siguen en un todo la naturaleza de los mismos bienes de que son aumentos ; y lo mismo sucederá en cualquier aumento natural , como si al campo del marido se le hubiese añadido algo por aluvion . Y segun esta doctrina , que admiten como cierta nuestros autores Covarrubias, Gomez , Matienzo , el aumento que tuvo en el año 1779 , que es la ley 18 , tít. 17 , lib. 9 de la Nov. Rec. la moneda de oro , fué del dueño de ella tan solamente . Si el marido hubiese mejorado una casa ó campo suyo , plantado viñas ó árboles , no tendrá la mujer derecho á porcion alguna del campo , ni á la mitad de lo que mas vale el campo , sino solo á la mitad de lo que se gastó en mejorarle , como lo prueba bien Febrero en sus *Cinco juicios* , lib. 1 , c. 4 , § 3 , n. 74 . Y por lo mismo será tambien todo el campo de la mujer , si fuere suyo . Ni tampoco tiene derecho á las mejoras hechas en las cosas de mayorazgos , porque todas ceden al mismo mayorazgo , como veremos en el lib. 2 , tít. 6 , n. 33 . Si uno de los cónyuges adquiere alguna cosa por derecho de retracto , será de él solo , porque solo en él concurren los requisitos de retracto ; pero tendrá el otro derecho á la mitad del precio que costó , Molin. de just. et jur. disp. 433 ; Gom. en la ley 70 de Toro , n. 28 . Será asimismo de solo el cónyuge permutante la cosa que adquirió dando en permuta otra suya , porque aquella subrogada en lugar de esta , se juzgará una misma con ella . Solo tendrá el otro derecho á la mitad de las vueltas , si las dió el permutante ; porque en cuanto á ellas hubo adquisicion . Si se comprare alguna cosa con dinero que era de uno solo de los cónyuges , será comun , con derecho en el comprador de sacar del cúmulo de gananciales para sí , el precio que dió por ella , l. 11 , tít. 4 , lib. 3 del Fuero real . Molin. en d. : disp. 433 ; Gutier. lib. 2 , pract. quest. 117 ; Ma-

tienzo en la ley 1, *tít. 4, lib. 1 de la Nov. Rec. glos. 2.*

24. El dominio de los bienes adquiridos durante el matrimonio, á los que solemos llamar *gananciales*, es comun por mitad del marido y la mujer, *l. 1 y 4, d. tít. 4*, sin atenderse á que uno haya llevado al matrimonio mas caudal que el otro, *l. 3, d. tít. 4*. Y prueba latamente Matienzo que esta comunión de bienes se entiende en cuanto al dominio y á la posesión. Pero advierten Covarrubias y Azevedo que el dominio y posesión en cuanto á la mujer son *in habitu*, y no *in actu*, como suele decirse, pasando al acto por la disolución del matrimonio, y que solo el marido le tiene durante este *in actu*; y de allí viene que solo él puede enajenar estos bienes mientras durare el matrimonio, sin el consentimiento de la mujer, valiendo la enajenación, si no es que se probare haberla hecho con ánimo de defraudar ó perjudicar á la mujer, *d. l. 5, tít. 4*. Y por cuanto esta ley, para que no valga la enajenación, exige expresamente este mal ánimo, allí: *Por defraudar ó damnificar á la mujer*, convienen casi todos nuestros intérpretes, ser válidas las enajenaciones que sin este ánimo hiciese el marido, jugando ó viviendo viciosamente, Gomez, Gutierrez, García de conjug. *acq. n. 66* en donde responde á los argumentos de Ayora, que pensó de otra manera; y se sueltan bien con lo que acabamos de decir. Y si bajo la potestad de enajenar que compete al marido, se comprende la de dar, lo disputan nuestros autores, afirmándolo Antonio Gomez con otros, y negándolo otros con Matienzo. En cuya cuestión nos parece bien la sentencia media, que defienden Molina de *Hispan. primog. lib. 2, cap. 10*, y Gutierrez *lib. 2 pract. quest. 121*, de que puede el marido hacer donaciones moderadas; mas no copiosas y sin causa, que disipan el patrimonio.

25. Esta potestad de enajenar que concede la ley al marido está limitada á las enajenaciones entre vivos,

como rectamente advierte Azevedo, fundado en las palabras de la misma *ley* 5, allí: *Que los pueda enajenar el marido durante el matrimonio; y mas abajo: y que el contrato de enajenamiento vala.* No puede mas el marido disponer en su testamento de la mitad de los bienes gananciales que pertenecen á la mujer; si que por lo contrario, disuelto el matrimonio por la muerte del marido, conseguirá esta la libre administracion de dicha mitad, pudiendo disponer de ella de la misma suerte que de sus demás bienes libres, sin obligacion de reservar en su razon cosa alguna, ni en la propiedad, ni en el usufructo, para los hijos que tuviere de otro matrimonio que hubiese contraído antes, como expresamente lo establece la *ley* 6 de *d. tít.* 4, y en su consecuencia, si el marido legare algo a su mujer, esta tendrá el legado, sin disminucion de la mitad, *l. 8, d. tít.* 4.

26. Puede la mujer renunciar el derecho que tiene a la mitad de los gananciales; y si lo hiciere, no es obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiere hecho durante el matrimonio, *l. 9, d. tít.* 4. Que pueda hacer esta renuncia antes y despues del matrimonio, ninguno lo dificulta; pero con respecto al tiempo en que este consta, hay diversidad de opiniones. La mas comun, que defienden el Sr. Covar. de *matrim. par.* 2, *cap.* 7, *n.* 14; Ant. Gom. en la *ley* 60 de *Toro* (*d. l.* 9); Gutier. *lib.* 2, *pract. quest.* 126; Matienzo y otros muchos, es que tambien puede hacerla entonces, porque además de hablar la ley generalmente, usa de las palabras: *marido*, *mujer*, que propriamente se dicen constando el matrimonio, como advirtió Azevedo en *d. l.* 9, y satisfaciendo que, siguiendo la contraria, dicen Greg. Lop. en la *gl.* 3 de la *l.* 5, *tít.* 11, *P.* 4, y Molin. de *just. et jur. disp.* 435, que las donaciones entre marido y mujer están prohibidas, diciendo no estarlo aquellas en que el donante no se hace

mas pobre, aunque el donatario, que aquí es el marido, se haga mas rico, como lo expresa *d. l. 5, tit. 11*. Y porque el dominio que adquiere la mujer, no es irrevocable, sino revocable dependiente de la enajenacion que puede hacer el marido, y por ello el renunciarlo es mas no adquirir que dar, como prueba *Gom. en d. l. 60*, inclinamos algo mas á esta opinion afirmativa; pero debemos confesar ser de tanto peso las otras razones de la contraria, que casi pueden considerarse las dos por igualmente probables; y juzgamos que, cuando ocurra el caso, debe decidirlo el juez por la negativa, si hallare por el exámen del hecho que para otorgar la renuncia hubo seducccion, amenazas ó cualquiera otro engaño de parte del marido; y por la afirmativa, si nada de esto hallare, ó en caso de duda.

27. En toda sociedad, para liquidar las ganancias, se sacan primero las cargas; y de consiguiente siéndolo de esta conyugal la de dar dote á las hijas y hacer donaciones *propter nuptias* á los hijos, como que nace del mismo matrimonio; de allí viene que las dotes y donaciones deben sacarse de los gananciales. Y esto tiene lugar no tan solamente cuando ambos cónyuges prometieren dotar ó hacer estas donaciones, sino tambien cuando el marido solo. Si los bienes gananciales no bastaren, pagará cada cónyuge por mitad de sus bienes propios lo que faltare, si prometieron los dos; pero solo el marido, si él solo hubiese hecho la promesa, *l. 4, tit. 3, lib. 10 de la Nov. Rec.* Cuya sentencia de esta ley la extienden nuestros intérpretes al caso en que, muerto el un cónyuge, lo prometese el supérstite: y con razon, porque estas dotes y donaciones siempre son carga de esta sociedad, que disminuyen sus ganancias. Azevedo, Matienzo, Covarrubias. Gomez en la ley 53 de Toro siente lo contrario con razones que se sueltan bien por lo que acabamos de decir.

28. Otros efectos civiles del matrimonio á beneficio

de los maridos, relativos á sus mujeres, se hallan establecidos en varias leyes del *tít. 1, lib. 10 de la Nov. Rec.* y en la 7, *tít. 2, lib. 10, Nov. Rec.* cuales son: I Que ninguna mujer pueda sin licencia de su marido, mientras durare el matrimonio, repudiar ninguna herencia que le viniese por testamento ó abintestato, ni aceptarla sino á beneficio de inventario, *l. 10, tít. 20, lib. 10 de la Nov. Rec. (54 de Toro)*. II Que tampoco puede celebrar contrato alguno, ni apartarse de los contraidos, ni dar por libre á nadie de él; ni hacer cuasi contratos; ni estar en juicio haciendo ó defendiendo; y si estuviere por sí ó por su procurador, que nada valga de lo que hiciere, *l. 11, tít. 1, lib. 10, Nov. Rec. (55 de Toro)*. III Que el marido pueda dar licencia general á su mujer para contraer y para hacer todo aquello que no podia hacer sin su licencia; y que si el marido se la diere, valga todo lo que su mujer hiciere por virtud de la dicha licencia, *l. 12, d. tít. 1 (56 de Toro)*. IV Que el marido pueda ratificar lo que su mujer hubiere hecho sin su licencia, ahora sea la ratificación general ó especial, *l. 14, d. tít. 1 (58 de Toro)*. Y adviértase en complemento de este asunto que el juez, con conocimiento de causa legítima ó necesaria, puede compeler al marido que dé licencia á su mujer para todo aquello que ella no podia hacer sin licencia de su marido; y si compelido no se la diere, el juez se la puede dar, *l. 13, d. tít. 1 (57 de Toro)*. Y que asimismo la puede dar con conocimiento de causa, en el caso de estar el marido ausente, y no esperarse de próximo su venida, ó correr peligro en la tardanza, valiendo todo lo hecho de licencia del juez como si el marido la hubiera dado, *l. 15, d. tít. 1 (59 de Toro)*. V Que el marido en entrando en los 18 años pueda administrar su hacienda y la de su mujer si fuere menor de edad, *l. 7, tít. 2, lib. 10 de la Nov. Rec.*

29. En vista de esta *l. 14* establecida en el año

1623 han suscitado los intérpretes las siguientes cuestiones. I Si los casados de 18 años conservaran hasta cumplir los 25 el beneficio de la restitucion *in integrum*, en el caso de haber padecido daño por su administracion. II Si hasta dicho tiempo gozarán del privilegio de tener caso de corte. III Si podrán intervenir en juicio por sí mismos sin que intervenga por ellos curador *ad litem*. IV Si podrán enajenar sus bienes raíces, sin decreto del juez. En las cuatro nos parece muy bien la sentencia de Vela, que en su *disert.* 5 resuelve afirmativamente las dos primeras, y negativamente las otras dos. Se funda principalmente en una razon sólida general, extensiva á las cuatro, á saber, que por haberse establecido *esta ley* para favorecer á los casados, debe interpretarse en utilidad suya en todos los casos de duda. Y quedará al mismo tiempo libre el casado que entró en los 18 años, de su curador que tuviese antes, como lo prueba bien el mismo en *d. disert.* 5, *n.* 2, y en la 6, *n.* 43, manifestando cuan útil le es.

30. Esta misma *ley* 7, que concede la facultad de que acabamos de hablar, hace tambien otras concesiones expresando hacerlas todas para facilitar la frecuencia del matrimonio, del cual deben considerarse frutos, y por ello las anotaremos aquí. Son: I Que los cuatro años siguientes al día en que uno se casare sea libre de todas las cargas y oficios concejiles, cobranzas, huéspedes, soldidos y otros. II Que los dos primeros años de estos cuatro, sean libres de todos los pechos reales y concejiles, y de la moneda forera (si acertare á caer en ellos). Cornejo en su *Diccionario histórico y forense del Derecho real de España* explica lo que es moneda forera, y añade haberse extinguido este tributo en el año 1724, y Retes en el *lib.* 7, *cap.* 4. de sus *opúsculos*, explana latamente dicha *ley* 7. Hay tambien en esta otros privilegios concedidos por razon

de tener alguno muchos hijos; pero de estos nos parece mas oportuno tratar cuando hablemos de las excusas de la tutela y curaduría.

31. Y es tambien efecto civil del matrimonio el que pueda ser desheredado el que lo contrae contra la prohibicion de la famosa pragmática del año 1776, de que hemos hablado arriba *nn.* 3 y 4.

TITULO V.

DE LAS DOTES, DONACIONES, ABRAS Y OTRAS DONACIONES ENTRE MARIDO Y MUJER.

Tít. 11, P. 4; Tít. 3, lib. 10 de la Nov. Rec. (1).

1. Qué sea dote, y cuando puede constituirse.
2. Division de la dote en adventicia y prolecticia.
- 3, 4 y 5. Division de la dote en estimada é inestimada.
6. Cuando se dan en dote ganados, ó cosas que constan de peso, número y medida.
- 7, 8 y 9. Division de la dote en necesaria y voluntaria.
10. Cantidad y tasa de las dotes.
11. De los frutos de las dotes.
12. Cuando puede enajenarse la dote.
- 13 y 14. Cuando puede restituirse la dote.
15. De los bienes extradotales ó parafernales.
- 16 y siguientes. De las otras donaciones entre marido y mujer, ó entre esposos.

1. Como apenas hay matrimonios sin dote, y son tambien muy frecuentes en ellos las donaciones y arras, el tratar de esto debe considerarse como apéndice del tratado del matrimonio; y por ello nos ha parecido conveniente hablar aquí de este asunto. Dote es *el algo que da la muger al marido por razon del casamiento*, l. 1, tít. 11, P. 4, esto es, donacion, ó á manera de donacion que la mujer ú otro por ella da al

(1) Tít. 3 et seq. lib. 23; et tít. 1 et seqq. lib. 24, Digest.

marido para ayuda de sostener las cargas del matrimonio, y se reputa propio patrimonio de la mujer; y tanto antes de contraerse el matrimonio como despues de contraido, puede constituirse y aumentarse, *d. l. 1.*

2. Se divide en primer lugar la dote en adventicia y profecticia: Es adventicia *la que da la mujer por sí misma de lo suyo á su marido, ó la que da por ella su madre, ó algun otro su pariente que no sea de la línea derecha, ó algun extraño.* Profecticia se llama *la que sale de los bienes del padre, ó del abuelo, ó de los otros, que suben por la línea derecha.* Así lo explica la *ley 2 de d. út. 11.* Y adviértase con Gregorio Lopez que en la definicion de la profecticia, por línea derecha, se entiende la varonil ó paterna, como en el Derecho romano lo explicó la glosa, comentando la *ley 5 de jure dotium*, que habló en los mismos términos. Ahora que por el matrimonio salen los hijos de la patria potestad, el efecto de esta division solo es que, cuando el padre dió la dote, la lleva la hija á colacion en la division de los bienes paternos; y si la madre, en la de los maternos. Si la da un tercero ó la constituye la misma mujer, se hace por la restitution propia de ella; sin respeto ni limitacion alguna, sino es que dándola alguno que no fuese su padre ó madre, pusiese algun pacto de reversion que deberia guardarse, *l. 30, d. út. 11 al fin.*

3. En segundo lugar se divide la dote en apreciada ó estimada, y no apreciada ó inestimada. Estimada será, si el que la da dijese: doy en dote tal casa ó tal viña, y la aprecio en cien pesos; é inestimada, si simplemente dijere: doy tal casa ó tal viña, *l. 16, d. út. 11.* El modo ordinario de darse las dotes en el dia es diciendo: doy en dote mil pesos en los bienes siguientes; en tal pieza de ropa justipreciada en 50 pesos, en tal en 40, en tal casa en 500, y tal campo en 410;

y cuando así se hace, no hay duda que es estimada, porque lo que se da es la cantidad, y el señalamiento de bienes pertenece solo al cumplimiento ó ejecución de lo que se da. A las veces se expresa precio, y sin embargo la dote no es estimada, como luego veremos.

4. El dominio de las cosas dotales pasa al marido, sin distincion de ser la dote estimada ó inestimada, *l. 7, d. tñ. 11*. Pero llegado el caso de haberse de restituir por la disolución del matrimonio ó alguna otra causa, la hay muy grande. Porque si fué inestimada, se deben restituir las mismas cosas que se dieron, y el pro ó daño de haberse mejorado ó empeorado pertenece á la mujer; cuando por lo contrario es del marido, si hubiese sido estimada, *l. 18, d. tñ. 11*. El Derecho de los romanos, que estableció lo mismo, señaló la razon en este segunda caso en la *ley 10, § 4 y sig. de jur. dot.* de que en él hay verdadera vendicion; es decir que **la mujer vende al marido las cosas que da en dote**; y de consiguiente el marido solo es deudor del precio ó estimacion que se da á las cosas, y por lo mismo le pertenece el aumento, disminucion ó extincion de ellas. Esta razon la aprueban y siguen nuestros intérpretes; y por quanto alguna vez se da á las cosas dotales estimacion, sin ánimo de que resulte vendicion, si solo con el fin de que conste de su valor, para saberse quanto debe restituir el marido; si debiendo restituir las en especie, no puede hacerlo por culpa suya, lo examina latamente el señor Covarrubias en el *cap. 28 de sus cuestiones prácticas*; distinguiendo en muchos casos cuando la estimacion hace ó no hace vendicion; y cuando no la hace, se reputa la dote inestimada, y se sigue en su restitucion la regla de las inestimadas que acabamos de sentar, de que deben restituirse las mismas cosas, y han de abonarse al marido las impensas que en ellas hubiese hecho, en quanto las mejora, haciéndolas de mayor renta; pero no las voluntarias que

no sirvieron de mejorarlas, *l. 32, d. tit. 11, P. 4*. Pero si en el matrimonio hubiere ganancias, deberán gobernarse las ganancias ó mejoras que proceden de las impensas que hizo el marido, por lo que dijimos en el *título antecedente, n. 22*.

5. Sucede algunas veces que estimándose las cosas dotales en la constitucion del dote, se pacta deberse restituir, ó las cosas mismas, ó su estimacion. Si así se hiciere, añadiéndose que el derecho de escoger fuese de la mujer, seria suyo, perteneciéndole las mejoras ó detrimento de las cosas si las escogia; y lo mismo debe decirse, si al marido se le hubiese dado la eleccion y escogiere restituir las cosas, *l. 18, l. 19, d. tit. 11* lo que tambien se debe guardar si, establecida la alternativa, á ninguno de los cónyuges se dió la facultad de escoger; porque entonces tambien seria del marido el derecho de escoger, como advierte Gregor. Lop. en la *glos. 7 de la l. 18*, porque la eleccion es del deudor, que lo es aquí el marido (1). Pero si siendo la eleccion de la mujer, escogiese la estimacion, ó siendo del marido, no quisiere dar las cosas, es claro, y lo comprueba el contexto de estas *dos leyes*, que el pro ó el daño seria de este: de suerte que en todos los casos el daño ó pro de las cosas dotales es de aquel cónyuge en quien pararan por eleccion suya, ó del otro. Y adviértase como cosa singular en el particular de estimacion de dotes que, si se sintiere engañado alguno de los cónyuges por haber sido mas alta ó baja de lo que correspondia, puede siempre pedir que se le resarza el perjuicio y desbaga el engaño, sea cual fuere, cuando en las ventas regulares solo compete este beneficio siendo el engaño en mas de la mitad del justo precio, *l. 16 del. tit. 11, (2)*.

6. Si se hubieren dado en dote ganados no apreciados, el pro ó daño acaecido en ellos seria de la mujer, por

(1) *L. 10, § ult. de jur. dot.* — (2) *L. 6, § ult. l. 22, § 1, cod.*

lo que hemos dicho arriba *n. 4*. Pero se debe advertir que, si muriesen algunas reses, ha de restituir el marido otras tantas en lugar de ellas, nacidas de las que le dieron, *l. 21, d. tit. 11*. Si lo dado fuese cosa que consta de p^éso, número ó medida, esto es, que de esta manera está en el comercio y uso de los hombres, debe el marido restituir otro igual tanto de la misma calidad, *d. l. 21 (1)*.

7. Se divide en tercer lugar la dote en necesaria y voluntaria. Necesaria es la que da el padre, y el abuelo y bisabuelo paterno en su caso y lugar, como luego veremos, *l. 8, d. tit. 11*, y cualquier otro, que por haberla prometido, *l. 10, d. tit. 11*, puede ser apremiado á darla. Voluntaria es la que da la madre, ú otro por su voluntad, *d. l. 8*. Es necesaria la que da el padre, porque si no quisiere darla á la hija que tiene en su poder, puede ser apremiado á que la dé, aun en el caso que la hija no fuese pobre, segun lo expresa la misma *ley 8*. Y si se objetara que el padre no tiene obligacion de dar alimentos á la hija rica, responderíamos no valer la paridad de alimentos á dote, porque aquellos solo se dan para poder subsistir el que los recibe; pero la dote se da para que la hija pueda encontrar con mas facilidad buen marido, y contribuir al alimento y crianza de sus hijos.

8. Y tambien pueden ser apremiados el abuelo y el bisabuelo paterno á favor de la nieta ó biznieta que tuvieren en su poder, si fuese pobre. Así lo dispuso la citada *ley 8 de d. tit. 11. P. 4* en tiempo en que los hijos no salian, por casarse, de la patria potestad, y por ello se veia con frecuencia estar los nietos en la potestad de los abuelos, en los mismos términos en que lo prevenian las leyes romanas. Pero como salen en el dia, segun dijimos arriba, por Derecho mas re-

(1) L. 42 de jur. dot.

hiente establecido en la *ley 3, tit. 5, lib. 10 de la Nov. Rec.*, juzga con razon Gregor. Lop. en la *glosa 4 de d. l. 8, tit. 11, P. 4* que tendrá hoy lugar la obligacion de dotar en los padres y abuelos paternos sin el requisito de la patria potestad. Y del mismo dictámen es el señor Covarrubias, puesto que en la *part. 2 de matrim. cap. 8, § 6, n. 15* defiende estar obligado el padre á dotar á la hija natural y aun á la espuria, bien que sin exceder los límites de lo que le puede dejar; y en estas es bien seguro no tener patria potestad. Creemos que el haberse hecho mencion de la tal potestad en *d. l. 8, tit. 11, P. 4* fué porque entonces era regular concurrir esta circunstancia; pues si bien se considera, es mas natural que civil la causa de esta obligacion en el padre, como reconocen todos los autores, y abiertamente Covarrubias en el *lugar citado*.

9. Dijimos en el *n. 7* ser voluntaria la dote que la madre da á su hija, porque lo hace por su voluntad sin poder ser apremiada á ello, como se dice en las *leyes 8, y 9, d. tit. 11, P. 4*. Solo un caso se pone en esta *ley 9* en que está obligada á dárle, y es cuando es hereja, judía ó mora, y la hija cristiana católica. Otro señalan algunos autores, cuando la madre es rica y el padre pobre, ó no se sabe quien es el padre. Así lo dictan la equidad y pública utilidad; mas no hemos podido hallar ley que lo apoye. Pero observamos que *d. l. 9* manda expresamente que cualquier hombre que tenga en su poder ó guarda alguna manceba, con todo lo suyo, que fuese ya en edad para casar, puede ser apremiado á que la case, y que le establezca dote segun fuese la riqueza de ella, y la nobleza de aquel con quien la casa.

10. La cantidad de la dote debe regularse por la de los bienes ó riqueza del padre; y así está tasada en las *leyes 5 y 6, tit. 2 y 28, lib. 10 y 12 de la Nov. Rec.* Y hay además otra tasa en dicha *ley 5*, y es que nin-

guno pueda dar ni prometer por vía de dote ni casamiento de hija tercio ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos.

11 El efecto de la dote entregada es como dijimos arriba *n.* 4, que pase su dominio al marido, efectuado el matrimonio, y en su consecuencia le pertenecen todos sus frutos, haya sido ó no estimada la dote, *l.* 25, *d. tit.* 11, *P.* 4. Pero los que percibiére antes de efectuarse el matrimonio, son aumento de la dote, y de consiguiente los debe restituir cuando restituya la dote, como parte que son de ella. Y es clara la razón de la diferencia, de sostener el marido las cargas de matrimonio, contraído este, y no antes, cesando por ello en este caso la causa por que se le dan, *l.* 18, *l.* 28, *d. tit.* 11 (1). Le pertenecen también por la misma razón las crias de los ganados, como fruto que son de ellos; bien que con la obligación que notamos arriba *n.* 6. Y los frutos del año en que se disuelve ó separa el matrimonio, se deben partir prorata entre marido y mujer ó sus herederos, esto es, son del marido por el tiempo en que duró unido el matrimonio; y por razón del restante tiempo del año, de la mujer, sin respeto alguno de que esten ó no percibidos, *l.* 26, *d. tit.* 11 (2). Y adviértase que esta doctrina que acabamos de sentar sobre pertenencia de frutos percibidos constante el matrimonio, debe entenderse sin perjuicio de lo que dijimos sobre bienes gananciales en el título antecedente, *n.* 21.

12. Puede el marido enajenar como quisiere la dote estimada; porque la hizo suya por título de compra, con sólo la obligación de restituir el precio en que fué estimada. Y al contrario no puede enajenar la inesti-

(1) *L.* 20, *C.* de jur. dot. — (2) *L.* 7, § 1, cum seq. solut. matrim. *l.* un § 9, *C.* de rei ux. act.

mada, por haberla de restituir en los mismos bienes que recibió, *L. 7, d. tít. 11*. Y si la mujer enajenase ú obligase estos bienes inestimados con licencia de su marido, (vimos en el título antecedente *n. 27* no poderlo hacer de otra manera) está recibido por costumbre que se rescindan estas enajenaciones y obligaciones en cuanto consumen la mayor parte de la dote, para no quedar indotada en perjuicio de la pública utilidad. Y para computar si á la mujer le queda ó no salva la mitad de la dote, se ha de atender al tiempo en que se hacen las enajenaciones, como lo prueban Larrea *alegae. 28*, y Salgado en *su laberinto, part. 2 cap. 4*, en donde examina algunas cuestioncillas en este particular, como tambien Castro en sus *Discursos críticos sobre las leyes, lib. 4, disc. 6, ejemp. 3*. Pero no podemos dejar de acordar no observarse esta útil costumbre, cuando la mujer jura ser su voluntad que valgan estas enajenaciones, como puede verse en Gutier. *de juram. confirm. cap. 1*, y en Larrea *alegae. 35, n. 26*. Lo acordamos con dolor, porque siempre lo tendremos de que no se establezca una ley, que quite la fuerza que se da al juramento confirmatorio en perjuicio de utilísimas y bien meditadas leyes y costumbres civiles.

13. Debe restituirse la dote, cuando se disuelve el matrimonio por muerte de cualquiera de los cónyuges, con la diferencia de haberse de restituir desde luego, si los bienes dotales fuesen raíces, y dentro de un año, si fuesen muebles, *L. 31 d. tít. 11, P. 4 (1)*. Pero hay tres casos referidos en la *ley 23 del mismo título*, en que cesa esta obligacion de restituir, á saber: I Si los contrayentes hubiesen pactado entre sí que, muerto uno de ellos sin hijos, quedase del otro sobreviviente la dote ó donacion hecha por el marido á la mujer. II

(1) *L. 10 C. de rei ux. act.*

Si la mujer cometiese adulterio. III Si fuese costumbre usada de largo tiempo en algun lugar de ganar el marido la dote, si muriere la mujer. Y añade la misma ley quedarse en estos casos el marido con la dote, si no hubiese hijos de este matrimonio; y que si los hubiere, pertenecerá á ellos la propiedad, y á su padre ó madre que viviere, el usufructo. Y si la mujer muriere sin hijos, pero dejando padres, perteneceria á estos la dote, como herederos forzosos que son de ella. Y adviértase que lo que dice esta ley de no haber en estos obligacion en el marido de restituir la dote, lo dice tambien de la donacion que hizo el marido á la mujer, que tampoco la obliga á la restitucion, con sola la diferencia de que en el caso segundo del adulterio, solo habla de cuando lo cometiere la mujer; pero Greg. Lop. en la glosa 1 de d. l. 23 funda ser lo mismo si lo cometiere el marido.

14. Además del caso de la muerte de uno de los cónyuges, lo es tambien de restitucion de dote el de divorcio, l. 26, l. 31 de d. tit. 11, P. 4, porque en ambos cesa la razon de disfrutarla el marido para sostener las cargas del matrimonio, l. 7, l. 25 de d. tit. Y otro circunstanciado se propone en la ley 29 del mismo título: la cual establece que, si la mujer entendiere que su marido por su culpa viene á pobreza y temiere que le malgastará su dote, puede pedir en juicio que se la restituya, ó que dé fiador de que no la enajenará, ó que la ponga en depósito de persona que la cuide bien y recoja los frutos para mantener á los mismos cónyuges. Y avisa y prueba Gregorio Lopez en la glosa 4 de d. l. 29 que, si fuese evidente ser el marido un dilapidador ó pródigo, ni aun dando fiador debia concedérsele la administracion de la dote. Pero si el marido, teniendo buena conducta y cuidado en administrar la dote, viniere á pobreza por alguna

ocasion , quiere la misma ley 29 que no pueda la mujer pedir la dote.

15. Tiene la mujer á las veces otros bienes además de la dote, que se llaman extradotales ó parafernales, del nombre griego *paraferna*, como lo explica la l. 17 de d. tít. 11, que tambien dice pertenecer su dominio al marido mientras dura el matrimonio, si la mujer se los dió con esta intencion ; pero no dándoselos , ó no constando de esta intencion , permanecen en el de la mujer. Y por derecho mas reciente , que estableció la ley 7, tít. 2, lib. 10 de la Nov. Rec., se le concede al marido que haya entrado en los 18 años la administracion de estos bienes sin que necesite obtener dispensa de edad , como dijimos en el tít. antecedente , n. 27. Por lo tocante á estos bienes parafernales tiene la mujer el mismo privilegio que en los dotales , de estar hipotecados para su restitution todos los bienes del marido , aunque no se constituya expresamente la hipoteca, por solo el beneficio de la ley , d. l. 17. Del privilegio de esta hipoteca respecto de otras , trataremos en lugar mas oportuno , como tambien del privilegio de competencia que tienen los cónyuges , y de lo que corresponde cuando se quita la dote por eviccion.

16. Hasta aquí hemos tratado de lo que se da al marido á nombre ó cuenta de la mujer : hablemos ahora de lo que recibe la mujer á cuenta ó nombre del marido. Las leyes de las Partidas , á imitacion de las romanas , reconocieron la donacion que estas llamaron *propter nuptias* , diciendo que en España se llamaban propiamente *arras* , y era la donacion que da el marido á la mujer por razon de casamiento , l. 1, d. tít. 11, P. 4. Y segun la l. 23 del mismo título quisieron , como las romanas , se guardase igualdad entre estas donaciones y las dotes , y la misma imitacion persuade la ley 7 del propio título. Pero ya observó Antonio

Gomez en la ley 50 de Toro, n. 11 no estar en uso en España ni en otras partes estas donaciones *propter nuptias*, y al n. 12, que se diferencia mucho de ellas, lo que ahora llamamos *arras* como luego veremos.

17. Otras donaciones conocieron los romanos bajo el nombre *sponsalitia*, como se lee en varias leyes del título del Código *De sponsalibus, et arrhis sponsalitiis*. Las nuestras las han adoptado, con añadidura de haberles puesto tasa. Se hacen antes de celebrarse el matrimonio, y casi siempre por el esposo á la esposa, y alguna vez al contrario. Aunque se hacen francamente sin expresarse en ellas condicion alguna; con todo si deja de celebrarse el matrimonio por culpa del que recibió la donacion, debe restituirla. Mas si acaciese por ventura ó casualidad no cumplirse el matrimonio, debe distinguirse diciendo que, si muriese el esposo sin haber intervenido ósculo, debe restituirse á sus herederos todo lo que dió; pero sola la mitad, si intervino: y si la esposa fuese la que dió, lo recobra todo, l. 3, d. tít. 11, P. 4; l. 3, tít. 3, lib. 10 de la Nov. Rec. (1). Estas donaciones suelen hacerse en joyas y vestidos preciosos; y no pueden exceder la octava parte de la dote, ll. 6 y 7, tít. 3, lib. 10 de la Nov. Rec., y añade esta misma l. 7 que el exceso, si le hubiere, debe aplicarse á la Cámara del rey, haciendo una pintura tan viva de lo ruinosos que son al estado estos excesos, que no puede leerse sin llorar. Pero á pesar de ser tan útil é importante esta prohibicion, la vemos continuamente despreciada, y efectivos los grandes perjuicios que intentó atajar; aunque se repitió en las leyes 2 y 8, tít. 3 y 8, lib. 10 de la Nov. Rec. al cap. 25. Y en el siguiente 26 se manda que los mercaderes, plateros de oro y plata, lonjistas, ni otro género de personas, ni por sí ni por interposicion de otras, pueden en tiem-

(1) L. 15, C. de donat.

po alguno pedir, demandar ni deducir en juicio las mercaderías y géneros que dieren al fiado para dichas bodas á cualquiera persona de cualquier estado, calidad y condicion que sea. Y en el 27 previene tengan las justicias ordinarias la jurisdiccion privativa para conocer de los casos que miraren al castigo y ejecucion de las penas de contravencion. Nos asombra el cotejar tan justas, útiles, celosas y repetidas leyes con su total inobservancia.

18. Tenemos tambien en España otra donacion que se llama *arra*, la cual es *donacion hecha á la esposa por el esposo en remuneracion de la dote, virginidad ó nobleza*, como la define Antonio Gomez en la *ley 50 de Toro, n. 12*, en donde enseña que tambien puede haberse efectuado ya el matrimonio, y lo mismo dice el Sr. Covarrubias, *part. 2 de matrim. cap. 3, § 7, n. 14*, en cuyos lugares añaden los dos diferenciarse mucho esta donacion de la que se llama *propter nuptias*, aunque así se apellida en la *l. 1, d. tít. 11, P. 4*, pues esto podrá entenderse atendidas las leyes de las *Partidas*; pero no despues de publicadas las *de Toro*, que dieron otra significacion muy diversa á la donacion *propter nuptias*, como presto explicaremos. Y tambien tienen su justa tasa con las arras, que no pueden exceder la décima parte de los bienes del marido, *l. 1, tít. 3, lib. 10 de la Nov. Rec.*, que prohibe además su renunciacion, é impone la pena de privacion de oficio al escribano que diere fe de algun contrato en que intervenga tal renunciacion. Pero adviértase que esta tasa, que trae su origen de la *ley 2, tít. 2, lib. 3 del Fuero real*, no dice respecto solamente á los bienes actuales del marido al tiempo en que se constituyen las arras, sino tambien á los que despues adquiere.

19. El dominio de las arras, seguido el matrimonio, es absolutamente de la mujer, y de consiguiente muerta

ella, testada ó intestada, pertenece á sus herederos aun sobreviviendo el marido, *l. 2, tít. 3, lib. 10 de la Nov. Rec.* Pero si á la mujer se le hubiere hecho la donacion que hemos explicado en el *n. 17*, y prometiéndosele arras, solamente tendrá derecho ella ó sus herederos de escoger ó lo que se le dió, ó las arras dentro de 20 dias contaderos desde que les requirieron el marido ó sus herederos; y pasados estos sin haber hecho la eleccion, compete el derecho de hacerla al marido ó sus herederos, *l. 3, tít. 3, lib. 10, Nov. Rec.*

20. Otra donacion se frecuenta en nuestra España, á la que llaman *propter nuptias* la ley 5, 9, *tít. 3 y 6, lib. 10 de la Nov. Rec.* (25 y 29 de Toro), la cual hacen los padres á sus hijos en contemplacion del matrimonio que han de contraer, para que puedan llevar con mas honor y comodidad sus cargas; de suerte que es muy diferente de la otra que llamaron tambien *propter nuptias* las leyes de las Partidas, como hemos manifestado arriba *n. 16*.

21. Solo nos resta en el particular de que tratamos, hablar de las donaciones que se hacen entre los cónyuges despues de casados, no por razon de casamiento, sino por el amor que se tienen. Estas están prohibidas, porque no les engañe el mutuo amor, despojándose el uno al otro, y porque el que fuese mas escaso seria de mejor condicion, que el que es franco en dar. Son pues de ningun valor las que se hicieren, *l. 4, d. tít. 11, P. 4*. Esta prohibicion solo tiene lugar en aquellas donaciones, por las cuales el que las recibe se hace mas rico, y el otro mas pobre, de suerte que, si faltara una de estas circunstancias, valdria la donacion (1), como por exemplo, si se dejara alguna herencia al marido, sustituyéndole á su mujer, y el marido renunciara su institucion sin haber cedido

(1) *L. 5, § 26 de donat. int. vir et uxor.*

la herencia, en cuyo caso tendria valor la sustitucion, porque, aunque esta renuncia hacia mas rica á la mujer, no empobrecia al marido; por cuya razon valdrá tambien la donacion de una cosa ajena, porque al paso que puede servir al donatario para usarla ó adquirirla por tiempo, no hace mas pobre al cónyuge donante. Y lo mismo deberá decirse, si la donacion hacia mas pobre al donante, pero no mas rico al donatario, como si se le diera lugar para que se hiciese sepultura, construyera una iglesia ó cosa semejante, en cuyos casos concurre además la razon de valer, de que cede esto en honor de Dios, *l. 5, l. 6, d. tit. 11*, que ponen estos ejemplos (1); y tambien valdria, si el que la hizo, murió antes que el otro que la recibió, sin haberla revocado. Pero lo contrario deberá decirse, si ó no muriese antes, ó la hubiese revocado por palabras ó por hechos, vendiendo ó enajenando de otra manera las cosas que habia dado, *l. 4, d. tit. 11* (2).

TITULO VI.

DE LA LEGITIMACION Y DEL PORFIJAMIENTO Ó ADOPCION.

Tít. 7 y 15, P. 4 (3).

- 1, 2 y 3. Qué sea legitimacion, y sus especies.
4. Qué sea adopcion, y sus especies.
5. Diferencias entre la arrogacion y la adopcion.
6. Como pueden ser arrogados los mayores de 7 años.
7. Quiénes pueden adoptar, y quiénes no.
8. Efectos de la adopcion.

1. Lo mucho que ofrece de que tratar el matrimonio que, como dijimos en el título 4, n. 1, es la causa natu-

(1) D. l. 5, §§ 8, 13 et 14 de donat. int. vir. et uxor. —
(2) L. 32, §§ 2 et 9, eod. — (3) Tit. 10 et 11, lib. 2, Inst.

ra, y mas especial de la patria potestad, nos ha detenido hasta ahora. De las otras dos, que son civiles, vamos á hablar brevemente. La legitimacion es un acto por el cual se hacen legítimos los hijos que antes no lo eran. Las leyes romanas establecieron ser tres los modos de legitimar, por subsiguiente matrimonio, por ofrecimiento á la Curia, y por rescripto del príncipe (1). Y aunque algunos de sus intérpretes añadieron otro en el caso de que el padre en su testamento ú otro instrumento firmado por tres testigos nombrara á alguno por hijo, siente la mayor parte de ellos que la novela en que se pretende apoyar este modo de pensar mas significa ser prueba de ser legítimo en tal hijo, que verdadera legitimacion. A imitacion de todo esto hablan la ley 4 y siguientes del título 15, P. 4 distinguiendo tambien, como lo hicieron las romanas, varios ramos en el segundo modo por oblation á la Curia. Pero reconocen nuestros intérpretes no estar este en uso, ni le permite la constitucion del gobierno de los pueblos. Y del cuarto dice Greg. Lop. en la glosa 7 de la ley 7 de dicho título 15, P. 4, lo mismo que la mayor parte de los intérpretes romanos, esto es, que mas es prueba de ser legítimo el hijo, que legitimacion verdadera.

2. En conformidad de lo que acabamos de referir, decimos que solo tenemos en España dos modos de legitimacion. El mas frecuente y recomendado es el que nace del subsiguiente matrimonio, cuando el padre habiendo tenido hijos de alguna barragana ó mujer soltera, se casa despues con ella, l. 1. título 13, P. 4, en cuya glosa 8 disputa Gregorio Lopez, si basta que la mujer sea soltera, ó es menester que además la haya retenido en su casa el padre; inclinando, á nuestro dictámen, con razon, á no ser esto necesario. Esta doctrina tiene lugar si el padre era soltero cuando tuvo el hijo de la

(1) § 13, d. título 10, lib. 74, esp. 2.

barragana ó concubina, porque si era casado, no le hará legítimo el que muerta despues su mujer se casase en seguida con la barragana, como expresamente lo dispone la ley 2, *tít. 15, P. 4, al fin*, dando por razon que los tales hijos fueron hechos en adulterio: la cual no deja de dar fuerza á la opinion de Gregorio Lopez que antes hemos manifestado.

3. El otro modo de legitimar es por rescripto del príncipe, del cual habla así la ley 4 de *d. tít. 15. Piden merced los omes á los emperadores, é á los reyes en cuyo señorio viven, que les haga á sus hijos, que han de barraganas, legítimos. E si cabe su ruego é los legitiman, son dende en adelante legítimos.* Y tambien se concede esta legitimacion á pedimento de los mismos naturales, que fundan su súplica en haber manifestado esta solicitud en el testamento su padre, que no tenia otros hijos legítimos, *l. 6, d. tít. 15.* Y de la palabra *naturales*, de que usa esta ley, infiere Greg. Lop. en su glosa 1 no tener lugar la legitimacion que ella concede en los hijos espúreos. Y en la glosa 2 que las legitimaciones por rescripto de príncipe no valen, si hay hijos legítimos, si no es que se exprese así. Y adviértase que estas legitimaciones solo sirven para efectos civiles, porque para los canónicos las debe conceder el papa, como expresamente lo dice la citada ley 4 de *d. tít. 15.* Legitimados los hijos por cualquiera de estos modos es consiguiente que esten en la patria potestad de su padre, obrando esta en ellos sus efectos, que es la causa de que hemos tratado aquí de la legitimacion. Los derechos de suceder los legitimados los explicaremos con mas oportunidad, quando hablemos de los testamentos y de las sucesiones intestadas.

4. Lo que los romanos llamaron *adoptio*, llaman las leyes de las Partidas *porfijamiento*; pero en atencion á la pesadez de este nombre, y que tal vez por esta causa está recibido entre nosotros el nombre *adopcion*, y se

halla en la *l. 9, tít. 16, P. 4*, usaremos de él y sus derivados, en lugar del *porfijamiento* y los suyos. Es pues la adopción una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los omes ser fijos de otro, maguer no lo sean naturalmente, *l. 1, d. tít. 16, P. 4*. Constituye tambien la patria potestad, *l. 7, tít. 7, P. 4*, y esta es la causa de que tratamos aquí de ella. Nuestras leyes la dividen en las mismas dos especies en que la dividieron las romanas (1); y toman tambien de ellas sus nombres, llamando á la una *arrogacion*, y acomodando á la otra el del género, diciéndola *adopcion* sin añadidura alguna, *l. 9, tít. 16, P. 4*, y así tomaban este nombre como á género, ó como á especie. Usaremos aquí de estos nombres, porque facilitan su explicacion.

5. Diremos pues al tenor de lo que acabamos de decir ser la *arrogacion porfijamiento de omne, que es por sí, et non ha padre carnal: é si lo ha, es salido de su poder, é cae nuevamente en poder de aquel, que lo porfija, d. l. 7, tít. 7, P. 4*, ó por decirlo con menos palabras, es *adopcion de hombres que no están en la patria potestad de otros*. Se hace, preguntando el rey á dos si quieren que el uno sea padre del otro; y respondiendo ambos que sí, diciendo el rey que lo otorga, y en seguida se les debe dar el título, *d. l. 7*. De la adopcion en especie dice esta misma ley poderse hacer de otorgamiento de cualquier juez; y que es *porfijamiento de omne que ha padre carnal é es en su poder*. En la *arrogacion* es necesario el consentimiento expreso del que va á ser hijo; pero en la *adopcion* basta el tácito, esto es, que calle ó no lo contradiga, *l. 1, tít. 16, P. 4*. Y de abí es no poder ser *arrogados* los infantes ó menores de 7 años, por no tener entendimiento para consentir, *l. 4, d. tít. 16*.

6. Al paso que esta ley 4 prohíbe que puedan ser *arrogados* los infantes, concede la facultad de que pue-

(1) *l. 1. Inst. de adopt.*

dan serlo los que cumplidos los 7 años son menores de los 14, dando la razon de que, aunque no tengan el entendimiento cumplido, no son menguados de entendimiento del todo. Pero el rey, cuyo otorgamiento es necesario, como lo dice *esta misma ley*, y en términos generales de arrogacion la 7, *tít. 7, P. 4*, como vimos en el *número antecedente*, quiere se tengan presentes en estas arrogaciones de que hablamos, varias circunstancias que se expresan en la *misma ley 4*, y son: Qué hombre es aquel que le quiere adoptar, si es rico ó si es pobre, ó si es pariente ó no, y si tiene hijos que hereden lo suyo, ó si tiene tanta edad, que los pueda aun haber: é de qué vida es, é de qué fama; y qué riqueza ha el niño. Y si, examinadas estas cosas, se entendiere moverse con buena intencion para hacerlo el arrogador, y que es provechoso al mozo, se le otorgue. Y asimismo quiere que antes de otorgar esta arrogacion, se cuide que no se menoscaben los bienes del mozo: á cuyo fin debe dar caucion el arrogador de que, si el mozo muriese antes de los 14 años, entregará todos sus bienes á aquellos á quienes pertenecerian por herencia o legados, si el mozo no hubiese sido arrogado. Cuya caucion debe autorizarse por escribano público; y si no se hiciere, es obligado á cumplirlo el arrogador, como si se hubiese autorizado. Y segun la *l. 8 de d. tit. 16*, si el arrogador sacase sin razon de su poder al que arrogó, ó le desheredase, está obligado á darle todo lo suyo con que entró en su poder, con todas las ganancias que despues hizo, menos el usufructo que recibió de los bienes de dicho arrogado, mientras le tuvo en su poder; y demás de esto la cuarta parte de todo quanto hubiere.

7. Puede adoptar cualquiera hombre libre que no esté en poder de su padre, con tal que exceda al que quiere adoptar en 18 años de edad, y pueda tener hijos naturalmente. *l. 2, d. tit. 16, P. 4*, esto es, que no tenga impedimento para tenerlos por su misma nata-

raleza. Pero si le tuviese no por su naturaleza, sino por enfermedad, fuerza ó daño que hubiese padecido, bien podrá adoptar, *l. 3, d. tít. 16*. Ninguna mujer puede adoptar sino en el caso de haber perdido algun hijo en batalla, en servicio del rey, ó de algun concejo en que lo hubiese encartado, en el cual puede hacerlo para consuelo del hijo que perdió, con otorgamiento del rey, y no de otra manera, *d. l. 2*. Con el mismo otorgamiento, y no de otra suerte, podrá adoptar el que fué tutor al que tuvo en su tutela, si este tiene ya 25 años; pero antes, de ningun modo, *l. 6, d. tít. 16*. Ni tampoco puede adoptar ninguno á sorro, ó aforrado ajeno, *l. 5, d. tít. 16*.

8. Es efecto de la adopcion que el adoptado pase á la patria potestad del adoptante; pero hay de esta regla alguna limitacion. En la arrogacion tiene siempre lugar la regla, *l. 7, tít. 7, P. 4*. En la adopcion en especie hay distincion; pues, aunque esta misma *l. 7* dice generalmente que no pasa, la hallamos expresa en las *leyes 9, y 10 de d. tít. 16*. En la 9 se dice no pasar el adoptado á la patria potestad del adoptante, si este no fuere ascendiente suyo; y en la 10 que pasa, si lo fuere. Esta misma diferencia se observa en el Derecho romano por constitucion de Justiniano (1). Y adviértase que, si en este último caso el padre adoptivo sacase de su poder á su descendiente que habia adoptado, volveria este al de su padre natural, como lo expresa *d. l. 10*. Tambien es efecto de la adopcion el producir impedimento para el matrimonio en los términos que dijimos en el *tít. 4, n. 14*. Del que producen en dar derecho para suceder habi remos al tratar de las sucesiones testadas é intestadas. Los adoptados por mujer, claro es que no caen en patria potestad, por ser ella incapaz de tenerla.

(1) § 2, Inst. de adop.

TITULO VII.

DE LA TUTELA Y CURADORÍA.

Tit. 16 y 17 de la Partida 6.

1. Qué sea tutela.
2. A quíenes se puede dar tutor, y á qué fin.
- 3, 4 y 5. Division de la tutela, y de la testamentaria.
- 6, 7, 8. Quiénes pueden ser dados tutores.
9. El tutor debe ser nombrado señaladamente.
- 10, 11. De la tutela legítima.
12. De la dativa.
13. Qué debe hacerse cuando muchos jueces dan tutor.
14. Modos de fenecer la tutela.
- 15, 16. De los curadores, y si pueden darse en testamento.
17. Qué sea excusa de tutela y cura, y que para ella se necesita de justa causa, menos en la tutela legítima.
- 18, 19, 20, 21. Se refieren y explican varias excusas.
22. Desconido notable de Asó y de Mañuel en este particular.
23. Tiempo para proponer la excusa, y para decidir la causa ó pleito en su razon.
24. Qué sea tutor sospechoso, y se refieren varios que lo son.
- 25, 26. Quiénes pueden acusar; qué tutores pueden ser acusados de sospechosos, y cuáles sean los efectos de la acusacion.
27. De las obligaciones del tutor antes de entrar en la tutela.
- 28, 29. De la obligacion de afianzar los tutores, y que alcanza á la madre y abuela.
30. Qué deba hacerse cuando son muchos los tutores.
31. Dónde debe ser educado el pupilo.
- 32, 33, 34. De las obligaciones del tutor en quanto á dar alimentos al pupilo y mover las causas que convinieren á este.
35. Tiene el tutor obligacion de cuidar bien de los bienes del pupilo y emplear el dinero sobrante.
- 36 y 37. Del modo en que puede el tutor enajenar las cosas del pupilo.
38. De la obligacion de los tutores, sus fiadores y sucesor, de dar cuenta de la administracion de la tutela, fenecida esta.
39. De la décima que se debe dar al tutor, y cómo debe sacar.
40. Dere los del padre en los bienes del hijo de que es fructuario y administrador.

1. Por quanto de los hombres *libres*, que no están bajo la patria potestad de otros, unos están en tutela,

otros en curadoría, y otros fuera de todo, y en asunto de tutelas y curadorías hay mucho que advertir, es preciso hablemos aquí de ello con alguna extension. Tutela en latin, dice la *ley 1, tít. 16, P. 6*, quiere decir tanto en romance como *guarda que es dada al huérfano libre, menor de 14 años, é la huérfana menor de 12 años* (1). Y advertimos para proceder con mayor claridad que en las leyes de las *Partidas* apenas se hallan los nombres *tutela, curadoría, tutor, curador*, sino en su lugar, los generales de *guarda y guardadores*, distinguiendo por las palabras que añaden, si hablan de tutela ó curadoría, tutores ó curadores: lo que no deja de causar embrazo. Y para evitarle usaremos aquí de los citados especiales *tutela, etc.*, como generalmente lo ha recibido la práctica, y se encuentra en alguna ley de la *Nov. Recop.* y en alguna de las *Partidas*, aunque con relacion al idioma latino, como en la *ley 4, tít. 5, P. 5 y en d. l. 1.*

2. Por la palabra *libre* de la definicion, entiende con razon Greg. Lop. en la *glosa 1 de dicha ley 1* no poder estar en tutela el que es esclavo, ni el que está bajo la patria potestad (2). Se dan tutores á los de la expresada edad, aunque no los quieran (3). Y se les dan para que guarden bien sus personas, y por consecuencia precisa, sus bienes. Y no deben darse para una sola cosa ó pleito del menor (4), salvo el caso en que se le moviese pleito de servidumbre, en el cual se le podia dar uno para que defendiese su persona y bienes en el particular del pleito, *d. l. 1.*

3. Tres son las especies de tutela, testamentaria, legítima y dativa. Testamentaria es la que da el padre en su testamento al hijo menor que tiene en su poder, *d. l. 2, t. 3, d. tít. 16* (5). Y sobre el decir esta lo mis-

(1) §§ 1 y 3, Inst. de tutel. — (2) Princ. cod. — (3) L. 1 de tut. el cur. dat. — (4) § 4, Inst. qui testam. tut. dat. pos. — (5) § 3, Inst. de tutel.

mo del abuelo, debe advertirse que, saliendo hoy por la *ley 3, tit. 5, lib. 10 de la Nov. Rec.* de la patria potestad el hijo casado y velado, no podrá el abuelo, por faltarle tal potestad, necesaria segun la *misma ley 3*, dar tutor á sus nietos, que hayan nacido de nupcias benditas, como sucede casi siempre. Pero sí que le puede dar el padre no solo al hijo nacido, sino tambien al que estuviere en el vientre de su madre, *d. l. 3, tit. 16 P. 6*, porque cuando se trata del provecho de estos tales, á quienes se les suele llamar *póstumos*, se reputan nacidos (1), pero no cuando le seria perjudicial, *l. 3, tit. 23, P. 4*.

4. De la madre dice la *ley 6 de d. tit. 16* que, si hace testamento en que establece por sus herederos á sus hijos, que no tuviesen padre, bien les puede dar tutor en él. Pero en seguida añade que este tal tutor no puede usar de los bienes del mozo, á menos de ser confirmado por el juez del lugar donde son los bienes; cuyo juez le debe confirmar, y otorgarle la tutela (á esto llaman los prácticos *decernir*), si no es que tuviese impedimento legal para serlo. Por las leyes romanas era necesario en este caso la inquisicion ó examen de las circunstancias del tutor (2). Y no haciendo mencion de ella *nuestra ley*, mueve la cuestion Greg. Lop. en su *glosa 2*, si será ó no necesaria en España; y resuelve no serlo, si el menor no tuviese mas bienes que los de la misma madre; pero que, si tiene otros, lo será respecto de ellos. Dice tambien la *propia ley 6* que, si la madre no instituyera heredero á su hijo, y por otro modo ó título le dejara alguna cosa, podria el juez confirmarle si quisiese, y de este modo y no de otro valdria; de suerte que en este caso es voluntario en el juez confirmarle, y en el otro de estar el hijo instituido heredero preciso. El no valer ningun nom-

(1) § 4, Inst. cod. l. 7 de stat. hom. — (2) L. 2 de p. vel. tut.

bramiento de tutor, hecho por la madre, sin la subsiguiente confirmacion del juez, es por no tener patria potestad : de la cual nace el derecho de darle, segun lo convence la *ley 3 de d. tit. 16*.

5. De la misma manera, si el padre da tutor á su hijo natural en su testamento, instituyéndole heredero, ó cualquier á un extraño en los mismos términos, debe el juez confirmarlo; y así y no de otra suerte será tutor, *l. 8, d. tit. 16, P. 4*. Y generalmente los tutores testamentarios pueden ser dados pura ó simplemente, á cierto tiempo, ó bajo de condicion, segun fuese la voluntad del testador, *d. l. 8 (1)*.

6. Pueden ser dados tutores los que no están prohibidos; y los que están son el mudo, sordo, desmemoriado ó loco, desgastador de sus bienes ó pródigo, el que fuere de malas costumbres, el menor de 25 años y la mujer, *l. 4, d. tit. 16*. Pero en la *glosa 5 de esta ley* dice Gregorio Lop. que la prohibicion del menor debe solamente entenderse en la tutela legítima y dativa, y no en la testamentaria, que podrá tenerla para administrarla cuando fuere mayor. Y es de admirar que para apoyar esta doctrina no haya echado mano á la *ley 7 del mismo título 16*, que la prueba expresamente : bien que lo advirtió en la *glosa 2 de esta misma ley 7*. Y en cuanto á mujeres debe advertirse no alcanzar la prohibicion á la madre y abuela, que pueden tener la tutela de sus hijos ó nietos huérfanos, si prometieren ante el juez del lugar donde son ellos, que durante la tutela no se casarán; y renunciaren la prohibicion que establece el derecho de poderse obligar por otro las mujeres, ó como suele decirse, el beneficio del senadoconsulto Velejano, que prohibió esta obligacion de las mujeres, *d. l. 4*, que añade la razon de estas dos condiciones, diciendo ser la de la primera, porque

(1) § 3, Inst. qui test. tut. dar. pos.

ca-ándose, se sospecha que por el grande amor que toman á sus maridos, descuidarian de guardar bien la persona y bienes de los huérfanos; y de la segunda, porque sino hiciesen la expresada renunciá, no querrian los hombres hacer contratos con ellas, aunque las mismas lo necesitaran para la buena administracion de la tutela y provecho de los mozos. Y en casando la madre, mientras les tuviere en su tutela, debe el juez del lugar en que esto sucediere, sacarles luego de ella y su poder, y pasarles á la del pariente mas cercano de ellos, que sea hombre bueno y sin sospecha, y no esté prohibido ser tutor. Y si hallare que la madre debe dar alguna cosa á los mozos, por razon de haber administrado sus bienes, están obligados al pago, no solo los bienes de ella, sino tambien los de aquel con quien casó, *l. 5 de d. tit. 1.*

7. Además de lo que acabamos de expresar, cuenta la *ley 14 de dicho título 16* por prohibidos á los obispos y monjas. Y de los sacerdotes y demás clérigos seculares dice que pueden ser guardadores de sus parientes. Pero que deben ir delante el juez del lugar dentro de cuatro meses después que supieren la muerte de su pariente que dejó hijos sin guardador, y decir á este que quieren serlo de los hijos que lo fueron de su pariente (1). De los deudores del mozo dice que no pueden serlo, sino es que el padre en su testamento les nombre; cuya excepcion la entiende Greg. Lop. *en la glor. 6 de d. l. 14*, limitada al caso en que el padre supiese ser el tutor deudor del mozo; y en la 5 añade deber decirse lo mismo, si el tutor fuese acreedor del mozo. Tambien dice no poderlo ser el que fuere obligado al rey por razon del que hubiere tenido ó tuviese sus cilleros ó sus heredades ú otras rentas de que hubiere de dar cuenta.

8. Entre los que están prohibidos de ser tutores no cuentan las citadas leyes 4 y 16 á los esclavos, porque pueden serlo, segun lo establece la *ley 7 del mismo título 16*, en la manera siguiente : si el testador nombrare tutor de sus hijos á un esclavo propio, aunque no le asorrase por palabras, se hace libre por esta razon, y será tutor de ellos si fuere mayor de 25 años; y si fuere menor, será tambien forro; mas no será tutor hasta que cumpla dicha edad. Pero si dejase por tutor á un esclavo ajeno, no valdria ni seria tutor.

9. Y debe advertirse que, cuando el padre establece á uno por tutor de sus hijos, le debe nombrar y señalar de manera que se pueda saber ciertamente cual es. Si acaeciese pues que nombrase á uno, y hubiese otro del mismo nombre, si no pudiese saberse ciertamente cual de ellos era su intencion que lo fuese, ninguno de ellos lo sera, *d. l. 7, vers. Otró.*

10. En defecto de la tutela testamentaria entra la legítima. Si muriere pues un padre sin haber hecho testamento, ó si lo hubiere hecho, sin nombrar tutor de sus hijos, ó habiéndolo nombrado, muriese este antes que el testador, seria tutor legítimo de dichos sus hijos su pariente mas cercano; y si hubiese muchos del mismo grado, lo serian todos, *l. 9, d. tit. 16, P. 16*. Y en su *glosa 1* advierte muy bien Greg. Lop. seria lo mismo, si muerto el padre falleciese el tutor que nombró, siendo menor ó impúbere el mozo. Si el menor tuviese madre, le pertenece ante todos esta tutela, y si no la quisiere, á la abuela, y en defecto de ambas entran los parientes laterales por su proximidad, *d. l. 9*. Lámase legítima esta tutela, porque compete por beneficio de la ley, sin intervencion de persona alguna.

11. La *ley del mismo tit. 16* aprueba la legítima tutela que los romanos llamaron *patronorum*, esto es,

caándose, se sospecha que por el grande amor que toman á sus maridos, de cuidarían de guardar bien la persona y bienes de los huérfanos; y de la segunda, porque sino hiciesen la expresada renuncia, no querrian los hombres hacer contratos con ellas, aunque las mismas lo necesitaran para la buena administración de la tutela y provecho de los mozos. Y en casando la madre, mientras les tuviere en su tutela, debe el juez del lugar en que esto sucediere, sacarles luego de ella y su poder, y pasarles á la del pariente mas cercano de ellos, que sea hombre bueno y sin sospecha, y no esté prohibido ser tutor. Y si hallare que la madre debe dar alguna cosa á los mozos, por razon de haber administrado sus bienes, están obligados al pago, no solo los bienes de ella, sino tambien los de aquel con quien casó, *l. 5 de d. tit. 1.*

7. Además de lo que acabamos de expresar, cuenta la *ley 14 de dicho título 16* por prohibidos á los obispos y monjas. Y de los sacerdotes y demás clérigos seculares dice que pueden ser guardadores de sus parientes. Pero que deben ir delante el juez del lugar dentro de quatro meses despues que supieren la muerte de su pariente que dejó hijos sin guardador, y decir á este que quieren serlo de los hijos que lo fueron de su pariente (1). De los deudores del mozo dice que no pueden serlo, sino es que el padre en su testamento les nombre; cuya excepcion la entiende Greg. Lop. *en la glor. 6 de d. l. 14*, limitada al caso en que el padre supiese ser el tutor deudor del mozo; y en la 5 añade deber decirle lo mismo, si el tutor fuese acreedor del mozo. Tambien dice no poderlo ser el que fuere obligado al rey por razon del que hubiere tenido ó tuviese sus cilleros ó sus heredades ú otras rentas de que hubiere de dar cuenta.

8. Entre los que están prohibidos de ser tutores no cuentan las citadas leyes 4 y 16 á los esclavos, porque pueden serlo, segun lo establece la *ley 7 del mismo título 16*, en la manera siguiente: si el testador nombrare tutor de sus hijos á un esclavo propio, aunque no le aforrase por palabras, se hace libre por esta razon, y será tutor de ellos si fuere mayor de 25 años; y si fuere menor, será tambien forro; mas no será tutor hasta que cumpla dicha edad. Pero si dejase por tutor á un esclavo ajeno, no valdria ni seria tutor.

9. Y debe advertirse que, cuando el padre establece á uno por tutor de sus hijos, le debe nombrar y señalar de manera que se pueda saber ciertamente cual es. Si acaeciese pues que nombrase á uno, y hubiese otro del mismo nombre, si no pudiese saberse ciertamente cual de ellos era su intencion que lo fuese, ninguno de ellos lo sera, *d. l. 7, vers. Otrosí*.

10. En defecto de la tutela testamentaria entra la legítima. Si muriere pues un padre sin haber hecho testamento, ó si lo hubiere hecho, sin nombrar tutor de sus hijos, ó habiéndolo nombrado, muriese este antes que el testador, seria tutor legítimo de dichos sus hijos su pariente mas cercano; y si hubiese muchos del mismo grado, lo serian todos, *l. 9, d. tít. 16, P. 16*. Y en su *glosa 1* advierte muy bien Greg. Lop. seria lo mismo, si muerto el padre falleciese el tutor que nombró, siendo menor ó impúbere el mozo. Si el menor tuviese madre, le pertenece ante todos esta tutela, y si no la quisiere, á la abuela, y en defecto de ambas entran los parientes laterales por su proximidad, *d. l. 9*. Lámase legítima esta tutela, porque compete por beneficio de la ley, sin intervencion de persona alguna.

11. La *ley del mismo tít. 16* aprueba la legítima tutela que los romanos llamaron *patronorum*, esto es,

manda que, si el señor aforrase á su siervo menor de 15 años, sea su tutor. Pero siendo en España tan rara la esclavitud, apenas podrá suceder este caso.

12. A falta de tutores testamentarios y legítimos entran los dativos (1), llamados así porque son dados por el juez. Cuando se observa esta falta, la madre y los otros parientes que heredarían al mozo, si muriese sin testamento, deben pedir al juez del lugar le dé tutor que sea bueno y rico, y que entienda recibe la tutela mas por beneficio del menor, que de sí mismo. Y si no le pidieren, pierden el derecho que tenían de heredarle, si muriere sin testamento. Y siendo los parientes negligentes, ó no habiéndolos, pueden pedirlos los amigos del mozo ó cualquier otro del pueblo; y el juez lo debe otorgar por sí mismo, si los bienes del mozo valiesen mas de 500 maravedís (de oro debe entenderse, segun el valor que en otra parte explicaremos); mas si valieren menos, bien podrá mandarlo á otro juez que sea menor. Y no solamente puede hacer esto el juez del domicilio del mozo, sino tambien el del lugar de su nacimiento, ó del de su padre; ó el de aquel en que tuviere el mozo la mayor parte de sus bienes, tanto estando el mozo delante, como no estando, y aunque lo contradijera, *l. 12, d. tit. 16.*

13. Y si todos los jueces que lo pueden dar, lo dieren cada uno el suyo, es de dictámen Greg. Lop. en la glosa 13 de dicha *l. 12* que debe ser preferido el que fué nombrado primero; y no apareciendo este, el dado por el juez del origen. Nos parece bien su opinion en la primera parte, porque al que ya tiene tutor no se le puede dar otro. Pero no en la segunda, porque al contrario juzgamos debe ser preferido el dado por el juez del domicilio, fundados en dos razones. La

(1) Princ. Inst. de Afilián. tit.

una, por ser este el orden en que están escritos en esta *ley* 12. Y la otra, porque el tutor se da principalmente para que cuide de la persona del mozo, de cuyas circunstancias tiene el juez del domicilio mas proporcion para estar enterado. Y en el caso de ser el mozo grande, deben las Audiencias remitir al rey la peticion de nombrarle tutor ó curador, que ante ellas se hiciere, *l.* 17, *tít.* 1, *lib.* 6 de la *Nov. Rec.*

14. La *ley* 21, *P.* 6, *tít.* 16 refiere los modos de fenecer la tutela en la manera siguiente: I Por cumplir el huérfano los 14 años, si fuere varon, ó los 12 si fuere hembra (1). II Por la muerte ó desterramiento del tutor ó del huérfano (2). III Por la esclavitud de uno de los dos (3). IV Si fuese dado el tutor á cierto tiempo, ó so condicion, cumpliéndose el tiempo, ó falleciendo la condicion. V Si adoptasen al huérfano ó al tutor, siendo este de aquellos que son llamados legítimos. VI Si se excusase el tutor por causa legítima. VII Si le removiesen de la tutela por sospechoso. Sobre el modo segundo decimos con Greg. Lop. en la *glos.* 2 de *d. l.* 21 entenderse por la palabra *desterramiento*, el que llamaron los romanos *deportacion*, y hemos explicado en el *tít.* 3, *n.* 6. Sobre el IV, que en lo que dice la *ley* *so condicion* quiso significar *pendiente ó durante alguna condicion*, vemos lo resiste algo la expresion; pero de otra manera no le hallamos salida. Si no es que digamos que *so condicion* se puso por *hasta cierta condicion*, segun lo dispuso el Derecho romano (4); pero esto lo impide la palabra *falleciendo*, de que usa la *ley*. El V en quanto habla de la adopcion del tutor, por lo respectivo á la tutela legítima, es conforme al Derecho romano que puso Justiniano en sus *Instituciones* (5),

(1) Princ. Inst. quib. mod. tut. finit. — (2) §§ 3 et 4, eod. — (3) D. § 4. — (4) § 2, eod. — (5) § 3, Inst. quib. mod. tut. finit.

segun el cual la tutela legítima de los parientes, solo competia á los que lo eran por agnacion, la cual perdía el tutor por su adopción. No persuadimos que los componedores del libro de las *Partidas* lo tomaron de ahí, sin reparar que el mismo Justiniano quitó después las diferencias entre agnados y cognados (1), y que nuestra ley 9, d. tit. 16, P. 4 llama á la tutela á los parientes, bajo el nombre general y natural de *parientes*, extensivo no menos á cognado: que á agnados; y el tutor después de adoptado queda cognado. Celebraríamos ver quien discurriese mejor, para conformarnos desde luego con su dictámen. Agnados son los parientes de parte de padre, sin mezcla de ninguna hembra, y por ello conservan su apellido; y cognados, los que son por parte de madre, ó alguna hembra.

15. Debemos notar aquí lo perteneciente á la venia ó dispensa de edad que se concede á los menores. Decimos pues: Que los mayores de 20 años pueden pedir en el Consejo dicha dispensa para poder administrar sus bienes sin licencia ni autoridad de curador ni otra persona alguna, ofreciendo probar su idoneidad. Y en vista de ser justa y correspondiente esta pretension, acuerda el Consejo consultarlo favorablemente á S. M. que suele conformarse y concederla. En virtud de esta venia puede el que la obtuvo hacer y otorgar cualesquier arrendamientos y contratos sobre sus bienes, y otros cualesquier autos que le convengan, judicial ó extrajudicialmente, para recaudar los frutos y rentas de lo suyo, y distribuirlo y hacer de ello como de cosa propia; como tambien tomar cuentas con pago de cualesquier curadores que hayan sido de su hacienda, que deberán dársela. Pero no podrán vender ni obligar los bienes raices de su hacienda sin autoridad ni decreto de la justicia, hasta

(1) Nov. l. 118, cap. 5.

que bayan cumplido los 25 años. Así lo trae en el *tom. 1, cap. 98 de la Práctica del Consejo* Don Pedro Escolano de Arrieta, que fué su secretario, y explica laamente el modo de procederse en esta solicitud. Y nota al principio de dicho *cap.* que, si el pretendiente es mayor de 18 años, puede obtener de la Cámara la dispensa de 18 hasta 20, y con cédula de ella acudir al Consejo á solicitar la referida venia. Hablan de ella la *ley 6, tit. 4, lib. 4; 31, nota 2, tit. 5, lib. 10; y 7, tit. 5, l. 10, Nov. Rec.*

16. Fenecida la tutela por parte del mozo, entran los curadores que se dan á los mayores de 14 años hasta los 25, y tambien los mayores de esta edad locos ó desmemoriados, esto es, mentecatos, *l. 13, d. tit. 16.* Y como el darse á estos procede de no poder ellos por sí cuidar de sus cosas, añade bien Greg. Lop. en la *glosa 1 de esta ley* que tambien deben darse á los pródigos, mudos, sordos, y demás que por perpetua enfermedad no pueden cuidar de sus cosas, según lo dispuso el Derecho romano (1). Aso y de Manuel en sus *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, pag. 11, vers. *Muchas*, atribuyeron á Greg. Lop. haber dicho en la *glosa 2 de la ley 2, d. tit. 16* que no habia curadoría legitima para los furiosos, cuando allí dijo lo contrario.

17. Los que están en su acuerdo, dice *d. l. 13*, esto es, los menores de 25 años, á quienes por sola la falta de edad se les dan curadores, no pueden ser apremiados á que los reciban, si no los quisieren; si no es que hicieren alguna demanda á otro, ú otro á ellos (2). Mas si les hubieren recibido ya, no les podrán desechar hasta que cumplan los 25 años, Greg. Lop. en la *glosa 2 de dicha l. 13*; Gutier. de *tut. part. 1, cap. 9, n. 18*; pero acordamos lo que dijimos en el *tit. 4, n. 23 al fin*. No puede el curador ser dado en testamento; pero si

(1.) §§ 3 et 4, Inst. de curat. — (2.) § 2, Inst. de curat.

fuere dado, y entendiere el juez ser útil al menor, débelo confirmar, *dicha ley 13 (1)*. Y en este caso estará obligado el menor á recibir este curador confirmado, como lo prueban bien Greg. Lop. en la *glosa 5 de d. ley 13* y Gutier. *de tutel. part. 1, cap. 19, n. 30*. Dicha *ley 13* habla claramente de los curadores hasta el vers. *E aun, en que dice que al huérfano que ha guardador no le deben dar otro*: cuya doctrina con las excepciones que allí la siguen, ya la entienden los mismos Lopez y Gutierrez del tutor, como también lo estableció el Derecho romano, sentando la famosa regla: *Habenti tutorem tutor dari non potest* (2). Los modos de acabarse la curaduría son los mismos por que fenece la tutela: con las diferencias que la edad es la de 25 años; y que también se acaba si el furioso recobra el juicio; y el pródigo, las buenas costumbres.

8. Pasemos ahora á tratar de los que sin embargo de competérles la tutela, dejan de ser tutores, ó por que se excusan, ó porque son removidos. Y advertimos ante todas cosas que cuanto diremos de tutores, veremos se entienda también de curadores. Siendo la tutela un oficio que, aunque no es, hablando con rigor, público, se le considera tal por algunos respectos, mereciendo la real proteccion los que están en ella, *l. 41, tít. 18, P. 3; l. 20, tít. 23, P. 3*, no es de extrañar necesitan de justa causa los que quieran excusarse de administrarla. *Excusanza*, dice la *ley 1, tít. 17, P. 6*, es como *monstrar alguna razon derecha en juicio, porque aquel que es dado por guardador de algun huérfano, non es tenido de recibir en guarda á él, nin á sus bienes*. Es pues preciso para conseguirla tener *alguna razon derecha*, ó *justa causa*. Solo advertimos en este particular que, á nuestro dictámen, no necesitan de causa alguna para excusarse los tutores legítimos, atendidas la *ley 2, vers.*

(1) § 1, cod. — (2) § 5, cod. — (3) § 5, cod.

La tercera, y la ley 12 en el principio del *ít.* 16, P. 6, que lo dejan á su arbitrio; y de consiguiente que solamente es necesaria á los testamentarios y dativos.

19. En la ley 2 de dicho *tít.* 17, P. 6 se refieren varias de estas justas causas, que son: I el tener cinco hijos naturales y legítimos vivos, y deben contarse entre los vivos los que perecieron en batalla, en servicio de Dios y del rey (1); II el ser recaudador de las rentas del rey (2), ó ser su mensajero; y III el haber de juzgar y cumplir la justicia por obra. Y añade la misma ley que ninguno de estos puede excusarse de la tutela que hubiese recibido antes de tener su oficio (3). Cuya añadidura, y lo que vamos á ver sobre la excusa siguiente, nos hace admirar no haber sido bastante para detener á Greg. Lop. y á Gutier. que creyeran, aquel en la glosa 5 de d. l., y este en su *lib. de tutel. part. 1, cap. 21, nn. 4 et 5*, significarse al ausente por causa de la república por la voz *mensajero*: la cual segun D. Sebastian de Covarrubias en su *Tesoro de la lengua castellana*, y el *Diccionario de la misma de la real Academia española*, significa el que lleva algun despacho ó recado á otro, y en esta misma significacion la tomaron las leyes 10, *ít.* 31, P. 2 y la ley 13, *ít.* 29, P. 3; por todo lo cual juzgamos que su *mensajero* en d. l. 2 tanto vale, como llevador de recados, ó cobrador de los recaudadores, á los que se refiere la palabra *su*. Confronta en esta excusa con el texto romano que habla de la siguiente.

20. III excusa es ir en servicio del rey por su mandado á alguna parte, que fuese muy lucña: ó fuese allá por servicio, ó por pro comunal de la tierra en que vive. Esta sí que es la que se acomoda á los ausentes por causa de la república; y con efecto, el mismo Lop. en la glosa 9, y Gutierrez en el n. 6 la confrontan tambien con la

(1) *Princ. Inst. de excus.* — (2) § 1, *cod.* — (3) D. § 1.

que las leyes romanas concedieron á estos ausentes (1). Y lo acaba de convencer el que á estos tales da nuestra ley 2 que pueden separarse de la tutela que antes tenían, encargándola á otro durante su ausencia, y que vueltos tengan un año de vacación á excusa de una nueva tutela que se les quisiere encargar; pero que puedan tomarla, si les placiere. La IV excusa es, si acaeciese algun pleito ganado de nuevo entre el guardador del huérfano sobre toda la heredad, ó sobre alguna partida grande de ella (2). La V excusa es, si alguno tuviese tres guardas de huérfanos, y le quisieren dar otra, bien se puede excusar de la cuarta (3). Gutier. en su citado *lib. de tutel. part. 1, cap. 21, n. 8 y siguientes*, hablando de esta excusa, adopta las declaraciones del Derecho romano en este particular, esto es, que para dar excusa las tres tutelas, no deben ser afectadas, y que no sirven por tutelas las fidejorías de ellas; pero que bastaría una sola tutela, si fue tan difusa y de tantos negocios, que equivale á muchas (4).

21. La VI excusa es la pobreza, y la VII la enfermedad, cuando fuesen tales, que le impidiesen poder cuidar del huérfano (5). Y la VIII el no saber leer ni escribir, y ser tan simple ó necio, que no se atreviese á hacer la guarda con recaudo. La IX excusa es, si hubiese tenido el guardador grande enemistad capital con el padre del mozo, y después no hubiese sido hecha paz entre ellos (6). La X, si al nombrado guardador hubiese movido pleito de servidumbre el padre del huérfano, ó él al otro (7). Y la XI, el ser el nombrado mayor de setenta años (8). Las excusas hasta aquí referidas están expresadas en la arriba citada ley 2, *tít. 17, P. 6*. Hay todavía otras contenidas en la ley 3 inmediata, que son las siguientes.

(1) § 2, *cod.* — (2) § 4, *cod.* — (3) § 5, *cod.* — (4) § 5, *cod.* l. 115, §. 9, 1, 31, § ult. de excus. — (5) §§ 6 et 7, *inst. de excus.* — (6) § 11, *cod.* — (7) § 12, *cod.* — (8) § 13, *cod.*

22. La XII excusa es el ser caballero que estuviese en corte del rey, ó en otro lugar señalado por su mandado, ó por pro comunal de la tierra, por cuyas palabras nadie duda entenderse los soldados, y así lo explican Greg. Lop. y Gutier. Es la XIII excusa (1) el ser maestro de gramática ó de retórica ó de dialéctica ó de física, mostrando su ciencia á los escolares, ú obrando por ella en su tierra ó en otro lugar por mandado del rey: é lo mismo es de los maestros de las leyes que sirven á los reyes viviendo con ellos por sus jueces ó sus consejeros, y de los filósofos que muestran el saber de las naturas: cuya excusa, como advierte Gutier., exige actual enseñanza ó ejercicio de su oficio en los que quieran valerse de ella. La XIV excusa es la que tiene el que ha sido tutor de un huérfano, para ser su curador (2). La XV y última excusa, que expresa dicha ley 3, *tít. 17, P. 6*, es de las que llaman necesarias, que hablando con propiedad, mas son prohibiciones que excusas, y es la que tiene el marido para ser guardador de los bienes de su mujer que fuese menor de edad. Pero debemos advertir que en este particular tenemos ahora una ley mas nueva, que lo es la 7, *tít. 2, lib. 10 de la Nov. Rec.*, en la cual se manda que el marido, que haya entrado en los 18 años, tenga la administracion de sus bienes y de los de su mujer, sin necesidad de venia de edad, como notamos ya arriba, *tít. 4, n. 27*. Y por último, debemos acordar una nueva excusa establecida en la ley 3, *tít. 29, lib. 7 de la Nov. Rec.* á favor del que tuviere 12 yeguas de vientre.

23. Queremos hacer aquí presente, para que los incautos no caigan en ella, la equivocacion que padecieron Aso y de Manuel en sus *Instituciones de Castilla*, lib. 1, cap. 4, vers. *Se excusan*, diciendo que por la ley 21, *tít. 18, lib. 6 de la Nov. Rec.* no competían al

(1) § 14, eod. — (2) § 18, Inst. de excus.

pechero del rey las cuatro excusas de tutelas, pobreza, enfermedad, no saber leer ni escribir, y ser mayor de 70 años, establecidas, como hemos visto arriba *nn.* 19 y 20, en la *ley* 2, *tít.* 17, *P.* 6, sin advertir que *d. l.* 21 solo deroga los privilegios ó exenciones personales concedidos á algunos plebeyos por redundar en deservicio del rey; y que por lo contrario aprueba expresamente las excusas que acabamos de expresar, por aquellas palabras : *Y queremos que no gocen de ellas, salvo aquellos, que los derechos y leyes de nuestros reinos excusan de los tales cargos y oficios.* Y ¿cómo había de quitar unas excusas que las ha introducido la misma necesidad?

24. El tiempo para proponer el tutor la excusa, lo señala la *ley* 4 y *últ. d. tít.* 17, *P.* 6 en los mismos términos que lo hizo el Derecho romano (1), esto es, 50 dias, contadores desde el dia en que se supiere era dado por guardador, en el caso que estuviese en el lugar en que fué dado, ó no mas lejos de 100 millas; y si estuviere á mayor distancia, un dia por cada 20 millas y 30 dias mas. Nada mas dice nuestra ley en este particular, ni lo dijo la romana que señaló el tiempo. Pero sus jurisconsultos Scévola, Modestino y otros, interpretándola dijeron que en este último caso debe hacerse de modo la computacion, que nunca tenga el que está mas lejos menos de 50 dias, porque de otra suerte seria de peor condicion que el mas cercano (2). No lo hallamos en Greg. Lop. ni en Gutier., cuando hablan de *nuestra ley* 4, sin embargo de estar tan á la vista la equidad y peso de esta razon que movió á los jurisconsultos romanos. Y añade la misma *ley* 4 que desde el dia en que empezaron los referidos 50, hasta cumplir cuatro meses, se ha de decidir el pleito, si debe valer ó no la excusa; y que si el guardador se sintiere

(1) § 16, Inst. de excus. — (2) D. § 16.

agraviado, por habérsele desechado la excusa que propuso, puede apelar de la sentencia.

25. Hemos hablado de los tutores nombrados que no administran la tutela por su voluntad, acreditando justas causas que les excusan. Tratemos ahora de aquellos que, aunque quisieren administrarla, son impedidos ó removidõs de ello, por ser sospechosos. Aquel guardador, dice la *ley 1, tít. 18, P. 6*, puede ser llamado sospechoso, *que es de tales maneras, que pueden sospechar contra él que desgastará los bienes del huérfano, ó que le mostrará malas costumbres*. Y añade que, aunque el tal fuese rico y quisiere dar fiador de guardar y aliñar los bienes del mozo, con todo eso no le deben dejar en su guarda (1); como por lo contrario, que si fuese pobre y de buenas maneras, no deben por ende sacar de su poder al huérfano. En seguida pone varias razones por las cuales pueden ser removidos ó tollidos los tutores, y darse otros en su lugar, y son : I Si alguno hubiese sido guardador de otro huérfano é hubiese procurado mal los bienes de él. II Si le hubiese mostrado malas maneras. III Si despues que hubiese en guarda al mozo, fuese hallado que era su enemigo ó de sus parientes. IV Si dijese delante del juez que no tenia que dar á comer al mozo, y hallasen que dice mentira (2). V Si no hubiese hecho inventario de los bienes del huérfano. VI Si no le amparase á él, é á sus bienes en juicio, ó fuera de juicio. VII Si se le escondiese, y no quisiese parecer, cuando supiese que le habian dado guardador del huérfano (3).

26. Acusar puede al guardador por sospechoso cada uno del pueblo. E generalmente es tenuta de lo facer la madre del huérfano, ó su abuela, ó su hermana, ó

(1) §§ 5 et ult. Inst. de susp. tutor. — (2) § 10, eod. — (3) § 9, eod.

su ama que lo crió : y otra cualquier persona tambien muger como hombre , que se mueve á hacerlo por razon de piedad (1). Pero el mozo menor de 14 años no podrá acusar á su guardador por sospechoso ; mas si fuese mayor lo podrá hacer con consejo de sus parientes (2). Y puede ser acusado por sospechoso tambien el que fuese dado al que está en el vientre de su madre, como al ya nacido, sea el tutor testamentario, legítimo ó dativo. Y debe ser hecha la acusacion delante del juez mayor del lugar donde ha el mozo sus bienes, estando delante aquel contra quien es dada la acusacion de la sospecha, como todo lo de este número consta en la ley 2, d. tit. 18, P. 6.

27. Y puede tambien el juez de oficio remover al guardador, aunque ninguno le acuse , si viere ó entendiere que era sospechoso (3). Y debe advertirse que pendiente el pleito de acusacion ha de dar el juez á otro hombre bueno y fiel la guarda del mozo y de sus bienes, hasta que el pleito sea acabado, l. 3, d. tit. 18. Y si el guardador es removido por engaño que haya hecho en los bienes del menor, quedará infamado para siempre y pagará al huérfano el daño que le hizo , segun el arbitrio del juez. Mas si no es removido por engaño, sino por pereza y haber cuidado mal, no queda infame, l. 4, d. tit. 18 (4).

28. Desembarazado el tutor de excusas y sospechas, debe encargarse de la administracion de la tutela, y antes de entrar en ella debe dar fiadores valiosos al juez del lugar, que prometan y se obliguen por los guardadores que ellos aliarán y guardarán bien y lealmente los bienes de los huérfanos y los frutos de ellos (5). Y debe tambien jurar que hará todas las cosas á pro ó beneficio de los huérfanos que tiene en

(1) § 3, cod. (2) § 4, cod. — (3) L. 3, § 4, de susp. tut. — (4) § 6, cod. — (5) Princ. Inst. de satisd.

guarda, guardando lealmente sus personas y cosas, *l. 9, tit. 16, P. 6* (1). Y asimismo debe formar luego inventario de todos los bienes y derechos del huérfano (2), de modo que, si no lo hiciere, puede ser removido por sospechoso, á no ser que mostrase derecha causa de no haberlo hecho, que entonces no le deben remover, sino mandarle que lo haga luego, *l. 15, d. tit. 16*. Y por cuanto *esta ley* usa de la palabra *luego*, sin expresar tiempo, juzga Gutier. citando á otros, en su *libro de tutel. part. 2, cap. 1, n. 10*, que lo debe en continente que pueda, sin valerse del tiempo concedido á los herederos. La fórmula se halla en la *ley 99, tit. 18, P. 3*. Y es de tanta fuerza este inventario, que no es permitido al guardador dar prueba en contrario *l. 120, tit. 18*. Y si el huérfano no tuviese bienes, debe el guardador protestarlo ante el juez, y esta protesta le sirve de inventario, Greg. Lop. *glosa 3 de d. l. 99* citando á otros.

29. En cuanto á la obligacion del afianzar, es bien sabido que las leyes romanas eximian de esta carga á los tutores testamentarios, con la buena razon de que su fe y diligencia está aprobada por el testador, que cuida de nombrar á sus mayores y mas fieles amigos (3). Y este modo de pensar siguen Gutier. *d. lib. part. 1, cap. 5, n. 1*, y Greg. Lop. en la *glosa 5 de d. l. 9, tit. 16, P. 6*, cuya ley y la *94, tit. 18, P. 3* lo confirman tambien, cuando tratando de la obligacion de afianzar, solo hablan de los legítimos. Y por lo que respecta á los dativos, añade allí mismo Greg. Lop. que en la práctica (así lo vemos) á todos se les exige que afiancen.

30. De la madre y la abuela dijimos arriba en el *n. 6* que para tomar la tutela, deben prometer no

(1) Nov. 72, cap. ult. — (2) *L. 7, de adm. et per. tutor.* —

(3) *Princ. Inst. de satisf. tut. l. 36, de excusat.*

rasar y renunciar á la prohibicion de obligarse por otros. Y hablando de ellas en cuanto á la obligacion de afianzar Aso y de Manuel en sus *Instituciones*, lib. 1, cap. 3, vers. Como, dicen que solo están obligadas á hacer las renunciaciones. Pero tenemos por mucho mas probable la contraria opinion de Greg. Lop. en la *glosa* 8 de d. l. 9, y Gutierrez en d. part. 1, cap. 12, n. 16, en donde la prueban latamente con bellísimas razones, atisfaciendo lo que pueda decirse en contrario.

31. Si los guardadores de los huérfanos fueren muchos, y se levantara desacuerdo entre ellos, de manera que no se puedan todos juntar á hacer aquellas cosas que son obligados, puede uno de ellos decir al juez que quiere afianzar y obligarse á cumplir por todos; y si no, que lo haga alguno de ellos: y si se acordaren en esto, debe el juez recibir el afianzamiento. Pero si se desacordaren de manera que cada uno quiere obligarse, debe escoger el juez á aquel que entendiere lo hará mejor, y será mas provechoso al huérfano, y tomándole fiador en los términos referidos, darle poder para que él solo administre la tutela, l. 11, d. tit. 16, P. 6, en cuya *glosa* 4 dice Greg. Lop. que, si el testador expresó cual de los que nombraba queria que administrase, este debia ser preferido á todos

no es que constase de alguna circunstancia por la cual debia ser repelido; y que si no se convienen, que uno solo administre; pidiendo que la tutela se divida por regiones, deberán ser oídos.

32. En el gobierno de la administracion de su oficio, debe el tutor cuidar ante todas cosas de la utilidad de la persona del pupilo; y en consecuencia de ello, de la de los bienes del mismo. Veamos pues primero lo que debe hacer en cuanto á la persona. Ha de cuidar de su educacion y alimentos. Si el padre ó el abuelo señalaren en su testamento el lugar, en él deberá educarse, y si no lo hubieren hecho, procu-

rá el juez con mucho cuidado escoger un hombre bueno, que ame la persona del huérfano y el provecho de él, y que sea tal, que muriendo el mozo, no haya derecho de heredar lo suyo. Pero si tuviese madre que fuese mujer de buena fama, bien le puede dar el hijo que lo críe, y ella lo puede tener mientras se mantuviese viuda. Mas luego que casare, deben sacar el huérfano de su poder, *l. 19, d. út. 16, p. 6.*

33. Los alimentos del huérfano debe tasarlos el juez segun su arbitrio, atendida la riqueza del mozo, tanto en cuanto al comer, como en el vestir, con los de su compañía, y cuidando salgan estos gastos de los réditos ó frutos de los bienes del mismo mozo, quedándole salvas las fincas, si se pudiere facer, segun lo expresa la *ley 20 de dicho út. 16.* Y comentando Greg. Lop. estas últimas palabras *si se pudiere facer*, dice en la *glosa 3* que apoyan la opinion de Alberico, que manifestó en la *glosa 1*, esto es, que puede el guardador echar mano á las propiedades del huérfano, cuando no bastaren sus réditos para alimentarle, mayormente si fuese noble. Y lo mismo afirma Gutier. en *d. libro, part. 2, cap. 3, n. 10* citando á otros. Y añade Molina *de just. et jur. disp. vers. Quando minores*, que, atendida la calidad de los huérfanos y sus padres, deben los guardadores destinarles á artes, oficios, ó servir á otros, para alimentarles y educarles; y con efecto así vemos practicarse: ni hay otro camino que tomar. Así lo dicta la equidad, aunque nos falte ley expresa, como en caso semejante dijo con su acostumbrada elegancia el célebre jurisconsulto Ulpiano (1). Cuando los frutos ó réditos de los bienes de los pupilos igualan poco mas ó menos á los alimentos que les corresponden, hay la practica de

(1) L. 2, § 5 de aq. pluv. arcen.

pedirse por los tutores, y concedérseles por el juez frutos por alimentos, es decir que, alimentando al pupilo segun su estado y circunstancias, hagan suyos los frutos sin obligacion de dar cuenta de ellos, ni poder sacar su décima. Es un método muy desembarazado, y si se ejecuta sin fraude y con justificacion, no contiene iniquidad alguna, ni es perjudicial á los pupilos.

34. Y adviértase que, si el guardador entendiese que seria daño del mozo el descubrir la riqueza ó la pobreza de él, y por esta razon le gobernase de lo suyo, expendiendo por él cuanto fuese guisado, ó por mas por esta razon, entonces lo puede facer; é debe despues el mozo, cuando fuere de edad, pagarle todo lo que de esta manera hubiere despendido por él, como expresamente lo establece *d. l. 20*. Cuya doctrina es de dictámen Gutier. en su citado libro, *part. 2, cap. 3, n. 5* que tiene lugar, no solo cuando el guardador tuvo justa causa para hacerlo, sino tambien quando lo hizo por descuido de no haber acudido al juez.

35. Debe tambien cuidar el guardador que el huérfano aprenda buenas costumbres, y á leer y escribir; y despues ponerle á que aprenda y use aquel menester ó destino que mas le conviniere, segun sus circunstancias y riqueza, *l. 16, d. tit. 16, P. 6*. Y es tambien obligacion del guardador demandar en nombre del huérfano, y defender su derecho en todo pleito que moviese, ó le fuese movido en juicio. Y lo puede hacer uno solo de los guardadores, si fuesen muchos, aunque los otros no estuviesen delante, siendo el huérfano menor de siete años, ó estando ausente. Pero si fuese mayor de esta edad, puede el mismo huérfano mover el pleito con otorgamiento del guardador, ó este en nombre del huérfano, estando presentes los dos. Y si el mismo huérfano hiciese algun contrato con otro sin otorgamiento del guardador, no valdria en quanto fuese en su daño; pero sí en quanto le fuese

provechoso : y el ortogamiento débelo hacer el guardador por sí, y no por mandadero ni carta, *l. 17, d. tit. 16 (1).*

36. Asimismo debe cuidar el guardador con buena fe y lealmente de los bienes del huérfano, enderezándolo todo á su beneficio, conservando los edificios que no caigan, labrando las tierras y criando los ganados que hallare, *l. 15, d. tit. 16.* Y aunque nada hallamos expresamente establecido en nuestras leyes sobre obligacion de emplear el guardador el dinero del huérfano; vemos y advertimos que nuestros mas célebres jurisconsultos, Covar. *l. 3, variar. cap. 2, n. 1*; Gutier. *de tutel. part. 2, cap. 9*, y otros que tratan de este asunto, dicen estar obligado á emplearlo en compras de fincas, ó entregarlo á algun mercader á participacion de un lucro honesto, segun el estilo de la provincia : cuyo lucro puede recibir lícitamente, segun la doctrina del capítulo *per vestras 7 de las Decretales, de donat. inter. vir. et uxor.* Y de consiguiente, que debe ser condenado á satisfacer al huérfano el perjuicio que le haya causado con tener el dinero ocioso; pero con la advertencia de que este lucro ó interés del huérfano sea leve, como así está recibido en la práctica, como atestigua Ayora *de partit. part. 1, cap. 4, n. 30.* Y este empleo lo deberá hacer dentro de los 6 primeros meses, desde que recibió la tutela; ó de dos, si fuese ya nombrado de atrás, si no es que hubiese impedimento para el empleo.

37. Por la utilidad de los huérfanos, tienen prohibicion de enajenar sus bienes raices los guardadores, *l. 18, d. tit. 16, l. 60, tit. 18, P. 3*; entendiéndose tambien por enajenacion el empeñarles, *l. 8, tit. 13, P. 5.* Y aunque estas tres leyes todo lo expresan de los bienes raices, con todo en atencion á que la *ley 4, tit. 5,*

(1) Princ. Inst. de auct. tut.

P. 5 dice generalmente que los guardadores no deben enajenar las cosas de los huérfanos, opinan algunos de nuestros doctores, á imitacion del Derecho romano (1), que tampoco pueden enajenar las muebles preciosas útiles al huérfano que puedan guardarse. Guér. en su *citado libro de tut. part. 2, cap. 21* examina lata y fundadamente esta cuestion, resolviendo á lo último que, aunque no las pueden enajenar, las pueden empeñar. Tambien la examina Greg. Lop. en la *glosa 3 de la ley 4, tít. 5, P. 5*, y en la *3, de la ley 8, tít. 13, P. 5*. Se fundan en que *d. l. 8* concede la facultad de empeñar las muebles indistintamente: bien que con la añadidura de que debe meter en pro del mozo los maravedís que tomare sobre los peños. Nuestro instituto no nos permite engolfarnos mas. Esta absoluta prohibicion debe entenderse, si no intervinriere decreto del juez; pues con este podrán enajenar los guardadores dichos bienes, cuando fuere grande la necesidad ó el provecho de los huérfanos, como si lo hicieren por pagar deudas, casar alguna de las hermanas del mozo, por casamiento del mismo, ó por otra razon derecha, no lo pudiendo excusar en ninguna manera; de suerte que el juez deberá otorgar el decreto, si entendiere que tal enajenamiento se hace por alguna de las razones sobredichas. Y se hará la enajenacion en pública almoneda de 30 dias. Y no deberá consentir que la casa que fué del padre ó del abuelo del huérfano en que él nació se enajene en ninguna manera, pudiéndolo excusar, *d. l. 18, d. l. 60*.

38. Como la prohibicion de enajenar los guardadores los bienes de sus huérfanos, solo dice respecto á los raices ó muebles preciosos ó útiles á estos, que pueden guardarse, claro está que pueden enajenar los demás muebles sin decreto del juez, cuidando siempre

(1) *L. 27, ff. de administ. tutor.*

de hacerlo por beneficio del huérfano, y de consiguiendo empeñarlos, l. 8, tít. 13, P. 5, Gutier. d. part. 2, cap. 21. La ley 4, tít. 5, P. 5 permitia que el guardador pudiese comprar bienes de su huérfano, bajo ciertas solemnidades; pero está corregida por la ley 1, tít. 12, lib. 10 de la Nov. Rec. que prohíbe que el cabezalero, guardador de huérfanos, ú otro hombre ó mujer, que sea, pueda comprar cosa alguna de sus bienes de aquel ó aquellos que administrare, previniendo que si la comprare pública y secretamente pudiéndose probar, la compra que así fuere hecha, no vala, y sea desfecha y torne el cuatrotanto de lo que valia lo que compró, y sea para la Cámara del rey.

39. Fenecida la tutela, está obligado el tutor ó guardador á dar cuenta buena y verdadera de administracion, entregando al mismo huérfano ó á su sucesor todos los bienes así muebles como raices. Y para cumplirlo, además del guardador, están obligados los fiadores que dió, y sus herederos con todos sus bienes, como expresamente lo establece la ley últ. de d. tít. 16, P. 6, de cuyas últimas palabras infiere Greg. Lop. en su glosa 8 que aun los bienes propios de los herederos de los fiadores están hipotecados á favor del huérfano, y recomienda la memoria de esta ley. Que los de los mismos guardadores lo esten desde el día en que comenzaron á usar su oficio de la guarda basta que den cuenta, es literal en la ley 23, tít. 13, P. 5.

40. Además de tener los guardadores derecho de que se les abone en las cuentas lo que justa y legítimamente hayan gastado en beneficio y provecho de los huérfanos, lo tienen tambien para percibir la décima parte de los frutos de los bienes de estos. Así lo estableció la ley 3, tít. 3, lib. 4 del Fuero juzgo, y despues la 2, tít. 7, lib. 3 del Fuero real. Y por quanto estas dos leyes expresan que la décima ha de ser de los frutos de los bienes del huérfano, y fruto en el sentido

civil, se entiende lo que sobra deducidas las expensas, *lib. 4, tit. 14, P. 6, vers. Ca segun* (1), prueba bien Gutier. *de tutel. part. 3, cap. 27* que antes se han de sacar las expensas, y de lo que restare líquido, la décima, entendiendo por expensas las que se hubiesen hecho por razon de los frutos; pero no las hechas para utilidad perpetua ó mejora de los mismos bienes, como reparar la casa ú otras semejantes, las cuales no disminuyen la décima, sí que se han de pagar íntegramente de los frutos pertenecientes al huérfano. Y en el *cap. 23* entiende con razon por frutos á los naturales, industriales y civiles. Si el guardador fuese labrador y trabajase con sus manos en tierra del huérfano, podrá cobrarlo á título de expensas, además y antes de percibir la décima; mas no si pretendiere cobrar algo por razon de haber cuidado de los negocios del huérfano, cobrando y pagando sus deudas, porque esto pertenece al officio del guardador, como advierte el mismo Gutier. en *d. part. 3, cap. 2, nn. 19, 20*.

41. El derecho del padre en los bienes del hijo que tiene en su patria potestad, de los que es usufructuario y legítimo administrador, es muy superior al de los otros, que administran bienes ajenos. No necesita decreto de juez para tomar y ejercer su administración. Ni para enajenar los bienes raíces, cuando hay justa causa para la enajenacion. Ni esta obligado á hacer inventario de ellos, sí solo una descripcion ante un escribano, presentes padre é hijo, y dos testigos, como citando á muchos lo prueba Castillo *de usufruct. cap. 3, nn. 10, 69, 87 y siguientes*, en que explica la diferencia entre inventario y descripcion. La *ley 24, tit. 13, P. 5* que citamos abajo, *tit. 17, n. 9* prueba esta facultad en el padre de enajenar, sin hacer mencion de decreto de juez, aunque no debe hacerlo.

(1) *L. 7, solut. matrim.*

TITULO VIII.

DE LA RESTITUCION DE LOS MENORES.

Tít. 19, P. 6; y tít. 13, lib. 11 de la Nov. Rec. (1).

1. Razon del método.
2. Qué cosa sea restitucion *in integrum*.
3. Qué ha de probar el menor para conseguirla, y en qué casos compete.
4. Se concede con conocimiento de causa, y cómo. Solo en un caso aprovecha á los fiadores.
- 5, 6 y 7. Casos en que cesa la restitucion.
8. Tiempo de pedirse.
9. Compete tambien á las iglesias, ciudades y otros cuerpos.
- 10, 11 y 12. Y á otros expresados en estos números.

1. Nos parece bastar lo que hemos dicho de tutores y curadores. Y en atencion á que los huérfanos que están bajo la potestad y gobierno de estos tienen la restitucion *in integrum*, cuando son perjudicados por razon de sus tratos y negocios, creemos no ser importuno tratar aquí de estas restituciones; y con efecto este mismo orden sigue el libro de las *Partidas*.

2. Es constante que el juicio de los menores es frágil y débil, y por lo mismo expuesto á muchos engaños y perjuicios, que los padecen con frecuencia por su propia debilidad, por culpa de sus guardadores, ó de otros. Y de ahí es que los legisladores han tenido á bien mandar que sean restituidos ó restablecidos de los daños que hayan recibido por estos motivos, *princ. del tít. 19 y ult. P. 6*. A este remedio de los menores llamaron las leyes romanas (2) *restitutio in integrum*, y así le llaman tambien nuestras leyes, *l. 3, tít. 13, lib. 11 de la Nov. Rec.* y otras, y no es otra cosa que reposicion de la cosa al estado que tenia antes de

(1) Tít. 4, lib. 4. — (2) Tít. 4, lib. 4.

haber padecido el daño el menor, l. 1, d. tit. 19, l. 1, tit. 25, P. 3.

3. Menor se entiende el que no ha cumplido los 25 años, aunque le falte muy poco tiempo para ello, advirtiéndose que, si el año del nacimiento ó el último de la menor edad fuese bisiesto, los dos últimos días de febrero se cuentan por uno (1). Y para conseguir la restitucion ha de probar dos cosas. La una, que es menor; y la otra, que ha recibido daño por su debilidad, por culpa de su guardador, ó por engaño de otro, *l. 2, d. tit. 19* (2), tanto en los actos judiciales, como en los extrajudiciales (3), de cualquiera naturaleza que sean, *l. 2, tit. 25, P. 3, l. 3, 5, d. tit. 19*, en la que se ponen varios ejemplos, sin impedir la restitucion de haber intervenido decreto del juez, *l. 1, título 13, P. 3*. Y tiene tambien lugar la restitucion para desamparar el menor la herencia que hubiese ya adido (4). Pero debe á hacerlo delante de los acreedores de la herencia, para que sepan las razones por que la desampara. Y en vista de serle dañosa, la acuerda el juez, poniendo primeramente en seguridad todas las cosas que perteneciesen á la herencia, *l. 7, d. tit. 19*. Y en cuanto á prescripcion espriene la *ley 9 de d. tit. 19* que las de veinte ó menos años no corren contra los menores, sino en el caso que hayan empezado contra sus predecesores, y entonces compete la restitucion por razon del tiempo que corrió contra ellos durante su menor edad. Pero que las de mayor tiempo corren contra los mayores de 14 años sin distincion, compitiendo para rescindir las la restitucion. Y queremos advertir aquí las siguientes especies, aunque no tocadas en nuestras leyes, porque, sobre ser harto interesantes, las trató el Derecho romano, y creemos ser equitativo

(1) L. 98, de verb. sign. — (2) L. 7, § 7, de minor. —

(3) D. l. 7, § 5. — (4) D. l. 7, § 9

lo que estableció, y son, que la restitucion de los menores tiene tambien lugar contra el fisco, y vence á los privilegios, que los senadosconsultos Veleyano y Macedoniano concedieron á las mujeres é hijos de familia. Lo tratamos con mas extension en nuestro *Digesto*, lib. 4, tit. 4, n. 12, notando tambien lo que deba hacerse cuando un menor choca contra otro menor.

4. La restitucion se ha de conceder con conocimiento de causa, como suele decirse, esto es, el juez debe llamar ante sí la otra parte á quien se hace la demanda (1), y si hallare que el pleito, juicio ó diligencia sobre que demandan la entrega, fué hecho en daño del menor, débele tornar en aquel estado en que era antes, de manera que cada una de las partes haya en salvo su derecho, así como lo habia primeramente, l. 2, tit. 25, P. 3. Y puede el menor hacer esta demanda no solo durante su menor edad, sino tambien cuatro años despues, que se suelen llamar el cuadrienio legal; y no solamente el menor, sino aun sus herederos, l. 8, d. tit. 19, P. 6 (2). Y pendiente el juicio de restitucion, no puede hacerse en él cosa alguna nueva, d. l. 2, tit. 25, P. 3 (3). Pero no aprovechará la restitucion á los fiadores del menor, sino en el caso en que fuese hecho engaño en el mismo negocio del cual fué fiador, que entonces deberá ser deshecho á beneficio del menor y fiadores, en cuanto montare el engaño, l. 4, tit. 12, P. 5.

5. Carleval en su libro de *jud. tit. 3, quæst. 16, n. 36*, y Gutier. *practicar. quæst. 32, n. pen.* juzgan que no debe denegarse la restitucion, sino en los casos que expresamente esté prevenido, sin que basten palabras generales, y así lo persuade la suma equidad que ha dado causa á este remedio. Los casos en que se

(1) L. 13, de minor. — (2) L. ult. C. de temp. in integ. restit. l. 1, l. 8, § ult. de minor. — (3) Tit. C. in int. rest. post.

niega, son : I Si dijese el menor engañosamente que era mayor de 25 años, y por su persona pareciese tal, *l. 6, d. tit. 19*; la cual da la razon, á saber, que las leyes ayudan á los engañados, y no á los engañadores (1). Pero si por la cara pareciese ser menor, dice Greg. Lop. en la *glosa 1 de d. l. 6* fundado en sus mismas palabras, y citando á otros y á las leyes romanas (2), que tendria lugar la restitucion, porque no se podria decir engañado el que trató con el menor, sino que los dos fueron dolosos, y el dolo del uno se compensaria con el del otro, como si ninguno lo hubiese tenido. II Si el pleito fuese comenzado siendo el huérfano menor, y la sentencia se diere cuando ya era mayor, *l. 2, d. tit. 25, P. 3* (3). III Si el huérfano mayor ya de 10 años y medio fuese sentenciado por haber cometido homicidio, hurto ú otros delitos semejantes. *l. 4, d. tit. 19*. Y lo mismo seria si siendo mayor de 14 años, constase haber cometido adulterio, *d. l. 4* (4). IV Si habiendo seguido el menor pleito pidiendo se declarase que alguno era su esclavo, se hubiese sentenciado que era libre: lo que se ha establecido por favor de la libertad, *l. 6, d. tit. 19* (5). V Si el deudor del menor le pagase con otorgamiento ó mandamiento del juez. Pero si pagase de otra manera, y despues el menor jugare el dinero ó lo gastare mal ó le perdiese, si que tendria lugar la restitucion, *l. 4, tit. 14, P. 5* (6). La razon de cesar en el primer caso, sin embargo de competir aun quando interviene decreto del juez, como hemos notado arriba *n. 3*, es porque el deudor pagó por necesidad que tuvo de obedecer el mandamiento del juez: lo que es justo le liberte y dé seguridad.

(1) *L. 2, l. 3, C. si min. se maj. dix.* — (2) *L. 25, juve. l. 26, de rei vind. l. ult. § 3, de eo per quem facer.* — (3) *L. 3, § 1, de min.* — (4) *L. 9, § 2, eod.* — (5) *D. l. 9, § ult. sit 6. si adver. lib.* — (6) *L. 1, C. si adv. solut.*

6. VI Cesa la restitucion, si el daño que ha padecido el menor por razon de sus tratos, viniese por caso fortuito, porque para tenerla es preciso le haya sucedido el daño por su debilidad de juicio, culpa del guardador ó engaño de otro, *l. 2, d. tit. 19* (1). VII Cesa tambien, si el menor tuviese el remedio de la nulidad, por haber sido nula la sentencia que le dañaba, *l. 1, d. tit. 25, P. 3* (2). Y es la razon, porque la restitucion es remedio extraordinario y subsidiario; y los que son de esta clase, cesan cuando compete algun ordinario, y lo que es nulo no puede rescindirse (3): cuya razon la indica la misma *ley 1* por aquellas palabras: *E por ende no seria menester de desatarla por restitucion*. VIII Niega tambien la restitucion á los mozos mayores de 14 años el que hayan jurado no hacer uso de su mayor edad para rescindir sus contratos ó pleitos, *l. 6 de d. tit. 19*, aprobando la famosa auténtica de los romanos, *Sacramenta puberum*, que tanto ha turbado la jurisprudencia, como claman muchísimos autores, y en nuestro tiempo Castro en sus *discursos críticos sobre las leyes*, lib. 3, disc. 2 y 4. Vemos con gusto su inobservancia, y hemos manifestado nuestro dictámen sobre ella en el *Apéndice de minor. 25 an.* que va en su título correspondiente en nuestro *Digesto romano español*. En el Derecho romano estableció la *ley 1, C. de his qui veniam ætat.* no tener la restitucion los que hubiesen obtenido la venia ó dispensa de edad, diciendo ser cosa muy manifesta, porque no pareciese que habian sido engañados por la real concesion los que contrajeron con ellos. Aunque no hemos hallado ley de España que lo diga, nos ha parecido notarlo para que se haga el uso que se estime.

(1) *L. 11, § 4, de min.* — (2) *L. 16, § 3, de min.* — (3) *D. . 16 per totam*

7. Tampoco hay restitución de algunos términos dilatorios, que por eso llamamos fatales, cuales son el de 9 dias para intentar el retracto de sangre ó abo- lengo, *l. 2, tit. 13, lib. 10 de la Nov. Rec.* y el de 3 para suplicar de la sentencia interlocutoria, *l. 1, tit. 21, lib. 11, Nov. Rec.*, y el de 6 para tachar los testigos, *l. 1, tit. 12, lib. 11, Nov. Rec.*

8. El tiempo en que puede pedirse restitucion en juicio sobre probanzas, se expresa en las *leyes 1, 3 y 4, tit. 13, lib. 11 de la Nov. Rec.*, previniéndose que no puede pedirse dos veces, y que así se exprese en la sentencia.

9. Ultimamente advertimos que de este mismo beneficio de la restitucion gozan las iglesias, el fisco y los concejos, ciudades ó universidades, cuando reciben daño por engaño ó negligencia de otro (1), la que debe pedirse dentro de 4 años contadores desde el dia en que recibieron el engaño ó menoscabo; y si el daño fuese de mas de la mitad del precio, dentro de 30 años, *l. 10, tit. 19, P. 6.*

10. Además de los menores y cuerpos de que acabamos de hablar, hay otros á quienes compete la restitucion *in integrum*. La tienen en primer lugar los que reciben daño de algun contrato que se les hizo otorgar por fuerza ó miedo; pues, aunque los contratos así celebrados valen atendido el rigor del derecho, porque como suele decirse, la voluntad forzada es voluntad (2); se deshacen por la ley á beneficio de la equidad que la dicta, y ha motivado todas las restituciones *in integrum*, *l. 56, tit. 5, P. 5*, y en su glosa 1 Greg. Lop. Pero debe advertirse que el miedo que da lugar á la restitucion, ha de ser grave, que segun se acostumbra decir, cae en varon constante, como es el de la muerte, perdimiento de miembro, de la

(1) *L. 4, C. ex quib. caus. maj.* — (2) *L. 1, § 5 quod. met. cau.*

libertad ó de la fama ; porque el leve ó vano no sirve ,
l. 7, tit. 33, P. 7 (1).

11. Y la tienen tambien aquellos, cuyas cosas, estando ellos ausentes por causa de guerra, mandamiento del rey ú otra de la república, de estudios, romería ú otra semejante, ó en cautiverio, las usucape ó prescribe otro; y se les cuenta el cuadrienio para pedirla desde el dia en que se restituyeron á sus hogares y á sus herederos, desde el que murieron ellos en el lugar de su ausencia, *l. 10, tit. 23, l. 28, tit. 29, P. 3 (2)* cuyo beneficio amplia la *ley 4, tit. 34, lib. 11, Nov. Rec.* Hemos sido de dictámen en nuestro *Digesto, lib. 4, tit. 6, n. 10* competer es e beneficio aun en el caso que los ausentes hubiesen dejado procurador en la ciudad, fundados en razones que parecen sólidas.

12. Y últimamente compete este beneficio de la restitucion á aquellos, que queriendo demandar alguna cosa á otro, la enajena este á quien fuese mas poderoso que él, oponiendo al demandador un contrario mas fuerte ó embarazoso. Si así sucediere, podrá el demandador usar del remedio de la restitucion, pidiendo la cosa al que la tuviere, ó la refaccion de perjuicios al que la enajenó, segun escogiere, *l. 30, tit. 2, l. 15, tit. 7, P. 3.* Y por quanto esta *l. 15* para dar entrada á estas acciones, exige que la enajenacion haya sido engañosamente ó con dolo, advierte bien en su *glosa 2 Greg. Lop.* que cesarán si se hubiese hecho sin dolo, por razon de la edad, salud ú ocupaciones necesarias (3). Y por quanto este no se presume en las últimas voluntades, cesará tambien, segun una ley romana (4), cuando uno enajena la cosa, instituyendo heredero ó legándola, concurriendo además ser esta enajenacion necesaria.

(1) *L. 84, de diversis regulis juris.* — (2) *L. § 2, ex quibus caus. major. 25. au.* — (3) *L. 1.* — (4) *L. 8, § 3, de alien. jud. caus. mul.*

LIBRO SEGUNDO.

DE LAS COSAS.

TÍTULO PRIMERO. (1)

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

Tít. 28, Partida 3.

1. Qué se entiende por cosa, y se dividen las cosas en cinco especies.
2. Hasta el 9 se explican las cinco especies de cosas.
9. Dos subdivisiones de cosas.
10. Qué sea dominio, y cómo se entiende esta palabra.
11. La division de los dominios ha nacido del derecho de gentes, y cuántos sean los modos de adquirirlo.
- 12, 13. Por ocupacion se adquieren los animales fieros y salvajes.
14. Restriccion sobre el cazar y pescar.
15. De las abejas.
16. De los animales mansos ó domésticos.
17. De los domesticados, y principalmente de las palomas.
18. De la invencion: de las cosas desamparadas y de las motrencas.
19. De la invencion del tesoro.
20. De la tradicion.
21. Division de accesion en discreta y continua.
22. Subdivision de la accesion continua en natural é industrial, con explicacion de la aluvion y manifiesta fuerza del rio.
23. De las islas de los rios, mutacion de su álveo ó cauce, y de la inundacion.
24. De la accesion industrial quando una cosa se junta á otra.
- 25, 26. Otros ejemplos de la accesion industrial, quando se escribe, pinta ó edifica.
27. De la especificacion.
- 28, 29 y 30. Del poseedor de buena fe.

1. Habiendo tratado del primer objeto del Derecho, que son las personas, pasamos á tratar del segundo,

(1) Tít. 1, lib. 2, Inst.

que son las cosas. El nombre *cosa* es generalísimo, pues comprende á cuanto hay en el mundo, pero aquí se toma por *aquello que no siendo persona ni accion, puede ser de algun útil ó comodidad al hombre*. La ley 2, tit. 28, P. 3 divide las cosas en cinco especies. I Comunes á las bestias y todas las otras criaturas que viven, para poder usar de ellas, tambien como á los hombres. II Otras que pertenecen tan solamente á todos los hombres. III Otras que pertenecen apartadamente al comun de alguna ciudad, villa, castillo ú otro cuerpo semejante. IV Otras que señaladamente pertenecen á cada un hombre para poder ganar ó perder el señorío de ellas. V Otras que no pertenecen á señorío de ningun hombre, ni son contadas en sus bienes (1).

2. En la siguiente ley 3 de d. tit. 28 se dice pertenecer á la primera especie el aire, las aguas de la lluvia, el mar y sus riberas (2): de cada una de las cuales puede usar cualquiera criatura que viva. Por ello todo hombre se puede aprovechar del mar y de su ribera, pescando ó navegando, ó haciendo todas las cosas que entendiere que le aprovecharen, dicha l. 3. Podrá pues hacer en ellas casa ó cabaña á que se acoja cuando quisiere, y cualquier otro edificio que le aproveche, de manera que no embarace el uso comun de las gentes; y hacer en ellas naves y enjugar redes. Y de cuanto labrare é hiciere, ningun otro puede impedirle que use y se aproveche, l. 4, d. tit. 28. Ni podrá tampoco ningun otro usar de estas obras ni derribarlas sin otorgamiento del que las hizo. Pero si las derribare el mar ú otro, ó se cayesen, bien podria cualquiera hacer otro edificio en el mismo lugar. Son pues del que edificó, mientras se conservan, y no mas, d. l. 3. Y es llamado ribera *todo aquel lugar que cubre el agua*

(1) Princ. last de rer. div. — (2) § 1, eod.

del mar, cuando mas crece, en cualquier tiempo de invierno ó de verano, d. l. 4.

3. Entre las cosas de la segunda especie cuenta la *ley 6 de d. tit. 28* los rios, los puertos, y los caminos públicos, diciendo pertenecer comunalmente á todos los hombres (1), en tal manera que tambien pueden usar de ellos los que son de otra tierra extraña, como los que moran ó viven en aquella tierra de do son. Si se confronta la explicacion de las cosas de esta especie con la de las de la I.^a, veremos que en cuanto al uso de los hombres no parece distincion; porque unas y otras pertenecen al comun de todos los hombres, sean de la tierra que fueren. Tampoco la presentaban las *Instituciones* romanas en los §§ 1 y 2 de *rer. div.* en que hablaron de estas dos especies de cosas; pero sus intérpretes la hacen diciendo que el uso de las de la I.^a especie es comun á todos los hombres del mundo, y el de las de la II.^a á todos los de aquel territorio en que se hallan; pero no á los de otro: y esta misma diferencia indica Greg. Lop., célebre comentador de nuestras leyes de las Partidas, en la glosa 4 de dicha *ley 6*. La causa de haberse hecho mencion del uso de las bestias en la explicacion de las cosas de la primera especie, y no cuando se explican las de la segunda, no la alcanzamos.

4. Como el uso de los rios es comun al á todos, ninguno puede hacer en ellos ni en su ribera molino, casa ú otro edificio que embarrace el uso de su navegacion. Y si alguno lo hiciese de nuevo, ó fuese hecho antiguamente, de que viniese daño á dicho uso comun, debe ser derribado, *l. 8, d. tit. 28*, la causa bella razon que debe atenderse siempre en todos los asuntos, á saber, *que no es cosa guisada, que el pro de todos los hombres comunmente se estorbe por*

(1) § 2, pr. Instit. de rer. div.

el pro de alguno. Y de la misma manera que es comun á todos el uso de los rios, lo es tambien el de sus riberas. Y de consiguiente todos pueden atar á los árboles que hay en ella sus naves, componerlas como tambien sus velas, poner mercaderías y pescado, y venderle, enjugar sus redes, y hacer otras cosas semejantes. Pero el señorío ó propiedad de dichas riberas es de aquel cuyas son las heredades á que est n unidas, *d. l. 6.* Y en su conformidad le pertenecen los árboles que hay en las mismas, y los puede cortar y hacer de ellos lo que quisiere (1), con tal que no lo haga á tiempo que estuviese atada á ellos alguna embarcacion, ó llegase y la quisieren atar, porque entonces se consideraria impedir el uso comun de la ribera, *l. 7, d. tít. 28.*

5. A la III.^a especie de cosas pertenecen las fuentes, montes, dehesas y otros lugares semejantes á estos de las ciudades y villas (2), destinados al pro ó utilidad comun de cada una ciudad ó villa, de los cuales puede usar cualquiera que fuese morador de ella; mas no los que moraren en otro pueblo, *l. 10, tít. 11, P. 3; l. 9, d. tít. 28, P. 3;* en cuya glosa 6 dice Greg. Lop. que las ciudades ó villas tienen fundada su intencion de que les pertenecen los montes y término que están en su territorio. Cotejadas las cosas de esta III.^a especie con las de la I.^a y II.^a al tenor de lo que dijimos al *7. 3* se ve consistir su diferencia, en que el uso de las de la I.^a es comun á todos los hombres del mundo; el de las de la II.^a á todos los del territorio, reino ó provincia en que se hallan, y el de las de la III.^a á todos los de la ciudad ó villa en que existen. Otras cosas hay que sin embargo de pertenecer tambien al comun de las ciudades y villas, no puede usar de ellas cada vecino en particular, como son los campos, viñas ú otras cosas que están en el patrimonio de la misma

(1) § 4, pr. Instit. de rer. div. — (2) § 6, eod.

ciudad : cuyos frutos sirven para el beneficio comun de la ciudad , como reparar muros , puentes y otras cosas semejantes , y pagar salarios de corregidores y otros oficiales , *l. 10, d. tit. 28 ; l. 5 y 6, tit. 11 y 34, lib. 7 y 12 Nov. Rec.* Para el buen gobierno y administracion de estos bienes se mandó una junta dicha de *Propios y Arbitrios* al tenor de las reales Instrucciones de los años 1745 y 760 , que son *las leyes 11 y 12, tit. 16, lib. 7, Nov. Rec.* , de las cuales se han expedido despues algunas *Adiciones*. Nuestro instituto de escribir unas Instituciones no nos permite entretenernos en explicarlas , y se pueden ver en Martinez en su obra *Librería de jueces, tit. 16, lib. 7 de la Nov. Rec.* y en otros que han hecho colecciones de cédulas recientes. Estas cosas , aunque son de la ciudad , pertenecen á la IV.^a especie siguiente.

6. A la cuarta especie de cosas pertenecen aquellas cuyo señorío ó dominio puede ganar ó perder cualquier hombre , *l. 2, tit. 28, P. 3* , cuales son las que llamamos privadas ó de particulares , y tambien las que están destinadas al patrimonio de alguna ciudad , ó cualquiera otro colegio ó universidad , en cuyo caso sirven sus frutos para el beneficio comun de aquella universidad cuyas son ; pero sin perder su naturaleza de ser cosas de esta IV.^a especie , como acabamos de manifestar en el *n. antecedente*.

7. La V.^a y última especie de cosas es de aquellas , dice la citada *l. 2, d. tit. 28* , que no pertenecen á señorío de ningun hombre , ni son contadas en sus bienes. Las solemos llamar de derecho divino , por estar establecidas para el servicio de Dios , y son de tres especies , sagradas , religiosas , santas , *l. 12, d. tit. 28*. Sagradas son aquellas que consagraron los obispos , como iglesias , altares , cruces , cálices y otras semejantes , establecidas para el servicio de la Iglesia. Y debe advertirse que , si alguna iglesia se derribare ,

queda sin embargo sagrado el lugar en que está construida, *l. 13, d. tít. 28* (1).

8. La siguiente ley 14 de *d. tít. 28*, adoptando la doctrina de las leyes romanas (2), dice ser lugar religioso *aquel en que está enterrado un hombre, ó á lo menos su cabeza*. Pero como ya advirtió Antonio Torres en sus *Instituciones*, § 6 y otros, no reconocemos en España por religioso otro lugar, que el consagrado ó bendecido por los obispos. Ni es lícito enterrar en otro lugar á los difuntos. Seguimos en esto las leyes canónicas. Y la *ley inmediata* 15 tambien refiere lo que establecieron las romanas de las casas santas, diciendo lo eran los muros y las puertas de la ciudad, y que por ello incurrian en pena de muerte los que los quebrantaren rompiéndolos ó forzándolos. No lo aprueba formalmente, como nota Greg. Lop. en su *glosa* 2, infiriendo de ello ser oportuno el distinguir entre violacion y violación, diciendo que, si la hacia alguno con animo doloso, debia castigársele con pena de la vida, y si se ejecutaba sin él, con pena extraordinaria.

9. Otra division de cosas se menciona en la *l. 1, tít. 30, P. 3*, que es subdivision de las de la *IV.^a* especie que hemos expresado en el *n. 4*, y es, en corporales y no corporales ó incorporeales. Estas son las que por no tener cuerpo que reciba el tacto, no se pueden tocar, como son las servidumbres, derechos, herencias. Corporales por lo contrario, las que pueden tocarse, como la casa, el caballo, etc. De estas unas son inmuebles o raíces, que tambien se llaman bienes sitios, dichas así porque no pueden moverse del lugar en que están, como son los campos y casas; y otras muebles, que pueden moverse, ó bien por sí mismas, como las mulas, bueyes, caballos, ó por los hombres, como vestidos, mesas y los frutos de la tierra, *l. 4*,

(1) § 8, Inst. de rer. div. — (2) § 9, Instit. de rer. div.

tít. 29, P. 3. Es menester tener presente esta diversidad de cosas por el diferente derecho que produce en varios asuntos.

10. Explicada la primera parte de este título, pasamos á la segunda, en que hemos de tratar de los modos de adquirir el dominio de las cosas corporales. Dominio es *derecho de disponer de una cosa, segun su arbitrio, si no lo impide la ley, la voluntad del testador ó alguna convencion*. Se llama tambien en nuestras leyes *señorío ó propiedad*, l. 27, tít. 2, P. 3, bien que este nombre *propiedad* se toma con frecuencia por aquel dominio al cual falta el usufructo, y por lo mismo suele llamarse entonces *nuda propiedad*. Además del dominio regular, hay otro que se llama *útil*, del cual trataremos en su lugar. Con rigor solo se dice de las cosas corporales, pero latamente tomado, se extiende á las incorporeales, ó derechos, especialmente á los reales en cuanto decimos que son nuestros, y cargan á nuestro favor sobre la misma cosa.

11. Todos saben que la division de dominios viene del derecho de gentes, porque la exigió la necesidad de poder vivir los hombres en paz y tranquilidad, y que son varios los modos de adquirirle. De ellos, unos pertenecen al mismo derecho de gentes, y otros han sido introducidos por el civil. En este título solo trataremos de los primeros, dejando para mas adelante el hablar de los civiles, que tiene lugar en las prescripciones herencias y legados. Decimos pues que los pertenecientes al derecho de gentes se pueden reducir á dos, tomándolos con alguna extension, *ocupacion y accesion*. Quanto adquirimos por hecho ú ocupacion nuestra, pertenece al primero, siendo sus especies la caza, pesca, invencion ó hallazgo, tradicion y otras que iremos recorriendo; y á la accesion lo que adquirimos por razon de otra cosa nuestra, ó porque nace de ella, ó porque se une con ella de modo que constituya un cu-

erpo con la misma. Tambien se puede reducir á dos de otra manera, diciendo ser uno *derivativo*, y otro *originario*. El primero se llama así, por derivarse de otro por cuya voluntad adquirimos el dominio, cual es la tradicion, sin que haya otro. El segundo, porque á nadie debe su origen, teniéndolo todo en sí, y á él pertenecen todos los demás, á excepcion de la tradicion.

12. Y por cuanto la primera division de modos nos parece mas cómoda y proporcionada para entender mejor lo que vamos á explicar, empezamos, usando de ella, por la ocupacion de los animales fieros ó salvajes. Y queremos ante todas cosas advertir que los animales unos son y se llaman absolutamente fieros, ó salvajes; otros que son tambien de naturaleza fiera, pero se llaman domesticados ó amansados, porque lo están; y otros domésticos ó mansos. En los primeros y últimos se siguen reglas enteramente diversas en cuanto á la ocupacion, y en los segundos seguimos la regla de los mansos, mientras conservan la costumbre de ir y volver, y la de los fieros, cuando la han dejado.

13. Fieros son aquellos animales *que por instinto tienen inclinado de ir y vagar por todas partes, sin apeteer la compañía del hombre*, sean terrestres, acuátiles ó voladores. Y como no tienen dueño, se hacen del que los coge, aunque los coja en campo ajeno (1), si no es que los cogiere prohibiéndolo el amo de este, ó bien prohibiendo la entrada al cazador, ó bien el cazar en su campo, si hubiese ya entrado en él, *l. 17, d. tit. 28, P. 3*, en cuyos casos son del dueño del campo. El Señor Covarrubias fué de dictámen en el *cap Peccatum de reg. jur. in 6 par. 2, § 8, n. 5 y 9* que tambien en estos dos casos se hacian las fieras de quien las cogia. En cuanto al Derecho romano nos parece bien este modo de pensar; pero en cuanto al español creemos no le permiten las expresiones claras en con-

(1) § 12, Inst. de rer. div.

trario de las *ll.* 17 y 22, *tít.* 28, *Part.* 3, y así opina tambien Greg. Lop. en la *glosa* 3 de *d. l.* 22. Y si los animales cogidos saliesen del poder del cazador, volviendo á su prístino estado, pierde este su dominio, y le adquiere el primero que los coja despues; entendiéndose salir de su poder, cuando han huido y están tan lejos, que no se ven, ó aunque se vean, se considera que ya no pueden cogerse, *l.* 19, *d. tít.* 28. Si alguno hiriese alguna fiera, y persiguiéndola herida, la cogiese otro, será de este, por que no estaba todavía en poder de quien la hirió, y podia escaparse. Y tambien la hará suya el que la cogiere enredada en un lazo que otro hubiese puesto, segun todo lo establece la *ley* 21 de *d. tít.* 28; bien que añade que en algunos lugares se usa lo contrario. Y Greg. Lop. en las *glosas* 1 y 3 de la misma se inclina á favor de esta costumbre, citando á Azon que dice ser general, y á otros, mayormente cuando estaba tan enredada la fiera, que no podia escapar; y añade no tener duda si el que puso el lazo estaba á la vista. Y la *ley* 16, *tít.* 4, *lib.* 3 de *Fuero real* prohíbe que pueda alguno coger la fiera mientras la persiga el que la hirió. Es pues regla en los animales fieros que no han tenido dueño, ó que, habiéndole tenido, se han escapado y recobrado su libertad, que se hacen del que primero los ocupa.

14. Aunque la libertad de cazar y pescar es de derecho de gentes, pueden los príncipes modificarla ó limitarla en beneficio del mismo comun, como lo prueba latamente el Señor Covar. con aquella solidez que acostumbra, *in cap. Peccatum de reg. jur. in* 6, § 8. Con efecto se leen varias limitaciones en las *leyes del tít.* 30, *lib.* 7 de la *Nov. Rec.* Y mas recientemente en la Ordenanza de caza, que incluye y manda guardar la *cédula de 16 de enero de 1772, que es la nota* 5, *tít.* 30, *lib.* 7, *Nov. Rec.* En ella se prohíbe generalmente el cazar desde el dia primero de marzo hasta el primero de

agosto, y de Puertos al mar Océano desde el mismo primero de marzo hasta primero de setiembre; y en todo el año en los dias de nieve y fortuna. Solo se exceptúan los dueños de los sitios vedados de todo el reino ó sus arrendadores, que podrán cazar conejos en ellos desde el dia de San Juan Bautista hasta primero de marzo. Se prohíbe tambien el uso de galgos en el expresado tiempo de la veda, ampliándose esta prohibicion en los parajes plantados de viña, hasta que su fruto sea cogido; y sin expresion de tiempo el cazar con perdices de reclamo, lazo, perchas, orzuelos, redes y demas instrumentos, que destruyen la caza y perjudican la abundancia y diversion; pero se permite todo esto en la caza de codornices y otros pájaros de paso, aun en el tiempo de veda. Se manda que se maten los hurones, con una leve excepcion en los sitios vedados. La pesca en aguas dulces se prohíbe asimismo desde primero de marzo hasta fin de julio, con instrumento, como no sea la caña. Solo los dueños particulares ó sus arrendadores podrán pescar desde el dia 24 de junio. Y en el n. 13 se refieren los instrumentos y medios ilícitos prohibidos en todo tiempo; y en el 15 las penas de los transgresores.

15. Entre los animales fieros ó salvajes se cuentan tambien las abejas; pero por la grandísima utilidad que traen á los hombres, se ha introducido generalmente recogerlas y cuidarlas bien en colmenas, y que sean parte del patrimonio del dueño de estas; el cual conserva el dominio de los enjambres que vuelan de ellas, mientras los tiene á la vista, y no tan lejos, que se considere imposible recogerlos; porque entonces se hacen del primero que las ocupa, metiéndolas en colmena ú otra cosa, aunque posaren en árbol ajeno, si no es que el amo del campo estando delante se lo prohibiese, y lo mismo debe decirse de los panales que allí hubiesen hecho, l. 22, d. tit. 28. Pero no podrá prohibir á

su dueño que las persigue el entrar en el campo y recogerlas, *l. 17, d. tit. 4, lib. 3 del Fuero real.*

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

17. Los domesticados ó amansados son, según dijimos, de naturaleza fiera ó salvaje; pero tienen la costumbre de ir y volver á los abrigos que les proporcionan los hombres por lo útiles que les son. Mientras conservan la costumbre de ir y volver, se observa en su ocupacion la regla establecida en los mansos, y si la dejan, la de los fieros. Refiere algunos la *ley 23 de d. tit. 28*, y entre ellos otra especie de ánsares que no se crían en casa, y los mas conocidos y útiles que son las palomas. Pero en atencion á que derramándose en los tiempos de sementera y cosecha por las heredades y eras, ocasionaban por su multitud graves daños en los sembrados y mieses, se estableció una *Pragmática en 16 de setiembre del año 1784*, que es la *ley 4, tit. 31, lib. 7 de la Nov. Rec.* en la que mejorando lo establecido en la *ley 3, tit. 31, lib. 7, Nov. Rec.* y en el *n. 9 de la Ordenanza de caza*, de que hemos hablado arriba al *n. 14*, se manda lo siguiente: I Que los dueños de los palomares sean obligados á cerrarlos y poner redes en los dos meses de octubre y noviembre, y en los tres de junio, julio y agosto, sin que las justicias puedan ampliar ó reducir este término. II Que hallándose las palomas en dichas dos temporadas fuera de los palomares, se les podrá tirar

á cualquiera distancia por los vecinos y forasteros, bien sean labradores ó no lo sean, en los sembrados y eras, sin incurrir en pena alguna; con tal que siendo dentro de la distancia del tiro, no se pueda hacer sino á espalda vuelta de los palomares. III Que los dueños de los palomares, además de perder las palomas, han de pagar el daño á justa tasacion, y medio real vellon de multa por cada una, con agravacion en casos de reincidencia, hasta la pérdida de los palomares y demás al arbitrio del Consejo. IV Que por lo muy útil que es al comun la cria, aumento y conservacion de las palomas, subsista y quede en su fuerza y vigor para los demás meses y temporadas del año lo dispuesto en la expresada *ley* 3, y que en su consecuencia no se pueda tirar en ellos á las palomas en las inmediaciones de los palomares, ni á la distancia de la legua de sus alrededores que previene.

18. Por la ocupacion adquirimos tambien el dominio de las piedras preciosas y otras cosas semejantes que encontramos en la ribera del mar, siendo la razon de su adquisicion la misma que la de las fieras, de que siendo den inguno, se hacen del primero que las ocupa, *l. 5, d. út. 28, P. 3* (1). Asimismo adquirimos el dominio por la ocupacion de aquellas cosas, que las desamparan ó echan sus dueños con la intencion que no sean suyas (2), bien sean muebles ó raices; pues desde entonces empiezan á ser de ninguno, con el bien entendido de que para esto deben concurrir las dos circunstancias de haberlas echado ó desamparado su dueño, y que esto haya sido con la voluntad de que ya no fuesen suyas. Por falta de esta segunda circunstancia, no tiene lugar esta adquisicion de dominio en las cosas muebles que echamos al mar por el miedo ó peligro de la tempestad (3), ni en las raices que desamparamos sin atrevernos á ir á ellas por miedo de

(1) § 18, de rer. div. — (2) § 46, eod. — (3) § 17, eod.

enemigos ó ladrones, *leyes 49 y 50 de d. tit. 28*. Ni en las que llamamos *mostrencas*, esto es, que se hallan perdidas, sin saberse de quien son, las cuales se deben pregonar por espacio de 14 meses, para que llegando la noticia á su dueño, las pueda recoger. Y si, pasado este término, no apareciese, se deben vender y aplicarse su producto á la construccion y conservacion de caminos, segun el *real Decreto de 27 de noviembre de 1785, que es la ley 6, tit. 22, lib. 10 de la Nov. Rec.*, é instruccion que este cita y le acompaña. A este tenor quedan corregidas las *leyes 2, 4 y 5 de d. tit.* que hablan de este asunto.

19. La adquisicion del tesoro, esto es, del dinero escondido, cuyo dueño ya no se sabe quien es, pertenecia tambien á ocupacion por su mitad, que se concedia al que lo hallaba, por razon del hallazgo, atendida la *l. 45 de d. tit. 28*, que así lo disponia á imitacion de las *leyes romanas* (1). Pero por ley mas reciente, que es la *3, d. tit.*, pertenece al rey dando la cuarta parte por galardon al denunciador. Y aunque *esta ley* solo habla al parecer de tesoros hallados en lugares pertenecientes al rey, prueba el Sr. Covar. *in cap. Peccatum de reg. jur. in 6 part. 3, § 2, n. 4*, y mas latamente Gutier. *lib. 4 pract. quæst. 36, d. n. 51*, deber entenderse de todos, mayormente siendo esta la costumbre general, y que en ello no hay injusticia alguna. Y pertenecen tambien al rey las minas de oro, plata y cualquier otro metal, y las de sal, *l. 1 y siguientes, d. tit. 22*, que hablan latamente de este asunto y de cuanta parte se debe dar al inventor, segun la diversidad de circunstancias.

20. Referimos tambien á la ocupacion la accepcion, esto es, cuando recibimos alguna cosa por tradicion que nos hace el dueño ó su procurador, nacida de un justo título idóneo para transferir el dominio, como

(1) § 39, eod.

venta, dote, permuta ú otra semejante; pues con hacérseos este entrego ó tradicion, la adquirimos. Solo hay que advertir que, si el título es venta, no nos pasa el dominio, si no pagamos el precio, ó no se hace la venta, dando el comprador fiadores, prendas ó á plazos, *l. 46, d. tit. 28* (1). Y no es menester que la tradicion sea real ó corporal, basta que sea fingida ó presumida por el Derecho, que es en dos maneras. La una se llama por los intérpretes ficcion de breve mano, introducida para la mayor facilidad y brevedad de los negocios y contratos, como por ejemplo, tengo yo en mi poder una casa de Juan en arrendamiento ó depósito, y me la vende, se hace mia sin tradicion real; porque para ahorrar rodeos, se finge que yo se la restituí y él me la entregó despues, *l. 47, d. tit. 28* (2). Y la otra simbólica, porque se hace por la tradicion de algun símbolo ó señal que representa y denota la tradicion de lo que se vende. Por este término se hace del comprador el trigo que hay en un almacén, entregándole el vendedor sus llaves á vista del mismo almacén, *d. l. 47 junc. la ley. 7, tit. 30, d. P. 3*; y véase otro ejemplo de la vista en el *tit. sig. n. 15* (3). Y como las servidumbres y demás derechos ó cosas incorpóricas no son capaces de tradicion real, la representa en ellas el uso de aquel á quien se conceden, consintiéndolo el que sufre estos derechos, *l. 1, d. tit. 30* (4). Tambien se hacen por la tradicion fingida del que los coge, los dineros ú otras cosas, que en funciones de alegría se echan al pueblo, pues, aunque no los entrega corporalmente quien los echa al que los coge, como los echa con este fin, se finge que se los entrega, *l. 48, d. tit. 28, P. 3* (5). Para tener lugar este modo de adquirir el dominio; debe ser el tradente dueño de lo que entrega, ó bien su procurador, y tener inten-

(1) §§ 40, 41, 42, de rer. div. — (2) § 43, cod. — (3) § 44, cod. — (4) L. 1, tit. 3, P. 3. — (5) § 46, Inst. de rer. div.

cion de pasar su dominio al accipiente, y por eso es derivativo, como dijimos arriba, n. 11.

21. Vistos los modos de adquirir el dominio por la *ocupacion*, vamos á hablar de aquellos en que se adquiere por la *accesion*: cuyo nombre tomamos latamente, de manera que no solo se extienda á aquellas cosas que juntándose ó uniéndose á las nuestras constituyen con ellas un solo cuerpo, sino tambien á las que nacen de las nuestras. A esta última especie de accesion llaman los doctores *discreta*, por la separacion de cuerpos, y á la otra *continua*. Por la discreta pertenecen á nuestro dominio los partos de nuestras vacas, ovejas, yeguas y otras bestias, l. 25, d. tit. 28 (1); y los frutos que producen nuestros campos.

22. De la accesion continua hay dos especies: natural, que acontece por obra de sola la naturaleza y beneficio de los rios, sin cooperacion alguna del hombre; é industrial, que procede de la industria y hecho de los hombres. La primera sucede de cuatro maneras: por aluvion, fuerza manifiesta de los rios, islas que en él nacen, y mutacion del álveo ó cauce de los mismos. Aluvion es *crecimiento lento que dan las avenidas de los rios á nuestros campos, tomándolo de otros tan poco á poco, que no puede entenderse el tanto que se une cada vez*; y este aumento se hace nuestro por derecho de accesion, l. 26, d. tit. 28 (2). Pero si acaeciese que la fuerza manifiesta del rio en una grande avenida se llevase una porcion de terreno conocidamente, con árboles ó sin ellos, del campo del vecino, y lo dejase junto al mio que estaba mas abajo, no se haria mio dicho terreno, hasta que durase tanto tiempo esta union, que los árboles echasen raices en mi campo: en cuyo caso adquiriria yo su dominio con la obligacion de dar al otro el menoscabo que recibió á

(1) § 19, eod. — (2) § 20, eod.

juicio de peritos, *d. l. 26*, cuyas *glosas 6 y 7* advierte con razon Gregor. Lop. seria lo mismo, si el no haber echado raices en mi campo los árboles fuese porque no los habia en la tierra unida; de suerte que todo pende de haber pasado mucho tiempo haciéndose constante la union; y que el menoscabo debia regularse con respecto á los árboles considerados como arrancados.

23. El dominio de las islas que nacen en el rio, lo adquieren por accesion los dueños de los campos mas vecinos, cada uno por lo que afronta con ellas (1); y se debe seguir con tanto rigor la mayor proximidad, que si alguna isla naciese en el rio, de manera que casi toda estuviese mas cerca de los campos del un lado, no seria toda suya, sino solo la porcion que les estaba mas cerca; y la otra, de los del opuesto, midiéndolo con una sogá, *l. 27, d. tit. 28*. Y si los campos vecinos perteneciesen á uno en el usufructo, y á otro en la propiedad seria la isla del propietario en cuanto á la propiedad, y tambien en cuanto al usufructo; pero el usufructo de lo que se adquiere por aluvion ó fuerza manifiesta del rio, pertenecerá al fructuario del campo, *l. 30, d. tit. 28*. Y si las islas de los rios no hubiesen nacido en ellos, sino que las hubiesen formado los mismos entrando con grande avenida en las heredades, y reduciendo á isla algun campo, siempre permanece este de quien era, *l. 28, d. tit. 28* (2). Si la isla naciese en el mar, lo que sucede muy raras veces, es del que la poblare primeramente; mas debe obedecer al señor en cuyo señorío es aquel lugar donde apareció, *l. 29, d. tit. 28* (3). Si el rio muda de álveo, el nuevo se hace público; como lo es el rio, y el viejo abandonado le adquieren los dueños de los campos vecinos, *l. 31 de d. tit. 28* (4). Si los campos

(1) § 22, de rer. div. — (2) D. § 22 — (3) D. § 22. — (4) § 23, Inst. de rer. div.

se inundan ó cubren de agua por las avenidas de los rios, conservan su dominio los que antes le tenían, aunque pierden la posesion mientras están cubiertos, mas luego que se descubren y vuelven las aguas á su lugar, pueden usar de ellos, como antes lo hacian, *l. 32, d. tit. 28 (1)*. Contamos tambien por accesion la que ocurre en la plantacion de un árbol en campo ajeno. Cuando esto sucede, el dueño del campo adquiere el dominio del árbol, luego que este echa raices, ó se alimenta de él, *l. 43, d. tit. 28 (2)*. Y como esto acontece por obra de la naturaleza, es natural esta accesion, además de las cuatro que suceden por beneficio de los rios, segun acabamos de explicar.

24. A la accesion industrial pertenece en primer lugar la conjuncion, esto es, cuando á algun cuerpo se añade alguna parte que le faltaba, en cuyo caso adquiere algunas veces el dominio de esta el que tiene el del cuerpo. En ello se observan las siguientes reglas establecidas en la *ley 35 de d. tit. 28*. Si á una estatua mia de oro ó plata junto un pié ó brazo, y la soldadura fuese del mismo metal de que son la estatua y pié, adquiero el dominio de este si lo junto con buena fe, creyendo era mio el pié, con la obligacion de dar al que era dueño del pié su valor. Pero si lo juntase con plomo ó materia de otro metal, no lo hago mio, tenga mala ó buena fe. Si el dueño del pié lo juntase á mi estatua, me transfiere su dominio, si lo hace con mala fe, sabiendo ser mia la estatua, pues se presume que me le quiere dar. Y si la tuviese buena, tengo yo la eleccion, ó de tener el pié en la estatua, pagando su estimacion al dueño que le juntó, ó de dárselo sin pagarle el valor.

25. Tambien adquiero por la accesion lo que se escribe por otro en libro ó pergamino mio. Si el que escribió tuvo buena fe creyendo ser suyo el pergamino, ó que

(1) § 24, eod. l. 3, § 17, de adq. v. ani. pos. — (2) § 31, Inst. eod.

tenia derecho de escribir en él, y lo quisiere el dueño del pergamino, deberá pagar al que escribió lo que estimaren peritos que merece por ello (1). Y si lo que escribió fuere secreto, ó interesara mucho en retenerlo, dicta toda equidad el que pueda quedarse con la escritura, pagando al dueño del pergamino su estimacion; pero no hallamos ley que lo apoye ó ponga el caso. Mas si escribió teniendo mala fe, pierde el trabajo que puso, *l. 36, d. tit. 28*. Y si alguno pinta en tabla ajena con buena fe es dueño de la pintura, debiendo dar el valor de la tabla á su anterior dueño; pero si pintó con mala fe, pierde la pintura, y debe ser de quien era la tabla, *l. 37 de d. tit. 28* (2).

26. Por accesion adquirimos tambien el dominio de la madera, ladrillos y otros materiales que ponemos en nuestras casas, aun en el caso que los hubiésemos hecho con mala fe, sin poderlos demandar aquel cuyos eran: lo que se estableció para precaver que, arruinándose las casas, sacando de ellas los materiales, se arruinasen con deformidad de la ciudad. Pero el que metió los materiales tiene la obligacion de pagar á su dueño el valor de ellos duplicado, *l. 38, d. tit. 28* (3), la cual concede esta accion al doble, hablando del que edificó, sea con mala ó con buena fe. Y por cuanto la *ley 16, tit. 2, P. 3*, hablando de este mismo asunto en el *vers. Pero y siguientes*, distingue, diciendo que, si el edificante tuvo buena fe, compete contra él la accion al doble, y si la tuvo mala, debe pagar cuanto jurare interesable el que recibió el daño, nos parece que, cotejadas *estas dos leyes*, tiene este eleccion contra el que edificó con mala fe, para pedir su interés, ó el doble valor de sus materiales. En la práctica jamás hemos visto, ni creemos se verá condenarse al pago doblado al que edificó con buena fe.

(1) § 33, de rer. div. — (2) § 34, cod. — (3) § 29, cod.

27. Los dos modos de adquirir que se siguen no son tan sencillos, esto es, contienen en sí alguna mezcla ó diversidad. Sea el I la especificacion, que no es otra cosa que *formacion de una nueva especie*. Si alguno la hace de materia ajena, debe distinguirse en cuanto á su dominio el caso en que no puede tornar á su primer estado que tenia antes, del en que puede tornar. En el primero pertenece el dominio al que formó la especie, y así será mio el vino y aceite que hice de uvas y aceitunas ajenas, con tal que lo haya hecho con buena fe. Y el modo de adquirir el dominio será *ocupacion*, porque considerándose enteramente nueva especie, como cosa que aparece de nuevo, se reputa sin dueño, y es del primero que la ocupa, que es el mismo que la hace. Al contrario, si puede tornar al primer estado, pertenece al dueño de la materia; será pues tuyo el vaso que otro hubiese hecho de plata tuya. Y es la razon, por considerarse haber permanecido siempre la misma materia (1), que como mas principal y fundamento de la forma, la atrajo á sí; y por elio el modo de adquirir el dominio en este caso, es *accesion*. Y adviértase que en ambos casos debe el dueño de la nueva especie pagar al otro ó el valor de la materia que perdió, ó las expensas que hizo formando la especie con buena fe; pero no, si la hubiese tenido mala, l. 33. d. tit. 28.

28. El II es el que dimana de la posesion con buena fe. Si con ella compra alguno casa ó campo, de quien cree ser suyo, ó que tiene potestad de venderlo, hace suyos los frutos que percibiére por la obra y trabajo que puso en ellos, hasta que apareciendo el dueño de lo comprado, se comenzase pleito entre los dos por demanda y respuesta, ó como suele decirse, hasta la contestacion del pleito, con tal que los hubiese consumido ó despendido. Pero los no despendidos ó estantes les debe

(1) § 25, de rer. div.

tornar al dueño de la finca, sacando primero las expensas que hubiere hecho sobre ellos, l. 39, d. tít. 28 (2). Esta doctrina debe entenderse en los frutos que llamamos *industriales*, por el motivo de que no proceden sin la industria y cultura del hombre, como es el trigo y demás granos que se siembran. El modo de hacerlos nuestros es la percepcion ó separacion de la tierra ó árboles que les producen; porque los no separados ó pendientes se reputan parte de la cosa (1). Y es anómalo, porque ni puede reducirse rotundamente á la ocupacion, respecto á que, si así fuera, tendria tambien lugar en el poseedor de mala fe, lo que no sucede, como luego veremos; ni á la accesion discreta, porque salen ó nacen del campo que no es nuestro. Unidas la buena fe y la percepcion laboriosa, lo forman.

29. Si los frutos percibidos fuesen los que decimos *naturales*, por ser de tal naturaleza, que no vienen por el trabajo de los hombres, mas por sí los da el campo, dice la misma ley 39 que debe restituirlos el poseedor con la heredad ó campo, aunque los haya despendido á buena fe; y que si por ventura fuese poseedor de mala fe y los hubiese despendido, debe restituir su precio. Parece á primera vista que iguala en cuanto á la obligacion de restituir los frutos despendidos, á los poseedores de mala y buena fe; porque tambien ha de ejecutarse la obligacion de este en restituir el precio de los frutos, por no poder hacerse en ellos mismos como á consumidos: cuya doctrina generalmente entendida no tendria al parecer equidad. Diremos pues con Gregor. Lop. en la glosa 9 de d. ley 39, que en el poseedor de buena fe deberá entenderse solamente en cuanto se hizo mas rico; cuando al contrario ha de entenderse generalmente en el que la tiene mala. Esta interpretacion, sobre equitativa, tiene fundamento en la

(1) L. 22, C. de rei vind. — (2) L. 44, C. de rei vind.

misma ley, que habiendo dicho del de buena fe que debia restituir los frutos despendidos, varia la locucion cuando en seguida habla del de mala, diciendo deber pechar el precio de ellos: cuya variacion en el hablar la indica tambien en la doctrina, y no puede ser otra. Y adviértase que tambien el poseedor de mala fe puede sacar las expensas que hizo en su razon, *d. l. 39 al fin*. La siguiente *ley 40* pone una diferencia en dos géneros que hace de poseedores de mala fe, á saber, uno de aquellos que roban la cosa ó la entran sin derecho; y otro de los que la tienen por razon de compra, donadío ú otra razon derecha; pero sabiendo que aquellos de quien la han on tienen derecho de enaenarla. De los primeros dice que, vencidos en juicio deben tornar la cosa con los frutos que llevaron, y con los que hubieran podido llevar su dueño; y de los segundos, que han de tornar los frutos percibidos por ellos, pero no los que pudiera haber percibido el dueño: de cuyo caso pone cuatro excepciones, siendo la una cuando el vendedor vendió la cosa con intencion de engañar á sus acreedores, y el comprador fué partícipe del engaño.

30. De las despensas que hace el poseedor de casa ajena habla con extension la *ley 44 de d. tit. 28*; distinguiéndolas en necesarias, útiles y voluntarias. Dice de las necesarias, que las puede cobrar todo poseedor, sea de buena ó mala fe, no debiendo entregar la casa al dueño hasta que se las pague; pero debe tomar en descuento los frutos ó provechos que hubiese percibido. En las no necesarias, pero útiles ó provechosas, distingue entre el poseedor de buena y de mala fe. El de buena las puede cobrar como las necesarias; pero el de mala las puede sacar y llevárselas, si el dueño de la casa no quisiere pagárselas. Y esto mismo puede hacer el de buena fe en las expensas voluntarias: bien quedará dejarlas si el dueño de la casa le pagare lo que debia sacar de ellas; y el poseedor de mala fe nada sa-

ca por razon de estas despendas. Esta *ley* habla con mas claridad que las 41 y 42 *del propio título*, que tratan del mismo asunto.

TITULO II.

DE LAS PRESCRIPCIONES Y DE LA POSESION.

Tít. 29 y 3, P. 5; tít. 8, lib. 11 de la Nov. Rec. (1).

- 1, 2. Si la usucapion ó prescripcion es modo de adquirir del derecho civil ó del de gentes; y cómo se define.
3. Se refieren los requisitos necesarios para la prescripcion
- 4, 5, 6, 7, 8, 9. Se explican los cinco requisitos de la prescripcion.
- 10, 11, 12. Qué significa prescribirse las acciones, y variedad de tiempo por que se prescriben.
13. Qué sea cuasi posesion, y de la division de posesion en civil y natural.
14. Quiénes pueden adquirir posesion.
15. Qué cosas se requieren para adquirir la posesion.
- 16, 17. Modos de perderse la posesion.

1. Por el uso de la cosa con justo título y buena fe se adquiere tambien su dominio; pero este modo de adquirir se reputa civil, á causa de resistirle á primera vista la razon natural, que no permite se le quite á ninguno su dominio sin culpa ni intervencion suya; aunque no deja de tener mucha equidad fundada en exigirlo así el bien público, como veremos; de suerte que no hallamos grande reparo en decir que puede tambien referirse al derecho de gentes secundario. Pero sea lo que fuere de esta cuestion de poco ó ningun provecho, vamos á explicarlo.

2. A este modo de adquirir llamaron las leyes romanas usucapion ó prescripcion (2), y tambien le da este último nombre el tít. 8, lib. 11 de la Nov. Rec.; y no es

(1) Tít. 2 et 3, lib. 41 D. et tít 33 et 39, lib. 7, C. — (2) Tít. 3, lib. 2, Inst.

otra cosa que adquisición de dominio por continuacion de posesion por el tiempo definido por la ley. Su introduccion la hizo necesaria la pública utilidad y tranquilidad de la república; porque sin ella estarían expuestos á infinitos pleitos los poseedores de las cosas, sin bastarles á evitarlos su larga posesion aunque adquirida por titulo de compra ú otro legitimo: podria clamar cualquiera pretendiendo haber sido la cosa de sus antecesores, y nunca del que la vendió; y el dominio estaria en incierto, con los perjuicios del estado que se dejan considerar. La llamó con razon Ciceron *fin de la solitud y de los pleitos*.

3. Para tener lugar la prescripcion son necesarios cinco requisitos: I Razon derecha ó justo titulo idóneo para transferir el dominio, esto es, que por él adquiriríamos inmediatamente el dominio, seguida la tradicion, si procediese del verdadero dueño de la cosa que pudiese enajenarla; y viniendo de quien no lo es, produce el derecho de prescribir, como compra, donadío, permuta. II Buena fe. III Posesion continuada. IV El tiempo tasado por la ley. V Que la cosa no sea viciosa, esto es, no tenga en sí impedimento de prescribirse. Adquiriré yo pues por prescripcion el dominio de una cosa, si habiéndola comprado de quien no era su dueño, creí que lo era y que me la podia vender, y en seguida la poseí sin interrupcion el tiempo determinado por la ley, y en ella no habia circunstancia alguna que pudiese impedir su prescripcion, *l. 6 y siguiente, l. 9, l. 18, d. tít. 29, P. 3.*

4. El título necesario para la prescripcion debe existir real y verdaderamente, sin que baste el existimado; y de ahí es que no puede prescribir el que tiene una cosa, creyendo haberla comprado, ó que se le ha dado sin ser así; sino es que su falsa creencia venga de la ignorancia de un hecho ajeno, que le sea tolerable ó inculpable; como por ejemplo si, habiendo dado yo

órden á mi procurador que me compre alguna cosa, me la entregase, diciendo contra la verdad haberla comprado; ó la tuviese por legado, que, ignorándolo yo, hubiere sido revocado: en cuyos casos tendria lugar la prescripcion, *l. 14, l. 15, d. tit. 29* (1).

5. La buena fe consiste en creer el poseedor de la cosa que era dueño de ella, ó tenia facultad de enajenarla el que se la vendió ó dió, *d. l. 9* (2). La *ley 12, d. tit. 29*, imitando las romanas (3), estableció que bastaba hubiese tenido buena fe el poseedor al tiempo que se le entregó la cosa, á excepcion de cuando la recibia por compra, que entonces era menester haberla tenido tambien al de celebrarse el contrato: de suerte que no impedia la prescripcion la mala fe que sobreviniese despues de la entrega. Pero Greg. Lop. en la *glosa 1 de d. l. 22*, el señor Covar. *lib 1, var. cap. 3, n. 7*, y todos los demás intérpretes nuestros dicen que en este particular seguimos en España al Derecho canónico, que en el *cap. ult. de præscrip. de las Decretales de Gregorio IX* establece, debe durar la buena fe hasta el complemento de la prescripcion. Y el mismo Greg. Lop. en la *glosa 2 de la ley 21 de d. tit. 29* añade, debe seguirse esta misma doctrina en la prescripcion de 30 años; sin embargo de que *esta ley*, á imitacion tambien de las romanas (4), no exige buena fe en las prescripciones tan largas. Y Vela en su *disertacion 48, n. 45 y siguientes*. pretende estar apoyada esta doctrina en la *ley 2, tit. 8, lib. 11 de la Nov. Recop.* Y todavía avanza mas Covarrubias *in regula possessor. part. 2, § 8, n. 5*, Castill. *de tertiis, cap. 26, n. 13*, y Molina *de primogen. lib. 2, cap. 6, n. 66*, hasta decir con otros muchos que citan que la mala fe impide tambien la prescripcion inmemorial; pero advierte el mismo Co-

(1) § 6, Inst. usucap. l. 11 pro empt. — (2) L. 109, de verb. sign. — (3) L. 2 pro empt. — (4) L. 3, l. 4, de præscrip. 30 an.

varrubias en *d. § 8, n. 4 y siguientes* tener lugar esta sentencia en el caso de constar ser mala la fe, porque la que solo es mala por presuncion, se quita por la prescripcion de 30 años.

6. Posesion, dice la *ley 1, tít. 30, P. 3*, es *tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo ó del entendimiento*, y casi siempre la apellidan las leyes de las *Partidas* con el nombre de *tenencia*. La palabra *derecha* significa lo mismo que legal, esto es, apoyada por las leyes, sin que ninguno se la pueda quitar con propia ó privada voluntad (como luego lo explicaremos), y con intencion en el que la tiene de que es dueño de la cosa; y de abí es que no la puede prescribir el que la tiene á empeños, ó en encomienda, ó arrendada, ó forzada, porque estos tales no son teneedores por sí, sino por aquellos de quien la cosa tienen, *l. 1, tít. 8, lib. 11 de la Nov. Rec.*, y no la tienen creyendo que son dueños. Esta posesion ha de ser de tres años para poderse prescribir las cosas muebles, *l. 9, d. tít. 29, P. 3*, y de diez entre presentes, y veinte entre ausentes, si fueren raíces, *l. 18, d. tít. 29 (1)*. Y la siguiente *ley 19* añade ser necesarios treinta años, cuando ei que enajenaba la cosa sabia no tener derecho para ello. si no es que lo supiere tambien aquel que podia enajenaria y callase, en cuyo caso bastarian los diez años entre presentes y veinte entre ausentes; y explica entenderse por presente el dueño contra quien corre la prescripcion estar en la misma provincia, y ausente estar fuera de ella. Y si parte del tiempo estuviese fuera, este se gobernaria por la regla de los ausentes, y el otro por el de los presentes, segun la *ley 20 del mismo tít. 29*.

7. La posesion debe ser continua, *d. l. 9, tít. 29, l. 5, tít. 15, lib. 10 de la Nov. Rec.*, porque si llega á in-

(1) Princ. Inst. de usucap.

terrumpirse, ó bien naturalinente, porque realmente la pierde el que estaba prescribiendo, ó bien civilmente, porque se le emplaza ó pone demanda, de tal manera queda cortada la prescripcion, que debe empozarse de nuevo, *l. 29, d. tit. 29, l. 6, tit. 8, lib. 11 de la Nov. Rec.* (1). Pero sigue la continuacion del antecesor en su sucesor tanto singular como universal, de suerte que al tiempo en que poseyó el antecesor se junta el del sucesor, con tal que tenga buena fe; y de consiguiente si tú poseias una cosa mueble dos años, y despues soy tu heredero ó me me la vendes, poseyéndola con igual buena fe otro año, completaré su prescripcion, *l. 16, d. tit. 29*, la cual extiende esta doctrina al caso en que, poseyendo alguno cosa ajena, la empeñó y dió al acreedor en prenda, pues entonces puede aquel juntar á su posesion el tiempo en que está la cosa en poder del acreedor. Lo que hemos dicho del tiempo se entiende para prescribir el dominio, pues para la posesion basta un año y un dia, en los términos que previene la *l. 3, d. tit. 8*, esto es, que el que tiene por un año y un dia una cosa con título y buena fe, en paz y en faz de quien la demanda, puede excusarse de responder sobre la posesion. Es verdad habla la ley de las ciudades, en cuyos fueros se contiene esto; pero vemos observarse generalmente, siguiendo la opinion de Diego Perez contra la de Azevedo en el comentario de *d. l. 3*.

8. El V y último requisito para las prescripciones, que la cosa no sea viciosa, es decir, que no tenga impedimento que la resista. Le tienen las cosas siguientes: I Las que llamamos de derecho divino, sagradas, religiosas, santas y el hombre libre, *l. 6, d. tit. 29* (2). II Las plazas, calles, ejidos, dehesas y otros bienes de las ciudades, que son para el uso comun de sus vecinos, *l. 7*,

(1) L. pen. l. ult. C. de anal. except. — (2) § 1, Inst. de usucap.

d. tit. 29 (1). III Las forzadas ó robadas, *l.* 4, *d. tit.* 29, *l.* 2, *tít.* 8, *lib.* 11 *de la Nov. Rec.* (2). IV Las de los menores de 25 años, las de los hijos que están en la patria potestad y las dotales (3), si no es que siendo el marido un pródigo callase la mujer, sin pedirle la restitucion de su dote, *l.* 8, *d. tit.* 29. Esta doctrina en cuanto á las cosas dotales debe entenderse cuando la dote fuese inestimada, porque siendo estimada, ya no son dotales las cosas que se dieron en dote, por haberse subrogado por ellas su precio, como vimos en el *lib.* 1, *tít.* 5, *n.* 4. Y en cuanto á los menores, téngase presente y por repetido aquí lo que dijimos en el *lib.* 1, *tít.* 8, *n.* 3.

9. Las cosas que están en el patrimonio de las ciudades, cuyo producto es para el beneficio del comun de sus vecinos, pero sin poder usar de ellas ninguno en particular, como notamos en el *título antecedente*, *n.* 4, se prescriben por el tiempo de cuarenta años, pero se puede pedir la restitucion *in integrum*, *d. l.* 7. Y lo mismo sucede en las raíces que pertenezcan á alguna iglesia ó lugar religioso; mas para la prescripcion de las muebles bastan tres años. Y en la de las pertenecientes á la iglesia romana, son menester ciento, *l.* 26, *d. tit.* 29. La jurisdiccion suprema, civil ó criminal, que compete al rey, no admite prescripcion alguna, aunque sea de tiempo inmemorial, como ni tampoco los pechos y tributos que se le deben, ni las alcabalas, aunque en ellos pareciese tolerancia de los reyes, *l.* 4 y 9, *d. tit.* 1. 6, *d. tit.* 29, *P.* 3. Pero segun *esta l.* 1 cualesquiera ciudades, villas y lugares, y jurisdicciones civiles y criminales, y cualquier cosa ó parte de ello, con las cosas anexas y pertenecientes al señorío y jurisdiccion, se pueden prescribir por posesion inmemorial que sea probada,

(1) *L.* 23, de sacros. eccles. — (2) § 2, *Inst.* de usucap. —

(3) *L.* ult. *C.* in quib. cau. in int. l. 1, § 2, de anal. except. l. 4, de fund. dot.

segun previene la *l. 1, tít. 17, lib. 10 de la Nov. Rec.* que explicaremos hablando de los mayorazgos; diciendose tambien entonces qué prescripcion puede tener lugar en ellos. Y por la misma prescripcion inmemorial se adquiere el derecho de exigir imposiciones, bastando 40 años para la posesion, *l. 8, d. tít. 15.*

10. Hemos hablado hasta aquí de la prescripcion en cuanto por ella se significa un modo de adquirir el dominio, lo que no sucede siempre. Porque cuando se refiere á las acciones, está tan lejos de significar adquisicion de estas, que por lo contrario significa su destruccion, como que produce á favor del prescribiente el cortar la accion, dándole una excepcion que la destruye, ó pudiéndose decir ser ella misma la excepcion; y con efecto las leyes romanas dan con frecuencia á esta el nombre de prescripcion (1). Y en este sentido se toma en varias leyes del *tít. 8, lib. 11 de la Nov. Rec.* La 5ª. dice: *El derecho de ejecutar por obligacion personal se prescriba por diez años, y la accion personal, y la ejecutoria duda sobre ella se prescriba por veinte años, y no menos; pero donde en la obligacion hay hipoteca, ó donde la obligacion es mixta, personal y real, la deuda se prescriba por treinta años, y no menos; lo cual se guarde sin embargo de la ley del rey D. Alonso, que puso que la accion personal se prescribiese por diez años.* Y por cuanto ni esta ley ni otra alguna de la Recopilacion habla de la prescripcion de la accion mere real, debemos decir queda intacta en su vigor la de treinta años que estableció la *ley 21, d. tít. 29, P. 3.* Pero debemos advertir con Antonio Gomez en el comentario de la *ley 63 de Toro*, que es la misma 5, *d. tít. 8*, entenderse esta doctrina de las acciones real y mixta, cuando al que posee la cosa le faltó algun requisito para poderla adquirir por prescripcion; porque si no le faltó, adquirió su dominio, concluido el

(1) L. pen. de except. l. 8, l. pen. et ult. C. eod.

tiempo que hemos referido ser necesario ; y hecho ya dueño, cesa contra él toda accion. Azevedo explica latamente esta *l. 6.*

11. Tres años bastan para prescribirse y quedar cortadas las acciones siguientes : I La que tienen para cobrar sus servicios ó salarios los que hayan servido á otros. II La que compete á boticarios, joyeros y otros oficiales mecánicos , y los especieros , confiteros y otras personas que tienen tiendas de cosas de comer, por razon de lo que hubieren dado de sus tiendas y hechuras que hubieren hecho. Los tres años se cuentan en los servientes desde el dia en que hubieren sido despedidos por sus amos , y en los otros desde el en que recibieron lo que se les dió ; y para impedir esta prescripcion basta cualquier peticion de la deuda , aunque hubiese sido extrajudicial, *l. 10, tít. 11, lib. 10 de la Nov. Rec.* III La que tienen los letrados , procuradores y solicitadores para pedir sus salarios , no habiéndose contestado sobre ello , antes que hayan pasado los tres años, *ley 9, d. tít.*, la cual manda además que no pueda renunciarse su contenido; y que, si se renunciare no lo impida la renuncia.

12. La accion de un comunero de alguna herencia ó cualquiera otra cosa, para que se divida y se le dé su parte , no puede prescribirla el otro comunero que la poseyere entera sin dividir por tiempo alguno, *l. 2, tít. 8, lib. 11 de la Nov. Rec.* que así lo establece sin señalar la razon. Creemos puede serlo el que posee a nombre de todos los comuneros el que así posee, y por lo mismo no puede perjudicar á los otros con su posesion, que tambien es de ellos.

13. Pusimos arriba al *n. 6* la definicion de la posesion, y de ella se infiere que no pueden poseerse propriamente las servidumbres ni otras cosas incorporales, mas usando de ellas aquel á quien pertenece su uso, y consintiéndolo aquel en cuya heredad lo ha. es co-

mo manera de posesion, *l. 1, tít. 30, P. 3*, en cuya glosa 4 añade Greg. Lop. llamarse esta *cuasi posesion*, y que tambien se comprende bajo la palabra *posesion*. Se divide la posesion en natural y civil. Es natural la que uno tiene corporalmente por sí mismo, como cuando uno está en su casa ó heredad: civil, cuando sale de la casa ó heredad, no con ánimo de desampararla, si no porque no puede estar siempre en ella; y vale tanto como la otra, *l. 2, d. tít. 30*.

14. Todo hombre sano de entendimiento puede ganar ó adquirir la posesion por sí mismo, por su hijo que tenga en su potestad, ó por su personero ó procurador que se apoderen de la cosa á nombre de su padre ó principal. Y aun el hijo, si la gana á nombre suyo, la adquirirá para su padre, á excepcion de lo perteneciente al peculio castrense, ó cuasi castrense, por razon del usufructo que le compete, *l. 3, d. tít. 30*. Y asimismo la pueden ganar los tutores y curadores para los huérfanos ó locos que tuvieren en guarda, y tambien el oficial ó síndico del comun de alguna ciudad, para dicho comun, como si todos comunally se hubiesen apoderado de la cosa, *l. 4, d. tít. 30*.

15. Para adquirir la posesion se requieren dos cosas: la una, voluntad é intencion de ganarla; y la otra, entrar corporalmente en ella por sí mismo, ú otro en su nombre; de suerte que no se puede adquirir faltando una de las dos. Pero debemos advertir que la segunda se puede verificar, y basta suceda por tradicion fingida ó presunta en los mismos términos que hemos explicado en el título antecedente al n. 20, tratando de la adquisicion del dominio. De ellos nos traen algunos ejemplos las leyes 6, 7, 8 y 9 de dicho tít. 30 y el de la 6 tiene la singularidad de ser sin tradicion de símbolo ó nota, y sin ficcion de breve mano, adquiriéndose por sola la vista de la cosa, á voluntad del que la enajena, representándose con esto la verdadera tradicion; cuyo mod

de adquirir es tambien extensivo al dominio, *junt. d.t. 6 con la 47, tít. 28, P. 3* (1). Los arrendadores no ganan la posesion de la cosa que toman en arrendamiento, porque es de los dueños á cuyo nombre la tienen; y por ello nunca pueden adquirir por este medio el dominio, *l. 22, tít. 29, l. 5, tít. 30, P. 3, l. 1, tít. 8, lib. 11 de la Nov. Rec.* Y lo mismo debe decirse de los comodatarios, depositarios y otros semejantes (2). Ni tampoco ganan la verdadera posesion los que entran por fuerza en la cosa, ó la roban, por no ser derecha su tenencia, como debe serlo, segun hemos manifestado arriba al *n. 6, l. 10, d. tít. 30*. Aquella es derecha que procede de título que por su naturaleza sea translativo de dominio, *l. 11, d. tít. 30*. Pero el feudatario de algun heredamiento, el que tenga su usufructo, ó el que le tenga á censo, si se apoderan de él, ganan su posesion, *l. 5, d. tít. 50*. Pero advierte Gregor. Lop. en la glosa 2 de la misma deber esto entenderse de la posesion natural, porque en la civil están el propietario y el dueño directo.

16. Vistos los modos de adquirir la posesion, veamos cuales son aquellos por que se pierde. Trata de ellos la *ley 17, d. tít. 30*, diciendo que solas son tres las maneras ó modos de perderse la posesion de los bienes raices: I Si echan de la cosa raiz al poseedor por fuerza: II Si la entra otro alguno no estando él delante, y quando viene despues no le recibe dentro de ella. III Quando oye que alguno entró la cosa de que él era tenedor, y no quiere ir allá, porque sospecha que no le querrán dejaren ella, ó le echarán de allí por fuerza si entrase. De las cosas muebles dice que puede uno perder su posesion, aunque no lo sepa al tiempo que la pierde, como sucederia si se la hurtasen (3). Pero debemos adver-

(1) L. 1, § pen. l. 18, § 2, de adq. v. am. pos. — (2) L. 3, commod. v. conr. — (3) L. 15, de adq. v. am. pos.

tir que el referir *esta ley* taxativamente los tres modos de perder alguno la posesion de las cosas raices, diciendo : *Non pierde la tenencia de ella, si non por una de estas tres maneras*, es porque solo quiso hablar de los modos por los cuales la pierde con fuerza que se le hace ó teme; porque segun otras leyes que vamos á citar, la puede perder por otros medios, como se sigue.

17. Perdemos tambien la posesion de nuestras cosas raices, si el rio en sus avenidas, ó el maren su acrecimiento las cubriese del todo, de manera que ni nosotros ni otro alguno pudiese fincar en su tenencia, *l. 14, d. tit. 30*. Y adviértase que, segun la *ley 32, tit. 28, d. P. 3*, esta doctrina tiene solamente lugar mientras las tierras se hallaren cubiertas de agua; pues luego que fueren descubiertas, usaremos de ellas, como antes lo hacíamos. Y asimismo la perdemos, si nuestros arrendadores metiesen á otro en la tenencia de la cosa que les hubiésemos dado en arriendo, con la intencion que la perdiésemos ó los echasen de ella por fuerza. Pero si los tales arrendadores la desamparasen, aunque fuese maliciosamente, para que otro se apoderase de ella, no la perderíamos, *l. 13, d. tit. 30*. Y en cuanto á las cosas muebles, perdemos tambien la posesion de aquellas que cayesen en el mar ó algun rio, *d. l. 14*; lo que debe entenderse cuando hubiesen caido de tal suerte que no fuese fácil su recobro, como tambien sucede en la huida de las bestias bravas que habíamos cogido con la diferencia que en este último caso perdemos tambien el dominio, y en el otro lo conservamos, pudiendo demandar la cosa á cualquiera que la hallare, *d. l. 14, l. 18, d. tit. 30, d. l. 19, tit. 28, d. P. 3 (1)*. Y que se pierde tambien la posesion desamparando la cosa el que la tenia, con ánimo de no tenerla, *l. 12, d. tit. 30*, es cosa clara. Podríamos tratar aquí de las acciones ó jui-

(1) § 12, Inst. de rer. div.

cios que llaman *interdictos*, por ser todo su objeto la posesion; pero nos parece mejor dejarlo para despues del título general de los juicios.

TÍTULO III.

DE LAS SERVIDUMBRES REALES Y PERSONALES.

Tit. 31, Partida 3 (1).

1. Qué sea servidumbre real ó predial, ó cómo se dividen las que son de esta especie en urbanas y rústicas.
2. Se refieren las especies de servidumbres urbanas.
- 3, 4. Se refieren las servidumbres rústicas.
5. Solo los dueños de los predios pueden imponer ó adquirir servidumbres.
6. La servidumbre es cualidad inseparable del predio que la debe, y á qué se debe.
- 7, 8. Modos de adquirirse las servidumbres.
- 9, 10. Modos de perderse.
- 11, 12. Del usufructo.
13. Del uso y de la habitacion.

1. Como las servidumbres son un derecho real tan semejante al dominio, como hemos manifestado en el título 1 de este lib. n. 10, pareció á los componedores del libro de las Partidas tratar de las servidumbres en el título 31 de la Partida 3, despues de haber tratado en los dos antecedentes del dominio y de la posesion de las cosas corporales. Servidumbre es derecho y uso que tienen los hombres en los edificios ó heredades ajenas para servirse de ellas en utilidad de las suyas. Y adviértase llamarse derecho respecto del dueño á quien se debe. Es de dos maneras. La una es aquella que ha una casa en otra, y se llama *urbana*; y la otra la que ha una heredad en otra, y se dice *rústica*. Las que son

(1) Tit 3, 4 et 5, lib. 2, Inst.

de este género se llaman *reales*, porque dicen respecto y se constituyen para beneficio ó utilidad de las cosas : á diferencia de otras llamadas *personales*, por el motivo de que solo se dirigen á la utilidad de la persona, sin señalamiento, respecto ni beneficio de sus cosas, como son el uso y el usufructo, *l. 1, tit. 31, P. 3*, que luego explicaremos. Estas se expresan siempre con el nombre específico que tienen ; de suerte que, cuando se pone el nombre general *servidumbre*, sin añadidura alguna, se entiende de las reales, que tambien suelen llamarse prediales por deberse á los predios, esto es, á las personas á beneficio de sus predios; y para su constitucion debe haber dos predios : uno dominante, por cuyo respecto y beneficio se constituye; y otro, serviente, que sufre la carga. Y solos los dueños de estos predios pueden constituir las, á excepcion de los juicios divisorios en que las puede constituir el juez (1).

2. Servidumbres urbanas que, como acabamos de decir, son las que ha una casa ó edificio en otro, son de varias especies ó clases, esto es, se constituyen para diferentes fines que se refieren en la *l. 2 de d. tit. 31* (2). y son : I El derecho de que la casa del vecino haya de sufrir la carga de ponerse en ella un pilar ó columna sobre que pueda yo edificar en la mia. II El derecho de agujerear la pared del vecino, para meter allí una viga en beneficio de mi casa. III El mismo derecho para poner una ventana, que dé luz á mi casa. IV El derecho de echar el agua que cae sobre mis tejados á la casa de mi vecino, por canal, caño ó de otra manera. V El derecho de poder prohibir á mi vecino que levante mas su casa, quitando la vista y la luz de la mia, ó pudiéndomela registrar. VI El derecho de entrar en mi casa ó corral por la casa ó corral de mi ve-

(1) § 1, Inst. de serv. rust. et urb. præd. -- (2) § 1, Inst. de serv. rust. et urb. præd.

cino. Las leyes romanas llamaron á la I de estas servidumbres *oneris ferendi*, á la II *tigni immitendi*, á la III *luminum*, á la IV *stillicidii vel fluminis avertendi*, á la V *altius non tollendi* (1), y la VI no la establecieron formalmente. Sus intérpretes dijeron haber entre la I y la II la diferencia de que en esta no debe reparar el dueño del predio sirviente la pared que sostiene la viga, y que lo contrario sucede en la otra en cuanto al pilar ó columna; cuya diferencia adopta Gregor. Lop. en la glosa 2 de d. ley 2, diciendo ser de mucha utilidad. Las mismas leyes reconocieron otras servidumbres menos frecuentes, y tambien manifiesta haberlas nuestra citada ley 2 diciendo al fin, despues de haber referido las expresadas: *O alguna otra semejante de estas que sea á pro de los edificios*.

3. Rústica servidumbre es, segun dijimos, aquella que ha una heredad ó campo en otro, y son tambien muchas sus especies; las mas frecuentes son las que se siguen (2): I Senda, esto es, derecho de pasar por la heredad de otro, yendo á la mia á pié ó cabalgando, solo ó con otros, de manera que vaya uno detrás del otro y no en par. II Carrera, que es derecho de llevar carretas ó bestias cargadas á mano, cuyas cosas no puede llevar el que tiene senda. III Via, esto es, derecho de ir por heredad ajena á la nuestra á pié ó cabalgando, solo ó acompañado, y llevar carretas ó piedras ó madero arrastrando, y todas las otras que fueren menester para la utilidad de nuestra heredad. Debe tener la anchura en que las partes hubieren convenido, y si no la señalaron, la de ocho piés en lo derecho ó recto, y diez y seis donde tuviere alguna tortura. l. 3, d. tít. 31, p. 3 (3).

4. IV La que los romanos llamaron *aquæductus*, esto

(1) L. 23, § 3 fam. erse. l. 18 com. div. — (2) Princ. eccl. — (3) L. 8, de serv. rust. præd.

es, derecho de llevar agua por heredad de otro para nuestros molinos, ó regar nuestras tierras. Y es obligación del dueño del predio dominante guardar y mantener el cauce, azequia ó canal por donde corre el agua, de manera que no pueda ensanchar, alzar ni abajar, ni hacer daño á aquel por cuya heredad pasare, *l. 4, d. tít. 31*. Pero si este mismo dueño tuviese el derecho de llevar el agua de fuente que naciere en heredad ajena, no podía el amo de esta conceder á otro el mismo derecho sin consentimiento de aquel, sino es que fuese tanta el agua, que abundare para las heredades de ambos, *l. 5, d. tít. 31 (1)*. V El derecho de sacar yo agua de la fuente ó pozo de otro para beber yo, mis labradores, bestias y ganados; y teniendo conseguido este derecho, le tengo tambien para entrar y salir en la heredad en que está el agua, siempre que me fuere menester. VI El derecho de meter mis bueyes u otras bestias con que labro mi heredad, en prado ó dehesa de otro, *l. 6, d. tít. 31*. VII El derecho de sacar yo tierra, arena, ó hacer cal en heredad de otro, para hacer casa en la mia, ó tinajas para guardar en ellas el aceite que recojo en la misma, *l. 7, d. tít. 31 (2)*.

5. Solos los que son dueños de alguna heredad pueden imponer servidumbre sobre ella, *l. 9, l. 13, d. tít. 31 (3)*, reputándose tambien por dueños los enfiteutas, que solo tienen el dominio útil, *l. 11, d. tít. 31*. Y si la heredad fuese comun de muchos, todos la deben otorgar cuando la ponen. Y si por ventura la otorgasen unos, y otros no, no pueden resistir su uso aquellos que la otorgaron. Pero los que no la quisieron otorgar, bien la pueden contradecir cada uno de ellos, tan bien por su parte, como por la de los otros; mas, si despues consintiesen todos los que lo habian contradicho, val-

(1) *L. 2, § de serv. rust. præd.* — (2) *§ 2, Inst. eod.* — (3) *§ 3, eod.*

dria como si al principio la hubiesen otorgado todos. *l. 10, d. tit. 31* (1). Y lo mismo debe decirse en cuanto al predio dominante (2). Y adviértase que las servidumbres son individuales, esto es, no se pueden dividir, ni entre los herederos del dueño del predio dominante, ni entre los del sirviente que posean el predio; y de consiguiente se debe enterar á cada uno de aquellos y por cada uno de estos, *l. 9, l. 18, d. tit. 31*.

6. La servidumbre es una cualidad tan inherente ó afixa á las cosas á que dice respecto, ó bien considerada pasivamente en cuanto es carga, ó activamente en cuanto es derecho, que no se pierde por mudar de dueño el predio sirviente ó el dominante, si que pasa al nuevo poseedor, *l. 8, l. 12, d. tit. 31*. No podrá pues enajenarla el dueño de la heredad á quien se debe, sin enajenar la misma heredad. Pero aquel á quien se debe servidumbre de llevar agua para regar su heredad, bien puede conceder el agua que ya tuviere en su campo á otro, para que este riegue la suya, *d. l. 12*, y es la razón porque este no concede la servidumbre, que consiste en el derecho de llevar el agua por la heredad ajena, sino el agua ya llevada, en lo que no se perjudica ni grava al dueño del predio sirviente.

7. Tres son las maneras de constituirse las servidumbres expresadas en la *ley 14, d. tit. 31*: I Por contrato ó concesión entre vivos. II Por testamento o última voluntad. III Por el uso. De la I y II cualquiera puede formarse los ejemplos; y en cuanto á la III debe advertirse que el uso ha de ser continuo, con ciencia del dueño del predio sirviente, con buena fe, y no por fuerza ni por ruego, y que en el tiempo hay diferencia entre las servidumbres que llaman continuas y las discontinuas; porque las primeras se constituyen ó adquieren por diez años entre presentes y vein-

(1) *L. 11, de serv. præd. rust.* - (2) § 3, *Inst. eod.*

te entre ausentes, y las discontinuas por el inmemorial, l. 15 de d. tit. 31, y allí Greg. Lop. en su glosa 3, el cual añade en la glosa 12 la limitacion de no deber entenderse esta doctrina cuando el que prescribe tiene justo título por algun tercero, probando bien con las leyes romanas, é intérpretes de ellas, que entonces bastará el tiempo largo ú ordinario de 10 ó 20 años, y lo mismo advierte Antonio Gom. como cosa muy singular y cotidiana, l. 2, cap. 15, n. 27, *variar. vers. Advertendum*. Continuas decimos ser aquellas de que usamos cada dia, como se explica d. ley 15, poniendo por ejemplos las cinco primeras que referimos en la clase de urbanas, arriba n. 2. Y discontinuas por lo contrario las de que no usamos cada dia, de las que pone tambien ejemplos en las tres primeras que contamos entre las rústicas en el n. 3, y lo son asimismo las tres últimas que hemos explicado al n. 4. La de llevar agua para regar nuestra heredad la pone la misma ley 15 en su primera parte entre las continuas, y en la segunda entre las discontinuas; pero ella misma allana esta dificultad; pues, hablando en esta segunda parte del agua que viene una vez en la semana, en el mes ó en el año, y no cada dia, da á entender manifiestamente que en la primera habló de la que cada dia viene ó usamos. Y advertimos con Antonio Gomez, 2, *variar. cap. 15, n. 27, vers. Item*, que el tiempo para prescribir las servidumbres continuas, si son afirmativas, como la I y II de las urbanas, arriba n. 2, se empieza á contar desde el dia en que se empieza su uso; pero en las negativas, cual es la V de las mismas urbanas, desde que el prescribiente prohíbe al otro usar de la libertad. Si posees pues en frente de mi casa una área ó solar que siempre lo ha sido, no tendré derecho de prohibirte que edifiques y levantes tu edificio, si no es que, habiéndolo querido hacer, te lo impedi, y desde entonces hubiesen pasado 10 ó 20 años.

8. En el modo de adquirir la servidumbre por el uso que acabamos de referir, la ciencia y paciencia del dueño del predio sirviente sirve de justo título y de tradición; y bajo de este supuesto de ocupacion de la posesion, el uso del dominante. Por ello advierte con razon Antonio Gomez, *d. cap. 15, n. 27, vers. Servitus*, que quien quiera aprovecharse de esta adquisicion, debe ser cauto en alegar y probar la ciencia y paciencia del otro, además de su uso y ejercicio, y el tiempo necesario. Y añade allí mismo que, si el prescribiente apoyase su uso en título justo, bastaria su buena fe con el lapso del tiempo legal, sin ser necesaria la ciencia del dueño, y lo mismo dice por via de limitacion Greg. Lop. en la glosa 3 de *d. l. 15*, como sucederia si creyéndote yo dueño de un campo, sin serlo, te comprase una servidumbre sobre él á favor ó utilidad de otro mio, en cuyo caso la adquiriria por el uso, aunque lo ignorase su verdadero dueño. Este modo último de adquirir servidumbres por el uso lo establecieron y fundaron muy bien las leyes romanas (1) Se ha omitido en las nuestras; pero vemos con gusto que le adoptan Antonio Gomez y Gregorio Lopez en los lugares citados; y es muy conforme á lo que establecen de la prescripcion de las cosas corporales las leyes 6, 9 y 18, *tít. 29, P. 3*, como hemos notado en el título antecedente, *n. 3*.

9. Son tambien varios los modos de perderse ó extinguirse las servidumbres. 1.º Por la confusion de los dominios, esto es, si el dueño del predio dominante adquiere el dominio del sirviente, ó al contrario; y se extingue de tal manera que, aunque despues vuelvan á separarse los dominios, no se debe la servidumbre, si de nuevo no fuese puesta, *l. 17, d. tít. 31*, porque el hombre no usa de sus cosas á manera de servidumbre, ó como suele decirse, á ninguno sirve su cosa, *l. 13, d.*

(1) *l. 1. de presc. long. temp.*

DERECHO COMPARADO
Quito - Ecuador
INSTITUTO
de

tít. 31. II Por la remision ó condonacion de la servidumbre que hace al dueño del campo á que se debe, *d. l. 17*. Y no es menester que la remision sea expresa, bastará que sea tácita, como si el dueño de la servidumbre permitiese al dendor que hiciere alguna cosa que impedia su uso, *l. 19, d. tít. 31 (1)*.

10. *III* Se pierden tambien por el no uso de veinte años sin diferencia de presentes y ausentes las discontinuas, y de tiempo inmemorial las continuas; de suerte que, al paso que estas necesitan de mas tiempo para perderse que las discontinuas, sucede lo contrario para adquirirse, trocándose los tiempos, *l. 16, d. tít. 31*. Pero debemos advertir entenderse esta doctrina en las servidumbres rústicas; porque de las urbanas, que se deben á los edificios, establece la *misma ley* 16 perderse por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, concurriendo la precisa circunstancia, y no de otra manera, de impedir el que debia la servidumbre su uso con algun hecho, á buena fe, como por cerrar la ventana por donde entraba la luz, que es el ejemplo de que usa la *misma ley*. Si la servidumbre se debiese á un predio comun, usando de ella uno de sus dueños, la conserva tambien para el otro que no la usó; lo contrario será, si el no usarla este fuese despues de haberse dividido los dueños el predio que era comun, *l. 18, d. tít. 31*, que da la razon de ser una la servidumbre en el primer caso, y en el segundo dos (2).

11. Servidumbres personales, que, como dijimos arriba *n. 1*, se suelen expresar con sus nombres específicos de *usufructo*, *uso* y *habitacion*, son las que se deben á las personas, sin respecto alguno á cosas. Es la principal y frecuentísima el usufructo, que no es otra cosa que *derecho de usar de casas, tierras, ganados ú otra cosa ajena que pueda dar renta, aprovechándose de todas*

(1) *L. 8 quem. serv. am.* — (2) *L. 16 quemad. serv. amit.*

sus frutos. Pertenecen pues al fructuario todas las rentas y frutos de la cosa en que tiene el usufructo, sin distincion de naturales ó civiles, esto es, ó nacidos de la misma cosa, ó producidos y percibidos por ocasion de ella; pero no los partos de la esclava ni el tesoro encontrado en el predio, porque no son propiamente frutos; ó cuando lo sean, son extraordinarios, que siempre pertenecen al dueño de la cosa. Los puede vender como quisiere; pero no podrá enajenar ni empeñar la misma cosa: antes bien tiene obligacion de prestar la caucion dicha *fructuaría*, esto es, dar fiadores de que no se perderá ni empeorará la cosa por culpa suya; y cuando se acabe el usufructo, la restituirá á su dueño, ó á quien se le haya mandado, *l. 20, d. út. 31*. Y además debe aliñarla y cuidarla bien, de manera que, si fuere casa, ha de repararla y cuidarla que no caiga ni se empeore por su culpa; y se fuere heredad, labrarla y cultivarla bien, plantando cepas y árboles en lugar de los que se secaren. Y si fueran ovejas, y algunas se murieren, debe poner y criar en lugar de ellas otras tantas reses de sus hijos. Y tambien debe pagar cualquier tributo ó derecho á que esté sujeta la cosa de que percibe los frutos, *l. 22, d. út. 31* (1).

12. Los modos de constituirse el usufructo son los mismos tres que hemos explicado arriba n. 7, tratando de las servidumbres reales, *l. 14, l. 20, d. út. 31*, de suerte que en esto no hay diferencia alguna entre unas y otras servidumbres; á excepcion del modo legal de constituirse el usufructo de los bienes adventicios del hijo de familia á favor del padre que le tiene en su poder, á beneficio de la *ley 15, út. 17, P. 5* (2), cuyo usufructo da al padre otras prerogativas, á mas de las que tienen los otros fructuarios, que pueden verse en

(1) *L. 7, l. 18, l. 65, de usufr. et quemad* — (2) § 1. *Inst. per quas pers. cuiq. adq.*

Gom. en la *ley 6 de Toro*, nn. 11 y 12, Castillo de *usuf. cap. 3*, y otros muchos que cita; siendo una de ellas el no poder el hijo enajenar sin consentimiento del padre la propiedad que es suya, Gom. en el n. 11 (1). Y véase lo que dijimos en el *tít. 7, lib. 1, n. 40*. Pero la hay en los modos de acabarse; porque, además de extinguirse tambien, como las servidumbres reales, por la confusion de dominios ó consolidacion, esto es, adquiriendo el fructuario el dominio de la cosa, ó al contrario; y por la remision, y en cuanto á no usarse por el tiempo de 10 años entre presentes, ó 20 entre ausentes, se acaba por la muerte ó destierro perpetuo del fructuario, *l. 24, d. tít. 31*. Y asimismo se acaba enajenándole el fructuario á favor de un tercero, en cuyo caso se consolida tambien con la propiedad; pues, aunque puede vender, arrendar ó dar á otro la percepcion de los frutos; pero no el mismo derecho que él tiene, *d. l. 24, l. 3, tít. 8, P. 5*. Los intérpretes para explicar esto con mas claridad, distinguen dos derechos en el fructuario. El uno real ó de comodidad consistente en que nadie le puede impedir la percepcion de frutos; y otro, personal inherente á su persona: de los cuales puede enajenar, como quisiere, el primero, cuya duracion pende del segundo; pero si intenta enajenar este, siempre se extingue y va á unirse con la propiedad. Quemándose toda la casa, ó derribándose por terremoto ó de otra manera, se extingue tambien su usufructo, *l. 25, d. tít. 31 (2)*. Y si fuere dejado á alguna ciudad ó villa sin expresion de tiempo, dura cien años (3), y pasados ellos, se acaba y se une á la propiedad, como tambien si durante este tiempo se despoblase del todo, labrándose ó quedando yerino su sitio. Pero si todos sus antiguos moradores ó alguna parte de ellos poblaren

(1) *L. ult. § 5, C. de bon. que libe.* — (2) *§ 1, Inst. de usu et habit.* — (3) *§ 3, eod.*

despues juntos otro lugar, les quedaria salvo el derecho que habia en aquel usufructo, *l. 26, d. tít. 31*. El legal que tiene el padre en los bienes adventicios del hijo se acaba por el casamiento de este; pero no el que tiene el padre ó la madre en los bienes que debe reservar para su hijo del primer matrimonio, como manifestamos en el *lib. 2, tít. 7, n. 16*.

13. La segunda especie de servidumbres personales, llamada uso, es *derecho de usar de cosa ajena fructífera, aprovechándose de solos aquellos frutos que necesita para sí su familia ó despensa*. Tiene lugar en él cuanto hemos dicho del usufructo, á excepcion de las diferencias siguientes: I Que al usuario no pertenecen todos los frutos como al fructuario, sino solamente los que necesita para su familia, y de abí es que nada de ellos puede tomar para dar ni vender, *d. l. 20, tít. 31 (1)*; y de consiguiente si muriere teniendo algunos percibidos y no consumidos, no serian de su heredero, sino del propietario. II Que el usuario de bestias puede usar de ellas para sus labores, ú otro su servicio solamente; pero no las puede alquilar ó prestar á otro, *l. 21, d. tít. 31 (2)*. III Que el usuario no debe pagar las expensas del reparo de la casa ó cultivo de la heredad, ni los tributos ó pechos sobre ella impuestos, si no es que diese tan corto frutos, que todos fuesen del mismo usuario (3). La tercera servidumbre personal que se llama habitacion ó morada, es *derecho de habitar en casa ajena con la compañía que tuviere*. Solo en dos cosas se diferencia del uso de la casa, y son, que la puede arrendar ó alquilar á otro, con tal que sea á personas que hagan buena vecindad, y que no se extingue sino por la muerte ó remision. Si se deja para tiempo determinado, claro está que se acaba, pasado este, *l. 27, d. tít. 31*.

(1) L. 18, de usuf. et quem. — (2) L. 5, § 2 quib. modis usuf. amitt. — (3) L. 66, de usuf. et quemad.

TITULO IV.

DE LOS TESTAMENTOS.

Tít. 1, Partida 6; y tít. 18, lib. 10 de la Nov.

Rec. (1).

1. Qué es herencia, y de qué partes consta su adquisicion.
2. Qué cosa sea testamento, y su division en abierto y cerrado.
3. Solemnidades que deben observarse en el testamento abierto ó nuncupativo.
4. Solemnidades del testamento cerrado ó escrito, del testamento del ciego y de los codicilos.
5. Advertencias útiles sobre las solemnidades de los testamentos.
6. Otras divisiones de testamentos.
7. Los que non pueden ser testigos en ningun testamento.
8. Quiénes son los que solo están prohibidos de ser testigos en algunos testamentos, y de los legatarios.
9. Quiénes tienen prohibicion de testar.
- 10, 11, 12, 13. Se puede dar á otro poder de testar, y lo que hay que advertir sobre el comisario.
14. Qué cosas deben observarse para las aberturas de los testamentos cerrados.

1. Los modos de adquirir, de que hasta aquí hemos tratado, son singulares, esto es, destinados por su naturaleza á la adquisicion de cosas singulares ó particulares. Vamos ahora a tratar de los universales, por los cuales se adquiere de un golpe, y por un solo acto una universalidad de bienes, cual es la herencia, que no es otra cosa que *universal patrimonio de alguno con sus cargas*. Su adquisicion consta de dos partes, delacion y suscepcion ó admision. La delacion es el título para adquirirla, y la admision el modo; y por ello ninguno puede adquirir herencia, sin que primero se le desiera, esto es, se le deba por ser llamado á ella. Se desiere por testamento, y faliendo este, abintestato, *princ. y l. 3, tit. 13, P. 6* (2).

2. Testamento, dice la ley 1, tít. 1, d. P. 6, es una de

(1) Tít. 10, lib. 2, Inst. — (2) L. 1 cum duali. segg. de her. test.

las cosas del mundo en que mas deben los omes haber cordura cuando lo facen, por dos razones. La una porque en ellos muestran cuál es su postrimera voluntad, é la otra porque despues que los han fecho si murieren, no pueden tornar otra vez á enderezarlos: y no es otra cosa que voluntad ordenada en que uno establece su heredero, ó departe lo suyo en aquella manera que quiere quede lo suyo despues de su muerte, l. 2, d. tít. 1. Son dos sus especies. Los de la una se llaman nuncupativos ó abiertos; y los de la otra, escritos ó cerrados, d. l. 1, l. 1 y 2, tít. 18, lib. 10 de la Nov. Rec. (1). Cada cual requiere sus solemnidades, que copiaremos de estas leyes 1 y 2, que las establecen, variando en parte las que habian establecido las leyes 2 y 3, P. 6.

3. Si el nuncupativo ó abierto se ordenare con escribano público, deben ser presentes á verlo otorgar tres testigos á lo menos, vecinos del lugar donde el testamento se hiciere; y si se hiciere sin escribano público, ha de haber á lo menos cinco testigos, vecinos, segun dicho es, si fuere lugar donde lo pudiere haber; y si no pudieren ser habidos cinco testigos ni escribano en el dicho lugar, á lo menos han de ser presentes tres testigos, vecinos del tal lugar; pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos ni pase ante escribano, teniendo las otras calidades que el Derecho requiere, vale el tal testamento, d. l. 1, tít. 18, lib. 10 de la Nov. Rec., la cual ordena valga tambien en cuanto á las mandas y otras cosas que contiene, aunque el testador no haya hecho heredero alguno, y entonces herede aquel que, segun derecho y costumbre de la tierra, habia de heredar en caso que el testador no hiciera testamento, y que se cumpla el testamento. Y que lo mismo suceda si el testador instituyere heredero en el testamento, y este no quisiere

(1) § 14, Inst. de test. ord.

heredar. Y ordena últimamente que, si el testador nombrase á alguno por heredero, ó le legare ó mandare alguna cosa para que la dé á otro á quien sustituyere en la herencia ó manda, y el tal heredero ó legatario no quisiere aceptar, el sustituto ó sustitutos lo puedan hacer todo. Segun esta famosa ley, para que valga en nuestra España el testamento, no es necesario que contenga institucion de heredero, ni que en el caso de haberla, ada ó admita este la herencia; cuya proposicion en el Derecho romano, fundado en este particular en escrupulosidades, era un desatino de primera clase.

4. En el testamento cerrado, llamado en latin *in scriptis*, manda la ley 2, *tít. 8, 2 de d. tít. 18* que intervengan á lo menos siete testigos con un escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escritura del testamento, ellos y el testador si supieren y pudieren firmar; y si no supieren y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del escribano. Y que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos á lo menos, y en los codicilos intervenga la misma solemnidad que en el testamento nuncupativo ó abierto: los cuales dichos testamentos y codicilos, si no tuvieren la dicha solemnidad de testigos, no hagan fe ni prueba en juicio ni fuera de él.

5. Nos ha parecido copiar á la letra estas dos célebres leyes 1 y 2, *tít. 18, lib. 10 de la Nov. Rec.* por lo muy interesantes que son. Y para la mas completa explicacion de su preciosa doctrina y satisfaccion de las dudas que sobre ella pueden suscitarse, nos parece del caso tener presentes las advertencias que se siguen. I Que no solo en los testamentos abiertos, sino tambien en los cerrados que hacen los padres entre sus hijos ó descendientes legítimos, deben observarse las mismas solemnidades que en los que testan entre

extraños, establecidas en *dichas leyes*; y lo mismo ha de guardarse en los que se otorgaren en tiempo de peste, como prueba Gomez en la *ley 3 de Toro* (es *d. l. 2*) *n. 48*. II Que la disposicion de *d. l. 2* en cuanto dice que en los codicilos debe intervenir la misma solemnidad que en el testamento abierto, ha de entenderse en los codicilos abiertos ó nuncupativos, pero no en los que se otorgaren cerrados; porque en estos deben necesariamente intervenir cinco testigos con sus firmas, como lo estableció la *ley 3, tit. 12, P. 6*, y lo prueba lata y fundadamente Gregor. Lop. en su *glosa 2*, y lo mismo siente Gom. en *d. l. 3 de Toro, n. 69*. III Que asimismo, lo que dice del testamento del ciego, *d. l. 2*, se entiende del abierto, como que este no lo puede otorgar cerrado, como lo enseñan Gregorio Lop. en *d. glosa 2*; Gomez en *d. l. 3, n. 51*; y Azevedo en *d. l. 2, n. 25*. IV Que nos parece bien por las buenas razones en que se funda, la opinion del mismo Azevedo en *d. l. 2, n. 25 y siguientes*, de ser necesario intervenga escribano en el testamento del ciego; pero no que sean vecinos del lugar los testigos, aunque Antonio Gom. en *d. l. 3, n. 52* se esfuerza en probar no ser tampoco necesaria la asistencia del escribano. V Que ni en el testamento abierto ni en el cerrado es necesario que los testigos sean rogados, porque *dichas leyes 1 y 2*, que expresan las solemnidades que deben observarse en uno y otro, no hacen mencion de esta, que era la mas escrupulosa de todas. Así lo prueba Antonio Gomez en dicha *ley 3 de Toro, n. 29*, cuyas razones nos parecen mucho mas sólidas, que las que alega por la contraria que defiende Azevedo en *d. l. 1, n. 48 y siguientes*, y en *d. l. 2, n. 5*. VI Que en nuestras *Instituciones Romano-Hispanas, lib. 2, tit. 10, § 14, n. 6* rechazámos con razones, al parecer de mucho peso, la opinion de Antonio Gomez en *d. l. 3, n. 47* de que bastarán tres testigos para el testamento abierto,

aunque no interviniera escribano, pudiendo haberle; y en el *n. 7* la del Señor Covar., que en el *cap. 10 de testament. n. 3* pretende probar que bastan dos testigos con el escribano, si en el lugar no se pueden encontrar mas con facilidad.

6. Que además de la division referida de testamentos en abiertos y cerrados, que es la mas frecuente, hay otras dos. La una en pagánicos y militares; y la otra, en los que se otorgan con fe privada, y los otorgados con fe pública. *Pagánicos* se llaman los de los paisanos. En ellos se deben observar todas las solemnidades establecidas en dichas *leyes 1 y 2, tít. 18, lib. 10 de la Nov. Rec.*, segun fue en abiertos ó cerrados. *Militares* son llamados los que hacen los soldados (las leyes de las Partidas les suelen apellidar *Caballeros*) estando en hueste, en cuyo caso, y no en otro, les hacia exentos de toda solemnidad la *ley 4, tít. 1, P. 6*, imitando en esto las leyes romanas (1); de suerte que segun ella pueden testar como quisieren y pudieren, de palabra ó por escrito, bastando para la prueba dos testigos llamados y rogados. Y si no estaban en la hueste, debian testar como los paisanos. Pero en las *Ordenanzas generales del ejército, artículo 4, tratad. 8, tít. 11*, y despues mas completamente en *cédula de 24 de octubre del año 1773, que es la ley 8, tít. 18, lib. 10 de la Nov. Rec.*, declara y manda el rey que todos los que gozan del fuero de guerra puedan testar sin limitacion alguna, de cualquier modo en que conste su voluntad. Y en cuanto á la otra division solo hay que advertir, decirse testamento con fe pública el que se hiciere delante del rey, en cuyo caso rarísimo valdria aunque no hubiese otro testigo sino el rey, *l. 5, d. tít. 1, P. 6*. El otro hecho con fe privada es el que ordinariamente se hace.

(1) Princ. Inst. de milit. testam.

7. Visto el número de testigos necesario en los testamentos, y cuando deban ser vecinos del lugar del otorgamiento, hemos de ver quienes pueden serlo. A cuya pregunta se suele responder que lo pueden ser todos aquellos que no están prohibidos de serlo. Refiriendo pues los que lo están, sabremos que podrán serlo todos los demás. Los cuenta la *ley 9 de d. tít. 1*, según se sigue : I Los condenados por cancionas injuriosas, libelos ó pasquines con intencion de infamar, por hurto, homicidio, ú otro delito semejante á estos, ó mas grave. II Los apóstatas que, habiendo dejado nuestra religión católica, pasaron á ser moros ó judíos, aunque volviesen después á la nuestra. III Las mujeres. IV Los menores de 14 años. V Los esclavos. VI Los mudos. VII Los sordos. VIII Los locos, mientras estuviesen en la locura. IX Los pródigos (1). En los del n. I juzga Gregor. Lop. en la *glosa 2 de d. l. 9* que se comprenden todos los infames con infamia de Derecho, de los que hablaremos en el *lib. 2, tít. 27*. Y en los del n. V añade la misma *ley 9* al verso *Pero*, que si algun esclavo andaba ó estaba reputado por libre en aquella sazón, esto es, al tiempo del otorgamiento del testamento, valdria el testamento, aunque después se averiguase ser esclavo (2).

8. Los testigos inhábiles que acabamos de referir son para todos los testamentos, por ser su inhabilidad absoluta y general; pero hay otra respectiva ó particular, que solo obra en algunos testamentos, siendo los que la tienen hábiles ó idóneos para los otros. De esta clase son los hijos para los testamentos de sus ascendientes, y estos para los de sus descendientes, *l. 14, tít. 16, P. 3*, que solo exceptúa de esta regla los testamentos militares. Y á la misma clase pertenece el heredero, y todos sus parientes hasta el

(1) § 6, Inst. de test. ordin. — (2) § 7, eod.

cuarto grado, en el testamento en que fuere instituido, *l. 11, d. tít. 1, P. 6*. Pero los legatarios ó fideicomisarios particulares no tienen inhabilidad alguna para ser testigos en los testamentos en que se les dejan las mandas, *d. l. 11 (1)*. Los demás pertenecientes á testigos en pleitos y contratos, los trataremos cuando hablemos de pruebas en los juicios.

9. Testar pueden todos los que no tienen prohibicion, *l. 13, d. tít. 1, P. 6*. Están prohibidos los siguientes : I Los menores de 14 años si son varones, y de 12 si son hembras, á quienes con un nombre comun llamamos impúberes (2). II El desmemoriado, por cuyo nombre entienden las leyes de las Partidas al loco ó mentecato (3). III El desgastador ó pródigo (4). IV Los mudos ó sordos que no saben escribir ni pueden hablar, cuales son los que lo padecen desde su naciencia; pero el que lo fuere por enfermedad ú otra ocasion, si sabe escribir, podrá hacer testamento, escribiéndolo por su mano misma, *d. l. 13*. V Los religiosos profesos, *l. 17, d. tít. 1*, y en su *glos. 1 Greg. Lop.* Segun las leyes de las Partidas, tampoco podian testar los condenados á muerte ó deportacion, ni los hijos que están bajo el poder de su padre; pero á los primeros les habilita la *ley 3*, y á los hijos la *4, tít. 18, lib. 10 de la Nov. Rec.*, bien que de los condenados exceptúa *d. l. 3* los bienes que por razon del delito fueren confiscados, ó se hubieren de confiscar á favor del rey ú otro.

10. En España tenemos la singularidad de que la facultad de testar se puede cometer á otro: de cuyo asunto hablan la *ley 1 y siguientes del tít. 19, d. lib.* Se previene en *d. l. 1* que el comisario, en virtud del poder para testar que se le diere, no puede hacer heroe

(1) § 3, eod. — (2) § 1, Inst. quib. non est perm. — (3) § 1. — (4) § 2, eod.

dero en los bienes del testador, ni mejorías del tercio ni del quinto, ni desheredar á ninguno de los hijos ó descendientes del testador, ni los puede sustituir vulgar, pupilar ni ejemplarmente, ni hacerles sustitucion de cualquier calidad que sea; ni puede dar tutor á ninguno de los hijos ó descendientes del testador; salvo si el que le dió tal poder para hacer testamento, especialmente le dió para hacer alguna cosa de las susodichas en esta manera; el poder para hacer heredero, nombrándolo el que da el poder por su nombre, á quien manda que el comisario haga heredero; y en cuanto á las otras cosas, señalando para qué le da el poder; y en tal caso el comisario puede hacer lo que especialmente señaló y mandó el que dió el poder, y nada mas.

11. Cuando el testador no hizo heredero, ni dió poder al comisario que lo hiciese por él, ni para hacer alguna de las cosas que hemos expresado en el *n. antecedente*, sino solamente para que por él pueda hacer testamento, puede el comisario descargar los cargos de conciencia del testador que le dió el poder, pagando sus deudas, cargos de servicio y otras deudas semejantes, y mandar distribuir por el alma del testador la quinta parte de sus bienes, que pagadas las deudas montare; y el remanente se partirá entre los parientes, á quienes tocara heredarle abintestato; y si parientes tales no tuviere el testador, estará obligado el comisario, dejando á la mujer del que le dió el poder lo que por derecho le corresponde, á disponer de todos los bienes del testador por causas pias y provechosas al alma de este, y no en otra cosa alguna, *l. 2, d. tít. 19*. El comisario debe usar del poder que se le dió dentro de 4 meses, si estuviere en la ciudad, villa ó lugar donde se le dió el poder, al tiempo en que se le dió; y si entonces estaba ausente, pero dentro de los reinos de España, dentro de 6 meses; y si estu-

viere fuera de estos, tendrá el término de un año, y no mas. Pasados dichos términos, que corren tambien contra el comisario ignorante, irán los bienes del testador comitente á sus herederos abintestato; salvo si el testador le mandó señalada y determinadamente, señalando la persona del heredero, ó cierta cosa que habia de hacer el tal comisario, en cuyo caso deberá hacerlo; y si, pasado el término, no lo hiciere, será habido como si lo hubiese hecho, *l. 3, d. tit. 19*. Matienzo en esta *l. 7, glosa 2, n. 3* citando á muchos, y Antonio Gomez en la *33 de Toro* (es la misma *ley 3*) prueban tener arbitrio el testador para coartar ó alargar dichos términos.

12. Si el comisario no hizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, irán, segun queda insinuado, los bienes de este á sus herederos abintestato: los cuales no siendo descendientes ó ascendientes legítimos suyos, estarán obligados á disponer de la quinta parte de ellos por el alma del testador; y si no lo cumplieren dentro de un año, contándole desde la muerte del testador, podrá compelerles la justicia, á petición de cualquiera del pueblo, *l. 13, tit. 20*. Y en el caso que el testador nombrada y señaladamente hizo heredero y dió poder á otro para que acabase por él su testamento, no podrá el comisario disponer mas que de la quinta parte de los bienes del testador, despues de pagadas las deudas y cargos de servicio del mismo testador, si no es que este le hubiese dado poder para mas, *l. 6, d. tit. 19*.

13. El comisario no puede revocar el testamento que el testador habia hecho en todo ni en parte, salvo si el testador especialmente le dió poder para ello, *l. 4, d. tit. 19*: ni tampoco el que él mismo hubiese ya hecho en uso de su poder. Ni despues de haber hecho el testamento puede hacer codicilo, aunque sea para causas piadosas. Por mas que se reserve el poder

revocar, añadir, menguar, ó haver codicilo ó declaracion alguna, *l. 5, d. út. 19*. Si fueren muchos los comisarios y muriere alguno, su derecho se funda en los sobrevivientes, y siempre se está á lo que hiciere la mayor parte; y en el caso de no haberla, se acude á la justicia para la decision, en los términos que se fiere la *ley 7, d. út. 19*. Y para que valga el poder para testar, debe estar otorgado con las mismas solemnidades que hemos visto ser necesarias para los testamentos, *l. 8, d. út. 19*.

14. Muerto el testador que hubiese otorgado testamento cerrado, puede pedir ante el juez, cualquiera á quien se mande algo en él, que se abra, *l. 1, l. 2 út. 2, P. 6*, y añád: Gregor. Lop. en la glosa 1 de *d. l. 1*, citando á otros, que tambien puede pedirlo el que tuviese en ello algun interés, aunque nada se le deje, como el hijo preterido que quisiere probar ser nulo el testamento; y el que lo pide debe jurar primero que no lo hace maliciosamente, sino por el interés que tiene, *d. l. 1 (1)*. Si el testamento estuviese en el lugar donde se pide que se abra, debe mandar el juez se lo eleven á su presencia y que se abra luego. Y si estuviere en otra parte, señalar plazo á los que lo tengan en su poder para que se lo lleven, y mandar abrirle. Y si por ventura el que le tuviese en su poder fuese rebelde, de manera que no le quisiese mostrar por mandato del juez, debe pagar al que lo demandase todo cuanto le fuese mandado en el testamento, y todo el perjuicio que le hubiese causado por su resistencia, *d. l. 2*. Y debe ser abierto delante del juez y los testigos que son escritos en él. Pero antes que el juez lo mande abrir, debe saber de ellos si es aquel el testamento en que pusieron sus firmas. Y si la mayor parte dijere ser así, debe ser abierto ante

(1) L. 3, C. quemad. test. aper.

ellos y leído, aunque no estuviesen presentes todos. Y si los testigos no pudiesen ser habidos por estar todos ó la mayor parte en otras tierras, puede el juez, si entendiere que la tardanza habia de causar perjuicio á los interesados, hacer venir ante sí á hombres buenos, y abrir el testamento ante ellos (1). Y de esta manera se puede abrir, aunque no estuviese delante ninguno de los testigos ante quienes fué hecho. Pero despues que vivieren los testigos, se les debe enseñar el testamento para que reconozcan sus firmas, y jurando ellos ser aquel testamento el que firmaron, se debe mandar trasladar el testamento en el registro ó protocolo, l. 3, d. *ú.* 2, la cual en lugar de firmas dice sellos, porque eran necesarios, atendido el derecho de las Partidas. Si el testador mandare que no se abra alguna parte del testamento hasta cierto tiempo, deberá hacerse así, l. 5, l. 6, d. *ú.* 2. De los modos de romperse ó rescindirse los testamentos, tratamos en el título siguiente.

TITULO V.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO, SUSTITUCIONES
Y DESHEREDACIONES.

Títulos. 3, 4, 5, 6 y 7, P. 6(5).

1. Qué sea institucion de heredero, y quiénes tienen prohibicion absoluta para ser instituidos herederos.
- 2, 3. Quiénes la tienen respectiva á algunos testadores.
4. Cómo debe hacerse la institucion de herederos; y á quién va la herencia cuando el testador instituye á los pobres.
5. En qué partes debe dividirse la herencia.
6. Puede morir cualquiera parte testado, y parte intestado, y cuándo tiene lugar el derecho de acrecer entre los herederos.

(1) L. 7 quemad. test. aper. — (2) Tit. 13, 14 et 16, lib 2, l. 1.

7. Qué sea condicion, su division en posible é imposible, con los efectos que esta causa.
8. 9. 10. Se explican latamente algunas divisiones de las condiciones posibles.
11. Qué sea sustitucion, sus especies, y se explica la vulgar.
12. 13. De la sustitucion pupilar.
14. De la sustitucion ejemplar.
15. De las sustituciones compendiosa, brevilocua y fideicomisaria.
16. Del derecho de deliberar.
17. 18. Del inventario.
19. 20. De los modos de admitir ó desechar la herencia, y cuándo deben tener capacidad los herederos.
21. 22. 23. 24. De las desheredaciones.
25. 26. Modos de romperse el testamento, y penas de los que impiden testar.
27. De los testamentos que se rescinden por la querella de inoficiosos.

1. Aunque segun dijimos en el *título antecedente* n. 3 no es necesaria en España la institucion de heredero, para que el testamento valga, debemos confesar ser su parte mas principal, y que es muy raro que no la haya. Instituir heredero es nombrar sucesor á otro, para que, muerto el que le nombró, quede dueño de sus bienes ó de alguna partida de ellos, l. 1, tit. 3, P. 6. Pueden ser instituidos todos aquellos á quienes no les está prohibido por las leyes, l. 2, d. tit. 3: por lo que para saber quiénes puedan serlo, es lo mas expedito referir los prohibidos, y son: I Los desterrados para siempre, llamados en latin *deportati*. II Los condenados á trabajar para siempre en las minas de los metales del rey; pero á estos se les puede legar. III Los herejes y los apostatas (1). IV Las cofradías, cuerpos ó sociedades que se hubiesen formado contra Derecho y contra la voluntad del rey, l. 4, d. tit. 3. Y adviértase que, aunque *esta ley* no hace mencion de los moros ni de los judíos, están tambien prohibidos, como lo convence la *ley última*, tit. 7, d. P. 6, *vers. Eso mesmo*. Por la ley 4, d. tit. 3 la mujer que

(1) L. 3, C. de apost. l. 4, C. de hære

casare dentro de un año despues de la muerte de su marido, no podia ser instituida heredera por ningun extraño ni pariente del cuarto grado en adelante; pero está corregida por la *l. 4, tit. 2, lib. 10 de la Nov. Rec.*, que concede licencia á todas las mujeres que puedan casarse con quien quisieren dentro de dicho año, sin incurrir en pena alguna.

2. A los que acabamos de referir ninguno puede instituir herederos, porque su prohibicion de ser instituidos es absoluta; pero hay otros que solo la tienen respectiva, es decir, que todos les pueden instituir, á excepcion de ciertas y determinadas personas que no pueden hacerlo, y son los siguientes: I Los hijos naturales del testador, aunque estuviesen legitimados por rescripto del rey, no pueden ser instituidos por sus padres ni madres, si tuviesen hijos ó descendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio; pero les podrán dejar dichos sus padres ó madres la quinta parte de sus bienes, *l. 5 y 7, tit. 20, lib. 10 de la Nov. Rec. (l. 9, l. 12 de Toro)*. Y si no tuvieren hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, podrán instituir á sus hijos naturales, aunque á ellos les sobrevivan sus ascendientes legítimos, *d. l. 5 con la siguiente*. Y lo mismo debe decirse de los hijos espurios respecto á la sucesion de sus madres, salvo si fueren nacidos de dañado y punible ayuntamiento, que no pueden ser instituidos por su madre, bien que esta puede dejarles en vida ó en muerte la quinta parte de sus bienes, y no mas. Y entonces se dice dañado y punible ayuntamiento, cuando la madre por el tal ayuntamiento incurre en la pena de muerte natural, *d. l. 5*. Pero de la sucesion del padre estan los espurios tan excluidos, que solo les puede dejar la quinta parte de sus bienes, si se hallaren en necesidad, y no de otra manera, como prueba bien Gutierrez, *lib. 3 pract. quæst. 94 de la ley 1, tit.*

5, *lib. 10 de la Nov. Rec.* II Los hijos de los clérigos, frailes ó monjas profesas no pueden ser instituidos ni gozar de legados, donaciones ó ventas que les hicieren sus padres ni parientes por parte de padre, *d. l. 5 y su antecedente la 4*, que invalida cualquier privilegio que se concediere en contrario. Por clérigos deben entenderse aquí los ordenados de orden mayor, ó *in sacris*, como suele decirse, como hace ver Azevedo en *d. l. 2, nn. 3 y 4*. Y adviértase que las *leyes 1 y 2, tit. 3 y 6, lib. 9 de la Nov. Rec.* que acabamos de citar, corrigen en parte lo que generalmente dispuso de los hijos nacidos de dañado ayuntamiento la *ley 4, tit. 3, P. 6 al fin*, bien que á Greg. Lop. en la glosa 11 de *d. l. 4* ya le pareció debía limitarse la generalidad que tiene de que no pudiesen ser instituidos, sin expresar por quienes.

3. IV Nada pueden percibir por disposición del testador, el que le hubiere confesado en la enfermedad de que murió, sea clérigo ó religioso, ni sus parientes, ni su iglesia ó religion, según el *auto acordado 3, tit. 10, lib. 5 de la Rec.*, confirmado por *cédula publicada en 18 de agosto de 1771*, que es la *ley 15, tit. 20, lib. 10 de la Nov. Rec.*, en la que se añade la pena de privación de oficio del escribano que autorizase cualesquiera instrumentos en su contravención; declarando ser nulos los que se hicieren en contrario. Se refiere en *d. auto acordado* la justa causa de esta prohibición de evitarse las persuasiones, sugerencias y fraudes con que se turban las conciencias de los enfermos y se les trueca la voluntad. En explicación de lo que dice *esta cédula* sobre la nulidad del instrumento que declara, nos parece no deber entenderse de todo el instrumento, sino solo de aquella parte que contiene la institución de heredero ó manda en la persona del confesor. Lo fundamos en haber observado ser este el modo de establecerse las leyes de esta naturaleza. Así

vemos que la *l. 8, tit. 7, P. 6 al fin.*, al paso de disponer que es nulo el testamento en que el hijo deshereda á su padre sin expresar causa alguna de las justas, añade deber entenderse esta nulidad en cuanto á la desheredacion; pero que las mandas y otras cosas contenidas en el testamento valgan. Y al mismo tenor manda la *ley 8, tit. 6, lib. 10 de la Nov. Rec. (24 de Toro)* que, si el testamento se rompiere ó anulare por causa de pretericion ó exheredacion, en el cual hubiere mejora de tercio ó quinto, no por eso se rompa ni menos deje de valer el dicho tercio y quinto, como si dicho testamento no se rompiese. Lo establecieron tambien así las leyes romanas (1). Y lo persuade la equidad, que no permite tenga lugar la pena mas allá del particular en que ocurrió la iniquidad ó sinrazon que la motivó.

4. El nombramiento de heredero debe hacerse con palabras que le señalen cierta y duramente, de modo que se sepa con seguridad cual es la persona nombrada, y que el testador quiso fuese su heredero *l. 6, d. tit. 3, P. 6*, que pone diferentes fórmulas ó locuciones con que pueda esto hacerse (2). Y por defecto de este seguro señalamiento, no valdria la institucion en que nombraba por heredero á Pedro su amigo, si tuviese dos amigos de este nombre, y no pudiese constar por algunas señales de cuál de los dos quiso hablar; é iria en este caso su herencia á los mas próximos parientes, que hubieren de suceder abintestato. Ni tampoco valdria, si el testador señalase al heredero por injurias ó dictorios especiales, como si dijere, nombro en heredero á Juan, que es traidor ó hereje, para deshonrarle ó infamarle. Pero sí que valdria si en general dijese de él que era malo, sin expresar la espe-

(1) Authent. ex causa C. de liber. præt. desuor. ex Nov. 115, cap. 3, in fine — (2) *l. 15, C. de testam.*

cie de maldad, *l. 10, d. tít. 3*. Y si instituyere herederos á los pobres de alguna ciudad ó villa, ó legare á los mismos sus bienes, deberán repartirse entre los que se hallaren en los hospitales de aquella ciudad, y señaladamente entre aquellos que por sus achaques no pueden salir de los hospitales. Pero si el testador no señalare lugar, deben darse á los pobres de aquel en que hizo el testamento, *l. 20, d. tít. 3*, en cuya *glosa 7* dice Gregor. Lop. deber entenderse en el caso que el testador tuviese allí su domicilio.

5. Cuando instituye muchos herederos, puede dividir su herencia en las partes que quisiere; pero la común ú ordinaria division es en 12 partes, que se suelen llamar onzas (1), porque este número es el mas proporcionado para subdividirse, completarse ó multiplicarse, respecto á que se puede partir en mas proporciones iguales que ningun otro. Al total de 12 onzas llaman las leyes romanas *as*, á su doble *dipondium*, y á su triple *tripondium* (2), cuyos nombres se expresan tambien en las nuestras de las *Partidas*, y su noticia es útil para el caso en que el testador, llenando ó excediendo el *as*, nombrare á otro heredero sin expresion de partes. Si nombrara á varios, sin expresar partes en ninguno, todos las tendrian iguales; y si en todos las expresare, cada cual sacaria la que le señaló. Y si en alguno ó algunos señalase partes, y en otro no, tendrian aquellos las señaladas, y este lo que falta hasta cumplir el *as*, y llenado ó excedido el *as*, lo que faltase hasta el *dipondio*, y con la misma regla hasta el *tripondio* (3). Si por ejemplo pues dijere el testador: Juan sea heredero de 4 onzas, Pedro de 3, Diego sea heredero; tendria este 5 que faltan para completar el *as*; y si al primero señalaba 8, al segundo 7,

(1) §. 3, Inst. de her. inst. — (2) D. § 5, § 8, eod. (3) — § 6, eod.

y el tercero estaba nombrado sin partes, sacaria 9 que faltan hasta el dipondio; y por la misma razon tendria 12, si entre los otros dos tuviesen señaladas otras 12, como todo esto consta en las *leyes* 17, 18 y 19, d. *tít.* 3, que en esto imitaron á las romanas, que establecieron lo mismo, fundadas en notoria equidad. Tambien las imitó la *ley* 14 de dicho *tít.* 3, disponiendo que, si el testador instituyese heredero á uno solo en cosa señalada, como en viña ú otra cosa cualquiera, debia este llevarse toda la herencia (1). Pero como esta decision se fundaba solo en el rigor y escrupulosidad del Derecho romano, la consideramos corregida por la *ley* 1, *tít.* 18, *lib.* 10 de la *Nov. Rec.*, de la que hemos hablado en el *tít. antecedente y siguientes*, como vamos á manifestar.

6. Entre las leyes romanas habia una muy famosa, que decia no poder morir uno, parte testado y parte intestado, á cuyo tenor decidian el caso último del *n. anterior* y otros semejantes. Pero el de *d. célebre l. 1, tít. 18, lib. 10 de la Nov. Rec.*, que arriba hemos transcrito, *tít. antecedente, n. 3*, convence que arruinó y corrigió este decantado axioma de los romanos. Podrá pues en España, despues de esta *ley de la Recop.*, morir uno parte testado y parte intestado; y de consiguiente valdrá como suena la institucion de heredero hasta tiempo cierto ó desde tiempo cierto, sin embargo de que lo prohibia la *ley* 15 de *d. tít.* 3. Este axioma, establecido formalmente en una ley de los romanos (2), les precisó á admitir el derecho de acrecer en el caso de que, siendo uno solo el heredero é instituido en cosa cierta, ó parte cuotativa de la herencia, como una, dos ó tres onzas, recogia en su virtud los bienes restantes del testador por necesidad, aunque este lo prohibiese; y esta misma doc-

(1) L. 1, § 4, de h. r. n. l. - (2) L. 7, de div. reg. jur.

trina tuvo lugar en España por la citada *ley 14 de d. tit. 3*, hasta que la corrigió, como hemos dicho, la *l. 1, d. tit. y lib.* Diremos pues, consiguiente á esta correccion, que cesa ya entre nosotros el ser necesario el derecho de acrecer en las herencias; pero que tendrá lugar cuando viene de la voluntad del testador, la que quiso *d. l. 1* se guardase y cumpliese religiosamente; á la manera que por la misma razon siempre lo ha tenido en los legados, cuando hay conjuncion real. Y segun esta regla no habrá derecho de acrecer en las herencias, cuando uno solo es el instituido en cosa cierta ó parte cuota de la herencia; e son muchos los instituidos con partes expresas para cada uno que señaló el testador, en cuyos casos irán á los herederos legítimos ó abintestato los demás bienes vacantes, ó partes de que no dispuso el testador. Véase á Vela, *disput. 47, n. 58*. Pero si el testador instituyese á muchos, juntándolos, ó en toda la herencia, ó en alguna parte de ella, como por ejemplo, en el tercio ó en el quinto, diremos habria entre ellos derecho de acrecer, por juzgarse ser esta la voluntad del testador cuando les llama juntos a una cosa.

7. El testador puede instituir heredero, no sólo puramente ó á dia cierto, como hemos dicho, sino tambien bajo de condicion, la cual se suele significar por la palabra *si*, y no es otra cosa que *añadidura que suspende ó alarga hasta algun acontecimiento incierto lo que quiere hacerse, ó se promete*. Su naturaleza es que, si se cumple ó sucede el acontecimiento, vale lo expresado, como si se hubiese establecido pura y sencillamente; si no sucede ó falta, nada vale; y mientras se espera, está en pendencia, *l. 1, tit. 4, P. 4 (1)*. Es muy frecuente su uso en testamentos y en contra-

(1) L. 26, de cond. inst. l. 8, de ver. et com. rei vend.

tos, y son varias sus especies y efectos que producen: todo lo cual merece que se trate de ellas con alguna extension. Sus divisiones son las siguientes: I En posibles é imposibles. Posibles son aquellas que no hay impedimento alguno para que se cumplan, y por lo contrario son imposibles las que lo tienen; y se subdividen en imposibles por naturaleza, por derecho, ó por ser perplejas ó dudosas, de modo que no pueden entenderse. Imposibles por naturaleza se llaman aquellas, cuya existencia resiste la misma naturaleza, como si el testador dijere: *Nombro heredero a Pedro, si alcanzare al cielo con un mano*; y por derecho, las que son contra honestidad, contra buenas costumbres, contra obras de piedad, ó contra derecho, l. 1, l. 3, tit. 4, P. 6 (1). Es tan piadosa y digna de tenerse en memoria la razon de llamarse imposibles estas condiciones, que dió el celeberrimo jurisculto Papiniano (2), que nos ha parecido notarla aquí, á saber: *Debe creerse que no podemos hacer aquellas cosas que ofenden la piedad, ex sumacion y rabor nuestro, y generalmente las que se hacen contra las buenas costumbres*, como si uno dijera: *Te establezco por mi heredero, si no sacares á tu padre de cautivo, ó no le dieres á comer*. Tanto estas como las imposibles por naturaleza, si se ponen en los testamentos, no causan embarazo alguno; ni sirven, pues se tienen por no puestas; y el heredero ó legatario cogen lo que se les deja, como si se les hubiere dejado pura y simplemente, d. l. 3. Lo contrario sucede en los contratos que, celebrados bajo de condicion imposible, son nulos. Así lo establecieron varias leyes romanas (3). Y aunque no hemos hallado ley alguna de nuestra España, que expresamente lo establezca, hemos querido

(1) L. 15, de cond. inst. — (2) D. l. 15. — (3) § 10, Inst. de-
saut. stipul.

notar aquí esta doctrina, por sentarla Greg. Lop. en la glosa de la ley 17, *tít. 11, P. 5*; Gomez *lib. 1, var. cap. 11, n. 60*, y todos nuestros intérpretes que tratan de este asunto. Y es bien sólida la razon que se da de esta diferencia, de que los que así contraen se entiende que hablan de burlas, sin intencion de obligarse; cuya inteligencia no es adaptable á un acto tan serio como el testamento que se hace pensando en la muerte; y por su favor se han constituido muchas cosas. La tercera especie de las condiciones imposibles es la de las dudosas, llamadas *perplejas*, que ellas en sí mismas se embarazan la existencia, y no puede entenderse lo que quiere el testador, y por ello hacen nulo cualquier testamento ó contrato en que se ponen, como si dijeres: *Pedro sea mi heredero, si lo fuere Juan; y sea Juan mi heredero, si lo fuere Pedro, l. 5, d. tít. 4, P. 6 (1)*. Tambien hará nulo el testamento la condicion imposible de hecho, *l. 4, d. tít. 4*, que pone un ejemplo, sobre el cual puede verse la glosa 1 de esta ley de Gregorio Lopez, y la 4 de la *l. 6, tít. 4, P. 4*, en que trata latísimamente de este asunto.

8. Dejando ya á un lado las condiciones imposibles, que, si se habla con rigor, no son propiamente condiciones, como ni tampoco las que se confieren en tiempo pasado ó presente, por no contener suspension ó alargamiento, á causa de no poder estar en duda la cosa en que se ponen, requisito necesario de toda condicion, *l. 2, d. tít. 4*; pasamos á las posibles, á las cuales pertenecen las otras divisiones que se siguen, á saber: II En potestativas, casuales y mezcladas. Son las primeras las que están en nuestro poder, como si dijera Pedro que te lega cien pesos, si fueres á Madrid. Casuales, las que penden de la casualidad ó aventura, como que te los legaba, si te hacian.

(1) L. 16, cod. cond. insti.

obispo. Y mezcladas ó mixtas, las que en parte están en nuestro poder, y en parte penden de otro ó de la casualidad, como que te los lega, si te casares con Fulgencia; lo que no puedes cumplir sin que con tu voluntad concorra la de esta, *ll. 7, 8 y 9 de d. tit. 4.*

III En expresas y tácitas. Son expresas las que manifiestan claramente las palabras, como lo son las de los ejemplos que hemos referido; y tácitas las que así no se manifiestan, pero se entienden expresadas. De estas unas se sobreentienden, porque así lo exige la misma necesidad, como cuando uno lega ó promete los frutos que nacerán tal año en su campo, en cuyo caso se entiende la condicion, *si nacieren*, *l. 20, tit. 11, P. 5 (1)*. Y otras nacen de la presunta voluntad del testador que, aunque no las expresó, se entiende que las quiso. De esta clase es la condicion, *si muriese sin hijos*, que se entiende, cuando el testador instituyó á dos hijos, ambos legítimos ó naturales, sustituyendo el uno al otro simplemente, en cuyo caso para pasar al segundo la parte que perteneció al que murió primero, es preciso que este hubiese muerto sin hijos, por entenderse ser esta la voluntad del padre testador, aunque no expresó esta condicion (1). Lo contrario será si los instituidos son extraños, *l. 10, d. tit. 4, P. 6*. Y si uno fuese hijo, y el otro extraño, juzga muy bien Greg. Lop. en la glosa 13 de la misma, que se entenderia tambien la citada condicion en el hijo, si fuese él quien muriese primero. Y adviértase que el dia incierto se considera condicion cuando se duda si existirá, ó no, como si el testador dijere: *Lego á Pedro cien pesos, cuando le hicieren capitán, ó cuando cumpliera 50 años*, *ley 31, tit. 9, P. 6 (2)*. Pero si se sabe que existirá, ignorándose solo el

(1) L. cum avus 102. eod. — (2) L. 75, de cond. et dem. L. 31. cum. sec. quand. dies leg. eod.

cuándo, como el día de la muerte, no hace condicion si se pone á la persona del interesado; y la hace si se pone á la de un extraño, como probamos en nuestras *Instituciones*, lib. 2, tit. 14, § 9, n. 5. No encontramos tratada en las leyes de España la celebrísima cuestion de si la condicion puesta en la institucion se entiende repetida en la sustitucion, que tanto ha dado que discurrir á los intérpretes de las romanas. Si sucediese en España, nos inclinaríamos á que debería resolverse afirmativamente, al tenor de lo que decimos cuando la examinamos latamente en nuestro *Digesto*, lib. 35, tit. 1, n. 4. Y en los siguientes nn. 5, 6, 7, 8 y 9 explicamos tambien la útil doctrina de la diferencia entre las condiciones dividas é individuas, y del tiempo en que deben cumplirse las condiciones, que omitimos aquí por la propia razon de no hallarlo tratado en nuestras leyes. Pero no queremos omitir lo que dispone la ley 14 de d. tit. 4, estableciendo en el *vers. Pero*, que aquel á quien se deja algo bajo de condicion de casarse con persona determinada, no lo gana, si aquel con quien debía casarse muriese antes de cumplirse la condicion, como ni tampoco, si por no quererlo él, dejase de casar con la determinada persona (1), si no es que esta fuese su parienta, ó tal que no pudiese casarse con ella segun Derecho. Mais si queriendo casarse él, no lo quisiera la tal persona, si que lo ganaria.

9. Quando la condicion es de las casuales, es siempre preciso que se cumpla para conseguirse lo que se deja, l. 8, d. tit. 4. Y lo mismo en las potestativas, si no es que suceda el no cumplirse por aventura y sin culpa de aquel á quien se imponen, l. 7, d. tit. 4, l. 22, tit. 9, P. 6. Pero debe advertirse que, si la potestativa consiste en no hacer alguna cosa, como por ejemplo

(1) L. 31, de cond. et demonstr. — *hac. (1) ante mort. l. 1, § 1.*

Lego á Pedro cien pesos si no fuere á Cádiz, se le habrán de entregar desde luego, si diere fiadores que los restituirá si fuese, *d. l. 7 (1)*, á cuya famosa caucion llamaron los romanos *Muciana*, por haberla inventado Quinto Mucio; y no tiene lugar en los contratos, como unánimes lo resuelven todos los intérpretes, tanto extraños como nuestros, y entre estos Gomez. 2, *var. cap. 11, n. 37*. En nuestras *Instituciones lib. 3, tit. 16, § 4, n. 6* notamos la sólida razon de esta diferencia. Si el testador nombra dos herederos, al uno puramente, y al otro bajo de condicion, puede aquel tomar la parte de herencia que le corresponde, sin esperar el cumplimiento de la condicion, *l. 12, d. tit. 4*. Y cuando instituye heredero bajo de dos condiciones, deberán cumplirse todas, si las pone conjuntivamente, como si dijera: *Sea Pedro heredero, si se casare y fuere á Madrid*; pero si lo hace disyuntivamente diciendo, *ó va á Madrid*, bastará se cumpla cualquiera de ellas, *l. 13, d. tit. 4 (2)*.

10. Y últimamente concluyendo este asunto de condiciones, queremos advertir estar recibida en la práctica y apoyada por nuestros autores, por útil al estado y conforme á las buenas costumbres, la doctrina de las leyes romanas (3), de no valer y tenerse por no escrita la condicion de no casarse, cuando se impone á un célibe, y con mas particularidad si fuere mujer; pero deberá cumplirse cuando se pone á un viudo, como puede verse en Antonio Gomez, *in l. 4 Tauri, n. 8*, Covar. Gutier. y otros. Tratamos tambien con extension de ella en nuestro *Digesto, lib. 35, tit. 1, n. 11 y siguientes*, manifestando deber tambien cumplirse cuando la prohibicion de casarse no es general, ni tiene veces de tal, poniendo ejemplos sacados de leyes romanas (4). De que sea nula la condicion de no

(1) *l. 7, l. 8, cod.* — (2) § 11. *Inst. de her. inst.* — (3) *l. 22 et passim, de cond. et demonst.* — (4) *l. 63, l. 64, § 1, de cond. et demonst.*

casarse, no debemos inferir que lo sean tambien las adyecciones ó expresiones tan frecuentes en los testamentos de los padres, que teniendo hijas solteras, las mejoran, *mientras se mantienen doncellas ó sin casarse*; porque no respiran el fin de dicha condicion de impedir el matrimonio con perjuicio del estado, sino el de socorro á las hijas mientras estén destituidas del auxilio de marido; y no hacen la mejora condicional, sino modal; y de ahí es que se debe desde luego que fallezca el testador, y mientras las tales hijas fuesen célibes, sin esperar ni dar caucion; lo que es indispensable en las condiciones. A que se añade que las adyecciones en caso de duda, antes deben considerarse modos que condiciones, *Castill. lib. 4 contr. cap. 55*; *Parlador. differ. 147*; *Barbos. de dict. usufrequent. diction. Doner. 93, n. 4.*

11. En lugar de los que el testador instituye herederos en primer grado, puede nombrar otros en el grado siguiente, que se llaman sustitutos, y su institucion, sustitucion, que es *Institucion en segundo ó ulterior grado*. De ella pone seis especies la *ley 1, tit. 5, P. 6* que iremos explicando, y son: I Vulgar. II Pupilar. III Ejemplar. IV Compendiosa V Brevilocua ó recíproca. VI Fideicomisaria. La V no tanto es especie de sustitucion, como modo de sustituir perteneciente á la I y la II, y la IV es tambien modo de sustituir, como luego veremos. La vulgar, llamada así, porque la puede hacer cualquiera del pueblo, y á quien quisiere, *l. 1, d. tit. 5*, se hace regularmente por palabras negativas bajo esta fórmula: *Pedro sea heredero; si no fuere, séalo Juan*. Y por cuanto el no serlo puede suceder por no poder ó no querer, *d. l. 1, l. 2, d. tit. 5 (1)*, suelen explicarlo los intérpretes diciendo que el caso general de esta sustitucion.

(1) L. 3, C. de her. inst. princ. Inst. de vulg. subst.

comprende los particulares de impotencia y de voluntad. Se puede tambien hacer sin expresion de caso, como si el testador, nombrando dos herederos, dijera que lo fuese el que quedare vivo, en cuyo caso por impotencia ó por voluntad del uno, lo seria el otro de toda la herencia, como lo establece *d. l. 2*, manifestando con ello que bajo del caso de la impotencia se comprende el de la voluntad: lo que era muy cuestionable entre los intérpretes de las leyes romanas. Si el testador nombrara tres ó mas herederos señalando á cada uno partes, y sustituyéndoles vulgarmente entre sí, sin expresar partes en la sustitucion, y uno de ellos no fuese heredero; tendrian los otros su porcion vacante, segun las partes que tenian señaladas en la institucion, y no por partes iguales, *l. 3, d. tit. 5* (1), cuya razon es clara, por creerse que el testador les amó de la misma manera en la sustitucion que en la institucion, á uno mas y á otro menos, al tenor de las partes que les señaló en la institucion. Y la sustitucion vulgar hecha en estos términos de estar sustituidos entre sí los mismos instituidos, es la que se llama recíproca (2). Como para tener entrada el sustituto vulgar, es preciso que no sea heredero el que está instituido, no la tendrá si este tomare la herencia, ó diciendo que la quiere, porque de cualquiera de estos modos se hace heredero, *l. 4, d. tit. 5*.

12. Pupilar sustitucion es aquella que hace el padre á su hijo que tiene en su poder, y es impúbere, *l. 1, l. 5, d. tit. 5* (3). Y por cuanto esta ley 5, en seguida de haber nombrado á los hijos del testador añade, *ó á los que descenden de ellos*; de suerte que segun ella podrian los abuelos sustituir pupilarmente

(1) § 2, eod. — (2) L. 4, § 1, de vulg. et pup. subst. — (3) Pr. Inst. de pup. subst.

á sus nietos, debemos advertir no tener esto último lugar en el día, por haber estal herido despues la *l. 3, tit. 5, lib. 10 de la Nov. R. c. (47 de Toro)*, que el hijo casado y velado no e tá ya en la potestad de su padre, por cuyo motivo no pueden estallo sus hijos en la del abuelo, sino que lo han de estar en la de su propio padre, á no ser que este fuese casado y no velado, en cuyo caso poco frecuente podria servir la citada añadidura de *d. l. 5 de las Partidas*. La fórmula expresa y ordinaria de esta sustitucion es: *Mi hijo sea heredero, y si lo fuere y muriere dentro de la edad pupilar, sealo Pedro*. Y tambien puede hacerse calladamente sin esta expresion, diciendo el testador: *Sean herederos mi hijo menor de 14 años, y Pedro y Juan mis amigos; y cuquiera que sea mi heredero, lo sea tambien de mi hijo, l. 5, d. tit. 5*, la cual estal lee asimismo que bajo la sustitucion vulgar expresa se comprende tacitamente la pupilar; y de consiguiente que, si un padre instituye heredero á un hijo suyo menor de 14 años si es varon, ó de 12 si es hembra, diciendo que en el caso de no ser heredero, lo sea *Pedro*, lo será tambien este en el caso de que, habiéndolo sido el hijo, murió en la referida edad. Pero pone una excepcion de esta última doctrina en el vers. *Fueras ende*, en el caso de que, teniendo el testador dos hijos en su potestad, el uno mayor de 14 años y el otro menor, les sustituye entre sí vulgarmente; porque entonces no seria el mayor sustituto pupilar del menor, aunque siendo este heredero muriese durante su menor edad. Y da la razon de la excepcion, porque se juzga les quiso hacer iguales, y por lo mismo fué su voluntad que el mayor solo recogiese á su favor la sustitucion vulgar del menor; puesto que este no podia recoger otra, por ser el mayor incapaz de tener sustituto pupilar. Y que lo mismo seria si en lugar del hijo mayor fuese sustituido un extraño, aunque menor, por la propia

razon (1). No solamente puede el padre dar sustituto pupilar al hijo que instituye heredero, sino tambien al que deshereda; y entonces, muerto este en la edad pupilar, heredaría el sustituto los bienes que viniesen al tal hijo por parte de su madre ó de otros, *l. 6, d. tit. 5 (2)*. Y aunque esta *ley* exige en este caso que el padre nombre algun heredero, no es ya esto preciso, atendida la *l. 1, tit. 18, lib. 10 de la Nov. Rec.*, segun la cual no es necesaria la institucion de heredero para que valga el testamento, como vimos en el *tit. 4 de este lib. n. 3*.

15. Es efecto de la sustitucion pupilar que el sustituto recoja todos los bienes del instituido, de cualquiera parte que le hayan pertenecido, como si este le hubiese nombrado heredero en tiempo en que pudiese hacer testamento; por cuya razon se considera como testamento del hijo, *l. 7, d. tit. 53*, con total exclusion de la madre del pupilo, como expresamente lo establece la *ley 12 del mismo tit. 5, vers. E si aquel*, hablando de la pupilar comprendida en la compendiosa, y lo prueba Gom. 1, *variar. cap. 4, n. 7*. Y añade al siguiente *n. 8* suceder lo contrario en la pupilar tácita contenida en la vulgar, fundado en textos del Derecho romano, que á nuestro dictámen no lo prueban, como hacemos ver en nuestras *Instituciones Romano-Hispanas*, *lib. 2, tit. 16, n. 17 y siguientes*. Solo se exceptúa el sustituto que el arrogador dió á su hijo adoptivo, el cual no heredará mas bienes, que los que el arrogado hubo del padre arrogador, ó por su contemplacion, *l. 9, d. tit. 5 (4)*. La causa de haberse introducido esta sustitucion es porque, no pudiendo testar los que están en la edad pupilar por no tener el correspondiente entendimiento para ello, pareció justo y útil lo pudiesen hacer por ellos sus padres, en cuya patria potes-

(1) *L. 2, C. de impub. et al. subst.* — (2) *§ 4, Inst. de pup. subst.* — (3) *Pr. eod.* — (4) *L. 10, § 6, de vulg. et pup. subst.*

tad están, *l. 11, d. tit. 5*. Y como esta es necesaria para su subsistencia, de ahí es que, siempre que cese, de cualquiera manera que sea, desfallece ó se acaba la sustitucion, como tambien por salir el hijo de edad pupilar, *l. 10, d. tit. 5*. Por esta misma ley no era admitido el sustituto pupilar, cuando el hijo instituido no quería la herencia de su padre. Pero por cuanto la famosa *ley 1, d. tit. 18* que acabamos de citar dispone que, si el heredero no admite la herencia, vale y debe observarse todo lo demás que se halla ordenado en el testamento, diremos que en este particular corrige á *d. l. 10*.

14. Ejemplar sustitucion se llama aquella que hacen los padres ó las madres á sus hijos locos ó mentecatos, diciendo: *Instituyo heredero á mi hijo Pedro, y si muriese en la locura ó enajenacion de potencias que padece, establezco por heredero suyo ó en su lugar á Juan* (1). Se llama así, **por** haberse introducido á ejemplo de la pupilar; por concurrir en los locos y mentecatos la propia razon que en los pupilos, de no poder testar por sí. Con la misma analogía se suele llamar tambien *cuasi pupilar*. Entre ella y la pupilar hay sin embargo algunas diferencias: I Que esta solo la puede hacer el padre, y al hijo que tenga en su potestad, como hemos visto; y la ejemplar tanto el padre, tenga ó no tenga patria potestad, como la madre (2); y es la razon, porque la ejemplar no es efecto de dicha potestad como la pupilar, pues nace del afecto que tienen los padres á sus hijos, cuya circunstancia no puede negarse á las madres. II Que en la pupilar puede el padre nombrar por sustituto á quien le parezca, y en la ejemplar debe nombrar á los hijos del loco, si les tuviere, y en su defecto á alguno de sus hermanos (3).

(1) § 1. Inst. de pup. subst. — (2) L. 9, C. de impub. et al. subst. — (3) D. l. 9.

III Que la pupilar se da y acaba por razon de la edad de aquel á quien se da, y la ejemplar por la de recobrar la sanidad de su entendimiento, *l. 11, d. tít. 5* (1). Y en el caso en que este despues de haber recobrado el juicio lo volviese á perder, es cuestion si debe considerarse que dura ó se ha restablecido la sustitucion, ó que está acabada. La trata entre otros el Sr. Covar. *in cap. Raynutius*, § 6, n. 11 con la solidez que acostumbra, inclinándose á la media sentencia de que dura, si el intervalo del recobro es breve; y no, si es largo: lo que penderá del arbitrio del juez. A la misma se inclina Greg. Lop. en la *glosa 9 de d. l. 11*. Y todos convienen que puede darse sustituto ejemplar, no solo á los locos ó mentecatos, sino tambien á los demás que por algun vicio ó impedimento no pueden testar, como los pródigos, mudos y sordos, Covar *d. § 6, n. 1*.

15. Compendiosa sustitucion: que segun dijimos arriba n. 8 mas es modo de sustituir, que propia especie de sustitucion distinta de las otras, es aquella que puede comprender y comprende cualesquiera herederos, todos los tiempos y edades de ellos, y todos los bienes, de suerte que comprende la vulgar, la pupilar y cualquier otra, segun la calidad ó capacidad del que la hace y del que la recibe, como lo explica Antonio Gomez, 1, *var. cap. 7*. La ley 12 de *d. tít. 5, P. 6* pone su siguiente fórmula: *Hago mi heredero á Pedro mi hijo, y quando quier que él muera, sea su heredero Juan*. Si el heredero no fuese el hijo, deberia omitirse su expresion. Tampoco es mas que modo de sustituir, la que se dice sustitucion *brevilocua, reciproca ó mutua*, la cual acontece quando el testador dispone que sean sustitutos entre sí los mismos que instituye herederos, como si teniendo dos hijos pupilos les estableciese herederos, diciendo: *Hago herederos á mis dos hijos, y les establezco por sus-*

(1) § 1, Inst. de pup. subst.

titulos al uno del otro. Así lo explica la *ley 13, d. tit. 5*, añadiendo que, hecha de esta manera, contiene cuatro sustituciones, dos vulgares y dos pupilares. Y advierte muy bien Grég. Lop. en la *glosa 3 de d. l. 13* que el hablar esta de hijos así sustituidos, es por ejemplo, porque también puede tener lugar esta sustitucion en herederos extraños: bien que entónces no podia comprenderse la pupilar. Y últimamente sustitucion fideicomisaria es aquella en que el testador pone de algun modo en la fe del heredero que nombra, que restituya á otro la herencia, como si dijera: *Establezco á Pedro por heredero, y le ruego, quiero ó mando, que restituya mi herencia á Juan.* Y el heredero establecido de esta manera, debe pasar la herencia al otro, sacando para sí la cuarta parte de toda ella, que se llama la *cuarta trebeliúnica*, *l. 11, d. tit. 5 (1)*. Lo que añade al fin *esta ley* que el heredero así instituido puede ser apremiado por el juez á que admita la herencia, está derogado por la célebre *ley 1, tit. 18, lib. 10 de la Nov. Rec.* que tantas veces hemos citado, y dispone lo que dijimos arriba *tit. 4, n. 3*.

15. Como no sea justo que se precise á los herederos á que admitan á ciegas las herencias que se les dejan, sin examinar si les son útiles ó dañosas, como pueden serlo, por importar mas sus cargas que los bienes, á las que queda obligado por la admission de la herencia; se les concedió el derecho de deliberar, *pr. del tit. 6, P. 6 (2)*, que no es otra cosa que *facultad para tomar acuerdo por sí, ó ayudado de sus amigos, de si le conviene admitir ó desechar la herencia.* Compete este derecho tanto á los herederos abintestato, como á los testamentarios. Y pueden pedir plazo para hacer uso de él al rey ó al juez del lugar donde es la mayor parte de la herencia del difunto, debién-

(1) § 6, Inst. de fideicom. her. — (2) L. 9, de j. r. d. lib.

dolo hacer antes que se otorguen por herederos de palabra ó de hecho, con facultad de que se les enseñen todos los escritos pertenecientes á la herencia para instruirse mejor de lo que les conviene, *l. 1, d. tit. 6* (1). El rey puede dar un año de plazo, y el juez nueve meses (2), cuyo término puede cortar hasta cien días, si entenderse poder bastar estos. Y si acaso muriese el heredero antes de haberse concluido el término que se le habia concedido, tendrá su heredero el que restare (3). Pero si falleciere despues de concluido el plazo sin haber admitido la herencia, y fuese extraño, esto es, no descendiente, no tendria su heredero derecho alguno en la herencia, sobre la cual el finado habia obtenido el término de deliberar. Mas si descendiese del testador que le habia dejado heredero, podria su heredero haber la herencia, aunque aquel á quien heredada, hubiese muerto despues del plazo que se le concedió, *l. 2, d. tit. 6, P. 6*, la cual recomienda Gregor. Lop. en su *glosa* 10. Despues de admitida la herencia, ya no la puede desamparar, *l. 18, d. tit. 6* (4). Mientras dura el tiempo de deliberar, no puede el heredero enajenar cosa alguna de las pertenecientes á la herencia, sin preceder mandato del juez, dado por alguna justa razon, como seria para pagar el entierro del difunto, ú otras cosas precisas, que si no se hiciesen, tendrian daño ó menoscabo los bienes hereditarios, *l. 3, d. tit. 6*, que pone varios ejemplos (5). Y si el heredero se resolviese á no tomar la herencia despues de haber ocupado algunas cosas de ella, las debe restituir á aquel á quien deben ir. Y si no lo hiciere, jurará este cuantos son dichos bienes que ocupó el heredero, y será creído, estimando el juez segun su arbitrio la suma en que debe jurar, *l. 4, d. tit. 6*.

(1) *L. 5*, de adq. vel om. her. (2) *L. ult. § 13*, C. de jur. delib. — (3) *L. 19*, C. cod. — (4) *§ 5*, Inst. de her. qual. — (5) *L. 3, l. 6*, de jur. delib.

17. Despues de establecido el derecho ó beneficio de deliberar, establecieron los romanos otro llamado del *inventario*, que ambos han sido adoptados por nuestras leyes. *Inventario es escritura que se hace de los bienes del finado*, el cual es mas desembarazado y útil á los herederos, porque hecha esta escritura ó inventario, no está obligado el heredero á pagar mas deudas del difunto, que lo que montaren los bienes de la herencia. Y debe començarle dentro de 30 dias desde que supiere que es heredero, y acabarle hasta tres meses. Pero si todos los bienes del difunto no estuviesen en un lugar, se le puede dar el plazo de un año, demás de los tres meses, para que pueda reconocerlos y ponerlos en la escritura. Esta escritura debe hacerse por escribano público, siendo llamados todos aquellos á quienes el testador mandó alguna cosa en el testamento, para que estén presentes cuando se hiciere. Y si por ventura alguno de estos fuese en otra parte, ó estando en el lugar no quisiere ir cuando le llamen, entonces debe hacerse la escritura ante tres testigos, que además de ser hombres de buena fama, conozcan al heredero ó herederos. Y al fin de la escritura debe el heredero escribir de su mano que todos los bienes del testador están escritos en el inventario lealmente y sin ningun engaño. Y si no supiere escribir, debe rogar á un escribano público que lo escriba en su lugar delante de dos testigos, l. 5, d. tít. 6. Gregor. Lop. en la glosa 8 de esta ley juzga que tambien deben ser citados los acreedores (1). Si los legatarios no hubiesen estado presentes á la confeccion de inventario, y dudasen si estaba bien hecho, pueden pedir que jure el heredero que no encubrió cosa alguna, ni hizo engaño ninguno en aquella escritura; y tambien que juren los testigos que se hallaren presentes, que el

(1) l. ult. C. de jur. delib.

inventario fué hecho bien y lealmente; y así lo debe mandar el juez, *l. 6. d. tit. 6. P. 6.*

18. Hasta que sea cumplido el tiempo que concede el derecho para hacer el inventario, no pueden pedir cosa alguna al heredero aquellos á quienes se deja algo en el testamento. Pero durante este tiempo, nada pierden estos de su derecho. Ni tampoco debe el heredero pagar las mandas que dejó el testador, hasta que primero haya pagado sus deudas, en conformidad de lo que dijimos de no deber pagar mas de lo que restare despues. Y aun despues de pagadas estas, puede retenerse la cuarta parte de la herencia, que llaman *falcidia*; de la que trataremos mas adelante, *l. 7. d. tit. 6.* Los gastos que hubiese pagado el heredero por el entierro del difunto, ó por otra justa razon, no los debe notar en el inventario; y si acaeciére alguna contienda sobre ellos, lo deberá probar por testigos ante quien los pagó, ó por su juramento. Y si tuviere alguna pretension ó derecho contra el difunto, le quedará salvo, *l. 8. d. tit. 6.* á diferencia del heredero que no hizo inventario, cuyos bienes y derechos se mezclan y confunden con los del finado, por la admission de la herencia, *l. 10. d. tit. 6.* En el dia la *ley 9. tit. 20. lib. 10 de la Nov. Rec. (30 de Toro)*, mandando que los gastos del entierro se saquen del quinto de la hacienda y no de su cuerpo, nos precisa á que digamos que esta decision corrige limitando la doctrina de *d. l. 8. tit. 6. P. 6.* en cuanto dice que no deben notarse en el inventario los gastos del entierro, á que solo tenga lugar cuando el testador á nadie dejó el quinto de sus bienes, porque si lo hubiese dejado á alguno, deberian notarse como cargo que habria este de pagar ó tomar sobre sí en la division de la herencia. Si al heredero le fuese probado que hizo maliciosamente el inventario, encubriendo ó hurtando algunos bienes del difunto, deberá pagar

el doble valor de lo encubierto ó hurtado, á aquellos que deben recibir algo del testador. Y los pleitos que ocurrieren sobre inventario, les ha de sentenciar el juez dentro de un año á mas tardar, *l. 9, d. tit. 6*. Y si hubiere admitido la herencia, dejando pasar el tiempo sin hacer inventario, quedan obligados, tanto sus bienes como los del testador, á pagar cumplidamente las deudas y mandas del difunto, sin poder retener ni sacar para sí la cuarta parte, *d. l. 10*.

19. El heredero, tanto que lo sea abintestato como por testamento, puede admitir la herencia, é en voz diciendo llanamente que quiere ser heredero, ó con hechos sin expresarlo con palabras, como si usase de los bienes como heredero y dueño de ellos, labrando las tierras, ó arrendándolas; o usando de los bienes en otra manera semejante (1). Pero si usara de ellos por piedad, ó para que no se perdiesen ó menguasen las cosas, como por ejemplo, dando á comer á los ganados ó caballerías, ó cuidando de los enfermos; por tal uso como este no se diría que quiso mostrarse heredero: bien que será bueno que manifieste ó proteste ante algunos que lo hace por piedad, y no con intencion de ser heredero, *l. 11, d. tit. 6*. Al primer modo de admitir la herencia llamaron los romanos *adicion*, y al segundo *gestion por heredero* (2). Para que el establecido por heredero, é el que tenga derecho para serlo por parentesco, lo pueda ser, debe ser cierto de la muerte de aquel á quien quiere heredar; pues si lo dudare, no puede entrar ni ganar la herencia, ni la puede renunciar aunque quiera. Y la misma prohibicion tiene pendiente la condicion, el que estuviere instituido bajo de ella, y el que ignorase la condicion del que le estableció, si podía ó no hacer testamento, *l. 14, d. tit. 6* (3), y cualquiera de ad-

(1) § 6, Inst. de her. qual. — (2) L. 5, § 7, de adq. her. — (3) D. § 6

mitir la herencia so condicion, sea la que fuese, pues la admision debe hacerse siempre puramente, *l. 15, d. tit. 6.*

20. En cuanto á los hijos que están en poder de sus padres y los menores de 25 años, debe admitirse lo siguiente, prevenido todo en la *ley 9 de d. tit. 20.* Si alguno estableciere por heredero á un hijo que está en poder de su padre, con la intencion de que gane la herencia para su padre, no la podria ganar para sí, sino para su padre, y con otorgamiento de este, y seria peculio profecticio; pero si la madre ó cualquier otro instituyera heredero al tal hijo, con intencion que la herencia fuese para él y no para su padre, podrá el hijo ganar la herencia y tenerla sin consentimiento del padre; y no estando el hijo en el lugar, puede entrar en ella el padre, y será peculio adventicio, de que tiene el hijo la propiedad, y el padre el usufructo. Si el heredero fuere loco, mentecato ó menor de siete años, deberá entrar en la herencia el que le tenga en su guarda, ó el padre á nombre del hijo, si le tuviere en su poder. Y si fuere menor de catorce años, podrá él mismo entrar en ella; pero con otorgamiento de su padre ó de aquel que le tuviese en guarda. Si muriere alguno sin testamento, dejando á su mujer en cinta, ó creyendo que lo está, debe esperarse á que para, y en el entretanto no puede ninguno entrar en la herencia, *l. 16, d. tit. 6.* Las diligencias que han de practicarse en este caso para la custodia y seguridad del parto y evitar todo engaño, las explica con mucha extension la *ley 17, d. tit. 6.* La *ley 21, tit. 6, P. 6* adoptó la division de herederos en suyos, necesarios y extrños, establecida en las leyes romanas (1). Pero por quanto los esclavos, que eran los necesarios, apenas les tenemos, y los i-

(1) Pr. Inst. de hered. qual.

gores de la suidad solo pueden considerarse en tutelas y sustituciones, es mejor division decir que unos son necesarios, esto es, que deben necesariamente ser instituidos ó desheredados, cuales son los descendientes que ocupan el primer lugar, y en su defecto los ascendientes; y en voluntarios, que son todos los otros. A los descendientes para poder ser herederos, les basta que tengan capacidad de serlo al tiempo en que muere el testador, aunque no la tuviesen cuando se hizo el testamento; pero los demás la deben tener en tres tiempos, que son, cuando les establecen ó se hace el testamento, el de la muerte del testador, y cuando aden ó admiten la herencia, *l. 22, d. tit. 6*. Por los dos mismos modos que puede el heredero admitir la herencia, puede desecharla, esto es, en voz, ó por hechos que manifiesten su voluntad de no querer ser heredero, *l. 18, d. tit. 6 (1)*. Desechando un descendiente la herencia de su ascendiente, puede entrar en ella dentro de tres años, si las cosas pertenecientes á la misma no hubiesen sido enajenadas, en cuyo caso solo podria entrar siendo menor de 25 años, *l. 20, d. tit. 6*.

21. Hasta aquí hemos hablado de la institucion de heredero, beneficios que este tiene para entrar con seguridad en la herencia, y modos de admitirla: debemos ahora hablar de la desheredacion. Desheredar es *excluír de la herencia á aquel que por derecho le pertenecia*, *l. 1, tit. 1, P. 6*. Los ascendientes pueden desheredar á sus descendientes, que estén en el primer lugar para heredarles abintestato (cuya circunstancia debe entenderse en todos los que desheredan) si dieren justa causa, y fueren de edad de 10 años y medio á lo menos; y tambien lo pueden hacer los descendientes respecto de sus ascendientes, *l. 2, tit. 7*,

(1) § 6, eed.

d. P. 6, la cual añade lo mismo de los parientes de traveso respecto de sus colaterales: bien que dice que lo pueden hacer sin razon ó con ella, y que omitiéndolos á ellos, pueden instituir á un extraño. La desheredacion debe hacerse nombrando al desheredado por su nombre, ó por otra señal cierta; sea varon ó hembra, esté ó no en poder de quien deshereda, de manera que pueda saberse ciertamente quien es el desheredado. Y no quita la fuerza á la desheredacion el que hable mal de su hijo el padre que le deshereda, como si teniendo un solo hijo dijera: *Desheredo á mi hijo ladrón, que no merece llamarse mi hijo* (1). Debe ser la desheredacion sin condicion (2), y de toda la herencia, y no de una cosa solamente: si no se hiciese así, no valdria, *l. 3, d. tit. 3* (3).

22. La desheredacion hecha por justa causa priva al desheredado de la herencia de quien le desheredó, que le pertenecía por parentesco. Y si este alegare varias causas, basta que el heredero pruebe una para que produzca su efecto la desheredacion, *l. 8, d. tit. 7*. Las *leyes 4, 5, 6 y 7 de d. tit. 7* refieren catorce de dichas justas causas que puede tener el padre para desheredar á su hijo, previniendo la citada *ley 8* que por ninguna otra le puede desheredar, adoptando en todo esto lo que Justiniano estableció en las leyes romanas (4). Pero debemos advertir haber otras dos causas de desheredacion mas recientes que las *leyes de las Partidas*, las que hemos notado de paso en el *lib. 1, tit. 4, nn. 16 y 30*, y son el haber contraído matrimonio clandestino, *l. 5, tit. 20, lib. 10 de la Nov. Rec.* y el casarse los hijos sin el consentimiento de sus padres, ú otros en su defecto, segun el tenor de la *pragmática del año 1776*, que hemos referido en el *lib. 1, tit. 4,*

(1) *L. 3, de liber. et posth.* — (2) *L. 3, § 1, de inoffic. testam.* —

(3) *L. 19, de liber. et posth.* — (4) *Nov. 151, cap. 3.*

n. 3 y 4, que contiene otras penas que pueden verse en ella, como tambien hay contra los que contraen matrimonio clandestino en *d. l. 5, tit. 20, lib. 10 de la Nov. Rec.*

23. Las justas causas para desheredar los hijos á los padres son ocho expresadas en la *ley 11, d. tit. 7 (1)*. Son menos porque á los padres les son permitidas muchas cosas para con los hijos, que les están prohibidas á estos para con sus padres. Si los padres ó los hijos no expresan en la desheredacion alguna de las justas causas, son nulos sus testamentos, *l. 10, l. 11, d. tit. 7*. Y en cuanto á las desheredaciones de los hermanos, establece la *ley 12, d. tit. 7* que puede desheredar ó preterir un hermano á otro con razon ó sin ella, con sola la limitacion de que no instituya heredero á hombre que fuese de mala vida ó infamado: en cuyo caso podria el hermano quebrantar su testamento, y haber la herencia, si no es que el hermano testador le hubiese desheredado por una de las tres causas que expresa la *misma ley 12 (2)*, y la probare el heredero escrito.

24. Si el testador que tuviere descendientes, ó en su defecto ascendientes, no instituyese herederos, ni desheredase á los que están en primer lugar, sino que les omitiese sin hacer mencion de ellos, instituyendo heredero á otro, en cuanto á su herencia seria nulo el testamento, *l. 10, d. tit. 7, l. 1, tit. 8, p. 6*. Pero si les preteriera sin nombrar heredero alguno, juzgamos seria válido despues de la *ley 1, tit. 18, lib. 10 de la Nov. Rec.*, por la cual para que el testamento valga, no es necesario que contenga institucion de heredero, como tenemos dicho arriba *tit. 4, n. 3*. Así lo sienten entre otros muchos Matien. en *d. l. 1, glosa 10, n. 49*; Ayllon *ad. Gom. 1, var. cap. 11, n. 2*; y Pichar. *in §*

(1) Nov. 115, cap. 3. — (2) D. Nov. 115, cap. 4, § 1 et seqq

igitur quartam de inof. test. n. 24. Y es la razon de la diferencia, que en este último caso se entiende el hijo instituido con la obligacion de pagar las mandas que dejó el testador, en cuanto no le menguen su legítima, y en ello no recibe agravio, como le recibiria en el primero, si en su lugar se nombrase heredero á un extraño.

25. El testamento bien hecho puede romperse ó perder su fuerza de varias maneras. Se rompe en primer lugar, si al testador despues de haberlo otorgado, le naciese algun hijo que estuviese preterido, el cual naciendo lo romperia. A este hijo llaman las leyes *póstumo*, aunque con rigor solo se llaman así los que nacen despues de muerto su padre, *l. 20, tit. 1, P. 6* (1). Se rompe tambien por otro testamento cumplido ó perfecto que otorgare despues el testador, *l. 21, d. tit. 1* (2), porque su voluntad es tan libre en este particular, que la puede mudar siempre que le parezca, sin que hombre alguno pueda hacer testamento tan firme, que no lo pueda mudar despues cuando quisiere hasta el dia de su muerte, *l. 25, d. tit. 1* (3). Pero si el segundo testamento no fuese acabado ó perfecto, no romperá al primero, *l. 23 de d. tit. 1* (4). Tampoco lo romperá aunque acabado fuese, en el caso que la *ley 21, tit. 1* pone por excepcion de la regla establecida en la misma, á saber, cuando el testador instituyó á alguno heredero en su primer testamento, y habiendo oido nuevas que habia muerto, y creyéndolo así, otorga segundo en que diga que, por cuanto no puede ser su heredero el que tiene nombrado, á causa de ser muerto, segun se ha dicho, nombra á otro; y despues fué hallado ser vivo el instituido en el primero; pues entonces valdrá este, y tendrá la herencia el que fué

(1) *L. 3, § 1, de injur. rnp. et irr. fac. test.* — (2) *§ 2, Inst. quib. mod. test. inf.* — (3) *L. 22, de legat. 3.* — (4) *§ 7, Inst. eod.*

instituido en él, por haber sido falsa la razon en que se fundó el testador para hacer el segundo testamento; pero valdrán las mandas que hizo el testador en ambos testamentos (1).

26. Otros tres casos propone la siguiente *l. 22, d. tit. 1, P. 6.*, de los cuales omitiremos el tercero, por considerarlo derogado por las *leyes 1 y 2, tit. 18, lib. 10 de la Nov. Rec.* Es el primero, cuando el padre habiendo hecho testamento en que instituyó herederos á sus hijos, hace otro segundo, el cual no romperá el primero, si no hiciere mencion de él (2). Y el segundo, cuando el primero contiene cláusula derogatoria, porque entonces para romperse por el segundo, es preciso se haga en este mencion del primero, diciendo el testador señaladamente que le revocaba, y que no hiciesen daño á aquel testamento que entonces hacia, las palabras que hubiese dicho en el primero. Pero como esto depende de la voluntad del testador, dice el señor Covarrub. *de testam. part. 2. rubr. á n. 57*, y Greg. Lop. en la *glosa 2 de d. l. 22*, citando á otros, que derogará el segundo al primero, siempre que se conozca por las conjeturas quererlo así el testador. Otro modo hay de romperse el testamento sin que el testador haga otro, y solo tiene lugar en el cerrado ó escrito. Sucederia si el testador á sabiendas quebrantase el sello del escribano, rayase las firmas ó lo rompiese; pero si esto aconteciese por casualidad, no perderia su valor, *l. 24, d. tit. 1 (3)*. Debiendo ser tan libre la voluntad de testar, y estando tan aprobada por las leyes esta libertad, es justo sufran penas los que la embarazan. Cualquiera pues que impidiese á otro poder testar, pierde el derecho que debia haber en los bienes de aquel á quien impidió, en cualquier manera que los debiese haber, y lo

(1) *L. ult. de her. inst.* — (2) *Nov. 107, cap. 2.* — (3) *L. 2, de his que in test. del.*

que perdiere, debe ser de la Cámara del rey, *l. 26, d. tit. 1, P. 6*. Y si teniendo Pedro voluntad de nombrar heredero á Juan ó legarle alguna cosa, se lo impidiese otro por fuerza ó con engaño, probado esto, tendria obligacion de pagar á Juan el doble de lo que le hizo perder, *l. 29, d. tit. 1*. Los modos reprobados de impedir los refiere la *ley 27 del mismo título 1*.

27. Tambien pueden rescindirse ó perder la fuerza los testamentos á instancia de los desheredados que acusan de inoficioso, esto es, hecho contra la piedad ó merced que debian guardar los testadores, el testamento en que fueron desheredados, cuya acusacion llamaron *querella inofficiosi testamenti* las leyes romanas. Tiene lugar esta querella ó acusacion, cuando pretende el desheredado ser falsa la causa de desheredacion que expresó el testador, y obtendrá victoria, y se rescindirá el testamento, sino probare ser cierta el heredero instituido á quien toca probarlo, *l. 8, l. 10, l. 12, tit. 7, d. P. 6 (1)*, como insinuamos arriba n. 22, y en el 24 dijimos tambien ser nulos los testamentos en que los ascendientes, instituyendo heredero á otro, pretieren á sus descendientes, ó estos á aquellos, sin hacer mencion de ellos; y por lo mismo de no valer ó ser nada, dice la *ley 1, tit. 8, P. 6* que no se quebrantan, pues no puede quebrantarse lo que no vale. Y asimismo dijimos en el n. 23 al vers. *Si los padres*, ser nulos los testamentos en que los ascendientes ó descendientes desheredan sin expresar causa alguna, fundados en las *leyes 10 y 11 de d. tit. 7*, que lo prueban bastante; y hablando de lo mismo *d. l. 1* dice tambien que no valen; pero si se repara con cuidado todo su contexto, parece quiere significar que no valen, previa la rescision, esto es, que deben antes rescindirse; de modo que la cuestion de si eran

(1) Nov. 115, cap. 1.

tenga. En él conviene saber ante todas cosas, que todos los bienes de los padres son legítima de sus hijos, á excepcion de su quinta parte, que hablando substantivamente solemos llamar el *quinto*, el cual, y no mas, pueden dejar por su alma, y á quien les parezca. *l. 8, tít. 20, lib. 10 de la Nov. Rec. (28 de Toro)*. Y de los padres son legítima todos los bienes de su hijo que no tiene descendientes, á excepcion del *tercio*, del cual, y no de mas, tiene esta libertad de disponer como quisiere, *l. 1, tít. 20, d. lib. 10 (6 de Toro)*. Pero aunque el padre (entiéndase siempre lo mismo de la madre) solo pueda dejar el quinto á extraños, tiene libertad para dejar el *tercio* á uno ó muchos de sus hijos, segun quisiere, y aun á sus nietos, aunque á estos les viva su padre, *l. 2, tít. 6, d. l. 10 (18 de Toro)*. Y aun añaden Molina de Hispan. primog. lib. 2, cap. 11, n. 5, y Covarr. lib. 1, var. cap. 19, n. 4, vers. *Obiter*, que en el caso de tener un padre solamente un hijo, y de él uno ó muchos nietos, podrá dar el *tercio* al nieto que le pareciere : cuya opinion nos parece bien, sin embargo de tener la contraria Antonio Gomez en *d. l. 18 de Toro*, por la razon en que la funda el mismo Covarr., que el *tercio* no es legítima de ningun descendiente en particular, sino de todos en comun respecto de los extraños, en quanto no puede darse á estos, habiendo descendientes, que es la única prohibicion que tiene el padre testador.

2. Cuando el padre deja á alguno de sus hijos el *tercio* ó el quinto de sus bienes, se dice que les mejora y de allí viene que el *tít. 6 del libro 10 de la Nov. Rec.* tiene la inscripcion : *De las mejoras de Tercio y Quinto*; porque con efecto los hace de mejor condicion que á los otros en quanto á la sucesion. Si hiciere ambas mejoras, se sacará primero la del quinto. *l. 214 del Estilo*, que esta en observancia, y parece haberse esto introducido á favor del alma del testador, como dice Go-

mez en la *l. 17 de Toro*, n. 2. Pero exceptúa bien Angulo de *meliorat.* en la *ley 9, glosa 2, n. 45*, el caso en que el testador tuviese hecha de antemano irrevocablemente la mejora del tercio, porque entonces la del quinto habria de sacarse del patrimonio que le restaba al testador despues de extraida la del tercio. Y la misma antelacion de sacarse antes la mejora del tercio, tendrá generalmente lugar, como advierte Cifuentes en la *ley 25 de Toro, cerca del fin*, siempre que el testador lo quiere así; porque estando instituido por favor del alma del mismo testador, que se saque antes el quinto que el tercio, por ser de este modo mayor, puede renunciar este favor.

3. Los padres pueden hacer estas mejoras en testamento, ó por contrato entre vivos. Si las hicieren del modo primero, las pueden variar hasta que mueran; porque hasta entonces pueden variar el testamento, como hemos visto. Y lo mismo debe decirse si las hubiesen hecho por contrato entre vivos, si no es que hubieren entregado la posesion de las cosas que abrazan las mejoras, al mismo mejorado ó á su procurador, ó á lo menos en lugar de la posesion la escritura que contiene la mejora delante de escribano; ó finalmente si no es que la mejora se hubiese hecho por causa onerosa con otro tercero, como de matrimonio ú otra semejante. Porque en estos casos solo podrá revocarse, cuando el padre se hubiese reservado derecho para ello, ó sucediere alguna de aquellas causas en que, segun nuestras leyes, pueden revocarse las donaciones perfectas hechas con arreglo á derecho, *l. 1, tít. 6 (17 de Toro)*. Y en cuanto á promesas de mejorar ó no mejorar, establece la *ley 6 del mismo título 6 (22 de Toro)* estar obligado á cumplir la promesa el padre, que con escritura pública prometió á alguno de sus descendientes que á ninguno mejoraria, y que si mejorara á alguno no valdria: como asimismo que tam-

bien habrá de cumplir la promesa el que la hizo á alguno de sus descendientes, de que le mejoraria por casamiento ú otra causa onerosa; y si no hiciere la mejora, se dará por hecha, pasados los dias de su vida. Se exceptúa de esto último la promesa que el padre hizo á la hija por causa de dote ó matrimonio, como luego veremos.

4. Estas mejoras se regulan por lo que valen los bienes del padre al tiempo de su muerte, y no al en que se hicieron, *l. 7, d. tit. 6 (23 de Toro)*. Y de abí se toma la razon de no sacarse las mejoras de las dotes y donaciones *propter nuptias*, ni de las otras donaciones que los hijos trajeren á colacion y particion, segun lo previene la *ley 9, d. tit. 6 (25 de Toro)*; porque estas salieron ya del patrimonio del padre cuando se otorgaron. Y en la misma razon se funda la *ley 5, d. tit. 6 (21 de Toro)*, en cuanto dice que los mejorados sufran pro rata la obligacion de pagar las deudas del difunto, por la bien sabida regla de no decirse bienes, sino lo que sobrare despues de haberse pagado las deudas(1). La razon de los legados y gastos del entierro es muy diferente, porque no siendo deuda que debia el difunto, no disminuye sus bienes, y como á carga que impone el mismo testador, se han de satisfacer de solo el quinto, *l. 9, tit. 20, l. 10 (30 de Toro)*. Ni puede dejar de ser así, porque no pudiendo el padre imponer gravámen á la legítima de sus hijos, *l. 11, tit. 4. P. 6 (2)*, y siéndolo todos sus bienes, á excepcion del quinto, como hemos dicho, es preciso se saquen de él estos gastos. Pero debemos advertir aquí la especial doctrina de la *ley 11, d. tit. 6 (27 de Toro)*, que permite á los padres imponer gravámen de restitution al tercio que dejaren á sus hijos en el siguiente orden: I A favor de sus descendientes legítimos. II

(1) *L. 39, § 1, de verb. sign.* — (2) *L. 32, C. de in f. testam.*

De los ilegítimos que tengan derecho de suceder. III De los ascendientes. IV De los parientes. V y último. De los extraños. Cuya imposición de gravámen perpetuo cesa en el día por la *cédula* del año 1789, que explicamos mas abajo en el *tít. sig. n. 2*. Por la misma razon de no ser legítima de los padres el tercio de los bienes de los hijos, nos parece bien la opinion de Covarr. en el *cap. Reynaldus*, § 3, *n. 4*; y Angulo de *meliorat. l. 3, glosa 3, n. 7* citando á otros, de que no teniendo el testador descendientes, sino solo ascendientes, se sacarán del tercio de sus bienes estas cargas de gastos de entierro y legados.

5. Está permitido á los padres señalar las mejoras que quisieren; pero no el poder cometer á otra persona alguna esta facultad, *l. 3, d. tít. 6 (19 de Toro)*, que no admite, á nuestro dictámen, la restriccion de Azév. en *d. l. 3, n. 32*, y Angulo de *meliorat. l. 3, glosa 4, n. 1*, de que debe entenderse de la comision general, pretendiendo poder tener lugar la especial; porque debieron haber observado que dicha *ley 3* tuvo los mismos autores, y fué establecida en el mismo tiempo y ciudad de Toro, que la *1, tít. 19, lib. 10 de la Nov. Rec. (31 de Toro)*; y de consiguiente que si la intencion de sus autores hubiese sido que se pudiese conceder facultad especial para señalar los bienes de las mejoras, lo habrían expresado así, como lo hicieron en la citada *ley 1*, hablando de la facultad de mejorar, desheredar y otras. Pero juzgamos no alcanzar esta prohibicion á impedir al padre que pueda cometer al mismo hijo que mejora, el que pueda señalar ó escoger los bienes en que haya de consistir la mejora; y así vemos practicarse. Fundamos esta opinion en dos razones: I Dicha *ley 3* cuando prohíbe poderse cometer la facultad de señalar, usa de las palabras generales: *A otra persona alguna*, sin hacer la menor men-

ción del hijo mejorado, en quien podia haber mayor dificultad; y por ello no es creible quisiese incluirle en la prohibicion general, puesto que en la obligacion general no se comprenden las cosas, que por no ser verosímil pensase en ellas el que se obligó, necesitan de mencion especial, *l. 5, tit. 13, P. 5(1)*, lo que con algunos símiles prueba Barbosa en el *axioma* 206.

II Porque la facultad de señalar bienes en que consista la mejora, versa en utilidad de los mismos hijos, y de consiguiente se debe ampliar en beneficio de ellos. Y cuando hubiere señalamiento de bienes, en ellos deberán pagarse las mejoras, ó en parte de la herencia del difunto, si no hubiere señalamiento, sin que les sea permitido á los demás descendientes del testador pagarlas en dinero efectivo, si no es que la cosa no tuviere cómoda divison, *l. 4, d. tit. 6 (20 de Toro)*. Y podrá el mejorado admitir las mejoras, aunque renunciar la herencia, pagando pro rata las deudas del difunto, *l. 5, d. tit. 6 (21 de Toro)*; pues deben sufrir esta carga, como dijimos arriba *n. 4*, y tambien quedan válidas cuando se rompe ó anula el testamento por pretericion ó exheredacion, como insinuamos en el *n. últ. al fin del título antecedente*.

6. Si el padre hiciere donacion simple á alguno de sus hijos, se entiende que les mejora, aunque no lo exprese, y se imputa y aplica la donacion primeramente al tercio, despues al quinto, y lo que sobrare á la legítima, *l. 10, d. tit. 6 (26 de Toro)*. Pero si la donacion fuere por causa, se cuenta primero por legítima, despues se aplica al tercio, y últimamente al quinto. Y cualquiera donacion que exceda estos cotos de legítima y mejoras de tercio y quinto, es en cuanto al exceso inoficiosa, y debe restituirse á los demás interesados, porque ningun hijo puede recibir mas de la

herencia de su padre, *l. 5, tít. 3, lib. 10 de la Nov. Rec.* (29 de Toro). Puede verse á Azev. en *d. l. 10, n. 26 y á Covarr. in cap. Reynaldus, § 2, n. 16 et seq.*, que concilian de esta manera las citadas *leyes 26 y 29 de Toro*, que á algunos han parecido contrarias. Y adviértase, como muy digno de saberse en este particular, que ningun padre puede dar ni prometer por via de dote ni casamiento á su hija tercio ni quinto de sus bienes, ni puede esta entenderse tácita ni expresamente mejorada por ninguna manera de contrato entre vivos, so pena que lo que mas diere ó prometiere, lo haya perdido ó pierda, *l. 6, tít. 3, lib. 10 de la Nov. Rec.*, que suele llamarse la *Pragmática de Madrid*, por haberse establecido allí en el año 1534.

7. No prohibe esta ley á los padres que mejoren á sus hijas en testamento, como no lo hagan con respecto á la dote en fraude de ella, como lo prueba Azevedo comentándola latamente, y explicando las dudas que sobre ella pueden ocurrir. En el n. 6 y siguientes examina con fervor la cuestion muy probable por ambas partes, de si vale ó no la promesa que el padre dotante hace á su hija y marido de ella, que no mejorará á ninguno de sus otros hijos. Apoya con muchas razones la opinion afirmativa que defiende, y refiere estar por la contraria su amigo y conciudadano Gutierrez, fundado en otras varias. Inclínamos á la de este autor, principalmente por la poderosa razon de que, siendo el vivo espíritu de dicha *ley* 1 en todas sus partes, el coartar los excesos en las dotes, deben interpretarse todas las dudas sobre su inteligencia, antes con estrechez que con amplitud. La ventaja que tienen los varones sobre las hembras, de que las donaciones *propter nuptias* les pueden aprovechar para mejoras, cuando á las mujeres no les pueden servir á este fin sus dotes; las compensan estas muy bien en que las dotes que se les dieran ó prometieren, quedan preservadas del vicio

de inoficiosas, con tal que quepan en los bienes del padre, segun la estimacion que tenian en el tiempo en que las dió ó prometió, ó en el de su muerte, segun escogieren las mismas hijas dotadas; y en las demas donaciones se ha de atender precisamente al tiempo de la muerte, *d. l. 5, tít. 3, lib. 10 de la Nov. Rec.* (29 de Toro).

8. Pongamos tres ejemplos que, abrazando casi toda la doctrina que hemos sentido, den mas cómoda instruccion: I Un padre dejó tres hijos, Pedro, Juan y Diego, mejorando en el tercio á Pedro, y á Juan en el quinto. Tenia 1700 pesos: debia 200: legó 100, y en su entierro se gastaron 50. Ante todo se pagarán las deudas, y con esta baja quedarán 1500, de los cuales tocarán á Juan 300 por su quinto, y de los restantes 1200 pertenecerán á Pedro 400 por el tercio, y los 800 sobrantes se dividirán en tres partes iguales entre los tres. Y solo Juan pagará los legados y gastos del entierro por razon del quinto; de suerte que de este solo le quedarán 150. Si en este ejemplo tuviere el testador un nieto, podrá dejarle las mejoras, y dejándole la del quinto, habria de pagar los legados y gastos del entierro. II ejemplo: El mismo padre además de lo referido en el primer ejemplo, tuvo una hija, á la que dió en dote 400. El quinto y el tercio serán el mismo, porque no se restan de los 400 dotales. Se acumularán pues ó tendrán estos 400 pesos á los 800 que quedan despues de extraidos el quinto y el tercio, y saldrá un cúmulo de 1200: que debiendo dividirse en cuatro partes iguales, tocarán á cada uno 300. Y por cuanto la hija tenia ya recibidos 400, habra de restituir 100, por ser la dote en este exceso inoficiosa, si no es que escogiere elegir el tiempo en que se dió ó prometió la dote, en el cual era tan cuantioso el patrimonio del dotante, que podia bastar para dicha dote: en cuyo caso retendria los 400 dotales.

y los restantes 800 se dividirían igualmente entre sus hermanos.

9. III ejemplo : El mismo padre no habiendo dejado mas hijos que los tres referidos en el I ejemplo, habia hecho á Pedro una donacion simple de 1000, y á Juan otra por causa de 300. Pedro se entenderá mejorado en los 1000, de modo que los imputará en el tercio, quinto y legítima. Y en atencion á que las mejoras dicen solamente respecto al patrimonio del difunto al tiempo de su muerte, que segun hemos visto solo importaba 1500, será el tercio y quinto el mismo que en los dos anteriores ejemplos. Se ejecutará pues la division en la manera siguiente: de los 1500, patrimonio del difunto, tocan á Pedro 700 por su quinto y tercio; y á los 800 restantes se acumularán 1300, importe de las dos donaciones, y saldrá el cúmulo de 2100, y dividido este en partes iguales, importará 700 la legítima de cada uno de los tres hijos. Segun esto, de los 1500, importe del patrimonio del padre, se darán 400 á Pedro, que juntos con los 1000 que tenia por su donacion, forman su total haber de 1400, esto es, 700 por mejoras, y otros tantos por legítima. A Juan se le darán otros 400, que unidos á los 300 que tiene por su donacion, le forman la legítima de 700 que le corresponde. Y á Diego se le darán los 700, resto del patrimonio del difunto, que son su legítima.

10. Con lo que hemos dicho hasta aquí está á la vista casi todo lo que debe tenerse presente para dividir entre hijos una herencia paterna. Solo falta examinar las dudas, que puede haber sobre si los hijos deben llevar á colacion para ejecutarse, ciertos bienes que tienen, ó gastos que por ellos han hecho sus padres; lo que vamos á manifestar. Es constante no deberse llevar á colacion por los hijos los bienes que hubieren recibido de sus padres en razon de mejoras;

porque la colacion está instituida para guardarse la igualdad entre los hijos, y las mejoras la destruyen. Pero las dotes, donaciones *propter nuptias*, ú otra cosa que los hijos han recibido de sus padres, y no pertenecen á mejoras, es preciso las lleven á colacion, para que aumentando con ellas el patrimonio del padre, se pueda dividir con igualdad entre ellos; bien que si los hijos que las recibieron se quisiesen apartar de la herencia, lo podrán hacer, salvo que si fueren inoficiosas, habrán de tornar á los demás herederos el exceso en que lo fueren, *d. l. 5, tit. 3, lib. 10 de la Nov. Rec. (29 de Toro)*. Y asimismo ha de llevar el hijo á colacion y particion el peculio profecticio que tuviere, *l. 3, tit. 15, P. 6*; pero no el castrense ni cuasi castrense, ni el adventicio; porque estos le quedan libres para sí, sin derecho alguno de sus hermanos á ellos, *l. 5, d. tit. 15*.

11. Tambien queda para solo el hijo, sin obligacion de llevarlo á colacion, lo que el padre hubiere gastado en darle estudios, ó armarle caballero, y los libros que le dió para aprender alguna ciencia, *l. 3, tit. 4, P. 5, d. l. 5*. Pero quieren nuestros intérpretes que lo haya de imputar y tener á cuenta de mejoras, á ejemplo de lo que hemos dicho de la donacion simple: lo que nos parece no ser conforme al contexto de *d. l. 5*; porque, además de no permitirlo aquellas palabras: *No gelas pueden contar los otros hermanos en su parte en la particion*, exclusivas de toda imputacion, vemos compararse en ella estos gastos al peculio castrense ó cuasi castrense, exento en un todo de imputarse. Y aunque pudiera admitirse esta opinion en cuanto á los libros, en el caso de que los mismos ó su equivalente existieren en poder del hijo, porque aumentan su patrimonio, y puede considerarse que los tiene el hijo por donacion simple, no tiene esto lugar en los gastos del estudio, que deben reputarse

alimentos ya consumidos, que no aumentan el patrimonio; y de los alimentos no hay imputacion.

12. Y por la misma razon de no aumentar el patrimonio los doctorados ú otros grados de las universidades, ú otras cuálesquiera dignidades que no tienen salario ni otros frutos civiles, sí que por lo contrario son una especie de carga de honor; somos tambien de dictámen que lo gastado por el padre en la consecucion de estos grados ú oficios, no lo debe imputar el hijo, ni aun en cuenta de mejoras, sí que antes bien, lo que se deba por esta razon, se deberá pagar de la comun herencia del padre, como lo pensó el celeberrimo jurisconsulto Papiniano (1). Y en verdad si la cosa se mira á fondo, ¿qué otra cosa es el grado de la Universidad que *premio y testimonio de idoneidad en asunto de ciencias, que uno se ha adquirido con sus propios sudores y vigilas, en beneficio de la república?* Y ¿quién no juzgará ser una cosa incivil y vergonzosa pretender los demás hijos que su hermano así condecorado impute en parte suya el dinero expendido por este testimonio que ya se consumió? Diremos pues que, si un hijo condecorado así, fuese mejorado en tercio y quinto, sacaria sus mejoras enteras, sin que las disminuyera en parte alguna lo gastado en su grado. Así lo dispusimos en la division de la herencia de Don José Perez Mesía, corregidor que habia sido de Salamanca que tuvimos el honor de ordenar: en la cual era uno de los herederos su hijo, el señor Don Francisco Perez Mesía, doctor del derecho civil en la Universidad de dicha ciudad que murió despues consejero del supremo Consejo de Castilla. Y aunque uno de los coherederos manifestó disentir al principio, cedió despues á la fuerza de las razones que hemca referido, que conoció muy bien por su notoria pe-

(1) L. 1, § 16, de collat.

legatario probar que lo sabia. Y cuando vale este legado, debe el heredero comprar la cosa legada para darla al legatario, ó no queriéndola vender su dueño, ó pidiendo mas de lo que vale, dar su estimacion á juicio de dos peritos al mismo legatario, *l. 10, d. tit. 9 (1)*. La razon de haber de probar la ciencia el legatario, es por ser el actor á quien toca la prueba, *l. 1, tit. 14, P. 3 (2)*. A que se añade tener el derecho á su favor la presuncion (3). Si el testador legare una cosa empeñada, que lo estaba por tanto ó por mas de lo que ella valia, débela luir ó redimir el heredero, y darla franca al legatario, tanto en el caso de saber que está empeñada, como si lo ignorara. Pero si estaba dada á peños ó en prenda por menos de lo que valia, solo en el caso de que supiere el testador que estaba empeñada, tendrá esta obligacion, porque si lo ignoraba, será del mismo legatario la obligacion de redimirla, *l. 11, d. tit. 9 (4)*. Y si teniendo el mismo testador en su poder alguna cosa empeñada á su favor por dinero que hubiese dado sobre ella, la legara al que la empeñó, vale el legado para el efecto de haberse de entregar la tal cosa á aquel á quien se lega; pero queda este con la obligacion de haber de pagar á los herederos del difunto el dinero que sobre ella le habia prestado el testador, *l. 16, d. tit. 9*; y de consiguiente solo se entiende legado el derecho de prenda, y no la deuda. Pero si el testador tenia en su poder alguna carta ó escritura probatoria de lo que se le debia, y la legase al deudor, se entiende que le lega ó condona la deuda, *l. 47, d. tit. 9 (5)*.

15. No solo pueden legarse las cosas ya existentes, sino tambien las que estan por venir, como los frutos que han de nacer de tal campo, *l. 12, tit. 9 (6)*. Si

(1) § 4, Inst. de legat. — (2) D. § 4. — (3) D. § 4. — (4) § 5, Inst. de legat. — (5) L. 3, § 1, de Eber. leg. — (6) § 7, Inst. de legat.

dijere el testador que legaba cien pesos que tenía en el arca, los deberá dar el heredero al legatario, si con efecto se encontrasen allí; pero si se encontrare menos, cumplirá dando lo que se hallare. Y si se encuentra mas, solo debe dar los cien pesos, *l. 18, d. tit. 9*, la que con esta decision da mucha prueba de que en caso de duda siempre está la presuncion á favor del heredero.

16. Las cosas que están fuera del comercio de los hombres absolutamente por todo respecto, como son las sagradas, no se pueden legar; y á esta clase pertenecen de alguna manera las cosas que señaladamente son de los reyes, como los palacios, que no pueden enajenarse sin mandato de los mismos reyes. Ni tampoco las que son del pro comunal de alguna ciudad ó villa, como las plazas y los ejidos. Lo mismo sucede cuando la cosa está fuera del comercio solamente por cierto respecto que está en ella misma. No valdrá pua el legado de los mármoles, pilares ó maderas que están puestas como parte integrante de los edificios; de suerte que ni aun su estimacion deberá dar el heredero, *l. 13, d. tit. 9 (1)*. Se ha prohibido este último legado para conservar la hermosura de la ciudad, y precaver la fealdad de los edificios, *d. l. 13, l. 16, tit. 2, P. 3 (2)*. Si la cosa legada mudase de condicion sin culpa del heredero, de manera que estando en el comercio cuando se legó, dejase de estarlo despues al tiempo de la muerte del testador, como si siendo profana fué consagrada; no valdria el legado, quedando el heredero sin obligacion de pagar la estimacion que antes tenia, *d. l. 13 (3)*. No solo puede legar el testador las cosas corporales, sino tambien las incorporales, como los derechos, deudas que se le debieren

(1) § 4. Inst. de legat. l. 41, § 1 cum duab. seqq. de legat. 1.

(2) l. 42, C. de ædif. privat. — (3) § 2, Inst. de inut. stipul.

y servidumbres en cosas suyas. Y si despues pidiere y cobrar la deuda que habia legado, se acaba el legado, pues se entiende que le revocó (1). Otra cosa seria si el deudor la pagare de su grado ó voluntad sin habérsele pedido; porque entonces deberia el heredero dar al legatario la cosa ó estimacion que hubiese cobrado el testador, por entenderse ser la intencion de este tenerla guardada á este fin, *l. 15, d. tit. 9.*

17. Cuando el testador legare una cosa generalmente sin señalar ninguna determinadamente, como por ejemplo, un caballo, será del legatario el derecho de escogerle, si el testador tenia caballos; pero no podrá escoger el mejor. Mas si no tenia, será en escogencia del heredero, comprar uno comunalmente bueno, esto es, mediano ó regular, para darlo al legatario, *l. 23, d. tit. 9*, que pone en un siervo el ejemplo que acabamos de poner en un caballo; y añade que debe tener lugar esta doctrina en las bestias ú otras cosas semejantes, esto es, segun entendemos, que tengan sus límites por la misma naturaleza. Porque hablando en seguida en el *vers.* Pero de casas que no los tienen por naturaleza, sino por obra ó disposicion de los hombres, establece otra regla, á saber: Que si el testador lega unas casas sin señalárlas, debe dar el heredero unas de las del testador, cualesquiera que sean; y si solo tuviere algunas (usa del número plural por el singular), aquellas mismas: y que si por ventura el testador no tuviese casas ningunas, no vale el legado (2). Si lega el testador á alguno la escogencia ú opcion de dos cosas, para que escoja la que le pareciere, no podrá el legatario arrepentirse, despues de haber escogido una (3). Y si la escogencia fuese puesta en el arbitrio ó mano de un tercero, y este no escogiere dentro de un año por no

(1) § 21, Inst. de legat. — (2) L. 13, l. 71, de legat. 1. — (3) L. 5, de legat. 1.

poder ó no querer, pasa al legatario el derecho de escoger, l. 25, d. tít. 9 (1).

18. Para que valga el legado, basta que el testador señale la persona del legatario y la cosa legada, si el legado no es general, de manera que conste ciertamente de uno y otro, sin que lo embarace el haber errado en el nombre, si es de aquellos que ponen los hombres en particular por su voluntad, como si dijese Pedro al que se llama Juan, ó campo Tusculano al que se dice Ticiano; con tal siempre que conste de la persona y cosa por otras señales ó demostraciones seguras. Pero si el error fuese en nombre general, en que acuerdan todos los hombres en todas las tierras, sin imposición particular, como son pan, paños, laton, oro y otras semejantes, no valdria el legado, aunque quisiese probar el legatario ser la voluntad del testador que valiese en lo que era la cosa, en cuyo nombre erró, como si queriendo legar oro, le apellidase laton, l. 28, d. tít. 9 (2).

19. A las veces añade el testador en los legados algunas expresiones que forman condicion, causa ó modo. De las condiciones hablamos ya latamente en el título antecedente, sin que haya necesidad de añadir cosa alguna. Causa es *motivo de cosa pasada que expresa el testador tener para legar*, como si dijera: *Lego á Pedro cien pesos, porque cuidó de mis negocios, ó me hizo este ó el otro servicio*. Y cuando así sucede, no impide el valor del legado el que sea falsa la causa. l. 20, l. 21, d. tít. 9, P. 6 (3). Modo es *expresion del fin para que se hace el legado*, por ejemplo, si el testador dijere: *A Juan lego cincuenta pesos, para que me haga un sepulcro*. Y entonces debe entregarse desde luego á Juan el legado, dando fiador de que cumplirá

(1) L. ult. § 1, C. commun. de legat. — (2) § 29, Inst. de legat. l. 4, de legat. 1. — (3) § 31, Inst. de legat.

lo que mandó el difunto, y gana su dominio luego que lo cumpliere, ó hizo cuanto estuvo de su parte para cumplirlo, *d. l. 21*. Y en todo legado de cosa cierta, que se deja puramente ó sin condicion, pasa el dominio de la cosa al legatario luego que muere el testador, de manera que, aunque él falleciese antes de entrar el heredero en la herencia, ó él en la posesion de la cosa, perteneceria esta á su heredero. Pero en los legados condicionales, si muere el legatario antes de la existencia de la condicion, no vale el legado y queda el dominio de la cosa legada en el heredero del testador, *l. 34, d. tit. 9 (1)*. De cuya doctrina hay una excepcion al fin de *d. l. 34*, de que no tiene lugar cuando el legatario tuviere compañero, al que tambien se le hubiese legado juntamente la misma cosa ó sustituto; en cuyos casos, verificada la condicion, perteneceria la cosa al compañero ó al sustituto (2). Si se legase el usufructo de alguna cosa, se deberá al legatario desde que el heredero entrare en la herencia, y no antes, *l. 35, vers. El cuarto, d. tit. 9 (3)*.

20. Si viviendo el testador tuviese la cosa algun aumento por haberse construido una casa en el lugar legado, ó añadido por aluvion al campo, ó de otra manera, será del legatario la cosa con su aumento, *l. 37, d. tit. 9 (4)*. Los frutos de la cosa legada se le deberán desde el dia en que el heredero entró en la herencia, *d. l. 37*; en cuya *glos. 4* juzga Greg. Lop. ser muy probable que despues de la *l. 1, tit. 18, lib. 10 de la Nov. Rec.*, se le deben desde la muerte del testador. Si el testador lega á dos una misma cosa, ó bien ayuntadamente en una misma oracion, ó á cada uno de por sí, esto es separadamente en dos oraciones, la partirán

(1) L. un. §§ 1, 5 et 7, C. de cad. tol. l. 5. quan. dies leg. v. fideic. cedat. — (2) L. un. § 7, C. de cad. tol. — (3) § 19, Inst. de legatis. — (4) L. un. § 6, C. de cad. tol.

igualmente entre sí; y si uno de ellos, ó por haber muerto, ó haber renunciado su parte, no lo toma e, acrecerá al otro, *l. 33, d. tit. 9* (1). Es libre el legatario en admitir ó no lo que se le deja; pero no podrá admitir una parte de alguna cosa que se le lega, y desechar la otra, aunque sea un cuerpo que contiene en si muchas cosas, como una manada de ganado, que tiene muchas cabezas (2); mas de sus herederos podrá uno admitir la que le toca, y el otro desechar la suya, como tambien el legatario á quien dejan muchas cosas, podrá tomar la que quisiere, y dejar las otras, si no es que le dejaren una cosa con carga, y la otra sin ella, en cuyo caso no podría tomar esta y dejar aquella, *l. 36, d. tit. 9*.

21. Veamos ahora los modos por los que desfallecen ó pierden el valer los legados que lo tuvieron en su principio. Se extingue en primer lugar el legado por la revocacion del testador, aunque la haga en codicilo, conservando el testamento en que le dejó, ó borrando la escritura en que estaba escrito, *l. 39, d. tit. 9* (3). Tambien se extingue si la cosa legada se perdió, ó murió sin culpa del heredero, *l. 41, d. tit. 9*, y si de la cosa legada hiciere el mismo testador una nueva especie, que no pudiese reducirse al pristino estado de la materia, como de lana paños, de madera una casa, ó una nave, *l. 42, d. tit. 9* (4). Y añade esta misma ley que si lega el testador un carro ó carreta, se le debe dar al legatario con la bestia que la traia y que si esta muere, se extingue el legado, si no es que el testador en su vida metiese otra en lugar de la muerta. No pone la razon, que creemos no poder ser otra que la de considerarse la bestia lo principal, y el carro lo accesorio; pues es bien sabida la regla, de que no subsis-

(1) § 8, Inst. de legat. — (2) L. 6, de legat. 2. — (3) L. 16, de adim. vel transf. leg. — (4) L. 88, de legat. 3.

tiendo lo principal, no tiene lugar lo accesorio (1). Si diere el testador la cosa que tenia legada, se entiende ó presume que lo hizo con intencion de revocar el legado, y quedará extinto. Lo contrario se presume si la vendió ó empeñó, y por ello en este caso tendrá el heredero la obligacion de dar al legatario el precio por que fué vendida ó empeñada; bien que en uno y otro podrá probar lo contrario de la presuncion el que interesase en ello, l. 17, l. 40, d. tít. P. 6 (2).

22. Se extinguirá tambien el legado, si despues de hecho el testamento adquiere el legatario el dominio de la cosa, por donacion ú otro título lucrativo, pero no si la adquiere por oneroso, como compra ó cambio; porque entonces puede pedir al heredero la estimacion de ella, l. 43, d. tít. 9 (3). Es título lucrativo el que nada cuesta, como donacion, legado; y oneroso el que cuesta algo, como compra, permuta. La razon de extinguirse en el primero de los dos casos que acabamos de referir es el axioma, que *dos causas lucrativas no pueden concurrir en una persona acerca de una misma cosa* (4). En conformidad de esto, si dos testadores legasen á Pedro una misma cosa, cada uno en su testamento, y consiguiera en fuerza de uno de ellos su posesion y propiedad en términos de que no se pudiese quitar, nada podia pedir en su razon por el otro testamento. Pero si primeramente lograra por uno de ellos la estimacion de dicha cosa, bien podia pedir despues la cosa en virtud del otro, l. 44, d. tít. 9 (5).

23. Si legase el testador dos veces una misma cosa determinada, como una viña á uno mismo, no está el heredero obligado á darla mas de una vez; y lo mismo seria si le legara muchas veces cierta cantidad de di-

(1) L. 129, § 1, de div. reg. jur. l. 2, de pecul. leg. — (2) § 12, Inst. de legat. l. 8, l. 24, § 3, de adim. v. transf. leg. — (3) § 6, Inst. de legat. — (4) L. 17, de oblig. et act. — (5) D. § 6, Inst.

nero, ú otra cosa de las que se pueden contar, pesar ó medir, si no es que probare el legatario haber sido la voluntad del difunto, que se le dieran cuantas veces las expresó (1). Pero si habiéndole legado en el testamento cierta cuantía, se la legara otra vez en el codicilo, se la deberá dar dos veces el heredero, salvo si probare haber sido la voluntad del testador que solo se le diere una vez, *l. 45, d. tit. 9*, de suerte que en el primero de estos dos últimos casos está la presunción á favor del heredero, y en el otro del legatario.

24. Cuando la cosa legada es cierta ó determinada, puede pedirla el legatario, ó donde morare el heredero, ó en el lugar donde existiere la mayor parte de los bienes del testador, ó en cualquiera otro en que se hallare la cosa legada : y si el heredero mudase engañosamente la cosa de un lugar á otro para hacer perjuicio al legatario, la debe llevar á su costa al lugar de donde la traspasó, y darla al legatario. Pero si el legado fuese en general, como si el testador dijese : *Lego á Pedro un caballo*, sin expresar cual, ó legare cierta cantidad de cosa que se puede contar, medir ó pesar, podrá pedir Pedro el legado en el lugar de la morada del heredero, ó en donde estuviere la mayor parte de los bienes del difunto, ó en cualquier otro en que el heredero empezare á pagar los legados; á no ser que el testador señalase lugar y tiempo, en cuyo caso así se ha de cumplir, *l. 48, d. tit. 9*.

25. Es muy famosa en el Derecho romano la *ley Falcidia*, establecida para menguar los legados, á fin de asegurar la adición de la herencia, sin la cual no podía, segun aquel, subsistir testamento alguno (2). De ella se trata tambien con bastante extension en el *título 11 de la P. 6*. Pero como por Derecho mas nuevo contenido en la célebre *l. 1, tit. 18, lib. 10 de la Nov.*

(1) *L. 34, § 3, de legat.* — (2) *Pr. Inst. de leg. Falcid.*

Rec., que tantas veces hemos citado, no es hoy necesaria en España la adición de heredero para que el testamento valga, opinó Antonio Gomez, *lib. 1, var. cap. 12, n. 11* y otros, que en el día no tiene lugar entre nosotros dicha ley Falcidia. Pero tenemos por mucho mas probable la opinion contraria que latamente defienden, soltando las objeciones Pichard. *in Inst. pr. de lege Falcidia, n. 33 et seqq.* Matienz. *in d. l. 1, glos. 19, nn. 18 et 19*; Molina de *Hispan. primog. lib. 1, cap 17, nn. 10 et 11*; Castillo de *usuf. cap. 60*, y otros muchos. Sentada esta sentencia, decimos que por esta ley debe quedar al heredero la cuarta parte de la herencia, la cual tomando el nombre de la misma ley, se llama tambien la *cuarta falcidia*. Si el testador pues consumiera todos sus bienes en legados, de modo que nada quedase para el heredero, quitará á cada legatario la cuarta parte de lo que se le deja, para formar su falcidia; y si le quedare algo, quitará á cada uno á proporcion lo que le falte para completarla. Y si el heredero fuere descendiente ó ascendiente del testador, á quienes se debe su legítima en los términos que hemos explicado hablando de las mejoras de tercio y quinto, deberá siempre sacar dicha su legítima; pero no podrá sacar además la falcidia, como lo prueba bien Greg. Lop. en la *glos. 3 de la ley 1 de d. tít. 11*, cuya ley establece lo que llevamos dicho; y añade que tambien se saca la cuarta de las donaciones que se hacen por razon de la muerte (1).

26. Antes de sacar el heredero su cuarta, se deben bajar y pagar las deudas que debia el difunto, las despesas de su muerte, y las que se hicieren por razon del testamento ú otros escritos pertenecientes á los bienes del mismo difunto, *l. 2, d. tít. 11 (2)*: así lo dispone esta *l. 2*; pero en cuanto á gastos de entierro,

(1) *L. 2, C. de don. mort. caus.* — (2) § 2, *Inst. de leg. Falc.*

téngase presente lo que dijimos en el *tít. preced. n. 18*, que solo son carga de la herencia que bajan su valor cuando á ninguno se deja el quinto, porque si se dejare á alguno, de este y no de la herencia son cargo, *l. 9, tít. 20, lib. 10 de la Nov. Rec. (30 de Toro)*. El valor de los bienes del difunto para sacar la falcidia, debe considerarse atendido el tiempo de la muerte del difunto; de manera que el aumento ó disminucion de su patrimonio sucedido despues de ella, es en beneficio ó perjuicio del heredero; porque á los legatarios siempre les quedaria la misma porcion que si no se hubiese aumentado ó disminuido, *l. 3, d. tít. 11* que pone ejemplos (1). No están sujetos á la detraccion de la falcidia los legados siguientes: I Los que deja el testador á la Iglesia, hospital de pobres, lugar religioso ú otra obra de piedad. II Los que fueren dejados en testamento militar, *l. 4, d. tít. 11* (2). III Los de cosa cierta que hiciere el testador, prohibiendo al legatario que la venda ó enajene, *l. 6, d. tít. 11* (3). Si el heredero hubiese pagado algunos legados sin sacar su cuarta, creyendo ser bastante la herencia para pagarlos así todos, deberá pagar todos los otros cumplidamente; si no es que despues que comenzó á pagar así, se descubriese alguna deuda grande del difunto, que no se supiese antes; porque entonces bien la podria sacar de aquellos legados que todavía no hubiese pagado, *d. l. 6*. Pierde el derecho de sacar la falcidia aquel heredero que maliciosamente cancelase el testamento ó los legados para que no valiesen, y aquel que hubiese hurtado alguna de las cosas que legaba el testador, ó las negase maliciosamente, diciendo ser suyas propias; si fuere vencido en juicio por cualquiera de estas razones. Ni se saca tampoco la falcidia, cuando

(1) § 2, Inst. de leg. Falc. — (2) Aut. similiter C. de leg. Falc. 1 12, C. de test. milit. — (3) Nov. 119, cap. 11.

lo prohibe el testador, *d. l.* (1). Ni cuando el heredero no hubiese hecho inventario, *l. 7, d. tit. 11* (2).

27. Expuesto lo perteneciente á legados, pasamos á hablar brevemente de los fideicomisos, comprendidos tambien, como dijimos en nuestras leyes, bajo el nombre general de *mandas*, y con efecto lo mismo manda ú ordena el testador unos que otros. Se dividen los fideicomisos en universales y singulares ó particulares. De los primeros hablan la *ley 14, tit. 5*; y la *8, tit. 11, P. 6*, y de los segundos, la *3 y algunas siguientes del tit. 9 de la misma P. 6*. Fideicomiso en general es *todo aquello que con palabras oblicuas dispuso el difunto que se diese á alguno*. Universal ó hereditario es aquel en que el testador manda ó ruega al que establece heredero, que restituya la herencia á otro. Cuando esto suceda, tiene el heredero derecho de retener la cuarta parte de la herencia, que habiendo adoptado tambien el nombre latino, llamamos *trebeliánica*, y es muy semejante á la *falcidia*. Debe imputar en ella el heredero las cosas que el testador le hubiere mandado, si las hubo. Y si los frutos que tomó de la herencia mientras la tuvo, montaren tanto como la cuarta, no debe tomar cosa ninguna de la herencia, si que la debe dar libre y entera; y si importaren menos, los tendrá á cuenta de la cuarta, y tomará de la herencia lo que le faltare para completarla. Si los frutos montaren mas que la cuarta, se quedarán con todos ellos en lugar de la cuarta, si el testador señaló dia en que hubiese de restituir la herencia, y él cumplió el plazo. Pero si el testador no señaló dia cierto, y aquel á quien debia restituirse la herencia, fué negligente en pedirla sabiéndolo, tendrá el heredero los frutos sin contarles en la cuarta. Y si el heredero fué rebelde, difiriendo maliciosamente la restitucion, cuanto quiera que valgan

(1) Nov. 1, cap. 2. — (2) *L. ult. C. de jur. delib.*

mas los frutos que la cuarta que debe haber, será obligado á darlos con la herencia. Toda esta doctrina es literal en *d. l. 8, tit. 11, P. 6*, la cual además expresa no deber entenderse en el caso de ser hijo del testador el que debe restituir la herencia; porque este retendrá todos los frutos que hubiere percibido de la herencia sin hacer en su razon imputacion alguna en la legítima que se le debe: y lo mismo creemos deberá decirse cuando el heredero fuere ascendiente del testador, por persuadirnos concurrir la propia razon de debérsele la legítima, independiente de la voluntad del testador. Pero acordamos con Greg. Lop. en la *glosa 9 de d. l. 8*, en conformidad de lo que dijimos de la cuarta falsicia *arriba n. 25*, que el hijo no podrá sacar á un mismo tiempo la legítima y cuarta trebeliánica.

28. La diferencia que añade en seguida la misma *ley 8* entre el heredero que admite la herencia por su voluntad, y el que la ade por premia; de que solo aquel y no este puede sacar la cuarta y tomar frutos, no tiene entrada en el dia en que cesa la precision de apremiar al heredero á que admita la herencia, por poderla admitir por sí el sustituto, cuando él la desecha, *l. 1, tit. 18, lib. 10 de la Nov. Rec.* Y advertimos últimamente en este particular de fideicomisos universales que el heredero que restituye debe pagar por razon de su cuarta á proporcion las deudas del difunto, *d. l. 8 al fin*. Fideicomiso singular es aquel en que el testador ruega al heredero ó á aquel á quien lega algo, dé á otro alguna ó algunas cosas singulares: en cuyo caso debe cumplir el heredero lo que se le manda, y lo mismo el legatario hasta aquella cuantía que montare lo que se le legó (1). Y adviértase que puede uno gravar con fideicomisos no solo en su testamento, sino tambien en codicilo, y tanto á los here-

(1) §. 1, Inst. de sing. reb. per. fideic. rel.

deros abintestato como á los testamentarios, l. 3, tít. 9, P. 6 (1).

29. Falta para concluir este título que digamos algo de los codicilos. La ley 1, tít. 12, P. 6 dice ser codicilo *escritura breve que hacen algunos omes, despues que son fechos sus testamentos, ó antes*; y que esta escritura tiene gran pro, porque pueden los hombres crecer ó menguar las mandas que hubiesen hecho en el testamento: y que la puede hacer el que no tiene prohibicion de hacer testamento (2): y que tambien son dos sus especies, nuncupativo y escrito. Las solemnidades que en uno y otro deben observarse, las hemos notado en el n. 4 del tít. 4. Solo pues añadiremos ahora que en el codicilo no se puede instituir heredero directamente, ni poner condicion á la institucion hecha en el testamento (3), ni tampoco desheredar (4); pero sí que podrá darse y quitarse oblicuamente la herencia, como si alguno mandase ó rogase en él, sin haber hecho testamento, que su heredero abintestato diese la herencia á Pedro; y lo mismo sucederia, si habiéndolo otorgado, lo mandara ó rogare al heredero que instituyó; en cuyo caso deberá sacar este la cuarta parte de la herencia, llamada *Trebeliánica* en latin, l. 2, d. tít. 12, l. últ. tít. 11, P. 6, cuyo nombre ha adoptado nuestro uso. En el n. 27 hemos dicho lo que en ella se imputa. No se rompe por otro posterior, como no aparezca querer quien lo hizo, que no valga el primero (5); ni por haberle nacido despues un hijo al que le otorgó, á diferencia del testamento, en que sucede todo lo contrario, l. 3, d. tít. 12, como hemos visto.

(1) § 10, Inst. de fideic. her. — (2) L. 6, § 3, de codic. — (3) § 2, Inst. de cod. — (4) L. 3, C. de testam. — (5) L. 3, C. de co-
d.c.

TITULO VII.

DE LOS MAYORAZGOS.

Tit. 17, lib. 10 de la Nov. Rec.

1. Los mayorazgos se semejan mucho á los fideicomisos familiares y su definicion.
2. Antes se podian fundar sin licencia del rey, pero no en el dia; y cómo subsisten los fundados antes de la prohibicion, viviendo despues de ella el que los fundó.
3. Origen de los mayorazgos.
- 4, 5, 6, 7, 8. Division de los mayorazgos en varias especies, con explicacion de estas.
9. Varias cosas que deben observarse en los mayorazgos. I regla : Que todos se deben gobernar en caso de duda al tenor del regular, cual lo es el reino de España.
10. II regla : Los mayorazgos son indivisibles.
11. III regla : La sucesion en los mayorazgos es perpetua; y los bienes que comprende no se pueden enajenar.
12. IV regla : En los mayorazgos deben tenerse presentes cuatro cosas, linea, grado, sexo y mayor edad.
13. V regla : Concluida una linea se pasa á la otra con exclusion de los ilegítimos.
14. VI regla : El hijo legitimado por subsiguiente matrimonio se entiende llamado desde su legitimacion. Y se dice lo que debe observarse en los legitimados por rescripto del principe, y en el hijo arrogado.
15. Otras lineas que han inventado los intérpretes.
16. VII regla : La proximidad del parentesco se debe considerar respecto del último poseedor.
17. VIII regla : En los mayorazgos no se sucede al último poseedor por derecho hereditario, sino de sangre.
18. IX regla. Muerto el poseedor del mayorazgo, pasa la posesion civil y natural de todos los bienes que comprende al inmediato sucesor, por solo el ministerio de la ley, sin ser necesaria la voluntad en este.
19. X regla : Todas las mejoras hechas en cosa de mayorazgo ceden al mayorazgo.
20. XI regla : Modos de probarse el mayorazgo.
21. XII regla : Todas las leyes ceden á la voluntad del testador, que puede poner las condiciones que quisiere, como sean posibles y honestas.

22, 23, 24, 25. Qué sea mayorazgo incompatible, y se explican todas sus especies.

1. Es celebrísimo en España el asunto de mayorazgos, por los muchos que hay, y las gravísimas cuestiones que sobre ellos se suscitan y ocupan tanto á los tribunales, aunque en el día está cortada la libertad de fundarlos, como luego veremos. Los Romanos no los conocieron, pero tuvieron fideicomisos familiares que se les asemejan lo bastante, aunque no dejan de diferenciarse en algo; y por esta semejanza, cuando nuestros autores mayorazguistas se ven apurados en las cuestiones que tratan, sin poder apoyar sus proposiciones en nuestras leyes patrias, se acogen á las romanas que hablan de los fideicomisos. No lo reprobamos, porque faltando las leyes que nos deben gobernar, no puede negarse que tienen mas fuerza para la persuasión las sabias de los Romanos, que el modo de pensar de los autores particulares. ¿Quién no se embelesa de ver la moralidad, justicia y finura de las sentencias de Papiniano, Ulpiano y otros, de que estas se formaron, recibidas con tanto aplauso en todas las naciones, y adoptadas en la mayor parte con respeto en las nuestras sapientísimas de las Partidas? De suerte que su insigne glosador Greg. Lop. no tuvo reparo de decir en la glosa 10 de la ley 10, tít. 5, P. 6 no ser la intencion de estas leyes corregir las romanas cuando no lo expresan; sí que antes bien deben por ellas suplirse, entenderse y limitarse. Nuestro célebre mayorazguista Luis de Molina en su famoso tratado de *primog. Hispan. lib. 1, cap. 1, n. 22* define el mayorazgo, diciendo ser *derecho de suceder en los bienes dejados, con la obligacion que se han de quedar en la familia enteros perpetuamente, y pertenecer al próximo primogénito por orden sucesivo.* Y añade que no debe abandonarse esta definicion por el motivo de haber algunos mayorazgos en que no sucede

el prinogénito, sino el segundogénito; y otros que no son perpetuos, sino temporales; porque estos modos de suceder, ó no son mayorazgos, ó cuando mas lo son impropios. Y por otra parte las definiciones en el Derecho todas son pelgrosas (1); pues no pudiéndose formar con la exactitud y escrupulosidad que las de filosofía, basta que expliquen la esencia y naturaleza ordinaria de la cosa.

2. Antes no era necesaria la licencia del rey para fundar mayorazgos, como lo prueba Molina en *d. cap. 1, n. 25*. Pero por *real cédula de 14 de mayo de 1789, que es la ley 12, tit. 17, lib. 10 de la Nov. Rec.* se manda que en adelante no se puedan fundar mayorazgos, aunque sea por via de agregacion ó de mejora de tercio y quinto, ó por los que no tengan herederos forzosos, ni prohibir perpetuamente la enajenacion de bienes raices ó estables, por medios directos ó indirectos, sin preceder licencia del rey, la cual se ha de conceder á consulta de la Cámara, precediendo conocimiento de si el mayorazgo ó mejora llega ó excede, como deberá ser, á tres mil ducados de renta; si la familia del fundador por su situacion puede aspirar á esta distincion, para emplearse en las carreras militar ó política con utilidad del estado; y si el todo ó la mayor parte de los bienes consiste en raices, lo que se deberá moderar disponiendo que las dotaciones perpetuas se hagan y sitúen principalmente sobre efectos de rédito fijo, como censos, juros, efectos de villa, acciones de banco, ú otros semejantes, de modo que quede libre la circulacion de bienes estables, para evitar su pérdida ó deterioracion, y solo se permita lo contrario en alguna parte muy necesaria, ó de mucha utilidad pública. Y se declaran nulas las vinculaciones que en adelante se hicieren en

(1) L. 202, de div. reg. jur.

contrario, con derecho á los parientes inmediatos del fundador para reclamarlas y suceder libremente. Posteriormente se expidió *otra cédula de 3 de julio de 1795*, que es la *ley 13, d. tit.*, en que se declaran válidas las vinculaciones hechas con anterioridad á la otra citada del año 1789, aunque los fundadores murieren despues. Y en 24 de agosto del mismo año 1795, *que es la ley 14, d. tit.*, se mandó en *otra cédula* que las referidas vinculaciones anteriores á la prohibicion del año de 1789, deben estar sujetas al pago de 15 por 100, para aumentar el fondo de amortizacion de vales reales; como tambien las nuevas que se hicieren con real licencia en los términos que las permite la expresada de 14 de mayo de 1789.

3. El citado Molina en dicho *lib. 1, cap. 2* deriva el origen de los mayorazgos de la ley divina; porque ya en el *cap. 25 del Génesis* se hace mencion de la venta del derecho de primogenitura que Esaú hizo á su hermano Jacob, y en el 17 se lee que Isaac concedió su bendicion y derecho de primogenitura á su hijo Jacob: cuyo origen comprueba la *ley 2, tit. 15, P. 2*, refiriendo varias cosas en honor de los primogénitos. Pero esto lo entiende rectamente de los mayorazgos ó primogenituras tomados generalmente; porque segun él mismo prueba en *d. lib. 1, cap. 1* no puede dudarse de que nuestros mayorazgos se diferencian mucho de aquellas primogenituras. Por lo cual contraidos á los mayorazgos de España, diremos con el mismo Molina en *d. lib. 1, cap. 2* desde el *n. 7*, que se derivan del mismo reino de España, y explicaremos el modo de suceder en él, establecido en la citada *ley 2, tit. 15, P. 2*.

4. Los mayorazgos considerados latamente, en cuanto comprenden tambien á los impropios, se dividen en regulares é irregulares. Regulares son aquellos *en que se sucede segun el orden prescrito para la sucesion de este*

reino en d. l. 2, tít. 15, P. 2. Y por lo contrario irregulares aquellos cuya sucesion se desvíá poco ó mucho del modo de suceder señalado en la misma ley 2. De estos refiere nueve especies principales Rojas de Almansa de *incompatibil. disp. 1, quæst. 1, n. 3*; á saber: I De agnacion verdadera. II De agnacion fingida ó artificiosa. III De masculinidad nuda. IV De femineidad. V De eleccion. VI Alternativos. VII Saltuarios. VIII De segundogenitura. IX Incompatibles. De todos los cuales vamos á dar alguna nocion.

5. El de agnacion verdadera ó rigurosa es aquel á cuya sucesion son admitidos únicamente los varones descendientes de varon en varon del fundador, sin mediar hembra alguna. La ley de las XII Tablas, tan famosa en el Derecho romano, hizo tal distincion entre la agnacion y cognacion, que llamaba á la legítima sucesion y tutela á los agnados, y excluía totalmente á los cognados, aun en el caso de no haber agnados, de suerte que ni aun á los hijos admitia á la sucesion de sus madres. Este rigor se fué templando poco á poco por varios senados-consultos; y despues los pretores llamaron tambien á la sucesion á los cognados, aunque en orden posterior, hasta que desagradado Justiniano de esta diferencia, la abolió enteramente, haciendo una masa de agnados y cognados, llamándolos indiferentemente (1). Esta abolicion ha sido adoptada por nuestras leyes, que llaman tambien con indiferencia á agnados, esto es, parientes de parte de padre, que son de la misma familia y apellido; y á los cognados que lo son de parte de madre, y de consiguiente de familia distinta. Pero sin embargo de esta indiferencia en nuestras leyes, nos manifiesta la experiencia que animados muchos hombres, y con especialidad los de superior gerarquía, del espíritu de un amor prefe-

(1) Nov. 118, capp. 4 et 5.

rente hácia sus agnados, les anteponen en todo á sus cognados; y aun otros llamando á aquellos, excluyen del todo á estos, respirando el mismo humor que la *ley de las XII Tablas*, que solo atendia á la conservacion del honor y riquezas de la familia, sin hacer caso de la cognacion. Y como nuestras mismas leyes se han esmerado tanto en sostener la voluntad de los testadores, con notable exceso á las romanas, como lo hace ver á todas luces, entre otras, la 1, *título 18, lib. 10 de la Nov. Rec.*, que tantas veces hemos alabado, no es de extrañar que se observen entre nosotros tantos mayorazgos de rigurosa agnacion en que estén excluidas del todo las hembras y sus descendientes, aunque lo sean tambien del mismo fundador; y estos son los que llamamos de agnacion rigurosa ó verdadera.

6. De agnacion fingida ó artificial se llama aquel mayorazgo á cuya sucesion llama en primer lugar el fundador á un cognado suyo, ó algun extraño, ó tal vez á una hembra, previniendo que despues sucedan al primer llamado sus hijos y descendientes varones de varones. Se dice así, porque el fundador que no tiene agnacion propia en que perpetuar su mayorazgo, la finge y la llama. Pues por lo regular los que los fundan exigen que los poseedores lleven siempre su apellido y armas: flaqueza humana, de que adolecen algunos hombres. Rojas de Almansa, en *d. quæst. 1, § 4, n. 103*, lo ilustra con los ejemplos de la legitimacion por oblacion á la Curia, y de la adopcion. Y añade que á las veces fundan tambien estos mayorazgos algunos que teniendo agnados verdaderos, lo disponen así, faltando estos; y lleva en ejemplo de esto la *ley 5, tít. 1, lib. 3 de la Nov. Rec.*, que varió de esta suerte la sucesion de nuestra monarquía. Mayorazgo de pura ó simple masculinidad es aquel á cuya sucesion se admiten solamente los varones, sin distincion de si vienen por varon ó por hembra. Y de femineidad aquel en que solamente suceden las

hombres, ó por lo menos son preferidas á los varones. Tres de sus especies refiere Rojas en d. § 4, n. 150. Convendría tal vez reformar todos los de esta clase, reduciéndolos á la de regulares, porque lejos de contribuir á mantener el lustre de honor y riquezas en una familia, que debe ser el fin de todos los mayorazgos; hacen necesariamente saltuario este lustre de familia en familia, con las malas consecuencias que es fácil considerar. Estos son mis clamores siempre que oigo hablar de uno de esta especie, que fundó como unos 50 años ha en esta ciudad de Valencia Doña Vicenta Romeu, viuda de don José Mallent, sin embargo de tener á la sazón tres hijos varones.

7. Mayorazgo de eleccion ó electivo se llama aquel *en que su poseedor tiene facultad concedida por el fundador, de elegir en sucesor al hijo ó pariente suyo que le pareciere, con tal que existiendo parientes del fundador sea uno de ellos.* La facultad, aunque esté indefinidamente concedida, no es tan libre, que pueda el poseedor elegir á un extraño, habiendo parientes del fundador, como lo resuelve Rojas de Almansa en d. cuestion 1, § 6, n. 159, citando á muchos, y entre ellos á Aguilá, que refiere haberse decidido así en un mayorazgo de los Ibarra. Mayorazgo alternativo, ó de alternativa naturaleza es aquel, *á cuya sucesion llama el fundador á uno de una línea durante su vida, y despues de su muerte á otro de otra línea, mandando que así siga en adelante la sucesion, alternando las líneas.* Saltuario llaman los autores á aquel mayorazgo *en el cual no se atiende á la primogenitura, sino solo á la prerogativa de mayor edad entre todos los parientes del fundador, de manera que muriendo el poseedor, sucede el mas viejo de los parientes, aunque no sea hijo ó descendiente del último poseedor, que haya muerto con ellos.* Se dice saltuario, porque en él la sucesion no sigue por línea como los otros, sino que salta de una en otra, esto es,

busca siempre la mayor edad, sin atenderse á líneas, y por ello se suele tambien llamar *de hecho*. La irregularidad de estos dos últimos mayorazgos participa algo del defecto que hemos notado en el de femineidad. Mayorazgo de segundogenitura propia se llama aquel *á cuya sucesion son siempre llamados los segundogénitos, por orden sucesivo, cuyo uso es muy raro*. Cuando el fundador llama al segundogénito por primera vez, y despues á los descendientes de este por orden de primogenitura, solo puede decirse impropriamente de segundogenitura; porque el orden perpetuo de suceder, en que consiste la esencia del mayorazgo, es de primogenitura. El uso de estos ya no es tan raro, porque ocurren á las veces muchas razones que lo persuaden. Y finalmente, mayorazgo incompatible es aquel *que no puede estar juntamente con otro en una misma persona*: de los cuales hay varias especies como luego veremos. La irregularidad de estos consiste solamente en la incompatibilidad; porque nada impide que en lo demás sean regulares.

8. Las especies de mayorazgos irregulares que hemos referido hasta aquí, son las principales, conocidas por los autores por sus propios nombres que hemos notado. Hay otras muchas mas que no lo tienen, y tantas cuantas se antojen á los fundadores, que pueden poner los llamamientos y condiciones que les pareciere, con tal que sean posibles y honestas. A qué especie pertenezca el mayorazgo, es tratado largo, que contiene muchos y difíciles casos; y por ello excede los límites de un institutista. Los mas frecuentes se pueden ver en Rojas de Almansa, que los examina latamente en toda *d. cuestion 1, disp. 1*, en Molina, Torre y otros, que han escrito largamente de mayorazgos. Solo pues expondremos las reglas principales de los mayorazgos regulares, tocando muy poco de los irregulares.

9. Sea pues la primera regla : El reino de España es un verdadero mayorazgo, cabeza de todos los demás mayorazgos , que como á miembros se derivan y toman de él la razon ó modo de suceder, de manera que en caso de duda, el mayorazgo se reputa regular, *l. 8, tít. 17, l. 10 de la Nov. Rec.* Y si se disputa sobre el orden de suceder , se debe decidir la causa segun las leyes de suceder establecidas para la sucesion del reino, como enseñan Molina *lib. 1, de primog. cap. 2, n. 16 y siguientes*, y otros. Pero debemos advertir no entenderse por estas leyes *la 5, tít. 1, lib. 3 de la Nov. Rec.*, que hemos citado en el *n. 6*; porque esta solo dice respecto á la sucesion de la monarquía, sin que sirva de ejemplo á los mayorazgos regulares, que siempre se gobiernan por lo establecido en la referida *ley 2, tít. 15, P. 2.*

10. II regla : Los mayorazgos por su propia naturaleza son indivisibles : no solo porque tambien lo es el reino, cabeza de todos los mayorazgos, *d. l. 2*, sino tambien porque el fin principal de los mayorazgos es para conservar la memoria y lustre de la familia, el cual, como tambien lo pingüe de los patrimonios, se destruyen por la division. Cuya regla debe tambien entenderse en cuanto al ejercicio, administracion ó comodidad del mayorazgo; porque como en él se sucede por derecho de primogenitura, repugna cualquiera division, como lo enseña Molina en *d. lib. 1, cap. 11*. Solo un caso rarísimo exceptúa el mismo en el *lib. 3, cap. 1, n. 19*, de que naciesen dos varones, ó no estando varones, dos hembras en un parto, y en tales circunstancias, que no se pudiese saber quien nació primero : en el cual el mayorazgo y demás derechos de primogenitura se habrian de dividir entre los dos, *l. 12, tít. 33, P. 7.*

11. III regla : La sucesion en el mayorazgo es perpetua en todos aquellos que vienen de la familia del

fundador. Por ello si este solamente hubiese llamado á su hijo primogénito y á sus descendientes, sin hacer mencion de sus otros hijos, no deberá creerse ser su voluntad que, faltando la descendencia del primogénito, quedasen sus bienes libres, si dejara otros descendientes suyos; sí que por lo contrario se entenderá que tambien llamó á estos. De suerte que de sola la palabra *mayorazgo* se infieren todas las sucesiones que son necesarias para su perpetuidad en la familia del fundador. Las razones son las mismas que las de la regla antecedente, Molina *d. lib. 1, cap. 4*; Gomez en la *ley 40 de Toro, n. 64*, y otros. De ahí viene que los bienes mayorazgados son por naturaleza inajenables. Solo el rey puede conceder facultad para enajenarles; y lo suele hacer cuando lo exige la pública causa, ó la necesidad ó utilidad del mismo mayorazgo. Causa pública es aquella que directamente mira á la utilidad pública; y necesidad ó utilidad del mayorazgo la hay, cuando las cosas en que consiste el mayorazgo han de perecer ó arruinarse si no se reparan; ó se ofrece ocasion de permutarlas con evidente utilidad del mismo mayorazgo. Y esta facultad no se concede sino con conocimiento de causa, y citado primero el inmediato sucesor, Molina *lib. 4, cap. 3*, y en el *cap. 7, n. 4 y siguiente* añade que esta facultad no se pone en ejecucion, sino faltando bienes libres, aun cuando no se exprese esta circunstancia en la concesion. Y de esta regla nace que los bienes de mayorazgo no pueden usucapirse ó prescribirse por la prescripcion de 10 ó 20 años; y lo mismo nos parece debe decirse de la prescripcion de 30 ó 40 años, por las buenas razones con que funda esta opinion Antonio Gomez en *d. l. 40 de Toro, n. 90*. Pero añade allí mismo tener lugar la prescripcion inmemorial; y en esto todos convienen, por el motivo que el haber pasado tanto tiempo, hace presumir que

concurrió la licencia del rey, y todo lo necesario para la enajenacion, Molina *lib. 4, cap. 10*; Greg. Lop. en la glosa 3 *al fin de la ley 10, tit. 26, P. 4*, en donde da tambien la razon que suele darse que esta prescripcion tiene fuerza de privilegio (1).

12. IV regla: En los mayorazgos deben tenerse presentes cuatro cosas que recomienda mucho Molina en el *lib. 3, cap. 4, nn. 13 y 14*, diciendo deben conservarse en la memoria. La primera, la línea para que los de la línea del último poseedor sean primero que los de las otras líneas. La segunda, el grado, esto es, que el mas próximo pariente de dicho poseedor excluye al mas remoto. La tercera, el sexo, porque siempre el varon excluye á la hembra siendo de la misma línea y grado. Pero si la hembra fuese de mejor línea y grado, no se entenderá excluida por los varones mas remotos, antes se preferirá á ellos, y se juzgará llamada, especialmente despues de la *ley 8, tit. 17, lib. 10 de la Nov. Rec.*, que en los mayorazgos que despues de ella se fundaren, esto es, despues del dia 5 de abril de 1615, que es el de su fecha, no quiere sean excluidas las hembras, si no fuere en caso que el fundador las excluyere y mandare que no sucedan, expresándolo clara y literalmente, sin que para ello basten presunciones, argumentos ó conjeturas, por precisas, claras y evidentes que sean. Y la cuarta, la mayor edad en los que son iguales en línea, grado y sexo. Y adviértase, por lo tocante á la proximidad, que en la sucesion de los mayorazgos siempre tiene lugar la representacion, no solo en la línea, sino tambien en la transversal; y de ahí es que los hijos ocupan siempre el grado y lugar de sus padres, aunque estos hubiesen muerto antes de fundarse el mayorazgo, si no es que el fundador previniera lo contrario con palabras claras y literalmente, sin bastar argumentos

(1) L. 3, § 4, de aq. quot. et est.

ni conjeturas por mas claras y evidentes que fueren : lo que manda observarse así la *ley últ. d. tít. 7* en los mayorazgos que en adelante se fundaren. Dicha ley tiene la misma antigüedad del dia 5 de abril de 1615.

13. V regla : Acabada la línea del primogénito , se pasa á la del segundogénito , y así en adelante á la del tercero ó cuarto , Molina, *lib. 3, cap. 6, nn. 30 y 31* ; y los que están en la línea recta del fundador, se prefieren á los demás. Pero debe advertirse que, para tener lugar esta prelacion, es menester que los de dicha línea sean legítimos , aun en el caso que el fundador hubiese llamado simplemente á sus descendientes, sin añadir *legítimos* ; porque cuando se trata de honor de la familia , como en los mayorazgos, bajo la apelacion de hijos, no se entienden los ilegítimos, Greg. Lop. en la *glosa 10, quæst. 8, v. Et quod de d. l. 2, tít. 15, P. 2* ; Mol. *d. lib. 3, cap. 3, n. 45*. Y adviértase que por hijos legítimos se entienden no solo los nacidos de legítimo matrimonio , sino tambien los que nacieron de putativo, contraido segun los ritos de la santa Iglesia, ignorando los contrayentes, ó alguno de ellos, el impedimento que tenia para contraerle , *l. 1, tít. 13, P. 4* ; lo que dice Molina, *d. lib. 3, cap. 1, n. 15* deberse ampliar al caso en que hubiese dicho el fundador que solo debian suceder los nacidos de legítimo matrimonio.

14. VI regla : El hijo legitimado por subsiguiente matrimonio se entiende llamado á la sucesion desde el tiempo de su legitimacion, esto es, en que sus padres contrajeron el matrimonio. Y de consiguiente, si su padre antes de este matrimonio, nacido ya el legítimo, hubiese contraido otro y tenido de él un hijo legítimo, este se considerará el primogénito , y será preferido al legitimado. Y es la razon porque, habiéndose ya radicado en el legítimo por su nacimiento el derecho de primogenitura, seria cosa ini-

cua privarle de este derecho adquirido tan justamente con esperanza tan considerable. Ni debe retrotraerse la legitimacion en perjuicio del hijo legítimo, Molina *d. lib. 3, cap. 1, n. 7*; Antonio Gómez latamente en la *ley 9 de Toro, n. 63 y siguientes*, citando á otros. Si el hijo fuere legitimado por rescricion del príncipe, le excluirán de la sucesion todos los parientes de la familia del fundador, ó que descíendan de él, como puede verse en el Hermenegildo de Rojas *de incompatibilit. part. 1, cap. 6, § 6*; Molin. *lib. 1, cap. 4, n. 44, y lib. 3, cap. 3*, que examinan con extension este asunto. Y el hijo arrogado ó adoptivo está enteramente excluido, el mismo Rojas *d. part. 1, § 10*.

15. Además de las líneas recta y transversal de parentesco, que á todos son notorias, han inventado otras los intérpretes, dándoles nombres, como son la actual ó efectiva, habitual, paterna, materna, contentiva, de substancia, cualidad, simple masculinidad, femineidad y eleccion. Las explica dicho Rojas en el citado *cap. 6* latísimamente. Todas pertenecen á la recta, ó á la transversal; y las omitimos aquí porque contienen mas confusion que provecho; y con dificultad se decidirá por ellas algun caso, que no pueda resolverse por las claras reglas que ponemos.

16. VII regla: la proximidad de parentesco, por cuya razon se sucede en los mayorazgos, se ha de considerar respecto del último poseedor, y no del fundador, *d. l. 2, tit. 15, P. 2*, y en ella Greg. Lop. *glosa 18 al fin*, y mas claramente en la *ley 9, tit. 1, P. 2* allí: *O alguno de los otros que son mas propincuos parientes de los reyes al tiempo de su finamiento*. Y tiene lugar esta regla tambien en los laterales; pero solo en el caso que el mas próximo del poseedor fuese de los parientes del fundador; porque á estos solo pertenece la sucesion de los mayorazgos, Mol. *d. lib. 3, cap. 9, n. 2*.

17. VIII regla: En los mayorazgos no se sucede al

último poseedor por derecho hereditario, sino de sangre, *d. l. 2* allí : *Do quier que el señorío hubieron por linage, é mayormente en España, l. 9, tit. 7, P. 2* allí : *Por razon de linage*. Y de ahí es que el mayorazgo pertenece al primogénito del poseedor, aunque este le hubiese desheredado. Pero respecto del fundador, todos suceden por derecho hereditario, porque le consigue por su voluntad, *Molin. d. lib. 1, cap. 8, n. 10*. De esto se infiere que el poseedor deberá pagar todas las deudas á que está tenido el fundador, si no es que las hubiese contraído despues de fundado irrevocablemente el mayorazgo; y por lo contrario no estará obligado á satisfacer las que contrajo su antecesor, como no estén contraídas por necesidad precisa para conservar los bienes del mayorazgo, *Mol. d. l. 1, cap. 10*, que todo lo emplea en tratar de este asunto, resolviendo muchos casos que se propone, y Antonio Gomez en la *ley 40 de Toro, n. 72*, en donde habla tambien latamente. Allí lo podrá ver quien lo necesite, porque nuestro instituto no nos permite tanta discusion de casos.

18. IX regla : Muerto el poseedor del mayorazgo, pasa por virtud del mismo derecho ó ministerio de la ley la posesion civil y natural de todos los bienes pertenecientes á él, al sucesor, sin ningun acto de aprehension, aunque algun otro haya tomado la posesion de ellos, en vida del tenedor del mayorazgo, ó el muerto, ó el mismo tenedor le haya dado la posesion de ellos, *l. 1, tit. 24, lib. 11 de la Nov. Rec. (45 de Toro)*. Y por cuanto esta posesion se adquiere por el solo ministerio de la ley, sin ser necesaria cosa alguna del sucesor, la llaman los autores *civilísima*, y dicen unánimes tener lugar aunque el sucesor lo ignore, ó sea infante, furioso, mentecato ó póstumo, *Mol. d. lib. 3, cap. 12, n. 24*; Gom. en *d. l. 45 de Toro, n. 112*; Mieres, de *majorat. part. 3, quæst. 2*. Y tambien en los mayorazgos

fundados sin licencia del rey, como lo prueban Mol. lib. 1, cap. 1 desde el n. 25, y Covar. lib. 3, var. cap. 5, n. 5, contra Anton. Gom. en d. ley 45, n. 116. Y tiene extension á la cuasi posesion de las cosas incorporales ó derechos, Mol. d. cap. 12, n. 23, y así lo prueban las mismas palabras de la ley, allí : *O de otra cualquier calidad que sean.*

19. X regla : Todas las fortalezas, cercas y edificios que se hicieren en las casas de mayorazgos, labrando, reparando, reedificando en ellas, son del mismo mayorazgo, cuyo sucesor sucede tambien en ellas, sin que sea obligado á dar parte alguna de la estimacion de dichos edificios á las mujeres de los que los hicieron por razon de gananciales, ni á sus hijos, ni á sus herederos, l. 6, tít. 17, lib. 10 de la Nov. Rec. (46 de Toro). Solo habla esta ley de las mejoras y gastos hechos en los edificios, en los términos que acabamos de referir. Pero sin embargo es mas probable la opinion de los que juzgan debe entenderse generalmente en todos los bienes del mayorazgo, y que habla de los edificios por ejemplo, como que es lo mas regular ; por no poderse señalar razon de diferencia entre bienes y bienes, Mol. d. lib. 1, cap. 26, n. 15 y siguientes ; Azev. en d. l. 6, n. 2. Algunos han querido notar sin razon de injusta esta ley, que segun prueban bien dichos autores, Antonio Gom. en d. ley 46, n. 4, y otros, tienen justicia.

20. XI regla : El mayorazgo, segun la ley 1, tít. 17, lib. 10 de la Nov. Rec. (41 de Toro), se puede probar por tres modos : I Por la escritura de la institucion de él con la escritura de la licencia del rey que la dió. II Por testigos que depongan del tenor de dichas escrituras. III Por costumbre inmemorial probada con las calidades que incluyan haber tenido y poseido los pasados aquellos bienes por mayorazgo, esto es, segun las reglas de mayorazgo ; y que los testigos sean de

buena fama, y digan que así lo vieron ellos pasar por tiempo de 40 años, y así lo oyeron decir á sus mayores y ancianos, y que ellos siempre así lo vieron y oyeron, y nunca vieron ni oyeron decir lo contrario, y que así es la pública voz y fama y comun opinion de los vecinos y moradores de aquella tierra. Este es el tenor de *d. l. 1*, sobre el cual advertimos con Molina y otros que el I de dichos tres modos habla solamente de los mayorazgos fundados con licencia del rey, en los cuales es absolutamente necesaria la escritura en prueba de dicha licencia; pero en los fundados sin esta licencia, como antes se podia hacer y hacia, no es precisa, Mol. *lib. 2, cap. 8*; bien que añade en el *n. 9* ser muy raro que se funden sin escritura, y que no le consta haber sucedido: que el modo II se entiende cuando, habiéndose perdido la escritura, deponen de su tenor los testigos, que la vieron y que constaba de todas las partes y circunstancias necesarias, y que no estaba cancelada ni viciada en parte alguna, Azev. en *d. l. 1, n. 6 y siguientes*: que la escritura con que quiera probarse el mayorazgo no es menester que sea pública, porque la ley solo requiere que haga fe, allí: *Siendo tales las dichas escrituras, que hagan fe*; y es bien sabido que algunas escrituras privadas la hacen, Mol. *d. cap. 8, n. 10*: que dichos tres modos están puestos por via de ejemplo, y no taxativamente, pues podrá probarse por otros, de los cuales refiere varios Molina, *d. cap. 8, n. 5*: que el modo de probar la prescripcion inmemorial que refiere esta ley, dice Azevedo en su comentario *n. 27*, citando á Burgos de Paz y Covarrubias, ser peculiar en este asunto; porque en los otros no es menester que digan los testigos que así lo oyeron á sus mayores y ancianos; y con efecto dice Covar. en el *cap. Possessor, part. 2, § 3, n. 7*, que así está admitido en la práctica. Y convendria tal vez mucho se mandara omitir esta circunstancia, por-

que, incluyéndola los litigantes en sus preguntas. La contestan los testigos ignorándola ó no advirtiéndola, como varias veces nos lo ha hecho ver la experiencia.

21. XII y última regla: En los mayorazgos todas las reglas ceden á la voluntad del fundador, *l. 5, 17, lib. 10 de la Nov. Rec.* Es pues permitido á los fundadores poner las condiciones que les parecieren posibles y honestas, obligando de tal modo á su cumplimiento que, no cumpliéndolas, pierda el mayorazgo aquel á quien tocaba por derecho de sangre: lo que dicen ser indubitable Molina *d. lib. 2, cap. 12, n. 34*, en donde examina tambien cuando son condiciones las leyes ó adyecciones que pone, y cuando son modos. Y de allí viene ser innumerables las especies de mayorazgos irregulares, que suelen llamarse de cláusula. Las 12 reglas que aquí van puestas y hemos formado con el posible cuidado, entresacándolas de las mismas leyes y nuestros autores mas célebres, están acomodadas á los mayorazgos regulares, y son como sus primeros elementos y sirven tambien para los irregulares, á excepcion de la circunstancia por la cual lo son; porque en las demás siguen la naturaleza de los regulares, pues, por ejemplo, en la femineidad cesa soia la regla de preferir el varon á la hembra, y las demás se observan.

22. En conclusion del asunto de mayorazgos, pasemos á examinar algunas cosas dignas de saberse, que ocurren en los incompatibles. Mayorazgo incompatible dijimos arriba *n. 7* ser aquel que no puede estar juntamente con otro en una misma persona. Son varias sus especies. En primer lugar es la incompatibilidad, ó por la ley ó por el hombre; en segundo es expresa ó tácita; en tercero es personal, ó real ó lineal; en cuarto es absoluta ó respectiva; y en quinto y último es ó para adquirir ó para retener. Incompatibilidad por la ley es la que establece la *ley 7, tit. 17,*

lib. 10 de la Nov. Rec. mandando que, si por causa de matrimonio se unen dos mayorazgos, de los cuales el uno tenga al año la renta de dos cuentos, esto es, 58823 reales, ó 5347 ducados, 6 reales y 18 maravedises, como lo explica Herm. de Rojas *de incomp. part. 8, cap. 1*, se deben dividir entre los hijos, dando al primogénito la eleccion para que elija el que quisiere, y pasando el otro al segundogénito, y faltando él á la hija. Y si de dicho matrimonio hubiese un solo hijo, tendrá los dos, difiriéndose la division para sus hijos. Si tiene ó no lugar esta incompatibilidad en el caso de juntarse dos mayorazgos no por matrimonio sino por derecho de sucesion, es cuestion harto difícil, que tiene por una y otra parte muchos patronos, examinada latamente por Herm. de Rojas en *d. part. 8, cap. 1, n. 26, y sig.*, y por el otro Rojas *disp. 3, quæst. 2, desde el n. 5*, en donde juzga mas verdadera la opinion negativa; y desde *el n. 10* explica que sí que alcanza á aquellos mayorazgos que, despues de contraido el matrimonio, se difieren al marido ó á la mujer. Pero añade el mismo Rojas de Almansa en *4. disp. 3, quæst. 9, n. 14* no estar en uso esta incompatibilidad. Incompatibilidad por el hombre es la que viene por voluntad del fundador.

23. Incompatibilidad expresa es la que con palabras de la ley ó del fundador se expresa, qual es la legal que hemos explicado. Tácita, la que no expresándose con palabras, se infiere de las condiciones ó gravámenes puestos en la fundacion. Sucede esto quando el fundador pone la condicion que el poseedor haya de llevar sus armas solas, sin mezcla de otras: en cuyo caso será incompatible con otro que deba llevar las de su fundador; porque es imposible llevar las solas armas de uno, y al mismo tiempo las de otro, Herm. de Roj. *part. 1, cap. 1, n. 32*.

24. Personal incompatibilidad es la que impide á

una sola persona que tiene un mayorazgo, que pueda tener otro, pasando su derecho en cuanto al que no quiere á su primogénito ó inmediato sucesor. Real ó lineal es la que impide que el poseedor de un mayorazgo y toda su línea pueda obtener otro, que deberá por lo mismo pasar á su hermano segundogénito ó á su línea. Averiguar si la incompatibilidad es personal ó real, es cuestion de las mas difíciles en este asunto en varios casos que se ofrecen, que deben resolverse interpretando bien la mente del fundador. La trata latísimamente Rojas de Almansa disp. 1, quæst. 4 y 5, é inclina á que cuando no se pueda salir de la duda, se ha de reputar antes real que personal; y en el n. 32 y sigg. de d. cuest. 4 señala la diferencia, porque las incompatibilidades de oficios de la república, beneficios y dignidades son personales y no reales. Absoluta incompatibilidad es la que impide que el poseedor de un mayorazgo tenga otro, sea el que fuere. Respectiva, la que solamente impide al que posee un mayorazgo que obtenga otros ciertos y determinados, de esta ó las otras calidades, salva la facultad de obtener los demás.

25. Incompatibilidad para adquirir es la que impide al poseedor de un mayorazgo que pueda adquirir otro de cualquier manera que sea. De ahí es que, si vacare otro, que por derecho de sucesion tocaba al tal poseedor, saltándole á él, se diferiría al otro mas próximo que le seguia. Incompatibilidad para retener es la que solo impide al que posee un mayorazgo que pueda retener juntamente con él otro que le viene despues. En este caso se le difiere con efecto el segundo, y pasan á él el dominio y posesion de sus bienes por ministerio de la ley 1, tit. 24, lib. 11 de la Nov. Rec., en los términos que hemos explicado al n. 18, y solo está obligado á dejar uno de los dos dentro de dos meses, de cuya clase es la legal de la referida l. 7, Rojas de Almansa d. disp. 1, quæst. 3, n. 54, y disp. 2, quæst. 10, n. 29. Los modos

de fundar los mayorazgos son los mismos que hemos notado *n. 3, tit. antec.* ser los de hacer las mejoras de tercio y quinto, *l. 4, d. tit. 17, lib. 10.*

TÍTULO VIII.

DE LAS SUCESIONES INTESTADAS.

Tit. 13, P. 6 ; y tit. 20, lib. 10 de la Nov. Rec. (1).

1. Quién se dice intestado.
- 2, 3. El primer orden de suceder á los intestados comprende á sus descendientes, y de estos son preferidos los legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio; y qué sea suceder en estirpes y en cabezas, y cuándo el hijo se considera abortivo.
4. Cuándo suceden los hijos naturales, no legitimados, y cuándo los adoptivos; y quiénes son naturales.
5. De la cuarta marital que se debe á la mujer en la sucesion de su marido.
6. El segundo orden de suceder es el de los ascendientes.
7. El tercer orden de suceder es el de los laterales, y cómo se regula en los legítimos.
- 8, 9, 10. Cómo suceden en este tercer orden los legítimos á los naturales, ó al contrario.
11. Término de este tercer orden de suceder.
12. Los religiosos profesos y los conventos en su representacion están enteramente excluidos de la sucesion intestada.
13. A quiénes y cómo se han de entregar los bienes de los intestados.
- 14, 15, 16. De la obligacion que tiene el cónyuge sobreviviente de reservar á favor de sus hijos los bienes que adquiere trayendo causa del difunto ó sus mismos hijos, en el caso de contraer segundo matrimonio.

1. Intestado se llama el que no hizo testamento, y aquel que lo hizo nulo, ó aunque le hubiese hecho válido, se rompió ó rescindió en los términos que hemos referido, *l. 1, tit. 13, P. 6 (2)*, la cual cuenta

(1) Tit. 1, lib. 3, Inst. — (2) Tit. 1 pr. lib. 3, Inst.

tambien por intestado al que habiendo otorgado testamento, no quiere ó desecha la herencia el heredero que él instituyó : lo que está expresamente derogado por la *ley 1, tit. 18, lib. 10 de la Nov. Rec.*, como ya hemos notado. Las leyes romanas variaron mucho en las sucesiones intestadas, hasta que enfadado Justiniano de sus ridiculeces y rodeos en este particular, estableció un método muy sencillo y equitativo, fundado en el afecto que la misma naturaleza inspira á los hombres, que primero aman á sus descendientes, despues á sus ascendientes, y en tercer lugar á sus parientes laterales ó de travieso (1).

2. Nuestras leyes han adoptado este método de Justiniano con pocas y levísimas diferencias, estableciendo los tres órdenes de descendientes, ascendientes y laterales, *l. 2 y siguientes, d. tit. 13*. Es pues en España el primer orden de suceder abintestato el de los descendientes del difunto, sin distincion de varones ó hembras, retenidos en la patria potestad, ó salidos de ella, *l. 3, d. tit. 13*. Comprende á todos los descendientes, que ocupan el primer grado en la línea del difunto, esto es, entre quienes y el mismo difunto no media ninguno, como son los hijos y los nietos, cuyo padre haya ya fallecido. Estos entonces entran ocupando el lugar de su padre, y ello mediante, se consideran tan próximos del difunto, como los hijos de este en el primer grado. Y por lo mismo de ser admitidos en lugar y representacion de su padre, no sacan mas porcion que la que sacaria su padre si viviera, *d. l. 3*, y esta se la dividirán entre sí en partes iguales. Los intérpretes para explicar esto con claridad y generalidad, han formado una regla fundada en las mismas leyes, diciendo que las sucesiones, ó son en estirpes ó en cabezas. Estirpe no es otra cosa que orí-

(1) Nov. 118.

gen de generacion; y así el padre es estirpe de los hijos, el hijo de los nietos. Suceder pues en estirpe es suceder representando su estirpe, y por ello este modo de suceder se llama por derecho de representacion; y suceder en cabezas es suceder por su propia persona, sin representacion de otra. Cuando se sucede en estirpes, se hacen tantas partes ó porciones, cuantas son las estirpes; y cuando en cabezas, cuantas son las personas. Declarémoslo mas con un ejemplo: Muere uno dejando á Pedro, hijo, dos nietos nacidos de otro hijo Juan ya difunto, y tres de otro hijo Diego tambien difunto. Pedro sucederá en cabeza, y los nietos, hijos de Juan y Diego, en estirpes ó en representacion de sus padres, y por ella se consideran en el primer grado en que está Pedro; y la herencia se dividirá entre partes iguales, una para Pedro, otra para los hijos de Juan, y otra para los tres hijos de Diego, *d. l. 3 (1)*.

3. Y adviértase que en esta línea de descendientes la representacion es infinita, esto es, no tiene término señalado; y de ahí es que, si falleciese un padre dejando á un hijo, y de otro hijo un biznieto, cuyo padre y abuelo fuesen ya muertos, sucederian igualmente al difunto su hijo y el biznieto, aquel por la sucesion en cabezas, y este por la de en estirpes, *d. l. 3 (2)*. El hijo que muere recien nacido no hereda á sus padres, cuando se considera abortivo. Para que no lo sea, es menester que haya nacido vivo todo, y que á lo menos despues de nacido haya vivido 24 horas naturales y sido bautizado. Y de la misma suerte se considerará parto abortivo y no natural, cuando naciese el hijo en tiempo que no pudiese vivir naturalmente, aunque faltaran las tres circunstancias referidas, *l. 2, tit. 5, lib. 10 de la Nov. Rec.*, en cuyo comentario examina latamente Azevedo desde el n. 90, con relacion á la

(1) § ult. Inst. de her. quæ sñ int. def. — (2) D § ult.

ley 4, *tít. 23, P. 4*, si es tal el que nació al octavo mes de la preñez de su madre, inclinando á la afirmativa. Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio suceden juntamente con los legítimos; y ceden á ellos los legitimados para heredar á sus padres por rescripto del príncipe, aunque este fuere anterior al nacimiento ó legitimacion de aquellos, tanto en la sucesion del padre como en la de la madre. Pero para suceder en los bienes de los otros parientes y en las honras y preeminencias, son iguales á los hijos legítimos, *l. 7, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec. (12 de Toro)*, que corrige á la ley 11, *d. tit. 13, P. 6*, en cuanto llamaba á los hijos naturales juntamente con los legítimos á la sucesion de la madre.

4. Si el padre difunto no dejó hijos legítimos ni legitimados, sino solo naturales, le sucederán en dos partes de las 12, en que regularmente se divide la herencia, que partirán con su madre, *l. 8, d. tit. 13*, sin que lo embarace la viuda de dicho difunto, *l. 9, dicho tit. 13*. De los espurios no hallamos que estén llamados á la sucesion de su padre; antes persuade no estarlo la ley 5 de dicho *tit. 20 (9 de Toro)*, que solo los llama para suceder á su madre como vamos á ver. Suceden pues á su madre los hijos naturales y los espurios, aunque le sobrevivan ascendientes por su órden y grado, segun expresa *d. l. 7*, esto es, primero los naturales, y en su defecto los espurios segun la mayor proximidad. Y en atencion á que esta ley 7 dice que los tales hijos son herederos de su madre *ex testamento y abintestato*, nos parece que esta tendrá obligacion de instituirles herederos, porque no encontramos que pueda explicarse de otra manera la sucesion *ex testamento*. Pero los nacidos de dañado y punible ayuntamiento están excluidos, *d. l. 5*. Dijimos quienes son estos al *n. 2 del tit. 5*, y la misma exclusion tienen los nacidos de clérigos ordenados en órde-

nes mayores, ó de frailes ó monjas profesas, *d. l. 5 y su antecedente la 4.* Hijo natural es, segun nuestras leyes, *el que es nacido de padres, que al tiempo que naciere ó fuere concebido, podian casar justamente sin dispensacion: con tanto que el padre lo reconozca su hijo, puesto que no haya tenido la mujer de quien lo hubo en su casa, ni sea una sola.* Esta definicion está sacada á la letra de la *ley 1, tít. 5, lib. 10 de la Nov. Rec. (11 de Toro)*, segun la cual hay dos medios para probar ser el hijo natural, el uno el reconocimiento del padre, y el otro el haber nacido de una concubina ó mujer que tenia el padre en su casa, sin tener otra. Azev. en *d. l. 1*, Gomez en *d. l. 11*. Y adviértase no ser necesario que el reconocimiento sea expreso: bastará el tácito, que se acredita por hechos y conjeturas, como prueban latísimamente refiriendo algunos hechos Castillo, *de conject. et interpret. ultim. volunt. cap. 125, desde el n. 18*, Cervantes en *dicha ley 11, n. 139*, y otros varios. En cuanto á los hijos adoptivos les dan el derecho de suceder á su padre adoptivo las *leyes 8 y 9, tít. 16, P. 6*. Pero nuestros intérpretes, atendiendo á las *leyes 5, tít. 6, lib. 3; 1, tít. 22, lib. 4 del Fuero real; y á las 1 y 7, tít. 20 de d. l. 10*, juzgan que debe esto entenderse, cuando el padre adoptivo no tuviere hijos legítimos y naturales, Greg. Lop. *glosa 5 de d. ley 8*; Pichard. *l. 3, instit. tít. 1, § 4, n. 4*; y aun en este caso es de dictámen Azev. en *d. l. 1 de la Rec. n. 66*, que los ascendientes legítimos y naturales del padre adoptivo excluyen á dichos hijos, bien fundado en *d. l. 1*.

5. Este primer orden de suceder, al paso que excluye á los otros dos, admite con los descendientes á la mujer del difunto que no tuviese de lo suyo con que poder vivir bien y honestamente: la cual tiene derecho de heredar la cuarta parte de sus bienes, que no ha de montar mas de cien libras de oro. Del valor de estas libras puede verse á Covar. en el tratado de *veter. num.*

col. cap. 6, Anton. Gom. 2, var. cap. 4, n. 6, y allí á Ayllon que cita á muchos. Gutierrez de jur. confirmat. part. 1, cap. 4 quiere que en esto se atienda la práctica de los tribunales. Esta cuarta debe sacarse de todos los bienes del difunto, porque es deuda legal, á cuyo pago están sujetos todos ellos, aunque el marido haya muerto testado, si no es que fuese este tan rico, que dejándole menos, le dejaba con que vivir, *d. l. 7, d. tít. 13, P. 6* allí : *Que si non dejare á tal muger en que pudiere bien é honestamente vivir*. Ni derogan este derecho de la mujer las posteriores leyes de la Recopilación, porque nada establecen en perjuicio de los acreedores, cual es la mujer ; pero estará sujeta esta cuarta á la reservacion de que hablaremos á lo último de este título. Gregor. Lop. en las glosas de *d. l. 7* examina varias cuestioncillas sobre su contenido, en las que nuestro instituto no nos permite entretenernos.

6. Faltando el primer orden de sucesion, entran á ella los del segundo, que comprende á los descendientes del difunto, segun la proximidad de su grado, porque en este orden no tiene lugar la representacion, y el mas cercano siempre excluye al mas remoto. Si alguno pues muriere sin tener ya padre, dejando madre y abuelos paternos, llevará la madre toda su herencia. Y no debe hacerse division de bienes paternos y maternos, sino que todos se dividirán igualmente entre los que son del mismo grado, *l. 4, d. tít. 13, P. 6*, salvo en las ciudades, villas ó lugares en donde, segun el fuero de la tierra, se acostumbra tornar los bienes al tronco, ó la raiz á la raiz, *d. l. 1 al fin*. Pero debe advertirse que, si los ascendientes que han de heredar son abuelos del difunto, porque ya habian fallecido sus padres, la division debe hacerse por líneas en partes iguales, aunque las personas sean desiguales en número ; es decir que, si por parte de padre

solo queda el abuelo, y por la de madre ambos abuelos, será la mitad para el abuelo paterno, y la otra mitad para los abuelos maternos, *l. 4, tit. 13*. Será pues este modo de suceder medio entre los dos famosos de en stirpes y en cabezas. No es en stirpes, porque no hay lugar á la representacion, excluyendo siempre el mas próximo al mas remoto; y no es en cabezas porque un solo abuelo de una parte saca tanto como los dos de la otra. Algunos autores le llaman en líneas. A falta de ascendientes legítimos sucederán los naturales en los mismos términos que los hijos naturales suceden á sus padres. *l. 8, d. tit. 13, P. 6 en el fin*.

7. El tercer orden de suceder es el de parientes laterales ó de travieso, que nunca llegan á concurrir con los ascendientes, aunque sean hermanos del difunto, *l. 2, d. tit. 10*, que corrige á la *4, d. tit. 13*, que llamaba á los hermanos de ambos lados, y sus hijos juntamente con los ascendientes. Faltando pues descendientes y ascendientes del difunto, le suceden sus hermanos de ambos lados y sus hijos; y si no hubiere de estos, los hermanos de un solo lado y sus hijos. Y si concurrieren hermanos de padre ó sus hijos con hermanos de madre ó sus hijos, se dividirán los bienes de modo que los paternos vayan á los hermanos de padre, y los maternos á los de madre; y los demás bienes se repartirán entre todos ellos con igualdad, *l. 5 y 6, d. tit. 13*. Si el difunto no dejase tampoco hermano alguno, sino hijos de hermanos, le sucederán estos en cabezas, haciéndose tantas partes iguales entre ellos cuantas son sus personas, á diferencia de cuando concurren con sus tios, que suceden en stirpes, *d. l. 5, l. 2, tit. 20, lib. 10 de la Nov. Rec.*, con exclusion de los tios del difunto, como lo prueba la *ley 6, d. tit. 13*, que despues de los hermanos y sus hijos llama á los parientes mas cercanos por sola la razon de mayor proximidad. Por lo que se ha expuesto, se han for-

mado dos axiomas dignos de tenerse en la memoria :
I *En la línea lateral la representacion no pasa de los hijos de los hermanos, y solo tiene lugar en ellos cuando concurren con sus tios.* **II** *Tampoco pasa de los hijos de los hermanos el dar preferencia al mayor parentesco, ó su doble vínculo, esto es, tenerlo por parte de padre y madre respecto del que solo tiene por un lado.*

8. Lo que hemos dicho de la sucesion entre los laterales, debe observarse entre los legítimos. Pero si el difunto, ó el que le ha de suceder, fuere ilegítimo, se observarán las reglas que se siguen. Si el que murió era natural, le sucederán los hermanos de madre y sus hijos, *l. últ. d. tit. 13*; y si algunos de estos hermanos fueren legítimos, serán preferidos á los que no lo son, como se prueba del vers. *Fueras ende, y sig. de esta ley*, y lo advierte Greg. Lop. en su glosa 2, bien que Antonio Gomez defiende lo contrario en la ley 9 de Toro, n. 49, y en el siguiente n. 50 nota que los hermanos naturales por los dos lados excluyen á los que lo son solamente por uno; y del mismo sentir es en esto Greg. Lop. en su glosa 3 de la misma ley últ. Y si solo dejare hermanos de parte de padre y no de madre, serán admitidos á la sucesion, y entre ellos serán preferidos los legítimos, como para este caso está expresado, *l. últ. en su citado vers. Fueras ende.*

9. Y si se trata de suceder á un legítimo que no dejó parientes legítimos, sino solamente naturales, le sucederán los que lo son por parte de madre, *d. l. últ. al fin*; pero los parientes por parte de padre estarán del todo excluidos, aunque sean hermanos. Aunque no hemos visto otro que defienda esta opinion, creemos deberse sostener firmemente, por conforme á dicha ley últ. vers. *Otrosi*, donde se previene que losijos naturales no han derecho de heredar los bienes de los legítimos, *nin de los parientes otros, que les pertenecen por parte de su padre.* Porque la palabra legítimos puesta

relativamente en *d. vers.* se refiere manifiestamente á la palabra *hijos*, que no se repite, porque se acaba de expresar; como si dijera la ley: *Los hijos naturales no han derecho de heredar los bienes de los hijos legítimos*; y los hijos naturales é hijos legítimos son hermanos entre sí. Y esto mismo persuaden las siguientes palabras: *Nin de los parientes otros*; puesto que la voz *otros* se refiere á parientes otros de los hermanos, por no aparecer otros á quienes pueda referirse; y esta voz *nin* es conjuncion excluyente: de suerte que, segun la sentencia de la ley, están excluidos de suceder al legítimo sus hermanos naturales, con todos los demás que son sus parientes de parte de padre.

10. Lo contrario defienden Greg. Lop. en la *glosa 7 de d. l. últ.*, Ant. Gom. en *d. l. 9 de Toro, n. 48*, y otros; pero además que esta opinion no puede acomodarse á la sentencia de la ley, como hemos manifestado, es muy débil y despreciable el argumento en que se pretende fundar, de que la sucesion debe ser recíproca, y que por ello sucediendo el hermano legítimo al natural, como hemos visto, deberá este suceder al legítimo. Porque si hubiese sido la intencion de esta *ley* establecer aquí la recíproca sucesion, lo hubiera expresado, como lo expresó la *ley 8 del mismo tít. 13*, hablando de la línea recta. Ni se comparan aquí naturales con naturales, como en *d. l. 8*, sino naturales con legítimos; y es bien notorio ser mejor la condicion de estos, y tal la hace la misma *ley últ.*, y por ello puede creerse que quiso esta desigual sucesion legítima. Por otra parte, aunque es regular que la sucesion sea recíproca, no es perpetuo ó preciso; así vemos que el adoptado por otro que no sea ascendiente suyo, es su heredero, y no al contrario.

11. Por la *ley 6, tít. 13, P. 6* el derecho de suceder abintestato los parientes de travieso del difunto, se termina en el grado décimo. Y posteriormente parece que

la *instruccion para la recaudacion de los bienes mostrencos, vacantes y abintestatos*, mandada observar por *real decreto de 27 de noviembre de 1785, que es la ley 6, tít. 22, lib. 10 de la Nov. Rec.*, previene que no pase del cuarto, y que en su defecto vaya al fisco con destino de los bienes á la pública utilidad. Así lo senté en mis *Instituciones romano-hispanas*, hablando de la sucesion de los cognados, n. 12. Pero ahora, mirado con escrupulosa atencion el *cap. 9* de dicha instruccion, nos parece no ser seguro este modo de pensar. A que se añade que el *capítulo 2 del real decreto*, inserto en la *cédula del 25 de setiembre de 1798*, sobre los pagos que deben hacerse en los pases de bienes á los parientes transversales, por sucesion testada ó intestada, manifiesta que esta debe extenderse mas allá del cuarto grado. Y con efecto, por sentencia dada en 15 de julio del año último 1802, declaró el superintendente general de los referidos bienes que los de la sucesion intestada de Don Felipe Tinajero, presbítero de esta ciudad de Valencia, pertenecian á Doña Josefa Dávila y de Vega, consorte de Don Fernando Vicente Alfonso, abogado del colegio de la misma, y á una prima suya, parientas las dos en quinto grado de dicho Don Felipe, como hijas de dos primos hermanos suyos: las que en conformidad de ello se hallan ya en la pacífica posesion de dichos bienes. Segun esta sentencia no se puede pretender que la sucesion se termina en el cuarto grado, si no es que se diga que los grados deben contarse aquí segun la computacion canónica. Es esto cuanto podemos decir en este asunto.

12. Es preciso advertir que por *real pragmática de 6 de julio, publicada en 8 de agosto de 1792, que es la ley 17, tít. 20, lib. 10 de la Nov. Rec.*, se prohíbe que los religiosos profesos de ambos sexos sucedan á sus parientes abintestato, por ser tan opuesto á su absoluta incapacidad personal, como repugnante á su so-

lemne profesion en que renuncian al mundo, y todos los derechos temporales, dedicándose solo á Dios desde el instante en que hacen los tres solemnes é indispensables votos sagrados de sus institutos; quedando por consecuencia sin accion los conventos á los bienes de los parientes de sus individuos con título de representacion, ni otro concepto. Cuya solidísima razon parece podria tambien obrar para extender la prohibicion á que pudiesen ser instituidos herederos, y testar de sus bienes antes de la profesion, con extension á los que adquiririan despues si permanecieran en el siglo, y es imposible los adquieran habiendo profesado. Los sólidos y verdaderos principios del Derecho apoyan este modo de pensar; y si se mandara así, cesarian innumerables pleitos muy embarazosos que edifican poco al pueblo, al paso que turban la tranquilidad y abstraccion de las cosas del mundo, que deben observar los religiosos. Y aun creemos que, si se atiende bien á dicha *pragmática*, considerando su espíritu en las incontrastables razones en que se funda, pueden muy bien obrar en las sucesiones testamentarias.

13. Tambien debe advertirse lo prevenido en la *pragmática publicada en Madrid en 6 de febrero de 1766*, que hoy es la *ley 14, tit. 20, lib. 10 de la Nov. Rec.*, mandada observar, aunque haya costumbre inmemorial en contrario; y es que los bienes de los intestados se han de entregar enteramente sin deduccion alguna á los parientes á quienes pertenezcan por derecho de sucesion. Y que estos parientes deben hacer el entierro, exequias, funerales y demás sufragios que se acostumbra en el país, con arreglo á la calidad, caudal y circunstancias del difunto. Y que en el caso solo de no cumplir con esta obligacion los herederos, se les compela á ello por sus propios jueces, sin que por dicha omision, y para el efecto referido, se mezcle

ninguna justicia eclesiástica ni secular en hacer inventario de los bienes. Esta prohibicion de poderse mezclar la justicia á formar inventario de la herencia del difunto intestado, la entendemos, como lo indica la ley, limitada al caso en que pretendiere hacerlo a título de que el heredero no quisiera gastar lo correspondiente al bien del alma. Pero cuando ocurra ser menores, ó estar ausentes, lo podrá formar; con la limitacion de que sea necesario para contar el dinero, ó inventariar alhajas preciosas, y sin gastar en ello mas que dos dias, ni tener mas derechos que 30 reales por mañana, y otros tantos por la tarde, como puede verse en el *Febrero adicionado*, part. 2, lib. 1, cap. 1, § 1, n. 16. Lo que deba hacerse de la herencia intestada de aquel que, habiendo nombrado comisario para testar, no consiguió que este testara, queda expuesto al n. 12 del tít. IV.

14. Vamos ahora á tratar brevemente de la sucesion de los bienes, que el cónyuge que sobrevive al otro, y contrae segundo matrimonio, tiene obligacion de reservar á sus hijos del primero; porque debiendo gobernarse por las reglas de la intestada, hemos creído ser este el lugar mas oportuno. Usaremos de la palabra *cónyuge*, porque la obligacion de reservar es la misma en el marido que en la mujer, como expresamente lo establece la ley 7, tít. 4, lib. 10 de la *Nov. Rec.* (15 de Toro); y así lo que digamos del padre, entiéndase tambien de la madre, y al contrario. Cuando muere un cónyuge dejando hijos, y el otro que sobrevive contrae segundo matrimonio, se debe saber de qué clase son los bienes de este. Si los obtiene habidos de su difunto cónyuge, ó alguno de sus hijos del primer matrimonio, están sujetos á reservacion en los términos que luego veremos; y si los tiene por otro título, en que no haya vínculo ó fideicomiso, puede disponer de ellos como de cosa suya. Tiene lugar la

reservacion en los que adquiriere del conyuge difunto, por cualquier título que fuere, ó bien universal, como sucesion de herencia testada ó intestada, ó singular, aunque sea el de arras ó donacion de joyas por causa del matrimonio, pues los debe reservar privativamente para sus hijos del primer matrimonio, excluido cualquiera otro. Y lo mismo sucede en los que le han pertenecido por sucesion intestada de alguno de sus hijos, *l. 1, tít. 2, lib. 3 del Fuero real*, Gomez en *d. ley 15 de Toro* (1). Pero no alcanza la reservacion á la mitad de los gananciales adquiridos durante el matrimonio, que pertenece á cada uno de los cónyuges, como expresamente lo dispone la *ley 6, tít. 4, lib. 10 de la Nov. Rec. (14 de Toro)*; y da de ello la razon Antonio Gom. en *d. l. 14, n. 3*, de que esta ganancia no le va á un cónyuge por el otro, sino por disposicion de la misma ley.

15. Los bienes del hijo que van al cónyuge (su padre ó madre) por título, no de sucesion intestada, sino por otro que nace de la voluntad del mismo hijo, como testamento, no están sujetos á la reservacion, y puede el cónyuge disponer de ellos como á libres, por la razon de que sucede en ellos, como cualquier extraño, Gom. en *d. l. 14 de Toro, n. 2* (2). Y aunque por la misma parece debia decirse que habia de tener tambien libertad para disponer de los que heredó por testamento del otro cónyuge premuerto, juzga lo contrario el mismo Gom. en *d. n. 2*, diciendo ser esta opinion de todos. Ni es de extrañar esta diferencia, por el motivo de que la obligacion de reservar debe tener lugar con mas facilidad y amplitud en los bienes que van al cónyuge por respecto del otro cónyuge, que por el de sus hijos, á causa de que contra-

(1) *L. 3, C. de secund. nupt.* — (2) *Auth. Ex testam. C. de secund. nupt.*

yendo segundo matrimonio el cónyuge sobreviviente, parece que hace alguna injuria al otro difunto, que debe compensarse con esta estrecha obligacion. Y tal vez por esta razon solo alcanza la obligacion de reservar los bienes habidos de la sucesion del hijo, á los que este heredó de su padre ó madre, Gom. en *dicho* n. 2 (1). Para seguridad de la obligacion de reservar están hipotecados los bienes de la madre á favor de los hijos, l. 26, tít. 13, P. 5, y si de hecho enajenare los que debe reservar, se sostendrá entretanto la enajenacion, y se revocará despues de su muerte; porque podria suceder que sus hijos muriesen antes que ella, y entonces subsistiria la enajenacion, Gom. en d. l. 15, n. 5. Lo que hubieren dado á la mujer los parientes ó amigos del marido entra tambien en la reservacion, como latamente lo prueba el mismo Gom. en el n. 7, soltando las objeciones. Los bienes reservados deben dividirse entre los hijos con igualdad, sin que pueda el padre dar mas á uno que á otro, Gom. al fin del n. 3 (2).

16. Como la necesidad de la reservacion está introducida en favor de los hijos, cesará si estos no existen cuando muere el cónyuge que sobrevivió al otro, si no es que hubiere descendientes de dichos hijos, á cuyo favor subsistiria la reservacion, Azev. d. l. 7, tít. 4, lib. 10 de la Nov. Rec. n. últ. Cesará tambien en el caso de que el cónyuge premuerto hubiese concedido al sobreviviente licencia ó su beneplácito para contraer segundo matrimonio; y si lo contrajese de consentimiento de sus mismos hijos á quienes habia de aprovechar la reservacion, como lo prueban Gomez al n. 6 de d. l. 14, y Azeved. en d. l. 7, n. 36, en donde disputa si bastará que el consentimiento sea tácito, inclinándose á la afirmativa en el

(1) D. Authent. — (2) Auth. Lucrum C. de secund. nupt.

caso de que estuviere comprobado por algun hecho. En estos casos la mujer que, por haber contraído el segundo matrimonio se consideraba fructuaria de estos bienes, adquirirá su propiedad, Gomez *d. n.* 3; Azeved. en *d. l.* 7, *n.* 36 (1). Y conservará el usufructo, aunque sus hijos del primer matrimonio sean casados velados, como lo prueba Azeved. en *d. l.* 7, *n.* 35. Si la mujer sin haber contraído segundo matrimonio, viviera despues de viuda lujuriosamente, es cuestion si tenia ó no lugar la reservacion. Antonio Gomez en *d. l.* 14, *n.* 16 está por la negativa; pero inclinamos algo mas á la afirmativa que defiende Azeved. en *d. l.* 7, *n.* 10 y siguientes. Uno y otro alegan sus razones.

TITULO IX.

DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN GENERAL, Y TRANSACCIONES.

Tít. 1, lib. 10 de la Nov. Rec. (2).

1. Que sea obligacion, y su subdivision en tres especies.
- 2, 3. Qué sea nudo pacto, qué sea contrato, y tres divisiones de contratos.
4. De los pactos reprobados.
5. Qué sea transaccion, y cuándo puede tener lugar.
- 6, 7. Quiénes pueden transigir, y de qué cosas no se puede.
8. De la transaccion sobre delitos.
9. La transaccion es de interpretacion estrecha.
10. Causas por las cuales puede rescindirse la transaccion, y si lo es la lesion enorme ó la enormísima.

1. La *l.* 5, *tít.* 12, *P.* 5 nos pone una division de obligaciones en civil y natural juntamente, y en na-

(1) Auth. Sed. ut si ead. — (2) Tít. 14, lib. 3, Inst. et tít. 15, ib. 2, Diges.

tural sola ó meramente, diciendo que por la primera quedamos obligados de manera que podemos ser apremiados á cumplirla, aunque no queramos; y por lo contrario no podemos ser apremiados en juicio al cumplimiento de la segunda, aunque naturalmente debemos hacerlo. Puede además considerarse otra especie de obligacion meramente civil, á la que le falta la equidad, y por ello no se le puede acomodar el nombre de natural, cual es la que nace de un contrato celebrado con fuerza, de la que habla la *ley 56, tit. 5, P. 5*. Explicaremos los efectos de las tres; y advertimos desde luego que, cuando se pone simplemente el nombre *obligacion*, se entiende la primera, por la debilidad de las otras dos, y por ser la del uso frecuente en los tratos y negocios de los hombres, y se puede definir diciendo ser *vínculo del derecho que nos tiene ligados á dar ó hacer alguna cosa, de manera que podamos ser eficazmente apremiados á cumplirlo* (1). La natural puede tambien llamarse *vínculo*, pero de sola equidad, sin que produzca apremio ó accion contra el obligado, y solo impide alguna vez la repeticion de lo que se paga debiéndose naturalmente, como veremos en su lugar. La meramente civil produce accion, atendido el rigor del derecho; pero tan débil, que lo que se hace en su virtud, se deshace con facilidad, *d. l. 56*, y de ahí es que puede considerarse que no la produce. Nace la obligacion natural de los contratos que celebran personas, que sin embargo de tener algun juicio, son de circunstancias tan débiles, que el Derecho no ha querido darles fuerza obligatoria, cuales son los que hacen por sí sin autoridad del tutor los pupilos próximos á la pubertad, los de fiadores que otorgan las mujeres, y de préstamo los hijos que están en la patria potestad, segun de ello hablaremos

(1) Princ. Inst. de oblig.

mas adelante. Y nace tambien de los beneficios recibidos, pues quien les recibe tiene obligacion natural y de equidad de ser agradecido, si quiere ser tenido por hombre de bien y de honor.

2. Segun las leyes romanas, la principal fuente de estas obligaciones naturales eran los nudos pactos, á los cuales no concedian fuerza de producir accion (1), sí solo obligacion natural. Pero segun las nuestras, de todo pacto serio nace obligacion civil y accion, l. 1, tít. 1, lib. 10 de la Nov. Rec., á excepcion de algunos reprobados, que luego expresaremos. Tienen pues entre nosotros la misma fuerza que las famosas estipulaciones de los romanos, de lo que trataremos hablando de las obligaciones verbales, notando la notable diversidad que nace de su diferente modo de contraerse, aplicable á toda la especie de contratos. Pacto en general es *convencion ó consentimiento de dos ó mas de dar ó hacer alguna cosa* (2); y se divide en nudo y no nudo. Nudo es aquel que se contiene en los límites de convencion, sin pasar á ser contrato; y no nudo, ó por un solo nombre contrato es convencion que tiene nombre cierto, ó faltando este, causa civil de obligar; y de ahí es que los contratos se dividen en nominados é innominados; y sea esta la I division. Nominados son los que tienen nombre propio, como venta, compañía; é innominados, los que no lo tienen, y son de cuatro especies, *doy para que des, doy para que hagas, hago para que des, hago para que hagas*, l. 5, tít. 6, P. 5 (3); y este dar ó hacer es la causa de obligar que hemos expresado en la definicion. En estos contratos el que cumplió por su parte, tiene derecho de escoger, ó bien apremiar al otro que lo cumpla por la suya, ó que pague los perjuicios que

(1) L. 10, C. de pact. — (2) L. 1, § 2, de pact. — (3) L. 5, de *prescript. verb.*

le ha ocasionado de no cumplirlo, y debe ser creído por su juramento con la tasa del juez, *d. l. 5.*

3. II Division de contratos en unilaterales y bilaterales. Se llaman unilaterales aquellos en que uno solo de los contrayentes queda obligado, cual es el préstamo ó mutuo, en que solo se obliga el que lo recibe; y bilaterales, en que ambos lo están, como la compra, locacion ó arrendamiento; y adviértase haber algunos, que al principio solo se obliga uno, y despues por incidencia se obliga otro, como el comodato y depósito, segun explicaremos hablando de ellos. III division, que nace del diferente modo de contraerse ó perfeccionarse, en consensuales, verbales, reales y literales, segun se perfeccionan por nudo consentimiento, palabras, entrega de cosa ó escritura, como lo iremos notando cuando hablemos de cada uno de ellos. De todos los contratos nace obligacion (entenderemos siempre la civil y natural), porque las causas ó fuentes principales y regulares de esta son contrato, cuasi contrato, delito ó cuasi delito, y en nuestra España el pacto serio y deliberado, porque segun la famosa *ley 1, tit. 10 de la Nov. Rec.*, queda obligado el que de cualquier manera parezca que se quiso obligar á otro, aun entre ausentes. Además hay otras causas irregulares, que las dicta la equidad ó algun respeto hacia el bien público. De estas nace la obligacion que tenemos de exhibir la cosa que alguno pide como suya, y la que tiene de pagar el duplo de los materiales ajenos el que los puso en su edificio. El célebre jurisconsulto romano Cayo dijo que estas nacen de varias figuras de causas (1).

4. Es menester advertir aquí que hay algunos pactos reprobados por el derecho, y que por lo mismo están muy lejos de poder producir obligacion, como son :
I El que suele llamarse con el nombre latino de *quota*

(1) L. 1, de oblig.

litis, esto es, el que hace el que ha de litigar con su abogado de darle cierta parte de la cosa que ha de ser asunto del pleito : el cual además de no valer, impossibilita al abogado á poder abogar por otro, como á infame, l. 14, tít. 6, part. 3 (1). II El que llaman *antichrescos*, esto es, el que se hace para que el acreedor que tiene alguna cosa del deudor á peños, perciba sus frutos mientras la tuviere, porque todos deben ser del deudor, l. 2, tít. 13, P. 5. El Derecho canónico tambien lo ha reprobado como á usurario, *capp.* 1 y 2, de *usur.* *capp.* 4 y 6, de *pignor.* en las *Decretales de Gregor.* IX. III Generalmente los que se hacen con dolo ó por fuerza, y contra las leyes y buenas costumbres, l. 28, l. 38, tít. 11, P. 5 (2), á los cuales creemos pueden referirse algunos que expresamente reprobaron las leyes romanas y no hallamos expresados en las nuestras, como el que hace el enfermo con el médico de pagarle mas de lo que le corresponde (3), y los de la futura sucesion de uno que vive sin su consentimiento (4). De cuyos pactos trata lata y pesadamente Antonio Gomez en la l. 22 de Toro.

5. Transaccion ó concordia es una especie de contrato innominado, como lo reconoció Gregor. Lop. en la glosa 1 de la ley 5, tít. 6, P. 5, y lo prueba latamente Valeron de *transact.* tít. 1, *quæst.* 3 y 4, porque no puede haberla sin que los transigentes se den, reciban. ó remitan mutuamente alguna cosa (5). Es *decision* *convenida*, no *gratuita* de cosa dudosa. Se dice *decision*, porque decide ó termina los pleitos, y por ello la recomiendan mucho las leyes y sus intérpretes : *convenida*, porque se hace por convencion de las partes : *no gratuita*, por lo que hemos dicho que no se hace sin

(1) L. 53, de pact. l. 5, C. de postul. — (2) L. 7, § 7, l. 28, de pact. — (3) L. 9, C. de Prof. et Med. — (4) L. ult. C. de pact. — (5) L. 38, C. de transact.

dar y recibir: *de cosa dudosa*, esto es, de cosa de que ya hay pleito ó amenaza, ó puede haberlo. No solo puede hacerse especial de la cosa que se litiga, sino tambien con ocasion de esta disputa, generalmente con extension á todos los pleitos ó desavenencias que puedan tener entre sí los litigantes (1). Pero si no hubiese controversia alguna, no podrá hacerse con esta generalidad, para evitar que se finjan pleitos que no puede haber, y con este motivo se saque dinero á los incautos, Valeron, título 2, *quæst.* 1, n. 22 (2).

6. Como la transaccion es especie de enajenacion, claro está que no pueden hacerla aquellos que no pueden enajenar, como los furiosos, pródigos, mentecatos, infantes, impúberes sin autoridad de sus tutores. De los procuradores dice expresamente la *ley* 19, *tít.* 5, *P.* 3 que puede transigir el que tuviere poder especial para ello; y tambien el que le tenga general, libre y llenero para hacer cumplidamente todas las cosas en el pleito que el mismo otorgante podria hacer, ó como suele decirse, el que le tuviere concedido con libre, franca y general administracion. Pero advierte bien Gregor. Lop. en las *glosas* 8 y 9 de esta *ley* que, aunque concede indistintamente esta facultad á tales procuradores generales, no debe entenderse en aquellas cosas que serian muy perjudiciales á los otorgantes, por el abuso de los escribanos que suelen poner estas palabras de su bolsillo, segun su estilo, ignorándolo los otorgantes; y de esta misma opinion son Covarrub. 1, *var. resol. cap.* 6, n. 3; y Valeron de *transact. tít.* 4, *quæst.* 5, nn. 27 y 28, citando á otros muchos. Y con efecto vemos que en la práctica, para evitar esta duda y peligro, ninguno quiere transigir con procurador que no tenga poder especial.

7. Se puede transigir de todas las cosas dudosas, á

(1) I. 9, l. 12, de *transact.* — (2) L. 8, § 20, *eod.*

excepcion de algunas, de las que absolutamente no se puede, ó solo se permite bajo ciertas limitaciones. En primer lugar no puede transigirse, ni vale la transaccion que se hiciere sobre lo que se manda en algun testamento, sin abrirse y verse este; porque podria acaecer que recibiesen engaño los otorgantes en la composicion que hicieran antes, *l. 1, tit. 2, P. 6*. Y creemos tener lugar esta doctrina tambien en el caso que los otorgantes renunciaran la vista del testamento; porque la ley prohibitiva no se puede renunciar, y esta prohibicion se ha establecido para evitar engaños. Tampoco puede transigirse de los alimentos futuros que se deben por testamento, sin autoridad del juez. Varias leyes romanas lo establecieron expresamente, fundadas en diferentes razones, siendo la principal el precaver que fuese engañado el alimentario, cediendo los alimentos de alguna consideracion, por un muy pequeño don de presente, y viéndose sin poder comer contra la voluntad de quien los dejó (1). Y aunque no hallamos establecida en las nuestras esta sentencia, nos ha parecido notarla aquí, por defenderla todos nuestros autores, y estar recibida en la práctica, por las equitativas razones que la persuaden, Valeron *de transact. tit. 3, quest. 3*; Castillo *de alimentis, cap. ult.* en donde citan á otros muchos. No pertenece á los alimentos pasados, ni á los debidos por contrato, por cesar en ellos las razones que ocurren en los presentes (2), los mismos Val. y Castillo en los lugares citados. Y el juez no debe conceder su permiso sin conocimiento de causa (3).

8. En cuanto á delitos, es cosa cierta que sobre futuros no puede transigirse, ni hacerse pacto alguno (4), porque se presentaria asa ú ocasion para delinquir.

(1) *L. 8, de transact.* — (2) *L. 8, C. eod.* — (3) *D. l. 8, de transact.* — (4) *L. 54, § ult. de furt.*

Sobre pasados, se ha de distinguir en si se trata de ellos civil ó criminalmente. Si lo primero, puede otorgarse transaccion, porque tratándose entonces solamente de interés pecuniario, no aparece razon que pueda impedirla (1); pero podrá el juez imponer al reo que transigió, la pena que corresponde al delito, porque lo confiesa transigiendo, *l. 22, tit. 1, P. 6*, que exceptúa el delito de falsedad, el cual no se entiende confesar el que transige sobre él. Y añade que, si el que transigió pagando algo á su contendor ó acusador, lo hizo sabiendo no tener culpa, para libertarse de la vejacion de seguir el pleito, y esto lo pudiese probar, no debe pena alguna, ni se entiende que confesó el delito; antes bien deberá pagar el acusador el cuádruplo de lo que recibió, si se le piden dentro de un año, y si despues del año, el duplo. Si se trata criminalmente del delito, de ninguna suerte se podrá transigir; porque (segun hemos dicho) no puede impedir el pacto de los particulares la pública coercion ó castigo de los delitos (2), ni permite el rigor de la pública disciplina que los delitos queden sin castigo (3). Si el delito fuese tal, que mereciese el reo las penas de muerte ó de perdimiento de miembro, y por miedo de ellas quisiere transigir con su acusador dándole algo, le es permitido; porque es cosa justa que cada cual pueda redimir su sangre, á excepcion del adulterio que no admite transaccion en que se reciba dinero; pero puede el marido remitir ó perdonar el delito sin precio alguno, *d. l. 22 Gregor. Lop. en la glosa 11 de esta ley, y Ant. Gom. 3, var. cap. 3, n. 55 y sigg.* examinan latamente los efectos que produce la transaccion de estos delitos. Nos ha parecido omitirlo, porque además de no ser conforme á nuestro instituto derramarnos tanto

(1) *L. 38, tit. II, P. 5.* — (2) *L. 5, de pact. dota'.* — (3) *L. 51, § 2 ad. leg. Aquil.*

en los asuntos, no son acomodables á la práctica que en el dia se observa en este particular, de tratarse siempre criminalmente estos asuntos á instancia del fiscal, sin intervencion de acusador particular ó privado.

9. La transaccion es, como suele decirse, *stricti juris*, esto es, de estrecha interpretacion, y por ello solo se entiende y tiene su efecto en lo que expresa, sin extenderse de cosa á cosa, ni de persona á persona, como unánimemente lo sientan los autores, Castillo *tomo 4, controvers. cap. 42*; Valeron *de transact. tit. 5, quæst. 2*, citando muchísimas leyes romanas y varios doctores (1). El efecto de la transaccion es terminar el pleito sobre que se interpone, debiéndose conformar con ella los litigantes, *l. 34, tit. 14, P. 5* (2), de suerte que tiene tanta fuerza como la cosa juzgada, y produce la excepcion de pleito acabado, como lo veremos mas latamente al tratar de las excepciones. Y se considera muy favorable, por inventada para el beneficio público de poner fin á los pleitos, Castillo *lib. 8, controvers. cap. 36, § 2, n. 32* (3).

10. Sin embargo de la firmeza de las transacciones en utilidad del público, para que los pleitos no resuciten, se rescindirán cuando se otorgaron en vista y con apoyo de falsos instrumentos; pero si los instrumentos solo dijieran relacion á alguno de los capítulos de la transaccion, solamente en cuanto á este obraria la rescision, y quedan firmes los otros (4); y lo mismo deberá decirse si se probare haberse hecho con dolo, *l. 34, tit. 14, P. 5*, ó por miedo que cae en varon constante (5). Valer *tit. 6, de transact. quæst. 3, n. 7*. El mismo Valeron en el *propio tit. 6, quæst. 2*; y Castillo *lib. 8, controvers. ó de alimentis, cap. 36, desde el n. 84* tratan latísimamente la cuestion de si se rescinde por

(1) L. 5, l. 9, §§ 1 et 3, de transact. — (2) L. 20, eod. — (3) L. 10. C. eod. — (4) L. 42, eod. — (5) L. 13, eod.

las lesiones enorme ó enormísima. Conviene los dos, apoyados en varias razones, y soltando las objeciones en que no se rescinde por la enorme; pero discuerdan en cuanto á la enormísima. El primero siente que se rescinde por esta, y que no es contraria su opinion á *d. l. 34, tit. 14, P. 5*, y Castillo prueba con fervor que, segun *esta ley*, ni aun por la enormísima se rescinde; rechazando varias modificaciones de otros celeberrimos intérpretes nuestros, que quieren templar de varios modos su doctrina. Inclinamos á la opinion de Castillo, que es lo mas que puede decir un institutista á la vista de una cuestion tan reñida y difícil, apoyada por ambas partes con grande multitud de razones de autores, como puede verse en los dos citados. Y solo queremos advertir en conclusion de este título, ser lesion enormísima la que excede notablemente á la mitad del justo precio. Las leyes no expresan la cantidad del exceso, y por ello juzgan los autores deber definirse por el arbitrio del juez. El Señor Covar. pone dos ejemplos prácticos en el *lib. 2, var. resol. cap. 4, n. 5*; y Parlador, *lib. 2, rer. quotidian. cap. 4, n. 51* dice que basta si excede el duplo ó el triplo; y al mismo tiempo ser la enorme la que excede algun poco la mitad del justo precio.

TÍTULO X.

DE LAS VENTAS Y COMPRAS.

Tít. 5, P. 5; Tít. 12, lib. 10 de la Nov. Rec. (1).

1. Cuáles son las fuentes ó causas ordinarias de las obligaciones; y la division de los contratos por el diferente modo de contraerse.
2. Qué cosa sea venta.
3. El precio debe ser en dinero; y cierto, y cómo lo es.

(1) Tít. 24, lib. 3, Inst.

- 4, 5. Este contrato se perficiona por el solo consentimiento; cuán estrecha es esta obligacion; y si se puede contraer por cartas ó procurador, y cómo.
- 6, 7. Deben concordar los contrayentes en la cosa y el precio, y cuándo hay discordancia.
- 8, 9, 10. Quiénes pueden comprar y vender, y quiénes están prohibidos.
- 11, 12. Cosas que no pueden venderse, y casos en que pueden.
- 13, 14, 15. Cosas que solo se pueden comprar ó vender con alguna limitacion.
16. Las demás cosas se pueden vender; y de las ventas de cosas no existentes, y de las herencias.
17. Ninguno puede ser precisado á vender sus cosas, y casos de excepcion.
18. De los que compran con dinero ajeno; y de cuándo la cosa se vende á dos.
19. De las ventas en que interviene dolo, ó se hacen por miedo.
20. Valen los pactos que no son contra las leyes ó buenas costumbres.
21. Del pacto llamado *adicion en dia*.
22. Del pacto llamado *comisorio*, y otro semejante.
- 23, 24. Qué cosas abraza la venta.
- 25, 26, 27. A quién pertenece el daño y provecho de la cosa vendida.
- 28, 29. Está obligado el vendedor á la eviccion, cuyos efectos se explican.
- 30, 31. Casos en que no tiene lugar la obligacion de la eviccion.
32. Además del contrato de venta tiene lugar en otros la eviccion.
33. Si el vendedor no manifiesta el vicio de la cosa que vende, está tenido á las acciones dichas *redibitoria*, y *quantı minoris*, las que se explican.
34. Casos en que cesan estas acciones.
35. Dos casos sobre ventas de cosas empeñadas, ó que se empeñaron despues de vendidas.
36. De las ventas en que hay engaño en mas de la mitad del justo precio.
37. Se explican cuáles circunstancias son esenciales, cuáles naturales, y cuáles accidentales en los contratos.
38. Se explica qué cosas deben prestarse en los contratos.

1. Dijimos al n. 3 del *tít. antecedente* que las causas ó fuentes ordinarias y regulares de donde nacen las obligaciones, son contrato, cuasi contrato, delito, ó cuasi delito; y que por el diferente modo de contraerse, se dividen los contratos en consensuales, verbales.

reales y literales. Empezamos por los consensuales, por ser los mas sencillos y usuales. Son cuatro, compra y venta, arrendamiento, compañía y mandato. Se llaman consensuales, porque se perfeccionan ó constituyen por el solo consentimiento. El mas famoso, útil y frecuente es la compra, formado despues de haberse inventado el dinero, al cual llama con razon Aristóteles *el fiador de la humana indigencia*; pues por él se socorren los hombres en sus necesidades, lo que antes se hacia con mucho embarazo por el medio de las permutas.

2. Lo que ahora llamamos *venta*, lo llamaron tambien así las leyes de la *Recopilacion*; pero las de las *Partidas* lo apellidan *vendida*, y por este nombre se significa todo el contrato de que hablamos, como asimismo por la palabra *compra*; lo que se ha introducido para la mayor expedicion y comodidad en el hablar, para no haber de repetir á cada paso las dos palabras *compra y venta, ó vendida*, para designar el contrato. La *ley 1, tit. 5, P. 5* dice ser la *vendida una manera de pleitos que usan los omes entre sí, é se face con consentimiento de las partes por precio cierto en que se avienen el comprador é el vendedor*. Los lógicos censurarán esta explicacion, porque ni expresa que debe haber cosa que se vende, ni que el precio haya de consistir en dinero, cuyos dos requisitos son de la esencia de este contrato; pero uno y otro se dejan entender por sus palabras. El primero, por la palabra *precio*, que no pudiendo ser de la nada, porque no lo tiene, es preciso sea de alguna cosa; y el segundo, por la voz *cierto*, que solo puede verificarse en el dinero. Debe pues sentarse como indubitable que no puede haber venta sin cosa que se venda, ni sin precio cierto que consista en dinero, *d. l. 1, l. 9, d. tit. 5.*

3. En cuanto á ser cierto el precio, no es necesario que lo sea absolutamente, como si dijera el vendedor,

te vendo mi caballo por 100 pesos : basta lo sea por relacion á otra cosa. Valdrá pues el contrato si dijere, te lo vendo por tanto dinero cuanto tengo en el arca, ó por cuanto le compré ; bien que en ambos casos claudicaria la venta por falta de precio, si no se encontrara dinero en el arca del vendedor, ó él no tuviese el caballo por compra, sino por donacion ó herencia, *l. 10, d. tit. 5 (1)*. No vale si se pone el precio en el arbitrio ó voluntad de alguno de los contrayentes. Pero si ambos convinieren en que le señalara alguna otra persona cierta y determinada, valdria si esta le señalaba : bien que si lo señalare desaguisadamente, mucho mayor ó menor de lo que vale la cosa, deberia ser enderezado ó regulado, segun el arbitrio de hombres buenos. Y si el tal muriere antes de señalar el precio, no valdria la venta, *d. l. 9 (2)*.

4. Se constituye este contrato por el solo consentimiento de los contrayentes en la cosa y en el precio, si no es que convinieren en que fuese hecha escritura de la venta, en cuyo caso seria menester además que la escritura fuese hecha ú otorgada, pudiéndose hasta entonces arrepentir cualquiera de los contrayentes. Pero perficionado el contrato, ó bien por solo consentimiento, ó por la escritura en los términos explicados, ambos están tenidos á cumplirlo, sin que haga falta que el comprador no haya dado al vendedor señal alguna, á la que comunmente llaman *arras*, *l. 6, d. tit. 5 (3)*. Y adviértase con cuidado que esta señal se puede dar antes de estar perficionado el contrato, cuando todavía hay lugar de arrepentimiento ; y entonces si se arrepiente el comprador que la dió, la debe perder ; y si el vendedor, debe tornar la señal doblada al comprador, y no valdrá la venta. Pero si cuando el

(1) *L. 7, § 1, de contr. empt.* — (2) *§ 1, Inst. de empt. et vend.*
 — (3) *Princ. Inst. de empt. et vend.*

comprador dió la señal, dijo que la daba por señal y por parte del precio, ó por otorgamiento, esto es, en prueba de estar perficionado el contrato, entonces no se puede arrepentir ninguno de ellos, ni deshacer la venta que no valga, *l. 7, d. tit. 5*, y con arreglo á ella Greg. Lop. en la *glosa 3 de la misma*, Hermosilla en la *propia glosa*, Azevedo *l. 1, título 3, lib. 10 de la Nov. Rec. n. 5*.

5. Y es tan estrecha la obligacion de los contrayentes de cumplir el contrato, sin poderse arrepentir ninguno de ellos, despues de estar perficionado, que aunque alguno sacare carta del rey para deshacerlo, subsistiria y no valdria la carta, *l. 61, d. tit. 5 (1)*. Ni tendria obligacion el comprador de consentir que se deshiciese el contrato, aunque el vendedor le ofreciese el precio doblado, *d. l. 61, d. tit. 5 (2)*. Perficionándose este por el consentimiento, que puede manifestarse por cartas ó procuradores, se podrá celebrar estando uno de los contrayentes en un lugar, y el otro en otro, y no estando la cosa delante de ninguno de ellos, *l. 8, d. tit. 5 (3)*. Y si se hace por procurador, parece exigir la *ley 48, d. tit. 5, P. 5* que se señale el precio, por las palabras *señalándole por cuánto precio*. Pero Gregor. Lop. en la *glosa 5 de la misma* dice que parece se señala bastante, si se comete al arbitrio del procurador; y que si no se señala precio, parece mandar al dueño que la venda al justo precio, fundado en dos textos del Derecho romano (4); y así lo vemos recibido en la práctica.

6. Si los contrayentes discordasen en el precio, queriendo el vendedor que fuese mayor, y el comprador menor, no valdria el contrato; pero valdria por lo con-

(1) *L. 3, de rescid. vend.* — (2) *L. 6, eod.* — (3) *L. 1, C. de contr. empt.* — (4) § 1, *Inst. de empt. et vend. 16, § ult. de pignor.*

trario si el comprador estuviese por el mayor, y el vendedor por el menor, *l. 20, d. tit. 5*, que no explica el cómo, ni tampoco Gregor. Lop. al sumarla, contentándonos en alegar en su apoyo la *l. Si decem 52 de las Pandectas, tit. locati conducti*, que en términos semejantes habla de la locacion ó arrendamiento, y establece valga en el precio menor, lo que dicta tambien la razón; porque siempre que el que ha de soltar el precio, lo señala mayor que el que lo ha de recibir, se reputa que tambien quiere recibir la cosa por menos; y el vendedor que lo recibe, tiene el menor que le contentaba, y de consiguiente para nadie hay agravio en que se entienda el mutuo consentimiento de ambos de que se transfiera la cosa del vendedor al comprador por el menor precio que aquel quiso.

7. La discordancia en la cosa, claro está que impide el valor del contrato. Y en cuanto el error en ella se considera discordancia, no vale cuando consiste en la substancia de la cosa que se vende, como si yo comprara laton creyendo que era oro, ó estaño pensando que era plata (1). Lo contrario se dirá si el error solo lo es en el nombre de la cosa, *l. 21, d. tit. (2)*. Si el error fuere en el número, porque se celebró la venta de una pieza de tierra, con la expresion de que contenia 100 tahullas, y tenia 80 ó 120, seria válida; pero se puede dudar si se debe disminuir ó aumentar el precio. Y la verdadera resolucion es que, si la pieza se ha vendida como á cuerpo cierto, no hay lugar á la disminucion ó aumento; pero lo habrá si la venta se hubiese hecho con respecto á la medida. Así lo probamos bien en nuestro *Digesto, lib. 18, tit. 1, n. 4*, fundados en la justicia de varias leyes romanas (españolas no tenemos) que adopta Antonio Gomez, 2. *var. cap. 2, n. 16* con otros muchos que cita, y tambien Ayllon, y muy late-

(1) *L. 2, § 2, de contr. empt.* — (2) *D. l. 9, § 1.*

y sólidamente el señor Covarrubias, *pract. quæst. cap. 3*, distinguiendo muchos casos en que puede haber dificultad.

8. Pueden comprar y vender aquellos que pueden obligarse el uno al otro, *l. 2, d. tit. 5*, que de ahí infiere no poder vender el padre al hijo que tiene en su poder, ni el hijo al padre, si no es que fuese cosa del peculio castrense ó cuasi castrense. Cómo pueden vender los tutores ó curadores, lo dijimos hablando de ellos, *lib. 1, tit. 7, n. 36*. Y ni ellos ni los cabezaleros, esto es, testamentarios ó albaceas, ni cualquier otro que sea hombre ó mujer que administre bienes de otro, puede comprar bienes de aquellos que administrare pública ni secretamente; y si se pudiese probar la compra que así fué hecha, no vale, y ha de volver el comprador el cuatro tanto de lo que valia lo que compró. y esto ser para la Cámara del rey, *l. 1, tit. 12, lib. 10 de la Nov. Rec.* Azevedo en el comentario de esta ley, *nn. 12 y siguientes* prueba que por compra se entiende cualquier acto ó contrato en que se transfiere el dominio, y examina al *n. 3* si es ó no correctoria de la ley 4, *tit. 5, P. 5*, en cuanto permite esta la compra á los tutores si se hace bajo ciertas circunstancias, inclinando á la afirmativa contra Matienzo y Gutierrez, poniendo algunas excepciones. Ni tampoco pueden comprar heredad alguna, ni edificar casa en tierra de su jurisdiccion los gobernadores, corregidores, sus oficiales, ni otro alguno de su compañía, ni por sí ni por otro, *ley 5, d. tit. 5; l. 3, tit. 11, lib. 7 de la Nov. Rec.*, que tambien les prohíbe usar en ella el trato de mercadería, ó traer ganados á la misma tierra, so pena que el que lo contrario hiciere, pierda lo que así comprare ó edificare ó tratare, ó el ganado que así trajere, para la Camara del rey.

9. Los corredores no pueden comprar ni vender, ni tratar en mercaderías de cualquiera calidad que sean,

por sí ni por interpuesta persona, ni las pueden tener siendo propias suyas para vender, so pena que por cada vez que lo hicieren, pierdan las dichas mercaderías, y caigan además en la pena de 10000 maravedís, aplicados por tercias partes á la Cámara, juez y denunciador. Y asimismo ningun corredor puede comprar por sí ni por interpuesta persona cosa alguna de las que se dieren á vender á otro corredor; ni puede dar á vender un corredor á otro las cosas que se le hubieren dado para que él las venda; y por cada vez que cada uno de ellos lo hiciere, cae en la pena de 10000 maravedís, aplicados en la misma forma, *l. 4, tit. 6, lib. 9 de la Nov. Rec.*, establecida por el señor Felipe II, á petición de las Cortes de Madrid del año 1583. Cuya ley, como dice Azevedo en su comentario, amplía la *l. 4, tit. 12 del mismo lib.* que habla del propio asunto, y es mas antigua y diminuta; y por lo mismo parece deberá entenderse corregida por esta en lo que discuerda. Los ropavejeros no pueden comprar cosa alguna en las almonedas, *ley 4, título 12, lib. 10.*

10. La *ley 17, tit. 1, lib. 10 de la Nov. Rec.* manda con graves penas que ningun hijo de familias que esté bajo del poder de su padre, ni menor que tenga tutor ó curador, pueda comprar, ni tomar, ni sacar en fiado, ni otro en su nombre sin licencia de los susodichos, géneros algunos de mercaderes, ni otra cualquier persona, declarando nulas tales compras, y cualesquiera fianzas y seguridades dadas para su firmeza. Y lo mismo establece de las compras que hacen al fiado los mayores ó menores que no están bajo del poder paternal, ó de tutor ó curador, para cuando se casaren, ó heredaren, ó sucedieren en algun mayorazgo, mandando que ninguna persona les haga tales ventas, ni preste dineros, plata, oro ú otro cualquier género á pagar en los casos susodichos y tiempos inciertos; todo

bajo la pena de nulidad y otras. Y la 1, *tít. 8, lib. 10* prohíbe se venda cosa alguna al fiado al estudiante estante en el estudio, ó le preste dinero, sin voluntad de su padre ó del que allí le tuviere á su costa.

11. Dijimos lo que era menester en el precio para que fuera válida la venta : veamos ahora lo que se necesita en la cosa , que es otro de los requisitos en este contrato. Es menester que esté en el comercio de los hombres, esto es, que pueda adquirirse su dominio á lo menos por el comprador. De ahí es que no pueden venderse el hombre libre las cosas que se dicen de derecho divino, sagradas, religiosas, santas, y las que son de uso público, como plazas, caminos, rios, *l. 15, d. tít. 5 (1)*, la cual añade á lo último que el no poderse vender dichas cosas de derecho divino debe entenderse de por sí separadamente ; pero como accesorio ó adherente á alguna universalidad de bienes ; vendida esta, se entienden ellas vendidas, y pasan al comprador : lo que tambien dice la *ley 8, tít. 15, P. 1*. Y hay además varios casos de necesidad en que pueden venderse las cosas sagradas de las iglesias, referidas en la *l. 1, tít. 14, P. 1*, y son : I Por grande deuda que debiese la iglesia, que no se pudiese quitar de otra manera. II Para redimir sus parroquianos de cautiverio, si no tuviesen ellos con que librarse. III Para dar á comer á pobres en tiempo de hambre. IV Para hacer su iglesia. V Para comprar lugar cerca de ella para crecer el cementerio. VI Por bien de la iglesia para comprar otra mejor. Es dignísima de leerse en este particular la doctrina de san Ambrosio, puesta en el *Decreto de Graciano* en el famoso *cap. aurum 70, causa 12, quæst. 2*.

12. Tampoco pueden venderse los mármoles ú otra piedra ó madera, que están constituyendo algun edi-

(1) § ult. Inst. de empt. et vend.

ficio, *l. 16, d. tít. 5*, por considerarse fuera del comercio con este respecto; ni las cosas de mayorazgo ó fideicomiso. Asimismo ninguno puede comprar la cosa que es suya, porque lo que ya es nuestro no podemos adquirirlo de nuevo otra vez. Esto se entiende cuando toda la cosa es suya, porque si otro alguno tuviese parte en ella, valdria la venta en la parte que es ajena. Por ello puede el propietario de alguna cosa comprar la posesion que tuviese otro. Y de la misma suerte el que posee alguna cosa, puede comprar la servidumbre que otro tenga sobre ella, *l. 18, d. tít. 5*. Cuándo valga, y cuándo no la venta de casa ú otro edificio quemado, ú árboles arrancados, lo trae latísimamente la *ley 14, d. tít. 5*, poniendo muchos casos. Los omitimos, porque seria muy fastidiosa su relacion; y el que la necesite, lo puede ver allí.

13. Hay algunas compras y ventas que están prohibidas con alguna limitacion, de las cuales se trata principalmente en el *tít. 12 de la Nov. Rec.*, y vamos á notar algunas aquí ligeramente. En la *ley 1, título 19, lib. 7, Nov. Rec.* solo se permite comprar pan, esto es, trigo adelantado, con la condicion de haberle de pagar el comprador á los vendedores al precio que comunmente valiere en la cabeza del lugar donde le comprare, 15 dias antes ó despues de Nuestra Señora de setiembre, aunque lo hubiese comprado ó concertado á menos precio, prohibiendo expresamente que pueda comprarse de otra manera. Y la siguiente *ley 2 y 10* manda que en este modo de comprar tengan preferencia las alhóndigas comunes de los pueblos, á todas las personas particulares eclesiásticas y seglares. Esta tasa que, segun el principio de *d. l. 1*, se puso para obviar agravios, esto es, segun parece, para que los acaudalados no graven tanto á los pobres en una cosa tan necesaria como el pan, convendria se extendiese tambien, por la misma razon, al trigo que

se vende á los pobres al fiado, para que lo paguen al tiempo de la cosecha. En mi patria, la villa de Pego de este reino de Valencia, y otros pueblos circunvecinos, hay la loable costumbre de que á los últimos de junio ó principios de julio, el ayuntamiento entero tasa el precio á que debe cobrarse el trigo que se ha vendido al fiado, con respecto al que ha tenido en los meses de abril y mayo, en que suelen vender los acaudalados el que les sobra, y se presume hubieran vendido el que antes fiaron : lo que ejecuta con mucho exámen y moderacion, cuidando que no sea el mas alto que ha tenido, ni el mas bajo ; y todos se conforman con esta tasa, si no es que alguno exprese al comprador al tiempo de vendérselo al fiado que quiere se lo pague al precio entonces corriente en el que se vende al dinero, y este lo acepte, como suele aceptarlo ; porque con efecto este pacto es mas favorable al comprador que al vendedor.

14. En la *l. 3 del mismo tit. 19* se previene que ninguno pueda comprar trigo, cebada, avena ni centeno en poca ni mucha cantidad para revenderlo, so pena que pierda lo que así haya comprado, y se reparta en cuatro partes, la una para el denunciador, la otra para el juez que lo sentenciare, y las otras para los pobres del lugar donde acaeciere, con pena de destierro además. Y exceptúa á los recueros, trágneros, y otras personas que tienen por trato y costumbre llevar mercaderías de unas partes á otras, y en retorno compran para tornar á vender, y á los que compran para llevar de un lugar á otro para la provision y mantenimiento de ellos, con tal que no lo entrojen ni ensilen para encarecerlo. La extension que se pone al fin de esta ley á los arrendadores está derogada por la *l. 5, d. tit. y lib.* como lo advierte Azev. *al princ. del comentario de d. l. 3.* En los mismos términos, y con la misma pena prohíbe la *l. 7 tit. 5, lib. 9 de la Nov. Rec.* comprar garrobas y ye

ros para vender. La ropa que hubieren comprado los ropavejeros no la pueden vender ni deshacer sin tenerla antes colgada á su puerta, para que manifiestamente se pueda ver por todos, á lo menos por 10 dias, *l. 3, tit. 12, lib. 10 de la Nov. Rec.*

15. Ninguna persona por sí, ni por otra puede comprar capullos de seda, ni seda cruda en madeja para tornarla á vender en la misma especie, *l. 5, tit. 5, lib. 9, Nov. Rec.* De otras limitaciones en ventas de seda y paño hablan algunas leyes de *d. tit. 12*, en cuyo asunto los nuevos fraudes y circunstancias que se han observado despues, han precisado á hacer algunas variaciones y añadiduras en los posteriores reglamentos del comercio, donde pueden verse. La *ley 4, tit. 7, d. lib. 9* prohíbe bajo graves penas que ninguno pueda comprar carnes vivas para tornarlas á revender en pié en las mismas ferias, mercados ó rastros. Cuya ley la entiende Azevedo de los que las compran con esta intencion, y solo el fin de hacer ganancias; y no de los labradores que las compran para el uso de la agricultura ó de su familia, y mudando despues de dictámen, las vuelven á vender. La *ley 7, tit. 17, lib. 10 de la Nov. Rec.* contiene varias prohibiciones y permisos para comprar mantenimientos á cinco leguas de la corte, para revenderlos en ella. Y la *ley 9, tit. 5, lib. 9, Nov. Rec.* dispone tambien cómo pueden ó no comprarse algunas cosas para revenderlas. Y el 2 del mismo *tit.* prohíbe que ningun tratante, chalan ó regaton salga á los caminos, puertas, plazas y calles de la corte ni lugares de su contorno para comprar ó atravesar de los dueños, arrieros ó tragineros ningun género de los que condujeran para el abasto de la corte. Las regalías que tiene el rey estancadas, como el tabaco, sal y otras, claro está que solo pueden venderlas las personas destinadas por S. M. para ello, sin incurrir en las penas establecidas contra los infractores.

16. A excepcion de las cosas que hemos referido no poderse vender, ó absolutamente, ó sin limitacion, se pueden vender todas las demás, no solo las corporales, sino tambien las incorporales ó derechos, *l. 13, d. tit. 5, P. 5*, así existentes, como las que no lo son; pero se espera que pueden existir. Valdrá pues la venta del fruto que diese este año cierta viña, ó cosa semejante, aunque no parezca al tiempo que se vende. Pero si aquel año no diese fruto alguno la viña, no tendria el comprador obligacion de dar el precio, si no es que la hubiese comprado á su ventura, *l. 11, d. tit. 5*, porque en este caso solo se entiende comprada la esperanza, como nota Gregorio Lop. en la glosa 5. Y esta misma ley nos pone otro ejemplo de venta de la esperanza que vale, que ya le pusieron las leyes romanas (1), del caso en que uno comprare á su ventura de un pescador lo que sacase de la primera vez. Por esta razon valdria tambien la venta, si yo dijera á Pedro, te vendo todas las herencias que me vinieren, por cualquier parte que me vengán. Pero no vale la venta de la herencia que se espera de cierta y determinada persona, si no es que se hiciere con otorgamiento y beneplácito de esta misma persona, y que durare en este parecer toda su vida hasta su muerte, *l. 13, d. tit. 5*. Vale tambien la venta de la cosa ajena, esto es, que no era del vendedor, con los efectos que veremos mas abajo tratando de la eviccion.

17. Ningun puede ser precisado á vender sus cosas, *l. 3, d. tit. 5 (2)*, que solo pone una excepcion en asunto de conseguir la libertad en un esclavo (3). Pero nuestros autores mas célebres, Covar. *lib. 3, variar. cap. 14, n. 7 y 8*; Gomez *var. lib. 2, cap. 2, n. ult.* y latísimamente Hermosilla en su *adicion á la glosa 1 de d. l. 3*,

(1) *L. 8, § 1, de cont. empt.* — (2) *L. 11, C. de contr. empt.* — (3) *§ ult. Inst. de donat.*

cuentan varias causas justas, por las cuales se le puede precisar á un dueño á que las venda á justo precio, como son: I La de socorrer á la pública necesidad en tiempo de mucha hambre y carestía, á cuyo fin se puede obligar á los comerciantes y á los ricos, y á cualquier otro, á que vendan el trigo ú otros comestibles preciosos que les sobren. Así refiere Bobadilla en su *Política*, lib. 3, cap. 3, n. 13 haberlo ejecutado siendo corregidor muchas veces en estas ocasiones, haciendo sacar el trigo sobrado, no solo de casas de seglares, pero de canónigos y clérigos ricos, y aun de las iglesias, ó de los obispos y de sus mayordomos; y lo manda expresamente la nota 1 y 2, tit. 19, lib. 7 de la *Nov. Rec.*, que latamente explican Azevedo y Matienzo. II Por el favor de la religion se puede precisar á un vecino á que venda su casa para edificar alguna iglesia, monasterio ú otro pio lugar, como lo prueba Hermosilla en el lugar arriba citado, añadiendo muchas ampliaciones relativas á partes y oficinas de dichos edificios. III Por la pública utilidad, como si faltase un camino público, ú otro que fuese necesario para ir á un lugar público ó religioso. En cuanto á comprar, manda la l. 7, tit. 12, lib. 10 de la *Nov. Rec.* que los jueces no puedan compeler á los mercaderes ú otras personas á que compren los bienes de los delincuentes, ni para sus salarios, ni para otros gastos ó condenaciones, y que no les hagan molestias, declarando nulas las ventas hechas contra esta prohibicion.

18. Puede cualquiera comprar con dinero ajeno, y cuando así suceda hará suya la cosa comprada, si la compró á nombre suyo, y no para el dueño de los dineros, si no es que estos fuesen de caballero que estuviese en la corte del rey ú otro lugar en su servicio; ó de menores de 25 años, siendo el comprador el que le tenia en guarda; ó de la iglesia y el prelado, ó el que fuese guardador á la sazón hiciere la compra. Pero en

la escogencia es de cada uno de ellos tomar la cosa comprada, ó los dineros, cual mas quisiese, *l. 49, d. tit. 5, P. 5*. Si uno vendiese alguna cosa á dos, entregando al uno la posesion, y este hubiere pagado el precio, adquiere este su dominio, aunque sea el comprador posterior. Pero siempre tendrá este vendedor la obligacion de tornar el precio al otro si le habia recibido, y pagarle los perjuicios que le vinieren por esta razon. Y si la cosa vendida á dos no era del vendedor, es preferido el que tuviere primero la posesion, aunque no haya pagado el precio. Pero siempre que venga su dueño, le queda salvo su derecho, *l. 50, d. tit. 5*. Si Pedro vendió una cosa que no era suya dando la posesion al comprador, y despues de haber adquirido su dominio, porque se la legó ó dió su dueño, la vende á otro, será del primer comprador, *l. 51, d. tit. 5*. Si el rey vende ó da alguna cosa ajena, adquiere desde luego su dominio aquel á quien la da. Pero el que antes era su dueño, puede pedir su estimacion hasta cuatro años y no mas, y el rey se la debe pagar, *l. 53, d. tit. 5 (1)*.

19. En las ventas en que interviene dolo, distingue la *l. 57, d. tit. 5* el caso en que el dolo da causa al contrato, del otro en que solo incide en él. En el primero dice que la venta se puede desfacer, y no vale; cuyo modo de hablar parece significar que vale, segun el rigor del Derecho, y se rescinde por la restitution *in integrum*. Pero Greg. Lop., insigne concordador de nuestro Derecho con el romano, pretende en la glosa 1 que el contrato es nulo (2), y que la voz *desfacer* se debe entender del hecho. Y del segundo dice rotundamente que vale la venta, y el comprador que engañó, debe enmendar el engaño que hizo, de manera que el vendedor tenga el precio derecho de la cosa

(1) § ult. Inst. de usucap. — (2) L. 7. de dol. mal.

que vendió con todas sus pertenencias que le encubrió engañosamente el comprador. De las ventas que se hacen por miedo ó fuerza habla la *ley 56 del mismo tít. 5*, y ya dijimos en el *lib. 1, tít. 8, n. 10* que se rescinden por la restitucion *in integrum*.

20. Cualquier pacto que se ponga en las ventas debe guardarse y cumplirse, como no sea contra las leyes y contra las buenas costumbres, *l. 38, d. tít. 5, P. 5*. El que llaman de la *ley comisoria*, y el llamado de *adicion en el día*, son los mas famosos de los que suelen ponerse. El primero es pacto en que se convienen los contrayentes que, si el comprador no paga la cosa hasta cierto dia señalado, se deshaga la venta, el cual es valedero; y en su virtud si el comprador no paga todo el precio ó su mayor parte el dia señalado, se deshace la venta, y gana además el vendedor la señal ó la parte que le fué dada. Y tiene el mismo la eleccion de pedir todo el precio, y que valga la venta, ó revocarla teniendo para sí la señal ó la parte del precio que hubiese recibido; y hecha la eleccion, no puede arrepentirse (1). Si el comprador hubiere recibido algunos frutos, los debe tornar al vendedor, si no es que este no quisiese tornar la señal ó parte del precio que hubiese recibido, en cuyo caso no deberia tener los frutos. Y cuando se le vuelven los frutos, debe satisfacer al comprador los gastos de cogerlos, y este pagarle el empeoramiento de la cosa, si por su culpa se hubiere empeorado mientras la tuvo, como todo consta de *d. l. 38*. Los diferentes efectos que produce el ponerse este pacto con palabras directas ú oblicuas, véanse en el *tít. 12, n. 4*.

21. El otro pacto de *adicion en día* es una convencion de los contrayentes, de que si hasta cierto dia hallare el vendedor quien le diese mas por la cosa

(1) *L. 4, § 2, l. 7, de leg. commis.*

vendida, la pueda vender á este. Siendo la venta de esta manera, si el vendedor hallase dentro del término señalado quien le diese mayor precio, ó le mostrare otra mejoría, que la que el otro le prometió dar en la compra, debe hacer saber al primer comprador cuánta es la mejoría que el otro le promete (1); y si aquel ofreciese tambien la misma mejoría, ha de quedarse con la cosa, pagando el precio con la mejoría (2), y si no la aceptare, no vale la venta, y está obligado este primer comprador á tornar la cosa con los frutos que recibió, sacando las dispensas que hizo en cogerlos, l. 40, d. tít. 5, P. 5 (3).

22. Empeñando un hombre á otro alguna cosa con pacto que, si no la redimiese en cierto dia, fuese del mismo acreedor comprada, pagando sobre aquello que habia dado cuando la tomó á peños, cuanto podia valer la cosa, pasado dicho dia, segun el justiprecio de hombres buenos; debe valer el pacto (4). Lo contrario seria si el pacto fuese de que, pasado el dia sin redimirse la cosa, fuese del acreedor por aquello solo que dió, cuando la recibió á peños l. 41, d. tít. 5 (5), que añade la razon de no valer el pacto en este segundo caso, y es porque, si valiera, no querrian los que prestan dineros á otros sobre peños, hacerlo de otra manera, y los que les reciben, apurados de su pobreza consentirian en el pacto, aunque conociesen ser en daño suyo; y esta misma doctrina la trae tambien la ley 12, tít. 13, d. P. 5. Este segundo pacto reprobado suele llamarse *comisorio*.

23. El comprador debe pagar el precio convenido al vendedor, y este entregar al comprador la cosa vendida, con todo lo que le pertenezca á ella, ó le está unido. Vendida pues una casa, pertenecen al comprador las

(1) L. 5, de in diem adit. — (2) L. 8, eod. — (3) L. 16, eod. — (4) L. 16, § ult. de pignor. — (5) L. ult. C. de pact. pign.

canales, los caños, aguaduchos, y todas las otras cosas que solian ser acostumbradas para el servicio de aquella casa, estén dentro de ella ó fuera. Y tambien los ladrillos, piedra, teja y madera que estuviesen puestos ó movidos en la misma casa, si fueren de ella. Pero si los mismos materiales no estuvieren ó hubieren estado puestos en la casa, no entran en la venta, aunque el vendedor los hubiese comprado y llevado á la casa para ponerlos en ella, *l. 28, d. tit. 5, P. 5* (1). Y la misma distincion pone la *ley 31, d. tit. 5* (2), en las pérticas ó palos para levantar las vides, de que entran los que estuvieren metidos, y los que habiendo estado están separados para volverlos á poner, y no los otros, aunque estuviesen destinados y preparados para meterlos. Ni tampoco entran, si que se quedan en el dominio del vendedor, los peces que se hallaren en alguna fuente ó balsa de la casa ó heredad vendida, ni las gallinas, ni otras aves ó bestias que hubiere en ella, *l. 30 d. tit. 5* (3). Ni los muebles que no están unidos á la casa, como las mesas, armarios, cubas ó tinajas que no estuvieren fincadas ó soterradas en la casa; pero si estuvieren, entran en la venta, y pertenecen al comprador, *l. 29, d. tit. 5*.

24. No encontramos en nuestras leyes tocadas las cuestiones de si, vendida una caballería, se entienden vendidos sus aparejos que entonces tiene; y vendida una vaca, yegua ú oveja, su parto reciente. Las resolvimos, atendido el Derecho romano, en nuestro *Digesto, lib. 19, tit. 1, n. 8*. Seguiríamos en España, cuando sucediese el caso, lo que allí decimos, por parecernos buenas las razones en que nos fundamos. Nuestra resolucion fué allí en la cuestion I, que los aparejos se entienden vendidos, si se pusieron á la caballería para

(1) L. 17, § 10, de act. emp. et vend. — (2) D. l. 17, § 11. —
(3) L. 15, de act. empt.

el fin de venderla; pero no, si se pusiesen por causa de hacer viaje ó trabajar. Y en la II, que el parto no entra en la venta de su madre, ni en otro contrato ó acto en que se transfiera el dominio, y entra en los que no se transfiera. Y ahora añadimos la aplicacion, que tambien entrará el parto cuando se transfiera el dominio, si es de aquellos que no nos pueden servir para comerlos; porque en estos no puede ser la intencion de los contrayentes separarlos de sus madres; pero bien puede ser en los otros. Vendido un campo, dice una ley romana (1) entenderse vendido el estiércol destinado á su cultivo.

25. Perfeccionada la venta, pertenece desde entonces al comprador todo el detrimento ó perjuicio que haya sucedido en la cosa vendida sin culpa del vendedor, aunque todavía no hubiese pasado el dominio de ella al comprador; y de la misma manera es suyo todo el beneficio de aumento ó mejora que tenga la cosa; pues guisada cosa es que á quien pertenece el peligro ó daño, le pertenezca tambien el provecho, *l. 23, d. tit. 5* (2). Pero si hubiese pacto de que el peligro fuese del vendedor, si el daño ocurría antes del entrego, á él le pertenecería, como tambien si él tuviese culpa, *l. 39, d. tit. 5* (3), ó tardanza en entregarla. Y obsérvese que, si despues de la tardanza del vendedor, y no habiéndose perdido todavía la cosa, la quisiese entregar, y el comprador tardase sin quererla recibir, y despues sucediese el daño, seria suyo; porque esta última tardanza avino por su culpa, *l. 27, d. tit. 5* (4).

26. Si las cosas vendidas fuesen de aquellas que se suelen gustar antes de comprarse, y se venden al peso ó medida, y se perdiesen ó empeorasen antes de ser

(1) L. 17, § 2, eod. — (2) § 3, Inst. de empt. et vend. — (3) L. 15, de per. et com. rei vend. — (4) L. 17, de per. et com. rei vend.

gustadas, pesadas ó medidas, seria el peligro del vendedor y no del comprador, aunque ambos se hubiesen convenido ya en el precio. Mas si sucediese el daño despues de gustadas, pesadas ó medidas, ya seria del comprador (1). Y lo mismo debe decirse ex el caso que, habiendo señalado los contrayentes dia en que se gustasen, pesasen ó midiesen, no acudiese aquel dia el comprador, y despues se perdiesen ó menguasen. Y tambien quando no habiendo dia señalado, requirió el vendedor delante de testigos al comprador que acudiese á gustarlas, pesarlas ó medirlas, y no lo hiciese; y de allí en adelante sucediere el daño, *l. 24, d. tit. 5*, la cual añade varias particularidades, á saber: I Que no acudiendo el comprador requerido, pueda el vendedor vender la cosa á otro, y el mengabo que tuviere en esta venta, recobrarlo del comprador, que por ser moroso tuvo la culpa. II Que asimismo da facultad de alquilar otros vasos ó cubas á costa tambien del comprador, si necesitara aquellos en que estaba el vino vendido. Y si por ventura no hallare vasos que alquilar, y los hubiere menester para poner otro fruto sin tener donde meterle, podrá echar en la calle ó camino lo que tenia vendido, pesándolo ó midiéndolo antes. III Que si la venta fuese hecha de oro, plata, cibera, esto es, trigo ú otra cosa semejante que se suele vender á peso ó medida tan solamente, y antes de ser pesada ó medida acaeciese el peligro de perderse toda ó parte de ella, seria del vendedor el peligro. Pero si conservándose la cosa, sucediere que el precio de las de aquella clase abaratase ó se encareciese, la mejoría ó el mengabo que habria por esta razon seria del comprador tan solamente, es decir, que si bajare el precio, deberá pagarle entero, segun la convencion, y si subiere, no ha de pagar mas que el convenido, como lo

(1) *L. 35, § 5, de contr. empt.*

explica Greg. Lop, en la *glosa 11 de la misma ley 24*, recomendando mucho esta doctrina, y tambien la recomienda Hermosilla en la *glosa 4 de d. l. n. 7*, diciendo ambos en su conformidad que estas ventas no se entienden perfectas en cuanto al peligro ; pero sí en cuanto al aumento ó baja del precio.

27. Lo que acabamos de decir en el *n. antecedente*, ha de entenderse de las ventas que se hacen con respecto al peso ó la medida, esto es, á tanto por arroba de aceite ó cántaro de vino. Pero si se hicieren ayuntadamente á la vista, no pesándolas ni midiéndolas, como si uno vendiere de un golpe todo el vino de una bodega, ó aceite de algun almacen, pertenece al comprador todo el daño ó provecho que acaeciére despues de haberse convenido, como sucede generalmente en las ventas de las cosas que no se pesan ni miden, *l. 25, d. tít. 5, P. 5*, segun hemos dicho en el *n. 25 (1)*. Si la venta se hiciere bajo de condicion, y la cosa vendida se empeorase ó mejorase antes de cumplirse la condicion, pertenece al comprador el daño ó perjuicio. Pero si se perdiese ó destruyese toda por cualquiera manera que fuese, el daño seria del vendedor, *l. 26, d. tít. 5 (2)*. La razon de la diferencia consiste en que la retrotraccion de la condicion, que es la que daña al comprador en el primer caso, no puede tener cabida en el segundo, por faltar el objeto en que debia obrar.

28. Tiene obligacion el vendedor de entregar la cosa al comprador de manera que, si algun otro se la quisiera embargar, ó moverle pleito, se la debe hacer sana ó segura. A esto se suele llamar estar tenido de eviccion, ó á la eviccion ó saneamiento, esto es, á que no se le quitará la cosa al comprador. Veamos los

(1) L. 35, § 5, de contr. empt. — (2) L. 8, de per. et com. rei vend.

efectos de esta obligacion. Luego que al comprador le movieren pleito, debe hacerlo saber al que se la vendió, ó lo mas tarde antes de la publicacion de probanzas. Y si alguno no lo hiciese saber así al vendedor, y fuese vencido en el pleito, no podrá pedir el precio á aquel que se la vendió ni á sus herederos. Mas si se lo hiciese saber y el vendedor no le amparase, ó le pudiere defender en derecho, está este obligado á tornarle el precio que recibió de él por la cosa que le vendió, con todos los daños y menoscabos que le vinieron por esta razon. Y si por ventura, cuando se vendió la cosa se obligó el vendedor á la pena del doble, si no defendia al comprador, le deberá pagar no el doble del precio que recibió, sino el doble de la cosa vendida, aunque mas valiese, *l. 32, d. tit. 5.*

29. Si uno vendiere á otro una cosa ajena, puede su dueño demandarla al comprador. Pero si este emplazase al vendedor para que viniese á defenderle, y responder á la demanda, y con efecto viniese y entrase en juicio con el dueño, como si tuviere la cosa, deberá el dueño pleitear con él, dejando en paz al que la compró. Pero si el vendedor no quisiere entrar en el pleito, podrá el dueño litigar con el comprador, quedándole á este salvo su derecho para precisar en juicio al vendedor que le haga sana la cosa que le vendió, *l. 33, d. tit. 5.* Si vendiere alguno todo el derecho que tenía á los bienes que heredó de otro, y el comprador fuere vencido en juicio en razon de alguna cosa de dichos bienes, no habia derecho para poder reconvenir al vendedor por la eviccion. Lo contrario seria si le vencieren por toda la herencia, en cuyo caso deberia hacer sana la venta, ó restituir el precio con los daños y menoscabos. Si comprare alguno todas las rentas de alguna heredad ú otra generalidad, tendrá derecho por la eviccion á que le sane de todos los daños el vendedor si le venciere en

contratos onerosos, cuando al que recibió alguna cosa se le quita ó embaraza su uso por otro, en cuyo caso podrá este recurrir contra el que se la dió, para que se la sanee. Le tendrá pues en los arrendamientos, Guzman, *de eviction. quæst.* 24, n. 2; en las permutas, l. 4, *tít.* 6, P. 5, el mismo Guzman, *quæst.* 29, n. 6. Gomez 2, *var. cap.* 2, n. 33 (1), en la dacion en pago de deuda, el mismo Gomez en *dicho* n. 33, y Guzman en la *quæst.* 28, nn. 10 y siguientes (2); y en los juicios divisorios, Gomez en *d. n.* 33, y Guzman *quæst.* 33, n. 6 (3). En las divisiones de herencias previene la ley 9, *tít.* 15, P. 6, que si se hacen ante el juez, mande este despues que fuese hecha, que las partes se afiancen mutuamente la eviccion. Pero que si el mismo padre ó testador hiciere en vida la division, no tenga esta lugar; cuya última doctrina limita Gregor. Lop. en la glosa 2 de d. l. á que no se entienda cuando constare que el testador quiso la igualdad entre sus herederos. Y con mayoría de razon debe limitarse al caso en que, negándose la eviccion, quedase el hijo perjudicado en su legítima. En las transacciones ó concordias tendrá lugar la eviccion, si á uno de los transigentes se le dió para que transigiera alguna cosa no litigiosa ó comprendida en la transaccion, y se le quitase en juicio: pero no si la cosa quitada era una de aquellas que eran objeto de la transaccion, Gomez *d. cap.* 2, n. 38 (4). En la dote habrá lugar á la eviccion, si la cosa se dió estimada con estimacion que hizo compra, ó empezó por promesa que obligó al promitente, ó el dotante fué el padre que tiene obligacion de dotar, Guzman *quæst.* 26, Gomez *d. cap.* 2, n. 37 (5). Al que tiene la cosa por título-lucrativo no le compete por lo regular la eviccion; pero si alguna vez, como por ejemplo,

(1) L. 29, C. de evic. — (2) L. 4, C. de evic. — (3) L. 14, C. de her. — (4) L. 33, C. de transact. — (5) L. 1, C. de jur. dot.

la tiene el legatario á quien se legó una cosa en general, y se le quitó la que le habia dado el heredero, entonces deberá darle otra, Guzman *quæst.* 27, *n.* 3, y lo probamos bien en *nuestro Digesto lib.* 21, *tít.* 2, *n.* 11; y sucederá lo mismo siempre que el que adquirió la cosa por título lucrativo, tiene derecho para pedirla de nuevo ó su equivalente.

33. Tiene tambien el vendedor obligacion de manifestar los vicios ó defectos de la cosa que vende. Si no los manifestare, tiene el comprador derecho y accion dentro de seis meses para tornar la cosa al vendedor, y recobrar del mismo el precio que hubiere dado por ella. Y si dejare pasar los seis meses sin intentar esta accion, queda válida la venta; pero hasta cumplir un año puede hacer uso de otra accion que le compete, para que el vendedor le restituya tanta parte del precio, cuanta se hallase que valia menos la cosa, por razon del vicio ocultado. Estos plazos de seis meses y un año se empiezan á contar desde el dia en que se hizo la venta, *l.* 65, *d.* *tít.* 5, *P.* 5; lo que entiende con razon Greg. Lop. en la *glosa* 11 de esta misma ley, en el caso de que en dicho dia observase, ó tuviese noticia el comprador del vicio; pues desde entonces y no antes debe contarse el tiempo, segun aquellas palabras del principio de la misma ley: *Luego que el comprador la entendiere.* En la práctica se dan á estas acciones los mismos nombres que tenian por las leyes romanas, llamando á la primera *redibitoria*, y á la otra *quantum minoris*. Habla esta ley 65 de bestias vendidas, y la 63 de las ventas de bienes sitios ó raices, y dice que, si uno vende casa ó torre que debe servidumbre, callando esta carga, sin avisársela al comprador, puede este deshacer la venta, y está tenido el vendedor á volverle el precio con los daños y menoscabos que le hubiese causado; y no nombra la accion *quantum minoris*. Pero comentándola Greg. Lop. dice en la *glosa* 4 que por esta ley puede el

comprador elegir la *redibitoria*, ó la *quanti minoris*; y en cuanto á la *d. 63* añade en la *glosa 5* que se entenderá lo que expresa de daños y menoscabos, si el vendedor tenia noticia de la carga cuando vendió, no si la ignoraba. En las ventas de bestias solo se vuelve el precio, aunque el vendedor sepa el vicio al tiempo de hacerlas, segun *d. l. 65*. Pero Hermosilla comentándola, quiere que en este caso deba el vendedor pagar al comprador cuanto interesare. No nos disgusta esta opinion en cuanto á la equidad; y se podrá decir habló la ley menos de lo que quiso, no expresando daños y menoscabos; y con efecto así lo dispone *d. l. 63* en las ventas de bienes sitios, como acabamos de decir. La misma *ley 65* parece exigir, para que se den las acciones, que el vendedor sepa la enfermedad ó tacha de la bestia, diciendo *si lo sabe el vendedor*. Pero Greg. Lop. en su *glosa 4*, y Hermosilla en la *adicion* juzga ser lo mismo si la ignorare; de suerte que sea como por ejemplo lo que dice la ley. Es conforme á la ley romana (1) que lo funda bien.

34. Si al tiempo de vender la cosa manifestara el vendedor al comprador el vicio que tenia, de modo que, siendo este sabedor le placiese la compra, y recibiese la cosa dando el precio, no estaria el vendedor sujeto á ninguna de las acciones referidas. Y eso mismo seria si se aviniesen en el precio ambos, y la venta fuese hecha en términos que por tacha que tuviese la bestia, no la pudiese desechar el comprador, *l. 66, d. tit. 5*; y en su *glosa 2* dice Greg. Lop. que esta última doctrina debe entenderse en el caso que el vendedor ignorase que la bestia tenia vicio, tomando argumento de algunas leyes romanas, á las que tenia tan extraordinario afecto como manifiestan todas sus glosas. Pero si el vendedor decia generalmente que la bestia tenia

(1) L. 1, § de ædil. edic.

tachas, y encubria la que habia, callando, ó diciéndolas envueltas con otras engañosamente, de manera que el comprador no pudiese enterarse, estaria obligado á las dos acciones expresadas, *d. l. 66*. Si el vicio está patente á la vista conociéndolo el comprador, no hay acciones. No hallamos en nuestras leyes decidido este caso; pero lo dice Greg. Lop. en la *glos. 1 de d. l. 66*, fundado en leyes romanas (1), que dan la buena razon de darse las acciones para precaver que sea engañado el comprador; y entouces él mismo se engaña.

35. La *ley 67 y última de d. tit. 5* contiene dos especies: I Que si el comprador habiendo comprado la cosa la empeñase á otro, y despues se deshiciese la venta por alguna de las dos razones que hemos visto, entonces el que la tomó á peños la debe volver al vendedor cuya fué, y puede pedir al comprador que la empeñó, que le pague lo que dió sobre ella á peños. II Que si alguno empeñase á otro alguna cosa, obligándose á no poderla vender, dar ni enajenar en manera alguna, hasta que la tuviese ya quita ó libre, y despues que la empeñó, la vendiese á otro, no valdria la venta. Y advertimos que en los cambios ó permutas tiene tambien lugar quanto llevamos dicho sobre las acciones *redibitoria* y *quanti minoris*, *l. 4. tit. 6, P. 5*.

36. Como la equidad dicta que haya igualdad entre el precio y la cosa vendida, y por otra parte la pública utilidad exige que se cumplan y sean valederos los contratos, hallamos establecido sobre desigualdad que, si esta fuere en mas de la mitad del justo precio, puede rescindir-se la venta; pero no si es menor. En la *l. 56, tit. 5, P. 5; y 2, tit. 10, lib. 10 de la Nov. Rec. (2)*, se previene que, si el vendedor fué engañado en mas de la mitad del precio, como si vendió por menos de cinco

(1) *L. 1, § 6, de ædil. edic. et alibi.* (2) *L. 2, C. de rescind. vend.*

Lo que valia diez, debe el comprador, ó suplir el precio justo que valia la cosa cuando la compró, ó dejársela al vendedor, recobrando de este el precio que le dió. Y si el engañado fué el comprador, porque compró por mas de quince lo que valia diez, está obligado el vendedor á restituir el exceso del justo precio que llevó, ó tomar la cosa que vendió, tornando al comprador el precio que recibió: de suerte que siempre está en arbitrio del que engañó tomar uno de los medios indicados. Y añade *d. l. 2* que tambien debe guardarse lo que va dicho en las ventas, cambios y otros contratos semejables, aunque se hagan por almoneda desde el dia en que fueren hechos, hasta en cuatro años, y no despues. Si se puede renunciar este beneficio, lo trata Anton. Gom. 2, *var. cap. 2, n. 26*, y mas latamente el Sr. Covar. 2, *var. cap. 4*, en donde solo juzga válidas aquellas renunciias, que son especiales y hechas por los que sabian el justo precio de la cosa. Los oficiales de cantería, albañilería, carpintería y otros que toman obras á destajo ó en almoneda, no pueden alegar este engaño por la razon de ser expertos, *l. 4, d. tit. 1*. Cuya excepcion manifiesta claramente tener tambien lugar este remedio en los arriendos; porque de otra suerte seria importuna. Si el engaño no llega á ser de mas de la mitad, subsiste el contrato sin estar sujeto á rescision. *l. 3, d. tit. 1*.

37. Ahora que ya se tiene alguna nocion de lo que son contratos, nos parece oportuno hablar de dos cosas dignas de saberse, y que deben entenderse en todos. Es la I, que en todo contrato han de considerarse algunas circunstancias, de las cuales unas son esenciales, otras naturales, y otras accidentales. De todas pondremos ejemplos en el contrato que acabamos de explicar. Circunstancia esencial ó perteneciente á la esencia ó ser del contrato, es el precio. Si esta falta, ya no hay venta sino donacion, aunque se usase de la palabra

venta, como si dijera Pedro : *Te vendo mi caballo de balde*. Natural es aquella que pertenece á la naturaleza ordinaria del contrato , es decir, que aunque no se explique se entiende ; pero si falta ó se excluye por voluntad de los contrayentes no tiene lugar , y permanece el contrato : tal es la de estar tenido á la eviccion el vendedor. Y accidental es la que no la exige la naturaleza del contrato , y solo está por la mera voluntad de los contrayentes ; y por ello nada altera la naturaleza del contrato : cual seria que el precio se hubiese de pagar en moneda de oro ú de plata.

38. La II cosa que queremos advertir es á qué grado llega en cada contrato la obligacion de los contrayentes. Para ello conviene saber antes que son cinco las cosas de cuya prestacion puede dudarse, *L. 11, tit. 33, P. 7*, y son, dolo, culpa lata, leve, levisima y caso fortuito ú ocasion que sucede por aventura, que no se puede precaver. Dolo, al que las leyes de la Partida llaman engaño, es *maquinacion que se hace para engañar á otro*. Culpa, *hecho con que se daña á otro sin razon ; pero sin intencion de dañarle*. Y caso fortuito, *aventura que no puede precaverse*. De la culpa hay tres especies, lata, leve y levisima. La lata es como grande y manifiesta culpa ó necesidad, que es semejante al engaño, cuando uno deja de poner el cuidado que pone cualquier hombre regular. Leve es la mediana, cuando uno no cuida como los hombres diligentes. Y levisima es, no cuidar como cuidan los hombres diligentísimos. Esto supuesto, debe saberse que esta locucion prestar el dolo, la culpa ó el caso fortuito, es figurada y significa prestar el daño ocasionado por el dolo, ó la culpa, ó el caso fortuito. Bajo esta advertencia decimos que en todos los contratos se presta el dolo, y en ninguno el caso fortuito. Y en cuanto á la culpa, se presta la lata tan solamente, cuando toda la utilidad es del que da la cosa ; la leve, cuando la utilidad es de

ambos; y la levísima, cuando es solo del que recibe, l. 2, tit. 2, P. 5, de suerte que la lata se presta en todos. Segun ello, en este contrato de compra y venta se presta la culpa leve. Pero nótese que, si se hallare culpa ó tardanza en el que debe restituir, sea cual fuere el contrato, estará obligado á prestar el caso fortuito que viniere despues, y que la convencion de los contrayentes hace que á su tenor se preste mas ó menos de lo que corresponde á la naturaleza del contrato, como lo advertiremos en alguno de los contratos en que halle-mos apoye de nuestras leyes. Solo no tiene lugar la convencion de que no se preste el dolo, que es nula por contraria á las buenas costumbres, á causa de que presta así para delinquir.

TITULO XI.

DE LOS RETRACTOS.

Tít. 13, lib. 10 de la Nov. Rec.

1. Qué sea retracto, y sus especies.
2. Qué sea retracto de sangre, y la razon de su introduccion.
3. A quién y contra quién compete.
4. Ahora, no queriendo ó no pudiendo usar de él el mas próximo pariente, pasa al que sigue hasta el cuarto grado, y cómo se cuentan estos.
5. Respecto de quién se considera la proximidad, y cómo hay lugar á la representacion.
6. Qué sucede cuando son muchos los que están en el grado mas próximo.
7. No da prelación el que sea doble el parentesco.
8. No puede cederse el derecho de retracto, ni competer á monasterios; pero compete á los hijos desheredados, á los naturales y á los que renunciaron la sucesion.
- 9, 10, 11, 12, 13, 14. De la materia del retracto.
15. Cuáles son los títulos de enajenacion que dan lugar al retracto.
16. Se conceden nueve días para retraer.
- 17, 18, 19. Desde cuándo se han de contar los nueve días.
20. De las solemnidades que se requieren en este retracto.

- 21, 22, 23, 24. Del retracto de los inmuebles, y si tiene lugar en las cosas muebles.
 25. De los retractos que competen al dueño directo y al superficial, y de la prelacion entre los retractos.
 26, 27, 28. Del retracto convencional.
 29. Efecto general de todos los retractos.

1. El asunto de este título, como perteneciente á compras y ventas, podia muy bien haberse incluido en el antecedente; pero la grande extension de aquel, y las muchas útiles cuestiones que se ofrecen con frecuencia en los tribunales sobre retractos, nos han hecho creer ser mas conveniente tratar de ellos en título separado. Retracto en general es *redencion ó nueva compra de la cosa que se habia vendido, por el mismo precio que se vendió, hecha por alguno á quien esto se ha concedido por ley, costumbre ó pacto*. Son varias sus especies; pero el mas famoso y frecuente en nuestra España es el que suele llamarse *legítimo, gñtilicio ó de sangre*, ó con mas frecuencia, *de abolengo*, á causa de concederle la ley por razon de la sangre ó parentesco. Su origen es antiquísimo y muy recomendable; pues ya estuvo en observancia en la ley de Moises, como se lee en el *Levítico, cap. 25, vers. 25*: *Si attenuatus frater tuus vendiderit possessiunculam suam, et voluerit propinquus ejus, potest redimere quod ille vendiderat*. Los romanos le recibieron tambien, aunque despues le reprobaron, como todos los otros retractos, segun puede verse en la brevísima historia que de ello ponemos al principio del apéndice de *retractibus* en nuestras *Instituciones romano-hisp.*

2. Se puede definir el derecho de este retracto diciendo ser *derecho que compete á los mas próximos parientes del vendedor, constituidos dentro del cuarto grado, para redimir los bienes raíces de sus abuelos ó padres, ofreciendo al comprador el mismo precio por el que les habia comprado*. La razon de su introduccion es socorrer á la grande aficion que todos tenemos á las pose-

siones de nuestros antepasados, de la cual refiere considerables testimonios Manuel Gonzalez (1). Nuestras leyes han atendido tanto á esta afición, que han establecido varias reglas en su razon. Ante todas cosas debe tenerse presente que han concedido este derecho á los parientes dentro del cuarto grado del vendedor, que vendió á un extraño las posesiones de sus abuelos ó padres, *l. 1, tit. 13, lib. 10 de la Nov. Rec.* Pero adviértase que solo compete á aquellos parientes que descienden del ascendiente de quien se deriva la cosa vendida, *d. l. 1* que dice *y alguno de aquel abolengo la quisiere.*

3. Por cuanto la referida razon que introdujo el retracto, tanto es mas llena, cuanto es mayor la proximidad del parentesco, y nuestras leyes que le establecieron, prefieren manifestamente los mas cercanos parientes á los mas remotos, nos parece muy bien lo que dicen Antonio Gomez en la *l. 70 con las cinco siguientes de Toro* (9, 10, 11, 12, 13 y 14, *d. tit. 13*); Hermos. en la *l. 55, tit. 5, P. 5, glos. 5*; y Matienz. en la *d. l. 1 del tit. 13, glos. 5, desde el n. 8*, que tambien compete este derecho á los parientes mas próximos del vendedor, cuando este vendió la cosa, no á un extraño, sino á un pariente mas remoto. Pero lo que añaden los mismos que podrá un pariente retraer por la mitad la cosa vendida á otro pariente de igual grado tiene mayor dificultad, como lo conoció Azeved. en *d. l. 1, n. 59*, aunque no se atrevió á apartarse de su opinion. Respetamos la autoridad de tan insignes intérpretes; pero siempre nos ha parecido mas probable la contraria sentencia. Porque además que la materia de los retractos no es favorable, sino odiosa, como citando á muchos lo confiesa el mismo Hermosilla en *d. l. 55, glos. 4*, y de consiguiente no se debe

(1) In cap. 8 extra de in integr. restit.

ampliar sino estrechar; no hay cosa mas segura en el Derecho de que en caso de duda es mejor la condicion del que posee (1), y mas cuando se disputa del lucro entre dos (2). Cuya sólida razon la comprueba claramente en esta misma materia de retractos la *ley 55, tit. 5, P. 5*, cuando vendiendo uno á su comunero la parte suya, niega el retracto á los otros comuneros que le tendrian si la vendiese á un extraño, como enseñan muy bien el propio Hermosilla en *dicha l. 55*, y Greg. Lop. en el *mismo lugar*. Y con efecto, no es fácil señalar razon alguna de diferencia entre los dos casos. Por otra parte en esta sentencia, ni sale la cosa vendida de la parentela, ni se turba el orden del parentesco, de suerte que por ninguna parte que se mire da lugar á justa queja.

4. Antiguamente en el derecho de retraer no tenia lugar lo que los romanos llamaron edicto sucesorio, esto es, no queriendo retraer el pariente mas próximo quedaba salva la venta, sin pasar el derecho al siguiente grado, si no es que el mas próximo estuviese ausente del lugar del contrato, como lo dispuso la *ley del Fuero*, transcrita en la *d. l. 1, tit. 13*. Pero despues se corrigió esto por la *ley 7, tit. 13 (73 de Toro)*, mandando que no queriendo, ó no pudiendo retraer el pariente mas cercano, lo pudiese hacer el siguiente en grado hasta el cuarto. En el contar los grados juzgan comunmente nuestros autores que debe seguirse la computacion civil, porque la canónica solo se sigue en las causas de matrimonio, Azevedo en *d. l. 7, n. 6*; Matienzo en *d. l. 1, glos. 5, n. 7*. Pero Parlador. en la *diferencia 109, § 3, n. 14 y siguientes* defiende con argumentos de tanto peso la contraria opinion, que nos parece muy probable. Si el mas próximo pariente está presente cuando se hace la venta

(1) L. 128, de div. reg. jur. — (2) L. 126, eod.

á un extraño y calla, no se entiende por eso que renuncia el derecho de retraer, como lo prueba Gomez en *d. l. 73 de Toro, n. 20.*

5. La proximidad del parentesco, por la que se concede el derecho de retraer, se ha de considerar con respecto al vendedor, *l. 2, tit. 13*, que dice *Otro pariente propincuo del vendedor*. De ahí es que, si el hijo y el hermano del vendedor disputan para retraer una cosa, que ya fué del padre del vendedor, debe ser preferido el hijo, *d. l. 2*. Y de que la ley llame el mas próximo, no hemos de inferir que quiso excluir la representación, *Molin. de Hispan. primog. lib. 3, cap. 8, n. 11*, como en las sucesiones intestadas, que tambien se conceden á los mas próximos, no está excluida; y tiene lugar en la línea recta *in infinitum*, como suele decirse; y en la transversa hasta los hijos de los hermanos inclusive, segun dijimos en el *lib. 2, tit. 8, nn. 3 y 7*. Cuya doctrina aprobada allí por nuestras leyes, debe admitirse aquí en *d. l. 1*, porque los derechos del retracto en admitir los parientes mas próximos, están conformes con los de las sucesiones intestadas, como lo advierte Azevedo en *d. l. 7, n. 4*; Hermosil. en la *ley 55, tit. 5, P. 5, glos. 8, n. 56*, y otros. Dijimos en admitir los parientes mas próximos, porque en lo demás no lo están enteramente; á lo menos no lo estaban antes en que el derecho á la sucesion intestada llegaba hasta el grado décimo.

6. Si concurrieren á retraer dos ó mas parientes de igual grado, todos serán admitidos, y se partirán la cosa, *d. l. 1, tit. 13*, si no es que la cosa fuese indivisible, en cuyo caso habria lugar á la licitacion, y se la llevaria el que ofreció mas, *Azev. en d. l. 1, nn. 50 y 51*. Y si uno solo acudiere á retraer, se la llevará toda, aunque sea divisible, sin que se le precise á requerir á los otros, si la quieren tambien, ni dar en su razon fiador alguno. Pero si los demás vinieren des-

pues del retracto dentro del término legítimo, serán admitidos, y sacará cada uno su parte al que retrajo, como lo prueba el mismo Azevedo en *d. l. 1, n. 46 y siguientes*. No es contraria esta sentencia á la que hemos abrazado arriba *n. 3, vers. Respetamos*, porque en aquella venta no estuvo la cosa sujeta á los derechos del retracto, y en esta quedó sujeta, y estándolo á ninguno se le puede quitar.

7. El doble vínculo de parentesco no da prelacion entre los que están en igual grado. La solidez de esta sentencia se ve clara en el siguiente ejemplo: Pedro me tiene á mí hermano de ambos lados de padre y de madre, y á Juan que solo lo es de parte de padre; y habiendo vendido á un extraño una cosa de nuestro abuelo, concurrimos los dos hermanos á retraerla; no tendré yo preferencia alguna. Nos mueve á pensar así la razon inductiva del retracto, manifestada arriba *nn. 1 y 2*, que concurre con igualdad entre nosotros dos, como lo observará cualquiera que lo considere. No nos embaraza la única razon, por la que Hermosilla en *d. glos. 8, n. 58*, y Matienzo en *d. l. 1, glos. 4, n. 3* con otros defienden lo contrario, de que los derechos de retraer se gobiernan por los de la sucesion intestada; porque segun hemos indicado al *n. 5* engaña alguna vez. Y en lo que tratamos no puede tener lugar, por ser muy diferente en un caso y otro la consideracion que nos precisa á seguir nuestra opinion. En la sucesion intestada de Pedro seria yo preferido á Juan, porque sus bienes se considerarian como que eran de él, sin respeto alguno de si venian ó no de su padre; y de él soy yo mas estrechamente pariente, por serlo de ambos lados. Pero en el derecho de retraer se consideran, como que le vinieron de su padre; y este tanto era padre de Juan como mio. Por solo lo que llevamos dicho, nos plació por la primera vez nuestra opinion, cuando estábamos

formando el apéndice de *retractibus*, que va en nuestra *Institucion romano-hispana*, y luego nos asustó haber tropezado con la ley 13, *tít. 10, lib. 3 del Fuero-real*, que manifiestamente da prelacion al pariente de doble vínculo. Pero calmó presto el susto con mucha satisfaccion nuestra por haber observado que *d. l. 13* está transcrita en la 1 *del tít. 13*, variadas ó corregidas las palabras de prelacion. Las de *d. l. 13* son estas: *Y si dos ó mas la quisieren, que son en igual grado de parentesco, háyala el mas propincuo*; y las de *d. l. 7* las que se siguen: *Y si dos ó mas la quisieren si son en igual grado de parentesco, pártanla entre sí; y si no fueren en igual grado, háyala el mas propincuo*. ¿Quién no ve que por estas palabras solo se concede prelacion al que es mas próximo en el grado?

8. Siendo la causa de este retracto que la cosa no salga de la parentela, claro está que el que tiene este derecho no puede cederle á un extraño. Ni puede tenerle el monasterio en que hubiere profesado el pariente, porque la doctrina que el monasterio sostiene y representa la persona del que profesó, no tiene lugar en las cosas personalísimas, que resisten toda representacion, y no tiene cabida en la persona fingida, que es el monasterio, Azev. en *d. l. 1, n. 26*; Gom. en *d. l. 73 de Toro, n. 8*. Y ahora se añade en exclusion del monasterio la *pragmática del año 1792, que es la ley 17, tít. 20, lib. 10 de la Nov. Rec.*, que le excluye de la sucesion intestada, como vimos en este *tít. 2, tít. 8, n. 12*. Pero sí que compete á los hijos naturales y á los desheredados, como tambien á los que hubieren renunciado la sucesion de su padre, como lo prueba Gom. en *d. l. 73 de Toro, n. 4, 5 y 6*.

9. La materia de este retracto son las cosas ó bienes raíces que estuvieron en el patrimonio de los abuelo: ó padres comunes del que las vende, y del que las retrae, *d. l. 1 y 3, d. tít. 13*. Y no es menester lo

hayan estado en los de los dos : basta en cualquiera de ellos, porque las leyes hablan disyuntivamente, *d. l. 1, 2 y 5, d. tit. 13*, que dice *patrimonio ó abolengo*. Gomez en *d. l. 73 de Toro, n. 3*, en donde trata latamente la cuestion, resuelve, bastará que hayan estado en solo el del padre, si este las conservó hasta su muerte; pero cuando enajena durante su vida las que adquirió con su propio trabajo ó industria, no están sujetas al retracto. Hemos dicho que solo las cosas raíces ó inmuebles son materia del retracto; pues aunque la *ley 4 y siguientes, d. tit. 13* usen de la palabra generalísima *cosa*, que comprende tanto las muebles como las inmuebles; la 7, á la que se refieren las demás, usó de la palabra *heredad*, que segun el uso comun no se acomoda á las muebles, Matienzo en *d. l. 1, tit. 13, glosa 1, nn. 1, 2, 3*; Azev. en la misma, *nn. 7, 8, 9*, en donde lleva en comprobacion la *l. 230 del Estilo*, la cual dice *las heredades y otras cosas raíces*: y añade no haber duda en esto. Fuera de esto la razon de afeccion, en que estriba el derecho de retracto, no suele recaer sobre las cosas muebles, Azev. en el lugar citado; Hermosilla en *d. l. 55, tit. 5, P. 5; glos. 4, n. 7*.

10. La *l. 3 de d. tit. 13* exige para que competa el retracto, que el vendedor hubiese heredado la cosa que vende, de sus padres ó de sus parientes, excluyéndole cuando la hubiere comprado ó habido por trueque, donacion ó por otra manera. Pero meditada bien esta ley con respecto á la razon que ha introducido el retracto, juzgamos deberse entender esta exclusion de adquisiciones por títulos singulares, cuando vienen estos de extraños y no de los ascendientes. Pongamos para mayor claridad ejemplos : Vende Pedro un campo que habia adquirido por venta ó donacion que le hizo Juan : no tiene Diego, hijo de Pedro, derecho para retraerle. Por lo contrario lo tendrá, si dicho su padre

Pedro le hubo, porque su padre ó abuelo Francisco se lo legó ó dió en donacion *propter nuptias*, ó en mejoras, ó en dote, si fuere hembra. Así lo siente Gomez en *d. l. 73, n. 3, vers. Sed*. Y lo convence la consideracion de que en este caso el campo ya era familiar ó de parentela en la persona de Pedro, cuya calidad no pudo alterar el título singular con que lo adquirió, como dimanante de un ascendiente suyo; y mientras la conserva, siempre está sujeta al retracto. El hacer la ley mencion de solo el título de herencia, es por ser el regular de conseguir los hijos los bienes de sus padres. Esta misma razon de que cuando conserva la cosa la calidad de familiar, puede siempre ser retraida, dió justo fundamento á Matienz, para decir en *d. l. 1, glos. 8, n. 10* que, si un pariente retraia la cosa vendida á un extraño, quedaba esta sujeta al retracto, sin embargo de que el retrayente no la adquirió de pariente suyo por título de herencia, sino por el singular de venta, como subrogado en lugar del comprador extraño de quien la retrajo. Le quiso censurar por esto Azev. en *d. l. 1, n. 77*; pero sin razon, movido solo por la certeza de las palabras de *d. l. 3*.

11. En tanto son materia del retracto las cosas, en cuanto no han llegado á salir del patrimonio ó descendencia del ascendiente del que vende y el que retrae; porque si han sido ya vendidas á un extraño, sin que pariente alguno haya querido ó podido retraerlas, se pueden vender libremente sin sujecion á retracto, aunque hayan vuelto despues al pariente que las vendió al extraño: si no es que volvieren por causa de la venta que él hizo, como por pacto de retroventa, ó de la ley comisoria. Es la razon, porque toda vez que la cosa se hizo ya de libre enajenacion, así permanece; y mudada la calidad de la persona, se muda la de la cosa (1). Así lo prueban con muchas razones Gom. en la

(1) L. 90, § 1, de adq. v. om. her.

l. 70 de Toro, n. 24; Azev. en *d. l. nn 75 y 76*; Matienzo en *la misma l. 1, glos. 8* y nadie lo duda. Pero si la cosa volvió al pariente que la vendió al extraño, por causa de esta venta hay lugar al retracto, como allí mismo prueban Azev. y Matienzo; porque vuelve á su pristina causa, sin considerarse haberse enajenado (1).

12. Si muchas cosas paternas ó patrimoniales fuesen vendidas por un solo precio para todas, no le será permitido al pariente retraer una sin las otras, sino que deberá retraerlas todas ó ninguna; pero si á cada una se le señaló su precio, retraerá las que quiere, *l. 5, d. tit. 13*; porque en el primer caso se considera una sola la venta, y en el segundo muchas (2). Y nos parecen bien dos limitaciones, ó antes declaraciones del segundo caso, que traen Azev. en *d. l. 5, n. 6*, y Matienzo tratando latamente de estas ventas en *d. l. 1, glosa 7* desde el *n. 20*. I Cuando constare que el comprador no las hubiera comprado sino todas, y no unas sin las otras; porque entonces siempre se considera una sola venta (3); de otra suerte quedaria perjudicado el comprador. II Semejante á esta: si dos cosas fueren dadas por el pariente á un extraño cada una por su precio, en pago de una deuda que le debia. Para esto es menester advertir que el dar alguna cosa en pago de deuda tambien hace lugar al retracto; porque se reputa venta, como luego veremos. Pongamos ahora el ejemplo: Pedro, que me debia 300 pesos, me da en pago sus campos patrimoniales A, B, aquel por 200, y este por 100. No podrá su pariente retraer el uno sin el otro, sino los dos al mismo tiempo; porque sin embargo de la diversidad de precios, deberá considerarse una sola venta, puesto que tambien es una sola la

(1) *L. 10, § ult. quib. mod. pign. v. hipot. solv.* — (2) *L. 34, de ac. fil. edic.* — (3) *D. l. 34.*

deuda; y se precisaria al acreedor á cobrar por partes.

13. Si de dos cosas vendidas, solamente la una fuese patrimonial, podrá el pariente retraer esta, dejando la otra en poder del comprador, tasándose por peritos el valor de la patrimonial para darlo al comprador. Pero juzgan Azev. y Molina en el *lugar arriba citado* deberse permitir á este ofrecer las dos, restituyéndosele todo el precio con el efecto, y que por esta oblacion estará obligado el pariente á tomar las dos ó ninguna. Herмосilla en *d. l. 55, tit. 5, P. 5, glosa 8, n. 54* es de dictámen con mas probabilidad que solo se le deberá precisar, cuando el comprador no hubiere tomado la tierra libre sin la patrimonial; y añade que así respondió consultado sobre este caso; y así respondió en otro semejante entre los romanos el jurisconsulto Scevola (1).

14. La cosa patrimonial vendida á un extraño, está sujeta al retracto, aunque haya pasado á muchas manos; porque la accion para retraer no es personal nativa, esto es, no nace del contrato considerado en sí solo, sin la ayuda de la ley; sino dativa de la clase de aquellas que los romanos llamaron *in rem scriptas*, que nacen inmediatamente de la ley, é imitando á las reales se dan contra cualquiera poseedor. Compete pues esta accion contra el tercer poseedor, Gomez en *d. l. 70, n. últ.*; Azevedo en *d. l. 7, n. 40*; Matienzo en la *misma l. 1, glosa 8 desde el n. 11*, sin ser del caso que este posea por título oneroso ó lucrativo. Si fuese este oneroso, por haber comprado la cosa del primer comprador, deberia el pariente que retrae, darle el precio, no de su compra, sino el de la anterior, cuando hizo la venta el pariente; porque esta fué la que dió causa al retracto. Pero no se negará al segundo com-

1) L. 47, § 1, de minor.

prador la eviccion contra el primero de quien él la compró, aunque este no la tendrá contra el pariente que se la vendió, Matienzo en *d. l. 1, n. 15* contentándose con recobrar del que retrae el precio que él pagó.

15. A este retracto da causa el contrato de compra y venta, y de él hablan todas las leyes que le conceden. El de permuta está expresamente excluido en *d. l. 1*, y por ello es libre cualquiera pariente de permutar una cosa suya patrimonial por otra, sin recelo que la retraigan: lo que se entiende, si no hubiere fraude en ello; porque si apareciere que, siendo el contrato propiamente compra, le apellidaren los contrayentes permuta para impedir el retracto, no quedaria impedido, Azeved. en *d. l. 1, n. 80*; Matienz. en *la misma en toda la glosa 10*, en que examina lata y docutamente muchos casos en que pueda presumirse fraude; Gomez 2, *var. cap. 2, n. 10* y el señor Covar. *lib. 2, var. cap. 4, n. 9*. La dacion en paga da lugar al retracto, por hacer las veces de venta (1), y porque de otra suerte, se burlaria con mucha facilidad el retracto, con sola la mutacion del nombre, Gomez en *d. l. 70, n. 20*. Cuya sentencia admiten con razon Azev. y Matienz. en *d. l. 1* cuando, segun es regular, se da una especie por deuda que se debia en dinero; porque si se diere una especie por otra, seria permutacion. En la dacion en dote tendrá lugar cuando lo fuere de bienes sítios, que se dieron estimados con estimacion que haga venta; de lo que hemos hablado tratando de las dotes.

16. El derecho de retraer dura nueve días, pasados los cuales, ya no tiene lugar, *ll. 1, 2, 4, 6 y 7, tit. 13, lib. 10 de la Nov. Rec.* Corren contra los menores, pupilos y ausentes, de modo que contra el lapso de

(1) *L. 4, C. de evict.*

estos dias no se concede restitucion alguna, *l. 2, d. tit.*
 13. Y aunque *esta ley* no habla de los ignorantes, se debe tambien entender de ellos, corriendo con mas facilidad contra ellos los tiempos de las prescripciones, que contra los menores y los pupilos, como se ve en la usucapion ó prescripcion ordinaria, que no teniendo lugar contra estos, corre contra los ignorantes, Matienz, en *d. l. 2, glos. 12, nn. 18 y 19*, Hermosilla en *d. l. 55, glos. 8, nn. 32 y 33*, en donde citando á otros, exceptúa los casos en que por fraude ó culpa del vendedor ignoró la venta el pariente, como si salió del lugar de su domicilio para otorgar la venta, ó buscó escribano de otro pueblo, estuvo mucho tiempo oculta la venta, ó sucedió otra cosa semejante, de que pueda aparecer ó presumirse fraude; porque entonces empiezan á correr los nueve dias desde aquel en que tuvo noticia el pariente, pues á ninguno debe patrocinar su fraude. En las ventas judiciales tiene tambien lugar el retracto, y se cuentan los nueve dias desde el del remate, *l. 4, d. tit. 13.*

17. En cuanto á las demás ventas exagitan nuestros intérpretes dos cuestiones muy reñidas: la una, si se han de contar desde el dia de la convencion, ó desde el de la tradicion; y la otra, si se han de contar naturales, ó de momento á momento. En la primera vencen en número los que defienden deberse contar desde el dia de la convencion, y son entre otros Covar. 3, *var. cap. 11, n. 2*; Azeved. en *d. l. 1, n. 62*; Matienz. en la misma *l. 1, glos. 6*, en donde examina latísimamente la cuestion, diciendo ser mas verdadera y comun esta opinion, y mas recibida en la práctica, y Gutierrez, *lib. 2, cuestion 152*, que debe estarse por ella en juzgar y aconsejar. Los argumentos que la apoyan son de mucha fuerza. I Las palabras de *d. l. 1, Despues que fuere vendida la cosa hasta nueve dias*, y las otras de la *d. l. 15*, donde dice: *Desde el dia que la vendida fuere hecha*

hasta nueve dias; pues como es notorio, la cosa se dice vendida, y la venta hecha desde la convencion, por ser este contrato consensual, que se perficiona por el solo consentimiento de los contrayentes. II El que en las ventas judiciales se cuentan desde el dia del remate, *d. l. 4.* el cual corresponde en las extrajudiciales á la convencion; porque el rematar el juez la subasta es suplir el consentimiento del vendedor, y no el entregar la cosa. III Que este retracto, segun hemos visto al *n. 3.*, no se reputa favorable, sino odioso, y por ello se le deben estrechar los límites; y este es nuestro parecer.

18. Antonio Gomez defiende acérrimamente la opinion contraria en la *l. 70 de Toro, n. 16.*, diciendo que siempre la conservará en juzgar y en aconsejar, confesando sin embargo estar la otra recibida en la práctica, y que vió sostenerla la mayor parte de los doctores de la universidad de Salamanca en cierto exámen. Sus razones se reducen á dos: I Que el fin de este retracto es, que la cosa no salga de la familia, lo que dura hasta la tradicion, por la cual, y no por la convencion, pasa el dominio del vendedor al comprador. Es esto verdad; pero tambien lo es que por la convencion adquiere el comprador accion para pedir que se le entregue la cosa; y el que la tiene se juzga tener la misma cosa (1), por no poderse resistir el vendedor á entregarla. Añade que de la contraria sentencia se seguiria el inconveniente de que, pudiéndose ocultar con facilidad la convencion, quedarian con frecuencia engañados los parientes, sin poder usar de su derecho por ignorancia; pero ya hemos dicho que, cuando fraudulentamente se oculta, corre el término desde el dia en que el pariente tiene noticia, y no antes.

19. En la segunda cuestion parece que ambas opi-

(1) *L. 15, de div. reg. jur.*

niones son igualmente probables, por poderse considerar de igual peso las razones en que se fundan las dos. Las de los que afirman deberse contar los nueve dias de momento son : I Que los términos legales, cual es este, se cuentan regularmente de momento á momento; lo que tambien se acomoda mejor á que deben estrecharse en nuestro asunto, por lo que dijimos, Gom. en *d. l.* 70, *n.* 25; Azeved. en *d. l.* 1, *n.* 62. II Que hablando del término, *d. l.* 7 no hace mencion del dia en que debe empezar, sino del tiempo, segun sus palabras que hemos notado al *n.* 17. La otra opinion tiene á su favor las *citadas leyes* 9 y 15, que dicen deberse contar desde el dia. En nuestro apéndice de *retractibus* inclinamos un poco mas á la primera; pero variamos ahora, por considerar muy embarazoso su uso, á causa de haberse de retener en la memoria, ó notar por escrito la justificación de la hora del otorgamiento de la convencion; lo que no es regular hacerse, ni debe creerse lo quiso la ley. Queremos advertir á lo último que los dias de este término deben contarse incluyendo el primero y el postrero, como se puede ver en Gomez y Azeved, en los *lugares citados*.

20. Además de lo referido hasta aquí, han de concurrir algunas circunstancias ó solemnidades, para que tenga lugar el retracto : I Que el retraente ha de pagar al comprador todo el precio por que este compró la cosa, con las expensas que haya hecho, y los tributos y gabelas que haya satisfecho. II Que jure que quiere para sí la cosa. III Que jure no haber en ello fraude ni dolo alguno, *dd. ll.* 1, 2 y 4, *tít.* 13. Cuyas solemnidades, siendo de forma, como suele decirse, son tan necesarias, que, faltando cualquiera de ellas, no hay retracto. Debe pues el pariente que lo intenta buscar ante todo al comprador, y pagarle lo que hubiese gastado; y si este rehusare recibirlo, consignar ó depositar el precio delante de testigos, y si hay lugar, á pre-

sencia y con orden del juez, como lo prueba Azeved. en *d. l. 2, n. 3 y siguiente*; y hecho esto, tiene derecho á que se le entregue la cosa como si hubiese pagado el precio; porque este depósito se reputa paga, segun la *ley 8, tít. 14, Part. 5: E desde en adelante es quitto del debito, é non ha el otro demanda ninguna*. La paga ó depósito del precio debe hacerla el pariente con tanto rigor y formalidad, que debe constar su real y verdadera enumeracion, sin que baste que el depositario confiese haberle recibido. Y tan por entero, que el faltar un dinero lo viciaria, si no es que fuere por ignorancia ó error en el cálculo ó cuenta; y entonces habrá lugar al suplemento. Si el pariente no supiere el precio, deberá ofrecer y depositar el que le pareciere serlo, dando fiadores de que pagará el exceso, si le hay, Azeved. en *d. l. 4, desde el n. 14*; Matienz. en la *misma glos. 4*. Si la venta fuere al fiado, se admitirá al pariente, dando buenos fiadores ante el juez dentro de los citados nueve dias, que **paga á el mismo precio que el comprador al tiempo en que este estaba obligado**, *d. l. 6, d. tít. 13*.

21. Lo muy interesante que es por su frecuente uso el conocimiento de este retracto gentilicio ó de sangre, nos ha hecho extender mas de lo que corresponde á un institutista. De los demás hablaremos con mas brevedad. El que solemos llamar de los *comuneros*, como le llama la *ley 9 de d. tít. 13*, acontece quando siendo muchos dueños de una misma cosa indivisa, ó como acostumbra decirse, *pro indiviso*, uno de ellos vende su parte á otro que no es dueño, en cuyo caso compete este retracto á cualquiera de los que lo son. Si las partes están divididas, aunque sea muy leve la division, como por exemplo la de un sulco en un campo, ya no tiene lugar, por no haber comunion en la cosa en que se funda. Solo pues lo tendrá quando las partes solamente lo son por el entendimiento, como quando de-

cimos : yo tengo dos partes de aquel campo, tú dos, y Pedro cuatro; sin haber señalamiento de ellas, como lo prueba bien Antonio Gomez en la *ley 70 y siguientes de Toro, n. 27.*

22. Cuando la cosa está así indivisa, sus dueños se llaman *comuneros*, y tambien les solemos decir *condueños*. Y cualquiera de ellos, aunque lo fuera de una parte mínima, tiene derecho al retracto, como tambien lo prueba Gomez en *d. lugar*. Si tuviere yo pues la centésima parte de una casa, y el otro condueño vendiese las 99, podria yo retraerlas. Y aun decimos mas: que no tiene prelacion alguna el que tuviere mas partes. Así pues, si en el ejemplo referido las 99 partes fueren de dos condueños, y uno de ellos vendiere las suyas, me competiria el retracto prorata; y si yo fuese el comprador, nada me podria quitar el otro condueño, Gregor. Lop. en la *ley 55, tit. 5, P. 5, glos. 5*; Hermosilla *allí mismo, n. 5*; Matienz. en la *ley 8, d. tit. 13, glos. 3, n. 10*, que todos se fundan en una misma razon, á saber, que las leyes que hablan de este retracto, que son la 55, *tit. 5, P. 5*, y las 8 y 9, *d. tit. 13 (74 y 75 de Toro)*, solo prefieren los dueños á los extraños, nunca un condueño á otro. Véase lo que dijimos arriba, 3. Si al retracto concurrieren muchos condueños, cada uno llevará de la cosa vendida su porcion con respecto á la parte que tiene propia, y si uno solo, la llevará toda, Matienz. en *d. glos. 3, n. 8*; Azeved. en la *ley 1, d. tit. 11, n. 54*; Gregor. Lop. en *d. l. 55, glos. 8 al fin*.

23. Aunque el retracto de sangre solo tiene lugar en las cosas inmuebles, segun hemos visto, con todo juzgan comunmente nuestros intérpretes que este que compete á los comuneros, y suele llamarse de *comunión*, le tiene tambien en las muebles, Matienz. en *d. l. 8, glos. 3, n. 3*; Matienz. en *d. l. 55, glos. 4, n. 7*; Gregor. Lop. en la *misma l. 55, glos. 1*. Sus argumen-

tos son: I Porque *d. l. 55*, que es la maestra ó primer fundamento de este retracto, usó de la palabra *cosa*, que comprende no menos á las muebles, que á las inmuebles. II Porque la equidad que introdujo este retracto, prefiriendo el comunero al extraño, igualmente se acomoda á las cosas muebles que á las inmuebles. III Porque este retracto es favorable, y por ello debe entenderse anchamente, á causa que se dirige á que cese la comunión, que suele producir discordias ó desacuerdos, *l. 1, tit. 15, P. 6 (1)*; y no es fácil pueda cesar de otra manera, siendo muchas de las cosas muebles indivisibles.

24. Sin embargo de estos argumentos debemos confesar que no es despreciable la opinion contraria, por tener á su favor razones de bastante peso, cuales son: I Que la *l. 9, d. tit. 13* usa de la palabra *heredad*, diciendo *si alguno vendiere la parte de alguna heredad*; cuya expresion fué uno de los argumentos, con que hemos probado arriba *n. 9* que el retracto de sangre solo tiene lugar en las cosas raíces. II Que la misma *l. 14* quiere se observe lo mismo en este retracto que en el de sangre. A pesar de la fuerza de estas razones, nos parece mejor la primera sentencia, siguiendo á Gregor. Lop., que en vista de todo pensó así en *d. glos. 1*, confesando no ser despreciables los argumentos contrarios. El ser este retracto favorable y de ancha interpretacion nos facilita que digamos que en él la palabra *heredad* se pone por ejemplo: lo que no puede decirse del de sangre, por ser odioso y demás que dijimos en *d. n. 9*. La comparacion que hace *d. l. 9* solo debe entenderse en las diligencias y solemnidades.

25. Hay otros dos retractos legales, de que habla *d. l. 8 (74 de Toro)*, concedido el uno al dueño directo, si se vende la superficie, y el otro al superficiario, si

(1) *L. 77, § 20, de legat. 2.*

se vende el dominio directo. Y aunque *d. l. 8*, que es la única que hace mencion de estos retractos, nada dice del tiempo en que debe intentarse, convienen los autores en que ha de ser el mismo de nueve dias, Gomez en *d. l. 70, n. 31*; Azev. en *d. l. 8, n. 3*, y lo probamos bien en nuestro *Apéndice n. 30*. Y advertimos con el mismo Gom. en *d. n. 31*; Matienzo en *d. l. 8, glos. 1*; y Molin. de *just. et jur. disp. 371*, que el retracto concedido en esta ley al dueño directo dentro de solos nueve dias, se entiende quando el superficiario no le pagase ánuua pension; porque si se la paga, tendrá otro por el término de dos meses, respecto que el superficiario que paga pension es semejante al enfiteuta. En la misma ley 8 se pone el orden de prelación que deba guardarse quando concurren muchos que tienen derecho á retraer, estableciéndose que en primer lugar entien el dueño directo ó el superficiario; en segundo lugar el comunero, y últimamente el pariente.

26. En conclusion de este asunto de retractos, vamos á examinar otro que nos queda, que por venir de la voluntad y convencion de los contrayentes, se llama *convencional*. Sucede muchas veces que no queriendo el vendedor desapropiarse para siempre de la cosa, la vende con el pacto llamado comunmente de *retrovendendo*, esto es, que volviendo él al comprador el precio que este le dió, se le haya de vender ó revender, restituyéndole de este modo su dominio. En este reino de Valencia son frequentísimas las ventas que se hacen con este pacto, y suelen llamarse á *carta de gracia*, por depender su duracion de la que hace el vendedor en no redimir la cosa que vendió. Ojalá se hicieran con aquella pureza que se hacian quando se observaba la ley de Moises, que las permitió, segun se lee en el cap. 25, v. 23 del Levítico: *Tu quoque non vendetur in perpetuum, quia mea est, et si adven-*

coloni mei estis : unde cuncta regio possessionis vestre sub redemptionis conditione vendetur. Pero vemos con dolor que en el dia hay tantos abusos y perjuicios en ellas, que tal vez convendria que se prohibieran, ó por lo menos tomaran rigorosas providencias para atajarlos. Los pondremos de manifesto oportunamente cuando tratemos de los censos.

27. El cumplimiento de este pacto de parte del vendedor se llama redención, y del comprador retroventa; y del modo que se ponga se ha de cumplir, aunque expresare que, cuando quiera que el vendedor ó sus herederos tornasen el precio al comprador, habia este de volverles la cosa, *l. 42, út. 5, P. 5*, que así lo establece expresamente, y en su virtud competiria siempre el derecho de redimir, sin que le excluyese tiempo alguno, *Gom. 2, var. cap. 2, n. 28*; *Molin. de just. et jur. disp. 374*, en donde en comprobacion de ser sólido su modo de pensar, alegan la ley romana que así lo estableció (1). Cuando se tasa el tiempo de la retroventa, no puede el comprador ser precisado á hacerla, pasado el tiempo, si se atiende al tenor de *d. l. 42*; pero sin embargo es práctica de los tribunales concederse el de 20 años, término de las acciones personales, como veremos, si no es que haya interpelacion de parte del comprador, en cuyo caso se observa la coartacion puesta en el pacto; y si el vendedor no escoge el medio de la redencion, queda el comprador con el dominio libre y absoluto de la cosa.

28. Como la accion para precisar al comprador á la retroventa es meramente personal, por salir de solo el contrato, no puede intentarse contra tercer poseedor, á quien hubiese pasado la cosa vendida. Solo podrá reconvenir al comprador, que es el único á quien tiene obligado por el contrato, á que le satisfaga los perjui-

(1) *L. si uoluit. 31, § 22, de edil. edic.*

cios que se le siguen de que no se le restituya la cosa, como además de ser corriente en las obligaciones que nacen de los contratos, lo prueban las palabras de la misma ley 42: *El comprador es tenuto de tornar la cosa en todas guisas, si es en su poder; é si en su poder non es, debe pechar al vendedor todos los daños, é los menoscabos que le vinieron, porque non tornó aquella cosa, que así habia vendida*, Gom. en *d. cap. 2, n. 29*; Molin. *d. disp. 374*, en donde responde á los argumentos de Covar., que siente lo contrario *lib. 3, var. cap. 8, n. 3*. Podrá pues retener la cosa con seguridad el tercer poseedor, si no es que en la primera venta, además del pacto de retrovendo, se hubiere puesto la condicion, de que no pudiese el comprador vender la cosa á otro, pendiente el tiempo de la redencion; porque entonces siendo nula la segunda venta, en cuya virtud la tenia el tercer poseedor, se la podrá quitar el primer comprador, y á este reconvenirle para la retroventa el vendedor. Y si en el pacto se hubiese expresado que, vendiendo el comprador la cosa, se considerase no hecha la venta primera, entonces por la segunda reviviría el dominio en el primer vendedor, y la podría pedir como suya por la accion real á cualquiera que la poseyese, Hermos. en *d. l. 42, glos. 7, nn. 4 y 12*. Y en las glosas 9 y 10 trata latamente de la pertenencia de los frutos, y de las expensas y mejoras.

29. Y dando fin á los retractos, concluimos diciendo que en todos ellos el que retrae se subroga en lugar del primer comprador, teniendo lugar en él los efectos de la venta primera; y si se hubieren hecho despues otras ventas, quedan deshechas y anuladas, como si no se hubiesen celebrado, Gom. en *d. l. 70 de Toro, n. 35*; Mol. *de just. et jur. disp. 371*. Del retracto de los oficios públicos, véanse las *leyes 11 y siguientes, tit. 7, lib. 7 de la Nov. Rec.*, y en ellas Azevedo, y del de la jurisdiccion á Larrea *alegac. fiscal. 45*.

TITULO XII.

CUANDO Y CÓMO SE PAGA LA ALCABALA Y EL LUISMO POR
RESCINDIRSE Ó DESHACERSE LA VENTA.

Tít. 12, lib. 10 de la Nov. Rec.

1. Si se debe alcabala cuando los contrayentes se apartan de la venta que solo estaba perficionada.
2. De lo que se debe despues de consumado el contrato.
3. De cuándo se hace la venta con el pacto de la ley comisoría, ó de la adición en día.
4. De cuándo se hace con el pacto de retrovendiendo.
5. De cuándo ocurren retractos legitimos.
6. De las ventas que se rescinden por culpa de los contrayentes ó por la menor edad.
7. Cuándo la cosa se vende á censo, solo háy una alcabala que se paga por mitad.

1. Las muchas dificultades que se ofrecen en el asunto de este título nos han inclinado á tratarlas con separacion y alguna extension. Con el deseo de cansar menos, solo haremos mencion de la alcabala; pero por la identidad de razon entiéndase tambien del luismo lo que dijéremos que, como veremos al tratar de los censos, se paga de la venta de los bienes enfitéuticos.

2. Es constante sin que nadie lo dude, que los contratos que se constituyen ó perficionan por el nudo consentimiento de los contrayentes, cual hemos visto ser el de compra y venta, se disuelven ó deshacen por el nudo consentimiento contrario de los mismos, cuando solo están perficionados, sin haberse cumplimentado por ninguna de las partes, por aquella famosa regla de que cualquier cosa se disuelve del mismo modo que se constituyó. (1). Si sucediese pues así, y el apartarse los contrayentes mutuamente del contrato, fuese in-

(1) L. 35, de div. reg. jur.

mediatamente despues de haberlo celebrado, antes de haber pasado á otros negocios, no se deberia alcabala; porque en este caso se juzgaria que no llegó á haber venta, sino que las partes en la misma celebracion del contrato mudaron la voluntad. Pero si el apartarse fuese despues de algun intervalo, se deberia, porque el fisco adquirió ya el derecho de exigirla, que no pueden quitarle los contrayentes, Gutier. *de gabel. ó pract. quæst. lib. 7, quæst. 10*; Gomez 2, *var. cap. 2, n. 31*; Molin. *de just. et jur. tract. 2, disp. 373*.

3. Si los contrayentes, además de haber perficionado la venta con su mutuo consentimiento, pasaron adelante, porque hubo entrega del precio ó de la cosa, ó de uno y otro, se han de distinguir dos casos: I cuando la hubo solamente de parte del uno; II cuando de parte de los dos. En el primero, si se disuelve el contrato por voluntad de ellos, devolviendo el uno lo que habia recibido el otro que lo acepta, se debe una sola alcabala; porque solo hay una venta con su disolucion, y de la venta se paga la alcabala, *l. 11, tit. 12, lib. 10 de la Nov. Rec.*, pero no de la disolucion. En el segundo se deben dos alcabalas, porque hay dos ventas, respecto que el pasaje de la restitution no puede pertenecer ya á la venta primera, sí que constituye otra nueva (1), Molina en *d. disp. 373*.

4. Cuando la venta se deshace en virtud del pacto de la ley comisoría, que hemos explicado al *n. 20 del tit. 10*, juzga A. Gom. en *d. cap. 2, n. 31* que se debe alcabala, fundado en que la venta fué pura, y quedó perficionada, y de consiguiente adquirió derecho el fisco, que las partes no pueden quitarle. Pero es mas probable la contraria opinion, porque produce este pacto la resolucion de la venta, como si no se hubiese hecho; de suerte que el dominio de la cosa vuelve al vende-

(1) L. 58. de recu.

dor sin tradicion alguna. Y el fisco no adquirió derecho á la alcabala irrevocable, sino revocable, pendiente de si la venta se deshacía ó no, Gutierrez *d. quæst.* 10, *n.* 10; Mol. *d. tract.* 2, *disp.* 378, *vers.* *Dubium est*; Matienzo *ley* 1, *tít.* 13, *lib.* 10 *de la Nov. Rec. glos.* 3, *n.* 21 con la comun. Cuya doctrina la entienden estos autores en el caso de haberse puesto el pacto con palabras directas, diciéndose que si sucedía, *no valdria la venta*, ó de otra manera semejante. Y añaden sería lo contrario, si fuesen oblicuas las palabras, como por ejemplo si dijera *que se rescinda ó deshaga la venta*, porque entonces, como explicita muy bien Molina, no se resuelve la venta, como si no se hubiese hecho, sino para que no tenga mas duracion, y por ello siempre se considera que existió. En las ventas hechas con el pacto de la adicion en día, de que hemos hablado al *n.* 20 del *tít.* 10, diremos deberse una alcabala, que la pagará el segundo comprador, que hizo mejor la condicion del vendedor, si él la hubo, y si no, el que la compró con este pacto.

5. Si la venta se hace con el pacto de *retrovendiendo*, ó á carta de gracia, y en fuerza del pacto redime el vendedor la cosa vendida, es la comun sentencia que se debe alcabala de la venta primera, y no de la retroventa, que hace el comprador, Gutier. *de quæst.* 10, *nn.* 12 y 13; Mol. *d. tract.* 2, *disp.* 374; Gom. *d. cap.* 2, *n.* 31. La razon de lo primero es porque, siendo pura y perfecta la primera venta, adquiere derecho á la alcabala el fisco, y por la retroventa no puede quitársele. Pues aunque por esta vuelve la cosa al dominio del primer vendedor, no vuelve de manera que le pertenezcan los frutos percibidos, mientras duró la venta primera; y de consiguiente no es tan fundamental la rescision, que no le quede algun efecto, y quedando, no debe quitarse el del fisco, como ratiocina Buitrad. *lib.* 1 *rer. quot. cap.* 3, § 4, *n.* 9. De la retro-

venta no se debe otra alcabala; porque no tanto se considera nueva venta, como rescision de la primera, y en fuerza del pacto puesto en esta. Pero si el pacto de la retroventa no se puso en la venta primera, sino se añadió despues, se deberia de la retroventa otra alcabala; porque entonces antes de la añadidura del pacto quedó enteramente consumada la venta primera, sin respecto alguno á la retroventa, que por lo mismo ha de reputarse nueva venta, Gutier. y Mol. en los lugares citados.

6. Cuando sucede el retracto de sangre, el de los comuneros, o cualquiera otro legítimo, se debe una alcabala y no mas. Que se deba una es claro, porque la primera venta como perfecta la produjo. Y no se disuelve por el retracto, porque la cosa no vuelve al vendedor, sino que pasa por disposicion de la ley al retrayente, quedando este subrogado en todos los efectos en lugar del primer comprador, y anuladas las posteriores ventas que se hubiesen hecho; y de ahí es que no se debe del retracto otra alcabala.

7. Si se rescindiase la venta por beneficio de la ley, volviendo la cosa al vendedor, sin intervenir retracto alguno ni pacto, como sucede en las que se rescinden por engaño en mas de la mitad del precio, ó por la accion redibitoria, cuando hubo vicio en la cosa vendida, se debe alcabala, como latamente prueba Gutier. en *d. lib. 7, quæst. 11* con la comun. Es la razon, porque estas ventas no se resuelven por pacto resolutivo que haya en el contrato, ni por el mismo derecho, sino por sentencia del juez, á la cual dieron motivo injusto los contrayentes; y seria enormidad, que esta culpa excluyese el derecho que por la venta habia adquirido el fisco. Y á esta misma clase pertenecen las que se rescinden por haberse celebrado con miedo justo, ó por dolo incidente en el contrato, Gutier. *d. lib. 7, quæst. 14*; Parlador. *d. lib. 1, cap. 3, § 5,*

quienes resuelven con razon lo contrario en el caso de que la venta que hizo un menor se rescinde por el remedio de la restitution *in integrum* ; porque además de no haber dado motivo á ello culpa alguna, causa la restitution el efecto de que la cosa vuelve enteramente á su prístino estado, como si no hubiese habido tal venta.

8. De las ventas que se hacen á censo redimible, habia antes cuestion si se debian una ó dos alcabalas, y por quién. Pero ha cesado ya por la *cédula de 17 de junio de 1793*, que es la *ley 21, tit. 12, lib. 10 de la Nov. Rec.* que establece se cause una sola que han de pagar por mitad los contrayentes, y que de la redencion nada se pague. De las permutas ó trueque se paga alcabala, apreciándose cada una de las cosas que se dan, *l. 11, tit. 12, lib. 10 de la Nov. Rec.* para que pague cada uno por lo que da, puesto que la enajena. En las ventas la paga el vendedor á razon de uno por diez, *d. 1.*

9. Por la mucha semejanza que tiene con el contrato de venta el del cambio ó permuta, queremos hablar aquí brevemente de él y de los demás inominados, como se hace en el *libro de Partidas*. Cambio es, dice la *ley 1, tit. 6, P. 5, dar y otorgar una cosa señalada por otra*, y añade, ser tres sus especies: I Cuando se hace con prometimiento de lo cumplir. II Con palabras simples, sin que haya promesa, conviniéndose los dos, aunque no estén presentes las cosas, y sin entrega de una ni otra parte. III Cuando además de la convencion cumplieron los dos ó uno de ellos tan solamente en entregar la cosa. En los cambios de la primera especie establece la *l. 3, d. tit. 6* que á ninguno de los dos es permitido arrepentirse contra la voluntad del otro, y que si alguno no lo quisiere cumplir, debe pechar al otro los daños y menoscabos que le vinieron. Y de los de la especie II dice

lo contrario: bien que Gregor. Lop. en la *glas. 4*, después de haber hablado mucho, inclina á que ahora no podrá tampoco apartarse el uno sin el consentimiento del otro en los de esta especie, por lo que dispone la *ley famosísima 1, tit. 1, lib. 10 de la Nov. Rec.* De la III especie dice la misma *l. 3, tit. 6, P. 5* que, si habiendo cumplido el uno no quisiere cumplir el otro, tendrá aquel la eleccion de recobrar lo que dió, ó pedir los daños y menoscabos, al tenor de lo que jurare, con la tasa del juez. Y lo mismo dispone de los otros tres contratos inominados la *l. últ. d. tit. 6*.

TÍTULO XIII.

DE LOS LOGUEROS É DE LOS ARRENDAMIENTOS.

Tít. 8, lib. 5, P. 5 (1).

1. Nombres del contrato y contrayentes, y n. 4.
2. Qué sea arrendamiento.
3. Quiénes pueden dar ó tomar arrendamientos, y qué cosas pueden arrendarse.
4. Explicacion útil de voces.
- 5, 6. De la obligacion del que da en arriendo.
- 7, 8. De la obligacion del arrendatario.
9. De la culpa que debe prestarse en este contrato.
- 10, 11. De la baja ó aumento de la paga por mala ó buena cosecha.
- 12, 13. Cuándo puede ser expelido el arrendador.
14. Que puede el dueño durante el tiempo del arrendamiento vender la cosa arrendada, y del efecto de esta venta; y el arrendador subarrendar.
15. De los arrendamientos que hacen los que administran algun oficio.
16. De las pujas en los arrendamientos de derechos reales, ó de propios y arbitrios de los pueblos, y en las ventas de bienes de obras pías.

(1) Tít. 25, lib. 3, Inst.

1. El *tít. 8, lib. 5, P. 5* lleva la inscripcion que acabamos de poner á este nuestro; y su *ley 1* dice que, hablando propiamente, loguero se predica de las obras y arrendamiento de las cosas; pero en las *leyes 2, 3 y otras* ya se toman promiscuamente estas dos voces como á sinónimas; y en el dia no hacemos uso de la voz *loguero*. Llamamos á este contrato *arriendo ó arrendamiento*, y así lo llamaremos aquí. En cuanto á casas, se suele decir tambien *alquiler*, *l. 5, d. tít. 8*, cuyo nombre se da tambien algunas veces al arrendamiento de cosas, *l. 14, d. tít. 8*, y en las obras *ajuste*, aplicándole este nombre por su naturaleza general.

2. Es el arrendamiento *contrato en que se convienen los contrayentes, que por el uso de alguna cosa, ú obras de la persona ó bestia, se dá cierto precio en dineros contados*, *l. 1, d. tít. 8, P. 5*, y es el segundo de los consensuales. Esta definicion hace ver la mucha semejanza que tiene este contrato con el de compra y venta, perficionándose por el solo consentimiento de las partes, y debiendo ser el precio cierto consistente en dinero efectivo. Y tambien manifiesta que por el arrendamiento solo pasa al arrendatario el uso de la cosa, y no el dominio, ni la verdadera posesion que queda en el que le concedió, *l. 5, d. tít. 30, P. 3*; en lo que, y en ser temporal se diferencia del de compra y venta.

3. Pueden arrendar, tanto activa como pasivamente, esto es, dar ó recibir en arrendamiento (porque de ambas maneras puede tomarse esta voz) las mismas personas que pueden comprar y vender, á excepcion de los caballeros, esto es, los soldados y oficiales de la corte del rey, que no pueden ser arrendadores de campos ajenos, porque no se embaracen de hacer el servicio del rey, *d. l. 2, tít. 8, P. 5 (1)*. Por la definicion hemos visto que no solo pueden ser arrendadas

(1) *l. 30, l. 31, C. de locat. conduc.*

las cosas, sino tambien las obras de alguna persona o bestia, como sucede en los jornales, en los que el jornalero presta sus obras en servicio mio por cierto precio que le doy. Y en cuanto á cosas, pueden tambien arrendarse aquellas incorporeales ó derechos, cuyo uso puede transferirse á otro por utilidad suya, como el usufructo en los términos que hemos explicado en el *tít. 3, n. 12.*

4. No deja de embarazar para la explicacion de este título, el que segun hemos insinuado arriba, la palabra *arrendar* se predica tanto del que concede el arrendamiento como del que le recibe : lo que tambien sucede en la voz *arrendador*, pero con menos frecuencia ; porque casi siempre se dice del que toma el arrendamiento, como en las *leyes 21 y 24 y otras de d. tít. 8.* Sin embargo Aso y de Manuel en sus *Instituciones* ; hablando de este contrato, llaman *arrendador* al que concede el arriendo, y al que le toma *arrendatario*. No negamos ser expedito este modo de hablar ; pero no nos atrevemos á adoptarle, porque como acabamos de decir, nuestras leyes dicen casi siempre *arrendador* al que recibe el arrendamiento. Lo haremos pues tambien así llamando á este *arrendador* ó *arrendatario*, y al que le concede *dueño* ó *locador*, castellanizando la voz latina *locator*, y de este modo evitaremos la confusion.

5. Por este contrato está obligado el dueño de la cosa á conceder y facilitar el libre uso de ella al que la recibe en arriendo, para que pueda utilizarse, aprovechándose de sus frutos, y este en recompensa de ello á pagar al dueño el precio ó arrendamiento en que se han convenido. Examinemos pues estas obligaciones. Si al arrendador se le impide el uso de la cosa por el mismo dueño, ú otro á quien él pueda resistir, tendrá este la obligacion de satisfacerle todos los daños y menoscabos que le vinieren por esta razon ; y aun las ganancias que pudiera haber hecho en aquellas co-

sas que tenia arrendadas, si se las hubieran dejado disfrutar. Y lo mismo sucederá si el dueño, esto es, el que se tituló tal y concedió el arrendamiento, no pudiese superar el impedimento, porque le opone el que tiene derecho para ello, como el verdadero dueño que aparece, ú otro que tenia empeñada la cosa; y el que concedió el arrendamiento lo sabia al tiempo del contrato. Mas si entonces no lo sabia, solo estará obligado á volver el precio ó paga que recibió; y si nada recibió, nada tendrá que pagar. Pero si los arrendadores hubiesen hecho mejoras tales en las cosas arrendadas, que valiesen mas, estarán obligados á pagárselas, á juicio de peritos, aquellos que se apoderasen de ellas. Lo que llevamos dicho en este *núm.* se entiende en el caso que los arrendadores tuvieran buena fe, cuando tomaron en arriendo las cosas, creyendo que lo concedia quien tenia derecho de arrendarlas; pues si la tenían mala, sabiendo que eran de otro, no tendrían demanda alguna contra aquellos de quien las tenían, como todo consta en la *ley 21, d. tít. 8 (1)*. También estará obligado á pagar los daños y menoscabos al arrendador aquel dueño que le alquila toneles ú otros vasos malos ó quebrantados, para meter en ellos vino ó aceite, que metido allí se pierde ó toma mal sabor, si no es que supiese el arrendador que eran malos, aunque lo ignorase el dueño; porque todo hombre debe saber si es buena ó mala aquella cosa que alquila, esto es, da en arrendamiento, *l. 14, d. tít. 8*.

6. Como el que paga el precio ó arrendamiento es el arrendador, y el que le cobra el locador, diremos que, cuando se arriendan las obras, es locador de ellas el jornalero ú oficial que las presta, y el que se aprovecha de ellas el arrendador; y de ahí es que, si los que las prestan fueren culpables en no prestarlas leal-

(1) *L. 33, locat. v. cond.*

mente, procurando el provecho del que las paga, tendrian obligacion de pagarle los daños y menoscabos al que las recibe, por dejar de tributarle el uso de ellas que debe, de la misma manera que lo hemos dicho de los arrendamientos de las cosas en el *n. antecedente*, l. 15, d. tit. 8.

7. El arrendatario por su parte está obligado á cuidar bien de la cosa que se arrienda, como si fue-e propia, l. 7, d. tit. 8, y á pagar al locador el precio en que se han convenido, al tiempo expresado en la convencion, ó segun la costumbre que haya en el lugar; ó si uno y otro falta, al fin del año, l. 4, d. tit. 8. Y si no lo pagare al tiempo convenido, ó á mas tardar al fin del año, puede el locador expelerle de la cosa arrendada. Y si fuere casa, están obligadas al pago de alquiler, y de los menoscabos que en ella hubiese ocasionado el arrendador, todas las cosas que se hallaren en la misma casa, las que podrá retener hasta que cobre, formando escrito de ellas ante vecinos; y lo mismo si la cosa arrendada es heredad ó tierra, con sola la diferencia que las cosas halladas en esta solamente están obligadas en el caso que se hubieren metido con ciencia del dueño locador, l. 5, d. t. 8. Greg. Lop. en la glosa 4 de esta ley dice, citando á otros, que esta doctrina solo debe entenderse de las cosas que se llevaron á la casa con la intencion de que hubiesen de quedar allí; pero no de las que estaban interinamente, como las mercaderías de un comerciante.

8. Si la casa estuviere alquilada hasta cierto tiempo, pagando el arrendador á los plazos convenidos, no se le puede echar de ella, hasta que el tiempo sea cumplido, l. 6, d. tit. 8, si no es que suredieren algunos casos referidos en la misma ley, y son: I Si el dueño no podia continuar en vivir en la casa de su habitacion, porque se caia, amenazaba ruina, ú otra causa grave, y no tenia otra en que morar: ó si se ca-

base un hijo suyo, ó se hiciese caballero. II Si después de hecho el arrendamiento apareciese en la casa alquilada, necesidad de obrar en ella para que no se cayera. III Cuando el arrendador usase mal de la casa, haciendo en ella algun mal para que se empeorase, ó teniendo malas mujeres, ó malos hombres, de que se siguiese mal á la vecindad (1). IV Si estando la casa arrendada para cuatro ó cinco años, con precio señalado para cada año, pasasen dos años, sin que pagase. En cuanto al primer caso, advierte Gom. 2, *var. cap.* 3, *n.* 6 que para ser causa de expulsion la necesidad en el dueño de no poder continuar el vivir en la casa de su morada, es menester que esta necesidad suceda después de hecho el arrendamiento. Y Greg. Lop. en la *glos.* 5 de *d. l.* 6 explicando aquellas palabras de la ley: *Y si los ficiere caballeros*, dice que tal vez se pusieron, porque segun costumbre antigua de España, los caballeros (soldados) solian habitar separados de los padres, y necesitaban casa; y añade que por esta razon deberá decirse lo mismo, si el hijo fuese juez ó abogado, que hubiese menester casa capaz separada de la de su padre.

9. Como este contrato contiene utilidad de ambos contrayentes, se deberá prestar en él la culpa que llamamos media ó leve, ó negligencia; esto es, deberá poner cada uno de los contrayentes en lo que es de su obligacion, aquella diligencia que pone en sus cosas, como consta de *d. l.* 7, que hablando del arrendador de tierras pone varios ejemplos, y de la *ley* 14, *d. título* 8, que los pone tambien hablando del locador, y los notamos arriba *númer.* 5. Si el locador de obras ofreciese la diligencia, ó las alquilara en cosa que exige mucho cuidado, deberia prestar tambien la culpa levísima, ó lo que es lo mismo, poner cuenta diligen-

(1) L. 3, C. de locat. et cond.

cia pudiese, *l. 15, l. 8, d. tit. 8*, que solo exceptúa la ocasion, ó como solemos llamar, caso fortuito; el cual solo se presta por tres cosas: I Cuando por pacto se obliga á ello alguno de los contrayentes (1). II Si el arrendador tuviese tardanza en volver la cosa, y despues de ella sucediese el caso (2). III Si por su culpa acaeciese el caso (3), como lo dijimos de todos los contratos en el *tit. 10, n. 38*.

10. La equidad que debe observarse en todos los contratos exige que el precio que ha de pagar el arrendatario tenga proporcion ó igualdad con el provecho que saca del uso de la cosa que le concede el dueño; y de ahí es ser aplicable á este contrato cuanto dijimos del de compra y venta en el *tit. 10, n. 36*. Y además debe advertirse en su progreso que el considerable y extraordinario aumento ó disminucion de frutos puede causar variacion en el precio que ha de pagar el arrendador. Si de alguna heredad arrendada se perdiesen ó destruyesen todos los frutos por algun caso ú ocasion que acaeciese, que no fuese muy acostumbrada, no está tenido el arrendador á dar cosa alguna del precio, pues es justo que, perdiendo él la simiente y gastos del cultivo, pierda el dueño la renta que debia haber, *l. 22, d. tit. 8 (4)*, la que pone varios ejemplos de estas ocasiones. Y Greg. Lop. en su *glos. 3* interpretando aquellas palabras: *Que no fuese muy acostumbrada*, dice que si los casos fueren de los acostumbrados ó frecuentes, no tendria lugar la remision de la paga (5): cuya razon puede ser, porque de estos, por su frecuencia, debe creerse que pensaron en ellos los contrayentes, y los despreciaron, bajando en su razon el precio. Pero si no se perdiesen

(1) L. 23, de div. reg. jur. — (2) L. 23, l. 82, § 1, de verb. obl. (3) § 2, Inst. quib. mod. re contrahit. oblig. — (4) L. 15, § 2 locat. cond. — (5) D. l. 15, § 2.

todos los frutos, y el arrendador cogiere alguna parte de ellos, quiere la *misma ley* 22 que tenga la eleccion, ó de dar al dueño todo el arrendamiento, ó lo que sobrare de los frutos despues de sacar para sí las despen-
sas que hizo; y que si se perdiesen por culpa del ar-
rendador, esté obligado á pagar todo el precio. Tratan
latamente, y tan bien como acostumbran, este asunto
Molin. *de just. et jur. tract.* 2, *disp.* 495 y el Se-
ñor Covar. *practicar. quæst. cap.* 30, el cual en el
vers. Vidi dice haber visto muchas veces en la chan-
cillería de Granada decidirse estas cuestiones sin
atenderse á *d. l.* 22, haciéndose la remision ó baja del
precio en la tercera ó cuarta parte, segun el arbitrio
de los jueces; por quanto no es fácil hacerse constar
ni de la cantidad de los frutos ni de las impensas, por
las varias y diferentes deposiciones de los testigos; y
que él se habia conformado muchísimas veces con es-
tas sentencias.

11. El derecho que, segun acabamos de decir, tiene
el arrendador, de que no puede exigírsele paga alguna,
cuando por ocasion de aventura se pierden todos los
frutos, no tendrá lugar, si al contraerse el arrenda-
miento se obligó á pagar el precio en cualquier ocasion
que se perdieren, *l.* 23, *d. tit.* 8, que tambien señala
otro caso, cuando habiéndose hecho el arrendamiento
por dos ó mas años, se pierden los frutos en el uno, y
en el anterior ó posterior se cogen con tanta abun-
dancia, que bastan para pagar el precio de los dos
años, y los gastos que en ellos se hicieron; pues en-
tonces pagara tambien el precio por razon del año
malo ó estéril; y aunque el locador le hubiese ya
hecho remision del de aquel año, se lo podrá pedir
despues sobreviniendo el abundante, *d. l.* 23, y en su
glosa 5, Gregor. Lop. (1). Si por aventura acaeciese

(1) L. 15, § 4 locat. cond. que lo explica muy bien, y con mas
extension su glosa.

que la heredad arrendada diere tantos frutos en un año, que pueden montar más del doble de lo que solía rendir un año con otro, deberá el arrendador doblar el arrendamiento; pero no si la tal abundancia provino de la mayor industria ó cultivo del arrendador, ó por mejoras que hubiese hecho, *d. l. 23*, que da al fin la razon de la primera parte, de ser cosa justa que el dueño á quien pertenece la pérdida, cuando no hay frutos, tenga el beneficio cuando los haya abundantes. Jamás he visto en la práctica este caso de pedir el dueño paga doble, sin embargo que siempre he sido muy apasionado á asuntos de agricultura, y cuento ya 70 años cumplidos en el día 18 de febrero del presente año 1801, en que escribo esto de mano propia, como todo lo demás restante de esta obra, en la que no he tenido ayudante alguno, ni aun material.

12. Cumplido el tiempo del arrendamiento, debe ser tornada la cosa á su dueño. Y si por ventura fuere rebelde el que fué arrendador, no queriéndola entregar hasta que fuese dada sentencia contra él, deba tornarla despues, doblada la paga, á su dueño, y satisfacerle además los menoscabos, que por su culpa hubiere en aquella cosa, *l. 18, d. tit. 8*. Y por lo contrario, si la hubiese mejorado haciendo labores ó cosas de nuevo, de suerte que vale mas en renta que cuando la tomó, debe el dueño abonárselas ó pagándolas, ó descontándolas del precio del arrendamiento; si no es que se pactase que no las podía pedir, *l. 24, d. tit. 8*. Tampoco hay práctica de darse la paga doblada por no tornarse ó entregarse la cosa arrendada.

12. El arrendamiento que se acabó por haberse cumplido el tiempo, puede renovarse expresa ó tácitamente. Si la cosa arrendada fuese tierra, se entenderá renovado el arrendamiento por un año, si el arrendador permanece en ella tres días, debiendo pagar en su razon el arrendador el mismo precio, que en

cada uno de los pasados. Pero si fuere casa, solo se entiende la renovacion en los dias que la habitó, *l. 20, d. tít. 8*, que da la razon de esta diferencia. Y ahora nuevamente se ha mandado *por carta del supremo real Consejo de 26 de mayo de 1770, que es la ley 3, tít. 10, lib. 10 de la Nov. Rec.*, que para no entenderse renovado el arrendamiento para el año siguiente, es menester que el dueño avise al arrendador, ó este al dueño al principio del año último, que en el que sigue cesará ya, con el fin de que cada uno de ellos pueda aviarse, sin respecto al arrendamiento por otra parte.

14. Es permitido al dueño vender la cosa arrendada, antes de concluirse el tiempo del arriendo, y entonces puede el comprador echar de ella al arrendatario; pero el dueño está obligado á restituir al arrendador tanta parte del precio, cuanto tiempo le quedaba á este para aprovecharse de ella, *l. 19, d. tít. 8*, y Greg. Lop. en la *glosa 4 de la misma ley* funda que se extiende esta obligacion á pagarle los menoscabos, y Gom. 2, *var. cap. 2, n. 9*. Y pone la *propia ley* (1) dos casos en que el arrendador no puede ser echado por el comprador: I Si hizo pacto con el vendedor de no poderle echar durante el tiempo del arrendamiento. II Cuando este se hubiese hecho para toda la vida del arrendador, ó para siempre. Gom. *cap. 3, n. 9*, quiere extender esta doctrina al caso en que el arrendamiento se haya hecho para diez ó mas años, y lo mismo indica Covar. *lib. 2, variar. cap. 15, n. 2*; pero Greg. Lop. en la *glos. 7 de d. l. 9* inclina á lo contrario. Puede tambien el arrendador dar á otro en arriendo lo que á él se le arrendó, ó como suele decirse, subarrendar, como no se le haya prohibido por pacto (2), Gom. 2 *var. cap. 3, n. 11*.

(1) *L. 25, § 1 locat. cond.* — (2) *L. 6, C. de locat. et cond.*

15. Por la muerte del locador ó del arrendador no se acaba el arrendamiento : permanecen sus efectos en los herederos del difunto , l. 2, d. *tít.* 8 (1). Esto debe entenderse cuando el locador dió en arriendo cosa que pertenecía á su patrimonio. Pero en cuanto á arrendamientos concedidos por el que está en algun oficio, dignidad ó administracion , ha de distinguirse en la manera que se sigue : si los frutos ó rentas de la cosa arrendada pertenecen á alguna iglesia, ciudad ó á algun otro, como sucede en la mayor parte de los arrendamientos que otorgan los prelados de la Iglesia, los que tienen alguna prebenda, los regidores, los tutores, ó curadores; dura el arrendamiento, aunque muera el que lo concedió, sin que puedan apartarse ni los sucesores en la administracion, ni el arrendador hasta que se concluya el tiempo establecido. Y es la razon porque este arrendamiento fué hecho en nombre administrativo, y los de esta clase nunca flaquean por la muerte de la persona, y el oficio nunca muere. Pero si los frutos están destinados, y sirven para el uso y sustento del locador, se acabará con su muerte; porque lo hizo, y se entiende hecho á nombre propio, y como que regia el oficio, cuya representacion cesa con su muerte, sin que pueda él extenderla á su sucesor, l. 9, *tít.* 17, P. 1. De este modo fenecen los arrendamientos que hacen los curas de sus primicias, y los poseedores de bienes mayorazgados ó fideicomisados de los que pertenecen al mayorazgo ó fideicomiso, Gom. 2, var. cap. 3, n. 8; Covar. 2, var. cap. 15, desde el n. 5; Molin. de just. et jur. tract. 2, disp. 492; y el otro Molin. de primog. Hispan. lib. 1, cap. 21.

16. Advertimos últimamente en conclusion de este título que en los arrendamientos de rentas reales hay lugar á la puja despues de haberse reumatado, si algu-

(1) L. 10, eod.

no quisiere aumentar el precio, de modo que llegase á diezmo entero, esto es, la décima parte del precio en que estaba hecho el remate, ó á lo menos á la mitad del diezmo que llama *media puja* entera: cuyo aumento ó puja ha de dividirse en cuatro partes iguales, siendo las tres para el real patrimonio, y la otra para aquel á cuyo favor se había rematado, y es excluido por la puja, *ll. 2 y 3, tít. 13, lib. 9 de la Recop.* Después del segundo ó postrimero remate, no puede ya admitirse puja, si no es que fuere de voluntad de las partes, ó tan grande que montare la cuarta parte de la renta, *l. 5, d. tít. 13*, y esta es la que suele llamarse *cuarta puja*. El modo de gobernarse este asunto está esparcido en las leyes del mismo *tít. 13*. Y todas las circunstancias prevenidas para estas pujas están mandadas observar en los arrendamientos de los bienes pertenecientes á los pueblos (*Propios y Arbitrios*) por decreto del supremo real Consejo del año 1771, que es la *ley 16, tít. 16, lib. 7 de la Nov. Rec.* Esta cuarta puja tiene tambien lugar en las ventas ó enajenaciones de los bienes raices de los hospitales y otras obras pias, segun el *cap. 13 de la instruccion de 2 de febrero de 1799*, mandada observar en dichas ventas.

TITULO XIV.

DE LOS CENSOS.

Tít. 15, lib. 10 de la Nov. Rec.

1. Razon del método.
2. Qué sea censo, sus especies, y la definicion del enfiteútico.
3. Derechos que produce la enfiteúsis á favor del dueño directo.
4. Derechos del enfiteuta.
- 5, 6, 7. Particularidades que se observan en el reino de Valencia.
- 8, 9. Qué sea censo reservativo, y lo gravoso que es en muchos pueblos del reino de Valencia.

- 10, 11. Diferencia entre el censo reservativo y enfiteútico; y cómo se ha de decidir si hay duda de si es uno ú otro.
12. Modos de constituirse el censo reservativo, y qué se ha de resolver cuando se duda si es tal ó consignativo.
- 13, 14. Modos de constituirse el censo consignativo, y se explica su definicion.
15. Varias divisiones de este censo
16. Se explica el vitalicio.
17. Qué no hay censo personal.
18. De los juros, y qué son propiamente censos.
- 19, 20, 21, 22, 23. Tres cosas son necesarias para la constitucion del censo, precio, pension y cosa en que se funda; y se explica lo perteneciente al precio.
24. De la pension.
- 25, 26, 27, 28, 29, 30. Se trata latamente de la cosa censida, y si es ó no hipoteca.
- 31, 32, 33. Si pereciendo en parte la cosa, de suerte que la parte que restare produzca frutos bastantes para la paga de la pension, perece tambien en parte el censo.
34. Que las cosas en que se constituye deben ser fructíferas é inmuebles.
- 35, 36, 37, 38. De los pactos que se suelen poner en los censos.
- 39 hasta el 47. Se trata latamente de los modos de extinguirse los censos.
48. Del debitorio; y que hablando con rigor no es censo.
49. Que en cuanto á la intencion de los acreedores, tanto los debitorios como las cartas de gracia son censos.
- 50, 51. Del oficio de hipotecas, y razon de haberse introducido.
52. Qué debe hacerse cuando se vende una cosa censida, ú obligada como libre.

1. Aunque los censos pueden constituirse en testamento sin que preceda contrato alguno, con todo por ser lo regular que sucede casi siempre, de que se constituyan por contrato que tiene mucha semejanza con los de compra y venta y de arrendamiento, l. 3, *títul. 14, P. 1, l. 28, tit. 8, P. 5*, y no pocas veces es formalmente venta, nos ha parecido ser este lugar el mas oportuno para tratar de ellos.

2. A las veces se toma la palabra *censo* por lo mismo que tributo. Así se toma en el *cap. 22, vers. 17 del evangelio de san Matéo*: *Licet censum dare Cæsari*

an non? y en la ley 8, *tít. 22, Part. 1* leemos *cense* tributo. Pero esta significacion no es propia de nuestro lugar, en el que entendemos por censo *un derecho que tenemos de exigir de otro á quien hemos concedido algo, cierto rédito ó pension.* Tres son sus especies, enfitéutico, reservativo y consignativo. A los tres somos muy desafectos, por considerarlos muy perjudiciales al Estado, como lo prueba Vizcaino en su tratado *sobre los estragos que causan los censos*; y con especialidad á los enfitéuticos, aunque tenemos algunos á nuestro favor, heredados de nuestros antepasados. Censo enfitéutico es *derecho que tenemos de exigir de otro cierto canon pension ánuo perpetuamente, en razon de haberle transferido para siempre el dominio útil de alguna cosa raiz, reservándonos el directo, con la condicion de no poder quitarle la cosa á él, ni á sus herederos mientras pagaren la pension.* Esta definicion va formada segun el modo ordinario de constituirse este censo, y no con escrupulosidad lógica, como lo dijimos de la de los mayorazgos en el *tít. 7, n. 1 de este lib. 2.* Porque tambien puede constituirse para sola la vida de aquel que recibe el dominio útil, ó por largo tiempo de 10 ó mas años, *d. l. 3, tít. 14, P. 1, d. l. 28, tít. 8, P. 5,* y en su *glos. 4, Greg. Lop. Mol. tract. 2 de just. et jur. disp. 445,* en donde advierte que si en la concesion del enfitéusis (así se suele llamar con un solo nombre este censo, que tambien se aplica al contrato en que se constituye) no se expresa tiempo, se entiende ser perpetua, por ser esta su naturaleza ordinaria. Y no puede constituirse sino por escrito, porque de otra manera no valdria, *dd. ll. 3 y 28.*

3. Los efectos que produce este censo á favor d que le concede, son : I Que se queda con el dominio directo de la cosa censida. II Que adquiere derecho á exigir del enfitauta las pensiones, de modo que si es deja de pagárselas por tres años, ó por dos, si es

iglesia, cae en comiso la cosa, y la puede tomar el señor directo (1) sin mandado del juez; bien que tiene el enfiteuta diez dias para purgar su tardanza ó mora, es decir que, si en dicho término paga sin pleito, debe el dueño directo recibir la paga, y no tomar la cosa. Pero si en ninguno de estos plazos pagare, no necesita dicho dueño para tomar la cosa, haber pedido la pension por sí ó por otro, porque se entiende que el mismo dia del plazo pide por él, *d. l. 28*. Pero debemos advertir sobre este II efecto que Greg. Lop. en la *glosa* 15 de esta *ley* 28 pone con apoyo de otros autores cuatro limitaciones de su doctrina, á saber, si el enfiteuta resistiere la ocupacion del dueño directo; si este hubiese acudido ya al juez sin protestar que le quedará salvo el derecho de expulsion; si el enfiteuta negare que no habia pagado, y si dijere que el tiempo de la paga no habia pasado; porque en todos estos casos se pondria en duda la cosa, y por ello debe acudirse al juez. Lo cierto es que el uso no ha recibido esta absoluta potestad del señor directo, y que tal vez turbaria la pública tranquilidad. III efecto. Cuando el enfiteuta quisiere vender la cosa, lo debe hacer saber al dueño directo, y á qué precio, y si este la quiere por el tanto es preferido (2). Y solo cuando dice que no la quiere, ó sabedor calla por dos meses, la puede el enfiteuta vender á otro, de quien pueda el señor directo haber el censo tan ligero como del mismo, *l. 29, d. tit. 8, P. 5*. A este derecho de tanteo que tiene, le solemos llamar de *fadiga*. IV Cuando se vende la cosa, tiene el derecho de laudemio ó luismo, que es la quincuagésima parte del precio por que se vende, ó de la estimacion, si se diere, que debe pagarle el nuevo poseedor al que está obligado á recibir por enfiteuta, *d. l. 29 (3)*.

(1) L. 3, C. de jur. emphyt. — (2) L. 3, C. de jur. emphyt. — (3) D. l. 3

4. A favor del enfiteuta produce la enfiteúsis los derechos siguientes : I Adquiere el dominio útil de la cosa enfiteútica. II En consecuencia de este dominio la puede vender en los términos referidos ; y sin sabiduría ó noticia del dueño directo empeñarla á persona tan ligera para pagar el censo como el mismo enfiteuta ; cuya circunstancia debe tambien observar cuando la vende , de suerte que si la vende ó empeña á persona mas poderosa , no vale el contrato , y pierde el derecho que tenia en la cosa , *d. l. 29*. Y en su *glosa* 14 dice Gregor. Lop. que en la misma pena de comiso caera el enfiteuta si vende la cosa , aunque sea á persona igual , si lo hace sin requerir antes el señor directo : bien que la ley no lo expresa en este caso , *d. l. 29*. III Puede de la misma manera imponer servidumbre sobre la cosa , y constituir á beneficio de otro el usufructo de ella , *Molin. de Hispan. primog. lib. 1, cap. 20, n. 2*. IV No se le puede quitar la cosa , si no es que cese en pagar la pension por el espacio de dos ó tres años en los términos que hemos explicado. V Aunque este censo se paga en reconocimiento de la señoría directa , se acaba y liberta enteramente de su paga el enfiteuta , si la cosa padeciese tal quebranto , que quedase algo de ella , como fuese menos de la octava parte , *d. l. 28*.

5. Por quanto este reino de Valencia está lleno de señorías directas que le oprimen , y por ello son muy frecuentes las enajenaciones de bienes sujetos á ellas , en las cuales se observan y están en uso varias disposiciones que se apartan del derecho comun de España , y son conformes á sus fueros que fueron abolidos en el año 1707 , y algunas por haberse introducido por costumbre ; nos ha parecido notarlas aquí á beneficio de los que tienen bienes ó negocios en este reino , segun se sigue.

6. El luismo es la décima parte del precio de la cosa ,

for. 3, rubr. de jur. emphyt. Bas in theat. jurisp. part. 1, cap. 30, n. 138. Nos causa el mayor dolor que está en observancia este gravámen tan pesado para los pobres enfiteutas, sin embargo de haberse abolido los fueros que lo introdujeron; y mas si se atiende que el precio de que se saca, lo es tambien de las mejoras que se hayan hecho por los enfiteutas en la cosa censida. Sucede con frecuencia que un pedazo de tierra, que, cuando se concedió en enfitéusis, solo valia por ejemplo diez pesos á causa de estar inculto, en montaña y entre peñascos, ó era marjal cubierta casi de continuo de agua, vale doscientos ó mas cuando se enajena, debido enteramente este aumento á los sudores del enfiteuta y sus hijos, sin la menor influencia ni gasto del dueño directo, que sin embargo se chupa el luismo de estos pobres é inocentes sudores. Y sucede tambien con alguna frecuencia que estas tierras se venden dos ó mas veces en 15 ó 20 años, con la misma carga de haberse de pagar siempre este derecho. En cuanto á casas, es todavia mayor la enormidad, pues valiendo á las veces el solar desnudo cuando se concede, 15 ó 20 pesos, vale dos mil la casa que en él se edifica. En los lugares de señorío, que son tantos en este reino, se padece mucho en este particular, nada beneficioso al Estado; y por costumbre se ha introducido que este derecho le pague el vendedor, Bas d. cap. 30, n. 142.

7. Tambien se ha introducido por costumbre el derecho que llaman *quindenio*, que es el de cobrar el dueño directo cada quince años el luismo, como si entonces se enajenara la cosa. Le pagan los poseedores de cosa enfiteutica, que se suelen decir *manos muertas*, esto es, las ciudades, iglesias, monasterios, colegios, hermandades y otros cuerpos semejantes, eclesiásticos ó seculares, que siempre permanecen los mismos; aunque se varíen las personas que los representan. La causa de esta introduccion es que el no poder vender

libremente sus cosas estos cuerpos, perjudica al dueño directo en cuanto al luisimo, al que tuvo consideracion en la concesion de este censo; y para salvarle, se finge que se venden cada quince años, *Bas d. cap. 30, desde el n. 182; Matheu de regim. cap. 2, § 5.* Y aunque por la misma razon debian pagar este derecho los poseedores de mayorazgos y fideicomisos, no lo pagan, porque la costumbre que le introdujo en las manos muertas no admite extension, *Bas d. cap. 30, n. 197; Matheu d. § 5, n. 115.* Y últimamente el derecho de retraer, ó de fadiga del dueño directo solo dura 30 dias, *for. 28 de jur. emphyt.*

8. El censo reservativo ó retentivo se constituye cuando alguno da á otro alguna cosa raiz transfiriéndole todo el dominio directo y útil, reservándose cierta pension ánua en frutos ó en dineros que le ha de pagar el que le recibe. Toma su nombre de la reservacion de la pension, y es origen antiquísimo; porque ya hizo uso de él Joseph, cuando á nombre de Faraon concedió campos á los egipcios con la obligacion de haber de pagar la quinta parte de sus frutos (1). No se puede negar su justicia; pero sí que podemos llorar que los señores de lugares hayan cargado tanto la mano en la tasa de la pension. Son muchos los pueblos en este reino de Valencia, en que se les paga la tercera parte, y que siendo el fruto aceitunas, se han de llevar precisamente las dos partes que quedan al cosechero, á molerlas al molino del mismo señor, cuyos arrendadores ponen los operarios á su voluntad; de que se sigue que, moliéndolas mal y apretando poco la masa, se queda porcion considerable de aceite en ella, que es para el señor, y la hace remoler solo para sí, haciéndose pagar además cantidad no despreciable de aceitunas á título de derecho de piedra. Hemos oido

(1) Cap. 47 del Génesis.

varias veces estos clamores, y que ofreciendo el labrador partir por mitad las aceitunas, para poder llevar su parte adonde les acomode, no quieren admitirlo los arrendadores. Pudieran los señores haber tomado el referido ejemplo de Joseph, y aun con alguna baja, en atencion á que entonces no pagaban (como ni ahora) diezmos los egipcios, y que tal vez seria aquella quinta parte de frutos todo el tributo que satisfacian á Faraon: lo que no es ni puede ser aquí. Dejo aparte los gravámenes que estos infelices pagan por razon de sus casas, porque ya seria salir de nuestro asunto.

9. Si sus lamentos llegaran en humildes súplicas á S. M. (Dios le guarde), podria esperarse que lograsen alivio. Así acaba de suceder en el año pasado de 1800 en Sagra y Sanet, lugares de la gobernacion de Denia, que entre los dos tienen cien vecinos, y forman una encomienda de la religion de Santiago. Oprimidos de los excesivos derechos de señoría que satisfacian, de los cuales eran los principales los frecuentes luismos, y la particion de frutos de uno por cuatro, que no les permitian poder vivir; acudieron con respetuosa representacion á la paternal benignidad del rey, que tuvo la bondad de pasarla al Consejo de órdenes para que le informase. Y este sapientísimo y prudentísimo tribunal, á consecuencia de haber formado expediente judicial, con sus traslados al comendador y fiscal de las religiones, evacuó su informe, y en seguida se sirvió mandar el rey que en lo sucesivo la particion que era de uno por cuatro, fuese de uno por seis, cuya beneficencia les produce el alivio de mas de mil pesos ánuos, con los que pueden pagar á su tiempo el real derecho de equivalente, socorrerse en sus necesidades, y cultivar mejor sus campos en beneficio tambien del Estado. Hemos sido largos y exactos en la relacion de este monumento de real be-

melicencia, por el especial afecto que le tenemos, á causa de haber corrido el asunto bajo de nuestra direccion, y haber formado desde esta ciudad la citada representacion. Vino el real despacho con fecha de 30 de setiembre del año 1800, y se halla registrado en la secretaría del Acuerdo de este reino.

10. Entre este censo y el enfitéutico hay algunas diferencias, que refieren Covarrubias 3, *var. cap. 7, n. 1*; Molin. *de just. et. jur. tract. 2, disp. 381 desde el vers. Differt*, y otros, que son: I Que por el reservativo se transfiere tanto el dominio útil, como el directo, y por el enfitéutico solo el útil, quedando el directo en el concedente, que por ello se llama dueño ó señor directo. Avend. en su tratado *de censibus cap. 13, n. 3* dice ser esta la llave de esta materia, para conocer la naturaleza de ambos censos, que todos reconocen por tal. Y de ella viene lo que suele decirse que pagamos la pension del censo reservativo de cosa nuestra, y la enfitéutica de cosa ajena, por pertenecer su dominio al que concedió la enfitéusis. II Que el enfiteuta no puede vender la cosa sin hacerlo saber al dueño directo; y si de otro modo lo hace, cae la cosa en comiso á favor de dicho dueño. Y además cuando la vende, pertenece á este el luismo y la fadiga, segun dijimos arriba *n. 3*; todo lo cual no tiene lugar en el censo reservativo, Molina *d. disp. 381, vers. Tertio*, y comunmente los demás que tratan de este asunto.

11. III Cae tambien en comiso la cosa enfitéutica, si el enfiteuta deja de pagar la pension por dos ó tres años en los términos que hemos explicado en dicho *núm. 3 (1)*: lo que no sucede en el censo reservativo, aunque por mil años no se pague, Covar. *d. n. 1* con la comun, de modo que es esto fuera de toda duda, con

(1) § 3, Inst. de lo al. et cond.

tal que no se haya pactado lo contrario; porque si en su constitucion se pone pacto ó condicion que, no pagando el censuario la pension, caiga en comiso la cosa, debe observarse, *l. 1, tit. 15, lib. 10 de la Novísima Recop.* (68 de Toro), que debe entenderse de este censo reservativo, como la entendió Molina en *d. disp. 381, vers. Dubium*, y lo prueba latamente Avendaño en *d. su tratado, cap. 90, n. 4*. Cuya inteligencia está recibida en la práctica de los tribunales, como lo confiesan aun aquellos doctores que juzgan convenir las palabras de la ley al censo consignativo, como son entre otros Covar., en *d. n. 1*, y latísimamente Gutierrez de juram. confirm. part. 1, cap. 31, n. 10 y pract. quæst. lib. 2, quæst. 68 en donde dice que la pena de comiso en el censo consignativo es injusta é inicua, y que por ello ni está en uso, ni debe estarlo. Del mismo sentir es Avend. tratando latamente este asunto en *d. cap. 90, n. 2*. La razon de admitirse este pacto en el censo reservativo, la traen Molina y demás autores en los lugares citados, de que concediéndose en este censo el dominio directo y útil de la cosa, puede justamente el concedente no quererle conceder sino bajo dicho pacto, como en el enfiteutico, lo quiere hacer y hace el dueño directo, respecto del dominio útil. Y si llegare á dudarse si un censo es enfiteutico ó reservativo, deberá decidirse por las diligencias de un buen exámen de las circunstancias, atendiendo mas á la naturaleza y sustancia del contrato, que á las palabras que confunden frecuentemente los escribanos por su impericia, como afirman Avend. en el *cap. 13, n. 6*, Covar. y otros. Y si de las circunstancias no pudiere sacarse, antes se considerará reservativo que enfiteutico, Covarrub. 3, var. cap. 7; Molin. *d. tract. 2, disp. 383, vers. Contrarius*, porque grava menos al que le debe.

12. Se puede constituir este censo por convencion,

de

DERECHO COMPARADO

Curso - 1998-1999

como es lo regular, ó por testamento, como si el testador legase á alguno cosa fructífera, con la reserva de haber de pagar cierta porción de sus frutos á sus herederos, *Avend. d. tract. cap. 3*. Y las mas veces se establece en la propia escritura por que se concede en enfiteusis un campo, imponiéndole al mismo tiempo la carga de particion de frutos á razon de uno por cada cuatro, cinco ó seis. Y puede ser perpetuo, durante la vida del censuario, ó absolutamente redimible. Y si se dudare en este particular de la voluntad del concedente, antes se debe considerar perpetuo que redimible, por ser esta su naturaleza ordinaria, como advierten Feliciano *de censib. tom. 2, lib. 1, cap. 10, n. 8, vers. Denique*, y Molina *d. tract. 2, disp. 382, vers. Secundus*; y tambien, porque reservándose el dueño la pension, retiene el derecho de percibirla, el cual como subrogado en lugar del dominio, es perpetuo como lo era el dominio; por cuya razon y otras son de este mismo parecer *Avend. d. tract. cap. 14* y *Covar. d. lib. 3, var. cap. 10, n. 5*, en donde tambien afirma que en caso de duda mas se debe considerar el censo reservativo que consignativo, poniendo algunas excepciones por conjeturas que deberá examinar el juez. Pero Vela *disert. 33, n. 70* defiende que habiendo duda, primero ha de considerarse consignativo que reservativo, y antes redimible que irredimible; fundado en que el consignativo redimible es el mas frecuente y ligero para el deudor: lo que no nos parece mal, por ser siempre mas favorables las partes del reo que las del actor (1).

13. Falta explicar el censo que se llama consignativo, porque se consigna ó impone sobre bienes del que lo debe, quedando este con el dominio directo y útil de dichos bienes, y alguna vez sobre su misma perso-

(1) L. favorabiliores 125, de div. reg.

na : lo que si puede ó no hacerse, disputan fuertemente los autores, y nosotros lo examinamos mas abajo. Seremos mas largos en la explicacion de este censo por las muchas circunstancias que envuelve, y varias ocurrencias que suelen acontecer y deben examinarse. Lo regular es constituirse por cierto precio, que consiste en dinero efectivo, y entonces su constitucion es verdadera venta. Pero puede constituirse por otros títulos, como pérmuta, donacion, compensacion de tributos, obsequios ú obras, ó por última voluntad, y segun el título toma su naturaleza. Nosotros hablaremos del constituido por contrato de venta como á mas frecuente, y porque con su explicacion se entenderá con facilidad lo que deba decirse de los constituidos por otros títulos.

14. Con este respecto definimos al censo consignativo que aprueban nuestras leyes y varias constituciones pontificias, como luego veremos, diciendo ser *compra por la cual, dando alguno cierto precio en dinero efectivo sobre bienes raices de otro, merca el derecho de cobrar cierta pension ántia del dueño de dichos bienes, que lo queda como lo era antes.* Decimos dando algun cierto precio, porque el censo no se perficiona por sola la convencion como las demás compras, sino que desea numeracion del precio, verdadera ó fingida, como prueba Vela disert. 34, n. 37. En el censo vitalicio exige la ley 6, tit. 15, lib. 10 de la Nov. Rec. que la numeracion ó paga del dinero sea real, y lo nota el mismo Vela disert. 36 desde el n. 37. Segun la definicion se compra el derecho de cobrar ó exigir la pension, y no la pension misma, como prueba Covar. d. lib. 3, cap. 7, n. 2, y Avendaño d. trat. de censib. cap. 37, n. 20, y por eso no puede objetarse que se dan dineros por dineros; aunque algunas veces, hablando impropriamente, se dice comprarse los réditos ó las pensiones.

15. Se divide el censo por razon de la cosa que se paga en pecuniario, cuya pensión se ha de pagar en dinero; y en fructuario, que se puede pagar en frutos, trigo, vino, aceite ú otros; pero en nuestra España prohíbe la *ley 3, d. tít. 15* expresamente que se pueda constituir con pensión que no sea dinero: de lo cual trataremos luego exprofeso. En razon del tiempo puede constituirse de manera que la pensión se pague por años, cada mes, ó á otros tiempos señalados. Y por razon de la duracion en perpetuo y temporal: cuyas especies se subdividen, á saber, el perpetuo en irredimible, que es absolutamente perpetuo; y en redimible, que se constituye con el pacto de *retrocedendo*, y llamamos *al quitar*: y hablando con propiedad se dice tambien perpetuo, por no acabarse con el tiempo, como prueban Vela, *disert. 33, n. 51*, y Cencio de censib. *quest. 2*; bien que en la *ley 5, d. tít. 15* se opone al perpetuo; lo que suelen hacer tambien nuestros autores.

16. Y el temporal puede constituirse ó para número cierto de años, como 20, 30 ó 40, ó para incierto, mientras viviere el comprador, el vendedor ó algun otro, y entonces se llama *vitalicio*: el cual es tan extraordinario y anómalo, que si se le examina por reglas de los demás censos, parece no serlo. Pues por las él, enajenando para siempre el precio ó capital sin esperanza de recobrarle jamás, compramos el derecho de exigir la pensión anual sin respecto á cosa alguna ni á industria, ni á obras del que la ha de pagar, sí solo de la vida de aquel para la cual fué constituido, acabada la cual, se acaba él tambien, y no de otra manera; de suerte que pende de ella en el constituirse y en el conservarse. Todas estas cosas, y el ser menor su precio, ó mayor su pensión, que es lo mismo, contribuyen á que sea lícito, por ser incierto el tiempo de la muerte, Salgad. *in labyrint, part 1,*

cap. 20; Covarrubias *d. cap.* 7, *n.* 3; Felic. *lib.* 1, *cap.* 7, *n.* 19; Vela *disert.* 35, *n.* 57, y mas latamente en la *disert.* 36, *n.* 42. Estas divisiones tienen todas lugar tambien en el censo reservativo. Molin. en *d. tract. disp.* 383 hasta la 389 examina todas las especies del censo consignativo con la solidez y hermosura que acostumbra.

17. El mismo Molina en *d. disp.* 383 añade otra division en real y personal, llamando personal á aquel, que solamente se coloca en la persona con respecto á su industria ú obras, sin que haya cosa alguna obligada. Pero opinando que no puede haber censo personal, la desechan muchos autores, á quien citan y siguen Faria ad Covarrubias 3, *var. cap.* 7, *n.* 27; Vela *disert.* 35, *nn.* 27, 102 y cinco siguientes; Avend. *de censib. cap.* 58, en donde trata muy latamente esta cuestion, y responde á 16 objeciones de Feliciano, Covar. y otros, que son de la opinion contraria. Tambien nos parece mejor la sentencia de los que reprueban la division; y el propio Molina no está lejos de pensar así, puesto que dice en la *disp.* 387 ser muy difícil de poderse sostener el censo personal. Ni vale decir con los adicionadores á la Biblioteca de Ferraris en la voz *census*, y Martinez en la *Librería de Jueces*, tomo 7, *lib.* 5, *tít.* 15, *n.* 220, estar en el dia aprobado el censo personal por la *cédula de 10 de julio de 1764, que es la ley 23, tít. 1, lib. 10 de la Nov. Rec.* publicada á representacion de los cinco gremios mayores de Madrid. Porque en ella solamente se aprueban los contratos, en los cuales algunos, principalmente las viudas, y otros destituidos de propia industria, les entregaban dinero para el comercio á razon de tres ó dos y medio por ciento; y estos contratos no constituyen censo, sino una especie de compañía, en cuya virtud se parten de tal modo la ganancia los contrayentes, que contentándose los que pusieron su dinero con una porcion se-

gura, pero muy inferior á la de una ganancia regular, pertenezca la restante á los gremios. Pero debemos advertir que de esta reprobacion del censo personal se entiende exceptuado el vitalicio, segun dijimos en el *n. antecedente*.

18. Asimismo debe advertirse que tenemos ciertos censos conocidos con el nombre de *juros*, y consisten en rentas que el rey concedió á alguno en compensacion ó remuneracion de sus servicios ó méritos, ó por cierto precio sobre salinas ú otros derechos. Cuyas concesiones son otras tantas constituciones de censo consignativo. Y de ahí es que cuanto se ha establecido de los censos tiene lugar en los juros, *nota 1 y 2, tit. 15, lib. 10 de la Nov. Rec.*, con sola la diferencia que de su venta no se paga alcabala, como de las de los otros censos, como todo lo prueba Larrea *aleg. 23*. Y aunque cuanto llevamos dicho es cierto y bastante claro, con todo, por no haberse expresado los juros en la *ley 8 de d. tit. 15*, que en el año 1705 aumentó el precio, ó disminuyó la pension en los censos consignativos al quitar, como luego veremos, segun lo habian expresado las citadas leyes anteriores que tuvieron el mismo objeto; no se observaba en los juros la baja de pension establecida en *d. l. 8*, y fué menester que en el año 1727 se mandara observar tambien en ellos, por la razon de que eran censos, *ley 4, tit. 14, lib. 10 de la Nov. Rec.* que dice: *Y arreglada su constitucion, y la paga á los censos, por serlo.*

19. Tres son las cosas que deben atenderse en este censo consignativo, el precio por que se compra ó constituye, al que solemos llamar *capital*; la pension ó rédito que se paga; y la cosa en que se consigna ó constituye. En el precio estableció el famoso *Motu proprio* del papa Pío V de *creand. censib.* publicado en el año 1569, entre otras cosas, que hubiese de consistir en dinero efectivo: por lo cual en los lugares en

que está en observancia no se puede dudar de ello. Pero no estando recibido en nuestra España, segun la ley 7, d. tit. 15, hay lugar á la cuestion de si debe ó no consistir en dinero, la cual tiene por una y otra parte muchos defensores. Avend. en d. tract. cap. 37, se esfuerza en probar con muchos argumentos la opinion negativa. Nos parece sin embargo mas fundada la afirmativa, porque cierra la entrada á los fraudes que son frecuentísimos en este contrato; y porque, estableciéndolo expresamente así por la misma razon en el censo vitalicio, la ley 6, d. tit. 15, nos da motivo para creer que nuestros legisladores han tenido la intencion de alejar de todos los censos los fraudes, y que la expresion que de ellos hicieron en d. l. 6 se extendiese y sirviese para los demás. Y por otra parte, no satisface Avend. debidamente los argumentos que se propone á favor de nuestra opinion. A lo que añadimos el dicho de Feliciano lib. 1, de censib. capit. 4, n. 10 de que cada dia declara el supremo real Consejo que se rescindan (esto es, que son nulos) los censos constituidos por precio que no sea dinero. De esta regla claro es que deben exceptuarse los juros, de que acabamos de hablar. Ni en ellos puede haber fraudes. Y advertimos no ser necesario que la tradicion del precio sea real: bastará la fingida. Podrá pues por la ficcion que llaman *brevis manus*, constituirse censo, estableciendo el precio en deuda de dinero cierta y líquida, á cuya paga podia ser estrechado el deudor, como lo prueba bien Avend. en el cap. 38, haciendo ver ser esto útil al mismo deudor. En los censos que se constituyen por testamento ó donacion, no interviene tradicion de precio; bien que si se alarga la cuerda, tambien se puede acomodar la fingida: lo cierto es que se debe considerar tenerle para los casos de redencion ó enajenacion de la cosa censida.

20. Se requiere tambien en el precio que sea justo,

esto es, que su cantidad corresponda á la de la pension, teniendo con ella una justa proporcion. Esta se varía por las circunstancias de lugar y tiempo, como enseñan Covarrubias 3, *var. cap. 9*, y *Avend. cap. 32*. En España fué tasada en los censos al quitar el año 1563, á razon de uno por 14, *l. 3, nota 1, d. tit. 15*, y despues en el de 1608 á uno por 20, *l. 13, nota 2 del mismo tit.*, y últimamente en el de 1705, para los reinos de Castilla y Leon, y en el de 1750, para los de la corona de Aragon, á uno por 33 con un tercio, ó como solemos decir, á tres por 100, *ll. 8 y 9, tit. 15, lib. 10 de la Nov. Rec.* Cuyas tasas deben tambien observarse en los censos mas viejos que *dichas leyes*, como se previene en *ellas* y en la *nota 2ª, tit. 15*, en las cuales se impone la pena de perdimiento de oficio á los escribanos que autoricen escrituras con pension mas alta. En el censo vitalicio fué tambien tasado el precio en el año 1583, *l. 6 del mismo tit.*, y despues en el de 1608, *l. 13, y nota 2ª del mismo*. En la primera tasa á razon de uno por 7, quando se constituia para la vida de uno solo; y de uno por 8 en los que habian sido cargados para dos vidas, prohibiéndose que en lo sucesivo se pudiesen cargar por mas de una vida. Y la segunda, la tasa que era por 7, se aumentó á 10, y la que por 8 á 12. En *dd. leyes* se expresan las tasas de tantos al millar; pero nos ha parecido acomodarnos en la explicacion al modo regular con que hablan las gentes, y sale la misma cuenta.

21. Del precio del censo irredimible no tenemos tasa señalada, y está tambien sujeto á variaciones por la diversidad de tiempo y lugares. Y en atencion á ser mas pesado para el censuario que le debe, que el otro al quitar, por no tener en él la facultad de redimirle, que tiene en este, y se considera parte del precio, como los demás pactos que favorecen al vendedor (1); todos

(1) L. 79, de contr. empt

confiesan deber ser mayor su precio, que el de los censos al quitar. Covar. 3, *var. cap. 10, n. 1* dice que este aumento no se debe hacer temeraria é inconsideradamente, sino por el dictámen de varon bueno y justo moderador. Y de lo que allí mismo trae, y Molin. *d. tract. de just. et jur. disp. 385, vers. Secundum*, parece ser justo que este precio debe ser mayor en la tercera parte, que el del censo al quitar. Y añade Molina que no debe reprobarse con facilidad en algun lugar lo que esté recibido por el uso, y del mismo sentir es Covar. 3, *var. cap. 9, n. 5, vers. Ex quibus*, diciendo que para la justa estimacion de estos censos se ha de observar la costumbre de la provincia, y la comun estimacion de los hombres, que suele definir el justo precio de las cosas (1). En este reino de Valencia el precio de estos censos, que llamamos *muertos*, es al doble mayor del que tenían los de al quitar, antes de los años 1705 y 1750 en que se aumentó, esto es, á razon de dos y medio por ciento, Bas *in theat. Jurisp. cap. 30, n. 52*.

22. Nota asimismo muy bien Molin. en el lugar citado que debe ser mucho mayor el precio en el censo enfiteutico que en los otros; porque además de conservar el dominio directo de la cosa el que le concedió, le pertenecen el luismo y demás derechos considerables enfiteuticos. Y no es inútil esta advertencia, porque si bien es verdad que en la constitucion regular y ordinaria de este censo, cuando uno concede una cosa suya en enfiteusis, no se hace mencion de precio, se debe tener consideracion de él, regulando lo que valgan los derechos del señor directo, cuando se venda la cosa enfiteutica; porque este valor se baja del que tiene la cosa, y solamente de lo restante se paga el luismo, Bas, *d. cap. 30, n. 141*. En este reino

(1) L. 63 ad. leg. Falc

de Valencia se observa que sea á razon de dos y medio por 100, de suerte que es el mismo que el del consignativo irredimible ó muerto; al que solemos llamar *doble capital*, y en idioma valenciano *doble march*, por ser doblado que el de los censos al quitar, antes del último aumento.

23. Y por cuanto de lo que acabamos de decir aparece claramente que debe ser al doble mayor que el de los redimibles, y mucho mayor que el de los irredimibles; exigian la justicia y equidad que, aumentando el precio de los redimibles á razon de 3 por 100, se aumentara el del enfitéutico á uno y medio por 100. Y con efecto así está regulado, por lo tocante á casas, y áreas ó solares de Madrid, en el *auto-acordado del año 1770, l. 12, tit. 15, lib. 60 de la Nov. Rec.*, en el cual se permite tambien al enfitauta la facultad de redimir estos censos al referido respecto de uno y medio por 100. Y por *cédula de 6 de noviembre de 1799, que es la ley 21, tit. 15, lib. 10 de la Nov. Rec.*, se permite la redencion en vales de todo censo perpetuo, al quitar, ó enfitéutico, para disminuir su circulacion. Y últimamente en el *n. 5 del reglamento insertado en otra cédula de 17 de abril del corriente año 1801, que es la ley 22, d. tit.*, relativa á la *pragmática-sancion* expedida en 30 de agosto de 1800, para la redencion de vales reales, se permite redimir con dichos vales los cánones enfitéuticos impuestos sobre las casas de las ciudades del reino, pagando un capital doble por el cánón, regulado á razon de 33 y un tercio por millar, esto es, 3 por 100, y por derecho de laudemio la cantidad que á un 3 por 100 reditúe en 25 años una cincuentena del valor de la casa, rebajado el importe de las cargas á que esté sujeta. Y en el *n. 6* se previene que en los censos al quitar se proceda á la redencion á razon de 3 por 100, y al doble en los perpetuos; y con el mismo respecto de 3 por 100, en cualquiera

tributo que no tenga capital señalado. Y en el *n. 2* se concede tambien que puedan redimir sus cargas, al propio respecto de 3 por 100, los poseedores de fincas afectas á carga de aniversario, capellanía, misa, festividad, limosna, dote y cualquiera prestacion ánuua.

24. En cuanto á la pension ó rédito del censo al quitar, estableció la *ley 3, d. tít. 15* en el año 1534 que se hubiese de pagar en dinero efectivo. Y porque en Galicia y otras provincias referidas en la *ley 5 del mismo tít.*, que es del año 1573, se constituian en fraude de *d. l. 3* muchos censos, bajo el nombre de perpetuos é irredimibles, con la expresion de pagar el rédito en trigo, vino, aceite, ú otros frutos, se mandó en la *misma ley 5* que todos estos censos que se hubieren fundado y fundaren desde dicho año 1534, se consideren redimibles, y en todo se juzgue de ellos por las leyes que hablan de los redimibles; y de consiguiente están sujetos á la decision de *d. l. 3*. Y aunque ella solo habla de los censos al quitar, nos parece muy bien la opinion de Azevedo en su comentario, de que debe extenderse su doctrina á los irredimibles; porque los perjuicios y fraudes que intenta evitar son mas graves en estos. Esta ley que tambien reguló los censos mas antiguos que ella, no se puede negar que es muy útil á la república. Pero sin embargo la *ley 9 d. tít. 15*, publicada en el año 1750, de la que hemos hablado al *n. 20*, permitió la costumbre de pagar las pensiones en frutos, diciendo *que, en donde estuviere recibida la costumbre de poder ajustar el rédito en granos, se regule la paga de estos por reduccion de la real pragmática* (entiende la ley antecedente *penúlt. del mismo tít.* que redujo la pension del 5 al 3 por 100), *sin exceso alguno*. La cual indulgencia ha dejado lugar á la cuestion, de si la reduccion establecida en *dd. ll. pen. y últ.* se ha de hacer con respecto á la cantidad de frutos, de modo que pague 3 medidas el que antes

pagaba 5; ó se ha de atender tambien al precio, que ha tenido mucho aumento en los años posteriores. Cuya decision pende en el supremo real Consejo, á instancia de las iglesias de Benasal, Adsaneta y otros pueblos del territorio de Morella en este reino de Valencia. Y posteriormente habiendo acudido al supremo Consejo de Castilla Melchor Belles, del lugar de Culla, y otros del mismo, y algunos circunvecinos, deudores de censos de dicho territorio, pidiendo la regulacion de pensiones, remitió aquel supremo tribunal la pretension á la Audiencia de este reino, para que arreglase las pagas de pensiones al 3 por 100; la cual, seguida causa entre los interesados, declaró por sentencia de revista en 7 de julio de 1794, por la escribanía de cámara de Don Antonio Aparisi, que el pago debia hacerse á razon de 3 por 100, en dinero ó trigo segun el valor y precio que tuviese este en cada un año, en los respective pueblos de los deudores. En la sentencia de vista se dijo deber atenderse en esto el dia 16 de agosto, y así se observa.

25. Explicado lo perteneciente al precio y á la pension, pasamos á examinar las dificultades que ocurren acerca de la cosa en que está consignado el censo, que son harto considerables. Feliciano *de censib. tom. 2, lib. 1, cap. 1, num. 5*; Covar. 3, *var. cap. 7 desde el n. 5*, con otros muchos que refiere Avend. *cap. 23, n. 9*, juzgan que la cosa censida tiene la calidad de hipoteca; y añade el mismo Covar. que esta hipoteca no sigue en todo las reglas de las demás hipotecas; porque en primer lugar el comprador del censo puede reconvenir al pago de las pensiones al que compró la cosa censida, saltando al que la enajenó despues de haber consignado en ella el censo. Y por otra parte, si el censo hubiere sido colocado, por exemplo, en tres campos que perteneciesen á tres diferentes poseedores, no pueden ser reconvenidos los tres por el todo,

no cada uno por su parte: las cuales dos cosas se observan al contrario en las hipotecas regulares, porque la accion hipotecaria no puede intentarse contra los poseedores, sin hacer antes excusion de los bienes del deudor que contrajo, *L. 14, t. 13, P. 5 (1)*, y no se divide por el número de los poseedores por ser individua. Pero confiesa el mismo Covar. que en esto último está en contrario la práctica, apoyada, al parecer, en que siendo hipotecaria esta accion, debe ser individua, y descuidando de su irregularidad.

26. Pero Molin. en *d. tract. de just. et jur. disp. 383*, Avend. en *d. cap. 23, n. 10*, citando á muchos, y latísimamente Vela, *disert. 34 y 35*, defienden que la constitucion de censo se debe considerar á la manera de una servidumbre impuesta sobre la cosa en que está colocado. Cuya sentencia nos parece mas verdadera y justa; y se acomodan á ella los efectos que observamos en la práctica: confesamos sin embargo que en el uso general de hablar se la llama hipoteca, y no tenemos reparo de conformarnos con él, si se le añade el adjetivo *irregular ó anómala*. Los efectos consiguientes de esta opinion son: I Que aquel que impuso el censo sobre cosa suya, solamente está tenido á la paga de las pensiones en cuanto lo posee, ó está obligado á la eviccion; por lo que la accion para exigir las pensiones, es de aquellas que los romanos llamaron *in rem scriptæ*, que siempre se dirigen contra el poseedor (2), Vela *disert. 14, nn. 38 y 56*, y en la *disert. 34, n. 54*. Y de ahí viene que, enajenada la cosa, se reconviene al poseedor, que no contrajo con el acreedor, sin que pueda valerse del beneficio del orden ó excusion; pues segun veremos mas abajo, no hay otro deudor.

(1) Authen. Hoc si debitor. C. de pignor. — (2) *L. 9, § fin. quod. met. cau.*

27. II Que el poseedor de la cosa está obligado á pagar no solamente las pensiones del tiempo en que posee, sino tambien las anteriores que se deban. No hemos hallado ley alguna nuestra que lo diga; pero lo dijeron las romanas de los vectigales ó tributos reales, con la buena razon que se acomoda á los censos, de ser los predios, y no las personas los obligados (1); añadiendo que si el comprador de la cosa ignoraba deberse pensiones atrasadas, puede recobrarlas del vendedor. Molina, explicando latamente este asunto en *d. tract. 2, de just. et jur. disput. 534, vers. últ.* dice que las pensiones anteriores á la enajenacion de la cosa, se pueden exigir indiferentemente, ó del actual poseedor, que como tal las debe, como hemos visto, ó del anterior, que aun las debe por razon del tiempo pasado, en que como poseedor que entonces era, percibiendo sus frutos, las adeudó; y que si las pagó el último tiene recurso para recobrar del primero las correspondientes á los años en que poseyó: lo que nos parece cuadrar muy bien á la equidad y naturaleza del censo.

28. III Que pereciendo la cosa censida, parece tambien el censo, á la manera que pereciendo el predio sirviente, parece la servidumbre, como latamente lo prueban Avendaño en el *cap. 60*, y Leotar. *de usur. quæst. 57*, en donde tambien trata cuándo vuelve á nacer. Este efecto es muy conforme á la naturaleza del censo, si se examina atentamente; porque como dice sutil y sólidamente Molina en *d. tract. disp. 385, vers. Contrarium*, el censo no es otra cosa que venta pro indiviso de parte del derecho en la cosa que está consignado; y pereciendo la cosa, no puede dejar de perecer el derecho que habia en ella. Fuera de esto, como considera muy bien Vela en *la disert. 35, desde el n. 21*,

(1) L. 7, de publican. et vectigal.

seria casi ninguno el peligro del comprador del censo, si pereciendo la cosa sobre la cual y sus réditos compró el derecho de exigir la pension, estuviese todavía el vendedor obligado á pagarla : lo cual á mas de ser contra las reglas del contrato de compra y venta, seria iniquidad ; porque le es bastante al pobre vendedor del censo, el sentir la pérdida en haber perecido la cosa, sin quedar obligado á la paga de pensiones ; pues de otra suerte sentiria por un mismo respecto dos gravámenes, y contra el humano axioma se añadiria afliccion al afligido. Y tambien porque, si el comprador del censo no sintiera el peligro de perecer la cosa, poco ó nada distaria del que dió mutuo con usuras, que tiene segura en todo evento la cantidad que dió. Por cuyas solidísimas razones movidos Vela en la *disert.* 33, n. 51, y Cencio de censib. *quæst.* 54, creyeron ser cosa inicua é ilícita, que el censo se constituyera generalmente sobre todos los bienes del vendedor ; porque rarísimamente podria suceder que alcanzare al comprador el peligro de la extincion de su derecho, llorándolo siempre amargamente el pobre vendedor. Todavía avanzamos mas hasta decir que, si la cosa ó cosas en que se impone el censo fuese tan pingüe, que produjera frutos muy excesivos para pagar la pension, se debia corregir el exceso por el arbitrio del juez, para no caer en el mismo absurdo, y que se guarde la igualdad que corresponde entre los contrayentes.

29. En consecuencia de lo que acabamos de decir, nos parece verdadera la opinion de Avend. en el *capit.* 59, Sarmiento *lib.* 7 *select. cap.* 1, n. 28, y otros que juzgan que en la constitucion del censo no se contrae obligacion alguna personal, por la cual el vendedor ó sus herederos que no poseen la cosa censida, ó la quieren dejar, puedan ser compelidos á pagar las pensiones, aunque se hubiese pactado así ; pues todavía deberia considerarse inútil, y por no puesta la obli-

gacion personal, si no es que dijera respecto al caso en que tuviese lugar la eviccion, para el cual, y no para otro, podria sostenerse. Y en verdad recomiendan esta opinion la equidad é igualdad que debe guardarse en todos los contratos; y es muy conforme á ella la naturaleza del contrato de compra y venta, á la que se refiere la constitucion del censo; porque el que compra alguna cosa solamente adquiere derecho en ella, sin tener regreso contra la persona, si no en el caso de eviccion. ¿Porqué pues ha de concederse mas favor é indulgencia á los compradores de censos? ¿Porqué á la compra del censo odiosa, y no muy distante de las usuras, se le ha de dar un fruto mas pingüe, que á las compras de las demás cosas tan útiles y aun necesarias á los hombres?

30. Turba sin embargo algo esta doctrina la *ley 9, tit. 15, lib. 10 de la Nov. Rec. del año 1750*, de la que hemos hecho mencion en el *n. 20*, contando tres especies de censos consignativos al quitar, donde dice, *Reales, personales ó mixtos*, por cuyas palabras parece aprobar no solo los censos en que accede obligacion personal, sino tambien los colocados en la sola persona, significando á aquellos por la palabra *mixtos*, y á estos por la *personales*. Pero no por esto debemos reprobar la sentencia de Avend. que niega estas dos especies en los *nn. 58 y 59*. Porque se responde que el legislador en *d. l. ult.* solo tuvo la intencion de reducir todos los censos al quitar á la razon de 3 por 100, sin extenderse á otro fin; y que atendiendo únicamente al que tenia, puso aquellas palabras, no aprobando los censos mixtos y personales, sino para manifestar que todos los censos al quitar de cualquiera calidad que fueren, debian estar sujetos á la reduccion que hacia, sin que sus dueños pudiesen pretender cosa en contrario, á título de que seria mixto ó personal: cuya pretension podia temerse, por ser muchos los autores que la ad-

miten. Y aunque la opinion de estos no es tan fundada como la nuestra, el tener tantos defensores ha sido probablemente la causa de que los escribanos ordenen segun ellas las escrituras de cargamento que autorizan, siguiendo unos á otros como á ovejas: lo que no debe dar cuidado, por lo que dijimos en el n. 11. Q tal vez la ambicion y poder de los compradores ha sido la causa de ponerse estas expresiones mas gravosas los pobres que justas; y esto ha dado asa al estilo.

31. Si cuando no parece toda la cosa censida, sino solamente una parte suya, parece tambien prorata el censo, aun en el caso que la parte que queda pueda dar frutos bastantes para pagar toda la pension, es cuestion harto difícil, Molina *disp.* 391, *cláusula* 8, Vela *disert.* 33, nn. 37 y 38, Faria *in addit. ad Covar.* 3, *var. cap.* 7, nn. 35 y 36, citando á otros, defienden la opinion afirmativa, cuyos fundamentos son: I Porque lo que se dice del todo en cuanto al todo, se dice de la parte en cuanto á la parte (1). II Porque el censo está de tal modo extendido en la cosa, que todo está en toda ella, y parte en la parte. III Porque así está expreso en la *cláusula* 8 del *Motu proprio* de san Pio V, cuyas palabras puestas en latin fácil de entender, como allí están, son: *Postremo census in futurum creandos, re in totum, vel pro parte perempta aut infructuosa in totum, vel pro parte effecta volumus ad ratam perire.* A cuyo caso y á otros declaratorios de Derecho antiguo no parece debe extenderse la suplicacion para no admitir este *Motu*, de que habla la ley 7, *tit.* 15, *lib.* 10 de la *Nov. Rec.*, sino solamente á aquellos en que fuera del Derecho comun establece alguna cosa nueva, como prueba Vela *disert.* 33 desde el n. 18, y mas latamente en las *disert.* 35 y 36.

32. Pero sin embargo de estos fundamentos, tene-

(1) L. quæ de tota 76 de rei vind.

mos por mas probable la sentencia contraria defendida por Leot. *de usur. d. quæst.* 57. Cencio *quæst.* 100 que cita á otros, y á una *decision de la Rota ante el cardenal Nellini, en 30 de octubre de 1602.* Las razones de esta opinion son las siguientes: I Porque el censo está simplemente constituido sobre toda la cosa y sobre cada una de sus partes. II Porque quedando el dominio de la cosa censida en el vendedor del censo cuando se constituye, sin pasar al del comprador que solo merca el derecho de exigir la pension, parece que la destruccion ha de pertenecer enteramente al vendedor, mientras le queda parte de que pueda sostener la paga de la pension. III Porque pudiéndose constituir de nuevo un censo del mismo valor en la parte que quedó salva, seria cosa irregular que no permaneciese entero el ya constituido, siendo mas fácil la conservacion de una cosa que su nueva constitucion.

33. IV Porque el censo no se considera terminativamente con respecto á la cosa censida, sino á sus frutos, es decir, no tiene por término ó fin la misma cosa, sino sus frutos, de donde viene que se extingue aun permaneciendo la cosa, si se hace enteramente infructífera para siempre, como luego veremos: á lo cual es consiguiente que, si la parte que queda produce frutos bastantes para la paga de la pension, de ninguna manera puede decirse extinguida la cosa en cuanto al censo, ni aun en cuanto á la parte que pereció. Cuyas razones, al paso que afianzan esta opinion, destruyen los dos primeros fundamentos de la contraria. Ni da tampoco pena el tercero sacado de la referida *cláusula 8 del Motu de san Pio V,* porque aquellas palabras, *volumus ad ratam perire* (queremos que perezca prorata) se deben entender del caso en que la parte que resta no puede producir los frutos suficientes para el pago de la pension, como las entendió la Rota en la citada *decision,* que es la primera de las

mas antiguas que pone Cencio en su *Tratado de censib.* Si el censo no se tomase por el derecho en exigir las pensiones, como le tomamos aquí, sino por lo mismo que tributo, como se toma alguna vez, segun dijimos en el n. 2, sí que debería disminuirse su pago á proporcion de la parte de la cosa que pereciese (1). Advertimos últimamente en remate de esta cuestion que, si un censo fuere constituido con facultad real sobre dos mayorazgos, y se le quitara al poseedor el uno, se le debería bajar á proporcion el pago de la pension por las razones especiales que expresa Salgado in *Labyr.* par. 2, cap. 11, n. 13.

34. Queda que advertir en cuanto á las cosas en que han de consignarse los censos, que deben ser fructíferas é inmuebles ó raíces. Lo primero se evidencia en que comprándose en la constitucion del censo el derecho de exigir las pensiones ó réditos, si la cosa no los produjera, seria ridículo y usurario el contrato, Avend. cap. 53, Leotard. *quæst.* 56. Y es tambien cierto que deben ser inmuebles, porque además de exigirlo así las *Extravagantes de Martino V y Calixto III*, que están en el *Cuerpo del Derecho canónico* en el tit. de *empt. et vend.* entre las *Extravagantes comunes*, se prueba de lo que dijimos que el censo se considera á manera de servidumbre, la cual nunca se impone sobre cosas muebles, y tiene tracto sucesivo perpetuo, ó á lo menos que se considera de mucha duracion: por cuyas razones y otras lo prueba bien Cencio en la *cuest.* 29, y Avend. en los *capp.* 50 y 57, en donde cita á otros. Y advierten el mismo Cencio en *d. cuest.* 29 y Avend. en el *cap.* 52 que tambien deben entenderse por cosas inmuebles aquellos derechos incorporales, que natural é inseparablemente van adherentes á la tierra, como los de pacer, pescar, decimar ú otros semejantes. Y

(1) L. 4, § 2, de censib.

vemos tambien muchos impuestos sobre derechos que se consideran perpetuos, aunque no digan respecto á la tierra, como los propios de los pueblos, y los derechos comunes de los oficios de los artesanos.

35. Por cuanto en las constituciones de censos se suelen poner algunos pactos de los que puede dudarse si son válidos, y deben observarse, nos ha parecido notar los mas frecuentes y considerables. Es el primero no poderse enajenar la cosa censida, con la pena de que caiga en comisó si se enajena. II Reservarse el comprador el derecho de tanteo ó prelacion, si la cosa se enajenare. De los dos trata latamente Avend. en las *capp.* 85 y 86. Para examinar bien este asunto, se ha de distinguir entre los censos que no tienen precio establecido por la ley, y los que le tienen, cuales son los redimibles ó al quitar. Es cosa sabida que hay tres géneros de precio, supremo, medio é ínfimo; y en los primeros que solo tienen precio por la estimacion prudente de los hombres, se sostendrán los pactos, si el censo se constituyere al precio supremo ó al medio; porque sin embargo de que son gravosos al vendedor, como luego veremos, no se le hace agravio si queda el contrato dentro de los límites del precio ínfimo, que tambien participa la razon de justo. Pero si fuere constituido al ínfimo, que ya no admite baja en la esfera de lo justo, deberá decirse lo mismo que vamos á decir de los que lo tienen tasado por la ley.

36. En estos que, segun dijimos en el n. 20, son los redimibles ó al quitar, y los vitalicios, juzga Avendaño *dd. capp.* 85 y 86 que tambien son válidos, y deben observarse los expresados dos pactos, y lo mismo defiende del segundo Gutierrez *lib.* 2, *prac. quæst.* 167. A nuestro dictámen, la contraria sentencia es la verdadera, que sigue Leotard. *de usur. quæst.* 56, *nn.* 32 y siguientes, y *quæst.* 65, n. 5; y Olano *in concord. antimoniar. jur. litter.* nn. 99, 107, 108. La razon

de esta sentencia es tan clara y sólida, que no tiene resistencia si bien se considera. Consiste en que nuestros reyes, mirando por los pobres, tasaron tan severamente los precios en las leyes que hemos citado al n. 20, que no quisieron que en manera alguna fuesen menores ó mas gravosos á los vendedores, como claramente lo manifiestan ellas mismas. Y ninguno que examine con atencion el asunto, podrá negar que los referidos pactos, y cualesquiera otros que embarazan, de cualquier modo que sea, la libertad de enajenar, gravan á los vendedores del censo, poseedores de la cosa censada, y de consiguiente minoran el precio que recibieron : lo que estrechamente prohíben dichas leyes.

37. Ni satisface la solucion de los autores de la otra opinion diciendo que dichos pactos, y con especialidad el segundo del derecho de tanteo ó prelacion, no disminuye el precio por no ser gravoso al vendedor, respecto á que dándole el comprador que usa del tanteo, el mismo precio, y con las mismas condiciones que le daba el otro comprador, en nada le perjudica. Porque esta respuesta es capciosa, á causa de que el perjuicio del vendedor tiene mas alta su raiz, á saber que, valiendo dicho pacto, no se encontraria con tanta facilidad quien quisiere comprar la cosa á su justo precio, por el rezelo de que acudiria á quitársela el comprador con su derecho de tanteo, como es claro, y lo juzgó la Rota ante el cardenal Serafin, decis. 1474, n. 1, vers. *Nec obstat*, citada por Leotard. en d. n. 32, y por ello se veria precisado á venderla mas barata. Y además no pudiéndose negar que dicho pacto es útil al comprador, que por tal le solicita, es preciso confesar que es gravoso al vendedor, por ser correlativo lo uno de lo otro. A que se añade que, estando constituidas dichas leyes en beneficio de los vendedores, se deben ampliar á favor suyo. Matienzo en la ley 1, tit. 15, lib. 10 de l-

Nov. Rec. glosa 1, dice que no debe tenerse consideracion de este pacto; porque mas debe atribuirse á la impericia de los escribanos que á la voluntad de las partes: lo juzgamos tambien así; pero añadimos que no debe valer, aunque conste haberse puesto por voluntad de los contrayentes. Ni tampoco nos embaraza la cláusula 5 del *Motu de San Pio V*, que aprueba este pacto; porque además de que no habla de los censos que tienen precio tasado por la ley, no está recibido en España, como hemos manifestado al n. 19. Y en estos censos se causaria un enorme gravámen, que no está en el orden admitan los principes seculares, mayormente no exigiendo esta circunstancia la naturaleza del censo, que es un contrato secular; ni por ahí se causa perjuicio á las almas, como ratiocina con su extraordinaria finura Molina en el *coment. de d. cláusula 5, tract. 2, de just. et jur. disp. 390*.

38. Decimos pues con relacion á lo que va expuesto que todos los pactos que por ser gravosos al vendedor disminuyen el precio, se deben considerar no escritos, Faria *ad Covar. 3, var. cap. 7, n. 14*; pero no harán nulo el contrato. Solo de un pacto se podria decir lo contrario de esto último á vista de una ley, si no hubiese otra que lo impidiese. Tal seria si en la constitucion del censo se convinieren expresamente los contrayentes que el precio fuese menor que el tasado por las leyes. Si hubiéramos de atender únicamente á la ley 6, *tít. 15, lib. 10 de la Nov. Rec.*, estaríamos precisados á decir que era nulo el contrato por estas sus palabras: *Y las ventas y contratos de los dichos censos que en otra manera y á menor precio se hicieren y otorgaren, sean en sí ningunos y de ningun valor y efecto*. Pero á pesar de lo claro y decisivo de estas palabras, las *ll. 8 y nota 1.^a y 2.^a tít. 15, lib. 10 de la Nov. Rec.* que hablan con mas extension de este asunto, nos precisan á decir que no se viciaria todo el

contrato, sino el aumento de la pension tan solamente, reformándose de modo que correspondiese á la tasa. Si por ejemplo pues te diere yo 100 para que cada año me pagaras 4, quedando válido el contrato, solo estarías obligado á pagarme 3. Porque *estas ll.* despues de referir las palabras de *d. l. 8*, añaden las siguientes : *Y que no se pueda en virtud de ellos pedir, ni cobrar en juicio, ni fuera de él, mas de á la dicha razon y respecto* (es la tasa). Por lo cual es visto que *d. l. 8* habló menos de lo que quiso, y que se debe ampliar por las otras. Se puede ver á Avendaño, que prueba latamente esta sentencia en el *cap. 36*, y Larrea en la *alegac. 25, n. 8*, citando á otros.

39. Veamos ahora los modos de extinguirse los censos. I Se pierden ó acaban por perecer la cosa censida. de cuyo modo, por haberse ofrecido la ocasion, hemos hablado en el *n. 28*. II Si la misma cosa se hubiese hecho en un todo y para siempre infructífera, como por ejemplo, si avanzando el mar cubriese de mucha arena el campo, como lo prueba Leotard. *de usur. quæst. 57*. La razon es la misma con que hemos fundado en el *n. 34* deber ser fructíferas las cosas en que se imponen los censos. Y porque de la cosa que así se ha hecho infructífera ó estéril, se debe juzgar como de la que ha perecido del todo, en cuanto al efecto de percibir frutos de ella. Pero por quanto no está en la potestad del censuario hacer que se empeore la cosa, y de este modo perjudicar al dueño del censo, le podrá este obligar á que la cuide como los diligentes padres de familias, Leotard. *d. quæst. 17, n. 6*. Y si por su dolo ó culpa pereciese, ó se hiciese infructífera, aunque se extinguiria el censo por falta de cosa en que poder subsistir, podria el dueño repetir el precio, y lo que interesare, como lo prueba Leotard. en *d. quæst. 57, nn. 56 y 57*, y Cencio *de censib. quæst. 101*, y es conforme á lo dispuesto en el Derecho sobre el dolo y culpa.

40. Porque puede dudarse algunas veces, si por la mudanza ó quebranto que ha padecido la cosa, debe considerarse que ha perecido, ó se ha vuelto infructífera del todo para siempre, y con este pretexto excusarse el deudor de la paga de las pensiones, somos de parecer que, si esto sucediere, tiene derecho el dueño del censo de precisarle á que pague las pensiones, ó haga dimision de la cosa á su favor; porque de esta suerte se cortan con facilidad los pleitos, sin perjuicio de ninguno, y excluyen los fraudes que podian intentar los deudores. Y tambien, porque siendo el censo á manera de servidumbre, como dijimos en el n. 26, carga sobre toda la cosa y todas sus partes, y permanece *in habitu*, como solemos decir, en la cosa estéril y mudada, ó cualquiera de sus partes que se conserve, como queda en el solar el derecho de hipoteca, quemada la casa (1); y en tanto se considera extinguido, en cuanto el acreedor no tiene derecho para exigir las pensiones, ni para obligar al deudor á que reedifique la casa. Y esto se observará, aunque el deudor se hubiese obligado á sufrir cualquier perjuicio, y á reedificar la casa, si no es que se hubiere compensado esta obligacion aumentando el precio en la tercera ó cuarta parte, ú otra sobre la tasa, que deberia moderarse, segun el arbitrio del juez, para que fuese correspondiente al aumento de obligacion que habia tomado sobre sí el deudor, *Molin. disp. 389 y 391; Avend. cap. 60, n. 11; Vela d. 33, desde el n. 72*, en donde trata latísimamente de la renuncia de los casos fortuitos, su fuerza y extension. Recordamos lo que hemos dicho de los pactos gravosos al deudor en los nn. 31 y siguientes.

41. Y¿ qué diremos, si la casa que se habia arruinado enteramente, se reedificase de nuevo? La co-

(1) L. 29, § pen. de pignor.

mun sentencia niega que reviva el censo que se extinguió, como sucede en el usufructo. Pero es mas verdadera la opinion contraria; porque quedando *in habitu*, como hemos probado, el censo en el solar, no tanto debe considerarse extinguido, como suspendido y vuelto infructuoso, del mismo modo que, si un campo que se creyó perpetuamente estéril é infructuoso, sin haber producido fruto alguno por muchos años, se hiciera de nuevo fructífero por alguna muy rara ocurrencia. Ni hace fuerza el ejemplo en contrario del usufructo; porque este derecho personal es muy delicado, y se pierde con mucha facilidad, de suerte que el de un pinar se pierde con solo haber cortado los pinos, y haberse hecho tierra campa para sembrarla; lo que ninguno ha soñado decir en los censos. Mas por esta reviviscencia no tendrá derecho el acreedor de exigir las pensiones correspondientes á los años de la ruina; porque entonces no se adeudaron. De la práctica contraria se queja con razon Soeueva en su librito *de los censos*, § 4 *al fin*, diciendo ser la causa de haber en Sevilla tantos solares, y estar la ciudad afeada con ruinas. Será pues muy del caso, para evitar pleitos, que el poseedor del solar afecto á censo, pacte con el dueño de este antes de reedificar.

42. El III modo de extinguir los censos es la dimision, esto es, si el poseedor de la cosa censida la dimite ó desampara á favor del acreedor, como lo prueba Avend. en el *cap. 110, nn. 6 y 12*. La razon es en substancia la misma, que la del caso en que perece la cosa, á saber que, siendo el censo cargo á la manera de servidumbre, carga sobre sola la cosa, y la persona solamente está obligada en cuanto la posee; y de consiguiente debe serle permitido dejar la cosa, y libertarse con ello del censo, de la misma manera que el dueño del predio sirviente puede dejarle, y quedar libre de la servidumbre. Por la misma razon dijo muy bien

el jurisconsulto Marciano (1) que debia ser oido el legatario, á quien el testador legó un campo, con la carga de dar á otro cierta cantidad, si él quisiere no admitir el legado, ó prestar el campo para no pagar el fideicomiso.

43. El IV modo de extinguirse los censos es la prescripcion de 30 años, cuando alguno poseyere la cosa como libre de tal carga por dicho término, con buena fe y sin interrupcion, como generalmente sin diferencia de poseedores lo defienden Gom. 2, *var. cap.* 11, *n.* 45, y Carleval *de jud. lib.* 1, *tít.* 3, *disp.* 4, *n.* 20. Pero otros doctores juzgan deberse distinguir, si el poseedor de la cosa es el mismo que impuso el censo, ó algun sucesor suyo universal; ó es otro que la adquirió por título singular. Estos en el primer caso siguen la sentencia citada de Gomez y Carleval, y dicen deber entenderse de este caso la *l.* 6, *nota* 1, *tít.* 15, *lib.* 9 de la *Nov. Recop.* (63 de Toro), que pone este término á las obligaciones con hipoteca ó mixtas. Y en el segundo se dividen en diferentes opiniones. Gutier. *lib.* 1, *pract. quæst.* 90 con otros muchos que cita al *n.* 9 juzga que el tercero que poseyere con buena fe y justo título la cosa como libre por 10 años entre presentes, y 20 entre ausentes, consigue la libertad de la cosa, segun las *leyes* 39, *tít.* 13, *P.* 5; y 17, *tít.* 29, *P.* 3, que cree no estar corregidas por *d. l.* 6, lo que no nos place; porque además de ser generales las palabras de esta ley, donde dice: *La deuda se prescriba por 30 años*, sin que hagan mencion de diferencia de poseedores, no aparece razon alguna para decirse que es correctoria de las *referidas* 39 y 27 de la *Partida* 3, en cuanto en ellas se requerian 40 años en el primer caso, como el mismo dice; y no lo es por la otra parte, en que se contentaban con 10 en el segundo.

44. Ni tampoco nos parece bien la opinion de Avend.

(1) L. 114, § 4, de legat. et fidei c. 1.

en el *capít.* 103, *n.* 7 de que el tercer poseedor no puede prescribir sino por tiempo inmemorial, ó de 40 años con título, fundado en que en la constitucion del censo se añade siempre el pacto de no enajenar la cosa, el cual como impeditivo de la traslacion del dominio, resiste á la prescripcion. Cuya razon tiene muchas satisfacciones : I Porque no se ha de dar tanta fuerza á este pacto, como prueba Gutier. *d. quæst.* 90, *n.* 9. II Porque no tratamos de prescribir la cosa, sino el censo impuesto en ella, el cual sin enajenarse la cosa puede prescribirse por el mismo que le impuso, ó á lo menos por su heredero ó legatario, si tiene buena fe. III Porque no siempre se pone dicho pacto. IV Porque cuando se ponga, se debe considerar no puesto por ser gravoso al deudor ; y no deber tener lugar en los censos los que son de esta clase, como latamente hemos probado en los *nn.* 36 y siguientes. Es verdad que en algunos de los irredimibles podria tenerle ; pero son bastantes las otras razones para excluir esta opinion. Concluimos pues siguiendo la sentencia de Gom. y Carleval, que es muy conforme á la citada *ley* 6, que no haciendo diferencia entre poseedores y poseedores, establece la prescripcion de 30 años en las obligaciones mixtas, ó no meramente personales, cuya calidad ninguno ha negado jamás á la de censo. Queremos por último advertir aquí que en este reino de Valencia está recibido y autorizado por innumerables sentencias de los tribunales necesitarse cien años para prescribirse los censos, como enseña Bas *Theat. jurispr. cap.* 12, *n.* 23. Pero no habiendo ahora razon alguna para decir que esta jurisprudencia no está corregida por *d. l.* 6, desde que en este reino nos gobernamos por las leyes de Castilla, parece podrá decirse que tambien en él se deberán prescribir los censos por 30 años. Ni pesa mucho la razon que en *d. n.* 23 señala Bas.

45. Esta prescripcion que extingue el censo, empieza á correr desde el tiempo en que se cesó del todo en las pagas de las pensiones, esto es, desde que el acreedor no las cobró de persona alguna, como lo prueba bien Avend. en el *cap.* 105, de suerte que, aunque no haya pagado el poseedor de la cosa, no habrá prescripcion, ni aun empezada, si paga el que contrajo con el acreedor, ó algun otro en su nombre, Cencio de *sensib. quæst* 117, *nn.* 16 y 17. Si extinguido el censo por la prescripcion, se entienden extinguidas todas las pensiones, así la del primer año en que se dejó de pagar, como de los siguientes, ó sean necesarias para extinguirlas todas, tantas prescripciones como ellas son, de modo que cada pension necesite de su prescripcion, contadora desde que ella debió pagarse; es cuestion de mucha dificultad, que trata con extension Avend. en el *cap.* 104, y juzga que con la prescripcion del censo se extinguen todas las pensiones. Trae allí mismo la razon, y tambien Carleval *de judic. lib.* 1, *tít.* 3, *disp.* 4, *n.* 20; á saber, que el censo es lo principal, y las pensiones lo accesorio; y es bien sabido que, destruido lo principal se pierde tambien lo accesorio. Inclínamos algo á esta opinion, pero confesando ser tambien muy probable la contraria, que defienden muchos que cita Ayllon *ad Gomez* 2, *var. cap.* 11, *n.* 45. La tratamos en nuestro *apéndice*.

46. Y últimamente se extingue el censo por la redencion, que es el modo mas sencillo y natural de todos, quando el deudor restituye al acreedor el precio ó capital que este le habia dado al tiempo de su constitucion. Es pues permitido al deudor restituir quando quiera el capital que recibió, y librarse del censo con esta restitucion. Y no está obligado á restituirlo todo de una vez: lo podrá hacer en partes, aun resistiéndolo el acreedor, como lo prueban bien, satisfaciendo los argumentos contrarios, Avend. *cap.* 107; Felician. *lib.* 1,

cap. 8, n. 16, y tom. 2, cap. 8, n. 12; Gutier, lib. 2, pract. quæst. 174; y Vela, disert. 34 desde el n. 48, citando muchas sentencias de las audiencias de Sevilla y Granada. La principal razon de estos autores es que las *Extravagantes de Martino V y Calixto III* que citamos arriba al n. 34, recibidas por todos en este asunto, y muy recomendables, como que fueron las primeras que dieron la forma á estos censos, ó los aprobaron, establecen que la redencion se puede hacer en parte. Y como la palabra *parte*, puesta simplemente sin añadidura alguna, segun se lee en *dd. Extravagantes*, significa la mitad (1); y la facultad de redimir por partes es contraria á la doctrina comunmente recibida en asunto de pagas de que no pueden hacerse por partes, resistiéndolo el acreedor; nos parece bien la opinion de Vela en *d. disert. 34, n. 5*, de no serle permitido al deudor redimir una parte que sea menor que la mitad.

47. Pero tampoco nos desagrade la de Gutierrez, que en *d. quæst. 174* quiere que la parte que se desea redimir debe ser mediana, como la tercera, ú otra al arbitrio del juez, atendida la cantidad del censo y la de las personas; y que este en caso de duda debe ser mas propenso á admitir la redencion que á negarla, especialmente si el censo fuese ya viejo, porque estos censos son odiosos: si no es que fuese tan pequeña la parte, que su limitada redencion causara grave perjuicio al acreedor. Notan aquí los mismos autores que no valdria el pacto que prohibiese la redencion por partes, sino es que fuese compensado, por haberse dado en la constitucion del censo mayor precio que el tasado por la ley, dando la razon de que este pacto, por ser gravoso al deudor disminuye el precio, lo que prohiben severamente nuestras leyes, como hemos visto

(1) L. 43, de usufr. l. 164, § 1, de verb. sign.

al n. 36, removiendo por ella todos los pactos gravosos en el n. 38. No debemos omitir aquí que la naturaleza del censo no permite que se conceda al acreedor facultad de poder obligar al deudor á que le redima ; porque si esto sucediera, no seria censo, sino mutuo, y las pensiones usurarias, como advierte bien Feliciano *d. lib. 1, cap. 8, n. 18*, y en otras partes.

48. Queremos hacer memoria aquí de un contrato muy semejante al del censo, y harto frecuente en este reino de Valencia, que se llama debitorio, y es *compra en que el comprador, recibiendo la cosa que se le vende, se retiene el precio, obligándose á pagarlo á cierto tiempo, y entre tanto la pension que se establece, reservándose el vendedor el derecho de exigirla, en compensacion de los frutos de la cosa que entrega al comprador*. Covar. 3, var. cap. 4 refiere varios pactos semejantes á este, que en las compras suelen poner los contrayentes, y aprueba su justicia : porque la pension que exige el vendedor es en compensacion de la cosa que entregó, y por no carecer del precio y de los frutos, aprovechándose de uno y otro el comprador (1). Los autores de este reino que han examinado con cuidado este contrato, Leon *decis. 48* y Bas in *Theat. jurispr. cap. 12, n. 18* y siguientes dicen unánimes que no es censo ; porque recibiendo al acreedor que vendió la cosa, las pensiones con solo el respecto á sus frutos, y por no carecer de ellos, y al mismo tiempo de las utilidades del precio que no recibió ; es consiguiente ser tan personal la obligacion de pagarlas el comprador, que ni se radica en cosa alguna, ni dice respecto á industria ú obras de la persona, en cuyos términos todos confiesan no haber censo alguno, á excepcion del vitalicio. Y tal vez por este motivo no ha tenido lugar hasta ahora en los debitorios el aumento de precio, ó baja de pension á razon de 3 por 100, de

(1) L. 5, C. de act. empt. et vend.

que hemos hablado en el *n.* 20, segun la real resolucion del año 1762, en la cual el rey, á súplica de las villas de Castellon de la Plana, Villareal y otras, y á consulta del supremo real Consejo manda que los debitorios permanezcan en el mismo estado que tenian antes del año 1750, en que se hizo la baja de la pensión en este reino y demás de la corona de Aragon; reservando á los deudores el derecho de pedir ante el mismo Consejo la baja de la pensión en juicio de propiedad; de suerte que dicha real resolucion solo dice respecto á la posesion.

49. Aunque mirada la cosa con delicadeza, los debitorios no son censos, hemos de confesar que hacen sus veces, por lo menos en la intencion de los que venden sus cosas á su tenor; porque solo piensan en sacar renta á razon de 5 por 100, segun la daban los censos, antes de la baja del citado año 1750. Y esto mismo sucede en las ventas que se hacen con el pacto dicho *de retrovendendo, ó á carta de gracia*, como solemos llamarlas y hemos explicado en el *tít.* 11, *n.* 26. Es lo regular en ellas buscar el vendedor una persona extraña que haga el papel de arrendatario, y el mismo vendedor se constituye su fiador, y en su consecuencia se queda cultivando el campo y percibiendo sus frutos, como si no le hubiese enajenado, á la sombra del simulado arrendamiento; y cuidando solamente el comprador de sacar el cinco por 100 del dinero que dió en precio: lo que da mucho motivo á innumerables pleitos y perjuicios; porque ignorándose casi todas estas ventas, á causa de querer tenerlas en oculto los que las hacen, sucede con alguna frecuencia que estos mismos vendedores vendan á otro las cosas como si todavía fuesen suyas. Lloramos que esto suceda tambien en varias ventas que se hacen á comunidades eclesiásticas; y aun mas que en algunas se observa obligar al vendedor á que haya de pagar el real de-

recho de equivalente que adeudan las cosas así vendidas. Hay falta del remedio que hemos expresado en *d. n. 26.*

50. Para obviar estos inconvenientes y fraudes que tambien se observan en las constituciones de censos, se han establecido varias leyes en el año 1539, la *l. 1, tit. 16, lib. 10 de la Nov. Rec.*; en el de 1713 la *ley 2, tit. 16, lib. 10 Nov. Rec.*; y últimamente en el de 1768 la *l. 3, d. tit. 16*, que confirma las dos anteriores, y da un remedio mas completo, que contiene lo siguiente: I Que en todas las cabezas de partido se establezca un *oficio de hipotecas*, para cuyo gobierno sea obligacion del escribano de ayuntamiento tener un libro en que tenga registro separado de cada uno de los pueblos del distrito, y en ellos tomar razon de todas las escrituras, con la expresion de su fecha, nombres y vecindad de los otorgantes, y de la calidad del contrato, obligacion ó fundacion, diciendo si es de imposicion, venta, fianza, vínculo ú otro gravámen de esta clase, y los bienes raices gravados ó hipotecados que contiene el instrumento, con expresion de sus nombres, cabidas, situacion y linderos en la misma forma que se exprese en el instrumento: con la prevencion que por bienes raices, además de casas, heredades y otros de esta calidad, inherentes al suelo, se entienden tambien los censos, oficios y otros derechos perpetuos que pueden admitir gravámen ó constituir hipoteca. II Que todos los escribanos que autorizaren escrituras de las que habla *esta ley*, estén obligados á hacer en ellas la advertencia de que se ha de tomar la razon dentro del preciso término de seis dias, si el otorgamiento fuese en la misma cabeza de partido, y dentro de un mes si fuere en otro pueblo del partido. III Que no cumpliéndose con el registro y toma de razon, no hagan fe las escrituras en juicio ni fuera de él, para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gra-

vadas las fincas contenidas en la escritura, cuyo registro se haya omitido ; y que los jueces ó ministros que contravengan , incurran en las penas de privacion de oficio y de daños con el cuatrotanto que previene *la citada ley 2*. Y que bajo la misma pena tengan obligacion los escribanos de prevenir esta formalidad en todas las escrituras que recibieren. IV Que por lo tocante á los instrumentos anteriores á *esta ley*, cumplirán las partes con registrarlos antes de presentarlos en juicio : bien entendido que , sin preceder esta circunstancia, no podrá juzgarse por tales instrumentos, ni harán fe para dicho efecto de perseguir las hipotecas , ó verificacion del gravámen de las fincas, bajo las mismas penas ; aunque hagan fe para otros efectos diversos. V Que si alguno llevare á registrar instrumentos de redencion de censos, ó liberacion de la hipoteca ó fianza , y se hallare la obligacion ó imposicion en los registros , se busque y ponga nota al márgen ó continuacion de estar redimida ; y si no se halla , ó hallándose , quiere la parte, se tome razon de la redencion del mismo modo que de la imposicion. Por no ser mas largos, omitimos otras circunstancias menores, que puede ver en *d. ley* el que quisiere saberlas todas.

51. El fin de las leyes que acabamos de notar es, segun en las mismas se explica, para que puedan llegar á noticia de todos las cargas de las cosas, y evitarse de este modo la ocasion de engañar á los compradores , causándoles embarazos y perjuicios. Y por el mismo motivo se establece en la *ley 2 de d. tit. 19* que si el dueño de la cosa sujeta á censo ó tributo impusiese sobre ella otro censo ó tributo, tenga obligacion de manifestar y declarar los censos ó tributos que hasta entonces tuviere cargados sobre dichas cosas , so pena que si así no lo hiciere , pague con el do.tanto la cuantía que recibiere por el censo que así

vendiere y cargare de nuevo, á la persona á quien vendiere dicho censo.

52. Si el dueño de la cosa censada ú obligada á algun cargo la vendiese como libre, tendrá el derecho el comprador de precisarle á que la liberte de la carga; y si no hubiese dado precio podrá retenerle, pero no pedir que se deshaga la venta, porque toda vez que quede con la cosa libre, nada tiene de que poder quejarse, *Molin. d. tract. 2, disp. 394, vers. E contrario, y Gutier. lib. 2, pract. quæst. 169*, en donde dice haberlo visto sentenciar así en la chancillería de Valladolid. Si el cargo fuese censo irredimible, del que el vendedor no tiene facultad para libertar la cosa censada, se ha de tomar otro camino. *La ley 63, tít. 5, P. 5* concede derecho al comprador para que pueda deshacerse la venta, y recobrar el precio que dió con los daños y menoscabos que haya tenido por esta razon, *Gutierrez d. quæst. 169, y Gomez 2, var. cap. 2, n. 45*, en donde dice con razon que, atendida esta ley, es eleccion del comprador pedir la rescision de la venta, ó retener la cosa, y solicitar la satisfaccion de su interés por la accion *quanti minoris*, por aquellas palabras de la ley: *Puede el comprador desfacer la vendida*. En el dia ya puede redimirse por la cédula del corriente año 1801, que hemos notado al núm. 23.

TITULO XV.

DE LA COMPAÑÍA Ó SOCIEDAD, Y DEL MANDATO.

Tít. 10, 12, P. 5 (1).

- 1, 2, 3. Qué sea compañía, y sus especies.
4. Cómo se parte la ganancia ó la pérdida.
- 5, 6. De las compañías en que alguno pone por caudal su trabajo ó industria.
- 7, 8, 9, 10. De los modos de acabarse la compañía.
11. Diligencia que deben prestar los compañeros, y su obligación en resulta de culpa ó dolo, y efecto notable de la buena fe que debe observarse en este contrato.
12. Las resultas de la compañía alcanzan á los herederos.
- 13, 14. Qué sea mandato, y sus especies.
15. De la mutua obligación entre mandante y mandatario.
16. Mandatos que no valen.
17. Modos de feneceer el mandato.

1. El tercer contrato consensual es el de compañía ó sociedad, la cual es *ayuntamiento de dos ó mas hombres, hecho con intencion de ganar algo*. Nace de ella grande utilidad, cuando se hace entre hombres buenos y leales, que se socorren los unos á los otros, como si fuesen hermanos. Y se puede hacer ayuntando los que la contraen su haber ó caudal, y á las veces poniendo el uno solamente su industria ó trabajo (2). Y se contrae por el solo consentimiento ú otorgamiento de los que quieren ser compañeros, *princ. y ley 1, tít. 10, P. 5*. Y la puede hacer cualquiera que no sea mentecato ó menor de 14 años, *d. l. 1*. Pero solo de cosas buenas y honestas, porque de malas que sean contra las buenas costumbres, no puede haber compañía, *l. 2, d. tít. 10* (3).

(1) Tit. 26 et 27, lib. 3, Inst. — (2) L. 7 pro soc — (3) L. 57, eod.

2. Se puede contraer hasta cierto tiempo, ó por toda la vida, *d. l. 1*, y de dos maneras: la una cuando la hacen de modo que todas las cosas que han los contrayentes cuando la hacen, y las que ganaren de allí en adelante, sean comunes, y tambien la ganancia como la pérdida. La otra es cuando la hacen sobre una cosa señaladamente, como vender vino, paño ú otra cosa semejante, *l. 1, d. tit. 10 (1)*. El efecto de la primera es hacerse comunes todos los bienes que tienen al tiempo del contrato, sin ser necesaria verdadera tradicion ú ocupacion en el uno de lo que antes era del otro, *l. 47, tit. 28, P. 3*, que lo pone por otro de los ejemplos de la fingida; y los que despues les vinieren en cualquiera manera que sea, aunque fuese peculio castrense ó cuasi castrense, con todas sus ganancias. Y de abí es que cada uno de los compañeros puede usar de estos bienes, y hacer demanda sobre ellos. Pero si alguno tuviese señorío, jurisdiccion ó de recho de cobrar de sus deudores, los otros no lo pueden demandar ni usar de la jurisdiccion, si señaladamente no les fuere ortorgado del otro poderlo hacer, *l. 6, d. tit. 10*, cuyo poder le deberá otorgar; y lo que cobraron ó percibieron será comunalmente de todos *d. l. 47*.

3. Esta *l. 6* y la *3* solo ponen las dos especies de compañía que acabamos de referir, al tenor de las *Instituciones* de Justiniano donde se hizo así (2). Pero atendidas las *leyes 7 y 12* del mismo *tit. 10*, debemos decir para mayor claridad de la materia, que la compañía que no es universal de todos los bienes de los contrayentes, se ha de subdividir en tres especies, á saber, ó para un solo negocio, como se explica *d. l. 6*, ó simplemente sin expresar bienes sobre que se hace, segun la *l. 7, tit. 10*, ó sobre las ganancias que hicieron

(1) Princ. Inst. de societ. — (2) Princ. Inst. de societ.

segun la 12 del mismo *tít.* En la primera de estas tres especies claro está que únicamente debe atenderse a las ganancias ó pérdidas en aquel negocio : las ganancias que por otro respecto hiciere cualquiera de los compañeros no son comunes , sino propias del que las hizo. En la segunda se han de partir aquellas ganancias que provinieren de aquel menester ó mercadería que usaren, *d. l. 7*, de modo que solo pertenecen á ella las ganancias cuestuarias que salen de la industria ó trabajo , como advierte bien Gregor. Lop. en la *glos. 1 de d. l. (1)*. En la tercera entran todas las ganancias, tomada latamente esta voz, de manera que comprenda todo lo adquirido, aunque no fuese por trabajo ó industria, sino por herencia ú otro título semejante, *l. 12, d. tít. 10*. Es pues esta compañía media entre la universal de todos los bienes y la cuestuaria. En el Derecho romano no la hemos advertido.

4. En cuanto á las partes de ganancia y pérdida, se guardará lo que los contrayentes hayan expresado, como sea cosa guisada ó justa ; y si nada expresaron deberán ser iguales. Si expresaren las de la ganancia, y no las de pérdida, se partirán estas como se expresó en la ganancia, y al contrario, de modo que la expresion de una sirve para la otra, *l. 3, d. tít. 10 (2)*. Y adviértase que la igualdad no ha de ser aritmética, sino geométrica ó proporcional al caudal que cada uno ha puesto, es decir que, si el caudal de uno fueren 300 y el del otro 200, y la ganancia importare 10, tendrá 6 el de 300, y 4 el de 200, porque la misma equidad dicta que cada uno saque á proporcion de lo que ha puesto. Si sucediere que por ser uno de los compañeros mas perito en la negociacion, ó poner mas trabajo, ó aventurarse á mas peligros que los otros, se le señalare mas porcion de la ganancia, seria válida esa

(1) *L. 7 pro soc. — (2) §§ 1 et 3, Inst. de soci. t.*

convencion. Asimismo valdria el pacto de que uno no tuviese parte en la pérdida en los términos que explicaremos al n. 6, y sí en la ganancia. Pero no si el pacto fuere de que uno no tuviere parte en la ganancia, sino que toda esta fuese del otro : cuya compañía llaman las leyes *leonina*, l. 4, d. tit. 10 (1), tomando la denominacion de la fábula de Esopo, en que toda la ganancia ó presa fué para el leon, sin tener parte alguna sus compañeros en la caza, el asno y la zorra. Puede ponerse la division de partes en el arbitrio de un tercero señalado, y si este las hiciere justas, se habrán de guardar; pero si las hiciere injustas, señalando mas á uno que á otro, sin mostrar razon alguna, debe regularse su arbitrio por el dictámen de hombres buenos que examinen y decidan bien la cosa, l. 5, d. tit. 10 (3).

5. Pudiendo contraerse compañía de modo que uno solo ponga su industria y trabajo, y el otro el caudal, como dijimos en el n. 1, *princ. d. tit. 10* (3); y siendo harto frecuente esta manera de contraerla entre ganaderos y pastores, queremos manifestar aquí la diversidad que en esto puede haber; pues, aunque no hemos hallado mencion de ella en nuestras leyes, se encuentra en nuestros autores, y hacen preciso su conocimiento las muchas concurrencias en que es necesario. Le facilitamos en la manera siguiente. Unas veces por ser el trabajo corto y el caudal de buena calidad, se coteja ó compara aquel con solo el uso de este, y el peligro de perderle; y otras por ser contrarias las circunstancias, con el dominio. Cuando sucede lo primero, el que puso el trabajo no se hace partícipe del caudal que puso el otro; y de consiguiente para este solo que es su único dueño, queda salvo ó perece sin que

(1) § 2, eod. l. 29, § 2, pro soc. — (2) L. 6 pro soc. — (3) L. 7, eod. § 2, Inst. de societ.

tenga parte alguna el que puso el trabajo : todo lo cual sucede al contrario en el caso segundo. Si en el contrato se explicó cuál de estos dos modos quisieron los contrayentes que debia observarse , ese se observará.

6. Pero si esto no apareciese, interpretaremos su voluntad á favor del primero, si el trabajo fué poco y el caudal de calidad buena, fácil de tener aumento, y dar frutos pingües; y por el segundo, si mereciese tanta estimacion el trabajo como valia el caudal, por ser aquel mucho y este de mala calidad, como lo prueban bien Covar. 3, *variar. cap. 2, n. 2*; Escobar *comput. 22*; Vin. *lib. 1 select. quæst. cap. 56*. Pongamos dos ejemplos, para que se vea con claridad esta doctrina : I Pedro puso caudal que valia mil pesos en la compañía, y tú prometiste poner y pusiste tanto trabajo, que os pareció igualar el trabajo con el valor del caudal : disuelta la compañía, se dividirá en partes iguales lo que se hallare, sin tener cuenta de si hubo ganancia ó pérdida. II El trabajo que se habia de poner era tan corto, que solo quisisteis igualarle con el beneficio que podia producir el uso del caudal : el valor de lo que quedare hasta mil pesos, todo será de Pedro, y tú solo tendrás la mitad del sobrante, si lo hubiere, y la otra mitad será para Pedro. Si en este segundo ejemplo hay pérdida en el caudal, se suele decir que todo el daño es de Pedro, y ninguno del que puso el trabajo; y de consiguiente que es válido pactar que uno de los compañeros tenga parte de la ganancia, y no de la pérdida, como hemos dicho al *n. 4*. Pero claro es que el no tenerla de esta se entiende solamente respecto de caudal, del que nada pierde, porque nada puso ni tuvo; mas en realidad pierde el trabajo que puso, y de ahí lo válido y lícito de esta convencion.

7. Los modos de acabarse la compañía referidos en la *l. 10, d. tit. 10*, son : I La muerte natural de alguno de los compañeros, y en tanto grado que, sien-

do muchos los compañeros, se acaba por la muerte de uno solo, si no es que hubieren pactado de que, muerto uno, siguiesen los demás en la compañía (1). Pero no valdria el pacto de que, muerto un compañero, hubiese de durar la compañía en sus herederos, si no es que lo fuese de arrendamiento de cosas del rey ó de algun comun, *l. 1, d. tít. 10* (2). II Si alguno de los compañeros fuese desterrado para siempre, porque nunca ha de salir del destierro, y pierde sus bienes (3). III La cesion de bienes de alguno de los compañeros (4). IV Morirse ó perderse la cosa, por la cual fué hecha la compañía (5), ó porque mudase de estado, haciéndose sagrada.

8. Tambien se acaba por otro modo que refiere la *l. 11* del mismo *tít. 10*, que es la renuncia (6). Si esta no es dolosa ó intempestiva, nada mas hay que advertir sobre ella. Pero sí, cuando tuviere alguna de estas malas calidades. La que se hizo con dolo ó engañosamente, al paso que no libra al renunciante de sus compañeros, liberta á estos del que renunció. Si por ejemplo pues, viendo el renunciante que le venia por herencia ú otro título alguna ganancia, hiciere la renuncia, serán sus compañeros partícipes de esta ganancia; pero por lo contrario, si viniere alguna á los otros despues de la renuncia, nada participará de ella el que renunció, *d. tít. 10, l. 12* (7). De la renuncia intempestiva que se hace antes de acabarse el negocio, ó el tiempo que habia de durar la compañía, dice la *l. 11, d. tít. 10* que debe pagar el que la hiciere á los otros todo el daño ó menoscabo que les viniere por esta razon, salvo si se hubiere pactado cuando se otorgó la compañía que la pudiese desamparar cualquiera, siempre que quisiere antes ó despues del tiempo expresado.

(1) § 5, Inst. de societ. — (2) *L. 59*, de pro soc. — (3) § 7, eod. — (4) § 8, eod. — (5) § 6, eod. — (6) § 4, eod. — (7) *L. 14* pro soc.

9. La doctrina de *d. ley* ha de entenderse cuando el renunciante no tiene justa causa para renunciar; porque, si la tuviere, podrá hacerlo impunemente. La *l. 14, d. tit.* 10 señala cuatro: I Cuando uno de los compañeros es tan bravo ó de tan mala índole, que los demás compañeros no le pudiesen sufrir ó vivir con él en buena manera II Si algun compañero es enviado por el rey ó el comun de alguna ciudad ó villa con poderes, ó le dan algun oficio, ó le mandan hacer algun servicio ó cosa que sea á beneficio del rey ó del comun del lugar. III Cuando no guardan á algun compañero la condicion, que se puso al contraerse la compañía. IV Cuando aquella cosa por la cual se hizo la compañía, es embargada de manera que no pueden usar de ella. Esta IV razon, de que pone ejemplos la ley, puede referirse al modo IV de acabarse la compañía que acabamos de notar.

10. Por lo que hemos manifestado se ve acabarse la compañía, por dos modos que no tienen lugar en los otros contratos, á excepcion del de mandato, en que tambien lo tienen en parte, como luego veremos, y son la muerte y la renuncia, sin embargo que tienen contra sí dos axiomas ó reglas capitales, á saber: *El que contrae contrae para sí y para su heredero, l. 11, tit. 14, P. 3 (1), y el otro: De la obligacion una vez contraida, no puede apartarse uno de los contrayentes contra la voluntad del otro (2).* La razon de no obstar el I es, porque en contraer la compañía tienen los contrayentes respeto y consideracion á la industria ó habilidad de la persona, y á las veces el heredero de nombre muy hábil es un bolo. Y el II para mantener la tranquilidad de las gentes: porque el mantenerse en comunion los que no tienen voluntad de ello produce desacuerdos y discordias, *l. 11, tit. 15, P. 6 (3).*

(1) L. 9, de probat. — (2) L. 5, C. de obl. et act. — (3) L. 77, C. 10, de legat. 2.

11. Para concluir este asunto, falta que digamos algo de las obligaciones que tienen entre sí los compañeros, y modo en que deben portarse en la administracion de las cosas comunes. Las debe gobernar el compañero que las administra con el mismo cuidado y diligencia que si fuesen cosas propias, de suerte que deberá prestar la culpa leve, segun la regla del *tít. 10, n. 38*. Si lo hiciere así, los daños y menoscabos que haya en ellas, serán comunes á todos, pero si sucediesen por dolo suyo de no haber puesto cuidado serán todos de su cuenta, debiendo resarcir á los otros los perjuicios que les hubiere causado, *l. 7, d. tít. 10* (1), sin que le sirva decir que por otra parte hizo tantas ganancias, que podia ser mejorada la pérdida; y si algun otro hubiere procedido tambien con dolo, deberán los dolosos repartirse entre sí el resarcimiento de perjuicios á favor de los demás, *l. 13, d. tít. 10*. Por la exuberancia de buena fe é igualdad que debe reinar en este contrato (2), establece la *l. 15, d. tít. 10*, que, si el que administra los bienes hubiese dado á uno ó á los dos de sus compañeros alguna porcion sin noticia de los otros, y despues no le quedase parte igual para estos, sin cuya noticia la dió, la han de volver á la compañía los que la recibieron, para hacerse con igualdad, segun corresponda, la division entre todos, si no es que habiendo sabido los que no la recibieron, que se habia dado á los otros, callaron por pereza, entretanto se hizo pobre el administrador sin poderla dar á ellos; en cuyo caso sufrirán este perjuicio por su culpa (3).

12. Aunque, segun hemos visto, se acaba la compañía por la muerte del compañero, sus resultados de cuentas, tanto activas como pasivas, respectivas al tiempo

(1) § 9, Inst. de societ. -- (2) L. 3, C. pro soc. -- (3) L. 63, § 5, pro soc.

que duró, pasan á los herederos, *l. últ. d. título 10*. Y últimamente advertimos que al compañero le compete el beneficio que llaman de competencia, que consiste en no poder ser reconvenido en mas de lo que pudiere hacer, *d. l. 15, d. título 10 (1)*; de cuyo beneficio hablaremos en su lugar.

13. El cuarto y último contrato de los que se contraen por solo el consentimiento de ambos, es el mandato ó mandamiento, y es *encargo que uno hace á otro que le recibe con obligacion de cumplirle*. Y se puede hacer entre presentes, ó por cartas ó mensajeros entre ausentes; y tambien á dia cierto, ó so condicion. A dia cierto, como si uno dijera á Pedro: *Te mando ó quiero des á comer á Juan hasta el dia primero del año 1804*; ó, *si quedare viudo*, si lo quisiere hacer so condicion. Y bastan para contraerse cualesquiera palabras que manifiesten la intencion de obligarse, *l. 24, título 12, P. 5*. Y se puede tambien contraer tácita, ó calladamente, *l. 12, d. título 12*.

14. Por razon del fin se puede contraer de cinco maneras referidas con ejemplos en las *leyes 20, 21 y 22, d. título 12*, á saber: I Por utilidad de solo el mandante. II Por la de un tercero solamente. III Por la del mismo mandante y la de un tercero. IV Por la del mandante y la del mandatario. V Por la del mandatario y la de un tercero. No juzgamos ser necesario poner los ejemplos, porque además de estar referidos en *dd. ll.*, es tan fácil formarlos, que lo puede hacer cualquiera con muy poca meditacion (2). Pero si se hiciere por sola la utilidad del que le recibe, no tanto seria mandato como consejo, sin producir obligacion en el mandante si no es que le hubiese dado maliciosamente ó con engaño en cuyo caso deberia pagar todo el daño que recibió por esta razon aquel á quien le dió, *l. 23, d. título 12 (3)*.

(1) § 38, Inst. de action. — (2) Princ. et §§ 1, 2, 3, 4 et 5, l. 1. de mandat. — (3) § 6, Inst. de mandat. l. 47, de div. reg. jur.

15. Este contrato del mandato ó mandamiento es tambien bilateral, en que se obligan mutuamente los contrayentes. La obligacion del mandante es haber de pagar al mandatario lo que hubiere gastado ó expendido en cumplir el mandamiento; y el de este haberlo de cumplir de manera que, si en no cumplirlo, ó cumplirlo mal, comete engaño ó culpa, ha de satisfacer al mandante el daño que le haya ocasionado, *d. l. 20*, que da la razon de que los mandamientos se hacen por hacer amor, y no para hacer daño. Gregor. Lop., interpretando la palabra *culpa*, que expresa la ley, dice en su *glosa* 5 que debe entenderse de toda *culpa*, de modo que comprenda tambien la levisima, apoyado en el Derecho romano (1), que es su ídolo. No lo respetamos tanto; pero no dejamos de conocer, despues de haberle estudiado medianamente que á excepcion de algunas escrupulosidades y formalidades de las que ya quitó muchas Justiniano, casi todas sus leyes contienen una excelente doctrina y buena moralidad.

16. Para que valga el mandato y produzca las obligaciones que acabamos de referir, es menester que no sea contra las buenas costumbres; pues si lo fuere, no vale ni aprovecha para cosa alguna, como si por ejemplo mandaras á Pedro que robase, hiciera algun homicidio, ó incendiara alguna casa; y por ello aunque Pedro lo ejecutara gastando en ello algun dinero, nada te podía pedir en su razon; pero tanto tú como él estaríais obligados á las malas resultas de este improbo cumplimiento, por ser los dos reos del delito. Por ser de esta misma clase, no valdria tampoco el mandamiento que hiciere un menor de 25 años de que alguno saliese fiador de una barragana, ú otra mala mujer, *l. 25, d. tit. 12* (2).

(1) *L. 13, l. 21, G. mend. v. contr.* — (2) § 7, *Inst. eccl. l. 12, § 4* en ad. ee. con.

17. En cuanto á fenecer el mandato por la renunciacion ó por la muerte, no hemos hallado ley alguna nuestra que lo diga; aunque lo dijeron afirmativamente las romanas (1). Solo encontramos que Greg. Lop. comentando aquellas palabras de *d. l. 20*, en que hablando del mandatario dice simplemente sin añadidura alguna, *Tenudo es de cumplirlo*, quiere inferir que en España, ni aun estando las cosas enteras, podrá el mandatario renunciar. De la muerte decimos nosotros que de las últimas palabras de la misma *l. 20*, *por facerles amor*, podrá decirse que el mandato se le considera personal, y de consiguiente no pasa á los herederos. El docto lector hará de estas dos especies el juicio que le pareciere mejor. Y advertimos últimamente que por razon del objeto se divide el mandato en extrajudicial y en judicial; y que aquí solamente hemos hablado del primero, dejando el segundo para cuando tratemos de lo perteneciente á los juicios en el *libro III*.

TITULO XVI.

DEL CONTRATO VERBAL Ó DE PALABRAS.

1. Estado del Derecho romano en el contrato verbal.
- 2, 3. Se explica la famosa *l. 2, tit. 16, lib. 5 de la Rec.* á favor de las obligaciones.
4. Cómo se hace este contrato, y quiénes pueden hacerle.
5. De qué cosas no vale la promesa.
6. De la congruencia entre la pregunta y respuesta.
- 7, 8, 9. Se explican los tres modos de contraer esta obligacion.
10. Qué sucede cuando hay dos reos de prometer ó de estipular.

1. Fué muy famoso entre los romanos el contrato verbal, al que con un solo nombre llamaron *estipulatio* (*stipulatio*), y para cuya legítima constitucion se

(1) §§ 10 et 11. Inst. cod.

requerian al principio varias solemnidades escrupulosas, de las cuales han quedado todavía algunas en el Derecho, reformadas por Justiniano, aunque este y su antecesor Leon cuidaron de abolir las que les parecieron mas embarazosas. Las palabras formales y solemnes, que eran necesarias antes del emperador Leon que las quitó, la hacian distinguir clarísimamente del nudo pacto; despues es difícil alguna vez de conocer si la promesa queda en la clase de pacto, ó pasa á ser estipulacion, aunque siempre han quedado muchas diferencias en cuanto á los efectos, con la principal de que aquellos no producen accion, y estas sí.

2. Permítaseme esta digresion ó correría hácia el Derecho romano para celebrar mas la dicha que tenemos en nuestra España, de no haber la menor diferencia entre un pacto serio promisorio y la estipulacion, y todavía hay mas en la famosísima *l. 1, tit. 1, lib. 10 de la Nov. Rec.*, cuyas palabras queremos notar aquí: *Paresciendo, dice, que alguno se quiso obligar á otro, por promision, ó por algun contrato, ó en otra manera, sea tenudo de cumplir aquello que se obligó, y no pueda poner excepcion, que no fué hecha estipulacion, que quiere decir prometimiento con cierta solemnidad de derecho, ó que fué hecho el contrato ú obligacion entre ausentes, ó que no fué hecho ante escribano público, ó que fué hecha á otra persona privada en nombre de otros entre ausentes, ó que se obligó alguno que daría otro, ó haria alguna cosa; mandamos que todavía vala la dicha obligacion y contrato que fuere hecho, en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar á otro.* Esta ley constituye un modo de producir obligacion y accion tan desnudo de solemnidades, y distante de ser estipulacion, que ni aun es nudo pacto, como que consiste en que solo conste de la voluntad de quererse uno obligar, sin ser necesario para su valor que consienta otro, sin lo cual no puede haber

pacto. La explica latamente Azev., y lo bastante con la solidez que acostumbra Covarrub. *lib. 1, var. cap. 14, n. 3*, probando que, si uno manifiesta querer dar, á obligarse á dar á un ausente, vale desde luego la donacion ó promesa revocablemente hasta que el otro la sepa y acepte, y despues de la aceptacion irrevocablemente. Es pues un modo de producir obligacion anómalo ó extraordinario, que destruye muchos vestigios de las estipulaciones que se leen en el *tít. 11, P. 5*, que habla de las promisiones. Si le hubiéramos de referir á alguna clase de contratos, mas seria á la de los consensuales, que á la de los verbales. Sin embargo le ponemos en el título de estos, porque el fin principal de establecer *esta ley*, creemos fué el que se despreciase toda la escrupulosidad y solemnidad de palabras.

3. Y con este desprecio apenas se puede decir que tenemos en España contrato verbal, que no esté refundido en *d. l. 2*, y que por ello es en gran parte inútil, sin poder servir el citado *tít. 11 de la P. 5*, que consta de 40 leyes. El *tít. 1 del lib. 45 del Digesto romano*, á quien corresponde, tiene 141, lo que hace ver lo mucho que degolló la referida *ley 1*. No obstante lo que llevamos dicho, no hay prohibicion ni reparo, que estando presentes, pregunte el uno al otro si le promete dar alguna cosa, ó hacerla por él, y responda que sí el preguntado: lo que sucede lo bastante, y en estos términos no puede negarse que hay un contrato verbal, llano y regular, *l. 1, d. tít. 11*. No quiso *d. l. 1* destruir esto: quiso no hacerlo necesario, y purgar este contrato, cuando se haga, de muchísimas escrupulosidades, que copiadas de las leyes romanas fueron establecidas en el expresado *tít. 11 de la P. 5*, las cuales deberán considerarse derogadas por *d. l. 1* en lo que no sean conformes á su sencillez y espíritu. Bajo de este supuesto, pasamos á hablar brevemente de él, en cuanto queda subsistente despues de *d. l.*

4. En este contrato, al que llaman las leyes de la Partida *promisión*, l. 1, d. *tít.* 11, el uno pregunta al otro pidiendo que le dé ó haga por él alguna cosa, y este le responde otorgándoselo, quedando por ello obligado á cumplirlo. Pueden prometer todos los que no están prohibidos, y para que se sepa los que lo están, los refieren las *leyes* 4, 5 y 6, d. *tít.* 11, P. 5, y son, el loco ó desmemoriado, el infante ó menor de siete años, el pupilo que es mayor de siete y menor de catorce, sino en cuanto le sea útil la promesa, y en los mismos términos el mayor de 14 años y menor de 25 que teniendo curador se quisiere obligar sin su consentimiento; pero si no tuviere curador, vale su promesa, bien que con sujecion á la restitucion *in integrum*; y en los propios términos que el pupilo, el pródigo ó desgastador de sus bienes. Ni puede tampoco prometer el padre á su hijo que tiene en su patria potestad, ni el hijo al tal padre, si no es en razon del peculio castrense ó cuasi castrense. Exceptúanse las promesas de mejorar, al tenor de lo que dijimos arriba *tít.* 6, n. 3.

5. No vale la promision de las cosas que están fuera del comercio de los hombres, como son las que llamamos de derecho divino; y en tanto está reprobada, que no valdria ni aun en el caso que despues se hicieren profanas, l. 22, d. *tít.* 11 (1). Ni vale tampoco la promesa de cosa que ni es, ni pudiese ser (2); ó de cosa cierta que fuese ya muerta, como de un caballo, sin que tenga el que la hizo obligacion de dar cosa alguna en razon de ella, l. 21, d. *tít.* 11. Mas si la matare sin justa causa, habria de pagar su importe, l. 19, d. *tít.* 11. Pero sí que vale la promesa de las cosas que aun no han nacido, como los frutos de este año, de tal campo, ó el parto de tal caballería; y tendrá obligacion

(1) § 2, de *inut. stipul.* — (2) § 1, *ead.*

de cumplirla el promisor, luego que la cosa nacida estuviere en estado de poderse dar. Y si nada naciere de la cosa que señaló, nada tendria obligacion de dar, salvo si hiciere alguna cosa maliciosamente porque no naciese, que enttonces habria de pagar lo que importare, por el engaño, *l. 20, d. tit. 11.*

6. Para que valga este contrato es preciso que haya congruencia ó conformidad entre la pregunta y la respuesta; porque sin convenir los que tratan en una misma cosa, es imposible que resulte contrato alguno. Por ello no le habria verbal, si preguntado Pedro si daba un buey, respondia que daba un caballo. Y lo mismo sucederia si, siendo la pregunta pura, la respuesta fuese condicional, ó al contrario, aunque fuese de una misma cosa. Seria del todo inútil el contrato en estos dos casos, por ser total la incongruencia; pero si esta fué parcial, solo seria de ningun valor en la parte en que hubiese incongruencia, y válido en la que habia congruencia; como si preguntado uno si queria dar 40 respondia que daba 10, ó al contrario; en cuyos casos valdria la promesa en 10, porque en esta cantidad los dos convenian; no en los de 30 de mas, porque en este exceso no estaban concordes: así lo dispone la *l. 26, d. tit. 11 (1)*, y bien establecido, si la cosa se hubiese de mirar á la sombra del contrato verbal. Pero creemos que toda la doctrina de esta ley está corregida por la citada memorable *l. título 1, lib. 10 de la Nov. Rec.*, segun la cual debe estar el promisor obligado á cuanto le salió de la boca, y de este sentir es Antonio Gom 2, *var. cap. 9, n. 4*, discrepando solo en el caso en que la incongruencia fuese en el modo de ser pura la pregunta, y la respuesta condicional, ó al contrario; de cuya discrepancia no hallamos razon sólida.

7. Tres son los modos de constituirse este contrato.

(1) § 5, Inst. de inut. stipul. l. 1, § 4, de v. et oblig.

á saber, puramente, á dia cierto, y so condicion. Será pura la promision, cuando en ella ni hay dia señalado ni condicion, como si preguntándote : *Me prometes 10 pesos*, respondieras : *Los prometo* : á dia cierto, si se le añadiera en la pregunta, v. gr. *el dia 1 de enero*; y lo mismo seria si fuere cierto que el dia habia de venir, sin poderse señalar el cuándo, como lo es el dia de la muerte. Y por último so condicion, si estuviere puesta en la pregunta, como si Pedro te dijera : *Me prometes 50 pesos, si me casare*, l. 12, d. út. 11, P. 5. Estos tres modos tienen tambien lugar en todos los otros contratos, en las donaciones, y en su manera en las obligaciones; y los produce la referida l. 2, siendo dignos de saberse sus efectos. Cuando la promision es pura, pende del arbitrio del juez señalar el dia en que debe cumplirla el que la hizo; y si fuese expresado el lugar en que el promisor la habia de cumplir, y maliciosamente no quisiere ir allá, habiendo pasado tanto tiempo, que podia haber ido, le puede apremiar á que la cumpla donde la hizo, con los daños y menoscabos que recibió el otro, l. 13, d. út. 11. Los romanos en este caso, por falta de accion civil, tenian la pretoria de eo quod certo loco. Las promisiones á dia cierto señalado y so condicion convienen en que no puede pedirse la cosa hasta que venga el dia, ó se cumpla la condicion. Convienen igualmente en que, si muriere antes de este tiempo uno de los contrayentes, quedan los efectos de la promision en sus herederos de la misma manera que estaban en el que murió, l. 14, d. út. 11, lo que sucede al contrario en los legados condicionales, porque segun dijimos en el lib. 2, út. 6, n. 19, muerto el legatario pendiente la condicion, no vale el legado : la razon de la diferencia se toma de la regla que sentamos en el lib. 2, út. 15, n. 10, segun la ley 11, út. 14, P. 3; á saber : *El que contrae, contrae para sí y para su heredero*. Los romanos lo explicaban diciendo que la es-

veranza de que hubiese deuda que adquiria el estipulador, la trasmitia á su heredero (1); pero los legados se dejan por el afecto que tiene el testador á la persona del legatario (2), y de ahí es que se consideran personales. En lo demás hay algunas diferencias y particularidades entre las promisiones condicionales y á dia cierto, que deben explicarse con separacion.

8. Examinemos pues primero lo perteneciente á las promisiones hechas á dia señalado, y despues hablaremos de las condicionales. Si alguno prometiére dar alguna cosa el dia primero del mes, sin expresar cual, se debe entender del mes primero que viniere despues de hecha la promision. Si dijere que prometia 20 pesos cada año, no podria pedir el otro hasta el fin del año los pertenecientes á aquel año; pero si dijera que los prometia en todos los años de su vida, se le podrian pedir al principio de cada año los de aquel año, *l. 15, d. tit. 11, P. 5*. Lo que se promete á dia cierto, que se sabe con seguridad que vendrá, aunque se ignore el cuando, cual es el dia de la muerte del promitente (ó cualquiera otro), si lo pagare este antes de morir, no lo podria repetir; porque no podria dejar de venir el dia en que habria derecho de exigirse, si no se hubiese pagado, *l. 32, tit. 14, d. P. 5*, que lo dice así hablando en términos de condicion: bien que si se lee con cuidado, se advierte fácilmente que el decirse so condicion fué hablando impropriamente, atendiendo solo á la fórmula de las palabras; porque no puede haber condicion sin incertidumbre de si existirá ó no, la que no hay en el caso que propone; y con efecto en la parte primera de la misma ley en que se habla de condicion propia, se dice lo contrario, como veremos luego.

9. En la promision condicional no hay deuda hasta

(1) § 1.º, Inst. de verb. obl. — (2) *l. 9, d. 10, P. 22*.

que se cumpla la condicion: y de ahí es lo que acabamos de decir hallarse establecido en la primera parte de *d. l. 32*, que si uno paga lo que prometió so condicion antes de haber existido esta, lo puede repetir; porque puede suceder que no llegue á deberse. Es pues el efecto de la condicion suspender el valor de la promesa mientras hay incertidumbre de si existirá o no. Si se cumple, queda entonces obligado el que prometió; y si consta ya haber faltado, no vale la promision, *l. 12 al fin, d. tit. 11, P. 5*, como lo advertimos ya en el *tít. 5 al n. 7*, en el cual y siguientes hemos hablado tan latamente de las condiciones, que omitiéndolo aquí por no repetirlo, solo nos queda que decir para complemento de lo que tratamos lo poco que se sigue.

10. Si alguno prometiére alguna cosa, y en el caso de no cumplir, cierta pena, estaria obligado á satisfacer lo uno ó lo otro, pasado el tiempo en que debió cumplirlo, si no es que hubiere prometido dar en tal caso ambas cosas; porque entonces deberia dar las dos. Y si al principio de esta promision pusiere una condicion de no hacer, diciendo: *Si no te diere ó hiciere tal cosa, te prometo dar 100 pesos*, no estaria obligado mientras viviere y existiere la cosa; porque hasta entonces la pudo dar, y con ello evadir la obligacion de la promesa, *l. 15, d. tit. 11*. Cuya doctrina creemos entenderse generalmente en todas las promisiones de no hacer, tanto que se refieran al promisor como al estipulador, pues siempre deberá esperarse la muerte de aquel á quien se refiere la condicion, para que esta pueda decirse cumplida por ser general y aplicable á todas, la sólida razon en que se funda dicha ley, sin que tenga jamás lugar aquí la caucion llamada *Muciana*, que lo tiene en los legados, como lo hemos explicado en el *tít. 5, al n. 9*.

11. Concluimos este título diciendo que, para haber

dos reos de prometer, esto es, que los dos estén obligados *in solidum*, ó al todo de lo que prometieron, es menester que lo expresen así al tiempo de contraer la obligacion; porque si se obligaren simplemente por contrato ó de otra manera, se entienden obligados cada uno por la mitad, *l. 10, tit. 1, lib. 10 de la Nov. Rec.* (1). Azev. en el comentario de esta ley prueba que debe entenderse tanto de los fiadores como de los que se obligan, como principales; y que cuando se obligaren *in solidum*, puede cada uno de ellos ser reconvenido por el todo, sin que pueda oponer la excepcion ó beneficio de la division, aunque ambos hubiesen presenciado la obligacion, siendo solventes. Y que no la necesitan para el caso en que se hubieren obligado simplemente; porque la *misma ley* quiere que solo estén obligados por mitad; y de consiguiente bastará que solo lo digan por via de defensa, que desde luego debe aquietar al acreedor y al juez. Segun esta exposicion de Azev. que nos parece conforme, decimos estar corregida por *esta ley* la *l. 16, tit. 12, P. 5*, que habla de fiadores. Lo explicaremos en el *tit. siguiente*. Cuando hay dos reos de estipular, esto es, á quienes se haya prometido todo, se debe todo á cada uno de ellos; pero pagándolo á uno solo, se extingue la deuda, como tambien si hay dos reos de prometer, y solo uno lo paga todo (2). Pueden tambien constituirse dos reos en otro contrato, ó en testamento.

(1) Authen. Hoc. ita. C. de duobus reis.—(2) § 1, Inst. de duob. reis.

FIN DEL TOMO PRIMERO.

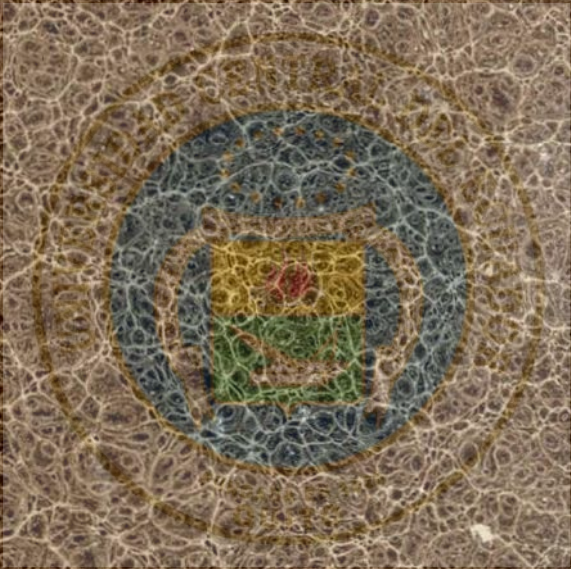
ÍNDICE DEL TOMO PRIMERO.

LIBRO PRIMERO.

Breve historia del Derecho de España.	4
TÍTULO I. De la justicia y del derecho.	17
TÍT. II. Del estado de los hombres, y derecho que en su razon corresponde.	24
TÍT. III. Del poder que tienen los padres sobre sus hijos. . .	36
TÍT. IV. De los desposorios y matrimonio.	41
TÍT. V. De las dotes, donaciones, arras y otras donaciones en- tre marido y mujer.	65
TÍT. VI. De la legitimacion y del porfijamiento ó adopcion. .	78
TÍT. VII. De la tutela y curaduría.	84
TÍT. VIII. De la restitution de los menores.	109

LIBRO SEGUNDO.

TÍT. I. De la division de las cosas, y del modo de adquirir su dominio.	116
TÍT. II. De las prescripciones y de la posesion.	137
TÍT. III. De las servidumbres reales y personales.	148
TÍT. IV. De los testamentos.	159
TÍT. V. De la institucion de heredero, sustituciones y desh ere- daciones.	169
TÍT. VI. De las mejoras de tercio y quinto, legados, fideicomis- sos, ley Falcidia, y de los codicilos.	201
TÍT. VII. De los mayorazgos.	226
TÍT. VIII. De las sucesiones intestadas.	245
TÍT. IX. De las obligaciones y contratos en general, y transac- ciones.	259
TÍT. X. De las ventas y compras.	266
TÍT. XI. De los retractos.	298
TÍT. XII. Cuándo y cómo se paga la alcabala y el luismo por rescindirse ó deshacerse la venta.	319
TÍT. XIII. De los logueros é de los arrendamientos.	324
TÍT. XIV. De los censos.	335
TÍT. XV. De la compañía ó sociedad, y del mandato.	373
TÍT. XVI. Del contrato verbal ó de palabras.	388



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

BIBLIOTECA

347.25

S.159

Sala, Juan

ILUSTRACION DEL DERECHO

REAL DE ESPANA

Nº. DE
INSCRIP.

F I R M A



